

# **Folgen des Regressverzichts bei versicherbaren Schäden für das Mietverhältnis**

Vorsitzender Richter am LG Dr. *Werner Hinz*

Bearbeitungsstand: 21.3.2017

Inhalt	Seite
<b>I. Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>II. Grundlagen und Auswirkungen des Regressverzichts</b>	<b>7</b>
<b>1. Problemstellung</b>	<b>7</b>
<b>2. Haftungsrechtliche Lösung</b>	<b>8</b>
<b>3. Versicherungsrechtliche Lösung</b>	<b>8</b>
a) Konzeption	8
b) Auswirkungen der Mietstruktur?	10
c) Anwendungsbereich	10
aa) Ergänzende Vertragsauslegung – Interessenlage der Parteien	10
bb) Schlussfolgerungen für die Reichweite des Verzichts	12
d) Rechtsfolge	12
e) Beweislast	13
<b>4. Einfluss einer mieterseitigen Haftpflichtversicherung</b>	<b>13</b>
a) Entwicklungen in der Rechtsprechung	14
b) Stellungnahme	15
c) Innenausgleich zwischen Gebäude- und Haftpflichtversicherer	16
aa) Grundlagen	16
bb) Stellungnahme	16
<b>5. Grob fahrlässige Schadensverursachung</b>	<b>18</b>
a) Problemstellung	18
b) Bisheriger Meinungsstand	19
c) Aktuelle BGH-Entscheidung	19
d) Stellungnahme	20
<b>III. Pflicht des Vermieters zur Inanspruchnahme der Gebäudeversicherung</b>	<b>22</b>
<b>1. Grundsatz</b>	<b>22</b>
<b>2. Auswirkungen auf die Mieterrechte</b>	<b>24</b>
a) Erfüllungsanspruch	24
b) Mietminderung	25

c) Weitere Gewährleistungsrechte	26
aa) Schadensersatz	26
bb) Aufwendungsersatz	27
cc) Gewährleistungskündigung	27
<b>3. Ausnahmen von der Pflicht zur Inanspruchnahme des Gebäudeversicherer</b>	<b>27</b>
a) Verschlechterung der Konditionen, Vertragskündigung	28
b) Risiko eines aussichtslosen Rechtsstreits	29
<b>IV. Fehlende Gebäudeversicherung</b>	<b>30</b>
<b>1. Problematik</b>	<b>30</b>
<b>2. Meinungsstand</b>	<b>31</b>
<b>3. Stellungnahme</b>	<b>32</b>
<b>4. Rechtsfolge einer mangelnden Aufklärung</b>	<b>32</b>
<b>5. Bestehen einer Haftpflichtversicherung</b>	<b>33</b>
<b>V. Unterversicherung – Quotenvorrecht des Vermieters?</b>	<b>34</b>
<b>1. Problematik</b>	<b>34</b>
<b>2. Einfach fahrlässige Schadensverursachung</b>	<b>34</b>
<b>3. Grob fahrlässige Schadensverursachung</b>	<b>35</b>
a) Quotenvorrecht des Vermieters	35
b) Umfang des Quotenvorrechts	37
<b>VI. Beteiligung weiterer Personen</b>	<b>38</b>
<b>1. Zurechnung von fremdem Verschulden</b>	<b>38</b>
<b>2. Einbeziehung weiterer Personen in den Regresschutz</b>	<b>39</b>
a) Entsprechende Anwendung des § 86 Abs. 3 VVG?	39
b) Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte	40
c) Stellungnahme	40
d) Untervermietung	41
<b>VII. Mehrere Schädiger, alternative Schadensursachen</b>	<b>42</b>
<b>1. Problemstellung</b>	<b>42</b>
<b>2. Meinungsstand</b>	<b>43</b>
a) Wegfall des Innenausgleichs	43
b) Uneingeschränkter Innenausgleich, Regresskreisel	43

c) Kürzung des Gläubigeranspruchs	44
d) Zwischenergebnis	45
<b>VII. Zahlungsverzug des Mieters</b>	<b>45</b>
<b>1. Meinungsstand</b>	<b>45</b>
<b>2. Stellungnahme</b>	<b>46</b>
a) Auswirkungen auf den Regressverzicht	46
b) Auswirkungen auf die Verschonungspflicht	47
<b>VI. Vorenthaltung der Mietsache nach Mietende</b>	<b>48</b>
<b>1. Gesetzliches Abwicklungsschuldverhältnis</b>	<b>48</b>
<b>2. Folgen für die versicherungsrechtliche Lösung</b>	<b>59</b>
<b>VII. Regressverzicht bei Verletzung der Anzeigepflicht?</b>	<b>50</b>
<b>VIII. Regressverzicht bei vermietetem Wohnungseigentum</b>	<b>52</b>
<b>1. Vertragsgestaltung</b>	<b>53</b>
<b>2. Umfang des Regressschutzes</b>	<b>53</b>
a) Schäden am vermieteten Sondereigentum	53
b) Schäden am Gemeinschaftseigentum	54
c) Schäden an fremdem Sondereigentum	55
<b>IX. Abweichende Vereinbarungen</b>	<b>56</b>
<b>1. Individualvereinbarungen</b>	<b>56</b>
<b>2. Formularklausel</b>	<b>56</b>
<b>3. Rechtsverhältnis gegenüber dem Mieter</b>	<b>58</b>
<b>X. Zusammenfassung</b>	<b>58</b>

## I. Einleitung

Die Auswirkungen des Regressverzichts des Gebäudeversicherers auf das Mietverhältnis erfahren seit dem Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) in dem sog. Wohnungsbrandfall vom 19.11.2014 (VIII ZR 191/13)<sup>1</sup> wieder eine lebhafte Diskussion. Neben zahlreichen Anmerkungen zu diesem Judikat<sup>2</sup> hat es auch umfangreichere Beiträge gegeben, die sich eine systematische Darstellung der Thematik zum Ziel gesetzt haben<sup>3</sup>. Unlängst ist eine weitere grundlegende Entscheidung des BGH zum Regressverzicht ergangen. Mit Beschluss vom 26.10.2016 (IV ZR 52/14)<sup>4</sup> hat der IV. Zivilsenat dekretiert, dass der Regressverzicht auch unter der Herrschaft des seit Anfang 2008 geltenden reformierten Versicherungsvertragsrechts<sup>5</sup> lediglich bei einfacher Fahrlässigkeit des Mieters einschlägig ist.

Zum Thema „Mietrecht und Versicherungsrecht“ hatte bereits *Paul Jendrek* auf dem 5. Deutschen Mietgerichtstag (DMT) im Jahre 2003 referiert<sup>6</sup>. Er hat sich darin auch zum Regressverzicht geäußert, allerdings nur im Rahmen eines Gesamtüberblicks zu den vielfältigen Rechtsproblemen an der Schnittstelle von Miet- und Versicherungsrecht. Speziell mit der Thematik des Regressverzichts hatte sich dann aber *Hans-Peter Schwintowski* auf dem 7. DMT 2007 befasst<sup>7</sup>, und zwar vor dem Hintergrund der kurz zuvor ergangenen vier Grundsatzurteile des IV. Zivilsenats des BGH vom 13.9.2006 (IV ZR 273/05<sup>8</sup>, IV ZR 378/02<sup>9</sup>, IV ZR 116/05<sup>10</sup>, IV ZR 26/04<sup>11</sup>), in denen dieses Institut in seiner Reichweite und seinen Auswirkungen eine weitgehende Präzisierung erfahren hat.

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die aktuellen Entwicklungen beim Regressverzicht, insbesondere im Hinblick auf das seit 2008 novellierte Versicherungsvertragsgesetz. Nach einer kurzen Darstellung der dogmatischen Grundlagen des Regressverzichts sollen die verschiedenen Fallgestaltungen durchgespielt werden, die im Zusammenhang mit dieser Rechtsfigur relevant werden und die von der Rechtsprechung großen Teils noch nicht entschieden sind.

---

<sup>1</sup> BGHZ 203, 256 = NZM 2015, 245 = ZMR 2015, 112.

<sup>2</sup> Beispielfhaft die Urteilsanmerkungen von *Armbrüster*, DNotZ 2015, 279; *Börstinghaus*, jurisPR-BGH-ZivilR 2/2015 Anm. 2; *Schmid*, ZMR 2015, 116; *Beuermann*, GE 2015, 1435; *Looschelders*, JA 2015, 468; *Martinek*, jM 2015, 155; *Hinz*, JR 2016, 334.

<sup>3</sup> So namentlich die Abhandlung von *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131.

<sup>4</sup> BGH, NZM 2017, 29.

<sup>5</sup> Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007, BGBl. I S. 2631.

<sup>6</sup> Vortrag dokumentiert in NZM 2003, 679 und DWW 2003, 142.

<sup>7</sup> Vortrag dokumentiert in WuM 2007, 305.

<sup>8</sup> BGHZ 169, 86 = NZM 2006, 945 = ZMR 2007, 255.

<sup>9</sup> BGH, NZM 2006, 949.

<sup>10</sup> BGH, NZM 2006, 946.

<sup>11</sup> BGH, NZM 2006, 951.



## II. Grundlagen und Auswirkungen des Regressverzichts

### Fall 1 (Ausgangsfall):

Mieter M verursacht in den bei Vermieter V gemieteten Räumen infolge von leichter Fahrlässigkeit einen Brandschaden. Der Gebäudeversicherer des V (VS) reguliert diesen und will bei M Regress nehmen. Zu Recht?

Kommt es darauf an, ob M die Kosten der Gebäudeversicherung anteilig im Wege der Betriebskostenumlage zu tragen hat oder diese in die Grundmiete einkalkuliert sind?

### 1. Problemstellung

Hat der Vermieter für das Gebäude, in dem sich die vermieteten Räumlichkeiten befinden, eine Gebäudeversicherung abgeschlossen<sup>12</sup>, tritt diese auch für die vom Mieter verursachten Schäden, namentlich für solche durch Feuer oder Leitungswasser, ein (vgl. Abschnitt A. § 1 VGB 2010). Gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG geht der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen den „Dritten“ auf den Versicherer über, soweit dieser den Schaden ersetzt hat. Hat der Mieter in dem Mietobjekt einen Schaden verursacht, so können sich Ersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB sowie der unerlaubten Handlung nach §§ 823 Abs. 1 BGB, gegebenenfalls auch gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 306d StGB, ergeben. Im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Gebäudeversicherer ist der Mieter „Dritter“ i. S. des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG; er ist weder mitversichert, noch ist er Repräsentant des Vermieters. Eine Mitversicherung des Mieters im Rahmen der Gebäudeversicherung wäre zwar theoretisch möglich (vgl. §§ 43 Abs. 1 VVG, 328 Abs. 1 BGB)<sup>13</sup>, ist aber regelmäßig nicht gewollt (s. dazu die Ausführungen unter II. 4. b). Repräsentant ist derjenige, der in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses anstelle des Versicherungsnehmers agiert<sup>14</sup>; das ist beim Mieter nicht der Fall<sup>15</sup>. Auch das Privileg der häuslichen Gemeinschaft gem. § 86 Abs. 3 VVG ist offensichtlich nicht einschlägig.

Rein formell würde der gesetzliche Forderungsübergang des § 86 Abs. 1 VVG zugunsten des Gebäudeversicherers eingreifen. Das hätte jedoch die Konsequenz, dass dieser im Falle einer Vermietung des Objekts besser stünde als ohne eine solche. Sofern nämlich sein Versicherungsnehmer selbst den Schaden lediglich einfach fahrlässig herbeigeführt hat, muss er für diesen uneingeschränkt eintreten; denn eine volle oder teilweise Leistungsfreistellung erfolgt

<sup>12</sup> Zur typischen Ausgestaltung der Gebäudeversicherung bei Wohnraum als verbundene Wohngebäudeversicherung s. *Jendrek*, NZM 2003, 698, 700 f.; zur Ausgestaltung bei Gewerberaum s. bei Fn. 129.

<sup>13</sup> Vgl. BGHZ 145, 393, 397 = NZM 2001, 108, 109 = ZMR 2001, 175, 176; BGH, WuM 1991, 206 = ZMR 1991, 168.

<sup>14</sup> BGHZ 107, 229, 230 f. = NJW 1989, 1861.

<sup>15</sup> BGHZ 107, 229, 232 f. = NJW 1989, 1861, 1862; BGH, NZM 2009, 675, 676 f.

nach § 81 VVG nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln des Versicherungsnehmers. Ist das Objekt hingegen vermietet, so hätte er – bei wortgetreuer Anwendung des § 86 VVG – eine uneingeschränkte Regressmöglichkeit gegen den Mieter. Diese Diskrepanz, die bereits das Reichsgericht in einem Urteil vom 2.11.1928 (VII 215/28) erkannt hat<sup>16</sup>, ist seither nicht mehr infrage gestellt worden. Um ihr zu begegnen, sind verschiedene Lösungsmodelle entwickelt worden.

## 2. Haftungsrechtliche Lösung

Der BGH ist zunächst in Fortschreibung der reichsgerichtlichen Judikatur der sog. haftungsrechtlichen (mietrechtlichen) Lösung gefolgt. Er hat – so etwa in dem Urteil vom 13.12.1995 (VIII ZR 41/95)<sup>17</sup> – die Haftung des Mieters für versicherte Schäden bereits gegenüber dem Vermieter auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt, so dass ein Regress des Gebäudeversicherers auch nur in diesem Umfang stattfinden konnte. Dies sollte sich aus einer ergänzenden Auslegung der mietvertraglichen Abrede über die (anteilige) Tragung der Gebäudeversicherungskosten (vormals Anlage 3 zu § 27 der II. BV, heute § 2 Nr. 13 BetrKV) durch den Mieter ergeben. Soweit dieser die betreffende Prämie (mit-)finanziere, müsse er so gestellt werden, als habe er die Gebäudeversicherung selbst abgeschlossen. Dann aber müsse seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt werden, da auch der Versicherungsnehmer nach § 61 VVG a.F. lediglich für grobes Verschulden einzustehen habe.

Die besondere Problematik dieses Lösungsansatzes hat das Schrifttum darin gesehen, dass er die Haftung des Mieters von vornherein begrenzte, ohne Rücksicht darauf, ob der Vermieter seine Gebäudeversicherer überhaupt in Anspruch nimmt. Hierfür könne er im Einzelfall jedoch nachvollziehbare Gründe haben<sup>18</sup>.

## 3. Versicherungsrechtliche Lösung

### a) Konzeption

Mit Urteil des für Versicherungssachen zuständigen IV. Zivilsenats vom 8.11.2000 (IV ZR 298/99)<sup>19</sup> hat der BGH einen Paradigmenwechsel vorgenommen, indem er das haftungsrechtliche Modell zugunsten der im Schrifttum favorisierten<sup>20</sup> versicherungsrechtlichen Lösung auf-

<sup>16</sup> RGZ 122, 292, 293; s. im Übrigen auch *Armbrüster*, Der Schutz von Haftpflichtinteressen in der Sachversicherung, 1994, S. 136 f.; *Schwintowski*, WuM 2007, 305.

<sup>17</sup> BGHZ 131, 288 = NJW 1996, 715 = ZMR 1996, 184; ansatzweise schon BGHZ 22, 109 betr. die Haftung eines Kfz-Mieter, der die Zahlung der Kasko-Versicherungsprämie übernommen hatte.

<sup>18</sup> *Schwintowski*, WuM 2007, 305, 306; *Prölss*, r+s 1997, 221, 223, 225; *Armbrüster* (Fn. 16); *ders.*, NVersR 2001, 193, 194.

<sup>19</sup> BGHZ 145, 393 = NZM 2001, 108 = ZMR 2001, 175; krit. zur versicherungsrechtlichen Lösung *Dickmann*, Versr 2013, 1227, 1228.

<sup>20</sup> S. nur *Armbrüster* (Fn. 16), S. 92 ff.; *ders.*, NJW 1997, 177 ff.; *Prölss*, r+s 1997, 221, 225.

gegeben hat. Danach ergibt sich aus dem vom Vermieter abgeschlossenen Gebäudeversicherungsvertrag ein stillschweigender Regressverzicht des Versicherers für den Fall, dass der Mieter infolge von einfacher Fahrlässigkeit einen Sachschaden verursacht hat. Ein solcher Verzicht basiert nach Ansicht des Senats auf einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags; es entspreche dem für den Versicherer erkennbaren, wenn auch nicht im Vertrag dokumentierten Interesse des Versicherungsnehmers, dass sein Mietverhältnis nicht durch Regressforderungen gegen den Mieter belastet wird.

Eine Belastung des Mietverhältnisses durch den Versicherungsfall kann nach Ansicht des BGH unter drei Gesichtspunkten erfolgen:

- Den Versicherungsnehmer trifft im Schadensfall die Obliegenheit, den Versicherer bei der Durchsetzung seines Regresses zu unterstützen. Seit der Reform des Versicherungsvertragsrechts zum 1.1.2008 ist diese Unterstützungsobliegenheit ausdrücklich in § 86 Abs. 2 VVG geregelt. Danach hat der Versicherungsnehmer bei der Durchsetzung des Ersatzanspruchs durch den Versicherer erforderlichenfalls mitzuwirken. Verletzt er diese Obliegenheit drohen weitreichende Konsequenzen bis hin zur vollen Leistungsfreiheit des Versicherers (vgl. § 86 Abs. 2 Satz 2 und 3 VVG). Indessen wird der Mieter stets bestrebt sein, den Regress abzuwenden.
- Für den Mieter ist es schwer einsehbar, dass er die Prämie (anteilig) mitfinanziert, ohne dass ihm die Leistung des Versicherers zugutekommt.
- Die Belastungen des Mieters durch Regressforderungen können seine Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die laufenden Mietverbindlichkeiten beeinträchtigen<sup>21</sup>.

Der Regressverzicht verfolgt seiner Intention nach aber nicht den Schutz des Mieters. Er dient vielmehr dem Interesse des Versicherungsnehmers an der Erhaltung des „Vertragsklimas“<sup>22</sup> in seinem Mietverhältnis, das durch den Eintritt des Versicherungsfalles nicht beeinträchtigt werden soll<sup>23</sup>.

Die Beschränkung des Regressverzichts auf die Fälle der einfachen Fahrlässigkeit ist unter der Herrschaft des vormaligen, bis Ende 2007 geltenden Versicherungsvertragsgesetzes mit einem Rekurs auf den Rechtsgedanken des § 61 VVG a.F. begründet worden<sup>24</sup>. Sofern das Sachersatzinteresse des Mieters im Wege der Mitversicherung in die Gebäudeversicherung einbezogen ist, bleibt ihm der Versicherungsschutz bei einfach fahrlässiger Schadensverursachung erhalten. Dementsprechend soll bei dergestalt leichtem Verschulden des Mieters auch

<sup>21</sup> BGHZ 145, 393, 398 = NZM 2001, 108, 109 = ZMR 2001, 175, 177.

<sup>22</sup> Prölss, ZMR 2004, 398.

<sup>23</sup> Prölss, ZMR 2001, 157, 158.

<sup>24</sup> BGHZ 145, 393, 398 = NZM 2001, 108, 110 = ZMR 2001, 175, 177.

der Regress des Sachversicherers entfallen<sup>25</sup>. Ob diese Argumentation auch auf der Grundlage des geltenden § 81 VVG noch tragfähig ist, soll an späterer Stelle thematisiert werden (s. unten II. 5.).

Dem Regressverzicht dürfen im Übrigen keine schützenswerten Interessen des Versicherers entgegenstehen<sup>26</sup>. Allein der Umstand, dass die (nach § 86 Abs. 1 VVG vorgesehene) Regressmöglichkeit gegen den Mieter aus seiner Gesamtkalkulation herausfällt, genügt hierfür aber nach Auffassung des BGH nicht, da diese durch den Verzicht auf Einnahmen aus einer einzelnen Fallgestaltung nicht ernsthaft gefährdet werde<sup>27</sup>.

### **b) Auswirkungen der Mietstruktur?**

Der BGH hatte sich in dem Urteil vom 8.11.2000 noch nicht abschließend dazu verhalten, ob die Annahme eines Regressverzichts die gesonderte Ausweisung der Gebäudeversicherungskosten (§ 2 Nr. 13 BetrKV) im Mietvertrag des Versicherungsnehmers mit dem späteren Schädiger erfordert<sup>28</sup>. In drei der am 13.9.2006 ergangenen Grundsatzentscheidungen (IV ZR 378/02<sup>29</sup>, IV ZR 116/05<sup>30</sup>, IV ZR 273/05<sup>31</sup>) hat er sich dann aber klargestellt, dass es hierauf nicht darauf ankommt, ein Regressverzicht somit auch dann stattfindet, wenn der Vermieter die (anteilige) Versicherungsprämie in die Grundmiete mit einkalkuliert hat. Bei klassischen Wohn- und Gewerberaummietverhältnissen sei es offensichtlich, dass der Mieter diese über die Betriebskosten finanziere. Deshalb erwarte er von seinem Vermieter auch eine Gegenleistung, die darin bestehe, dass er bei Verursachung eines versicherten Schadens „in gewisser Weise“ geschützt werde<sup>32</sup>.

### **c) Anwendungsbereich**

#### **aa) Ergänzende Vertragsauslegung – Interessenlage der Parteien**

Bei der Bestimmung der Reichweite des Regressverzichts ist stets zu beachten, dass es sich bei diesem Konstrukt um das Resultat einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags gem. § 157 BGB handelt. Diese ist darauf gerichtet, den als defizitär erachteten Vertrag nach dem hypothetischen Willen der Parteien gleichsam „zu Ende zu denken“, wobei in erster

<sup>25</sup> In diesem Sinne *Prölss*, ZMR 2001, 157, 158.

<sup>26</sup> BGHZ 145, 393, 400 = NZM 2001, 108 f. = ZMR 2001, 175, 177; BGH, NZM 2017, 29, 30.

<sup>27</sup> BGHZ 145, 393, 400 = NZM 2001, 108, 110 = ZMR 2001, 175 (Tz. 18).

<sup>28</sup> S. BGHZ 145, 393, 396 = NZM 2001, 108 f. = ZMR 2001, 175, 176.

<sup>29</sup> BGH, NZM 2006, 949.

<sup>30</sup> BGH, NZM 2006, 946.

<sup>31</sup> BGHZ 169, 86 = NZM 2006, 945 = ZMR 2007, 255.

<sup>32</sup> S. nur BGHZ 169, 86, 89 ff. = ZMR 2007, 255, 258 (in NZM gekürzt dokumentiert); BGH, NZM 2006, 946, 949.

