

**Die Verantwortung der Vertragsparteien für das Verhalten  
Dritter**

**Gliederung**

- I. Einleitung: Vertretenmüssen und Verschulden**
- II. Haftung des Vermieters**
  - II.1 Obliegenheiten**
  - II.2 Schadensersatz**
  - II.3 Kündigung**
- III. Haftung des Mieters**
  - III.1 Obliegenheiten**
  - III.2 Schadensersatz**
  - III.3 Untermieter**
  - III.4 Verzug und Unmöglichkeit**
  - III.5 Kündigung wegen schuldhafter Vertragsverletzung**
- IV. Ursachen der Fehlentwicklung**
- V. Die Mietrechtsreform**

## I. Einleitung: Vertretenmüssen und Verschulden

1. Der Schuldner hat für das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen; ihr Verschulden hat er im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden (§ 278 BGB). Das Vertretenmüssen, also die Verantwortlichkeit oder Haftung für eigenes oder fremdes Verschulden ist der Oberbegriff; das eigene Verschulden ist nur ein Beispielsfall für das Vertretenmüssen (§ 276 BGB). Ein Unvermögen bei der Gattungsschuld hat der Schuldner immer zu vertreten, auch wenn ihm keine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann (§ 279 BGB). Ob diese Vorschrift auch auf Geldschulden anzuwenden ist (bejahend BGH 83, 300) oder nicht (z.B. Palandt-Heinrichs 60. Aufl. Rdnr. 4 zu § 279 BGB) ist eine eher theoretische Frage, da auch die Vertreter der Gegenmeinung von einem unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung immanenten allgemeinen Rechtsgrundsatz ausgehen, wonach der Schuldner immer für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen habe (Medicus AcP 188, 501).
2. Für den Verzug ist kein Verschulden erforderlich (§ 285 BGB), das Vertretenmüssen reicht, so dass sich der Schuldner insbesondere nicht auf unverschuldete Armut berufen kann.
3. Schadensersatz für Unmöglichkeit (§ 280 BGB) oder für eine positive Vertragsverletzung setzt Vertretenmüssen (und nicht Verschulden) des Schuldners voraus; dieser muss sich nach § 282 BGB entlasten (vgl. OLG Hamburg WuM 1991, 685).
4. Das steht in jedem Lehrbuch und wird von jedem Jurastudenten im zweiten Semester gelernt. Um so erstaunlicher ist es, wenn die Begriffe auch in der Fachwelt durcheinander gebracht werden. So lautete im "Schönfelder" die (nicht amtliche) Überschrift zu § 285 BGB bis vor einiger Zeit (unzutreffend): "Kein Verzug ohne Verschulden" (so auch Soergel-Wiedemann Stand Juli 1990; MÜKo-Thode 3. Aufl. 1994; richtig dagegen Palandt-Heinrichs 60. Aufl.: "Kein Verzug ohne Vertretenmüssen").
5. In der 7. Auflage des Schmidt-Futterer lesen wir von Blank, dass jede Vertragspartei für ein Verschulden eines Erfüllungsgehilfen bei der Prüfung, ob ein Kündigungsgrund nach § 554a BGB vorliegt, einzutreten habe (Mietrecht Rdnr. 15 zu § 554 a BGB), während kurz darauf (Rdnr. 23) die Rechtsprechung des Kammergerichts zitiert wird, nach der § 278 BGB nicht anzuwenden ist. Wenger meint in ihrer Anmerkung zum Rechtsentscheid des

Kammergerichts dazu, auch der Gesetzgeber des § 564b BGB habe sich über die Differenzierung "offensichtlich keine Gedanken gemacht" (MDR 2000, 1240), was auch aus einem Aufsatz des damaligen Justizministers Vogel hervorgehe (JZ 1975, 73), bei dem die Begriffe "bunt durcheinander" gemischt seien (Wenger a.a.O.). Im Folgenden soll eine Entmischung vorgenommen werden, wobei sich zeigen wird, dass die von Lammel im anderen Zusammenhang erhobene Forderung "Zurück zum BGB" (ZMR 2000, 133) auch hier aktuell ist.

