

Voraussetzungen und Grenzen der Analogie zu mietrechtlichen Vorschriften

- dargestellt unter besonderer Berücksichtigung der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Beendigung von Wohnraummietverhältnissen durch den Vermieter -

*Prof. Dr. Martin Häublein,
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck**

I. Einführung

Das Thema, über das zu referieren ich gebeten worden bin, betrifft den Bereich der Norminterpretation. Es bedurfte allerdings, jedenfalls aus meiner Sicht, zunächst selbst der Auslegung. Das Mietrecht ist Bestandteil des besonderen Schuldrechts und innerhalb dessen ein besonders gewichtiger Repräsentant des Vertragsrechts. Die von der Methodenlehre entwickelten allgemeinen Voraussetzungen einer analogen Rechtsanwendung beanspruchen daher in gleicher Weise Geltung wie sonst auch, etwa im Kaufrecht. Andererseits würde der Erwartungshorizont der Teilnehmer des Mietgerichtstages verfehlt, wenn ich eine Methodenlehrevorlesung zur Analogie hielte. Das Ergebnis meiner Auslegungsarbeit ist der folgende Kompromiss: Der erste Teil des Vortrags (s.u. II.) behandelt – ohne den Anspruch, den methodologischen Diskussionsstand vollständig abzubilden – die Grundlagen. Sofern dabei höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt wird, habe ich mich bemüht, in erste Linie auf solche zum Mietrecht zurückzugreifen. Dabei wird besonders die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats berücksichtigt. Dieser beschäftigt sich mit der Wohnraummiete. Vor dem Hintergrund des ubiquitären Mieterschutzarguments besteht hier in besonderer Weise die Gefahr, dass teleologisch gesteuerte Rechtsfindung zu sehr in eine Richtung driftet. Der zweite Teil des Referates (s.u. III. und IV.) greift dann einige aktuelle Entscheidungen auf, in denen der BGH eine Analogie abgelehnt hat. Sie werden dargestellt und kritisch analysiert. Die Auswahl der Entscheidungen, die sich mit der Beendigung von Wohnraummietverhältnissen beschäftigen, spiegelt wieder, dass der Kündigungsschutz, neben der Mietpreisbindung, eine *der* Säulen des sozialen Mietrechts bildet.

II. Methodologische Grundlagen analoger Normanwendung

1. Abgrenzung zur einfachen Auslegung (sog. Auslegung i.e.S.)

a) Strukturelle Gemeinsamkeiten

Legt man das vorherrschende Begriffsverständnis der Analogie zugrunde, beginnt das Thema des Vortrages überhaupt erst, wo die einfache Auslegung endet. Die Grenzen der Auslegung i.e.S. werden im deutschsprachigen Rechtsraum überwiegend durch den möglichen Wortsinn bestimmt.¹ Über ihn hinausgehende Interpretation ist – keinesfalls unzulässige – Fortbildung des Rechts durch den Richter, die bisweilen auch als Auslegung i.w.S. bezeichnet wird.

* Ergänzten Fassung des Vortrages vor dem Deutschen Mietgerichtstag, gehalten am 26.2.2010 in Dortmund. Die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Statt vieler: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 20; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 313 ff., 366. Für die Rechtslehre in Österreich s. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und

Anerkannt ist allerdings ebenso, dass sich die methodischen Verfahren, die bei einer Interpretation de lege artis, sei sie Auslegung oder Analogie, anzuwenden sind, strukturell durchaus gleichen. Das kann schon deswegen nicht anders sein, weil die Grenzen zwischen (extensiver) Auslegung und Analogie in nicht wenigen Fällen fließen. *Larenz* etwa hebt hervor, Gesetzesauslegung und richterliche Rechtsfortbildung dürften nicht als wesensverschieden angesehen werden, sondern nur als voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Vorgangs.² Bei der analogen Rechtsanwendung werde ebenfalls auf „interpretative“ Methoden i.w.S. zurückgegriffen. Ferner bilde der Richter, wenn er sich zwischen zwei nach dem Wortlaut gleichermaßen in Betracht kommenden Wortlautvarianten entscheidet, das Recht fort, was besonders deutlich wird, wenn er von einer bislang vertretenen Auffassung abweicht. Insbesondere die Ausfüllung von Generalklauseln wie § 307 Abs. 1 S. 1 BGB durch den Richter ist der Sache nach Rechtsfortbildung, mag sich diese auch im Rahmen des Wortsinns bewegen.³ Damit ist zugleich gesagt, dass Rechtsfortbildung nicht nur im Wege der Analogie erfolgen kann.

Ein aktuelles Beispiel für die Fortbildung des Rechts *innerhalb des Wortlauts der Norm* ist das jüngste Urteil⁴ zum Eigenbedarf einer Nichte der Vermieterin. Der BGH präzisiert hierin den Begriff des Familienangehörigen i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB und lehnt eine restriktive, auf eine besondere persönliche Beziehung oder soziale Bindung zum Vermieter abstellende Interpretation in Bezug auf die genannten Angehörigen ab, die bislang in Rechtsprechung und Schrifttum durchaus nicht nur vereinzelt vertreten wurde.⁵ Aus der Warte der Methodenlehre verdient hervorgehoben zu werden, dass der VIII. Zivilsenat die von ihm angenommene Enge der verwandtschaftlichen Beziehung „vor dem Hintergrund anderer Regelungen der Rechtsordnung“ rechtfertigt.⁶ Dies verdeutlicht geradezu mustergültig die Nähe zur Analogie, für die ja charakteristisch ist, dass eine andere, (dem Wortlaut nach) nicht einschlägige Vorschrift zur Rechtsfindung herangezogen wird. Dabei begibt sich der Rechtsanwender immer in die Gefahr, eine subjektive Entscheidung zu treffen, die schlimmstenfalls allein von der gewünschten Rechtsfolge gesteuert wird. Aus diesem Grund muss sowohl bei der Auslegung als auch bei der Analogie offengelegt werden, unter welchen für die Rechtsanwendung maßgeblichen Aspekten die der herangezogenen Vorschrift zugrundeliegende Wertung mit dem zu entscheidenden Sachverhalt vergleichbar ist.⁷

b) Rechtfertigung der Wortlautgrenze

Bei der einfachen Auslegung mietrechtlicher Vorschriften orientiert sich der Bundesgerichtshof an dem bekannten Kanon, der aus grammatikalischem, systematischem, historischem und

Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 468 ff.; für die Schweiz *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 53 ff. m. Nachw. zur Gegenansicht in Fußn. 63.

² *Larenz*, a.a.O., S. 366. *Bydlinski*, a.a.O., S. 468, spricht von einer „strukturell-logischen Übereinstimmung der Denkvorgänge“.

³ So insbesondere *Kramer*, a.a.O., S. 55, 261 ff.

⁴ BGH, Urt. v. 27. Januar 2010 – VIII ZR 159/09.

⁵ Vgl. etwa *Häublein* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2008, § 573 Rn. 78 m.w.N.

⁶ BGH, Urt. v. 27. Januar 2010 – VIII ZR 159/09, Tz. 22.

⁷ In dieser Hinsicht erscheinen mir die Gründe der vorgenannten Entscheidung etwas zu knapp gehalten. Die Vergleichbarkeit der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB geregelten Frage mit den vom Senat herangezogenen Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO und § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist für mich jedenfalls nicht evident. Vielleicht basiert die Argumentation auf einem Erstrechtschluss; dann müsste man wohl die gerichtliche Wahrheitsfindung als „das Größere“ i.S. eines „höheren Gutes“ ansehen.

(objektiv-) teleologischem Element besteht.⁸ Insbesondere die am Normzweck orientierte Auslegung basiert letztlich auf genau dem gleichen gedanklichen Verfahren wie die Rechtsfortbildung, was ohne weiteres klar wird, wenn man sich die sogleich näher darzustellende Bedeutung des Norm- bzw. Gesetzeszweckes für die Analogie vor Augen führt. Wenn das aber so ist, stellt sich die Frage, ob die herkömmliche Grenzziehung zwischen Auslegung und Analogie überhaupt zweckmäßig ist. Ich meine, sie ist es, und zwar aus folgenden Gründen.

Für die mit Hilfe der Wortlautgrenze vorgenommene Abgrenzung, die auch hier zugrunde gelegt wird, sprechen insbesondere Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Dort, wo die Wortlautgrenze überschritten wird, kann der Rechtsunterworfenen den Normbefehl nicht mehr dem Text selbst entnehmen. Besonders problematisch ist eine über den Wortlaut hinausgehende richterliche Geltungsanordnung gemessen am Maßstab rechtsstaatlicher Anforderungen dann, wenn die Rechtsordnung das Verhalten eines Rechtssubjekts durch hoheitliche Repressalien sanktioniert. Im Strafrecht gilt deswegen der Grundsatz „nulla poena sine lege“; es herrscht ein *Analogieverbot*. Es bewahrt den Rechtsunterworfenen davor, für ein Verhalten bestraft zu werden, wenn er dessen Strafbarkeit selbst bei sorgfältiger Lektüre des Normenbestandes unter Einschluss der für ihn ungünstigsten Auslegung des Wortlauts nicht erkennen konnte. Dies spricht für die von der h.M. vorgenommene Grenzziehung.

Darüber hinaus wird für die Wortlautgrenze angeführt, nur dem Gesetzestext komme die Autorität des vom Gesetzgeber Angeordneten zu.⁹ Damit dürfte nicht gemeint sein, einer Rechtsfortbildung jenseits des Wortlauts sei diese Autorität notwendig abzusprechen ist, sondern vielmehr, dass die gewissermaßen mittelbare, d.h. nicht aus dem Wortlaut erhellende Anordnung des Gesetzes einer zusätzlichen rechtsstaatlichen Absicherung bedarf. Dieses Erfordernis schlägt sich in den Voraussetzungen der Analogie nieder.

2. Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung im Wege der Analogie

a) Die Gesetzeslücke als zentrale Voraussetzung der Rechtsfortbildung

Voraussetzung einer legitimen Rechtsfortbildung ist nach h.M. das Bestehen einer *Gesetzeslücke*.¹⁰ Sie liegt vor, wenn sich das Gesetz – nach Ausschöpfung der Methoden einfacher Gesetzesauslegung (s.o. 1.) – als *planwidrig unvollständig*¹¹ erweist. Das Merkmal der Planwidrigkeit dient dazu, den letztlich gesetzesimmanenten Rechtsfortbildungsbedarf von dem abzugrenzen, was Rechtsanwender als rechtspolitisch wünschenswert empfinden. Letzterem kommt offenkundig nicht die Autorität des gesetzten Rechts zu. Das im Wege der Analogie geschaffene „Richterrecht“ hingegen ist legitimiert, weil und insoweit es Ergebnis einer gesetzesimmanenten, also auf dem Gesetz i.V.m. dem Gleichbehandlungsgrundsatz fußenden Rechtsfortbildung ist.¹² Hiervon zu unterscheiden ist eine gesetzesübersteigende Fortbildung

⁸ Besonders deutlich etwa in BGH ZMR 2005, 356 = NZM 2005, 334 (zu diesem Urteil näher sub IV.); s. ferner BGH ZMR 2005, 603 = NZM 2005, 596; BGH NJW 2007, 428 = ZMR 2007, 103 = NZM 2007, 35.