Linie auf deren im Vertrag zum Ausdruck gekommene Interessen und Zielvorstellungen abzustellen ist<sup>33</sup>. Maßgebend ist, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie das Regelungsdefizit erkannt hätten<sup>34</sup>. Demgemäß ist das Interesse des Versicherungsnehmers an einem unbelasteten Mietverhältnis mit demjenigen des Versicherers an der Durchsetzung von Regressansprüchen<sup>35</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesamtkalkulation des Versicherers in erster Linie auf den Prämieinnahmen beruht. Allein diese stellen die Gegenleistung für die Eintrittspflicht des Versicherers im Schadensfall, den von ihm zu gewährenden Versicherungsschutz, dar (vgl. § 1 VVG)<sup>36</sup>. Allerdings dürfte das Regressaufkommen Einfluss auf die künftige Bemessung der Prämie haben, so dass sich ein Ausfall von erwarteten Regresserlösen in einer Prämienhöhung niederschlägt<sup>37</sup>. Gleichwohl bilden die Einnahmen aus Regressforderungen lediglich einen sekundären Kalkulationsfaktor, zumal auch nicht absehbar ist, ob diese überhaupt realisierbar sind.

Die Einbeziehung des Mieters in den Schutzbereich des Sachversicherungsvertrags führt letztlich auch nicht, jedenfalls nicht zu einer wesentlichen Erhöhung des Leistungsrisikos des Versicherers. Hierfür ist es letztlich ohne Belang, ob das Gebäude durch den Versicherungsnehmer selbst oder durch einen Mieter genutzt wird<sup>38</sup>. Und bei einem versicherungsgegenständlichen Mehrfamilienhaus erfolgt ohnehin eine Nutzung durch eine Vielzahl von Personen, bei denen eine gewisse Fluktuation stets zu erwarten ist. Im Übrigen wird der Versicherer vor dem mit einer Fremdnutzung des versicherten Gegenstandes verbundenen Risiko durch die Vorschriften über die Gefahrerhöhung gem. § 23 ff. VVG abschließend geschützt<sup>39</sup>, so dass dieser Gesichtspunkt bei der Bewertung der beiderseitigen Interessenlage nicht gegen den Regressverzicht streitet.

Im Übrigen muss das Interesse des Versicherungsnehmers an einem unbelasteten Mietverhältnis für den Sachversicherer erkennbar sein. Insofern weist der versicherungsvertragliche Regressverzicht ähnliche Züge auf wie der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> MüKo-BGB/*Busche*, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 27 f.; NK-BGB/*Looschelders*, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 157 Rn. 21 f.

<sup>34</sup> BGH, NJW 1990, 115, 116; BGH, NZM 2013, 646, 647 = ZMR 2013, 952, 953 mit Anm. *Niebling*.

<sup>35</sup> Ausf. dazu *Prölss*, r+s 1997, 221, 225; *Armbrüster* (Fn. 16), S. 113 ff.; ferner *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 133.

<sup>36</sup> Zum Charakter der vertraglichen Hauptleistung des Versicherers *Prölss/Martin/Armbrüster*, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Aufl. 2015, § 1 Rn. 119; *Bruck/Möller/Baumann*, VVG, Bd. 1, 9. Aufl. 2008, § 1 Rn. 27 ff.; *Langhaid/Rixecker/Rixecker*, VVG, 5. Aufl. 2016, § 1 Rn. 4.

<sup>37</sup> Ausf. dazu *Armbrüster* (Fn. 18), S. 127 ff.; *Prölss*, r+s 1997, 221, 223

<sup>38</sup> *Prölss*, r+s 1997, 221, 223; *Armbrüster*, NJW 1997, 177, 178.

<sup>39</sup> *Armbrüster* (Fn. 16), S. 133; *ders.*, NJW 1997, 177, 178; *Prölss*, r+s 1997, 221, 223; *ders.*, ZMR 2001, 157, 158. .

<sup>40</sup> *Armbrüster* (Fn. 16), S. 111 ff.; grdl. zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte allgemein MüKo-BGB/*Gottwald*, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 164 ff.

Schließt jemand einen Gebäudeversicherungsvertrag ab, erstrebt er mit der Zahlung der Versicherungsprämie den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen. Ist eine Nutzung des versicherten Gebäudes zu Vermietungszwecken vorgesehen – bei einem Mehrfamilienhaus ergibt sich dies bereits aus den Umständen –, so ist dem Versicherungsnehmer auch daran gelegen, dass die Mietverhältnisse – jedenfalls in einen gewissen Umfang an dem Versicherungsschutz partizipieren. Dies ist für den Gebäudeversicherer auch erkennbar; auf die Erkennbarkeit eines konkreten Mietverhältnisses mit einem konkreten Mieter kommt es nicht an. Nach alledem ist das Regressinteresse des Gebäudeversicherers gegenüber dem Interesse des Versicherungsnehmers am Schutz des Mietverhältnisses als nachrangig zu bewerten.

### **bb) Schlussfolgerungen für die Reichweite des Verzichts**

Daran gemessen gelten die Grundsätze des Regressverzichts gleichermaßen bei Wohnraummietverhältnissen und Gewerberaummietverhältnissen<sup>41</sup>. Hier wie dort hat der Vermieter ein für den Gebäudeversicherer erkennbares Interesse, dass seine vertragliche Beziehung zum Mieter durch den Versicherungsfall möglichst nicht belastet wird. Gleiches gilt nach dem Urteil des BGH vom 13.9.2006 (IV ZR 116/05)<sup>42</sup> bei unentgeltlichen Nutzungsverhältnissen, die der Versicherungsnehmer aus familiären oder sonstigen persönlichen Gründen eingegangen ist.

Eine Bereitschaft des Versicherers zum Verzicht auf Regresseinnahmen ist im Übrigen nur anzunehmen, wenn das Gebäude oder einzelne Räumlichkeiten daraus dem Schädiger im Rahmen des Miet- oder Nutzungsverhältnisses zum Gebrauch überlassen worden sind, so dass ihn eine Obhutspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB trifft<sup>43</sup>. Nur dann sind die potenziellen Regressausfälle für ihn bei Abschluss des Versicherungsvertrags überschaubar. Demgemäß kommt ein Regressverzicht des Hausratsversicherers wegen Schäden am Mobiliar des Vermieters in dessen Wohnung, die sich in demselben Gebäude wie das Mietobjekt befindet, nach einer weiteren am 13.9.2006 ergangene Entscheidungen des BGH (IV ZR 26/04)<sup>44</sup> nicht in Betracht. Hier fehlt es bereits an einer Obhutbeziehung des Mieters zu den versicherten Sachen und somit an deren Konnexität zu dem Mietverhältnis.

### **d) Rechtsfolge**

Basiert der Regressverzicht des Sachversicherers allein auf dem mit dem Vermieter eingegangenen Versicherungsvertrag, so kann dieser keine unmittelbaren Rechtswirkungen zugunsten des Mieters erzeugen. Ein diesen begünstigender Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB scheitert bereits daran, dass es keine dinglichen Verträge zugunsten Dritter gibt. § 328

---

<sup>41</sup> BGH, NZM 2002, 795; OLG Schleswig, VersR 2016, 1372, 1373.

<sup>42</sup> BGH, NZM 2006, 946; ausf. dazu *Schwintowski*, WuM 2007, 305, 307 f.

<sup>43</sup> Vgl. BGH, NZM 2006, 951.

<sup>44</sup> BGH, NZM 2006, 951.

BGB normiert ausschließlich den Verpflichtungsvertrag zugunsten Dritter; einem drittbegünstigenden Verfügungsvertrag wäre schon mit dem Zurückweisungsrecht des § 333 BGB nicht in Einklang zu bringen<sup>45</sup>. Demgemäß entfaltet der Regressverzicht lediglich die Wirkungen eines pactum de non petendo zugunsten des Mieters<sup>46</sup>. Dieser erwirbt aus der zwischen Vermieter und Versicherer (konkludent) getroffenen Vereinbarung also keine eigenen Ansprüche, sondern lediglich die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB, die er einer Inanspruchnahme durch den Versicherer aus dem gesetzlichen Forderungsübergang des § 86 Abs. 1 VVG entgegenhalten könnte<sup>47</sup>.

#### e) Beweislast

Ist der Regressverzicht infolge der ergänzenden Auslegung Inhalt des Sachversicherungsvertrags, obliegt es dem Versicherer, die Voraussetzungen für einen Regress, nämlich eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verursachung des Schadens durch den Mieter, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen<sup>48</sup>. Unter der Herrschaft der haftungsrechtlichen Lösung war es unklar, ob der Mieter nach § 548 BGB a.F. (entspricht § 538 BGB) die Annahme, dass der Schaden auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht, zu entkräften hatte<sup>49</sup> oder der regressierende Versicherer unter Rekurs auf § 61 VVG a.F. (heute § 81 VVG) den Beweis eines groben Verschuldens des Mieters zu führen hatte<sup>50</sup>. Diese Frage ist mit der versicherungsrechtlichen Lösung geklärt.

#### Lösung Ausgangsfall 1:

VS hat gegen M keinen Anspruch aus übergegangenem Rechts gem. §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB i. V. mit § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG. Auf die Frage, ob die Kosten der Gebäudeversicherung nach dem Mietvertrag zwischen V und M (anteilig) auf M umgelegt werden, kommt es dabei nicht an.

### 4. Einfluss einer mieterseitigen Haftpflichtversicherung

#### Variante 1 zu Fall 1:

Ändert sich an dem Ergebnis etwas, wenn M eine (Privat-)Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat?

<sup>45</sup> *Armbrüster* (Fn. 16), S. 96.

<sup>46</sup> *Armbrüster* (Fn. 16), S. 97; *Prölss*, ZMR 2005, 241.

<sup>47</sup> *Armbrüster* (Fn. 16), S. 97.

<sup>48</sup> BGHZ 145, 393, 400 = NZM 2001, 108 = ZMR 2001, 175, 177; BGH, NZM 2005, 100, 101 f. = ZMR 2005, 116, 119.

<sup>49</sup> So RGZ 122, 292, 295.

<sup>50</sup> So etwa OLG Hamm, ZMR 1998, 423, 424; s. zur Thematik auch *Schwintowski*, WuM 2007, 305, 306.

### a) Entwicklungen in der Rechtsprechung

Lange Zeit war streitig, welche Auswirkung eine beim Mieter bestehende Haftpflichtversicherung (vgl. § 100 VVG) auf den Regressverzicht des Gebäudeversicherers nach der versicherungsrechtlichen Lösung hat. Dabei hatte sich der BGH zu dieser Frage bereits in der Grundsatzentscheidung vom 8.11.2000 recht eindeutig verhalten. Der auf einer ergänzenden Vertragsauslegung fundierende Regressverzicht könne nicht davon abhängen, ob der Mieter im Einzelfall eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen habe. Häufig sei dies bei Abschluss des Sachversicherungsvertrags gar nicht bekannt; zudem sähen viele Mieter auch gar keine Notwendigkeit für eine Haftpflichtversicherung. Und selbst wenn eine solche bestehe, bedeute dies nicht, dass sie auch den Brandschaden abdecke<sup>51</sup>.

Zweifel an einer abschließenden Klärung dieser Rechtsfrage haben sich aus einem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 14.2.2001 (VIII ZR 292/98) ergeben, in dessen Schlussequenz unter 2. c) es heißt:

„Das Berufungsgericht wird ferner zu erwägen haben, ob und inwieweit sich im vorliegenden Fall etwas anderes aufgrund des Umstandes ergeben könnte, daß die Beklagte eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hatte, die nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien auch den Brandschaden des Vermieters erfaßte.“<sup>52</sup>

Hierauf gestützt sind die Oberlandesgerichte Köln und Düsseldorf<sup>53</sup> davon ausgegangen, dass es sich bei den Erwägungen des IV. Zivilsenats in dem Urteil vom 8.11.2000 zur mieterseitig bestehenden Haftpflichtversicherung um ein obiter dictum handele. Beide Gerichte nahmen einen zur Rechtsauffassung des IV. Zivilsenats konträren Standpunkt ein, während andere Oberlandesgerichte dieser beipflichteten<sup>54</sup>. Dabei war der VIII. Senat in dem Urteil vom 14.2.2001 wohl gar nicht bestrebt, von der Auffassung des IV. Senats abzuweichen; möglicherweise wollte er lediglich auf die Problematik des Innenausgleichs zwischen den Versicherern hinzuweisen<sup>55</sup>. Jedenfalls kam der IV. Senat nicht umhin, die Frage nach den Auswirkungen einer den Schaden am Gebäude umfassenden Haftpflichtversicherung auf den Regressverzicht nochmals umfänglich zu thematisieren. In drei der eingangs erwähnten Urteilen vom 13.9.2006 (IV ZR 273/05<sup>56</sup>; IV ZR 378/02<sup>57</sup>, IV ZR 116/05<sup>58</sup>) hat er daran erinnert, dass die

<sup>51</sup> BGHZ 145, 393, 399 = NZM 2001, 108, 109 f. = ZMR 2001, 175, 177.

<sup>52</sup> BGH, VersR 2001, 856, 857.

<sup>53</sup> OLG Köln, VersR 2004, 593; OLG Düsseldorf, VersR 2006, 541.

<sup>54</sup> So namentlich OLG Dresden, VersR 2003, 497; OLG Stuttgart, VersR 2004, 592; OLG Hamm, VersR 2002, 1280; OLG München, VersR 2005, 500.

<sup>55</sup> S. aber auch *Armbrüster*, NJW 2006, 3683, 3684.

<sup>56</sup> BGHZ 169, 86, 92 = ZMR 2007, 255, 257.

<sup>57</sup> BGH, NZM 2006, 949, 250.

<sup>58</sup> BGH, BGH, NZM 2006, 946, 947 ff.

Intention des Regressverzichts zuvörderst darin liege, das Mietverhältnis vor den Belastungen zu bewahren, die aus einem Regress des Gebäudeversicherers gegenüber dem Mieter resultieren würden. Derartigen Belastungen seien indes durch eine auf Seiten des Mieters bestehende Haftpflichtversicherung nicht ausgeschlossen. Nicht selten lehne diese einen Deckungsschutz zunächst einmal ab, so dass der Mieter einen Rechtsstreit gegen sie führen müsse. Hierzu sei er im Übrigen selbst dann gehalten, wenn er die Aussichten eines Deckungsschutzes als gering einstufe, da ihm der Gebäudeversicherer anderenfalls eine mangelnde Schadensminderung vorhalte. Demgemäß gerate der Mieter in Falle einer Deckungsablehnung seines Haftpflichtversicherers zwischen zwei Fronten: Er müsse gegen diesen prozessieren und ohne dessen Unterstützung den Anspruch des Gebäudeversicherers abwehren. Eine Streitverkündung an den Haftpflichtversicherer im Regressprozess helfe ihm oftmals wegen fehlender Voraussetzungsidentität<sup>59</sup> nicht weiter. Letztlich – so resümiert der BGH – stünde der Mieter im Falle einer Deckungsablehnung seiner Haftpflichtversicherung schlechter da als wenn eine solche überhaupt nicht abgeschlossen hätte, denn dann wäre ihm ein unabweislicher Regressschutz zuteil geworden<sup>60</sup>.

## b) Stellungnahme

Gegen die Sichtweise des BGH lässt sich argumentieren, dass der Regressverzicht lediglich subsidiärer Natur ist. Intention der Gebäudeversicherung ist es in erster Linie, dem *Sacherhaltungsinteresse* des Eigentümers Rechnung zu tragen (vgl. § 88 VVG). Demgegenüber wird das *Sacherhaltungsinteresse* des Mieters, nämlich sein Interesse, keinen Haftungsschaden wegen einer Verletzung des Eigentums am Gebäude zu erleiden<sup>61</sup>, grundsätzlich durch eine von ihm abzuschließende Haftpflichtversicherung abgedeckt (vgl. § 100 VVG). Allerdings kann durch entsprechende Vereinbarung zwischen Gebäudeversicherer und Versicherungsnehmer auch das *Sacherhaltungsinteresse* des Mieters, nämlich sein Interesse, keinen Haftungsschaden wegen einer Verletzung des Eigentums am Gebäude zu erleiden<sup>62</sup>, in die Sachversicherung mit einbezogen werden kann. Der BGH hat dies in dem erwähnten Urteil vom 8.11.2000 (IV. ZR 298/99)<sup>63</sup> klargestellt, die Frage war bis dahin streitig<sup>64</sup>. Es läge dann eine kombinierte Eigen- und Fremdversicherung durch den Vermieter vor, aus welcher dem Mieter eigene Ansprüche erwachsen würden (vgl. §§ 43 Abs. 1 VVG, 328 Abs. 1 BGB)<sup>65</sup>. Doch kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht von einer derartigen Mitversicherung des mieterseitigen Sachersatzinteresses in dem Gebäudeversicherungsvertrag ausgegangen werden<sup>66</sup>. Dies ergibt

<sup>59</sup> BGH, NJW-RR 2006, 676.

<sup>60</sup> BGH, NZM 2006, 946, 948 f.

<sup>61</sup> Prölss, ZMR 2001, 157.

<sup>62</sup> Prölss, ZMR 2001, 157.

<sup>63</sup> BGHZ 145, 393, 397 = NZM 2001, 108, 109 = ZMR 2001, 175, 176.

<sup>64</sup> S. dazu *Armbrüster* (Fn. 16), S. 72 ff.; *ders.*, NJW 1997, 177 f.

<sup>65</sup> Bruck/Möller/Brand (Fn. 36), § 43 Rn. 13.

<sup>66</sup> BGHZ 145, 393, 398 = NZM 2001, 108, 109 = ZMR 2001, 175, 177.

sich letztlich bereits aus § 43 Abs. 3 VVG. Um das Mietverhältnis gleichwohl vor den Folgen des Versicherungsfalls zu schützen, haben Rechtsprechung und Schrifttum das Institut des stillschweigenden Regressverzichts entwickelt. Das spricht jedoch dafür, dass bei Bestehen einer mieterseitigen Haftpflichtversicherung diese – und nicht die Sachversicherung des Vermieters – für das Sachersatzinteresse zuständig ist. Im Übrigen fragt es sich, ob der Mieter, der eine den Schaden am Mietobjekt umfassende Haftpflichtversicherung unterhält, im Hinblick auf einen Regress des Sachversicherers überhaupt schutzbedürftig ist<sup>67</sup>.

Natürlich kann die Inanspruchnahme des Haftpflichtversicherers durch den Mieter im Einzelfall zu Komplikationen führen. Doch ist dies – wie *Christian Armbrüster* zutreffend bemerkt<sup>68</sup> – letztlich Ausdruck eines allgemeinen Lebensrisikos des Mieters. Dieses kann jedoch nicht dem Versicherer zugewiesen werden, der bei Zugrundelegung seinen wohlverstandenen Interessen bei Abschluss des Vertrags – auf diese ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung abzustellen (vgl. II. 3. c) – auch keineswegs bereit gewesen wäre, derartige Risiken zu übernehmen.

Andererseits darf der Mieter angesichts seiner (anteiligen) Finanzierung der Prämie berechtigterweise erwarten, dass der Gebäudeversicherer – jedenfalls für leicht fahrlässig verursachte Schäden – so einsteht, wie bei einer Mitversicherung des Sachersatzinteresses. Dann aber wäre das Bestehen einer Haftpflichtversicherung jedenfalls für seine Position gegenüber dem Sachversicherer ohne Belang. Ob und inwieweit zwischen beiden Versicherern noch ein Innenausgleich stattzufinden hätte, wäre eine andere Frage. Schon mit Blick auf diese Erwartungshaltung des Mieters könnte der Vermieter bei Abschluss eines Sachversicherungsvertrags – ungeachtet des Bestehens einer Haftpflichtversicherung – ein essentielles Interesse an einem Regressverzicht des Versicherers haben. Dann erscheint es gut vertretbar, den Regressverzicht auch bei mieterseitig vorhandenem Haftpflichtversicherungsschutz zum Tragen kommen zu lassen.

## **c) Innenausgleich zwischen Gebäude- und Haftpflichtversicherer**

### **aa) Grundlagen**

Sofern dem Gebäudeversicherer ein Regress gegen den Mieter verwehrt ist, kann er allerdings von dessen Haftpflichtversicherer einen anteiligen Ausgleich nach dem Verhältnis der jeweiligen Leistungspflicht verlangen<sup>69</sup>. Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH aus einer entsprechenden Anwendung des § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG (vormals § 59 Abs. 2 Satz 1 VVG). Nach dieser Vorschrift sind mehrere Versicherer desselben Interesses im Verhältnis

<sup>67</sup> Dagegen etwa *Armbrüster* (Fn. 16), S. 119 f.; ders., NJW 2006, 3683, 3684.

<sup>68</sup> *Armbrüster*, NJW 2006, 3683, 3684.

<sup>69</sup> BGHZ 169, 86, 96 f. = NZM 2006, 945, 946 = ZMR 2007, 255, 258 f.; BGH, NZM 2017, 29.

zueinander zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, die sie dem Versicherungsnehmer nach dem jeweiligen Vertrag zu zahlen haben. Eine direkte Anwendung kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil die Verträge über die Gebäudeversicherung und die Haftpflichtversicherung unterschiedliche Interessen abdecken. Zudem besteht auch kein Leistungsanspruch des Mieters gegen den Gebäudeversicherer; er ist lediglich vor einer Inanspruchnahme durch diesen geschützt<sup>70</sup>. Allerdings rechtfertigte nach Ansicht des BGH die vorliegende Interessenlage, die mit derjenigen einer Doppelversicherung strukturell vergleichbar ist, eine analoge Anwendung des § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG auf die hier in Rede stehende Fallgestaltung. Es handelt sich im Hinblick auf die unterschiedlichen Risiken und die mangelnde Anspruchsberechtigung des Mieters letztlich wohl um eine doppelte Analogie<sup>71</sup>. Über das Bestehen einer Haftpflichtversicherung soll der Mieter dem Gebäudeversicherer gegenüber auskunftspflichtig sein; der entsprechende Anspruch wird auf eine analoge Anwendung des § 31 Abs. 2 VVG gestützt<sup>72</sup>.

Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die beiderseitigen Ersatzpflichten deckungsgleich sind. Demgemäß können in den Ausgleich nur die von der Haftpflichtversicherung zu ersetzenden Schadenspositionen einfließen, namentlich der Zeitwert des Gebäudes, nicht hingegen dessen Neuwert<sup>73</sup>.

Der Ausgleich erfolgt nach § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG nach dem Verhältnis der jeweiligen Leistungspflicht. Sind beide Versicherer zur Deckung des Schadens in Höhe des Zeitwerts verpflichtet, geht der Anspruch auf den hälftigen Betrag<sup>74</sup>. Der im Schrifttum vertretenen Ansicht, der zufolge dem Haftpflichtversicherer im Innenverhältnis unter Modifizierung des in § 59 Abs. 2 VVG a.F. (entspricht § 78 Abs. 2 VVG) vorgesehenen quotalen Ausgleichs der gesamte Schaden aufzuerlegen ist<sup>75</sup>, hat der BGH eine Absage erteilt. Eine dergestalt subsidiäre Haftung eines der Versicherer falle nicht unter diese Vorschrift<sup>76</sup>.