## II, Haftung des Vermieters

6. Der Vermieter hat ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten (§ 278 BGB). Erfüllungsgehilfen des Vermieters sind seine Arbeitnehmer, der Hausverwalter, ein Reinigungsunternehmen, Bauarbeiter (Zunft AcP 153, 382), auch ein beauftragter Generalunternehmer (OLG München WuM 1991, 681), nicht aber andere Mieter des Hauses (OLG Frankfurt/Main WuM 1991, 88; str. vgl. Erman-Battes 10. Aufl. 2000 Rdnr. 37 zu § 278 BGB; a.A. z.B. Zunft a.a.O. S. 385). Verstößt ein anderer Mieter gegen den ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Konkurrenzschutz, ist er nicht etwa Erfüllungsgehilfe des Vermieters (so aber Zunft a.a.O.), sondern dieser haftet aus eigenem Verschulden.

7. Der Schuldner haftet auch für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen, was sich schon aus dem Wortlaut des § 278 BGB ergibt, wonach, anders als bei § 276 BGB, die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen ausgeschlossen werden kann (§ 278 S. 2 BGB; vgl. Zunft a.a.O. S. 379).

8. Die Einschränkung in der bisherigen Rechtsprechung, wonach ein sachlicher Zusammenhang mit dem Pflichtenkreis des Schuldners bestehen muss, eine Haftung für Handlungen des Gehilfen nur "bei Gelegenheit" also ausscheidet (BGH 114, 270), ist daher auf wenige Ausnahmefälle beschränkt, wenn man dieser Rechtsprechung überhaupt folgen will (kritisch z.B. Palandt-Heinrichs, 60. Aufl. Rdnr. 19 zu § 278 BGB). Zutreffender erscheint in der Tat die Auffassung, dass für den Erfüllungsgehilfen immer dann gehaftet wird, wenn diesem die Schädigung durch die Übertragene Tätigkeit erheblich erleichtert worden ist (Palandt-Heinrichs a.a.O.). Wenn z.B. der vom Vermieter beauftragte Handwerker die wertvolle Kaminuhr des Mieters fahrlässig oder vorsätzlich beschädigt, haftet der Vermieter nach § 278 BGB, lässt er sie in seinem Werkzeugkoffer verschwinden,

soll § 278 BGB unanwendbar sein (OLG Hamburg MDR 1977, 752). Das erscheint wenig überzeugend.

## II.1 Obliegenheiten

9. Abzugrenzen ist die Haftung des Vermieters als Schuldner von der Verantwortung für das Verhalten Dritter bei der Gläubigerstellung des Vermieters. Die Wahrnehmung eigener Rechte kann erschwert oder ausgeschlossen sein, wenn Handlungen im eigenen Interesse (im Versicherungsrecht Obliegenheiten) unterlassen werden. Ein typischer Fall sind die Fristversäumnisse, etwa die Klagefrist nach § 2 MHG. Wird die rechtzeitig eingereichte Klage nicht "demnächst" im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO zugestellt, weil der Prozessbevollmächtigte des Vermieters den Kostenvorschuss verspätet eingezahlt hatte, muss sich das der Vermieter zurechnen lassen (Schmidt-Futterer-Börstinghaus, 7. Aufl. RdNr. 541 zu § 2 MHG; a.A. Zöllner-Vollkommer, 22. Aufl. RdNr. 11 zu § 85 ZPO).

10. Hat der Prozessbevollmächtigte des Vermieters gegen ein klagabweisendes Versäumnisurteil fahrlässig die Einspruchsfrist versäumt, kommt eine Wiedereinsetzung nach § 233 ZPO nicht in Betracht (§ 85 Abs. 2 ZPO). Entsprechendes gilt für ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters (§ 51 Abs. 2 ZPO).

11. In den Fällen des Verschuldens gegen sich selbst (Mitverschulden nach § 254 BGB) findet die Vorschrift des § 278 BGB entsprechende Anwendung. Wenn etwa die vom Vermieter beauftragte Hausverwaltung nach Beendigung des Mietverhältnisses den Mieter zwar unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auffordert, dann aber nichts mehr unternimmt und die Wohnung unrenoviert lässt, kann Schadensersatz wegen Mietausfalls für einen Zeitraum von mehr als zwei bis drei Monaten (fiktives Ende der erforderlichen Arbeiten) nicht verlangt werden.

## II.2 Schadensersatz

12. Ein eigenes Verschulden des Vermieters ist nicht erforderlich; sowohl für § 538 BGB als auch für positive Vertragsverletzung reicht das Vertretenmüssen, also ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen. Der Vermieter haftet also insbesondere für Schäden, die von ihm beauftragte Handwerker am Eigentum des Mieters anrichten (OLG München WuM 1991, 681; vgl. auch BGH NZM 1999, 562 - Haftung des Wohnungseigentümers für

Schäden am Sondereigentum des anderen - ). Oft kommt hier ein Mitverschulden des geschädigten Mieters in Betracht. Beispiel: Der vom Vermieter beauftragte Hauswart lässt im Kellergang vertragswidrig abgestellte Gegenstände als Sperrmüll abtransportieren; dabei wird auch das Fahrrad des Mieters "entsorgt".