⁹ S. *Canaris*, a.a.O., S. 20 unter Hinw. auf *Larenz*. S. ferner *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187.

¹⁰ S. statt vieler *Larenz* (Fußn. 1), S. 370.

¹¹ Der Ausdruck „planwidrige Unvollständigkeit“ (nicht, wie oft tautologisch formuliert, „planwidrige Lücke“) geht auf *Elze*, Lücken im Gesetz, 1916, S. 3 ff. zurück. S. *Canaris* (Fußn. 1), S. 16 und *Larenz* (o. Fußn. 1), S. 373.

¹² Die auf *Kelsen* zurückgehende, im Schrifttum noch immer anzutreffende Behauptung, die Lücke sei „ein ideologisches Konstrukt, um der Gesetzesbindung zu entgehen“ (so *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943, 947), leugnet

des Rechts, die, obwohl unter den Auspizien des Gewaltenteilungsgrundsatzes in besonderer Weise legitimierungsbedürftig, so doch nicht per se unzulässig ist (s. hierzu noch sub II. 6.).

Das bedeutet: Hat sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, einen bestimmten Sachverhalt abweichend von einem anderen, ähnlich gelagerten zu regeln, handelt es sich aus Sicht des Betroffenen vielleicht um eine Inkonsequenz, nur begründet diese eben keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Im Wohnraummietrecht lässt sich dies gut an den asymmetrischen Kündigungsfristen verdeutlichen (s. § 573c Abs. 1 BGB). Die Ungleichbehandlung von Mieter- und Vermieterkündigung ist gerade der Regelungsplan; § 573c Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht analog auf Mieterkündigungen anwendbar, weil für eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung kein Raum ist. Gleiches gilt für die Tatsache, dass die ordentliche Kündigung eines Gewerberaummietverhältnisses – anders als etwa in Österreich¹³ – nicht vom Bestehen eines berechtigten Interesses abhängt; § 573 Abs. 1 BGB ist nicht analog heranzuziehen.

In beiden genannten Fällen hat der Gesetzgeber seinen Willen zur Ungleichbehandlung (auch) im Gesetzestext deutlich gemacht.¹⁴ Ungleich schwieriger ist es, wenn der Regelungsplan aus dem *Schweigen des Gesetzes* erschlossen werden soll, etwa im Wege eines Umkehrschlusses. Folgt etwa e contrario aus der Tatsache, dass § 572 BGB nur den Rücktritt und die auflösende Bedingung nennt, dass andere Regelungen, etwa die Pflicht des Mieters, unter bestimmten Bedingungen einer Vertragsaufhebung zuzustimmen, zulässig sein sollen? Gerechtfertigt wäre ein solcher Schluss logisch nur, wenn der Gesetzgeber den Plan verfolgt hätte, das Problem in der genannten Vorschrift abschließend (taxativ) zu regeln.¹⁵ Davon aber ist nicht ohne weiteres auszugehen; denn es setzte – will man dem Gesetzgeber nicht Willkür unterstellen – voraus, dass alle ähnlich gelagerten Fälle erwogen und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes bewertet wurden. Nur wenn eine derartige Auseinandersetzung – bei der regelmäßig zu Tage treten wird, warum der im Gesetz geregelte Fall anders liegt als die nicht geregelten – stattgefunden hat, darf von einem sog. „qualifizierten“ oder „beredten“ Schweigen ausgegangen werden. Das wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht immer beachtet.¹⁶

Um den Boden für die folgende (s.u. III. und IV.) Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH zu bereiten, ist es – glücklicher Weise – nicht erforderlich, sämtliche in Betracht kommende Lückenarten darzustellen.¹⁷ In den uns sogleich beschäftigenden Fällen resultiert die *Unvollständigkeit* nicht etwa daraus, dass der das Gesetz anwendende Richter ohne Rechtsfortbildung zur Entscheidung überhaupt nicht in der Lage ist, etwa weil eine konkrete Vorschrift ohne Ergänzung überhaupt nicht anwendbar wäre.¹⁸ Derartige Lücken sind

die Gesetzesbindung der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung und verengt den Gesetzesbegriff positivistisch in einer Weise, die nahezu zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen in der Rechtsordnung führen muss.

¹³ Dem Anwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes (MRG), in dessen § 30 es heißt: „Der Vermieter kann nur aus wichtigen Gründen den Mietvertrag kündigen.“, erfasst grundsätzlich auch Geschäftsräumlichkeiten; s. § 1 Abs. 1 MRG. Zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich s. aber insb. § 1 Abs. 2 MRG.

¹⁴ S. neben den genannten Vorschriften auch § 578 BGB, der gerade nicht auf § 573 BGB verweist.

¹⁵ Die taxative Regelung steht insoweit dem Analogieverbot gleich; s. *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 202.

¹⁶ Zur oftmals fehlenden Anbindung des Umkehrschlusses an das über den Wortlaut hinausgehende Erkenntnismaterial, s. *Bydlinski* (o. Fußn. 1), S. 476 f. Sehr sorgfältig hingegen die Analyse in BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 = ZMR 2003, 667; s. auch sub II. 5.

¹⁷ S. hierzu etwa die Übersicht bei *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 183 ff.

