

Der Kündigungsfolgeschaden des Mieters

VRinLG Astrid Siegmund

September 2017

Inhalt

- I Einleitung
- II Die unberechtigte (unwirksame) Kündigung als Auslöser für Ansprüche des Mieters auf Schadenersatz
 - 1 Schuldhaftige Pflichtverletzung
 - a) Differenzierung zwischen (nur) formell und materiell unwirksamer Kündigung?
 - b) Feststellung der Pflichtverletzung - Darlegungs- und Beweislast
 - 2 Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Verletzungserfolg (Auszug des Mieters)
 - 3 Besonderheiten bei Verletzung der „Anbietpflicht“
- III Inhalt des Schadenersatzanspruchs
 - 1 Grundlagen
 - 2 Ersatzfähiger Schaden des Mieters bei unberechtigter Kündigung
 - a) Naturalrestitution und fortbestehender Primäranspruch
 - b) Wertersatz, § 251 Abs. 1 BGB
 - (aa) Schadenspositionen im Einzelnen
 - (bb) Insbesondere: der Mietdifferenzschaden
 - (1) Die Feststellung der Differenzmiete
 - (2) Zeitliche Begrenzung? - Stand der Diskussion und Lösungsansätze
 - c) Schmerzensgeld?
 - 3 Beschränkung der Ersatzpflicht – Mitverschulden, § 254 BGB
 - 4 Besonderheiten der Ersatzpflicht bei Verletzung der „Anbietpflicht“
 - a) Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB
 - b) Geldersatz, § 251 Abs. 1 BGB
- IV Prozessuales

Der Kündigungsfolgeschaden des Mieters

I Einleitung

Der Vortrag konzentriert sich auf die in vieler Hinsicht bedeutendste Fallgruppe, bei der sich die Frage des Kündigungsfolgeschadens nach einer unberechtigt ausgesprochenen Kündigung stellt: die Kündigung nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB. In Konkurrenz zum weitreichenden Schutz, den das soziale Wohnraummietrecht dem vertragstreuen Mieter zu Recht gewährt, beruft der Vermieter sich auf sein Eigentumsrecht mit der Begründung, die Wohnung zu benötigen, sei es, weil er sie selbst nutzen oder einem Angehörigen des nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB privilegierten Personenkreises zur Nutzung überlassen will (nachfolgend kurz: Eigenbedarf für beide Tatbestände). Er macht damit einen der wenigen Gründe geltend, die es ihm erlauben, sich von einem vertragstreuen Mieter zu lösen.

Wie schon zu Beginn der 90er Jahre¹ lässt sich dabei seit einigen Jahren feststellen, dass die Streitigkeiten über Eigenbedarf erheblich zugenommen haben, während der Kollege Dr. Hinz 2009 einen spürbaren Rückgang bei vielerorts entspannter Wohnungsmarktsituation konstatierte.² Die Gründe dafür können sehr vielfältig sein.

Für den Mieter (und die Gerichte) ist die Eigenbedarfskündigung deshalb besonders problematisch, weil Nutzungswille und Ernsthaftigkeit des Nutzungswunsches „innere Tatsachen“ betreffen, die – so die Besorgnis des Mieters – vorgetäuscht sein können. Ist das so, verdient der Vermieter keinen Schutz.³

Die Verpflichtung, dem Mieter umfassend den Schaden aus einer unberechtigten Kündigung zu ersetzen, kann sorglos oder vorgeschoben ausgesprochenen Eigenbedarfskündigungen durchaus vorbeugen und trägt dem Gewicht des Schutzes des Besitzrechtes des Mieters Rechnung.

Die Möglichkeit darf jedoch nicht dazu verleiten, „ins andere Extrem“ zu verfallen. Die betroffenen verfassungsrechtlich geschützten Positionen beider Parteien gebieten es, die Anspruchsvoraussetzungen im Schadensersatzprozess genauso

¹ vgl. Ostermann WuM 1992, 342.

² Hinz, WuM 2009, 331.

³ BVerfG, Urt. v. 14.02.1989 – 1 BvR 308/88, NJW 1989, 970, nach juris Rn. 32.

sorgfältig zu prüfen wie in dem (gegebenenfalls) vorangegangenen Räumungsrechtsstreit.

II Die unberechtigte (unwirksame) Kündigung als Auslöser für Ansprüche des Mieters auf Schadenersatz

1 Schuldhafte Pflichtverletzung

Kündigt der Vermieter das Mietverhältnis schuldhaft ohne materiellen Grund, so verletzt er seine vertraglichen (Neben-)Pflichten und ist verpflichtet, dem Mieter den Schaden aus der unberechtigten Kündigung zu ersetzen, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Schon die fahrlässige Geltendmachung eines tatsächlich nicht bestehenden Kündigungsgrundes löst die Haftung aus;⁴ nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Verschulden vermutet, wenn die Pflichtverletzung feststeht. Das Risiko eines Rechtsirrtums trägt – wie auch sonst – der Schuldner, in diesem Fall der Vermieter.⁵

Die unberechtigte Kündigung wegen Eigenbedarfs kann auch zu Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung führen, deren Voraussetzungen jedoch im Einzelfall für den Mieter schwerer nachweisbar sind. In Betracht kommen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB, bei bewusst wahrheitswidriger Vorspiegelung des Kündigungsgrundes ein Anspruch aus § 826 BGB wegen Erschleichens und sittenwidriger Ausnutzung eines Titels. Das Vortäuschen von Eigenbedarf oder das Verschweigen des Entfallens des Eigenbedarfs im Prozess kann daneben nach § 263 StGB strafbar sein und einen Schadensersatzanspruch in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB auslösen.⁶ Ob § 573 BGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, ist umstritten und kann bei dieser Gelegenheit nicht vertieft werden. Dafür spricht

⁴ einhellige Auffassung: vgl. schon BGH, Ur. v. 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, NJW 1984, 370, nach juris 21ff.; Ur. v. 14.01.1988- IX ZR 265/86, WuM 1988, 118, nach juris Rn. 21; Ur. v. 18.05.2005 – VIII ZR 368/03, WuM 2005, 521 = NZM 2005, 580; Ur. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165, nach juris Rn. 23; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 77; Staudinger/*Rolfs*, 2014, BGB § 573 Rn. 229; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 103; Hinz, WuM 2010, 207; WuM 2009, 331?? Schach, jurisPR-MietR 5/2010 Anm. 2.

⁵ vgl. auch dazu schon BGH, Ur. v. 11.01.1984, a.a.O., nach juris Rn. 22.

⁶ Staudinger/*Rolfs*, 2014, BGB § 573 Rn. 232; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 103; lesenswert: Werle, NJW 1985, 2913; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.07.1982 – 2 Ss 159/82, NJW 1983, 694, beck-online.

aber der hohe Stellenwert des Besitzrechts des Mieters und darauf basierend der weitreichende Schutz, den der Gesetzgeber dem vertragstreuen Mieter gewährt.⁷

Unter den Voraussetzungen des § 19 AGG kann schließlich zudem ein Schadensersatzanspruch aus § 21 Abs. 2 AGG in Betracht kommen.⁸

a) (Keine) Pflichtverletzung bei formell unwirksamer Kündigung?