### II. 3 Kündigung

13. Für die Kündigung des Mieters wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist nach § 554a BGB ein schuldhaftes Verhalten des Vermieters erforderlich; § 278 BGB ist nicht anzuwenden (a.A. wohl noch immer Palandt-Weidenkaff, 60. Aufl. Rdnr. 3 zu § 554a BGB). Näheres dazu bei der Besprechung der beiden Rechtsentscheide des Kammergerichts zur Kündigungsmöglichkeit des Vermieters (Rdnr. 34 ff).

14. Die Kündigung des Mieters nach § 542 BGB wegen Nichtgewährung des Gebrauchs, wozu auch unterlassene Mängelbeseitigung gehört, ist erst möglich, wenn der Vermieter trotz Fristsetzung keine Abhilfe geschaffen hat. Ein Verschulden des Vermieters ist dabei nicht erforderlich (Schmidt-Futterer-Eisenschmid 7. Aufl. Rdnr. 22 zu § 542 BGB). Nötig ist allerdings Zugang des Abhilfeverlangens des Mieters, also grundsätzlich Kenntnis des Vermieters. Geht das Abhilfeverlangen Dritten zu, hat der Vermieter dafür nur dann einzustehen, wenn es sich um Wissensvertreter im Sinne der Rechtsprechung des BGH handelt (BGH 83, 296; BGH 117, 106). Das wird in der Regel für die Hausverwaltung, nicht aber für den Hauswart zutreffen. Wenn dieser nach ständiger Übung Mängelanzeigen der Mieter entgegennimmt und weiterleitet, reicht ein Abhilfeverlangen ihm gegenüber zwar für § 545 BGB, also insbesondere zur Erhaltung des Minderungsrechts, nicht jedoch für § 542 BGB (vgl. auch Franke ZMR 1999, 85, der bei mehreren Vermietern Zugang des Abhilfeverlangens an alle für nötig hält).

### III. Haftung des Mieters

15. Erfüllungsgehilfen des Mieters, insbesondere in Bezug auf Obhutspflichten, sind "alle Personen, die mit Wissen des Mieters die Mietsache selbst oder Räume und Einrichtungen, deren Nutzung vom Mietvertrag eingeschlossen ist, benutzen oder auf seine Veranlassung mit der Mietsache in Berührung kommen wie Familienangehörige, Hausangestellte, Untermieter, herbeigerufene Handwerker, Gäste, Betriebsmitarbeiter,

Kunden und Lieferanten" (Schmidt-Futterer-Langenberg, 7. Aufl. Rdnr. 11 zu § 548 BGB). Der Mieter haftet also nicht für Bettler und Hausierer, Gerichtsvollzieher, Postboten (Zunft AcP 153, 381) oder für Mitmieter im Hause. Ob bei einer Mehrheit von Mietern einer Erfüllungsgehilfe des anderen sein kann, ist umstritten (vgl. Behrens, Beteiligung mehrerer Mieter am Mietverhältnis, 1989, S. 164) und wohl eher zu verneinen (AG Schöneberg ZMR 2000, 839; vgl. Rdnr. 24f.).

16. Auf die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Mieter und eine Weisungsgebundenheit des Erfüllungsgehilfen kommt es nicht an (BGH NJW 1996, 451), so dass auch für erwachsene Familienangehörige einschränkungslos gehaftet wird (LG Köln NJW-RR 1986, 1087). Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, der Mieter hafte zwar für volljährige Kinder, nicht jedoch für minderjährige (Zunft AcP 153, 379; Schmidt-Futterer-Blank, 7. Aufl. Rdnr. 15 zu § 554 a BGB). Das erscheint unzutreffend. Nötig ist nach § 278 BGB, dass der Gehilfe schuldhaft gehandelt hat, wobei für das Verschulden auf §§ 276, 827, 828 BGB abzustellen ist (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1165). Auch in dem Rechtsentscheid des Kammergerichts (NJW-RR 2000, 1397) heißt es, die Auffassung des vorlegenden Landgerichts, wonach der minderjährige Sohn der Mieterin ihr Erfüllungsgehilfe sei, stelle eine "mindestens vertretbare Rechtsanwendung" dar. Auch der 17-jährige Sohn des Mieters ist sein Erfüllungsgehilfe wie auch dessen (minderjährige) Partygäste (sofern nicht die Einladung vom Vater ausdrücklich verboten worden war).