## **bb) Stellungnahme**

Die Argumentation des BGH führt zu der Frage, ob § 78 Abs. 2 VVG beim Verhältnis zwischen Sachversicherer und Haftpflichtversicherer überhaupt passt. Wie bereits oben dargestellt, sichern beide völlig unterschiedliche Risiken. Wird das Sachersatzrisiko in erster Linie durch

<sup>70</sup> BGHZ 169, 86, 96 = NZM 2006, 945, 946 = ZMR 2006, 255, 258.

<sup>71</sup> *Dickmann*, VersR 2013, 1227, 1230 f; 2014, 1178.

<sup>72</sup> *Dickmann*, VersR 2014, 1178.

<sup>73</sup> BGHZ 169, 86, 97 = NZM 2006, 945, 946 = ZMR 2006, 255, 259; a.A. *Prölss*, ZMR 2004, 389, 392; *Breideneichen*, VersR 2005, 501, 503.

<sup>74</sup> S. nur *MüKo-VVG/Halbach*, Bd. 1, 2. Aufl. 2016, § 78 Rn. 25; *Prölss/Martin/Armbrüster* (Fn. 36), § 78 Rn. 19.

<sup>75</sup> *Prölss*, ZMR 2001, 157, 159; *Breideneichen*, VersR 2005, 501, 503.

<sup>76</sup> BGHZ 169, 86, 97 = NZM 2006, 945, 946 = ZMR 2006, 255, 259.

eine bestehende Haftpflichtversicherung abgedeckt, so hätte einiges dafür gesprochen, es dieser im Innenverhältnis zum Gebäudeversicherer vollständig zuzuweisen<sup>77</sup>. Der Rückgriff auf § 78 Abs. 2 VVG erscheint eher als Notlösung, um den für das Sachersatzinteresse des Mieters eigentlich zuständigen Haftpflichtversicherer überhaupt in den Schadensausgleich mit einzubinden – ungeachtet eines infolge des Regressverzichts bereits fehlenden Haftpflichtfalls.

### **Lösung Variante Fall 1:**

Die von M abgeschlossene Haftpflichtversicherung hat (nach der Rechtsprechung des BGH) auf den Regressverzicht des VS keinen Einfluss. Allerdings kann dieser vom Haftpflichtversicherer hälftigen Ausgleich des Zeitwertschadens analog § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG verlangen.

## **5. Grob fahrlässige Schadensverursachung**

### **Variante 2 zu Fall 1:**

Wie wäre die Rechtslage, wenn M den Brandschaden infolge von grober Fahrlässigkeit herbeigeführt hat?

#### **a) Problemstellung**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Regressverzicht hatte bislang allein den Fall der leicht fahrlässigen Schadensverursachung vor Augen. Dabei hatte sie sich stets an der Wertung des § 61 VVG a.F. orientiert. Demgemäß sollte auch der Regressverzicht lediglich bei leicht fahrlässiger Schadensverursachung seitens des Mieters einschlägig sein<sup>78</sup>. Allein hier sollte ihm als Pendent zur bestehenden Eintrittspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer der Regress gegenüber dem Mieter versagt bleiben (s. oben unter II. 3. a)<sup>79</sup>.

Fraglich ist, ob diese Wertung auch auf der Grundlage des seit dem 1.1.2008 maßgeblichen § 81 VVG Geltung beanspruchen kann<sup>80</sup>. Die Vorschrift ist an die Stelle des § 61 VVG a.F. getreten, und zwar mit einer weitreichenden inhaltlichen Änderung. § 81 Abs. 1 VVG befreit den Versicherer vollständig von seiner Leistungspflicht nur dann, wenn der Versicherungsnehmer den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat. Bei grob fahrlässigem Handeln ist der Versicherer gem. § 81 Abs. 2 VVG lediglich berechtigt, seine Leistung in Relation zur Schwere des

<sup>77</sup> Prölss, ZMR 2004, 389, 392; Breideneichen, VersR 2005, 501, 503.

<sup>78</sup> In diesem Sinne BGHZ 145, 393, 398, 400 = NZM 2001, 108, 109 f. = ZMR 2001, 175, 177.

<sup>79</sup> Wietz/Streyll, WuM 2015, 131, 132; Dickmann, VersR 2014, 1178.

<sup>80</sup> Für Altverträge, die vor dem 1.1.2008 abgeschlossen wurden, ist im Übrigen Art. 1 EGVVG zu beachten. Grds. ist hier das alte VVG noch bis zum 31.12.2008 anzuwenden (Art. 1 Abs. 1 EGVVG). Sofern der Versicherungsfall vor dem 31.12.2008 eingetreten ist, gilt das alte Recht fort (Art. 1 Abs. 2 EGVVG). Ist der Versicherungsfall nach dem 31.12.2008 eingetreten, gilt das neue Recht ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; LG Krefeld, ZMR 2017, 48, 49; Blank/Börstinghaus/Blank, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 538 Rn. 25.

Verschuldens auf Seiten des Versicherungsnehmers zu kürzen. Damit hat der Reformgesetzgeber von 2007 das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ des § 61 VVG a.F. abgeschafft<sup>81</sup>.

### **b) Bisheriger Meinungsstand**

Überträgt man die Wertung des § 81 Abs. 2 VVG auf den gesetzlichen Forderungsübergang des § 86 Abs. 1 VVG, so könnte der Versicherer den Mieter seines Versicherungsnehmers bei grob fahrlässiger Schadensverursachung lediglich quotal in Regress nehmen; die Höhe der Quote würde sich nach dem Ausmaß seines Verschuldens richten<sup>82</sup>. Im Schrifttum ist dieser Ansatz überwiegend befürwortet worden<sup>83</sup>. Die Abkehr vom „Alles-oder-nichts-Prinzip“ müsse auch dem Mieter in Gestalt des Regressverzichts zugutekommen, da dieser faktisch wie eine mitversicherte Person zu behandeln sei. Ihm stünden zwar keine eigenen Ansprüche gegen den Gebäudeversicherer zu, angesichts der von ihm getragenen Prämienlast müsse ihm jedoch ein entsprechendes Schutzniveau zuteilwerden<sup>84</sup>.

Die Gegenansicht will den Anwendungsbereich des versicherungsrechtlichen Modells auch unter der Herrschaft des § 81 VVG auf die Fälle der einfach fahrlässigen Schadensverursachung durch den Mieter beschränken<sup>85</sup>. In diesem Sinne hat namentlich das OLG Koblenz in einem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO vom 16.1.2014 (10 U 1470/12)<sup>86</sup> entschieden. Der Regressverzicht beziehe sich ausschließlich auf den Fall der leicht fahrlässigen Schadensverursachung; im Übrigen müsse es bei der gesetzlichen Regelung in § 86 VVG bleiben, zumal der gegenüber dem Haftpflichtversicherer eröffnete Direktausgleich analog § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG lediglich eine (systemwidrige) Hilfskonstruktion darstelle<sup>87</sup>.

### **c) Aktuelle BGH-Entscheidung**

Der IV. Zivilsenat des BGH ist dieser Position in einem der Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG Koblenz stattgebenden Beschluss gem. §§ 544 Abs. 4 ZPO vom 26.10.2016 (IV ZR 52/14)<sup>88</sup> gefolgt. Wegen einer Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in einem anderen Punkt hat er die Sache allerdings nach § 544 Abs. 7 ZPO an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

---

<sup>81</sup> BT-Drs. 16/3945, S. 80.

<sup>82</sup> S. dazu Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 36), § 28 Rn. 215 ff., § 81 Rn. 56 ff.; Langheid/Rixecker/*Langheid* (Fn. 36), § 81 Rn. 95.

<sup>83</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 132; *Staudinger/Kassing*, VersR 2007, 10, 11; *Piepenbrock*, VersR 2008, 319 f.; *Armbrüster*, DNotZ 2015, 279, 281; *Hinz*, JR 2016, 334, 336; *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 80), § 538 Rn. 25; Prölss/Martin/*Klimke* (Fn. 36), § 43 Rn. 25.

<sup>84</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 132.

<sup>85</sup> MüKo-VVG/*Möller/Segger* (Fn. 74), § 86 Rn. 232.

<sup>86</sup> OLG Koblenz, VersR 2014, 1500.

<sup>87</sup> Vgl. OLG Koblenz, VersR 2014, 1500 f.

<sup>88</sup> BGH, NZM 2017, 29.

In den Gründen der Entscheidung betont der Senat noch einmal, dass der Regressverzicht auf einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags beruht. Es gehe primär um das Interesse des Versicherungsnehmers, das Mietverhältnis nicht zu belasten. Doch sei eine derartige Belastung bei grob fahrlässiger Schadensverursachung durch den Mieter gar nicht zu vermeiden, da dem Versicherer hier (entsprechend § 81 Abs. 2 VVG) ein Teilregress verbliebe, bei dessen Durchsetzung ihn der Vermieter ohnehin unterstützen, womöglich sogar auf eine hohe Regressquote hinwirken müsse<sup>89</sup>.

Im Übrigen wäre ein partieller Regressverzicht im Falle einer mieterseitig bestehenden Haftpflichtversicherung nach Ansicht des Senats schwerlich mit dem dann in Betracht kommenden Innenausgleich der Versicherer analog § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG kompatibel. Der Gebäudeversicherer müsse zunächst den Mieter aus teilweise übergegangenen Recht in Anspruch nehmen (vgl. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG), im Zweifel in Höhe der hälftigen Forderung. Bezüglich des Restes könne er Ausgleich von dem Haftpflichtversicherer verlangen. Sofern er gegen den Mieter durchdringe, könne er dessen Deckungsanspruch gegen den Haftpflichtversicherer pfänden und sich überweisen lassen. Gerade diese parallele Vorgehensweise gegen den Mieter und dessen Haftpflichtversicherer, die letztlich doch auf einen vollen Schadensausgleich durch den Haftpflichtversicherer hinausläuft, hat der IV. Senat als unzumutbar erachtet<sup>90</sup>.

Aber auch der Gesichtspunkt, dass der Mieter mittels seiner laufenden Mietzahlungen die Prämie (anteilig) finanziert, vermag nach Auffassung des Senats keine andere Sichtweise zu begründen. Anders als dies in früheren Entscheidungen anklingt<sup>91</sup>, will er dem Mieter deswegen noch keine dem Versicherungsnehmer angenäherte Rechtsposition zuerkennen (sog. Quasi-Versicherungsnehmer). Die dem Mieter obliegende Prämienlast begründe lediglich die Erwartung, dass ihm diese Aufwendungen im Schadensfall „in irgendeiner Weise zugutekommen“ sollten, er „in gewisser Weise geschützt“ werde, wenn er leicht fahrlässig einen Schaden verursache<sup>92</sup>.

#### **d) Stellungnahme**

Mit der hier vertretenen Sichtweise koppelt der BGH den Regressverzicht weitgehend von dem subjektiven Risikoausschluss des § 81 VVG ab. Während der (unmittelbare) Versicherungsschutz nach Absatz 1 dieser Vorschrift lediglich bei vorsätzlicher Schadensstiftung entfällt, soll der Regressschutz dem Mieter bereits bei grober Fahrlässigkeit versagt bleiben. Dabei ist dem

---

<sup>89</sup> BGH, NZM 2017, 29, 30.

<sup>90</sup> BGH, NZM 2017, 29, 30.

<sup>91</sup> Beispielfhaft BGHZ 203, 256, 267 = NZM 2015, 245, 246 = ZMR 2015, 112, 114 mit Anm. *Schmid*; BGH, NZM 2006, 949, 950 f.

<sup>92</sup> BGH, NZM 2017, 29, 30.

Senat zu konzedieren, dass auch ein seinem Umfang nach an § 81 Abs. 2 VVG bemessener Teilregress das Mietverhältnis belasten würde. Das gilt schon im Hinblick auf die den Vermieter treffende Unterstützungspflicht gem. § 86 Abs. 2 VVG (s. dazu unter II. 3. a). Und doch erscheint es denkbar, dass sich die Beeinträchtigung des Vertragsklimas bei einem nach Maßgabe des § 81 Abs. 2 VVG reduzierten Regress weniger nachhaltig ausnimmt als bei einer vollen Inanspruchnahme des Mieters. Auch die bei bestehender Haftpflichtversicherung des Mieters erforderliche zweispurige Vorgehensweise dürfte für den Gebäudeversicherer weniger beschwerlich sein als der Senat dies suggerieren möchte. So könnte er primär den Mieter aus übergegangenem Recht in Höhe der aus seiner Sicht angemessenen Quote in Anspruch nehmen und hinsichtlich des restlichen Betrags den Innenausgleich bei dessen Haftpflichtversicherer suchen. Solange die auf den Mieter entfallende Quote noch nicht feststeht, könnte er gegenüber dem Haftpflichtversicherer auf eine Verjährungsverzichtsvereinbarung dringen<sup>93</sup>, anderenfalls auf Feststellung des Bestehens einer Ausgleichsforderung dem Grunde nach klagen.

Allerdings darf auch hier nicht übersehen werden, dass der Regressverzicht – anders als der subjektive Risikoausschluss des § 81 VVG – nicht gesetzlich normiert ist, sondern auf einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags beruht. Abzustellen ist nach dem oben Gesagten (s. unter II. 3. c) auf die verobjektivierte Interessenlage der Vertragsparteien, das Interesse des Versicherungsnehmers an einem möglichst unbeschadetem Vertragsklima ist mit dem grundsätzlichen Regressinteresse des Gebäudeversicherers in Einklang zu bringen. Bleibt dessen Zugriff des Sachversicherers auf den Mieter aber ohnehin nicht aus, so mag dem Vermieter zwar rein subjektiv daran gelegen sein, die Belastungen des Mietverhältnisses aus einer derartigen Inanspruchnahme möglichst gering zu halten, insbesondere wenn dieses bislang harmonisch verlaufen ist. Doch darf er ein solches Interesse schon im Hinblick auf seine aus § 86 Abs. 2 VVG resultierende Unterstützungspflicht überhaupt nicht realisieren können; im Hinblick auf die in § 86 Abs. 2 Satz 3 VVG installierte Vermutung für grobe Fahrlässigkeit und der daran anschließenden teilweisen Leistungsfreiheit des Versicherers sollte er es wohl nicht einmal artikulieren. Vor diesem Hintergrund kann aber kaum angenommen werden, dass der Versicherer bei Zugrundelegung der für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblichen objektiven Sichtweise bereit wäre, auf einen vollen Regress gegenüber dem Mieter – wie § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ihn legitimiert – zu verzichten. Dabei darf auch nicht gänzlich außer Acht bleiben, dass der Zivilrechtsordnung jedenfalls in der Regel – von den im Versicherungsrecht explizit geregelten Ausnahmetatbeständen der §§ 26 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 2 Satz 2, 81 Abs. 2 VVG einmal abgesehen – den grob fahrlässig handelnden Schädiger einen vollen Haftung unterwirft (vgl. etwa §§ 277, 521, 599, 932 BGB). Auch dieser Umstand

---

<sup>93</sup> S. dazu MüKo-BGB/Grothe (Fn. 33), § 202 Rn. 3 ff., § 214 Rn. 6.

wäre bei der Ermittlung des hypothetischen Willens des Versicherers in Fortschreibung des lückenhaften Vertrags zu berücksichtigen (s. oben unter II. 3. c). Und schließlich wird sich der Versicherer für den Fall, dass der Mieter haftpflichtversichert sein sollte, auch nicht auf die recht umständliche zweispurige Vorgehensweise einlassen. Nach alledem dürften gute Gründe für die Sichtweise des IV. Zivilsenats sprechen.

### **Lösung Variante 2 zu Fall 1:**

VS könnte M aus übergegangenem Recht (§§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB i. V. mit § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG) voll in Regress nehmen.

### **III. Pflicht des Vermieters zur Inanspruchnahme der Gebäudeversicherung**

Hat der Mieter einen durch die Gebäudeversicherung abgedeckten Schaden verursacht, so stellt sich aus Sicht des Vermieters die Frage, ob und unter welchen Umständen dieser verpflichtet ist, den Versicherer in Anspruch zu nehmen. Immerhin war es ein wesentliches Argument gegen die früher vertretene haftungsrechtliche Lösung, dass der Vermieter durchaus nachvollziehbare Gründe haben könne, von einer solchen Inanspruchnahme abzusehen und sich direkt an den Mieter zu wenden (s. oben unter II. 2 a.E.).

### **Fall 2:**

Mieter M verursacht in den bei Vermieter V gemieteten Räumen infolge von leichter Fahrlässigkeit einen Leitungswasserschaden. Er fordert V auf, diesen zu beseitigen und kündigt für die Folgemonate eine Mietminderung an, die er dann auch geltend macht. V bezweifelt, dass dem M unter diesen Umständen ein Erfüllungsanspruch sowie mietvertragliche Gewährleistungsrechte in vollem Umfang zustehen.

#### **1. Grundsatz**

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH ist der Vermieter gegenüber seinem Mieter, der leicht fahrlässig einen Schaden an dem Mietobjekt verursacht hat, regelmäßig verpflichtet, den mit der Absicherung des Sachrisikos beauftragten Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen. Der BGH hat dies erstmals in dem Urteil vom 03.11.2004 (VIII ZR 28/04)<sup>94</sup> dekretiert und diese Rechtsprechung in der eingangs erwähnten Wohnungsbrand-Urteil vom 19.11.2014 (VIII ZR 191/13)<sup>95</sup> fortgeführt. Eine solche „Verschonungspflicht“<sup>96</sup> des Vermieters ergibt sich zwanglos aus § 241 Abs. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme auf die Belange des Mieters, der durch seine Mietzahlungen die Prämie für den Sachversicherer (anteilig) finanziert.

<sup>94</sup> BGH, NZM 2005, 100 = ZMR 2005, 116.

<sup>95</sup> BGHZ 203, 256 = NZM 2015, 245 = ZMR 2015, 112 mit Anm. Schmid.

<sup>96</sup> Prölss, ZMR 2005, 241.

Letztlich stellt dies auch einen Reflex der versicherungsrechtliche Lösung dar. Der Vermieter darf den aus dieser resultierenden Regressverzicht des Gebäudeversicherers nicht dadurch umgehen, dass er an dessen Stelle den Mieter in Anspruch nimmt<sup>97</sup>. Dieser würde in seiner Erwartung enttäuscht werden, als Gegenleistung für die von ihm (anteilig) getragene Prämie im Schadensfall einen Nutzen von der Sachversicherung zu haben. Solange der Vermieter durch diese abgesichert ist, hat er – so argumentiert der BGH – im Regelfall kein vernünftiges Interesse daran, einen Schadensausgleich beim Mieter zu suchen<sup>98</sup>.

Sofern der Vermieter seine Pflicht, im Falle eines Gebäudeschadens primär den Sachversicherer in Anspruch zu nehmen, verletzt, steht dem Mieter ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu. Diesen kann er dem gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch des Vermieters aus Vertragspflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB bzw. aus unerlaubter Handlung gem. § 823 Abs. 1 BGB mit der aus § 242 BGB resultierenden Einrede der unzulässigen Rechtsausübung („dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“) entgegen halten<sup>99</sup>.

Nach Auffassung von *Jürgen Prölss* folgt aus der Verschonungspflicht des Vermieters bereits ein Primäranspruch des Mieters, eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen ihn zu unterlassen<sup>100</sup>, so dass es eines Rückgriffs auf die Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung gar nicht bedarf. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass die Verschonungspflicht lediglich um eine Nebenpflicht des Vermieters aus § 241 Abs. 2 BGB, gerichtet auf Rücksichtnahme gegenüber den Belangen des Mieters darstellt. Aus der dergestalt unselbständigen Nebenpflicht dürfte sich jedoch gar kein Primäranspruch, sondern im Verletzungsfalle lediglich ein auf Schadensersatz gerichteter Sekundäranspruch ergeben<sup>101</sup>. Ein gewisser Schwachpunkt der vom BGH vertretenen Auffassung liegt sicher darin, dass ein derartiger, aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB resultierender Schadensersatzanspruch des Mieters auf Freistellung von Ansprüchen des Vermieters verschuldensabhängig ist. Doch ist die von *Prölss* artikulierte Besorgnis, der Vermieter könne sich auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum hinsichtlich der nicht ganz leicht auszulotenden Grenzen der Verschonungspflicht (s. dazu unter III. 3.) berufen, aber wohl nicht begründet. Denn an einen exkulpierenden Rechtsirrtum

<sup>97</sup> *Prölss*, ZMR 2005, 241.

<sup>98</sup> BGHZ 203, 256 = NZM 2015, 245, 246 f. = ZMR 2015, 112, 114 mit Anm. *Schmid*; BGH, NZM 2005, 100, 101 = ZMR 2005, 116, 118.

<sup>99</sup> BGHZ 203, 256, 267 f. = NZM 2015, 245, 247 = ZMR 2015, 112, 114 mit Anm. *Schmid*; BGH, NZM 2005, 100, 101 = ZMR 2005, 116, 118.

<sup>100</sup> *Prölss*, ZMR 2005, 241.

<sup>101</sup> Vgl. BGH, NZM 2008, 78 = ZMR 2008, 195 zum betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot; s. ferner BeckOK-BGB/*Sutschet*, 41. Edition (Stand 1.11.2016), § 241 Rn. 43; NK-BGB/*Krebs*, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 65; zweifelnd MüKo-BGB/*Bachmann* (Fn. 40), § 241 Rn. 64.

stellt die Rechtsprechung bekanntermaßen strenge Anforderungen<sup>102</sup>; im Zweifel muss der Schuldner mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte rechnen. Daran gemessen wird der Vermieter in aller Regel gehalten sein, den Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen haben. Nur wenn besondere Umständen darauf hindeuten, dass eine solche Inanspruchnahme mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre, sich dies aber letztlich nicht verifizieren lässt, könnte ein unvermeidbarer Rechtsirrtum des Vermieters in Betracht kommen. Eine solche Situation dürfte aber nur äußerst selten anzunehmen sein.

## 2. Auswirkungen auf die Mieterrechte

### a) Erfüllungsanspruch

Weist das Mietobjekt einen durch die Gebäudeversicherung des Vermieters abgedeckten Schaden auf, so steht dem Mieter zunächst der Erfüllungsanspruch zu. Gem. § 535 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB kann er vom Vermieter verlangen, dass dieser die Räumlichkeiten wieder in einen zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand versetzt, also den Schaden beseitigt. Einen Ausnahmehinweis für Fallgestaltungen, in denen der Mieter den Eintritt des Schadens zu vertreten hat, sieht das Gesetz nicht vor. Deshalb behilft sich die Rechtsprechung hier mit einem Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, den der Vermieter dem die Herrichtung der Mietsache fordernden Mieter im Wege des bereits erwähnten „Dolo-agit-Einwands“ nach § 242 BGB entgegenhalten kann. Dieser Einwand ist dem Vermieter jedoch verwehrt, wenn er verpflichtet ist, die für das Objekt abgeschlossene Gebäudeversicherung in Anspruch zu nehmen.