Der BGH hat in der Vergangenheit einen Schadensersatzanspruch des Mieters bei Ausspruch einer (bereits) formell unwirksamen Kündigung mit der Begründung verneint, dass es keine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters gebe, eine aus formellen Gründen unwirksame Kündigung zu unterlassen; der Vermieter mache dem Mieter den Besitz der Mietsache nicht vorwerfbar streitig, wenn er einen materiellen Kündigungsgrund nicht oder nicht ausreichend in der Kündigung darlege; die rechtliche Beurteilung, ob eine vom Vermieter ausgesprochene Kündigung dem gesetzlichen Begründungserfordernis genüge, sei dem eigenen Risikobereich des Mieters zuzuordnen.⁹ Die Entschiedenheit, mit der der BGH hier zwischen formell und materiell unwirksamen Kündigungen differenziert, ist zu Recht auf Kritik gestoßen,¹⁰ erscheint mit Blick auf eine kurz zuvor ergangene Entscheidung des BGH (Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 231/07)¹¹ allerdings in einem anderen Licht. Letztere deutet auf Entscheidungsspielraum im Einzelfall hin. Ebenso wie materiell unbegründeten Kündigung muss es bei einer formell unwirksamen Kündigung darauf ankommen, ob der Vermieter die Mietsache ernsthaft für sich reklamiert hat, so dass aus der Sicht des Mieters keine Zweifel bestehen, dass der Vermieter sein Begehren notfalls auch gerichtlich durchsetzen wird, ferner darauf, ob der Vermieter gegebenenfalls mündlich Gründe mitgeteilt hat, die sein Räumungsbegehren für den Mieter nachvollziehbar erscheinen ließen.¹²

b) Feststellung der Pflichtverletzung - Darlegungs- und Beweislast

⁷ dafür: Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 233, m. z. N. auch zur Gegenmeinung; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1993 – 1 BvR 208/93, in NJW 1993, 2035, juris Rn. 21ff.; BT-Ds. 7/2011, S. 7.

⁸ vgl. AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, WuM 2015, 73, juris.

⁹ BGH, Urt. v. 15.12.2010 – VIII ZR 9/10, WuM 2011, 33, nach juris Rn. 9ff.

¹⁰ vgl. nur: Starnel, NZM 2011, 688; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 4/2011 Anm. 3; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, § 573 Rn. 104.

¹¹ WuM 2009, 359, juris.

¹² BGH, Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 231/07, WuM 2009, 359, nach juris Rn. 13; Hinz, WuM 2009, 331, [332]; Starnel NZM 2011, 688, ;

Die Pflichtverletzung des Vermieters muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, § 286 ZPO.

Schon 2005¹³ hat der BGH die Maßstäbe zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast entwickelt und in der zweiten Entscheidung zu einem (insgesamt sehr instruktiven) Rechtsstreit des LG Koblenz fortgeführt.¹⁴

Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass derjenige, der aus einer ihm günstigen Norm Rechte herleitet, deren tatsächliche Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat. Danach liegt die Darlegungs- und Beweislast die Pflichtverletzung des Vermieters betreffend primär beim Mieter. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH trifft den Prozessgegner eine „sekundäre“ Beweislast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei – wie regelmäßig im Fall des Eigenbedarfs - außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen hat, während der Prozessgegner zumutbar nähere Angaben machen kann.¹⁵ Die sekundäre Darlegungslast hat der BGH nunmehr konkretisiert: realisiert der Vermieter nach dem Auszug des Mieters den behaupteten Selbstnutzungswillen nicht, liegt der Verdacht nahe, dass der Bedarf nur vorgeschoben gewesen ist. Dem Vermieter ist es dann zuzumuten, substantiiert und plausibel („stimmig“) darzulegen, aus welchem Grund der mit der Kündigung vorgebrachte Bedarf nachträglich entfallen sein soll; an diese Darlegung sind strenge Anforderungen zu stellen.¹⁶

Wie bereits bei der Überprüfung (der Ernsthaftigkeit) des Nutzungswillens im Räumungsrechtsstreit gilt, dass die Gerichte das prozessuale Instrumentarium auszuschöpfen haben. So wird eine Anhörung des Vermieters nach § 141 ZPO geboten sein; Zeugen sind zu vernehmen, im Schadensersatzprozess in der Regel erneut.¹⁷

Der Kündigungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist einer der anspruchsvollsten Tatbestände im Wohnraummietrecht. Auf beiden Seiten sind (von Ausnahmen abgesehen) zunächst gewichtige Interessen zu unterstellen, die es gebieten, mit größter Sorgfalt den (Eigen-)Nutzungswunsch des Vermieters zu überprüfen und

¹³ vgl. BGH, Urt. v. 18.05.2005 – VIII ZR 368/03, WuM 2005, 521, nach juris Rn. 18ff.

¹⁴ BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 19ff.

¹⁵ BGH, wie Fn. 11, nach juris Rn. 18, 22.

¹⁶ BGH, wie Fn. 12, nach juris Rn. 19

¹⁷ vgl. zu den Anforderungen: BGH Urt. v. 23.09.2015 – VIII ZR 297/14, in: NJW 2015, 3368, Anm. Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 19/2015 Anm. 2.

den vom Mieter vorgetragenen Zweifeln an dessen Ernsthaftigkeit nachzugehen, ohne auf der anderen Seite dem Vermieter letztlich das Recht zu versagen, sein Wohneigentum zu nutzen und sein Leben – ebenso wie der Mieter – nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten.¹⁸ In der Rechtspraxis erweist sich die Feststellung der „inneren Tatsachen“ und ihre Würdigung nach § 286 ZPO im Einzelfall überdurchschnittlich häufig als schwierig.

Eben diese Schwierigkeiten stellen sich erneut – mit umgekehrtem Vorzeichen – bei der Feststellung der Pflichtverletzung des Vermieters, wenn der Mieter Schadensersatz wegen einer unberechtigt ausgesprochenen Kündigung wegen Eigenbedarfs geltend macht. Die Pflichtverletzung ist ebenso sorgfältig (gegebenenfalls erneut) zu prüfen, wie der gegebenenfalls im vorangegangenen Räumungsrechtsstreit geltend gemachte (Eigen-)Bedarf des Vermieters an der Wohnung.

2 Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Verletzungserfolg (Auszug des Mieters)

Zwischen dem Verletzungsverhalten des Vermieters (Ausspruch der unberechtigten Kündigung) und dem Verletzungserfolg (Räumung) muss ein Ursachenzusammenhang bestehen.¹⁹

Er ist zu bejahen, wenn der Mieter zur Räumung verurteilt wird oder auf die Angaben des Vermieters vertraut hat und auszieht. Entscheidend ist dabei nicht, ob der Mieter tatsächlich zur Räumung verpflichtet war, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen für berechtigt halten durfte, weil er keinen Anlass hatte, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu zweifeln.²⁰

Wenngleich sich die Tendenz andeutete, so hat der BGH 2015 lange bestehende Unsicherheiten für die in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellation beseitigt, dass der Mieter nach Abschluss eines (gerichtlichen) Räumungsvergleichs aus der Wohnung ausgezogen ist.²¹

¹⁸ vgl. nur BVerfG, Urt. v. 14.02.1989 – 1 BvR 308/88, NJW 1989, 970, nach juris Rn. 29ff.

¹⁹ vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 24, m. w. N., Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 Rn. 90; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 107.

²⁰ BGH, Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 231/07, WuM 2009, 359, nach juris Rn. 14.

²¹ BGH, Urt. v. 10.06.2015 – VIII ZR 99/14, WuM 2015, 510 = NZM 2015, 532; juris.