17. Für schuldunfähige Kinder, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, haftet der Mieter nicht nach § 278 BGB. Hier kommt nur eine eigene Haftung aus Verletzung der Aufsichtspflicht in Betracht (§ 832 BGB). Die Mutter, die ihr vierjähriges zündelndes Kind unbeaufsichtigt in der Wohnung lässt, verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und handelt damit selbst fahrlässig (§ 276 BGB).

18. Auch der Mieter haftet nach der h.M. nicht für Handlungen des Gehilfen, die dieser nur "bei Gelegenheit" begangen hat, also etwa für eine Körperverletzung durch den beauftragten Möbelpacker (Sternel II 490). In den Fällen der Verletzung der Obhutspflicht nimmt die Rechtsprechung im Zweifel kein Handeln "bei Gelegenheit" an, so etwa wenn der Lebensgefährte der Mieterin den gemieteten (oder geleasteten) Pkw unterschlägt (OLG Hamm NJW-RR 1987, 1142).

19. Nicht nur bei den Obhutspflichten, sondern bei allen vertrag=

lich geschuldeten Leistungen haftet der Mieter für Erfüllungsgehilfen. Bei der Zahlungspflicht ist das etwa die von ihm beauftragte Bank, so dass er bei einer verzögerten Ausführung des Überweisungsauftrags in Verzug kommt. Die entgegenstehende Regelung in den §§ 269, 270 BGB ist in der Praxis nahezu immer durch (zulässige) Rechtzeitigkeitsklauseln abgedungen, wonach es auf den Leistungserfolg, also Gutschrift auf dem Konto des Vermieters ankommt (vgl. BGH 139, 123). Ob das Sozialamt, das die Mieten dem Vermieter direkt überweist, ebenfalls Erfüllungsgehilfe des Mieters ist, hat das Kammergericht in seiner Rechtsentscheid vom 11.12.1997 (NJW 1998, 2455) offen gelassen. Die Frage dürfte zu bejahen sein, da es auf ein Weisungsrecht oder eine Kontroll- oder Überwachungsmöglichkeit des Schuldners nicht ankommt (BGH NJW 1996, 451; BGH 58, 211) und die Art der zwischen dem Schuldner und der Hilfsperson bestehenden rechtlichen Beziehung gleichgültig ist (Palandt-Heinrichs, 60. Aufl. Rdnr. 7 zu § 278 BGB m.w.N.). 20. Formularklauseln im Mietvertrag, die den sich hieraus ergebenden Haftungsbereich erweitern wollen (Haftung auch für ungebetene Besucher oder für Handlungen "bei Gelegenheit") sind unwirksam (BGH NJW 1991, 1752).

### 10 1 Obliegenheiten

21. Auch der Mieter muss sich eine Fristversäumnis durch den beauftragten Vertreter oder Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen, etwa wenn Rückzahlungsansprüche erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 197 BGB eingeklagt werden.

22. Sind Handlungen zur Rechtswahrung erforderlich, treffen die Folgen einer Unterlassung den Mieter unmittelbar. Hat der von ihm beauftragte Rechtsanwalt es nach Anordnung der Zwangsverwaltung des Hauses unterlassen, den Mieter als Beteiligten gemäß § 9 ZVG anzumelden, ist später ein Schadensersatzanspruch gegen den Zwangsverwalter wegen unterlassener Heizkostenabrechnungen nicht möglich (LG Berlin GE 1996, 477). Die Mängelanzeige nach § 545 BGB muss "unverzüglich" gemacht werden, wobei leicht fahrlässige Unkenntnis des Mangels unschädlich ist (BGH 68, 281). Verbringt der Mieter die Wintermonate auf Mallorca und beauftragt eine Nachbarin, in dieser Zeit die Wohnung zu beaufsichtigen, hat er ein Unterlassen einer Mängelanzeige durch die Nachbarin zu vertreten mit der Folge, dass ein Minderungsrecht entfällt.

### III.2 Schadensersatz

23. Der Mieter haftet aus positiver Vertragsverletzung für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen. Alles, was vom Schuldner überhaupt verlangt werden kann, gehört zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB, auch sekundäre Unterlassungspflichten (Obhutspflichten) (Zunft AcP 153, 377). Instruktiv ist der vom Reichsgericht (RG 106, 133) Autoklavenfall (Autoklav = geschlossener Behälter für die Speicherung von Substanzen unter Druck). Der Mieter hatte den Autoklav verkauft; Hilfspersonen des Käufers beschädigten beim Abtransport das Treppenhaus. Das Reichsgericht bejahte eine vertragliche Haftung des Mieters, wie auch übrigens der mitmietenden Ehefrau, obwohl diese nicht Verkäuferin des Autoklavs war.