Im Übrigen kann sich der Mieter nicht auf die Einrede des unverhältnismäßigen Aufwands nach § 275 Abs. 2 BGB berufen, da die Wiederherstellungskosten durch die Gebäudeversicherung abgedeckt sind<sup>103</sup>. Keinen Einfluss auf den Mängelbeseitigungsanspruch des Vermieters hat zudem – wie der BGH in dem Urteil vom 19.11.2014 klargestellt – die auf den Mieter (wirksam) übertragene Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen<sup>104</sup>. Der BGH hat dies damit begründet, dass der Anspruch auf Schadensbeseitigung, nicht hingegen auf Vornahme von Schönheitsreparaturen gerichtet ist. Dem ist beizupflichten, denn bei den Schönheitsreparaturen geht es nicht um die Beseitigung von Schäden, sondern von Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs. Der Umstand, dass die Schadensbeseitigung auch Tapezier- und Malerarbeiten erfordert, verleiht ihr auch nicht partiell den Charakter einer Schönheitsreparaturmaßnahme<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Grdl. BGH, NZM 2007, 35 = ZMR 2007, 103; „Mieterverein-Urteil“; ferner BGHZ 201, 91, 98 f. = ZMR 2014, 710, 712; NZM 2014, 631, 634 = ZMR 2014, 713, 716 f.

<sup>103</sup> Schmid, VersR 2015, 551, 552.

<sup>104</sup> BGHZ 203, 256, 271 = NZM 2015, 245, 248 = ZMR 2015, 112, 115 mit Anm. Schmid.

<sup>105</sup> So bereits Stornel, WuM 2002, 585; Eisenschmid, NZM 2002, 889 f., jew. für nach einen Hochwassereintritt erforderliche Durchführung von Schönheitsreparaturen.

## b) Mietminderung

Auch eine Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB kann der Mieter im Falle einer leicht fahrlässigen Verursachung des Schadens in den gemieteten Räumen grundsätzlich geltend machen. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat dies in dem Urteil vom 19.11.2014 recht apodiktisch ausgesprochen<sup>106</sup>; bei näherem Hinsehen ist das aber keineswegs ganz unproblematisch. Eine Mietminderung ist – wie der BGH schon bei anderer Gelegenheit entschieden hatte – ausgeschlossen, wenn der Mangel aus der Sphäre des Mieters resultiert<sup>107</sup>. Anders soll es sich jedoch verhalten, wenn der Vermieter „unter Berücksichtigung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Lösung zur Beseitigung des Mangels verpflichtet ist“<sup>108</sup>. Das wäre aber bereits der Fall, wenn der Versicherer den Schaden reguliert hat. Doch benötigt der Vermieter von da an regelmäßig noch eine gewisse Zeit, um diesen zu beseitigen. Sofern die Miete bereits mit der Regulierung durch den Versicherer gemindert wäre, stünde der Mieter letztlich besser da, als der Versicherungsnehmer selbst, denn dieser muss die Gebrauchsbeeinträchtigung der Sache so lange hinnehmen, bis er den Schaden beseitigt hat<sup>109</sup>. Folglich kann dem Vermieter erst nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Frist zur Beseitigung des Mangels eine Verantwortung für dessen Fortbestehen erwachsen, mit der Folge, so dass er fortan nicht mehr allein aus der Sphäre des Mieters resultiert. Erst von da an kann die Miete wegen des vom Gebäudeversicherer regulierten Schadens gemindert sein<sup>110</sup>. Die Dauer der Mängelbeseitigungsfrist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Ausmaß des Schadens. Sie sollte im Interesse des Vermieters nicht zu kurz bemessen werden<sup>111</sup>.

Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung<sup>112</sup> ist es für den Beginn der Mietminderung ohne Relevanz, ob und in welchem Umfang der Gebäudeversicherer den Mietausfallschaden übernimmt. Bei der Wohnraummiete erfolgt eine Regulierung dieses Folgeschadens nach Abschnitt A. § 9 Nr. 1 lit. a VGB 2010 bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Nutzbarkeit wiederhergestellt ist, wobei die Höchstdauer im Einzelnen vereinbart werden muss (vgl. Abschnitt A. § 9 Nr. 2 lit. a VGB 2010); im Regelfall sind dies zwölf Monate<sup>113</sup>. Der Mietausfallschaden ist aber nur insoweit ersatzfähig, als er auf einer *berechtigten* Minderung der Miete infolge des Versicherungsfalls beruht (vgl. Abschnitt A. § 9 Nr. 1 lit. a VGB 2010). Eine solche

<sup>106</sup> BGHZ 203, 256, 273 = NZM 2015, 245, 248 = ZMR 2015, 112, 116 mit Anm. *Schmid*.

<sup>107</sup> BGH, NZM 2011, 198.

<sup>108</sup> BGHZ 203, 256, 273 = NZM 2015, 245, 248 = ZMR 2015, 112, 116 mit Anm. *Schmid*.

<sup>109</sup> *Schmid*, VersR 2015, 551, 553; *ders.*, ZMR 2015, 116, 117.

<sup>110</sup> So auch *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

<sup>111</sup> S. auch *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

<sup>112</sup> So etwa *Beuermann*, GE 2014, 1568.

<sup>113</sup> Vgl. *Beuermann*, GE 2014, 1568; *Schmid*, ZMR 2015, 116, 117.

kommt aber gerade nicht in Betracht, solange dem Vermieter noch eine angemessene Karenzzeit bis zur Beseitigung des Mangels zusteht. Zumindest bis dahin resultiert der Mangel allein aus der Sphäre des Mieters, welcher den Versicherungsfall überhaupt erst ausgelöst hat<sup>114</sup>.

Bei der Gewerberaummiete unterliegt die Regulierung des Mietausfallschadens gem. Abschnitt A. § 9 Nr. 3 VGB 2010 zwar ausschließlich der Parteivereinbarung; doch dürfte dies nichts daran ändern, dass ein ersatzfähiger Schaden erst von dem Zeitpunkt an vorliegt, zu dem der Vermieter Gelegenheit zur Mängelbeseitigung hatte. Vorher resultiert der Mangel – auch bei der Gewerberaummiete – allein aus der Sphäre des Mieters.

Der hier vertretenen Ansicht ist möglicherweise auch das LG Bonn als Berufungsgericht in der vom BGH mit Urteil vom 19.11.2014 entschiedenen Sache gefolgt<sup>115</sup>. Dieses hat eine Minderung der Miete unter Abweisung des weitergehenden Feststellungsantrags des Mieters erstmals vier Monate nach dem Schadensereignis angenommen. Den Gründen des Berufungsurteils lässt sich entnehmen, dass es die Dauer vom Schadenseintritt bis zur Regulierung auf etwa drei Monate und die Dauer der Herrichtung des Mietobjekts auf vier Wochen bemessen hat<sup>116</sup>. Es ist daher nicht völlig ausgeschlossen, dass der VIII. Senat in seinen knappen Ausführungen zur Mietminderung lediglich die Entscheidung des LG Bonn bestätigen wollte<sup>117</sup>.

### **c) Weitere Gewährleistungsrechte**

#### **aa) Schadensersatz**

Ein Schadensersatzanspruch nach § 536a Abs. 1 BGB kommt lediglich wegen eines Verzugs des Vermieters mit der Mängelbeseitigung (3. Var.) in Betracht, wenn dieser den Gebäudeversicherer nicht in Anspruch nimmt oder aber nach einer Inanspruchnahme die Herrichtung der Räumlichkeiten verzögert. Ein anfänglicher Mangel i. S. von § 536a Abs. 1, 1. Var. BGB liegt bei der hier in Rede stehenden Fallgestaltung nicht vor. An eine Verschuldenshaftung nach § 536a Abs. 1, 2. Var. BGB könnte man denken, wenn der Vermieter den Schaden auch nach Regulierung durch den Gebäudeversicherer nicht beseitigt. Doch beruht der Mangel wohl auch dann nach wie vor noch auf Umständen, die der allein Mieter zu vertreten hat. Daher wird der Mieter den Vermieter bei zögerlicher Schadensbeseitigung in Verzug setzen müssen, von da an ergibt sich die Schadensersatzpflicht des Vermieters aus § 536a Abs. 1, 3. Var. BGB<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Weitergehend BGH, VersR 2014, 999, 1000: mangels berechtigter Mietzahlungsverweigerung kein Mietausfallschaden, wenn der Mieter den Mangel selbst herbeigeführt hat.

<sup>115</sup> LG Bonn, BeckRS 2014, 20483.

<sup>116</sup> LG Bonn, BeckRS 2014, 20483.

<sup>117</sup> In diesem Sinne *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

<sup>118</sup> S. dazu auch *Schmid*, VersR 2015, 551, 553.

### **bb) Aufwendungsersatz**

Auch ein Selbstbeseitigungsrecht des Mieters nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB kann erst in Betracht kommen, nachdem er den Vermieter hinsichtlich seiner Beseitigungspflicht in Verzug gesetzt hat. Eine Notmaßnahme nach § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB scheidet indessen aus, wenn der Mieter den Mangel – wie hier – schuldhaft verursacht hat. Dann muss er dem Vermieter auf jeden Fall die Gelegenheit geben, zunächst den Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen.

### **cc) Gewährleistungskündigung**

Auch ein außerordentliches fristloses Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB steht dem Mieter nicht zu, wenn er den Mangel in zurechenbarer Weise selbst verursacht hat. Der BGH hat dies für die Kündigung wegen gesundheitsgefährdender Beschaffenheit der Räumlichkeiten nach § 569 Abs. 1 BGB entschieden<sup>119</sup>; nichts anderes kann jedoch für die Gewährleistungskündigung gelten. Allerdings kommt diese nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Vermieter die Versicherung nicht in Anspruch nimmt oder nach erfolgter Leistung die Mängelbeseitigung nur zögerlich vornimmt. In Regelfall ist aber ein vorheriges Abhilfeverlangen nach Maßgabe des § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlich.

### **3. Ausnahmen von der Pflicht zur Inanspruchnahme des Gebäudeversicherer**

Viel diskutiert worden ist die Frage, ob der Vermieter in bestimmten Fällen ein berechtigtes Interesse haben kann, von einer Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers abzusehen und gegen den schadensverursachenden Mieter vorzugehen. Denkbar wäre dies lediglich dann, wenn dem Vermieter bei Inanspruchnahme des Versicherers erhebliche Nachteile drohen würden. Diese können sich im Wesentlichen unter drei Gesichtspunkten einstellen:

- eine deutliche Erhöhung der Prämie, die der Sachversicherer gegebenenfalls auch durch die Androhung einer Kündigung des Versicherungsvertrags nach § 92 VVG durchzusetzen sucht<sup>120</sup>,
- eine Vertragskündigung seitens des Versicherers nach Inanspruchnahme (§ 92 VVG) und die daraus resultierende Schwierigkeit des Vermieters, fortan Versicherungsschutz zu annähernd denselben Konditionen zu erhalten wie bislang<sup>121</sup>,
- eine zu erwartende langwierige gerichtliche Auseinandersetzung über die Leistungspflicht des Sachversicherers mit ungewissem Erfolgsausgang<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> BGH, NZM 2007, 439 = ZMR 2007, 601.

<sup>120</sup> *Armbrüster*, NVersZ 2001, 193, 196; *ders.*, DNotZ 2015, 279, 281.

<sup>121</sup> *Prölss*, ZMR 2005, 241, 242.

<sup>122</sup> BGHZ 145, 393 = NZM 2001, 108, 109 = ZMR 2001, 175; BGH, NZM 2005, 100, 102 = ZMR 2005, 116, 119.

### a) Verschlechterung der Konditionen, Vertragskündigung

In dem Urteil vom 19.11.2014 hat es der VIII. Senat letztlich offen gelassen, ob ein berechtigtes Interesse bereits dann besteht, wenn durch die Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers eine erhebliche Erhöhung der Prämie droht. Er hat erwogen, ob in solchen Fällen die Möglichkeit besteht, allein den Mieter, der den Brandschaden verursacht hat, mit dem Erhöhungsbetrag zu belasten<sup>123</sup>. Denkbar wäre hier insbesondere ein Schadensersatzanspruch gegen den Mieter aus § 280 Abs. 1 BGB auf Erstattung der Differenz zwischen der bisherigen und der nunmehr erhöhten Prämie, und zwar nicht nur anteilig, sondern für das gesamte Gebäude. Rechtlich erscheint dies wenig problematisch; der BGH hat bereits in anderem Zusammenhang entschieden, dass es sich bei Prämiennachteilen um einen ersatzfähigen Folgeschaden handeln kann<sup>124</sup>. Die Bedenken liegen darin, dass ein solches Procedere dem Vermieter einen erheblichen Verwaltungsaufwand bereiten würde<sup>125</sup>. Dieser müsste nicht nur die auf die übrigen Mieter entfallenden Anteile der aus dem Versicherungsfall resultierenden Prämienerrhöhung herausrechnen und dem schadensverursachenden Mieter zuweisen; auch bei künftigen allgemeinen Prämienanpassungen müsste er exakt den Teil erfassen, der auf dem Schadensfall beruht. Zudem wäre er permanent mit dem Risiko einer Insolvenz des Mieters belastet<sup>126</sup>. Doch bestünde ein erhebliches Insolvenzrisiko auch dann, wenn er den Mieter mit den vollen Schadensbeseitigungskosten in Anspruch nehmen würde; oftmals wird diesem dann wohl gar nichts anderes übrig bleiben, als schnellstmöglich die Privatinsolvenz zu beantragen. Im Übrigen ließe sich daran denken, einen durch die Berechnung des Prämien Schadens entstehenden messbaren Mehraufwand, insbesondere wenn er sich in einen zusätzlichen Personaleinsatz niederschlägt, als erstattungsfähige Schadenspositionen zu erachten<sup>127</sup>. All das ist für den Mieter im Zweifel günstiger, als die Belastung mit dem Gebäudeschaden.

Natürlich wäre die Situation des Mieters eine völlig andere, wenn auf seiner Seite eine Haftpflichtversicherung stünde, die für den Gebäudeschaden eintreten würde. Doch kann dieser Umstand auch für die Reichweite der Verschonungspflicht des Vermieters als Konsequenz der versicherungsrechtlichen Lösung nicht ausschlaggebend sein<sup>128</sup>.

Aber auch wenn der Gebäudeversicherer für den Fall seiner Inanspruchnahme definitiv die Vertragskündigung gem. § 92 VVG in Aussicht stellt, dürfte dies nicht ohne Weiteres einen Grund für den Vermieter darstellen, sich nunmehr an den Mieter zu wenden. Auch hier wäre

<sup>123</sup> BGHZ 203, 256, 269 = NZM 2015, 245, 247 = ZMR 2015, 112, 114 f. (Tz. 33 gekürt) mit Anm. Schmid.

<sup>124</sup> BGH, NJW 1984, 2627; 1992, 1035.

<sup>125</sup> Beuermann, GE 2014, 1568, 1569.

<sup>126</sup> Prölss, ZMR 2005, 241, 242.

<sup>127</sup> Zur Problematik s. MüKo-BGB/Oetker (Fn. 40), § 249 Rn. 86.

<sup>128</sup> S. auch BGHZ 203, 256, Tz. 29 = NZM 2015, 245, 246 = ZMR 2015, 112, 114 mit Anm. Schmid.

es denkbar, diesem die aus der Vertragsbeendigung und dem dann erforderlichen Abschluss eines neuen Versicherungsvertrags resultierenden Mehrkosten vollumfänglich in Rechnung zu stellen. Natürlich bedeutet all dies für den Vermieter einen erheblich größeren Aufwand, als von vornherein den Mieter in Anspruch zu nehmen, zumal wenn eine Haftpflichtversicherung hinter diesem steht. Aber gerade das soll auf der Grundlage der auch auf diese Fallgestaltung ausstrahlenden versicherungsrechtlichen Lösung in Anbetracht der mieterseitigen (Mit-)Finanzierung der Prämie vermieden werden.

### **b) Risiko eines aussichtslosen Rechtsstreits**

Fraglich ist, ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters an einem Zugriff auf den Mieter besteht, wenn bei Inanspruchnahme des Gebäudeversicherers ein langwieriger Deckungsprozess mit ungewisser Erfolgsaussicht zu erwarten ist<sup>129</sup>. Der BGH hat dies in dem Urteil vom 3.11.2004 (VIII ZR 28/04) erwogen<sup>130</sup>, musste sich dazu aber mangels Entscheidungsrelevanz nicht abschließend verhalten. Jedenfalls kann allein der Umstand, dass der Gebäudeversicherer die Regulierung ablehnt und ein Rechtsstreit gegen ihn erforderlich wird, eine Inanspruchnahme des Mieters nicht legitimieren. Das wäre schon mit der berechtigten Erwartung des Mieters, zumindest gewisse Vorteile aus der von ihm (anteilig) finanzierten Prämie zu erlangen, nicht vereinbar.

Andererseits braucht sich der Vermieter nicht auf einen von vornherein aussichtslosen Prozess gegen den Gebäudeversicherer einzulassen. Sollte das Risiko, in einem gegen diesen geführten Rechtsstreit zu unterliegen, höher sein als die Aussicht auf einen positiven Prozessausgang, wird man es dem Vermieter grundsätzlich nicht absprechen können, sich sogleich an den Mieter zu halten<sup>131</sup>. Doch dürfte ein solcher Fall ohne die Gewissheit einer hinter dem Mieter stehenden Haftpflichtversicherung eher akademischer Natur sein; ein Vorgehen gegen diesen wäre in den meisten Fällen schon unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht zielführend.

Im Übrigen drängt sich in solchen Fällen immer die Frage auf, aus welchem Grund ein Rechtsstreit gegen die Sachversicherung lediglich eine geringe Erfolgsaussicht haben sollte. Vielfach wird dies auf Umständen beruhen, die aus dem Verantwortungsbereich des Vermieters herühren, so der Verletzung einer Obliegenheit nach Eintritt des Schadensfalls<sup>132</sup> oder einem von

---

<sup>129</sup> BGH, NZM 2005, 100, 102 = ZMR 2005, 116, 119; 2001, 108; *Armbrüster*, NVersZ 2001, 193; *Prölss*, ZMR 2001, 159.

<sup>130</sup> BGH, NZM 2005, 100, 102 = ZMR 2005, 116, 119.

<sup>131</sup> *Prölss*, ZMR 2005, 241, 241.

<sup>132</sup> Exemplarisch BGH, NZM 2005, 100, 102 = ZMR 2005, 116, 119.

vornherein unzureichend bemessenen Versicherungsumfang. Dies rechtfertigt jedoch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Inanspruchnahme des Mieters.

Problematisch erscheint auch das vom BGH genannte Kriterium der langen Prozessdauer. Allein die darauf gründende Besorgnis des Vermieters wird diesen nicht legitimieren können, sich unter Ausschlagung des Sachversicherungsschutzes sogleich an den Mieter zu halten. Anderenfalls könnte die kategorische Verweigerung des Versicherers dazu führen, dass diese einer Inanspruchnahme nachhaltig entgeht. Zumindest erwägenswert erscheint ein primärer Zugriff auf den haftpflichtversicherten Mieter allerdings dann, wenn die Beseitigung des Schadens wegen der Mängelbeseitigungsverlangen anderer in dem Gebäude lebender Mieter eilig erscheint. In solchen Fallgestaltungen mag es durchaus Argumente dafür geben, dem Vermieter den einfachsten Weg zur Schadloshaltung zu konzedieren. Doch soll das Bestehen einer Haftpflichtversicherung auf Seiten des Mieters gerade nicht den Ausschlag dafür geben, in welchem Umfang dieser für den versicherten Schaden einzustehen hat (s. dazu oben unter II. 4.). Dies kann für die vermietetseitige Verschonungspflicht nicht anders gelten als für den Regressverzicht des Sachversicherers. Dann aber ist auch der Bedeutungsgehalt dieser Ausnahme von der generellen Pflicht des Vermieters zur Inanspruchnahme des Sachversicherungsschutzes als marginal anzusehen.

### **Lösung Fall 2:**

M steht gegen V ein mietvertraglicher Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB auf Beseitigung des Leitungswasserschadens zu. Wegen der Beseitigungskosten ist V grundsätzlich gehalten, sich an seinen Gebäudeversicherer zu wenden. Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch die Miete (gesetzlich) nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert, sobald der Vermieter zur Beseitigung des Mangels verpflichtet ist. Das wäre nach Regulierung des Schadens durch den Gebäudeversicherer der Fall. Es sprechen jedoch gute Gründe dafür, dass die Minderung erst nach Ablauf einer angemessenen Zeit zur Behebung der Schäden eintritt. Diese Sichtweise des BGH ist in diesem Punkt kritisch zu betrachten.

## **IV. Fehlende Gebäudeversicherung**

### **1. Problematik**

Noch nicht abschließend geklärt ist die Situation des Mieters, wenn der Vermieter überhaupt keine Gebäudeversicherung abgeschlossen hat.

### **Fall 3:**

Mieter M verursacht in der gemieteten Wohnung einen Brandschaden. Vermieter V lässt diesen beseitigen und verlangt von M Erstattung der dafür aufgewendeten Kosten. M meint, V müsse sich an seinen Gebäudeversicherer halten. V eröffnet ihm daraufhin, dass es keinen Sachversicherungsvertrag abgeschlossen habe. Wie ist die Rechtslage?

In der Praxis wird eine solche Fallgestaltung – zumindest bei der Vermietung von Wohnraum – nur selten auftreten, da eine Finanzierung von Immobilienerwerb und Baumaßnahmen regelmäßig eine Versicherung des Gebäudes erfordert<sup>133</sup>. Allerdings bildet sie den Ausgangspunkt für die noch zu thematisierende Problematik der Unterversicherung – und diese ist von erheblicher Praxisrelevanz (s. dazu unter bei V.).

Hat der Vermieter einen Gebäudeversicherungsvertrag überhaupt nicht abgeschlossen, so kommt ein daraus resultierender Regressverzicht naturgemäß nicht in Betracht. Eine versicherungsrechtliche Lösung ohne Versicherung kann es schon rein begriffslogisch nicht geben<sup>134</sup>.

## 2. Meinungsstand

Verschiedentlich wird daher die Auffassung vertreten, dass der Vermieter den Mieter in solchen Fällen ohne Weiteres auf Ersatz des bürgerlich-rechtlichen Schadens nach Maßgabe der §§ 280 Abs. 1, 823 BGB in Anspruch nehmen kann<sup>135</sup>. Ohne entsprechende Vereinbarung könne es keine Obliegenheit des Vermieters gegenüber dem Mieter geben, das Gebäude zu versichern<sup>136</sup>.

Nach der Gegenansicht sollen die Grundsätze des Regressverzichts auch dann gelten, wenn der Vermieter keine Gebäudeversicherung abgeschlossen hat (sog. quasi-versicherungsrechtliche Lösung)<sup>137</sup>. Den Vermieter treffe in solchen Fällen jedenfalls eine Obliegenheit, den Mieter auf den fehlenden Sachversicherungsschutz hinzuweisen. Verletze der Vermieter diese Obliegenheit, mache er sich gegenüber dem Mieter gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig<sup>138</sup>. Ein Verzicht auf den Abschluss einer Gebäudeversicherung sei dergestalt ungewöhnlich, dass der Mieter schon im Hinblick auf die von ihm anteilig finanzierte Prämie nicht ernsthaft damit rechnen müsse.