¹⁸ Diese Konstellationen, bei denen die Lücke offenkundig aus dem Gesetz folgt, werden „echte“ oder „logische“ Lücken, teilweise auch „Normlücken“ genannt. *Canaris* (o. Fußn. 1), S. 141 schlägt die Begriffe „Anord-

eher selten¹⁹ und spielen bei der im Mittelpunkt dieses Vortrags stehenden Anwendung mietrechtlicher Normen eine zu vernachlässigende Rolle.²⁰ Vielmehr folgt der durch die Lücke zu Tage tretenden Ergänzungsbedarf meistens daraus, dass eine *bestimmte* Rechtsfolge fehlt, die für einen vergleichbaren Sachverhalt existiert. Diese sog. „unechten“ oder „teleologischen“ Lücken (auch „Regelungslücken“ genannt) stehen hier ganz im Mittelpunkt des Interesses. Sie werden erst offenbar, wenn man sich den Zweck des Gesetzes vor Augen führt und die vom Gesetz für die geregelten Fälle vorgesehenen Rechtsfolgen mit denjenigen vergleicht, die dann einträten, wenn der nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht geregelte Fall keiner oder einer anderen Regelung unterworfen würde.²¹ Diese teleologischen Lücken bilden den Hauptanwendungsfall der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung durch Analogie. Sie wird auch als „gebundenes Richterrecht“ bezeichnet, weil der Rechtsanwender die im Gesetz vorgegebenen Wertungen zu Ende denkt. Anders als bei der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung (s.u. II. 6.) findet der Richter die Rechtsfolge für den vom Normwortlaut nicht erfassten Fall, die nach der Regelungsintention unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes an sich aber geboten wäre, im Gesetz selbst vor.

b) objektiv-teleologische Feststellung des Regelungsplans

Theorie und Praxis beschäftigt naturgemäß besonders intensiv die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Fehlen einer bestimmten Regelung *planwidrig* ist. In vielen Entscheidungen, in denen der BGH eine analoge Rechtsanwendung ablehnt, stützt er dies mehr oder weniger deutlich auf das Fehlen einer Planwidrigkeit. Bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung kommt es dabei im Ausgangspunkt – wie gesagt – auf den dem Gesetz zugrundeliegenden Regelungsplan an. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln, was übrigens erneut offenbart, wie eng Auslegung i.e.S. und Rechtsfortbildung miteinander verflochten sind.

Verfehlt wäre es, den Blick hierbei allein auf die in den Materialien niedergelegten Intentionen bei Erlass einer Vorschrift zu richten. Dann nämlich wäre die Analogie auf die – freilich gar nicht so seltenen – Fälle beschränkt, in denen bereits im Zeitpunkt der Gesetzgebung eine nicht sorgfältige Umsetzung des Plans seitens des Gesetzgebers zu verzeichnen ist.

Vorzugswürdig ist die Teleologie des Gesetzes objektiv, unter Berücksichtigung der systematischen Stellung zu ermitteln.²² Das enge, allein an den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers orientierte Verständnis, ist nicht nur wenig praktikabel, weil es den Gesetzgeber permanent auf den Plan rufen müsste, um allfällige neue Erkenntnisse in die Gesetzesmaterialien-

nungs-“, „Rechtsverweigerungs-“ oder „Funktionslücke“ vor. *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 186 spricht wiederum von „technischen Lücken“.

¹⁹ Fiktives Bsp.: Der Gesetzgeber regelt, dem Mieter seien die mit der Veräußerung des Mietobjekts verbundenen Nachteile zu ersetzen, nicht aber, ob der Veräußerer oder der Erwerber den Ersatz schuldet. Das Bsp. ist angelehnt an das von *Larenz* (Fußn. 1), S. 372, die Person des Ersatzpflichtigen in § 904 BGB betreffend.

²⁰ Gleiches gilt in Anbetracht der hohen Regelungsdichte des Mietrechts für sog. Rechtslücken; zu ihnen etwa *Larenz* (Fußn. 1), S. 376. Infolge der Themensetzung kann ferner die Frage auf sich beruhen, ob Lücken „intra legem“ als Lückenart anzuerkennen sind; dafür *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 184 f. m. Nachw. zur Gegenansicht.

²¹ „Lücke“ bedeutet eben nicht nur das Fehlen irgendeiner, sondern einer dem Regelungsplan entsprechenden Bestimmung, s. *Larenz* (Fußn. 1), S. 375.

²² Die Bedeutung des bei der Zweckermittlung zu berücksichtigen Gesamtzusammenhanges tritt bei den aus dem BGB „ausgelagerten“ Gesetzen, etwa dem WEG oder mietrechtlichen Nebengesetzen deutlich hervor. Diese Normen bauen regelmäßig auf den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften auf, weshalb sich ihr Zweck nur bei systematischer Interpretation erschließen lässt.

lien aufzunehmen. Es beruht ferner auf einer verfehlten Deutung des Gewaltenteilungsgrundsatzes; immerhin bindet Art. 20 Abs. 3 GG die Rechtsprechung ja gerade an *Gesetz und Recht*. Der Gesetzgeber, der teilweise unter hohem politischen (Zeit-)Druck operiert, ist geradezu darauf angewiesen, dass die Rechtsprechung seine Rechtssätze ergänzt, damit alle auftretenden Fälle zu einem Ende gebracht werden können,²³ und zwar zu einem, das dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trägt. Manche kleiden die hier befürwortete objektive Auslegung in den Satz, das Gesetz könne klüger sein als der Gesetzgeber.²⁴ Da diese Aussage ein wenig die Bedeutung des wertenden Denkens verschleiern, gefällt mir die von *Jan Schapp* gewählte Formulierung besser²⁵: Nicht das Gesetz kann klüger sein als der Gesetzgeber, aber Gesetzgeber und Richter können zusammen klüger sein als der Gesetzgeber allein.