24. Ob ein Mitmieter für die positive Vertragsverletzung des anderen einzustehen hat, ist durchaus zweifelhaft. § 425 Abs. 1 BGB, der die Einzelwirkung anordnet, scheint die Frage zu verneinen. Gleichwohl nimmt die - spärliche - Rechtsprechung eine Gesamtwirkung an, die sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben soll (OLG Celle MDR 1998, 896; vgl. Behrens, Beteiligung mehrerer Mieter, S. 164). Auch bei einer BGB-Gesellschaft, die bei einer Mietermehrheit in der Regel angenommen wird, haften alle Gesellschafter gemeinschaftlich (OLG Düsseldorf ZIP 2000, 580).

25. Der Mieter haftet deshalb auch für einen Wasserschaden, den seine Ehefrau beim Betreiben der Waschmaschine herbeigeführt hat (LG Köln NJW-RR 1986, 1087), unabhängig davon, ob die Ehefrau auch Mitmieterin ist. Auch in diesem Falle haftet der Ehemann (OLG Celle a. a. O.).

26. Die Beweislast für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen trifft an sich den Gläubiger (Palandt-Heinrichs, 60. Aufl. Rdnr. 38 zu § 278 BGB). Nach den Grundgedanken der §§ 282, 285 BGB muss sich jedoch der Mieter hinsichtlich des Verhaltens seiner Gehilfen entlasten (OLG Hamburg WuM 1991, 585), da die Pflichtverletzung aus dem Gefahrenkreis des Mieters stammt.

### III.3 Untermieter

27. Der Untermieter ist immer Erfüllungsgehilfe des Mieters. Nach der Sondervorschrift des § 549 Abs. 3 BGB haftet der Mieter für alles, was der Dritte (Untermieter) in den Räumen tut (BGH NJW 1991, 489; Herbeiführung einer Explosion). Der Mieter hat auch für eine Unterschlagung des Mietwagens durch

den Untermieter einzustehen (OLG München, NJW-RR 1987, 727).

28. Hat der Vermieter keine Erlaubnis zur Untervermietung erteilt, liegt die Vertragsverletzung schon in der Überlassung der Mietsache an den Dritten, so dass der Mieter auch ohne Verschulden des Untermieters für alle Schäden einzustehen hat (Palandt-Weidenkaff, 60. Aufl. Rdnr. 18 zu § 549 BGB).

29. Auch bei der unbefugten Gebrauchsüberlassung ist Voraussetzung für die Haftung des Mieters, dass der Dritte den Schaden verursacht hat, wenn auch schuldlos (so wohl auch MÜKo-Voelskow, 3. Aufl. Rdnr. 31 zu § 549 BGB). Eine generelle Zufallshaftung des Mieters (untervermietete Wohnung wird durch in der Nachbarwohnung ausgebrochenen Brand zerstört) wäre mit den Grundgedanken des Mietrechts nicht zu vereinbaren. Nötig ist also immer ein Tun (oder pflichtwidriges Unterlassen) des Untermieters (vgl. Erman-Jendrek, 10. Aufl. Rdnr. 18 zu § 549 BGB: "herbeigeführt").

30. Ein vertragswidriger Gebrauch des Untermieters (genauer: des Dritten, welchem der Mieter den Gebrauch überlassen hat) berechtigt den Vermieter im Rahmen des § 553 BGB zur fristlosen Kündigung; auf ein Verschulden des Mieters oder des Untermieters kommt es ebensowenig an wie auf die grundsätzliche Erlaubnis des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung.

#### III 4 Verzug und Unmöglichkeit

31. Der Mieter kommt bei Verschulden des Erfüllungsgehilfen in Verzug (§ 285 BGB); zum Zahlungsverzug durch Bankverschulden s. Rdnr. 19. Wird dem Mieter die Rückgabe der Mietsache (Auto) unmöglich, weil er sie an einen Dritten weitergegeben hat, der das Auto unterschlägt, ist dies vom Mieter zu vertreten (OLG Hamm NJW-RR 1987, 1142); er wird nicht nach § 275 BGB von der Leistung frei (die h.M. wendet auf die Rückgabepflicht des Mieters nicht § 323 BGB an; vgl. Salje DB 1983, 2454).