Teilweise wird eine solche Hinweisobligiegenheit allerdings auf Fälle beschränkt, in denen der Mieter nach dem Mietvertrag explizit verpflichtet ist, „die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer, Sturm, Wasser und sonstige Elementarschäden“ zu tragen<sup>139</sup>. Andere Vertreter dieser Ansicht lehnen eine solche Differenzierung aber unter Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze zum Regressverzicht (s. oben unter II. 3. b) ab<sup>140</sup>.

<sup>133</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 134.

<sup>134</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 134.

<sup>135</sup> *Dickmann*, VersR 2014, 1178, 1181; tend. auch *Huber*, VersR 1998, 265, 273.

<sup>136</sup> *Dickmann*, VersR 2014, 1178, 1181.

<sup>137</sup> LG Berlin, NZM 2012, 82 = ZMR 2012, 544; *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 135;

<sup>138</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 136.

<sup>139</sup> LG Berlin, NZM 2012, 82, 83 = ZMR 2012, 544 f.; Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 80), § 538 Rn. 28.

<sup>140</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 135.

### 3. Stellungnahme

Für die erstgenannte Auffassung lässt sich anführen, dass eine Pflicht des Vermieters zur Versicherung des Gebäudes in den gängigen Mietverträgen regelmäßig nicht verankert ist. Allerdings ist der Abschluss eines derartigen Versicherungsvertrags in der Praxis absolut gängig und wird vom Mieter bei Eingehung eines Mietverhältnisses regelmäßig auch erwartet. Das gilt jedenfalls bei der Wohnraummiete, insbesondere natürlich dann, wenn – wie heute üblich – die Tragung der umlagefähigen Versicherungskosten (§ 2 Nr. 13 BetrKV) Teil der Betriebskostenabrede ist. Aber auch im Falle einer Teilklausurmiete, bei der die Prämienlast nicht explizit auf den Mieter übertragen ist, geht dieser regelmäßig davon aus, dass das Gebäude gegen Feuer, Sturm, Wasser und Elementarschäden versichert ist. Dann aber spricht vieles dafür, dass den Vermieter bei Abschluss des Mietvertrags eine Aufklärungspflicht hinsichtlich des fehlenden Versicherungsschutzes trifft.

Fraglich ist allerdings, ob dieselben Grundsätze auch bei der Miete von Gewerberaum gelten. Hier wird vielfach – über die in § 2 Nr. 13 BetrKV enumerierten Risiken hinaus<sup>141</sup> – ein individueller Sachversicherungsschutz vereinbart. Bereits diese Übung lässt es naheliegend erscheinen, dass der Mieter die Frage einer Assekuranz von sich aus anspricht. Das gilt insbesondere, wenn es sich bei dem Mieter um einen Unternehmer i. S. des § 14 BGB handelt, was bei dem Mieter von Geschäftsräumen meist der Fall ist. Sachgerecht erscheint es, hier zu differenzieren. Sofern die Kosten der Gebäudeversicherung in der mietvertraglichen Nebenkostenabrede ausdrücklich auf den Mieter abgewälzt sind, darf dieser davon ausgehen, dass eine Versicherung besteht. Das wird bei der Miete von Geschäftsräumen in aller Regel der Fall sein. Handelt es sich hingegen um eine Inklusivmiete – was bei Lagerhallen, Garagen und ähnlichen Objekten durchaus vorstellbar ist – so spricht vieles dafür, dass es dem Mieter obliegt, sich beim Vermieter über den Abschluss einer Gebäudeversicherung zu erkundigen. Eine Pflichtverletzung des Vermieters kommt erst dann in Betracht, wenn dieser unrichtige Angaben zum Umfang des Versicherungsschutzes macht.

### 4. Rechtsfolge einer mangelnden Aufklärung

Liegt eine Pflichtverletzung des Vermieters hinsichtlich der ihm obliegenden Aufklärung über den Umfang des Versicherungsschutzes vor, ist der Mieter nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die gebotene Information erhalten hätte. Dann hätte er – bei Zugrundelegung aufklärungsrichtigen Verhaltens<sup>142</sup> – entweder von einem Vertragsabschluss Abstand genommen oder eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Im ersteren

---

<sup>141</sup> S. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Senk, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap 22 Rn. 3; v. Sel-deneck/Wichert/Fallak, Gewerbemiete, 2013, Baustein 65 Rn. 3 f.

<sup>142</sup> Vgl. BGH, NZM 2015, 334, 336 = ZMR 2015, 534, 537.

Fall wäre der Schaden nicht entstanden, im letzteren Fall wäre ihm infolge des (zu unterstellenden) Eintritts der Haftpflichtversicherung nach § 100 VVG jedenfalls eine persönliche Inanspruchnahme erspart geblieben. Demgemäß hat der Vermieter dem Mieter von der Ersatzpflicht hinsichtlich des Gebäudeschadens freizustellen.

## 5. Bestehen einer Haftpflichtversicherung

Diskussionsbedürftig erscheint allerdings, ob die vorstehenden Grundsätze auch dann gelten, wenn der Mieter haftpflichtversichert ist. Im Schrifttum ist dies – wohl auch mit Blick auf das Ergebnis – hinterfragt worden<sup>143</sup>. Es könne unbillig sein, wenn der Vermieter infolge der Verletzung seiner Informationspflicht völlig leer ausgehe, obgleich bei einer Inanspruchnahme des Mieters dessen Haftpflichtversicherung für den Schaden eintreten würde<sup>144</sup>. Allerdings ändert der Umstand der Haftpflichtversicherung nichts an der Erwartungshaltung des Wohnraummieters hinsichtlich einer bestehenden Gebäudeversicherung – beim Gewerberaummieter ist ohnehin eine differenzierende Betrachtungsweise geboten.

Im Schrifttum wird mitunter nach einem Mittelweg zwischen den beiden Extremen, einer vollen Inanspruchnahme des Mieters und einem Totalausfall des Vermieters gesucht – bislang allerdings ohne nachhaltigen Erfolg. Der Mieter könnte sich – so erwägen *Christopher Wietz* und *Elmar Strey*<sup>145</sup> – gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Vermieters auf den Dolo-agit-Einwand beziehen; theoretisch müsse er zwar zugleich seinen Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer an den Vermieter abtreten, doch helfe dies dem Vermieter nicht weiter, weil ein solcher Anspruch in Ermangelung eines Haftpflichtfalls überhaupt nicht bestehe. Dabei verweisen die Autoren insbesondere auf das Urteil des BGH vom 18.06.2008 (IV ZR 108/06)<sup>146</sup>. Danach ist dem Gebäudeversicherer der Zugriff auf den Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung bereits deswegen verwehrt, weil er wegen des Regressverzichts keinen durchsetzbaren Anspruch gegen den Mieter und dieser insoweit keinen Freistellungsanspruch gegen seinen Haftpflichtversicherer hat<sup>147</sup>.

Der Entscheidung liegt zwar eine andere Fallgestaltung zugrunde, doch kann das Ergebnis hier kein anderes sein. In Ermangelung einer Sachversicherung und eines daraus resultierenden Forderungsübergangs hat der Vermieter einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Mieter. Damit liegt grundsätzlich ein Haftpflichtfall vor. Dieser entfällt erst, wenn der Mieter

---

<sup>143</sup> *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 136.

<sup>144</sup> *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 136 bei Fn. 58.

<sup>145</sup> *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 136.

<sup>146</sup> BGH, NZM 2008, 782 = WuM 2008, 502.

<sup>147</sup> BGH, NZM 2008, 782, 783 = WuM 2008, 502, 503.

seinerseits mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter auf Freistellung von einer Ersatzpflicht wegen mangelnder Information über den fehlenden Sachversicherungsschutz durchdringt. Man könnte auf dem Standpunkt stehen, dass ein solcher Freistellungsanspruch des Mieters mit einem Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB dergestalt belastet ist, dass er nur Zug um Zug gegen Abtretung des Deckungsanspruchs gegen den Haftpflichtversicherer besteht. Doch gerät dieser Anspruch spätestens mit der Abtretung in Wegfall, denn in diesem Moment wird die Freistellung zugunsten des Mieters wirksam, so dass ein deckungspflichtiger Haftpflichtschaden nicht mehr vorliegen kann.

### **Lösung Fall 3:**

V hätte M bereits bei Abschluss des Mietvertrags auf die fehlende Gebäudeversicherung hinweisen müssen. Hat er dies unterlassen, so haftet er dem M bei Eintritt des Versicherungsfalles aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB, und zwar auf Freistellung von der Ersatzpflicht aus § 280 Abs. 1 sowie § 823 Abs. 1 BGB, gegebenenfalls auch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 306d StGB, wegen des in der Wohnung verursachten Brandschadens.

## **V. Unterversicherung – Quotenvorrecht des Vermieters?**

### **1. Problematik**

Eine Unterversicherung ist anzunehmen, wenn die vereinbarte Versicherungssumme erheblich unter dem Wert des versicherten Interesses, dem sog. Versicherungswert (vgl. § 74 Abs. 1 VVG) liegt. In diesem Fall braucht der Versicherer nach § 75 VVG nur eine nach dem Verhältnis der Versicherungssumme zum Versicherungswert im Zeitpunkt des Versicherungsfalles reduzierte Leistung zu erbringen. Den darüber hinausgehenden – von der Versicherung nicht gedeckten – bürgerlich-rechtlichen Schadens kann der Versicherungsnehmer grundsätzlich in vollem Umfang gegenüber dem Schädiger geltend machen; insoweit gilt allgemeines Haftungsrecht<sup>148</sup>.

### **2. Einfach fahrlässige Schadensverursachung**

#### **Fall 4:**

Mieter M verursacht leicht fahrlässig einen Wohnungsbrand, der auf große Teile des Gebäudes übergreift. Der Zeitwertschaden beträgt 40.000 €, der Neuwertschaden 55.000 €. Aufgrund einer Unterversicherung zahlt der Gebäudeversicherer an Vermieter (und Versicherungsnehmer) V lediglich 30.000 €. Wegen des restlichen Schaden in Höhe von 25.000 € will V sich an M halten.

Auf der Grundlage der unter IV. angestellten Überlegungen ist der Vermieter bereits bei Abschluss des Mietvertrags verpflichtet, den Mieter auf eine bestehende Unterversicherung hin-

---

<sup>148</sup> S. nur *Schwickert*, *VersR* 2007, 773, 774.

zuweisen. Da der Mieter die (anteilige) Prämienlast trägt, kann er grundsätzlich davon ausgehen, dass das Mietobjekt sowie das Gebäude auskömmlich versichert sind. Es gilt letztlich nichts anderes als im Falle einer gänzlich fehlenden Sachversicherung.

Auch eine zugunsten des Mieters bestehende Haftpflichtversicherung wird daran – entsprechend den allgemeinen Grundsätzen (s. oben unter II. 4. a sowie IV. 5.) – nichts ändern. Soweit der Sachversicherer reguliert hat, steht ihm im Innenverhältnis gegenüber dem Haftpflichtversicherer ein Ausgleichsanspruch analog § 59 Abs. 2 VVG in Höhe der Hälfte des geleisteten Betrags zu. Auch hier dürfte der Grundsatz der Deckungsgleichheit gelten; in den Ausgleich fließen lediglich die Schadenspositionen ein, die auch von dem Haftpflichtversicherer zu ersetzen sind, also nur der Zeitwertschaden. Die versicherungsrechtlichen Schrifttum erwogene Kürzung des Ausgleichsanspruchs wegen des Quotenvorrechts des Vermieters<sup>149</sup> findet auf der Grundlage der hier vertretenen Lösung nicht statt, da diesem ein ergänzender, über die gekürzte Sachversicherungsleistung hinausgehender Schadensersatzanspruch gegen den Mieter nicht zusteht<sup>150</sup>.

#### **Lösung Fall 4:**

M kann einem Anspruch des V auf Erstattung des von der Gebäudeversicherung nicht abgedeckten Differenzschadens einen Freistellungsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen mangelnden Hinweises auf die Unterversicherung entgegenhalten.

### **3. Grob fahrlässige Schadensverursachung**

#### **Variante Fall 4:**

Wie wäre die Rechtslage, wenn M den Schaden grob fahrlässig herbeigeführt hätte?

#### **a) Quotenvorrecht des Vermieters**

Hat der Mieter den Schaden grob fahrlässig herbeigeführt, besteht im Ausgangspunkt eine volle Regressmöglichkeit des Vermieters nach Maßgabe des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG; ein Regressverzicht ist in diesem Fall nicht, auch nicht partiell entsprechend § 81 Abs. 2 VVG als vereinbar anzusehen (s. oben unter II. 5). Ebenso wenig besteht Raum für die Annahme einer Verschonungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter.

Der Regress des Sachversicherers könnte aber durch das Quotenvorrecht des Vermieters eingeschränkt sein. Dieses basiert auf der vom BGH bereits in den 1950er Jahren entwickelten Differenztheorie<sup>151</sup>. Danach ist der Versicherungsnehmer bis zu seiner vollständigen Befriedi-

<sup>149</sup> *Schwickert*, *VersR* 2007, 773, 774 f.; s. auch *Dickmann*, *VersR* 2014, 1178, 1183.

<sup>150</sup> So auch OLG Koblenz, *NJW-RR* 2011, 33, 34.

<sup>151</sup> BGHZ 13, 28, 31 = *NJW* 1954, 1113, 1114 f.; BGHZ 47, 308 = *NJW* 1967, 1419.

gung Gläubiger des Ersatzanspruchs gegen den Schädiger. Bleibt also die Versicherungsleistung, z.B. infolge einer Unterversicherung oder einer Selbstbeteiligung hinter dem tatsächlich entstandenen Schaden zurück, so kann der Versicherungsnehmer den Differenzbetrag gegenüber dem Schädiger geltend machen. Ein gesetzlicher Forderungsübergang hinsichtlich des Ersatzanspruchs gegen den Schädiger nach § 86 VVG findet erst nach vollständiger Befriedigung des Versicherungsnehmer statt<sup>152</sup>.

Das Quotenvorrecht lässt sich wohl am einfachsten aus § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG herleiten<sup>153</sup>. Nach dieser Vorschrift darf der Versicherer den gesetzlichen Forderungsübergang nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend machen. Das wäre jedoch der Fall, wenn der Ersatzanspruch auf den Versicherer übergehen würde, bevor der Versicherungsnehmer den nicht von der Versicherungsleistung gedeckten Schaden gegenüber dem Ersatzpflichtigen geltend machen konnte. Auch der BGH hat zur Begründung des Quotenvorrechts auf § 67 Abs. 1 Satz 2 VVG a.F. – die Vorläuferbestimmung des § 86 Abs. 1 Satz 2 VVG – hingewiesen, sich dann aber insbesondere auf die Intention des Schadensversicherungsvertrags sowie des gesetzlichen Forderungsübergangs gestützt<sup>154</sup>. Die Schadensversicherung soll einen beim Versicherungsnehmer eingetretenen Schaden auf jeden Fall bis zur Höhe der Versicherungssumme ohne Rücksicht auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten abdecken. Der Übergang des Ersatzanspruchs bezwecke lediglich, eine Begünstigung des Schädigers und eine Bereicherung des Versicherungsnehmers zu verhindern. Hingegen diene er nicht den Interessen des Versicherers, denn dieser habe sein Entgelt für die Leistung bereits mit der Versicherungsprämie erhalten. Demgemäß soll – so der BGH – die Ersatzforderung erst dann auf den Versicherer übergehen, wenn und soweit dies zur Vermeidung einer Bereicherung des Versicherungsnehmers notwendig ist. Eine solche würde aber erst dann eintreten, wenn die Versicherungsleistung und die Ersatzforderung zusammen den im Versicherungsvertrag normierten Schaden (sog. Versicherungsschaden) übersteigen<sup>155</sup>.

#### **Zwischenüberlegung Variante Fall 4:**

Der Versicherungsschaden des V liegt bei 55.000 €, denn es handelt sich um eine Neuwertversicherung. Infolge der Unterversicherung braucht VS die Versicherungsleistung allerdings nach § 75 VVG nur gekürzt, nämlich nach dem Verhältnis der vertraglich vereinbarten Versicherungssumme zu dem (höheren) Versicherungswert im Zeitpunkt des Schadenseintritts zu leisten. Das sind hier lediglich 30.000 €. Aufgrund seines Quotenvorrechts kann V den M auf Ausgleich seines restlichen Schadens in Anspruch nehmen.

<sup>152</sup> Instr. zum Quotenvorrecht Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 36), § 86 Rn. 40; Prölss/Martin/Armbrüster (Fn. 36), § 86 Rn. 46 ff. mit Hinweisen auf die aktuellen BGH-Rspr.

<sup>153</sup> So auch OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 33, 34.

<sup>154</sup> BGHZ 13, 28, 31 = NJW 1954, 1113, 1115.

<sup>155</sup> BGHZ 13, 28, 31 f. = NJW 1954, 1113, 1115; BGHZ 47, 308 = NJW 1967, 1419; Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 36), § 86 Rn. 40.

Fraglich ist allerdings, ob auf den Versicherungsschaden in Höhe von 55.000 € oder lediglich auf den bürgerlich-rechtlichen Schaden in Höhe von 40.000 € abzustellen ist. Im ersteren Fall beliefe sich sein Anspruch gegen M auf 25.000 €, im letzteren Fall lediglich auf 10.000 €.

### **b) Umfang des Quotenvorrechts**

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Versicherungsnehmer sein Quotenvorrecht bis zur Höhe des Versicherungsschadens ausschöpfen. Dem hat sich die Instanzjudikatur<sup>156</sup> sowie das versicherungsrechtliche Schrifttum<sup>157</sup> vielfach angeschlossen. Verschiedentlich wird dem Versicherungsnehmer ein Quotenvorrecht aber auch nur in Höhe der Differenz zwischen dem bürgerlich-rechtlichen Schaden und der Versicherungsleistung zuerkannt<sup>158</sup>. Dieser Ansicht hat sich unlängst die für Gewerberaummietsachen zuständige 2. Zivilkammer des LG Krefeld – jedenfalls bezogen auf Mietverhältnisse – angeschlossen<sup>159</sup>. Sie argumentiert, der Mieter brauche infolge der anteiligen Tragung der Gebäudeversicherungskosten keine eigene Haftpflichtversicherung abzuschließen. Eine solche würde lediglich den bürgerlich-rechtlichen Zeitwertschaden abdecken, nicht aber den bei der Gebäudeversicherung erstattungsfähigen Neuwertschaden. Auch ein Regress des Sachversicherer sei nur bis zur Höhe des Zeitwertschadens möglich. Dann aber könne auch der Vermieter von ihm einen Ausgleich des vom Sachversicherer nicht gedeckten Differenzbetrags nur bis zur Höhe des Zeitwertes verlangen.

Dem könnte man jedoch entgegenhalten, dass eine Haftung des Mieters auf den Differenzbetrag ohnehin nur bis zur Obergrenze des auf den Ausgleich des Zeitwerts gerichteten bürgerlich-rechtlichen Schadens (vgl. § 249 Abs. 1 BGB) erfolgt. Nur in diesem Rahmen wäre er überhaupt gehalten, auch die Neuwertspitze zu erstatten. Dies entspricht jedoch gerade der Intention des (jetzt) in § 86 VVG verankerten gesetzlichen Forderungsübergangs, der eine Begünstigung des Schädigers durch die Leistung des Versicherers vermeiden will. Eine solche würde jedoch immer dann erfolgen, wenn die tatsächliche Inanspruchnahme des Schädigers unterhalb des von ihm geschuldeten Ausgleichs des bürgerlich-rechtlichen Schadens verbliebe. Deshalb sprechen gute Gründe dafür, dass der Vermieter im Falle einer Unterversicherung von dem Mieter bei grob schuldhafter Schadensverursachung auch den restlichen, vom Gebäudeversicherer nicht gedeckten Neuwertschaden verlangen kann – aber natürlich nur in den Grenzen des bürgerlich-rechtlichen Schadens.

### **Lösung Variante Fall 4**

V kann von M die Erstattung des von der Sachversicherung nicht gedeckten Differenzschadens bis zur Grenze des bürgerlich-rechtlichen Haftungsschadens verlangen. Letzterer richtet sich nach dem Zeitwert des Gebäudes und beträgt 40.000 €. Der Differenzschaden beläuft sich auf

<sup>156</sup> OLG Köln, r+s 1992, 326; OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 33, 34.

<sup>157</sup> Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 36), § 86 Rn. 55.

<sup>158</sup> Beispielhaft *Langheid*, r+s 1992, 327.

<sup>159</sup> LG Krefeld, ZMR 2017, 48.

25.000 € (55.000 € – 30.000 €). Für einen Regress des VS verbleiben aufgrund des Quotenvorrechts des V lediglich 10.000 € (40.000 € bürgerlich-rechtlicher Schadens abz. 30.000 € Zahlung).

## VI. Beteiligung weiterer Personen

Bei der Beteiligung weiterer Personen an dem versicherungsrechtlich erheblichen Geschehen ergeben sich zwei Problemkreise: die Zurechnung von fremden Verschulden im Hinblick auf den Regress des Sachversicherer (1.) und die Einbeziehung weiterer Personen in den Regressschutz (2.).

### 1. Zurechnung von fremdem Verschulden

Fraglich ist zunächst, ob und inwieweit sich der Mieter ein grobes Verschulden von dritten Personen im Verhältnis zum regressierenden Sachversicherer zurechnen lassen muss.

#### Fall 6:

Die in der Wohnung lebende 16-jährige Tochter des Mieters M hat den Brandschaden infolge von grober Fahrlässigkeit herbeigeführt. Der Gebäudeversicherer VR des Vermieters V reguliert den Schaden und will M in Regress nehmen. Zu Recht?

Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Mieter im Rahmen seiner Obhuts- und Sorgfaltspflicht gem. § 278 BGB auch Verschulden von Personen zu vertreten, die auf seine Veranlassung hin mit der Mietsache in Berührung kommen. Das gilt namentlich für Angehörige, Gäste, Betriebsangehörige, Kunden sowie beauftragte Handwerker, die sich in den Räumlichkeiten aufhalten<sup>160</sup>. Im Übrigen muss der Mieter für das Verschulden seines Untermieters sowie anderer Personen, denen er den Gebrauch an der Mietsache ganz oder teilweise überlassen hat, nach § 540 Abs. 2 BGB eintreten. Ob auch die in der Wohnung lebenden Familienangehörigen unter diese Vorschrift fallen, ist noch nicht abschließend geklärt<sup>161</sup>. Letztlich kann es aber auf sich beruhen, wo die exakte Grenze zwischen den Zurechnungsnormen der §§ 278 BGB und 540 Abs. 2 BGB verläuft<sup>162</sup>, denn diese betreffen allein das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter. Auf der Regressebene, also im Verhältnis zwischen Sachversicherer und Mieter, sind sie nicht anwendbar. Hier gelten – wie der BGH in einem der vier am 13.9.2006 ergangenen Urteile (IV ZR 378/02)<sup>163</sup> klargestellt hat – allein die versicherungsrechtlichen Zurechnungsgrundsätze. Nach § 81 VVG wird der Versicherer nur dann ganz oder teilweise von der Leistung frei, wenn dem Versicherungsnehmer selbst ein grobes Verschulden bei der Herbeiführung des Schadens zur Last zu legen ist; eine Zurechnung des Fehlverhal-

<sup>160</sup> BGH, NJW 1991, 1750, 1752; NZM 2010, 580, 581.