Auch der BGH sieht sich in seiner Rechtsanwendung ganz in diesem Sinne nicht durch eine in den Materialien niedergelegte Regelungsabsicht des Gesetzgebers präjudiziert, jedenfalls sofern sich diese nicht im Wortlaut des Gesetzes eindeutig niederschlagen hat. Erinnerung sei insofern an eine Entscheidung des VIII. Senats aus dem Jahr 2003 zu den formularmäßig vereinbarten Kündigungsfristen in Altmietverträgen. Hier setzte sich der BGH bewusst über die (irrig) Ansicht des Rechtsausschusses hinweg.²⁶

Zum Teil wird betont, Maßstab für die Gesetzeslücke könne nur das *gesamte Recht* unter Einschluss ungeschriebener, die Rechtsordnung aber gleichwohl beherrschender Rechtsprinzipien sein.²⁷ Damit ist die zutreffende Aussage verbunden, der Gesetzgeber verfolge – auch unausgesprochen – den Plan, sich an bestimmte grundlegende Prinzipien zu halten. Wiederholt genannt wurde hier das rechtsstaatliche Fundamentalprinzip, Gleiches gleich und Ungleiches differenziert zu behandeln. Andererseits setzt die Analogie aber voraus, dass die Rechtsordnung eine konkrete, der Anwendung fähige Regel bereit hält.²⁸ So hat etwa das BVerfG eine auf das Sozialstaatsprinzip gestützte Rechtsfortbildung verworfen, weil dieses „infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten“ enthalte.²⁹ Dem ist der BGH in anderem Kontext gefolgt, weil das Sozialstaatsprinzip wenigstens für sich allein, nicht den Weg zu einer bestimmten Lösung weise.³⁰ Soll das Recht im Wege der Analogie fortgebildet werden, muss die betreffende Regel bereits in einer einzelnen („Einzelanalogie“) oder einer Reihe von Normen („Gesamtanalogie“) enthalten sein.

c) Die Gleichartigkeit der Sachverhalte

Ist der Regelungsplan der konkreten Norm, deren Regel auf den nach dem Gesetzeswortlaut nicht geregelten Sachverhalt übertragen werden soll, ermittelt, muss die Gleichartigkeit der beiden Sachverhalte nachgewiesen werden. Findet sich ein Differenzierungskriterium, das sub specie des Normzwecks sachgerecht erscheint, fehlt die für die Analogie angeführte Legitima-

²³ *Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983, S. 93 f. m.N.

²⁴ S. zu dieser nicht selten anzutreffenden Formulierung *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III, 1976, S. 662.

²⁵ Ebenda, S. 97

²⁶ BGHZ 155, 178 = ZMR 2003, 655, 657 = NJW 2003, 2739.

²⁷ *F. Bydlinski* (Fußn. 1), S. 473.

²⁸ *S. Larenz* (o. Fußn. 1), S. 370; *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 174 f., 227.

²⁹ BVerfGE 65, 182, 190 ff.

³⁰ BGHZ 108, 305, 309.

tion. Bei dem Vergleich muss der Zweck der Norm oder des Satzes ebenfalls berücksichtigt werden, der ggf. durch die ins Auge gefasste Analogie zurückgedrängt werden würde.

Verdeutlichen lässt sich dieses Vorgehen anhand der Rechtsprechung zu § 556 Abs. 3 S. 3 BGB. In mehreren Entscheidungen sprach sich der VIII. Zivilsenat unlängst gegen eine analoge Anwendung verjährungsrechtlicher Vorschriften aus.³¹ Dabei wurde etwa der Ausschluss der Rückforderung analog § 214 Abs. 2 BGB mit dem Zweck *dieser*, d.h. der evtl. analog anzuwendenden Vorschrift begründet. Der BGH betont, die Norm beruhe auf dem Umstand, dass der Anspruch durch die Verjährung nicht erlösche und der Gläubiger deswegen durch die Leistung des Schuldners nur das erhaltene habe, worauf er trotz der Verjährung einen – wenn auch einredebehafteten – Anspruch besaß. Nach Ablauf einer Ausschlussfrist, wie sie § 556 Abs. 3 S. 3 BGB vorsehe, hingegen erlösche das betroffene Recht, weshalb eine gleichwohl noch erbrachte Leistung dann auf eine nicht mehr bestehende Schuld erfolge. Neben dieser Argumentation, die den Zweck des § 214 Abs. 2 BGB nicht auslotet und sich bereits deswegen dem Vorwurf ausgesetzt sehen könnte, ein eher technisches Detail zum Anlass zu nehmen, die Analogie abzulehnen, muss m.E. der Zweck des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB berücksichtigt werden. Der BGH erwähnt ihn eher beiläufig.³² Die Norm übt Druck auf den Vermieter aus, die *geschuldete* Abrechnung vorzulegen. Es geht nicht darum, dem Mieter als Schuldner einer etwaigen Betriebskostennachforderung einen verjährungsrechtlich motivierten Einwand an die Hand zu geben, sondern es sind die Interessen des Mieters als Gläubigers des Abrechnungsanspruchs, die für eine Ausschlussfrist streiten. Diese sanktioniert den säumigen Vermieter. Das spricht gegen einen Rückforderungsausschluss.

Darüber hinaus müssen sonstige Auswirkungen der Analogie in Betracht gezogen werden, die allgemeine Rechtsprinzipien, zu denken ist insbesondere an die Rechtssicherheit, tangieren könnten. Da auch diese Prinzipien für die Rechtssetzung Relevanz erlangen, setzt die Übertragung der Regelung auf den nicht normierten Sachverhalt voraus, dass sich dieser in vergleichbarer Form abstrakt-generell fassen lässt. Ich glaube, die Rechtsprechung unterlässt – oft unausgesprochen – eine Analogie vor allem deswegen, weil die Tragweite der notwendig abstrakt zu fassenden „neuen“ Regelung nicht überschaut wird. Das scheint mir grundsätzlich richtig, mindestens aber vertretbar, steht einer Analogie aber selbstverständlich nur entgegen, wenn sich subsumtionsfähige Kriterien tatsächlich nicht finden lassen. Darauf werde ich später bei der Auseinandersetzung mit der Judikatur des BGH zurückkommen.