Bei der Raummiete wird die Rückgabe dem Mieter praktisch nie unmöglich; insbesondere liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor, wenn der Hauptmieter oder einer von mehreren Mitmietern den Besitz an den Mieträumen endgültig aufgibt (BGH NJW 1996, 515).

#### III 5 Kündigung wegen schuldhafter Vertragsverletzung

32. Nach § 554 a BGB ist eine fristlose Kündigung bei schuldhafter Vertragsverletzung durch den Mieter möglich; für eine fristgerechte Kündigung von Wohnraummietverhältnissen heißt es in § 564b Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine nicht unerhebliche

schuldhafte Verletzung der Verpflichtungen des Mieters einen Kündigungsgrund darstellt. Da es hier auf das Verschulden ankommt und nicht auf ein Vertretenmüssen, ist ein schuldloser Geldmangel keine Vertragspflichtverletzung i. S. d. § 564 b BGB (allgemeine Meinung; vgl. Blank-Börstinghaus, *Miete*, Rdnr. 16 zu § 564 b BGB).

33. Nach allgemeiner Meinung soll das Verschulden des Erfüllungsgehilfen dem eigenen Verschulden des Mieters gleichstehen (vgl. etwa Palandt-Weidenkaff, 60. Aufl. Rdnr. 32 zu § 564 b BGB). Die beiden Rechtsentscheide des Kammergerichts vom 11.12.1997 und 15.6.2000 weichen davon in bemerkenswerter Weise ab.

34. In dem Rechtsentscheid des 8. Zivilsenats (GE 1998, 120 = NJW 1998, 2455 = ZMR 1998, 159) ging es um die unpünktliche Mietzahlung des Sozialamts und die darauf gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nach § 554 a BGB. Das Kammergericht meinte, es könne offen bleiben, ob das Sozialamt Erfüllungsgehilfe des Mieters ist, denn in jedem Fall liege kein eigenes Verschulden des Mieters vor, sondern nur ein Vertretenmüssen nach § 278 BGB. Das reiche nicht aus.

35. Im Rechtsentscheid des 16. Zivilsenats vom 15.6.2000 (GE 2000, 1103 = NJW-RR 2000, 1397) ging es um eine Kündigung nach § 564 b Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil der minderjährige Sohn der Mieterin einen Mieterkeller aufgebrochen und im Hauskeller unberechtigt Strom abgezapft hatte. In Übereinstimmung mit dem 8. Senat stellte auch der 16. Senat auf den Unterschied zwischen Verschulden und Vertretenmüssen ab und meinte, die bloße Haftung nach § 278 BGB reiche jedenfalls nicht aus. Ein eigenes Verschulden könne darin liegen, dass er fahrlässig künftiges Fehlverhalten von Familienangehörigen nicht unterbunden habe; für ein besonders gravierendes Fehlverhalten komme auch ausnahmsweise eine Kündigung nach § 564 b Abs. 1 BGB in Betracht.

36. Beide Rechtsentscheide sind bemerkenswert, weil sie - wie wohl in keinem anderen Rechtsentscheidsverfahren - von der "allgemeinen Meinung" abweichen. Die Aufzählung der entgegenstehenden Literatur (NJW-RR 2000, 1398) und Rechtsprechung (aus dem Vorlagebeschluss des Landgerichts NJW 1998, 2456 zitiert) ist beeindruckend. Es gibt - im Mietrecht durchaus ungewöhnlich - keine einzige Literaturstelle, die die

Auffassung der Rechtsentscheide stützt.

37. Die Stellungnahmen zu den Rechtsentscheiden sind denn auch negativ. Schleussener (NZM 1998, 993) meint, man müsse bei § 554 a BGB auf die Zumutbarkeit abstellen; bei der Zurechnung nach § 278 BGB müsse es aber bleiben. Wenger (MDR 2000, 1240) weist auf die Begriffsvermischung des historischen Gesetzgebers zwischen Verschulden und Vertretenmüssen hin, was sich aus dem Aufsatz des damaligen Justizministers Vogel (JZ 1975, 73) ergebe und meint, deshalb dürfe aus der Unterscheidung nicht allzuviel abgeleitet werden. Die neuere Kommentarliteratur begnügt sich mit dem Hinweis "a.A. Kammergericht" (vgl. etwa Palandt-Weidenkaff 60. Aufl. Rdnr. 32 zu § 564 b BGB; unzutreffend das Zitat in Rdnr. 3 zu § 554 a BGB, wonach das Sozialamt nicht Erfüllungsgehilfe sein soll - das KG hatte dies gerade offen gelassen - ).