<sup>161</sup> S. dazu *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 132 f.

<sup>162</sup> Instr. dazu *Burbulla*, NZM 2013, 558, 560 ff.

<sup>163</sup> BGH, NZM 2006, 949.

tens von Hilfspersonen nach §§ 278, 540 BGB erfolgt hier nicht. Nur wenn der Versicherungsnehmer sich der Sache vollständig entledigt hat und eine andere Person an seine Stelle getreten ist, diese gleichsam als sein Repräsentant fungiert, muss er für diese einstehen<sup>164</sup>. Die Grundsätze der Repräsentantenhaftung gelten auch beim Regressverzicht. Demgemäß hat der Mieter auch hier nicht für das Fehlverhalten von anderen Personen nach § 278 BGB einzustehen<sup>165</sup>. Ebenso wenig ist § 540 Abs. 2 BGB anwendbar, da es sich bei dieser Vorschrift lediglich um eine besondere Ausprägung des § 278 BGB für den Fall der (erlaubten) Untervermietung handelt<sup>166</sup>.

#### **Lösung Fall 4:**

Es bleibt beim Regressverzicht, denn M muss sich das grob fahrlässige Verhalten seiner Tochter gegenüber dem Gebäudeversicherer nicht zurechnen lassen.

## **2. Einbeziehung weiterer Personen in den Regressschutz**

Eine andere Frage ist hingegen, ob und in welchem Umfang Personen, die sich in dem Mietobjekt aufhalten oder mit diesem in Berührung kommen, in den Regressschutz des Mietverhältnisses mit einbezogen werden.

#### **Fall 5:**

Die in der Wohnung lebende 16-jährige Tochter T des Mieters hat den Brandschaden leicht fahrlässig herbeigeführt. Der Gebäudeversicherer VR des Vermieters begleicht den Schaden und will TM in Regress nehmen. Zu Recht?

#### **Fall 6:**

Mieter M vermietet mit Erlaubnis seines Vermieters V ein Zimmer der Mietwohnung an U unter. U verursacht leicht fahrlässig einen Brand, der zu einem erheblichen Schaden in der gesamten Wohnung führt. Der Gebäudeversicherer des V (VR) tritt ein und will bei U Regress nehmen. Zu Recht?

### **a) Entsprechende Anwendung des § 86 Abs. 3 VVG?**

Nach § 86 Abs. 3 VVG kommt ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Versicherer nach Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift nicht in Betracht, wenn sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen eine Person richtet, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt. Man könnte daran denken, diese Regelung entsprechend auf die Haushaltsangehörigen des Mieters anzuwenden. Dies ist namentlich von *Armbrüster* befürwortet worden<sup>167</sup> – bislang aber

<sup>164</sup> BGHZ 107, 229, 230 f. = NJW 1989, 1861; BGHZ 181, 179, 185 f. = VersR 2009, 1123, 1124.

<sup>165</sup> BGH, NZM 2006, 949, 950 f.; OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 33, 34.

<sup>166</sup> OLG Karlsruhe, NJOZ 2007, 1816, 1819; *Armbrüster*, NJW 2006, 3683, 3684.

<sup>167</sup> So namentlich *Armbrüster*, VersR 1994, 893, 896; ders., ZMR 2001, 185; ders., NVersZ 2001, 193, 196.

wohl nur unter der Herrschaft des vormaligen § 67 Abs. 2 VVG. Ob er diesen Standpunkt auch auf der Grundlage des geltenden § 86 Abs. 3 VVG aufrechterhalten will, ist unklar<sup>168</sup>.

### b) Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte

Die überwiegende Ansicht will jedenfalls den Personenkreis in den Regressverzicht des Gebäudeversicherers mit einbeziehen, der nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte in den Schutzbereich des Mietvertrags fällt<sup>169</sup>. Erforderlich ist somit, dass die betreffende Person mit der Mietsache in Berührung kommt, dies für den Vermieter – und damit letztlich auch der Versicherer – erkennbar ist und der Mieter ein berechtigtes Interesse daran hat, dass der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Regressverzicht auch ihr zugutekommt<sup>170</sup>. Geschützt wären demgemäß

- bei einem Wohnraummietverhältnis sämtliche Mitbewohner des Mieters, gleichgültig ob es sich dabei um nahe Angehörige oder lediglich um Mitglieder einer Wohngemeinschaft handelt,
- bei einem Gewerberaummietverhältnis die in den Räumlichkeiten tätigen Arbeitnehmer, freie Mitarbeiter sowie andere Personen, die im Falle einer Inanspruchnahme durch den Vermieter bzw. den Versicherer vom Mieter eine Freistellung verlangen könnten<sup>171</sup>.

Nicht in den Regressverzicht mit einbezogen wären hingegen solche Personen, die nur kurzzeitig mit der Mietsache in Berührung kommen, namentlich Besucher des Mieters, Handwerker oder Lieferanten<sup>172</sup>.

### c) Stellungnahme

Der Ansicht von *Armbrüster* ist in Rechtsprechung und Schrifttum mit dem Argument entgegengetreten worden, dass die im Haushalt des Mieters lebende Person danach lediglich bei vorsätzlicher Schadensverursachung einem Regress ausgesetzt wäre und somit besser stünde als der Mieter selbst<sup>173</sup>. Doch ist sich *Armbrüster* dieser Diskrepanz durchaus bewusst; er argumentiert, der Regress gegen die Naheperson sei auch bei unmittelbarer Anwendung des § 67 Abs. 2 VVG a.F. (heute § 86 Abs. 3 VVG) erst bei vorsätzlichem Handeln ausgeschlossen, während die Leistungsfreiheit des Versicherers gem. § 61 VVG a.F. bereits bei

<sup>168</sup> S. etwa Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 36), § 86 Rn. 97 f., wo die Fallgestaltung des Regressverzichts nicht erwähnt wird.

<sup>169</sup> Hamm, VersR 2000, 1361, 1362; OLG Hamm, NZM 2001, 639, 640 = ZMR 2001, 183, 184; OLG Schleswig, VersR 2016, 1372, 1373; LG Krefeld, ZMR 2017, 48 Tz. 38; *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 133; ähnlich *Schwickert*, VersR 2001, 1088, 1089 f.

<sup>170</sup> OLG Hamm, NZM 2001, 639, 640 = ZMR 2001, 183, 184; OLG Schleswig, VersR 2016, 1372, 1373; instr. dazu MüKo-BGB/*Gottwald* (Fn. 40), § 328 Rn. 179 ff.

<sup>171</sup> LG Krefeld, ZMR 2017, 48, 50.

<sup>172</sup> OLG Schleswig, VersR 2016, 1372, 1373; LG Krefeld, ZMR 2017, 48, 50.

<sup>173</sup> LG Krefeld, ZMR 2017, 48, 51; *Schwickert*, VersR 2001, 1088, 1090.

grober Fahrlässigkeit (heute gem. § 81 VVG jedenfalls teilweise) eintrete. Das spricht jedoch dafür, dass Haushaltsangehörigenprivileg des § 86 Abs. 3 VVG als nicht analogiefähige Ausnahmebestimmung zu kategorisieren.

Liegt die Intention des Regressverzichts gerade darin, den im Interesse des Versicherungsnehmers am Schutz seines Mietverhältnisses Rechnung zu tragen, so sprechen gute Gründe dafür, in diesen Schutz sämtliche Personen einzubeziehen, die mit der Mietsache in intensiver Form, insbesondere für eine geraume Zeit, in Berührung kommen. Insoweit erscheint ein Rekurs auf die beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte geltenden Grundsätze durchaus sachgerecht.

#### **Lösung Fall 5:**

Der im Rahmen des Gebäudeversicherungsvertrags zwischen VS und V stillschweigend vereinbarte Regressverzicht gilt auch zugunsten der in der Wohnung lebenden T.

#### **d) Untervermietung**

Die Einbeziehung auch des Untermietverhältnisses in den Regressschutz mag auf den ersten Blick deswegen nicht unproblematisch erscheinen, weil es sich um ein selbständiges Mietverhältnis handelt, an dessen Verschonung vor den Folgen des Versicherungsfalles in erster Linie der Mieter (als Untervermieter), nicht jedoch der Vermieter und Versicherungsnehmer ein Interesse hat. Allerdings tritt der Untermieter, was die Nutzung des Mietobjekts betrifft, soweit ihm dieses überlassen wird, an die Stelle des Mieters. Soll der Regressverzicht aber gerade der Diskrepanz entgegenwirken, die infolge des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 86 VVG entstehen würde, wenn der Versicherungsnehmer die Nutzung des versicherten Gegenstandes einem anderen überlässt (s. oben unter II. 1.), so spricht dies für seine Geltung auch bei einem gestuften Mietverhältnis. Anderenfalls würde der Versicherer gerade dadurch begünstigt werden, dass die Sache untervermietet wird. In diesem Sinne hat das OLG Karlsruhe in einem Urteil aus dem Jahre 2007 (8 U 13/06)<sup>174</sup> bei einem gestuften Gewerberaummietverhältnis entschieden. Der Regressverzicht könne – so argumentiert der Senat – nicht davon abhängen, wie viele Stufen das Mietverhältnis habe; gerade bei der Gewerberaumiete sei die Einschaltung von gewerblichen Zwischenmietern und damit die bewusste Stufung des Mietverhältnisses die Regel. Aber auch bei der Vermietung von Wohnraum spricht vieles dafür, den Untermieter als diejenige Person, welche die Räume tatsächlich nutzt und damit das Sachrisiko in sich trägt, in den Regressverzicht mit einzubeziehen.

Jedenfalls sollte das Untermietverhältnis dann dem Regressverzicht unterliegen, wenn der Mieter dieses mit Erlaubnis des Vermieters eingegangen ist. Dann ist es für den Vermieter

---

<sup>174</sup> OLG Karlsruhe, NJOZ 2007, 1816, 1821.

jedenfalls erkennbar, dass eine weitere Person mit dem versicherten Gegenstand in Berührung gelangt; ein auch für den Sachversicherer erkennbares Interesse der Vermieters an deren Schutz vor den Folgen des Versicherungsfalls lässt sich durchaus begründen.

Anders verhält es sich hingegen bei einer unberechtigten Untervermietung. An der unbelasteten und harmonischen Durchführung eines solchen Rechtsverhältnisses hat der Vermieter regelmäßig kein Interesse. Er könnte dessen Fortführung nach Ablauf einer angemessenen Beendigungsfrist<sup>175</sup> sogar zum Anlass nehmen, das Hauptmietverhältnis nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. BGB außerordentlich fristlos zu kündigen. Auch ein wirtschaftliches Interesse (Haupt-)Vermieters an der Schonung des unberechtigt begründeten Untermietverhältnisses vor den Folgen des Versicherungsfalls ist nicht erkennbar, da er das Mietentgelt allein von dem (Haupt-)Mieter bezieht. Dann aber sprechen die besseren Gründe dafür, das von diesem unberechtigt eingegangene Untermietverhältnis vom Regresschutz auszunehmen.

#### **Lösung Fall 6:**

Das mit Erlaubnis des Vermieters eingegangene Untermietverhältnis nimmt am Regressverzicht teil.

### **VII. Mehrere Schädiger, alternative Schadensursachen**

#### **1. Problemstellung**

Denkbar ist es auch, dass der Mieter und ein nicht in den Schutzbereich des Mietverhältnisses einbezogener Dritter den Schaden gemeinschaftlich oder auch durch alternative Handlungen verursachen.

#### **Fall 7:**

Mieter M verursacht in der von Vermieter V gemieteten Wohnung im 2. OG infolge einer leicht fahrlässigen Fehlbedienung des Geschirrspülers eine Überschwemmung. Das Wasser sickert durch das Mauerwerk bis in das Erdgeschoss und den Keller. Wenige Tage später führt Handwerker H im Auftrag des V in der Mietwohnung in 1. Obergeschoss Arbeiten am Wasserrohr durch. Auch ihm unterläuft infolge von leichter Fahrlässigkeit ein Fehler; erneut dringt Wasser in das Mauerwerk des Erdgeschosses und des Kellers ein. Es entsteht ein massiver Gebäudeschaden, wobei nicht geklärt werden kann, ob dieser vorrangig auf das Verhalten des M oder des H zurückzuführen ist. Der Gebäudeversicherer VS des Vermieters V reguliert den Schaden auf Zeitwertbasis und will den X in vollem Umfang in Regress nehmen. Zu Recht?

Dem Vermieter steht in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch sowohl gegen seinen Mieter als auch gegen den weiteren Schädiger zu (vgl. §§ 280 Abs. 1, 283 Abs. 1 BGB). Im Rechtsverhältnis zu seinem Mieter obliegt es ihm allerdings, den Schadens gegenüber dem Gebäudeversicherer geltend zu machen (s. oben unter III. 1.). Sofern dieser an den Vermieter leistet, kann er den Mieter nicht in Regress nehmen; diesem kommt – eine einfach fahrlässige

---

<sup>175</sup> Vgl. BGH, NZM 2014, 128 = ZMR 2014, 435, 436.

Herbeiführung des Schadens vorausgesetzt – der Regressverzicht nach dem versicherungsrechtlichen Modell zugute.

Fraglich ist, ob der Gebäudeversicherer gegen den Zweitschädiger (z.B. den Handwerker) regressieren kann. Grundsätzlich würde der Ersatzanspruch des Vermieters gegen diesen gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG auf den Versicherer übergehen. Problematisch wäre dies allerdings dann, wenn der Zweitschädiger von dem Mieter im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB eine partielle Freistellung von der Inanspruchnahme – im Zweifel in Höhe des hälftigen Betrags – verlangen könnte. Damit würde der Regressverzicht gegenüber dem Mieter umgangen werden – die versicherungsrechtliche Lösung liefe letztlich leer. Es handelt sich hier um eine besondere Konstellation des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs.

## **2. Meinungsstand**

### **a) Wegfall des Innenausgleichs**

Denkbar wäre es zunächst, dem in Anspruch genommenen Zweitschädiger einen Gesamtschuldnerausgleich gegenüber dem Mieter zu versagen. Das wurde in der früheren obergerichtlichen Rechtsprechung durchaus vertreten<sup>176</sup>. Für diese Sichtweise lässt sich – zumindest vordergründig – argumentieren, dass angesichts des Regressverzichts überhaupt keine Gesamtschuld, sondern eine singuläre Schuld des Zweitschädigers vorliegt. Seine Situation wäre letztlich nicht anders, als wenn der Schaden durch eine deliktsunfähige Person mitverursacht worden wäre<sup>177</sup>. Doch hinge es dann allein von der zwischen Vermieter und Gebäudeversicherer (stillschweigend) getroffenen Vereinbarung ab, ob eine Gesamtschuld entsteht oder nicht. Die auf der versicherungsrechtlichen Ebene getroffene Vereinbarung würde sich als ein Vertrag zugunsten Dritter darstellen. Schon deswegen erweist sich diese Position als gänzlich unvertretbar<sup>178</sup>.

### **b) Uneingeschränkter Innenausgleich, Regresskreisel**

Ein weiterer Lösungsansatz liegt darin, dem Zweitschädiger einen quotalen Innenausgleich gegen den privilegierten Schuldner zu gewähren. Das entspricht der Judikaturlinie des BGH, nach der eine vertragliche Haftungsfreistellung eines Gesamtschuldners regelmäßig nur des-

---

<sup>176</sup> Exemplarisch OLG Naumburg, JW 1938, 2355; OLG Köln, DAR 1938, 62.

<sup>177</sup> Vgl. auch Staudinger/Looschelders, BGB, Neubearb. 2012, § 426 Rn. 176.

<sup>178</sup> MüKo-BGB/Bydlinski (Fn. 40), § 426 Rn. 11; Wietz/Streyll, WuM 2015, 131, 138.

sen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger ausschließt und keine Wirkungen im Innenverhältnis zu den übrigen Schuldern entfaltet<sup>179</sup>. Der Gläubiger muss eine anteilige Kürzung seines Anspruchs gegenüber allen Gesamtschuldern nur hinnehmen, wenn sich seine Vereinbarung mit dem (unmittelbar) privilegierten Schuldner auch als eine solche auch zugunsten der übrigen Schuldner im Sinne eines *pactum de non petendo* interpretieren ließe<sup>180</sup>.

Wann das der Fall ist, lässt sich allerdings nur schwer ermitteln. Beim Regressverzicht nach dem versicherungsrechtlichen Modell geht es zuvörderst darum, das Mietverhältnis durch den Versicherungsfall nicht zu belasten. Ob dies nun durch einen Regress des Gebäudeversicherers im Rahmen des § 86 VVG oder durch einen Gesamtschuldnerregress nach § 426 BGB geschieht, ist letztlich ohne Belang. Zudem wäre es kaum einsehbar, warum sich die haftungsrechtliche Situation des Mieters durch eine Schuldnermehrheit verschlechtern soll. Die Intention des Regressverzichts dürfte somit für die Vereinbarung eine umfassenden *pactum de non petendo* streiten.

Im Schrifttum wird überdies erwogen, dass der privilegierte Schuldner im Falle einer Inanspruchnahme im Innenverhältnis von seinem Gläubiger eine Freistellung verlangen könnte<sup>181</sup>. Es würde dann ein sog. Regresskreislauf entstehen. Das wäre bei Zugrundelegung dieser Lösung konsequent, denn anderenfalls könnte der Gläubiger seine Forderung ungeachtet des Anspruchsverzichts zulasten des privilegierten Schuldners in vollem Umfang durchsetzen.

Bei der hier in Rede stehenden Fallgestaltung fragt es sich allerdings, an wen sich der vom Zweitschädiger im Wege des Innenausgleichs in Anspruch genommene Mieter halten soll: an seinen Vermieter oder sogleich an den Versicherer, zu welchem er bislang allerdings keinerlei Berührungspunkte hatte. Richtigerweise wird er sich wohl an seinen Vermieter halten müssen, der dann wiederum den Ausgleich bei dem Versicherer suchen könnte.

### **c) Kürzung des Gläubigeranspruchs**

Deutlich praktikabler wäre allerdings der dritte Lösungsansatz, der darin läge, den Regress des Versicherers gegen den Zweitschädiger in Gestalt des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG von vornherein um den Anteil zu kürzen, der auf den im Wege

<sup>179</sup> BGHZ 12, 213, 217 f.; BGHZ 58, 216, 220 = NJW 1972, 942; BGH, NJW 1989, 2386, 2387; NJW-RR 2004, 1243, 1245; im Schrifttum Soergel/*Gebauer*, BGB, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, § 426 Rn. 43; Prütting/*Wegen/Weinreich/Müller*, BGB, 11. Aufl. 2016, § 426 Rn. 24; tendenziell auch Staudinger/*Looschelders* (Fn. 177), § 426.

<sup>180</sup> BGHZ 58, 216, 220 = NJW 1972, 942; BGH, NJW 1989, 2386, 2387; in diesem Sinne auch MüKo-BGB/*Bydlinski* (Fn. 40), § 426 Rn. 55: Haftungsfreistellungsvereinbarung zugunsten Dritter i. S. des § 328 BGB.

<sup>181</sup> So namentlich Staudinger/*Looschelders* (Fn. 177), § 426 Rn. 178; *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 134.

des Regressverzichts freigestellten Mieter entfallen wäre. Das entspricht in den klassischen Konstellationen des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs der herrschenden Literatursicht<sup>182</sup>. Übertragen auf die hier in Rede stehende Fallgestaltung des Regressverzichts könnte der Gebäudeversicherer den Zweitschädiger lediglich eingeschränkt in Regress nehmen. Der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen diesen ginge nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG lediglich um die Haftungsquote des Mieters gekürzt auf den Versicherer über.

#### **d) Zwischenergebnis**

Die Ansichten zu b) und c) gelangen letztlich zu demselben Ergebnis. Der Gebäudeversicherer könnte beim Zweitschädiger entweder nur eingeschränkt regressieren oder er wäre im Rahmen eines Regresskreisels gehalten, den Vermieter von einer Inanspruchnahme des Mieters, der wiederum von dem Zweitschädiger im Wege des Innenausgleichs belangt wird, freizuhalten. Hingegen ist die Ansicht zu a) nicht vertretbar und findet heute auch keine Zustimmung mehr. Eine ausführliche Diskussion der Ansichten zu b) und c) soll hier aus Raumgründen unterbleiben.

#### **Lösung Fall 7:**

Ein voller Regress gegen M wird dem VR entweder deswegen versagt sein, weil der auf ihn übergegangene Anspruch des V gegen den versicherungsrechtlich privilegierten M um dessen (nicht realisierbaren) Haftungsanteil gekürzt wäre; oder VR müsste mit der Geltendmachung eines Ausgleichs- oder Freistellungsanspruchs des V in Höhe der auf M entfallenden Quote rechnen.

### **VII. Zahlungsverzug des Mieters**

#### **Fall 8:**

Mieter M befindet sich mit zwei vollen Monatsmieten im Verzug. Infolge von leichter Fahrlässigkeit verursacht er einen Wohnungsbrand. Der Gebäudeversicherer des V (VS) begleicht den daraus resultierenden Schaden und will bei M Regress nehmen. Zu Recht?

#### **1. Meinungsstand**

Fraglich ist, ob der Regressverzicht gegenüber dem Mieter auch dann zum Tragen kommt, wenn dieser bei Eintritt des Schadens seine Mietzahlungspflicht verletzt. Im Schrifttum wird das teilweise verneint<sup>183</sup>. Der Mieter sei in solchen Fällen nicht schutzwürdig; angesichts der mangelnden Zahlung bestehe keine Veranlassung, ihn als „Quasi-Versicherungsnehmer“ zu behandeln. Im Übrigen wird auf die Vorschrift des § 287 BGB recurriert<sup>184</sup>. Danach haftet der im Verzug befindlicher Schuldner für jeder Fahrlässigkeit; dieser Gedanke soll auch für den

<sup>182</sup> *Streyll*, NZM 2011, 377, 384.

<sup>183</sup> So namentlich *Dickmann*, VersR 2014, 1178, 1181.

<sup>184</sup> *Dickmann*, VersR 2014, 1178, 1181.