3. Die Verbindung von Lückenfeststellung und Lückenschließung

Bezüglich der sog. „teleologischen“ Lücken³³ präjudizieren die für die Feststellung der Lücke erforderlichen Überlegungen regelmäßig die Lückenschließung, sofern die Lücke gerade mit der Existenz der im Gesetz enthaltenen Regelung begründet wird.³⁴ Es ist das Verdienst von

³¹ S. BGH NJW 2006, 903 (zu § 214 Abs. 2 S. 1 BGB); NZM 2008, 477 (zu § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB); NJW 2009, 283 (zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

³² Und zwar unter Hinweis auf das Berufungsgericht entgegen der hier vertretenen Ansicht als Argument für einen Rückforderungsausschluss; s. BGH NJW 2006, 903 (Tz. 13).

³³ Anders ist dies bei Normlücken, die aber – wie gesagt – hier vernachlässigt werden können. S. mit weiteren Bsp. Larenz (o. Fußn. 1), S. 401.

³⁴ Gibt das Gesetz eine Regelung, die im Wege der Analogie übertragen werden könnte, nicht vor, sprechen teleologische Argumente aber gleichwohl für eine Regelung, verlässt man den Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung durch Analogie. Vgl. hierzu etwa § 1 Abs. 2 des Schweizer ZGB.

Claus-Wilhelm Canaris, hierauf in aller Deutlichkeit hingewiesen zu haben.³⁵ Der die Lückenhaftigkeit begründende Normzweck gebietet es, die Unvollständigkeit unter Heranziehung der Wertung zu schließen, die der maßgeblichen Norm entnommen wurde. Die Übertragung der normierten Regel auf den unregelmäßig Sachverhalt folgt aus dem Postulat, Gleiches gleich zu behandeln. Im Schrifttum ist der Hinweis zu finden, die Analogie führe „keineswegs immer zu wörtlich identischer Anwendung der Rechtsfolgenanordnung“.³⁶ Eine derartige Anpassung der Rechtsfolgen scheint auch mir nicht per se ausgeschlossen. Es ist nur sehr genau darauf zu achten, dass darin nicht letztlich das Eingeständnis der fehlenden Gleichartigkeit stecken darf. Ein die Ungleichbehandlung rechtfertigendes Differenzierungskriterium wäre – wie gezeigt – bereits auf der Ebene der Feststellung der Lücke zu berücksichtigen. Es erschüttert nämlich die Annahme, das Fehlen einer Regelung sei planwidrig.

Diese Symbiose von Feststellung und Ausfüllung der Lücke wird in der Rechtsprechung des BGH nicht immer gesehen. So heißt es in einem Urteil aus dem Jahre 2003 etwa, eine Analogie sei nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält *und* der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem geregelten Tatbestand 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 herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.³⁷ Wie dargelegt ist es aber häufig die Existenz des gleichgelagerten Sachverhalts, die die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes erst offenbart. Die von der Rechtsprechung vorgenommene Separierung der beiden Merkmale wirkt nach meiner Beobachtung – ebenso wie das Abstellen auf den subjektiven Regelungsplan – als „Analogiebremse“.

4. „Ausnahmelücke“ und teleologische Reduktion

Die bisherigen Überlegungen bezogen sich auf solche Sachverhalte, die nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Regelung erfahren haben. In die Terminologie der Methodenlehre gewendet, heißt das, es ging bislang nur um „offene“ Lücken. Denkbar, und in der Praxis gar nicht einmal selten, sind aber ebenso Fälle, in denen ein bestimmter Sachverhalt nach dem Wortlaut des Gesetzes durchaus geregelt ist, obwohl der planadäquate Zweck der Regelung gegen eine Anwendung der Norm auf einen bestimmten Sachverhalt spricht. Paradigma ist der in § 181 BGB niedergelegte (abstrakte) Schutz des Prinzipals vor Insichgeschäften seines Vertreters. Eines solchen Schutzes bedarf es nach dem Zweck der Vorschrift nicht, wenn das Geschäft für den Vertretenen ausschließlich von Vorteil ist.³⁸ Das geschriebene Recht erweist sich insofern als lückenhaft, als es keine Ausnahmegvorschrift enthält. Es liegt eine „verdeckte“ oder, was m.E. plastischer formuliert ist, eine „Ausnahmelücke“ vor.

Diese Lücke lässt sich bisweilen durch entsprechende Anwendung einer andernorts zu findenden Ausnahmegvorschrift schließen. In Bezug auf § 181 BGB könnte man etwa an die in § 107 BGB niedergelegte Ausnahme denken. Beschränkte man die Rechtsfortbildung aber hierauf, hinge das Ergebnis oft vom Zufall ab, weshalb die heute h.M. als Pendant zur Analo-

³⁵ S. *Canaris* (o. Fußn. 1), S. 71 ff. Zust. etwa *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 182; *Larenz* (o. Fußn. 1), S. 401.

³⁶ *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 195 in Fn. 594.

³⁷ BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 = ZMR 2003, 667, 669.