38. Die Rechtsentscheide treffen nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes zu. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen begründet kein eigenes Verschulden, sondern nur ein Vertretenmüssen. Der BGH hat denn auch frühzeitig (BGH 29, 278) klargestellt, dass das Verschulden einer Hilfsperson nicht ausreicht, wenn eigenes Verschulden vom Gesetz ausdrücklich oder dem Sinne nach vorausgesetzt wird wie im Falle des Ausschlusses des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters gemäß § 89 b Abs. 3 HGB (BGH a.a.O.). Ob dem Gesetzgeber des 1. Mietrechtsänderungsgesetzes vom 29.7.1963 bei der Einführung des § 554 a BGB und des 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetzes vom 25.11.1971 (als Vorläufer von § 564 b BGB) der Unterschied zwischen Verschulden und Vertretenmüssen in jedem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens bewusst war, ist unerheblich; maßgeblich ist für die Auslegung zunächst der objektive Wortlaut.

39. Auch der Sinn der Vorschriften (Mieterschutz im Rahmen des sozialen Mietrechts) spricht für die Notwendigkeit eigenen Verschuldens. Man braucht gar nicht so weit zu gehen wie das Kammergericht, das auf die verfassungsmäßig geschützte eigentümerähnliche Position des Mieters hinweist. Es reicht schon der Blick auf die Gesamtkonzeption des sozialen Mietrechts, wonach eine Kündigung des Vermieters nur dann möglich ist, wenn das Erlangungsinteresse des Vermieters überwiegt. Die schutzwürdigen Interessen des Vermieters sind

auch bei einer wortgetreuen Auslegung des Gesetzes gewahrt.  
40. Zum einen kann ein Verschulden des Mieters in der mangelnden Beaufsichtigung und Einflussnahme liegen, worauf der 16. Senat hinweist (vgl. schon Bettermann, MieterschutzG 1950, Rdnr. 15 zu 2 MSchG: culpa in non prohibendo, culpa in non corrigendo oder non custodiendo). Zum anderen kann in Sonderfällen ein berechtigtes Interesse nach § 564 b Abs. 1 BGB außerhalb der in Abs. 2 aufgezählten Beispiele bejaht werden; über § 554 a BGB hinaus kann auch eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ohne Verschulden des Mieters möglich sein (OLG Hamburg WuM 1991, 683).

#### IV. Ursachen der Fehlentwicklung

41. Ein Grund mag in der fehlenden Systematik des Gesetzes liegen. Die im Laufe der Jahrzehnte eingefügten Änderungen haben einen nicht aufeinander abgestimmten Flickenteppich entstehen lassen. So ist es kaum vermittelbar, dass eine fristlose Kündigung ohne Begründung wirksam ist (§ 564 a BGB enthält eben nur eine Sollvorschrift), während die weniger einschneidende fristgerechte Kündigung nach § 564 b Abs. 3 BGB unwirksam ist, wenn sie keine Begründung enthält. Kaum zu erklären ist, dass zwar die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 554 Abs. 2 BGB durch spätere Erfüllung unwirksam werden kann, dies jedoch nicht für die fristgerechte Kündigung wegen nicht gezahlter Mieten gilt (OLG Stuttgart ZMR 1991, 429).

42. Eine Rolle mag auch die Kündigungsmöglichkeit bei einer Mehrheit von Mietern spielen, wenn ein Kündigungsgrund nur bei einem Mieter vorliegt. Aus der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses folgt, dass bei vertragswidrigem Verhalten nur eines Mieters die Kündigung gegenüber allen Mietern möglich ist (OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 1370; a.A. BGH 26, 102 für das Sonderkündigungsrecht nach Konkurs des Mieters nach § 19 KO). So mag es widersinnig erscheinen, eine Kündigung zuzulassen für den Fall, dass der mitmietende Ehemann Mieterkeller aufbricht und Stromdiebstahl begeht, nicht aber wenn die Ehefrau Alleinmieterin ist. Übersehen wird bei dieser Gleichsetzung allerdings, dass die Aufnahme in den Mietvertrag nicht nur eine Formalie ist, sondern materiell eine Vielzahl von Rechten und Pflichten mit sich bringt, was eine Gleichsetzung verbietet.