Regress des Versicherers gegenüber dem Mieter gelten. Die Gegenansicht will dem Zahlungsverzug des Mieters für den Regressverzicht des Versicherers keine Bedeutung beimessen<sup>185</sup>. Sie begründet dies in der Sache damit, dass ein solcher Verzug allein die mietrechtliche Ebene betreffe; auf der versicherungsrechtlichen Ebene wirke er sich nicht aus<sup>186</sup>. Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – zu dieser Frage noch nicht verhalten.

## 2. Stellungnahme

### a) Auswirkungen auf den Regressverzicht

Durch die versicherungsrechtliche Lösung soll dem Mieter, der mit seinen Mietbeträgen die Gebäudeversicherungsprämie (anteilig) finanziert, im Verhältnis zum Versicherer eine dem Versicherungsnehmer angenäherte Rechtsposition verschafft werden. Gerät der Versicherungsnehmer mit der (Folge-)Prämie in Verzug, wird der Versicherer nach § 38 Abs. 2 VVG von der Leistung frei, wenn der Versicherungsfall nach Ausspruch einer qualifizierten Mahnung und dem Ablauf einer darin gesetzten Frist eingetreten ist. Man könnte daher erwägen, dass dem Versicherer – gleichsam als Pendent zur Leistungsfreiheit gegenüber dem Versicherungsnehmer – bei qualifiziertem Zahlungsverzug des Mieters (in der Größenordnung von mindestens zwei Monatsmieten) die Regressmöglichkeit nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG erhalten bleibt. Denn der Mieter ist in solchen Fällen ebenso wenig schutzwürdig wie der im Prämienverzug befindliche Versicherungsnehmer – selbst wenn der erhebliche Zahlungsverzug in beiden Konstellationen unterschiedlich dimensioniert ist.

Und doch besteht zwischen den aufgeführten Fallgestaltungen bei näherer Betrachtung ein maßgeblicher Unterschied: Durch einen Zahlungsverzug des Mieters wird die wirtschaftliche Situation des Versicherers nicht tangiert; er bezieht auch weiterhin die Prämie von seinem Versicherungsnehmer – soweit dieser infolge des Mietausfalls nicht seinerseits zahlungsunfähig wird – und damit die Gegenleistung für den vereinbarten Versicherungsschutz. Der Zahlungsverzug des Mieters betrifft damit ausschließlich die Ebene des Mietverhältnisses. Gerade dieses würde jedoch durch die Zulassung des Regresses eine weitere Beeinträchtigung erfahren, denn der ohnehin wohl leistungsschwache Mieter würde dadurch einer weiteren Forderung ausgesetzt werden, was seine wirtschaftliche Misere noch intensivieren würde.

Dem lässt sich nicht entgehen, ein solches Mietverhältnis sei ohnehin nicht sonderlich schutzwürdig, so dass der Regressverzicht schon seiner Intention nach (s. dazu unter II. 3. a) nicht einschlägig wäre. Es ist allein Sache des Vermieters zu entscheiden, ob er das Mietver-

<sup>185</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 137 f.; *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 80), § 538 Rn. 30a.

<sup>186</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

hältnis im Hinblick auf den Zahlungsverzug durch Kündigung beenden oder es gleichwohl fortführen will. Solange er an dem Mietverhältnis festhält, hat er im Rechtsverhältnis zu seinem Gebäudeversicherer auch ein berechtigtes Interesse daran, dass dieses keine Belastungen durch den Eintritt des Versicherungsfalles erfährt. Es spricht mithin vieles dafür, dass der allein aus dem Versicherungsvertrag resultierende stillschweigende Regressverzicht des Versicherers von einem Zahlungsverzug des Mieters unberührt bleibt.

### **b) Auswirkungen auf die Verschonungspflicht**

Eine andere Frage ist es, ob der Vermieter bei Zahlungsverzug des Mieters gehalten ist, den Versicherer in Anspruch zu nehmen. Grundsätzlich ist er hierzu nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet; es handelt sich um eine Nebenpflicht aus dem Mietvertrag (s. dazu oben unter III. 1.). Beruht eine solche letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), so könnte man daran denken, dass sie in Wegfall gerät, wenn sich der Mieter seinerseits nicht vertragstreu verhält. In diese Richtung gehen auch die von *Wietz* und *Streyll* angestellten Überlegungen<sup>187</sup>. Sie erwägen, dass der Mieter seinen auf Freistellung von einer Schadensersatzpflicht gerichteten Anspruch nur bei Einredefreiheit geltend machen könne; der Vermieter sei also nicht verpflichtet, an den Versicherung heranzutreten, solange der Mieter seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen sei. Bis zur Begleichung des Mietrückstands bleibe es ihm unbenommen, den Mieter auf Ersatz des versicherten Schadens in Anspruch zu nehmen. Zudem gehe eine etwaige Versäumung von vertraglichen Fristen gegenüber dem Versicherer zu Lasten des Mieters.

Allerdings – so meinen die Autoren – entspreche eine solche Vorgehensweise des Vermieters nicht seinem wirtschaftlichen Interesse<sup>188</sup>. Dieser werde kaum freiwillig den offenbar nicht mehr solventen Mieter in Anspruch nehmen und auf eine Versicherungsleistung verzichten. Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn der Mieter über eine Haftpflichtversicherung verfügt, die den Schaden am Mietobjekt abdeckt. Dann könnte der Vermieter gegen den Mieter vorgehen und nach Titulierung seines Schadensersatzanspruchs den Deckungsanspruch des Mieters gegen dessen Haftpflichtversicherer (vgl. § 100 VVG) pfänden und sich überweisen lassen<sup>189</sup>. Im Übrigen könnte er dem Mängelbeseitigungsverlangen des Mieters den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten (s. oben unter III. 2.a). An einer Inanspruchnahme der Gebäudeversicherung wäre er dadurch prinzipiell nicht gehindert, sofern es ihm nach dem Versicherungsvertrag nicht obliegt, sie zumindest teilweise für die Herrichtung des Mietobjekts zu verwenden. Derartige Wiederherstellungsklauseln (vgl. § 93 VVG) sind in

---

<sup>187</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

<sup>188</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138.

<sup>189</sup> Vgl. BGH, NZM 2017, 29, 30.

den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sachversicherungsverträge allerdings regelmäßigen enthalten (s. etwa Abschn. A. § 14 Nr. 2 VGB 2010)<sup>190</sup>.

### **Lösung Fall 8:**

Der Zahlungsverzug des M im Zeitpunkt des Schadenseintritts hat keinen Einfluss auf den Regressverzicht.

## **VI. Vorenthaltung der Mietsache nach Mietende**

Eine besondere Situation besteht, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses in der Wohnung verbleibt und nunmehr der Versicherungsfall eintritt.

### **Fall 9:**

Vermieter V kündigt das Mietverhältnis fristgemäß wegen Zahlungsverzugs. Mieter M verbleibt auch nach Ablauf der Kündigungsfrist in den Räumlichkeiten, zahlt aber eine Nutzungsentschädigung in Höhe der zuletzt geschuldeten Miete. Infolge von leichter Fahrlässigkeit verursacht er einen Wohnungsbrand. Der Gebäudeversicherer des V (VR) begleicht den daraus resultierenden Schaden und will bei M Regress nehmen. Zu Recht?

### **1. Gesetzliches Abwicklungsschuldverhältnis**

Anders als im vorangegangenen Fall ist hier das Mietverhältnis im Zeitpunkt des Schadenseintritts bereits beendet; zwischen den Parteien besteht nur noch ein Abwicklungsverhältnis. Hierbei handelt es sich – wie der XII. Zivilsenat in dem Urteil vom 27.5.2015 (XII ZR 66/13)<sup>191</sup> betont hat – um ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dem für beide Parteien Rechte und Pflichten resultieren, die denjenigen aus dem Mietverhältnis angenähert sind. Doch gilt dies nur in einem eingeschränkten Umfang, denn das nunmehr zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis ist allein auf die Abwicklung der (miet-)vertraglichen Beziehung gerichtet und daher lediglich von vorübergehender Natur. Gesetzlich verankert ist deshalb nur die Pflicht des Mieters zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung, die sich an der (vormals) vereinbarten bzw. der ortsüblichen Miete orientiert (§ 546a Abs. 1 BGB). Gleichwohl kann der Vermieter im Einzelfall verpflichtet sein, die Mietsache in einem den Vorgaben des beendeten Vertrags entsprechenden Zustand zu erhalten<sup>192</sup> – aber immer nur für einen vorübergehenden Zeitraum. Denn die Regelung des § 546a BGB soll durchaus auch einen gewissen Druck auf den Mieter dahingehend ausüben, dass dieser die vertraglich geschuldete Rückgabe alsbald vornimmt<sup>193</sup>. Deshalb darf ihn der Vermieter wahlweise auf Zahlung der vertraglich vereinbarten oder der ortsüblichen Miete in Anspruch nehmen. Vor allem aber führt ein erst während der Vorenthaltung der Mietsache eingetretener Mangel nicht zu einer Minderung der Nutzungsentschädi-

<sup>190</sup> S. dazu auch BGH, NZM 2017, 40, 41 f.

<sup>191</sup> BGH, NZM 2015, 695 = ZMR 2015, 754.

<sup>192</sup> BGH, NZM 2015, 695, 696 = ZMR 2015, 754, 756.

<sup>193</sup> BGH, NZM 2015, 695, 696 = ZMR 2015, 754, 756.

gung entsprechend § 536 Abs. 1 BGB. Der BGH hat seine diesbezügliche, bereits in den frühen 1960er Jahren begründete Sichtweise<sup>194</sup> in dem erwähnten Urteil vom 27.5.2015<sup>195</sup> nochmals bestätigt.

## 2. Folgen für die versicherungsrechtliche Lösung

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu diskutieren, ob der im Versicherungsvertrag als stillschweigend vereinbart geltende Regressverzicht auch nach Beendigung des Mietvertrags, während der Vorenthaltung der Räumlichkeiten noch Wirkung entfaltet. Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht ist dies der Fall<sup>196</sup>. Da der Mieter verpflichtet bleibe, die vertraglich vereinbarte Miete in Gestalt einer Nutzungsentschädigung zu entrichten, müsse ihm die versicherungsrechtliche Lösung auch nachvertraglich zugutekommen. Zudem spreche der Umstand, dass sich das Mietverhältnis nach vermierterseits ausgesprochener Kündigung und (gegebenenfalls) abgelaufener Kündigungsfrist vielfach noch bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Räumungsbegehren in der Schwebe befinde, aus versicherungsvertraglicher Sicht für die Geltung eines einheitlichen Abwicklungsmaßstabs<sup>197</sup>.

Es darf aber auch hier nicht außer Acht bleiben, dass das durch den Anspruch auf Nutzungsentschädigung flankierte gesetzliche Schuldverhältnis nicht auf Fortführung des Mietvertrags, sondern ausschließlich auf dessen Abwicklung gerichtet ist. Das lässt das Interesse des Vermieters an einem auch fortan unbelasteten Mietverhältnis eher gering erscheinen. Und doch dürfte dem Vermieter ein Gesichtspunkt durchaus relevant erscheinen: die Entrichtung der Nutzungsentschädigung durch den Mieter, solange dieser noch in den Räumlichkeiten weilt. Das könnte dafür sprechen, dass ihm auch noch im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses daran gelegen ist, dass dieses durch den Versicherungsfall wirtschaftlich nicht belastet wird.

Andererseits ist es denkbar, dass der Mieter den Versicherungsfall erst kurz vor seinem Auszug aus den Räumlichkeiten auslöst. U.U. wird er gerade die durch den Brand oder das ausgetretene Leitungswasser erfolgte Beschädigung der vorgehaltenen Räume zum Anlass nehmen, nun doch schnellstmöglich auszuziehen. Dann könnte ein Regress des Sachversicherers schon angesichts der notwendigerweise vorausgehenden Feststellungen zum Schadensfall regelmäßig erst nach Rückgabe der Räumlichkeiten erfolgen. Eine Belastung des Nutzungsverhältnisses wäre dann sicher nicht mehr zu besorgen. Doch streiten die Parteien nicht selten noch Monate oder gar Jahre nach der Rückgabe des Mietobjekts um dessen vertragsgemäßen

---

<sup>194</sup> Grdl. BGH, NJW 1961, 916; dagegen aber Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a Rn. 69.

<sup>195</sup> BGH, NZM 2015, 695 = ZMR 2015, 754.

<sup>196</sup> *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 138; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 80), § 538 Rn. 30a.

<sup>197</sup> *Wietz/Strey*, WuM 2015, 131, 138.

Zustand oder um restliche Mietzahlungen, ganz zu schweigen von etwaigen Betriebskostennachforderungen. Auch im Hinblick auf diesbezügliche Ansprüche – zu deren Sicherung die Mietkaution meist nicht ausreicht – könnte der Vermieter ein auch für den Versicherer erkennbares Interesse daran haben, dass eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung des Mieters durch Regressforderungen seitens des Sachversicherers nicht erfolgt. Ohnehin kann dem Umstand, dass ein Regress des Versicherers hier womöglich erst nach dem Auszug des Mieters aus den Räumlichkeiten zu erwarten ist, keine besondere Relevanz zukommen. Anderenfalls würde sich die Frage eröffnen, ob der Versicherer den Regressverzicht etwa dadurch umgeht, dass er mit der Geltendmachung der übergegangenen Forderung bis zur Beendigung des Mietverhältnisses (soweit bis dahin keine Verjährung eingetreten ist) zuwartet. Das ist bislang nicht ernsthaft erwogen worden.

Nach alledem dürften gute Gründe für die in Schrifttum bereits vertretene Auffassung sprechen, dass der Regressverzicht auch im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses gilt.

#### **Lösung Fall 9:**

Der Regressverzicht kommt dem M – nach der hier vertretenen Ansicht – auch im Rahmen des nachvertraglichen Abwicklungsverhältnisses noch zugute.

### **VII. Regressverzicht bei Verletzung der Anzeigepflicht?**

#### **Fall 10 (nach *Streyl*, FS Eisenschmid 2016, 37<sup>198</sup>):**

M ist Mieter einer in 2. OG eines Mehrfamilienhauses belegenen Wohnung. In dem dortigen Badezimmer hat sich an der Duschwanne mittlerweile das Fugenmaterial in großen Umfang gelöst; zwei der Fliesen auf dem Mauerwerksvorsprung liegen lose oben auf. M teilt seinem Vermieter V den abgängigen Zustand der Dusche nicht mit und nutzt diese monatelang weiter. Dadurch dringt Wasser in das Mauerwerk ein, was zu schwerwiegenden Feuchtigkeitsschäden in den unteren Etagen des Gebäudes führt. Der Gebäudeversicherer (VR) des V reguliert den Schaden und will M in Regress nehmen. Zu Recht?

Nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB kann der Vermieter vom Mieter Schadensersatz verlangen, wenn dieser eine ihm gebotene Mängelanzeige unterlassen hat. Zeigt sich nämlich während des laufenden Mietverhältnisses ein Mangel oder wird eine Maßnahme zum Schutz des Mietobjekts erforderlich, hat der Mieter – so gebietet es § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB – dies dem Vermieter unverzüglich mitzuteilen. Mangel bedeutet in diesem Zusammenhang – anders als bei der Mietminderung des § 536 Abs. 1 BGB – jedes Hervortreten eines schlechten Zustands der Mietsache, von dem eine Gefahr für diese ausgehen kann; eine erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit ist indes nicht erforderlich<sup>199</sup>. Ein solcher Mangel „zeigt sich“, wenn sein Vorhandensein sich jedem Mieter aufdrängen muss, soweit dieser nicht ganz naheliegende

<sup>198</sup> Beilage zu WuM 7/2016.

<sup>199</sup> BGHZ 68, 281, 283 = NJW 1977, 1236; *Streyl*, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 38.

Feststellungen unterlässt. Es besteht also keine allgemeine Untersuchungspflicht; nur wenn der Mieter den Mangel erkannt hat oder dieser ihm infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, hat er gegen seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB verstoßen<sup>200</sup>.

Nicht ganz klar erscheint indes, ob sich beim Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB die Kenntnis des Mieters bzw. seine grob fahrlässige Unkenntnis – über den Mangel hinaus – auch den Schaden umfassen muss.

### **Zwischenüberlegung Fall 10:**

M hat seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB verletzt. Das abgängige Fugenmaterial sowie die gelösten Fliesen hätte sich ihm geradezu aufdrängen müssen. Das ist bei dem dadurch entstandenen Folgeschaden am Mauerwerk der unteren Etagen aber nicht ohne weiteres der Fall.

Nach Auffassung von *Streyll* muss das grobe Verschulden des Mieters auch den Schaden mit einbeziehen<sup>201</sup>. Der Mieter werde infolge seiner Obhutspflicht und der daraus resultierenden Anzeigepflicht noch nicht zur Träger der Sachgefahr. Dies sei nur dann gerechtfertigt, wenn er die Gefahr des Schadenseintrittes erkannt habe oder hätte erkennen müssen und deshalb zu einer besonders sorgfältigen Obhut hätte veranlasst sein müssen<sup>202</sup>.

Möglicherweise kann die Frage für den hier in Rede stehenden Regressverzicht offenbleiben. Dieser beruht auf dem Gedanken, dass der Mieter bei leicht fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls ein ähnliches – wenn auch nicht dasselbe (s. oben unter II. 5. c) – Schutzniveau erhalten soll wie eine mitversicherte Person. Deswegen ist der Sachversicherer bei leicht fahrlässiger Schadensverursachung mit Regressansprüchen gegen den Mieter ausgeschlossen. Eine vollständige oder partielle Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer tritt jedoch nur ein, wenn dieser den Versicherungsfall durch sein grobes Verschulden *herbeigeführt* hat. Erforderlich ist ein Verhalten des Versicherungsnehmers, von dem dieser wusste oder wissen musste, dass es geeignet ist, den Eintritt des Versicherungsfalls oder die Intensivierung des Schadens zu fördern<sup>203</sup>. Andererseits fragte sich, ob der Versicherungsnehmer auch den Eintritt des konkreten Schadens vorhersehen oder infolge von grober Fahrlässigkeit verkennen muss. Das wird mitunter angenommen<sup>204</sup>. Dagegen dürfte

<sup>200</sup> Grdl. BGHZ 68, 281, 284 ff. = NJW 1977, 1236, 1237; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 194), § 536c Rn. 10; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 80), § 536c Rn. 9; tendenziell abw. MüKo-BGB/*Häublein*, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 536c Rn. 6, der nicht auf das Maß der subjektiver Vorwerfbarkeit, sondern auf die Erkennbarkeit für einen durchschnittlichen, nicht besonders geschulten Mieter abstellt.

<sup>201</sup> *Streyll*, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 39 ff.

<sup>202</sup> *Streyll*, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 40.

<sup>203</sup> BGH, NJW 1980, 887, 888; Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 36), § 31 Rn. 30; Langheid/Rixecker/*Langheid* (Fn. 36), § 81 Rn. 4.

<sup>204</sup> So etwa *Streyll*, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 40; skeptischer hingegen *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 138 f.

der Umkehrschluss des § 103 VVG sprechen. Danach wird der Haftpflichtversicherer von seiner Leistungspflicht frei, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat. Die Vorschrift ist *lex specialis* zu § 81 VVG. Sie erweitert die vollständige Eintrittspflicht des Versicherers gegenüber § 81 Abs. 2 VVG auf die Fälle der grob fahrlässigen Schadensverursachung; im Übrigen stellt sie klar, dass sich der Vorsatz nicht nur auf den Eintritt des Versicherungsfalls, sondern auch auf die Schadensfolgen beziehen muss<sup>205</sup>. Dieser muss der Versicherungsnehmer in ihrem wesentlichen Umfang als möglich erkannt und für den Fall ihres Eintritts gewollt oder im Sinne bedingten Vorsatzes billigend in Kauf genommen haben<sup>206</sup>. Demgegenüber genügt es für eine (partielle) Leistungsfreiheit des Versicherers nach § 81 VVG, dass sich das grobe Verschulden des Versicherungsnehmers auf den Eintritt des Versicherungsfalls, also die Realisierung des versicherten Risikos durch das die Leistungspflicht des Versicherers auslösende Ereignis bezieht<sup>207</sup>.

### **Lösung Fall 10:**

Ein Regressanspruch des VR gegen M könnte sich aus § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. mit § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ergeben. VR hat den Schaden reguliert; dieser ist nach Abschnitt A. § 3 Nr. 3 VGB 2010 auch von der Gebäudeversicherung umfasst (sog. Nässeschaden)<sup>208</sup>; so dass es auf die Frage der irrtümlichen Leistung<sup>209</sup> nicht ankommt.

M könnte seiner Inanspruchnahme durch VR jedoch den versicherungsvertraglichen Regressverzicht einredeweise entgegenhalten (§ 242 BGB), sofern dieser ihn nicht einer grob schuldhafter Schadensverursachung überführt. Maßgebend ist, ob M über den konkreten Mangel im Bereich der Duschwanne hinaus auch den möglichen Eintritt des Versicherungsfalls, nämlich eines Leitungswasserschadens in der Gebäudesubstanz, infolge von grober Fahrlässigkeit übersehen hat. Dies erscheint fraglich; möglicherweise hat der Mieter gar nicht realisiert, dass das Leitungswasser während der Duschvorgänge in großem Umfang durch die offenen Fugen und unter die gelösten Fliesen in das Mauerwerk eindringen kann<sup>210</sup>. U.U. kann man aber auch anders argumentieren. Wasser sucht sich seinen Weg! Und das hohe Gefahrenpotenzial von Leitungswasser dürfte allgemein bekannt sein<sup>211</sup>.

### **VIII. Regressverzicht bei vermietetem Wohnungseigentum**

Bei vermieteten Eigentumswohnungen besteht die Besonderheit, dass Versicherungsnehmer und Vermieter regelmäßig auseinanderfallen. Der Abschluss der Gebäudeversicherung erfolgt durch die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband (vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 3 WEG), Vermieter der einzelnen Wohnungen sind indes die jeweiligen Sondereigentümer.

<sup>205</sup> Bruck/Möller/Koch (Fn. 36), § 103 Rn. 1; Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 36), § 103 Rn. 8.

<sup>206</sup> BGH, NJW-RR 1981, 1321, 1322; s. auch BGHZ 75, 328, 332 = NJW 1980, 996, 997.

<sup>207</sup> Prölss/Martin/Armbrüster (Fn. 36), § 1 Rn. 166; Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 36), § 1 Rn. 6.

<sup>208</sup> S. OLG Frankfurt, VersR 2010, 1641; AG Düsseldorf, VersR 2002, 481.

<sup>209</sup> S. nur Brock/Möller/Voit (Fn. 36), § 86 Rn. 108 ff.; Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 36), § 86 Rn. 29.

<sup>210</sup> So auch Streyll, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 41.

<sup>211</sup> S. dazu Streyll, FS Eisenschmid (Fn. 198), 37, 41.

**Fall 11:**

M ist Mieter einer Eigentumswohnung des Vermieters V. Diese befindet sich in einer Anlage mit insgesamt 10 Wohnungen. Die Wohnungseigentümergeinschaft (vertreten durch ihren Verwalter) hat bei Versicherer VR eine Gebäudeversicherung abgeschlossen. M verursacht in der Wohnung infolge von einfacher Fahrlässigkeit einen Brandschaden. VR reguliert den Schaden und will bei M Regress nehmen. Zu Recht?