³⁸ *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 9), S. 212; zu den Grenzen eines nach rechtlichen Kriterien ausschließlich vorteilhaften Geschäfts s. BGHZ 161, 170; vgl. ferner BGHZ 162, 137 (zur Parallelvorschrift in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

gie die teleologische Reduktion anerkennt. Bei ihr wird die nach dem planmäßigen Zweck gebotene Einschränkung des Normwortlauts durch den Rechtsanwender hinzugefügt. Wie bei der Analogie beschreibt auch hier der (gerade) noch mögliche Wortsinn die Grenze zur Auslegung, wobei die Übergänge zwischen teleologischer Reduktion und einfacher (restriktiver) Auslegung im Einzelfall ebenfalls fließend sein können.

Nicht in allen Fällen, in denen die Anwendung einer Vorschrift im Widerspruch zum Normzweck oder einem dem Gesetz immanenten Rechtsgrundsatz steht, bedienen sich die Gerichte aber einer teleologischen Reduktion. Gar nicht selten beschränkt man sich auf eine, in Deutschland meist am Prinzip von Treu und Glauben bzw. § 242 BGB „festgemachte“, Billigkeitskorrektur im Einzelfall. Man versagt dem Rechtsunterworfenen die Berufung auf ein ihm nach den Buchstaben des Gesetzes zustehendes Recht. Die Ursache hierfür liegt regelmäßig darin, dass es (noch) nicht möglich ist, die Fälle, auf die die Norm entgegen ihrem Wortlaut nicht angewendet werden soll, mit Hilfe abstrakter Kriterien zu umschreiben. Dies aber ist für eine statthafte teleologische Reduktion erforderlich.³⁹ Nur wenn es überhaupt möglich ist, eine abstrakt-generelle Ausnahmegesetzvorschrift zu formulieren, kann das Fehlen einer solchen Regelung eine planwidrige Unvollständigkeit bedeuten. Eine Umschreibung der Ausnahmen mittels abstrakter Kriterien ist auch dort – rechtlich betrachtet – „nicht möglich“, wo eine überschießende Regelung droht. Gemeint sind Konstellationen, in denen eine verallgemeinerte Ausnahme zum Einfallstor einer Normerosion zu werden droht. Vor allem dort, wo – wie bei Formvorschriften – Rechtssicherheitsbelange eine überragende Rolle spielen, scheut die Rechtsprechung davor zurück, abstrakte Ausnahmetatbestände, deren Ausfüllung durch die Instanzgerichte oftmals nicht sicher prognostiziert werden kann, zu formulieren und greift auf eine Einzelfallbetrachtung nach Treu und Glauben zurück.⁴⁰

Von einer gesetzesimmanenten Fortbildung kann in Bezug auf die teleologische Reduktion schließlich nur dann gesprochen werden, wenn die reduzierte Regelung weiterhin einen Anwendungsbereich behält. Andernfalls würde die Norm nicht aus- sondern „weggelegt“.⁴¹ Ist das nicht der Fall, handelt es sich um eine Korrektur des Gesetzes, weshalb besondere Umstände hinzutreten müssen, damit ein solches richterliches Vorgehen unter den Auspizien des Gewaltenteilungsgrundsatzes Bestand haben kann.⁴² Damit ist man gleichermaßen bei den Grenzen der Analogie wie der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung angelangt.

5. Grenzen der Analogie – „der Ausnahmecharakter der Vorschrift“ und „der eindeutige Wille des Gesetzgebers“ als Argumente gegen eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Analogie?

Absolute Grenzen, die einer Analogie selbst dann im Wege stehen, wenn die „teleologische Lücke“ nachgewiesen ist, gibt es kaum. Bereits oben wurde auf eine Schranke hingewiesen, das Analogieverbot. Ihm nahe steht ein Argumentationstopos, der auf der Parömie „singularia non sunt extendenda“ basiert. Ausnahmegesetzvorschriften werden bisweilen für nicht analogiefä-

³⁹ F. Bydliński (o. Fußn. 1), S. 480; Kramer (o. Fußn. 1), S. 222 f., mit dem Hinweis in Fn. 707, die „Durchgangsfunktion“ des Rechtsmissbrauchsverbots beziehe sich auch auf das Vorliegen „offener“ Lücken.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 127, 168.

⁴¹ So treffend Böckli, FS Cagianut, 1990, S. 289, 306 f.

⁴² Zu derartigen Fällen s. Kramer (o. Fußn. 1), S. 220.

hig gehalten. Auch der BGH betont immer wieder den Ausnahmecharakter einer Vorschrift, wenn es um deren analoge Anwendung geht. Für das Wohnraummietrecht findet sich diese Wendung etwa in Entscheidungen aus dem Jahre 2008 zu § 566 BGB⁴³ und den §§ 577, 577a BGB.⁴⁴ In beiden Fällen hat sich der Senat aber dadurch nicht von einer analogen Anwendung der Normen abhalten lassen.

Methodologisch betrachtet, verdient das Zustimmung, weil es ein allgemeines Analogieverbot für Ausnahmenvorschriften nicht gibt. Ist der zu entscheidende Sachverhalt im Hinblick auf die für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Gesichtspunkte genauso gelagert wie der gesetzlich normierte, ist eine Analogie aus Gründen der Gleichbehandlung geboten. Freilich kann gegen eine Analogie der Zweck der durch die Ausnahmenvorschrift durchbrochenen Regel sprechen, etwa wenn diese infolge der Analogie selbst zur Ausnahme zu werden droht.⁴⁵ Auch vom Normzweck nicht unmittelbar getragene, gewissermaßen sekundäre Erwägungen können gegen eine Analogie sprechen. Zu nennen sind insbesondere Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr. Derartige Einwände betreffen aber nur die (ggf. fehlende) Gleichartigkeit der Sachverhalte, weswegen eine Analogie bereits aus diesem Grunde ausscheidet (s.o. 2.).