Das OLG Karlsruhe hatte bereits 1981 in einem Rechtsentscheid die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der Vortäuschung (des Fortbestehens) der Eigenbedarfssituation und dem später geltend gemachten Schaden aufgrund der Räumung verneint, wenn der Mieter in der Folge einer mit dem Vermieter abgeschlossenen Mietaufhebungsvereinbarung („freiwillig“) aus der Wohnung auszieht.²² In der Instanzrechtsprechung wurde die Frage ungeachtet dessen weiterhin unterschiedlich beantwortet.²³ Der Bundesgerichtshof hat den rechtlichen Ansatz des OLG Karlsruhe 2009 bestätigt, aber ausdrücklich offen gelassen, ob die Frage anders zu beurteilen ist, wenn der Streit über die Beendigung des Mietverhältnisses bei vom Mieter in Abrede gestellten Eigenbedarf im Wege des Vergleichs beigelegt wird.²⁴

Die zur Klärung der Frage vom LG Hamburg zugelassene Revision in einem entsprechenden Streitfall hat der BGH 2011 zurückgewiesen, wobei er keinen Grund zur Zulassung der Revision sah; das Landgericht habe zutreffend auf die Auslegung des von den Parteien erstinstanzlich geschlossenen Vergleichs abgestellt und die Umstände des Einzelfalls gewürdigt.²⁵

Die Anforderungen an die Annahme einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Verletzungshandlung und –erfolg hat der BGH inzwischen klar herausgearbeitet.²⁶

Ob ein Räumungsvergleich den Zurechnungszusammenhang unterbricht, ist im Wege der Auslegung des Vergleichs und unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls danach zu beurteilen, ob die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben auch den Streit darüber beilegen wollten, ob die (Eigen-)Bedarfslage des Vermieters bestand oder nur vorgetäuscht war. Nur dann, wenn mit dem Vergleich auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen eines nur vorgetäuschten Bedarfs abgegolten werden sollten, fehlt es an dem Zurechnungshang. Ausgangspunkt ist – wie auch sonst bei der Auslegung – der Wortlaut; ergeben Wortlaut und Zweck der im Vergleich abgegebenen Erklärungen einen eindeutigen Inhalt, kann es an der Auslegungsbedürftigkeit fehlen.

²² OLG Karlsruhe, RE v. 07.10.1981 – 3 REMiet 6/81, NJW 1982, 54, nach juris Rn. 29ff.

²³ vgl. Ostermann, WuM 1992, 342, [345].

²⁴ BGH, Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 231/07, WuM 2009, 359, nach juris Rn. 14.

²⁵ BGH, Beschl. v. 07.09.2011 – VIII ZR 343/10, WuM 2011, 634, nach juris Rn. 3.

²⁶ BGH, Urt. v. 10.06.2015 – VIII ZR 99/14, WuM 2015, 510 = NZM 2015, 532, juris.

Die konkrete Formulierung des Vergleichs kann Klarheit schaffen und Streit über dessen Inhalt vermeiden. Die übliche allgemeine Ausgleichsklausel wird regelmäßig nicht ausreichen, denn sie allein bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien auch einen Schadensersatzanspruch wegen nur vorgetäuschten Bedarfs abschließend regeln wollten.²⁷ Anders kann das bei einer Klarstellung aussehen, dass das Mietverhältnis unabhängig vom Bestehen des Kündigungsgrundes beendet sein soll (oder nicht).²⁸

Unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des BGH zu den (strengen) Anforderungen an die Annahme des Willens einer Partei, auf Ansprüche zu verzichten, differenziert der VIII. Zivilsenat diese für den Fall des Räumungsvergleichs näher aus. Kommt allein ein stillschweigender Verzicht in Betracht, so bedarf es regelmäßig bedeutsamer Umstände, die auf den erforderlichen unmissverständlichen Verzichtswillen schließen lassen. Sie können in der Übernahme einer „substantiellen Gegenleistung“, etwa einer namhaften Abstandszahlung oder einem Verzicht auf Schönheitsreparaturen liegen, nicht aber unbedingt in der Zubilligung einer (etwa sechsmonatigen) Räumungsfrist, insbesondere dann nicht, wenn mit der Gewährung einer solchen von Amts wegen zu rechnen war. Der BGH hat dabei berücksichtigt, dass der Vergleich die Schutzvorschriften der § 721 Abs. 3 ZPO (Verlängerung der Räumungsfrist), § 765a ZPO (Vollstreckungsschutzantrag) und § 794a ZPO (Räumungsfrist bei Vollstreckung aus einem Räumungsvergleich) sogar – für den Mieter nachteilig – ausgeschlossen hat,²⁹ wobei er (mangels Entscheidungserheblichkeit) nicht die in der Praxis durchaus interessierende Frage angesprochen hat, ob ein solcher Ausschluss überhaupt wirksam vereinbart werden kann.

Ob sich der Verzicht auf die Durchführung von Schönheitsreparaturen (allein) als substantielle Gegenleistung darstellt, ist eher zweifelhaft, mag im Einzelfall, insbesondere im Zusammenhang mit etwa im Raum stehenden Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Mieter wegen des Zustandes der Mietsache oder einer zusätzlichen höheren Abstandszahlung aber nicht auszuschließen sein.

3 Besonderheiten bei Verletzung der „Anbietspflicht“

²⁷ BGH, wie Fn. 21, Rn. 18.

²⁸ vgl. auch: Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 Rn. 81.

²⁹ BGH wie Fn. 21f., Rn. 19, 21.

Die (angekündigte)³⁰ Rechtsprechungsänderung zur Pflicht des Vermieters, dem Mieter während der Kündigungsfrist eine andere, ihm zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Miete anzubieten („Anbietpflicht“), sofern diese sich im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet und er sie erneut vermieten will,³¹ wirft Folgefragen auf, die sich nur unter Berücksichtigung des vom BGH herausgearbeiteten Haftungsgrundes beantworten lassen.

Unterlässt es der Vermieter, dem Mieter im Zusammenhang mit einer Eigenbedarfskündigung, eine frei gewordene Alternativwohnung anzubieten, so verletzt er gegenüber dem Mieter bestehende vertragliche Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB. Der VIII. Zivilsenat leitet diese eindeutige Feststellung aus der (erneut) zutreffend betonten besonderen Bedeutung der Wohnung als Mittelpunkt der persönlichen Existenz eines Menschen ab, an die - insbesondere bei Räumungsrechtsstreitigkeiten - nicht oft genug erinnert werden kann. Ob diese Pflichten nur bis zum Vertragsende fortwirken oder darüber hinausgehend bis zur Herausgabe der Wohnung an den Vermieter (sofern der Mieter seine Herausgabepflicht nicht schuldhaft verletzt hat), wird vor dem Hintergrund, dass § 241 Abs. 2 BGB auch nachvertragliche Pflichten erfasst, zu Recht diskutiert.³²

Ohne den Inhalt der „Anbietpflicht“ neu zu definieren, grenzt der BGH den darin liegenden haftungsauslösenden Verstoß des Vermieters gegen die Rechtsordnung von anderen Pflichtverletzungen durch oder im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Eigenbedarfskündigung ab. Die Besonderheit liegt darin, dass der Vermieter nicht durch den Ausspruch der Kündigung gegen die Rechtsordnung verstößt; ihre Wirksamkeit ist vielmehr Voraussetzung dafür, dass die weitergehende Frage aufgeworfen werden muss, ob der Vermieter gegen (die gesteigerte) Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat, die Folgen der wirksamen Kündigung für den Mieter abzumildern.

Die Wirksamkeit der Kündigung wird dadurch – mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung – nicht berührt; die (Rechts-)Folgen bestimmen sich nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249ff. BGB.

III Inhalt des Schadenersatzanspruchs

³⁰ BGH, Urt. v. 23.09.2015 – VIII ZR 297/14, WuM 2015, 677, nach juris Rn. 18.

³¹ BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, WuM 2017, 94 = NZM 2017, 111, juris.

³² vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 Rn. 121, m. w. N.

1 Grundlagen

Steht die Haftung dem Grunde nach fest, so richten sich Art und Umfang des Schadenersatzanspruchs nach §§ 249ff. BGB.

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Die Regelung trifft eine doppelte Aussage und beschreibt die Grundsätze des Schadenersatzrechts im BGB: es ist der – hypothetische – schadenfreie Zustand herzustellen (Prinzip der Totalreparation); es gilt der Vorrang der Naturalreparation vor der (bloßen) Kompensation (Restitutionsprinzip).