43. Der entscheidende Grund liegt allerdings in der Rechts=

geschichte. In § 2 MSchG hieß es, dass eine Mietaufhebung möglich ist, wenn der Mieter oder eine Person aus seinem Hausstand sich einer erheblichen Belästigung schuldig macht oder durch unangemessenen Gebrauch oder Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt den Mietraum oder das Gebäude erheblich gefährdet. Nach allgemeiner Meinung setzte dies ein Verschulden ~~des Mieters~~, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus (vgl. etwa Ebel-Lilienthal, Mieterschutz und Mieteinigungsämter, 4. Aufl. 1930, Rdnr. 6 zu § 2 MSchG; a. A. lediglich Mohr JZ 1954, 943). Die Mietaufhebungsmöglichkeit wegen eines schuldhaften Verhaltens des Familienangehörigen des Mieters beruhte nicht auf § 278 BGB (Bettermann, MieterSchG 1950, Rdnr. 115 zu § 2 MSchG), <sup>sondern</sup> auf dem schlichten Umstand, dass die Familienangehörigen (genauer: Angehörige des Hausstands) im Gesetz ausdrücklich erwähnt wurden.

44. Die Mietaufhebung setzte eine erfolglose Abmahnung des Vermieters voraus oder ein Unterlassen des Mieters, ihm mögliche Abhilfe zu schaffen. Bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses reichte aber auch ein schuldhaftes Verhalten des Mieters oder eines Hausstandsangehörigen (§ 2 Abs. 2 MSchG).

45. Die Familienangehörigen des Mieters sind seine Erfüllungsgehilfen, so dass entsprechend der damaligen Gesetzeslage es zutreffend war, wenn etwa Roquette (Mietrecht 4. Aufl. 1954, S. 392) schreibt, bei der Mietaufhebung werde das Verschulden von Erfüllungsgehilfen dem Mieter zugerechnet. Diese verkürzte Formulierung, wonach der Mieter auch bei einer Kündigung für das Verhalten von Erfüllungsgehilfen einzustehen habe, wurde in der Literatur dann auch nach Aufhebung des Mieterschutzgesetzes weiter benutzt (etwa Sternel, Mietrecht, 3. Aufl. IV 530), wobei übersehen wurde, dass eine Haftung des Mieters für Familienangehörige sich nicht aus dem BGB ergab, sondern aus dem MSchG.

#### V. Die Mietrechtsreform

46. Für die fristgerechte Kündigung ergibt sich keine Änderung; der Kündigungsgrund des § 564 b Abs. 2 Nr. 1 BGB ist in § 573 Abs. 3 BGB n. F. wörtlich übernommen. Für die fristlose Kündigung nach § 554 a BGB ist allerdings grundsätzlich kein Verschulden mehr nötig.

47. Nach § 569 Abs. 2 BGB n.F. reicht eine schuldlose Störung des Hausfriedens (Zerrüttungsprinzip). Nach § 543 Abs. 1 BGB n.F. ist eine Kündigung aus wichtigem Grund (wie bisher von der Rechtsprechung entwickelt) auch ohne Verschulden möglich. Bei Verletzung der Obhutspflichten des Mieters ist allerdings nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. eine "Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt" nötig, also Fahrlässigkeit. Ob bei vorsätzlichem Handeln des Mieters dieser Kündigungsgrund "um so mehr" eingreift, bleibt offen. Die Begründung des Entwurfs schweigt dazu.

48. Auch für die Kündigung aus wichtigem Grund nach neuem Recht dürfte das Verschulden des Mieters von erheblicher Bedeutung sein. Die Neuregelung, die sich erklärtermaßen an § 626 BGB (fristlose Kündigung des Dienstvertrages) anlehnt (Begründung des Kabinettsbeschlusses vom 19.7.2000, S. 113), setzt zwar ausdrücklich kein Verschulden voraus; dies wird vermutlich aber bei der Frage, wann ein wichtiger Grund vorliegt (§ 543 Abs. 1 BGB n.F.: "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls") eine erhebliche Rolle spielen. Die umfangreiche Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zu § 626 BGB kann dazu herangezogen werden, etwa zum Vertragsschlussverschulden (sic!) (Palandt-Putzo, 60. Aufl. Rdnr. 42 zu § 626 BGB), zur nachhaltig vorsätzlichen Dienstpflichtverletzung (BAG NJW 1997, 2195), zum unentschuldigtem Fernbleiben (BAG DB 1993, 2534), zur vorsätzlichen Treuepflichtverletzung (Palandt-Putzo, 60. Aufl. Rdnr. 45 f zu § 626 BGB) oder zum erkennbar (schuldhaft!) rechtswidrigem Streik (BAG NJW 1984, 1371). Die Fälle der vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Kündigungsgründe sind eher die Ausnahme (Verdachtskündigung: BAG NJW 2000, 1969; Krankheit: BAG NZA 1994, 74).