**Variante Fall 11:**

Der von M verursachte Wohnungsbrand hat auch auf die im Sondereigentum des X stehende Nachbarwohnung übergreifen. VR reguliert auch für den dortigen Schaden ein. Kann er bei M Regress nehmen?

**1. Vertragsgestaltung**

Schließt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Verband, vertreten durch den Verwalter, einen Gebäudeversicherungsvertrag ab, handelt es sich dabei – wie der V. Zivilsenat des BGH unlängst klargestellt hat<sup>212</sup> – um eine Versicherung für fremde Rechnung i. S. des § 43 Abs. 1 VVG handelt. Versicherungsnehmer ist gem. § 10 Abs. 6 Satz 1 und 2 WEG der Verband; Versicherte sind hingegen die einzelnen Wohnungseigentümer, und zwar sowohl hinsichtlich ihres Sondereigentums als auch hinsichtlich ihres Anteils am Gemeinschaftseigentum. Fraglich ist, ob ein solcher Gebäudeversicherungsvertrag wiederum ergänzend dahin auszulegen ist, dass er einen Regressverzicht zugunsten der Mieter der Wohnungseigentümer enthält. Abzustellen ist auch hier wieder auf die objektive Interessenlage, das Interesse des WEG-Verbandes bzw. der hinter diesem stehenden Wohnungseigentümer an der Schonung der bestehenden Mietverhältnisse vor den Folgen des Versicherungsfalls ist mit dem Interesse des Gebäudeversicherers zu harmonisieren (s. oben unter II. 3. c). Maßgebend ist, ob das für den Versicherer erkennbare Interesse der Wohnungseigentümer an einer ungetrübten Beziehung zu ihren Mietern gegenüber dem Regressinteresse des Versicherers als vorrangig zu bewerten ist.

**2. Umfang des Regressschutzes****a) Schäden am vermieteten Sondereigentum**

Unproblematisch erscheint dies, wenn der Mieter den Schaden ausschließlich an dem von ihm bezogenen Sondereigentum verursacht hat. Hier wäre die Situation letztlich keine andere als bei einem im Volleigentum des Versicherungsnehmers stehenden Objekt. Ohne die Vermietung hätte der vom Verband unterhaltene Gebäudeversicherer für den vom (fremd-)versicherten Wohnungseigentümer verursachten Schaden voll einzustehen; der subjektive Risikoabschluss des § 81 VVG würde nicht greifen. Im Falle einer Vermietung würde ihm bei Anwendung des § 86 Abs. 1 VVG bereits bei einfach fahrlässiger Schadensverursachung durch den

---

<sup>212</sup> BGH, NZM 2016, 843.

Mieter eine Regressmöglichkeit gegen diesen eröffnet werden. Diesem Wertungswiderspruch ist auch in der vorliegenden Fallgestaltung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mittels eines stillschweigenden Regressverzichts zu begegnen. Das Interesse der (versicherten) Wohnungseigentümer am Schutz ihrer Mieter vor den Folgen eines Versicherungsfalls ist für den Gebäudeversicherer auch in Anbetracht der ausschließlich zum Verband bestehenden Vertragsbeziehung auch hier ohne Weiteres erkennbar.

### **b) Schäden am Gemeinschaftseigentum**

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn der Mieter neben dem Sondereigentum auch das Gemeinschaftseigentum beschädigt hat. Auf den ersten Blick scheint die Interessenlage keine andere zu sein; den Wohnungseigentümern wird in aller Regel daran gelegen sein, den Mieter auch insoweit vor dem Regress des Gebäudeversicherers zu bewahren. Im Schrifttum<sup>213</sup> sind allerdings Zweifel vor dem Hintergrund geäußert worden, dass nach der Rechtsprechung des BGH die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB bei Ansprüchen wegen Beschädigung des Gemeinschaftseigentums keine Anwendung findet<sup>214</sup>. Man könnte somit daran denken, dass es bei dem von sämtlichen Wohnungseigentümern anteilig getragenen Gemeinschaftseigentum an einem hinreichend engen Zusammenhang zu dem Mietverhältnis des einzelnen Wohnungseigentümers fehlt. Doch beruht die mangelnde Geltung des § 548 Abs. 1 BGB letztlich eher auf praktischen Erwägungen. Die Vorschrift will den Vermieter dazu veranlassen, das Mietobjekt im Interesse einer schnellen Abwicklung des beendeten Vertragsverhältnisses zeitnah auf Schäden zu untersuchen und etwaige Ansprüche alsbald geltend zu machen<sup>215</sup>. Dies kann jedoch der Wohnungseigentümergeinschaft nicht abverlangt werden. Diese bzw. der für sie agierenden Verwalter hat vielfach gar keine Kenntnis darüber, wann der eine oder andere Mieter der Sondereigentümer auszieht. Somit hat er auch keine Veranlassung, das den Mietern zum Mitgebrauch überlassene Gemeinschaftseigentum, etwa den Hauseingangsbereich, das Treppenhaus oder den Fahrstuhl, zeitnah zur Rückgabe der Wohnung zu untersuchen<sup>216</sup>.

Für den Regressverzicht hat der BGH jedoch in dem Urteil vom 13.9.2006 (IV ZR 26/04) betreffend den Hausratversicherer (s. dazu unter II. 3. c)<sup>217</sup> entschieden, dass sich dieser auf Schäden am versicherten Gebäude *insgesamt* erstreckt; sofern dem Schädiger dieses oder einzelne Räume im Rahmen eines Miet- oder ähnlichen Nutzungsverhältnisses zum Gebrauch

---

<sup>213</sup> *Wietz/Streyll*, WuM 2015, 131, 139.

<sup>214</sup> BGH, NZM 2011, 639 = ZMR 2011, 968.

<sup>215</sup> BGH, NZM 2011, 639, 640 = ZMR 2011, 968, 969.

<sup>216</sup> BGH, NZM 2011, 639, 640 = ZMR 2011, 968, 969.

<sup>217</sup> BGH, NZM 2006, 951.

überlassen worden sind. Mit den im Gemeinschaftseigentum befindlichen Bereichen des Gebäudes kommt der Mieter jedoch ebenso in Berührung, wie dies mit den Gemeinschaftseinrichtungen eines Mehrfamilienhauses der Fall wäre. Hier wie dort hat er an den Gemeinschaftsflächen ein Mitbenutzungsrecht, dessen Intensität sich nach den Bedarf im Hinblick auf eine angemessene Nutzung der gemieteten Räumlichkeiten richtet<sup>218</sup>. Auch hat der Umstand, dass Wohnungseigentum gebildet worden ist, keinen Einfluss auf die Erwartung des Mieters, die anteilige Finanzierung der Sachversicherungsprämie werde ihm im Schadensfall jedenfalls in „gewisser Weise“ (s. oben unter II. 5. c) zugutekommen. Demgemäß erstreckt sich der Regressverzicht auch auf Schäden am Gemeinschaftseigentum.

### **c) Schäden an fremdem Sondereigentum**

Problematisch erscheint lediglich, ob die versicherungsrechtliche Lösung auch solche Schäden umfasst, die im Bereich des Sondereigentums anderer Miteigentümer eingetreten sind. Dagegen lässt sich argumentieren, dass diese Bereiche der Mitbenutzung durch den Mieter komplett entzogen sind, es insoweit auch an einer Obhutsbeziehung fehlt. Allerdings hat der V. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 10.11.2006 (V ZR 62/06)<sup>219</sup> entschieden, dass die versicherungsrechtliche Lösung auch im Verhältnis der Wohnungseigentümer zueinander gilt. Demgemäß ist ein geschädigter Wohnungseigentümer gegenüber dem schädigenden Miteigentümer – nicht anders als gegenüber einem Mieter (s. oben unter III. 1.) – regelmäßig verpflichtet, die Gebäudeversicherung in Anspruch zu nehmen, zumal dies den mitversicherten Schädiger auch nicht in Regress nehmen kann. Der BGH begründet dies damit, dass zwischen den der Gemeinschaft angehörigen Wohnungseigentümern eine schuldrechtliche Sonderverbindung besteht, aus der sich besondere Treue- und Rücksichtnahmepflichten i. S. des § 241 Abs. 2 BGB ergeben<sup>220</sup>. Die Wohnungseigentümergeinschaft schließe die Sachversicherung gerade in der Erwartung ab, dass ihren Mitgliedern die versicherten Risiken abgenommen und ihnen ein harmonisches Miteinander beeinträchtigende Auseinandersetzungen untereinander erspart bleiben, wenn der geltend gemachte Schaden Bestandteil des versicherten Interesses ist.

Bestandteil des versicherten Interesses sind aber auch die im Bereich des Sondereigentums eingetretenen Schäden. Realisieren sich die von Mietern einzelner Sondereigentumseinheiten verursachten Brand- und Leitungswasserschäden aber typischerweise auch im Bereich von fremdem Sondereigentum, spricht einiges dafür, dass auch diese vom Regressverzicht umfasst sind. Die Rechtslage ist schon deswegen eine andere als in dem vom BGH mit Urteil

<sup>218</sup> Instr. dazu *Flatow*, NZM 2007, 432 ff.

<sup>219</sup> BGH, NZM 2007, 88 = ZMR 2007, 464.

<sup>220</sup> BGH, NZM 2007, 88, 89 = ZMR 2007, 464.

vom 13.9.2006<sup>221</sup> entschiedenen Fall der regressierenden Hausratsversicherung, weil es dort an einer Mitfinanzierung der Prämie durch den Mieter fehlt. Demgegenüber trägt dieser hinsichtlich der Gebäudeversicherung auch bei einer gemieteten Eigentumswohnung mit Zahlung der Betriebskosten – gleichgültig wie diese vertraglich ausgewiesen sind (s. oben unter II. 3. b) – einen Anteil an der Prämie. Insofern ist seine Situation letztlich keine andere als bei Bezug einer von einem ungeteilten Mehrfamilienhaus beherbergten Wohnung, bei der ein Regressausschluss für sämtliche an dem Objekt angerichteten Gebäudeschäden nicht in Frage steht. Nach alledem dürften die besseren Gründe dafür sprechen, den versicherungsrechtlichen Regressschutz auch auf solche Schäden zu erstrecken, die infolge von einfacher Fahrlässigkeit des Mieters am fremden Sondereigentum eingetreten sind.

### **Lösung Fall 11 einschließlich Variante:**

Ein Regressanspruch des VR gegen M scheidet aus, da die vom Wohnungseigentümerversand für die Miteigentümer abgeschlossene Gebäudeversicherung zugunsten der in der Anlage wohnenden Mieter einen stillschweigenden Regressverzicht beinhaltet. Dieser umfasst sämtliche infolge von einfacher Fahrlässigkeit des M am Gebäude angerichteten Schäden, gleichgültig ob diese am genutzten oder fremden Sondereigentum oder am Gemeinschaftseigentum eingetreten sind.

## **IX. Abweichende Vereinbarungen**

Abschließend ist zu prüfen, ob die Parteien des Versicherungsvertrags von der versicherungsrechtlichen Lösung abweichende Vereinbarungen treffen können.

### **1. Individualvereinbarungen**

Behält sich der Gebäudeversicherer in einer individualvertraglichen Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer den Regress gegenüber dem Mieter vor, wäre dies auf der versicherungsrechtlichen Ebene schon deswegen unproblematisch, weil darin lediglich eine Bestätigung der geltenden Gesetzeslage liegen würde. Gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ist ein Regress des Versicherers gegenüber dem Schädiger auf der Grundlage des dort geregelten gesetzlichen Forderungsübergangs gerade vorgesehen. Dürfen die Parteien nach § 87 VVG keine von dieser Vorschrift zum Nachteil des Versicherungsnehmers abweichende Vereinbarung treffen<sup>222</sup>, so lässt sich daraus im Umkehrschluss entnehmen, dass sie ihre Geltung ohne Weiteres festschreiben können.

### **2. Formulklausel**

Fraglich kann daher allenfalls sein, ob ein formularvertraglich vereinbarter Regressvorbehalt wirksam wäre. Einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB wäre eine solche

---

<sup>221</sup> BGH, NZM 2006, 951.

<sup>222</sup> Zu den Rechtsfolgen dieses Abweichungsverbots Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 36), § 87 Rn. 1; Langheid/Rixecker/*Langheid* (Fn. 36), § 87 Rn.6.

Bestimmung schon deswegen entzogen, weil sie keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung beinhaltet (vgl. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Denkbar wäre allenfalls ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieses verlangt von dem Verwender allgemeiner Versicherungsbedingungen, dass er die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darstellt; die Klausel muss in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer verständlich sein und wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen in angemessener Weise erkennen lassen<sup>223</sup>. Dafür dürfte es jedoch genügen, dass die Klausel klarstellt, dass sich der Versicherer im Falle seiner Leistung nach Eintritt des Versicherungsfalles den Regress gegenüber dem Mieter vorbehält.

Eine andere Frage die sich stellt wäre, ob ein formularmäßiger Regressvorbehalt als überraschende Klausel i. S. des § 305c Abs. 1 BGB zu bewerten wäre. Das wäre der Fall, wenn eine solche Regelung in einem Gebäudeversicherungsvertrag nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich wäre, dass der Versicherungsnehmer damit nicht zu rechnen brauchte. *Jendrek* hat dies in seinem Vortrag auf dem 5. DMT 2003 immerhin erwogen, die Frage aber letztlich offen gelassen<sup>224</sup>. Nach Ansicht von *Prölss* wäre ein formularvertraglicher Ausschluss des Regressverzichts nicht überraschend<sup>225</sup>. Da der Regressverzicht auf einer ergänzenden Vertragsauslegung basiere, könnten sich die diesbezüglichen Erwartungen des Versicherungsnehmers allein auf ein Schweigen der Vertragsbedingungen stützen. Sofern die Vertragsbedingungen jedoch einen ausdrücklichen Regressvorbehalt beinhalten würden, seien die Erwartungen des Versicherungsnehmers hinsichtlich eines Verzichts nicht schutzwürdig<sup>226</sup>.

Andererseits wird man erwägen können, dass ein Regressvorbehalt von der ganz gängigen – in diesem Punkt regelmäßig schweigenden – Vertragspraxis bei der Gebäudeversicherung abweicht, sodass der Versicherungsnehmer bei Abschluss des Vertrags mit einer solchen Regelung prinzipiell nicht rechnet. Jedoch reicht es für die Anwendung des § 305c Abs. 1 BGB nicht aus, dass der Vertragspartner des Verwenders eine solche Klausel nicht erwartet hat. Vielmehr muss sie einen Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt dergestalt aufweisen, dass zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Vertragspartners eine deutliche Diskrepanz besteht<sup>227</sup>. Dabei kommt es wiederum auf sämtliche Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auch darauf, inwieweit die betreffende Klausel von dem dispositiven Recht abweicht.

---

<sup>223</sup> BGHZ 200, 293 (Tz. 23) = NJW 2014, 1658, 1660.

<sup>224</sup> *Jendrek*, NZM 2003, 697, 700.

<sup>225</sup> *Prölss*, ZMR 2001, 155, 159.

<sup>226</sup> *Prölss*, ZMR 2001, 155, 159.

<sup>227</sup> BGHZ 84, 109, 112 f. = NJW 1982, 2309 f.

Stellt ein Regressvorbehalt jedoch lediglich die aus § 86 VVG ersichtliche Rechtslage entgegen einer auf ergänzender Auslegung beruhenden Vertragspraxis klar, so wird man ihm schwerlich ein Überrumpelungseffekt im vorstehenden Sinne beimessen können. Die besseren Gründe dürften somit dafür sprechen, eine solche Regelung nicht als überraschende Klausel i. S. des § 305c Abs. 1 BGB anzusehen.

### **3. Rechtsverhältnis gegenüber dem Mieter**

Ist nach alledem von der Wirksamkeit eines Regressvorbehalts im Gebäudeversicherungsvertrag auszugehen – gleichgültig ob dieser individuell oder formularmäßig vereinbart wurde –, so ist der Vermieter unabweislich gehalten, den Mieter bei Abschluss des Mietvertrags auf diesen Umstand hinzuweisen haben. Denn der Mieter geht im Hinblick auf seine anteilige Finanzierung der Prämie davon aus, dass ihm diese jedenfalls insoweit zugutekommt, dass er bei einfach fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls vor einem Regress des Gebäudeversicherers geschützt ist. Sofern der Vermieter gegen diese Hinweispflicht verstößt, kann sich hieran ein Schadensersatzanspruch des Mieters aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB anschließen. Die Rechtslage gestaltet sich ähnlich wie im Falle einer nicht vorhandenen Gebäudeversicherung.

Sofern das Mietverhältnis bei Abschluss des Gebäudeversicherungsvertrags bereits besteht, hat der Vermieter im Interesse seines Mieters alles zu unternehmen, um die Aufnahme eines Regressvorbehalts in den Neuvertrag zu vermeiden. Notfalls muss er versuchen, bei einem konkurrierenden Versicherungsunternehmen einen Vertragsabschluss ohne eine derartige Regelung zu erreichen. Dazu ist der Vermieter grundsätzlich auch gehalten, wenn die Notwendigkeit zum Abschluss eines Neuvertrags auf einer Kündigung des bisherigen Sachversicherers gem. § 92 VVG wegen des vom Mieter verursachten Schadens beruht. Gelingt es ihm jedoch trotz zumutbarer Anstrengungen nicht, die vom Sachversicherer diktierte Aufnahme des Regressverzichts in den Neuvertrag zu vermeiden, wird der Mieter die daraus resultierenden Folgen zu tragen haben. Einem Schadensersatzanspruch gegen den Mieter auf Freistellung von allen künftigen Regress könnte der Vermieter wiederum den Dolo-agit-Einwand entgegenhalten.

## **X. Zusammenfassung**

Die Ergebnisse der Abhandlung sind wie folgt zusammenfassen:

- Der Gebäudeversicherungsvertrag beinhaltet einen stillschweigenden Regressverzicht des Versicherers zugunsten des Mieters des Versicherungsnehmers für den Fall einer einfach fahrlässigen Schadensverursachung. Der Regressverzicht basiert auf einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags. Er besteht unabhängig davon, ob die

(anteilige) Finanzierung der Versicherungsprämie durch den Mieter offen oder verdeckt erfolgt.

- Eine vom Vermieter abgeschlossene Haftpflichtversicherung hat auf den Regressverzicht keinen Einfluss. Es findet lediglich ein Innenausgleich zwischen dem Sachversicherer und dem Haftpflichtversicherer entsprechend den Grundsätzen der Doppelversicherung (§ 78 Abs. 2 Satz 1 VVG) statt.
- Hat der Mieter den Schaden grob fahrlässig verursacht, besteht eine uneingeschränkte Regressmöglichkeit des Sachversicherers. Der Rechtsgedanke des § 81 Abs. 2 VVG ist insoweit nicht übertragbar.
- Der Vermieter ist gegenüber dem Mieter bei einfach fahrlässiger Schadensverursachung verpflichtet, vorrangig den Gebäudeversicherer in Anspruch zu nehmen. Das gilt auch dann, wenn der Mieter haftpflichtversichert ist. Ausnahmen von der Verschonungspflicht des Vermieters kommen nur in Betracht, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Inanspruchnahme des Mieters hat. Das ist im Regelfall nicht anzunehmen.
- Hat der Vermieter keine Gebäudeversicherung abgeschlossen, muss er den Mieter bei Abschluss des Mietvertrags auf diesen Umstand hinweisen. Verletzt der Vermieter diese Hinweispflicht, haftet er dem Mieter auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB. Der Anspruch ist im Zweifel auf Freistellung des Mieters von einer Haftung wegen der Beschädigung des Mietobjekts gerichtet.
- Eine Hinweispflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter besteht auch im Falle einer Unterversicherung. Jedenfalls bei einfach fahrlässiger Schadensverursachung kann der Mieter dem Vermieter bei einer Inanspruchnahme wegen des vom Sachversicherer nicht gedeckten Differenzschadens einen Freistellungsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB entgegenhalten. Bei grob fahrlässiger Schadensverursachung haftet der Mieter für den Differenzschaden bis zur Obergrenze des bürgerlich-rechtlichen Schadens. Dem Vermieter steht das Quotenvorrecht zu.
- Im Verhältnis zum regressierenden Sachversicherer muss sich der Mieter das Verschulden von Haushaltsangehörigen, Untermietern und Hilfspersonen nicht zurechnen lassen. Die §§ 278, 540 Abs. 2 BGB finden keine Anwendung; es gelten die Grundsätze der versicherungsrechtlichen Repräsentantenhaftung.
- Im Übrigen sind die Personen, die im Interesse des Mieters für den Vermieter erkennbar mit dem Mietobjekt dauerhaft in Berührung kommen, in den versicherungsrechtlichen Regressschutz mit einbezogen. Das sind bei der Wohnraummiete die Haushaltsangehörigen, bei der Gewerberaummiete die Mitarbeiter des Vermieters sowie sämtliche Personen, die im Falle einer Inanspruchnahme durch den Vermieter oder den Sachversicherer vom Mieter eine Freistellung verlangen können. Es gelten ähnliche Regeln wie beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

- Ist neben dem regressgeschützten Mieter noch eine weitere Personen für die Entstehung des Schadens verantwortlich, liegt im Falle ihrer Inanspruchnahme im Regresswege eine der gestörten Gesamtschuld entsprechende Situation vor.
- Ein Zahlungsverzug des Mieters im Zeitpunkt des Schadenseintritts hat auf den Regressverzicht keinen Einfluss.
- Der Regressverzicht gilt auch, wenn das Schadensereignis während einer Vorenthaltung der Mietsache durch den Mieter nach Beendigung des Mietvertrags eintritt.
- Verletzt der Mieter seine Mängelanzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 BGB, kommt in der Regressverzicht zugute, solange er den Versicherungsfall nicht durch grobes Verschulden herbeigeführt hat.
- Im Falle einer gemieteten Eigentumswohnung beinhaltet der vom Wohnungseigentümerverband für die Miteigentümer abgeschlossene Gebäudeversicherungsvertrag einen stillschweigenden Regressverzicht zugunsten sämtlicher in der Anlage wohnenden Mieter, sofern sie ohne grobes Verschulden einen Gebäudeschaden verursacht haben. Dabei ist es ohne Belang, ob dieser am genutzten oder fremden Sondereigentum oder am Gemeinschaftseigentum eingetreten ist.
- Die Parteien des Versicherungsvertrags können den als stillschweigend vereinbart angesehenen Regressverzicht ohne Weiteres ausschließen. Auch die formularvertragliche Vereinbarung eines Regressvorbehalts ist unbedenklich. Der Vermieter darf aber nicht versäumen, den Mieter bei Vertragsabschluss auf eine derartige Vereinbarung mit dem Gebäudeversicherer hinzuweisen.