Begrenzt wird der Herstellungsanspruch nach § 249 Abs. 1 BGB in § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB durch das Recht des Ersatzpflichtigen, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die Vorschrift konkretisiert zugunsten des Geschädigten den Grundsatz der Totalreparation für den Fall der Unmöglichkeit oder Unzulänglichkeit der Herstellung. Sie verdeutlicht zugleich („soweit“), dass Herstellung und Geldentschädigung sowohl innerhalb eines Schadenpostens als auch dann nebeneinander gegeben sein können, wenn der Schaden aus verschiedenen Positionen besteht.

2 Ersatzfähiger Schaden des Mieters bei unberechtigter Kündigung

a) Naturalrestitution und fortbestehender Primäranspruch

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Mieter durch den Vermieter vorrangig so zu stellen, als wäre die Kündigung nicht ausgesprochen worden.³³ Der Mieter kann daher insbesondere die Wiedereinräumung des Besitzes an der Mietsache verlangen.³⁴ Ob der Mieter diesen Anspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durch das Verbot vorläufig sichern kann, die Wohnung Dritten zu überlassen oder zu

³³ LG Hamburg, Urt. v. 06.11.2008 – 307 S 72/08, nach juris Rn. 46; nachf. BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165 = NZM 2010, 273, nach juris.

³⁴ einhellige Ansicht: vgl. nur BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165, juris; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 90; Staudinger/Rolls, 2014, BGB § 573 Rn. 234; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 110; Staud., MünchKomm, LG Hamburg, LG Bonn nach juris 23; Hinz, WuM 2009, 207, [209]; Schach, jurisPR-MietR 5/2010, Anm. 2.

veräußern, ist nicht unumstritten, aber zu bejahen.³⁵ Der Mieter wird damit wegen eines Informationsdefizites häufig zu spät kommen. Üblicherweise wird sich erst dann der Verdacht auf einen vorgetäuschten Eigenbedarf verdichten, wenn die Wohnung im Besitz einer anderen als der im Kündigungsschreiben angegebenen Person ist.³⁶

Der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes ergibt sich bei einer unberechtigt ausgesprochenen Kündigung als Primäranspruch dann allerdings bereits aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wurde die Kündigung mangels Kündigungsgrundes unberechtigt ausgesprochen, tritt ihre Gestaltungswirkung nicht ein; das Mietverhältnis besteht fort.³⁷

Der Auszug des Mieters allein führt – wie auch sonst – nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses, § 542 BGB. Die unwirksame Kündigung des Vermieters kann auch nicht in ein Angebot zur Vertragsaufhebung umgedeutet werden, das der Mieter durch Räumung und Herausgabe der Mietsache angenommen hat.³⁸ Die hohen Anforderungen an die Annahme eines Verzichts gelten auch hier.³⁹

Die Frage (Primär-/Sekundäranspruch) wirkt sich (inzwischen) im Ergebnis nicht aus,⁴⁰ insbesondere dann nicht, wenn der Mieter an seinem Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes festhält, der Vermieter „Unmöglichkeit“ einwendet.

Wird der Anspruch als Sekundäranspruch aus § 249 Abs. 1 BGB hergeleitet, so wäre eine vom Vermieter eingewandte „Unmöglichkeit“ an § 251 Abs. 1 BGB zu messen;⁴¹ bei einem fortbestehenden vertraglichen Anspruch aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB müssten der Einwand nach § 275 Abs. 1 BGB überprüft werden.

Nach der Rechtsprechung zu § 275 BGB a.F. vor der Schuldrechtsmodernisierung konnte der Schuldner bei streitiger Unmöglichkeit ohne Beweiserhebung zur Primärleistung verurteilt werden, wenn feststand, dass er das Leistungshindernis

³⁵ bejahend: LG Hamburg, WuM 2008, 92; Staud./Rofls § 573 Rn. 234; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl., § 573 Rn. 90; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 12. Aufl., § 536 Rn. 287, m.w.N. auch zur Gegenauffassung; Ostermann, WuM 1992, 342, [346]; überzeugend: Kohler, NZM 2008, 545, [551ff.].

³⁶ Ostermann, WuM 1992, 342, [346].

³⁷ so schon BGH, Urt. v. 11.01.1984 –VIII ZR 255/82, a.a.O., Rn.21; missverständlich: BGH Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165, nach juris Rn. 23.

³⁸ wie Fn. 6, Rn. 23; Hinz, WuM 2010, 207, [209].

³⁹ vgl. unter 2.

⁴⁰ vgl. Schach

⁴¹ vgl. auch BGH, Urt. v. 16.12.2009, a.a.O., Rn. 23.

zu vertreten hatte. An dieser Rechtsprechung hat das Landgericht Hamburg 2008 ausdrücklich festgehalten. Das ist mit Blick auf den Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB n.F. und die Gesetzesbegründung nach wohl einhelliger Auffassung nicht mehr haltbar.⁴² Der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung ist mit der Aufgabe der Differenzierung zwischen zu vertretender und nicht zu vertretender Unmöglichkeit dem Vorschlag der Schuldrechtskommission mit der Begründung gefolgt, dass es sinnlos wäre, dem Gläubiger einen Anspruch zu geben, den der Schuldner nicht erfüllen kann und der sich daher nicht einmal theoretisch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen ließe.⁴³ Es spricht auch wenig dafür, die Aufklärung der Unmöglichkeit in die Zwangsvollstreckung zu verlagern, wenngleich zuzugeben ist, dass der Gläubiger den Übergang zum Schadenersatzanspruch auch nach dem ersatzlosen Wegfall des § 283 BGB a.F. problemlos über § 281 BGB n.F. erreichen kann.

Viel interessanter ist indessen die Frage, wann der Einwand der Unmöglichkeit trägt. Die Unmöglichkeit der Leistung, § 275 Abs. 1 BGB hat ebenso wie die Unmöglichkeit der Herstellung, §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB der Vermieter dazulegen und zu beweisen.⁴⁴

Unmöglichkeit kann nicht bereits angenommen werden, wenn die Wohnung inzwischen anderweitig vermietet oder verkauft ist, sondern erst dann, wenn der Vermieter beweist, dass er die Verfügungsmacht über die Wohnung nicht mehr erlangen kann, sei es durch Kündigung, eine Abstandzahlung oder einen Rückerwerb. Wann der Vermieter sich mit Erfolg auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit nach §§ 251 Abs. 2, 275 Abs. 2 BGB berufen kann, lässt sich nicht allgemein beantworten.

Die konkrete „Opfergrenze“ wird durch den Grad des den Vermieter treffenden Verschuldens beeinflusst; sie verschiebt sich insbesondere bei vorsätzlichem Handeln zu seinen Lasten, ohne dass damit die wertende Gesamtbetrachtung

⁴² überzeugend schon: Hinz, WuM 2010, 207, [209], m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 275 Rn. 5; MüKoBGB/Ernst, 7. Aufl., § 275 Rn. 57; Staudinger/Caspers, 2014, BGB § 275 Rn. 3, 125; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., § 573 Rn. 90; offen gelassen: BGH, Urt. v. 16.12.2009, a.a.O., Rn. 22.

⁴³ BT-Ds. 14/6040, S. 128.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 10.10.2012 – XII ZR 117/10, NZM 2013, 44, nach juris Rn. 53; Urt. v. 21.05.2010 – V ZR 244/09, NJW 2010, 2341, nach juris Rn. 9; Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, a.a.O., nach juris Rn. 23; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl., § 536 Rn. 25, § 573 Rn. Rn. 110; Palandt/Grüneberg, a.a.O., Rn. 34; Staudinger/Georg Caspers (2014) BGB § 275 Rn. 125.

entbehrlich würde.⁴⁵ Das ergibt sich im Anwendungsbereich des § 275 BGB bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB, wird aber auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 251 Abs. 2 überwiegend befürwortet.⁴⁶ Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Begründung des § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. (= § 275 Abs. 2 Satz 3 BGB RE) ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BGH Bezug genommen, die dem Schuldner im Anwendungsbereich des § 251 Abs. 2 BGB sonst unverhältnismäßige Aufwendungen bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen oder sonstigem schweren Verschulden zumuten will.⁴⁷ Er benennt auch ein Beispiel, das einen Anhaltspunkt dafür bietet, wo die Grenze in den hier interessierenden Fällen überschritten sein kann: hat der Schuldner aufgrund eines schuldhaften Irrtums oder gar in Kenntnis der Rechtslage den Vertragsgegenstand einem Dritten übereignet, so muss er diesem in aller Regel wesentlich mehr als den Marktpreis bieten, um in den Genuss der Befreiung von seiner Primärleistungspflicht zu gelangen. Er leitet dies ausdrücklich aus dem vom BGH unter anderem aus § 251 Abs. 2 BGB entwickelten allgemeinen Rechtsgedanken her.⁴⁸

b) Wertersatz, § 251 Abs. 1 BGB

Für die meisten Schadenspositionen tritt an die Stelle der Naturalrestitution von Anfang an der Wertersatz. Der Mieter muss die Schadenspositionen schlüssig vortragen und gegebenenfalls beweisen. Die Beweisführung zur Entstehung und Höhe des Schadens wird ihm über § 287 ZPO erleichtert. Das Gericht kann danach gehalten sein, auf der Grundlage der vom Mieter mitzuteilenden Anknüpfungstatsachen einen Mindestschaden zu schätzen.⁴⁹

(aa) Schadenspositionen im Einzelnen

Als Folgeschaden nach dem Ausspruch einer unberechtigten Kündigung ergibt sich aufgrund der Vielfalt der Lebenswirklichkeiten eine entsprechend große Vielzahl von möglichen Schadenskonstellationen. Ersatzfähige

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 22.01.2014 – VIII ZR 135/13, WuM 2014, 277 = NZM 2014, 432, nach juris Rn. 9, MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 110.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 02.10.1987 – V ZR 140/86, NJW 1988, 699, [700], beck-online; Hinz, WuM 2010, 207, [210]; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 110; aA MüKoBGB/Oetker, 7. Aufl. 2016, BGB § 251 Rn. 38.

⁴⁷ BT-Ds. 14/6040, S. 131.

⁴⁸ vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 131; vgl. auch HinZ, WuM 2010, 207, [210].

⁴⁹ BGH, Urt. v. 26.07.2005 – X ZR 134/05, NJW 2005, 3348, nach juris Rn. 16.

Schadenspositionen⁵⁰ können sein die Kosten im Zusammenhang mit dem erforderlichen Umzug im weitesten Sinne (Kosten der Wohnungssuche wie Fahrkosten, Maklerkosten oder Kosten für Inserate; Kosten für ein Umzugsunternehmen und freiwillige Umzugshelfer, Umzugsservice der Telekom, Ummeldekosten)⁵¹, nutzlos gewordene Aufwendungen für die bisherige Wohnung (nicht mehr verwendbare Einrichtungsgegenstände, Renovierungskosten, nicht abgewohnte Investitionen), Aufwendungen für die neue Wohnung, Detektivkosten,⁵² Rechtsberatungskosten,⁵³ die Prozesskosten des vorangegangenen Räumungsrechtsstreits (auch dann, wenn dieser durch einen Räumungsvergleich beendet wurde, ohne Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Bedarfs abzugelten),⁵⁴ erhöhte Fahrtkosten zwischen Arbeitsort und neuer Wohnung⁵⁵ und vor allem: die Differenz zwischen der bisherigen und der neuen Miete für eine vergleichbare Wohnung.⁵⁶

Nicht erstattungsfähig sind wohl die Kosten für den Erwerb einer Eigentumswohnung;⁵⁷ die haftungsausfüllende Kausalität, das heißt der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang zwischen dem Haftungsgrund (der Rechtsgutsverletzung) und dem Schaden unter Berücksichtigung des Schutzzweckes der haftungsbegründenden Norm⁵⁸ dürfte im Fall des Erwerbs von Wohneigentum anstelle der Miete einer anderen Wohnung nicht mehr gegeben sein.

Die Anforderungen an die Schlüssigkeit des Vortrags des Mieters zum Schaden dürfen – wie auch sonst – nicht überspannt werden. Ein Sachvortrag ist bereits

⁵⁰ vgl. auch Zusammenstellung: Ostermann, WuM 1992, 342,[346]; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 542 Rn. 116ff., 573 Rn. 85; Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 235ff.;

MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109, jew. m. z. N.

⁵¹ BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 37.

⁵² Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 85; Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 235; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109; AG Hamburg, Urt. v. 10.10.1996 – 38 C 110/96, WuM 1997m 220; differenzierend: LG Berlin, Beschl. v. 09.12.1997 – 84 T 792/97, WuM 2000, 313.

⁵³ MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109, m. w. N.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 43.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 16.

⁵⁶ einhellige Ansicht: BGH, Urt. v. 29.03.2017, a.a.O., Fn. 38; Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165 = NZM 2010, 273, nach juris Rn. 23; Urt. v. 18.05.2005 – VIII ZR 368/03, WuM 2005, 521, nach juris 3, 10; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 542 Rn. 118; Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 236f.; MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109; Schach, Mietrecht, 3. Aufl., K. Kündigung des Mietverhältnisses, Rn. 748; Haug in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 2013, § 573 Rn. 95; Gies/Hütte, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, 5. Aufl., 2016, D.VIII.3 Ziff. 19; Ostermann, WuM 1992, 342; Eisenhardt, MDR 1999, 1481; Hinz, WuM 2010, 207.

⁵⁷ LG Karlsruhe, Urt. v. 12.07.1991 – 9 S 530/90, DWW 1992, 22, nach juris Rn. 15.

⁵⁸ vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2012 – VI ZR 157/11, MDR 2012, 762, nach juris Rn. 10, 13;

dann schlüssig und erheblich, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen.⁵⁹

Danach ist die Klage eines Mieters auf Ersatz eines Mietdifferenzschadens nicht erst dann ausreichend substantiiert und schlüssig, wenn der Mieter detaillierte Angaben zur Ausstattung, Lage, Größe und dem Wohnwert der bisherigen und der neuen Wohnung und deren Vergleichbarkeit im Einzelnen darlegt und belegt sowie die Mietverträge vorlegt. Der geltend gemachte Betrag für Umzugskosten kann ohne weiteres nach § 287 ZPO geschätzt werden, etwa dann, wenn die Kosten für einen Umzug von Mobiliar einer Vier-Zimmer-Wohnung schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung den geltend gemachten Betrag (750 €) deutlich übersteigen. Andererseits sind die Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung nach § 287 ZPO nicht hinreichend mitgeteilt, wenn der Mieter bei einem Ersatzanspruch wegen „erhöhten Fahrtkosten“ die Zusammensetzung der geltend gemachten Mehrkosten (Kosten für öffentliche Verkehrsmittel und/oder Benutzung des eigenen Pkw?) und die zusätzlichen Wegstrecken nicht darlegt.⁶⁰

(bb) Insbesondere: der Mietdifferenzschaden

(1) Die Feststellung der Differenzmiete

Die „effektivste“ Sanktion gegen den Ausspruch unberechtigter Kündigungen – der auch eine gewisse Präventionswirkung zukommen kann⁶¹ - ist der Mietdifferenzschaden.

Nach einhelliger Ansicht ist die Differenz zwischen der bisherigen und der neuen Miete ersatzfähig, wenn die neue Wohnung nach Ausstattung, Zuschnitt, Lage oder Größe mit der bisherigen Wohnung vergleichbar ist; nicht erstattungsfähig ist die Differenz, wenn (und soweit sie) auf einem höheren Wohnwert beruht,⁶² es

⁵⁹ st. Rspr. vgl. BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 39, m. z. w. N.

⁶⁰ vgl. zu alledem: BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 342, nach juris Rn. 16, 38f.

⁶¹ vgl. Ostermann, WuM 1992, 342, [346].

⁶² wie Fn. 39.

kommt jedoch eine anteilige Ersatzpflicht in Betracht, etwa für eine größere Wohnung.

Eine „Anleitung“ zur Feststellung der Höhe der ersatzfähigen Differenz bietet (wiederum) die Entscheidung des BGH vom 29. März 2017 (VIII ZR 44/16).⁶³

Der BGH geht davon aus, dass sich der Mietdifferenzschaden nach unberechtigter Kündigung, sofern er zwischen den Parteien streitig ist, in der Regel nur über ein Gutachten eines mit dem örtlichen Mietmarkt vertrauten Sachverständigen ermitteln lassen wird, der die erforderlichen wertenden Feststellungen zum Wohnwert üblicherweise nach Besichtigung zumindest der neuen Wohnung trifft. Eine Besichtigung der nicht - von der im „Lager“ des Vermieters stehenden – Bedarfsperson, sondern einem Dritten inne gehaltenen Wohnung mag möglich sein, aber bei Weigerung schwer durchsetzbar.

Die Beweisaufnahme darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Mieter bereits vorab die Vergleichbarkeit der Wohnwerte konkret darlegt.⁶⁴

(2) Zeitliche Begrenzung? - Stand der Diskussion und Lösungsansätze⁶⁵

Ist die Differenzmiete ermittelt, stellen sich weitere – bisher höchstrichterlich nicht geklärte – Rechtsfragen, naheliegend insbesondere die nach der Dauer der Ersatzpflicht des Vermieters bezüglich der Mietdifferenz.

Es lässt sich wiederum ein Grundkonsens feststellen: die Ersatzpflicht besteht, bis der Vermieter das Mietverhältnis anderweitig rechtmäßig beenden könnte und/oder durch zulässige Mieterhöhungen für die bisherige Wohnung die für die neue Wohnung gezahlte Miete erreicht würde.

Es liegt auf der Hand, dass uns das in der Wohnraummiete selten weiterhelfen wird. Künftig vertragswidriges, eine Kündigung stützendes Verhalten des Mieters wird der Vermieter nicht mit Erfolg unterstellen können; die Kündigung des vertragstreuen Mieters ist nur nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 2, 3 BGB (Eigenbedarf, Verwertung, gleichgewichtiger Kündigungsgrund⁶⁶) möglich. Denkbar ist allenfalls, dass der Vermieter Anhaltspunkte dafür sieht, dass der Mieter aus familiären

⁶³ WuM 2017, 342, nach juris Rn. 38ff.; Vorentscheidung: BGH, Urt. v. 10.06.2015 – VIII ZR 99/14, WuM 2015, 510 = NZM 2015, 532, juris (Zurechnungszusammenhang bei Räumungsvergleich).

⁶⁴ BGH, Urt. v. 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, a.a.O., nach juris Rn. 38ff., 42f.

⁶⁵ vgl. dazu u.a.: Ostermann, WuM 1992, 346; Eisenhardt, MDR 1999, 1481; Hinz, WuM, 2010, 207.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 10.05.2017 – VIII ZR 292/17, WuM 2017, 410, juris.

Gründen (Familiengründung, Kinder) hätte kündigen müssen, weil die Wohnung zu klein geworden wäre oder er eben deshalb aus der neuen Wohnung ausziehen muss (haftungsausfüllende Kausalität). Auch ein Umzug des Mieters in eine andere Stadt aus beruflichen Gründen kann zugunsten des Vermieters für eine künftige Beendigung des Mietverhältnisses und eine entsprechende zeitliche Begrenzung seiner Ersatzpflicht in Betracht kommen. Die Darlegungs- und Beweislast liegt primär beim ihm, kann aber sekundär den Mieter treffen.⁶⁷

Künftige Mieterhöhungen im unberechtigt gekündigten Vertragsverhältnis sind nur in den Grenzen des Verfahrens nach §§ 558ff. BGB möglich. Zu berücksichtigen ist, dass sich gegebenenfalls auch die Miete für die neue Wohnung entsprechend erhöht. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Mieterhöhung unterschiedlichen Regeln unterliegt (preisfreier/preisgebundener Wohnraum).⁶⁸ Hier kann im Zweifel nach § 287 ZPO ein Mindestschaden zu schätzen sein.

Ansonsten lässt sich aus dem geltenden Recht **keine** zeitliche Begrenzung der Ersatzpflicht hinsichtlich des Mietdifferenzschadens ableiten.⁶⁹

Das löst durchaus ein gewisses Unbehagen aus. Es wurden daher – vor allem in der Rechtsprechung – Lösungsansätze vorgeschlagen, um die Ersatzpflicht (zeitlich) zu „deckeln.“

Das **LG Darmstadt**⁷⁰ hat 1995 eine „objektivierbare Zeitgrenze“ zur Berechnung des Mietdifferenzschadens dem **Verjährungsrecht** entnommen. Es hielt in analoger Anwendung des § 197 Abs. 1 BGB a.F. eine Begrenzung der Ersatzpflicht auf vier Jahre für vertretbar (§ 195 BGB n.F.: 3 Jahre). Die Verjährungsregeln dienen dem Rechtsfrieden und der Sicherheit des Rechtsverkehrs vor dem Hintergrund, dass die Rechtslage sich allein durch Zeitablauf unabhängig vom Willen der Parteien ändern könne.

Der Ansatz ist problematisch, weil der mit dem dauernden Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners verbundene Rechtsverlust des Gläubigers seine Rechtfertigung (unter anderem) darin findet, dass der Gläubiger diesen durch die rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs hätte verhindern

⁶⁷ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 542 Rn. 118; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109.

⁶⁸ AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 07.07.2016 – 23 C 196/15, bisher n. v.

⁶⁹ so: Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 542 Rn. 118; Staudinger/*Rolfs*, 2014, BGB § 573 Rn. 236f.; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 109.

⁷⁰ LG Darmstadt, Beschl. v. 08.10.1993 – 6 T 20/93, WuM 1995, 165, nach juris Rn. 22.

können. Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vorliegen dürften. Selbst wenn eine planwidrige Regelungslücke unterstellt würde, müsste der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, so weit vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der (analog) herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Ergebnis gekommen.⁷¹ Das kann bei einem Schadenersatzanspruch generell nicht ohne weiteres bejaht werden; die Haftung des Vermieters ist auch nicht „ungewöhnlich“ genug.

Das **LG Wuppertal**⁷² ist 1997 hypothetisch von einer Fortdauer des Mietverhältnisses für 5 Jahre ausgegangen, weil im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung kein Grund ersichtlich gewesen sei, dass die Mieterin vor Ablauf von fünf Jahren aus der Mietsache ausgezogen wäre. Die Mieterin hatte in dem Fall den Ersatz der Mietdifferenz für fünf Jahre verlangt; die Begründung des LG Wuppertal lässt es daher möglich erscheinen, dass es den Ersatzanspruch auch für einen darüber hinausgehenden Zeitraum zugesprochen hätte, wenn der Vortrag zur hypothetischen Vertragsdauer dies gerechtfertigt hätte.

Die Wahrscheinlichkeit der Vertragsbeendigung – wie vereinzelt vorgeschlagen - nach § 287 ZPO zu „schätzen“,⁷³ löst das Problem aus den oben dargestellten Gründen nicht, sondern verlagert es nur. Es bleibt dabei, dass sich ohne konkrete Anhaltspunkte regelmäßig nicht wird vorhersagen lassen, wann das Mietverhältnis anderweitig hätte beendet werden können (durchschnittliche Lebenserwartung?, Wohndauer?).

Das **LG Hamburg**⁷⁴ hat 2008 in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Bemessung des Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwertes den Ersatzzeitraum in Anlehnung an § 9 ZPO (mangels näherer Anhaltspunkte) auf 42 Monate begrenzt. Der BGH hat dies nachfolgend zwar nicht beanstandet;⁷⁵ eine Stellungnahme war allerdings auch nicht veranlasst, weil – nach Zurückverweisung des Rechtsstreits - zunächst die vom Mieter verfolgte Frage der (Un-)Möglichkeit der Wiedereinräumung des Besitzes an der Wohnung zu klären

⁷¹ vgl. BGH Beschl. v. 14. Juni 2007 - V ZB 102/06, in: NJW 2007, 3124, m. w. N.

⁷² Urt. v. 28.10.1997 – 16 S 80/97 – WuM 1997, 681, nach juris Rn. 21.

⁷³ Ostermann, WuM 1992, 342, [346]; aA: Eisenhardt, MDR 1999, 1481, [1482].

⁷⁴ Urt. v. 06.11.2008 – 307 S 72/08, juris.

⁷⁵ vgl. BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165, nach juris 18.

war. Ein zwingender Grund für die Anwendung der Wertvorschriften der ZPO ergibt sich nicht.⁷⁶

Als letzter „Rettungsanker“ lohnt natürlich auch immer ein Blick auf § 242 BGB und die in seinem Anwendungsbereich entwickelten Fallgruppen. Es ergibt sich hier jedoch ein grundlegendes Problem: es ist seit langem geklärt, dass vorgeschobene Kündigungen keinen Schutz verdienen.⁷⁷ Vor dem Hintergrund des weitreichenden Schutzes, den das Besitzrecht des Mieters an der Wohnung genießt,⁷⁸ löst eine generelle zeitliche Begrenzung des Ersatzes des Mietdifferenzschadens unter Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben ein deutliches Störgefühl aus.

c) Schmerzensgeld?

Voraussetzung für die Gewährung von Schmerzensgeld ist nach § 253 Abs. 2 BGB eine Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung. Die Rechtsprechung spricht eine Geldentschädigung aber auch bei nach § 823 BGB erheblichen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts zu. Daran hat sich nichts geändert, auch wenn der Gesetzgeber im Rahmen des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes (bewusst) davon abgesehen hat, Persönlichkeitsrechtsverletzungen in die Aufzählung der Schmerzensgeldansprüche auslösenden Rechtsgutsverletzungen aufzunehmen.⁷⁹

Die Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts knüpft der Bundesgerichtshof in gefestigter Rechtsprechung rechtlich an den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG an, nicht an das Schmerzensgeld nach § 253 BGB (bzw. § 847 BGB a. F.).⁸⁰ Daran sollte sich nach der Neustrukturierung des Anspruchs nichts ändern.⁸¹

Der Zubilligung einer Geldentschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt der Gedanke zugrunde, dass Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen nicht sanktionslos bleiben sollen. Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht daher bei diesem Anspruch der Gesichtspunkt der

⁷⁶ vgl. Hinz, WuM 2010, 207, [211].

⁷⁷ vgl. BVerfG in Fn. 4, 10

⁷⁸ vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, a.a.O., nach juris Rn. 55ff. m. z. N.;

⁷⁹ BT.-Ds. 14/7752, S. 24f.

⁸⁰ vgl. BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861, nach juris Rn. 84, m. w. N.

⁸¹ vgl. BT.-Ds. 14/7752, S. 24f.

Genugtuung des Opfers im Vordergrund; er soll außerdem der Prävention dienen. Der Anspruch wird jedoch nur gewährt, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Er ist insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie von dem Grad seines Verschuldens abhängig.⁸²

Vor diesem Hintergrund hat das AG Reinbek einer Mieterin eine Geldentschädigung in Höhe von 2.500 EUR wegen einer schweren Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die räumliche Privatsphäre der Wohnung zugesprochen, nachdem der Vermieter die Wohnung nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs in Abwesenheit der Mieterin ohne Räumungstitel durch einen Schlüsseldienst öffnen und von einem Mitarbeiter räumen ließ.⁸³ Ebenso hat das Amtsgericht Wedding in einem Fall entschieden, in dem der Vermieter die Wohnung einer 71-jährigen Mieterin während eines Krankenhausaufenthaltes räumen und den gesamten Hausrat vernichten ließ.⁸⁴ Beiden Fällen liegen besonders schwerwiegende Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Besitzrecht des Mieters an seiner Wohnung zugrunde. Die Entscheidungen lassen sich mit den eingangs dargestellten Maßstäben des BGH ohne weiteres in Einklang bringen, auch mit Blick auf den Zweck der Geldentschädigung. Auf eben solche krassen Ausnahmefälle sollte sich die Gewährung der Entschädigung – wie bisher geschehen – jedoch auch beschränken.⁸⁵ Die Entschädigung knüpft zudem nicht an den Tatbestand einer unberechtigt ausgesprochenen Kündigung an, sondern an die Durchführung der Räumung und den damit verbundenen Eingriff in das Besitzrecht des Mieters.

Ein Anspruch (auch) auf Entschädigung immaterieller Schäden, der ebenfalls auf den Schutzauftrag aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG Bezug nimmt, kann sich unter den Voraussetzungen des § 19 AGG gegebenenfalls aus § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG ergeben.⁸⁶

⁸² vgl. BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, a.a.O., nach juris Rn. 74, 84, jew. m. w. N

⁸³ AG Reinbek, Urt. v. 20.05.2008, in ZMR 2008, 719, juris.

⁸⁴ AG Wedding, Urt. v. 26.11.1992 – 8a C 484/92, MM 1994, 248, juris.

⁸⁵ So überzeugend: Hinz, in WuM 2009, 331, 334.

⁸⁶ Staudinger/Rolls, 2014, BGB § 573 Rn. 234; AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357(/14, a.a.O., nach juris rn. 76.

3 Beschränkung der Ersatzpflicht – Mitverschulden, § 254 BGB

Ein mitwirkendes Verschulden des Mieters an der Schadensentstehung nach § 254 Abs. 1 BGB wird eher selten zu einer Kürzung oder gar zu einem Ausschluss seines Schadensersatzanspruchs gegen den Vermieter führen; der Einwand ist jedoch von Amts wegen zu berücksichtigen.⁸⁷

Ein Mitverschulden des Geschädigten im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB ist dann anzunehmen, wenn dieser diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anwendet („Verschulden gegen sich selbst“).⁸⁸

Es kann danach vorliegen, wenn der Mieter auf eine nahe liegende Rechtsverteidigung verzichtet. Er muss zumindest prüfen, ob die Gründe für die Kündigung plausibel und – auch für den Laien erkennbar - eine solche zu tragen überhaupt geeignet sind. Je gewichtiger die Gründe sind, die für die Wirksamkeit einer umstrittenen Kündigung sprechen, desto weniger kann es dem gekündigten Mieter zugemutet werden, sich auf eine Auseinandersetzung mit dem Vermieter einzulassen oder es auf einen Prozess ankommen zu lassen. Von Bedeutung kann dabei auch sein, ob und in welcher Höhe er sich Ersatzansprüchen des Vermieters aussetzt, wenn er der Kündigung entgegentritt. Nur wenn das Fehlen eines Kündigungsgrundes evident ist, kann eine Ersatzpflicht des Vermieters ganz oder teilweise entfallen.⁸⁹ Oberhalb der Schwelle der Evidenz kann dem Mieter das Erkennen der formellen Unwirksamkeit einer Kündigung nicht entgegengehalten werden. Auch steigen nicht etwa die Anforderungen an die Akzeptanz einer (gerichtlichen) Auseinandersetzung mit dem Vermieter. Dagegen wird vollkommen zu Recht eingewandt, dass die (nur) formelle Unwirksamkeit der Kündigung allenfalls zu einem Aufschub führt, denn die Kündigung kann erneut – formell wirksam – ausgesprochen werden.⁹⁰ Das gilt insbesondere dann, wenn der Mieter

⁸⁷ BGH, Urt. v. 26.06.1990 – X ZR 19/89, NJW 1991, 166, nach juris Rn. 16.

⁸⁸ st. Rspr. vgl. BGH, Urt. v. 17.06.2014 – VI ZR 281/13, NJW 2014, 2493, nach juris Rn. 9, m. w. N.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, NJW 1984, 1028, nach juris Rn. 32; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 86; Staudinger/*Rolfs*, 2014, BGB § 573 Rn. 238; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl., 2016, BGB § 573 Rn. 111.

⁹⁰ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 86; Staudinger/*Rolfs*, 2014, BGB § 573 Rn. 238.

(zunächst) keine Veranlassung hat, an der materiellen Berechtigung der Kündigung zu zweifeln.

Die rasche Suche nach Ersatzwohnraum⁹¹ kann ihm ebenso wenig angelastet werden wie ein gewisses Vertrauen in die Richtigkeit der Angaben des Vermieters;⁹² konkreten Verdachtsmomenten muss der Mieter allerdings nachgehen.⁹³ Hat der Vermieter den Eigenbedarf arglistig vorgespiegelt, wird ein etwaiges Mitverschulden des Mieters in der Regel unberücksichtigt bleiben.⁹⁴

Der Ersatzanspruch des Mieters kann ferner ganz oder teilweise entfallen, wenn er die neue Wohnung zu einem überhöhten (Markt-)Preis mietet, obwohl dies auch günstiger möglich war.⁹⁵ Hier können sich Überschneidungen zur Frage der Vergleichbarkeit des Wohnraums ergeben. Der Mieter setzt sich auch dem Risiko der Anspruchskürzung aus, wenn es ihm zumutbar ist, auf einem angespannten Wohnungsmarkt nach den Vorschriften der §§ 556d ff. BGB i.V.m. einer landesrechtlichen Verordnung gegen den neuen Vermieter vorzugehen.

4 Besonderheiten der Ersatzpflicht bei Verletzung der „Anbietpflicht“

Wir haben uns bereits darauf verständigt, dass – haftungsbegründend – ein Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und – erfolg bestehen muss, haftungsausfüllend Kausalität zwischen Rechtsgutsverletzung (Verletzungserfolg) und Schaden.

a) Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB

Der BGH hat im Rahmen der rechtlichen Begründung seiner Entscheidung zur „Anbietpflicht“ zu Recht darauf abgestellt, dass sich die Pflichtverletzung nicht auf das gekündigte (und wirksam beendete) Vertragsverhältnis bezieht, sondern auf das Angebot einer anderen Wohnung. Wird die Pflichtverletzung hinweggedacht, so ergäbe sich kein Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an der bisherigen Wohnung, aber auch nicht auf Einräumen des Besitzes an der Alternativwohnung. In Frage kann allenfalls stehen, ob als Naturalrestitution das

⁹¹ Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 238.

⁹² Hinz, WuM 2009, 331, [333].

⁹³ Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 86.

⁹⁴ Staudinger/Rolfs, 2014, BGB § 573 Rn. 238.

⁹⁵ Sorgfältig differenzierend: Ostermann, WuM 1992, 342, [346f.]; Kinne, Grundeigentum 1995, 523.

Angebot des Vertragsschlusses über die pflichtwidrig nicht angebotene Wohnung in Betracht kommt.⁹⁶

b) Geldersatz, § 251 Abs. 1 BGB

Der BGH verneint die Möglichkeit der Naturalrestitution bei Verletzung der Anbietspflicht; der Schadenersatzanspruch ist nur auf Geldersatz gerichtet.⁹⁷

Dabei ist wiederum zu bedenken, dass – da Pflichtverletzung und –erfolg nicht die bisherige Wohnung betreffen – der Mieter bei pflichtgemäßem Verhalten des Vermieters in jedem Fall hätte umziehen müssen.

Damit stellen sich die meisten der oben genannten Schadenspositionen als ihm sowieso entstandene Kosten dar (Umzugskosten, Aufwendungen für die alte/neue Wohnung, Ummeldekosten). Die gewichtige Position des Mietdifferenzschadens bezieht sich auf die Differenz der Miete zwischen der neuen und der pflichtwidrig nicht angebotenen Wohnung. Letztere muss der Vermieter zu „angemessenen Bedingungen“ anbieten, wobei er berechtigt ist, die ortsübliche oder hausübliche Miete zu verlangen.⁹⁸

IV Prozessuales

Der Ersatz des Mietdifferenzschadens wirft auch prozessual interessante Fragen auf, die im Rahmen des Vortrags nur (noch) kurz skizziert werden können.

Abzuwägen sind die Vor- und Nachteile bzw. Unwägbarkeiten der Klage auf künftige Leistung, §§ 258, 259 ZPO und der Feststellungsklage, § 256 ZPO.

Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 258, 259 ZPO bietet den Vorteil, dass mit dem Urteil ein Titel vorliegt, aus dem – unter den im Urteil tenorierten Bedingungen – direkt vollstreckt werden kann. Voraussetzung ist ein bereits bestehender Anspruch, aus dem sich künftig wiederkehrende Leistungen ergeben. Die Leistungen müssen der Höhe nach mit ausreichender Sicherheit feststehen. Im Tenor ist folgerichtig anzugeben, ab wann, bis wann, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe die einzelnen Beträge zu zahlen sind.⁹⁹ Die nach § 259 ZPO

⁹⁶ noch weitergehend: Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 120.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, a.a.O., nach juris Rn. 64.

⁹⁸ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, BGB § 573 Rn. 119.

⁹⁹ Greger in: Zöllner, ZPO, 31. Aufl., § 258 Rn. 1b, 4; sehr lesenswert der Tenor des Urt. des LG Hamburg, Fn. 71.

erforderliche Besorgnis der Leistungsverweigerung dürfte regelmäßig gegeben sein; der Vermieter wird den Anspruch regelmäßig ernstlich bestreiten.¹⁰⁰

Einer unbefristeten Verurteilung steht entgegen, dass sich der Anspruch der Höhe nach verändert, wobei nicht absehbar ist, wie sich die Mietdifferenz im Einzelnen „entwickelt.“¹⁰¹ Sowohl der beklagte Vermieter als auch der neue Vermieter haben potenziell, voraussichtlich in unterschiedlichem Maße die Möglichkeit, die Miete zu erhöhen.

Sowohl ergänzend als auch generell alternativ bietet es sich an, die Ersatzpflicht bezüglich des der Höhe nach nicht dauerhaft feststehenden Mietdifferenzschadens im Wege der Klage nach § 256 ZPO dem Grunde nach für die Zukunft feststellen zu lassen. Das Feststellungsinteresse dürfte ebenso wie die Besorgnis der Leistungsverweigerung im Rahmen des § 259 ZPO regelmäßig vorliegen. Bekannt sind entsprechende „Feststeller“ aus dem Verkehrsrecht. Der Nachteil der Feststellungsklage: das Urteil hat – abgesehen vom Kostenpunkt – keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.

In beiden Fällen bleibt dem Vermieter die Möglichkeit, über eine Abänderungsklage nach § 323 ZPO geltend zu machen, dass sich der rechtsbegründende Tatbestand, der dem abzuändernden Urteil zugrunde liegt, anders entwickelt hat, als im Urteil angenommen worden ist.¹⁰²

Ich danke für die Aufmerksamkeit und freue mich auf die „Beratung.“

¹⁰⁰ vgl. dazu: BGH, Urt. v. 17.04.1952 – III ZR 109/50, nach juris Rn. 4.

¹⁰¹ vgl. dazu: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf/Bacher, 25. Ed., Stand 15.06.2017, § 258 Rn. 6.

¹⁰² Greger in: Zöllner, ZPO, 31. Aufl., § 323 Rn. 16.