In der Rechtsprechung des BGH findet sich des Öfteren auch die Wendung, der Analogie stehe „der eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen“. Mit diesem Argument sprach sich der VIII. Zivilsenat bspw. gegen den Verlust des Mietminderungsrechts in entsprechender Anwendung des § 536b BGB aus, wenn der Mieter die Miete in Kenntnis eines Mangels unverändert entrichtet, ohne den Mangel zu rügen.⁴⁶ Im konkreten Fall hatte der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes das Problem eines Minderungsausschlusses infolge fortgesetzter Mietzahlung bei Kenntnis des Mangels erkannt und die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze erwogen, sich aber dennoch gegen einen Ausschluss der Mängelrechte des Mieters nach Art des § 536b BGB entschieden. In Anbetracht dieser Umstände gebot es der Gewaltenteilungsgrundsatz, die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren. Indes gilt auch insoweit: Es fehlte bereits an einer planwidrigen Unvollständigkeit.

Hervorzuheben ist, dass derart eindeutige Willensbekundungen die Ausnahme sind. Dem Gesetzgeber wird oft unterstellt, er habe sich durch Aufnahme eines bestimmten Tatbestandsmerkmals „bewusst“ bzw. „eindeutig“ dafür entschieden, andere Sachverhalte von der Rechtsfolgenanordnung auszunehmen. Vor allem dann, wenn die tatbestandliche Beschränkung zu einem Verstoß gegen höherrangiges Recht führt, streitet der – im Zweifel normativ zu bestimmende – Wille zur Normtreue gegen die Annahme einer bewussten Entscheidung. Diese Erwägung beansprucht nicht nur bei der europarechtskonformen Rechtsfortbildung Bedeutung,⁴⁷ sie gilt ebenso in Bezug auf das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot.

Im Schrifttum⁴⁸ werden schließlich „unausfüllbare Lücken“ anerkannt. Sofern sich für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Rechtsfortbildung keine hinreichenden Vorgaben

⁴³ BGH NJW 2008, 2773 = ZMR 2008, 881.

⁴⁴ BGH NJW 2008, 2257.

⁴⁵ Vgl. *Neuner* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2006, S. 231, 244.

⁴⁶ BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 = ZMR 2003, 667, 669.

⁴⁷ Im Schrifttum wird, sofern ein abweichender Wille nicht hinreichend klar und „eindeutig“ hervortritt, von einer „Anschauungslücke“ des Gesetzgebers ausgegangen; s. *Herresthal*, NJW 2008, 2475, 2477.

⁴⁸ S. *Canaris* (o. Fußn. 1), S. 172 ff.; *Larenz* (o. Fußn. 1), S. 402; *Neuner* (o. Fußn. 45).

in der Rechtsordnung finden lassen, käme die richterliche Entscheidung purem Dezisionismus gleich. Zu derartigen bloßen Zweckmäßigkeitseinscheidungen ist zwar der Gesetzgeber legitimiert, nicht aber die Judikative (s. bereits oben II. 2. b). Damit ist zugleich eine Grenze der nunmehr noch kurz darzustellenden gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung markiert.

6. Exkurs: Die sog. gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Es wurde bereits erwähnt, dass zulässige richterliche Fortbildung des Rechts nicht auf sog. gebundenes Richterrecht beschränkt ist. Freilich verlässt man hier den Bereich der Analogie und damit das eigentliche Thema.⁴⁹ Folgende Bemerkungen seien zur Abrundung aber gestattet: Die Rechtsfortbildung erfüllt nach heute vorherrschender Auffassung nicht nur die Aufgabe, einer im Gesetz konkret vorgegebenen Regelung zum Durchbruch zu verhelfen, sondern der Richter ist – wie es § 1 Abs. 2 des ZGB der Schweiz ausdrücklich sagt – auch darüber hinaus zur Rechtsfortbildung befugt. Damit gehen unbestreitbar Defizite in der demokratischen Legitimation derart gebildeten Rechts einher.⁵⁰ Insbesondere dort, wo die politische Einschätzungsprärogative der Legislative berührt ist, droht ein Konflikt mit Art. 20 Abs. 3 GG. Das ist aber keineswegs notwendig der Fall, etwa wenn es um die Schaffung „technischer“ privatrechtlicher Instrumente wie Sicherungseigentum oder Anwartschaftsrecht geht.⁵¹

Ein weiteres, aktuelles Beispiel ist die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf die es sogleich noch ankommen wird, und der Wohnungseigentümergeinschaft durch den BGH.⁵² Sie war im (ursprünglichen⁵³) Regelungsplan des Gesetzgebers nicht vorgesehen und auch nicht durch den positiven Normenbestand i.V.m. mit dem Gleichheitssatz „gefordert“. Letztlich waren es vor allem praktische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die den Anlass für die Fortbildung des Rechts bildeten.⁵⁴ Obwohl die Rechtsfähigkeit im Zeitpunkt, als der BGH sie jeweils anerkannte, also keineswegs gesetzesimmanent war, wird man doch ebenso wenig sagen können, der Gesetzgeber habe eine derartige Fortentwicklung ausschließen wollen. Ihm bleibt die Möglichkeit, auf „ungewünschte“ Judikate durch Gesetzesänderung zu reagieren, wie er es in Bezug auf die Kündigungsfristen des Mieters getan hat, indem er Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB um einen zweiten Satz ergänzte.⁵⁵ Die im Schrifttum teils vehement vorgetragenen Einwände gegen die Rechtsfähigkeit der genannten Personenverbände hingegen haben bei der Legislative kein Gehör gefunden. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, den positiven Normenbestand entsprechend anzupassen.

Das Für und Wider dieser vom BGH in Anspruch genommenen Rechtsfortbildungskompetenz kann hier auf sich beruhen; vergleichbare „Paradigmenwechsel“ haben das Mietrecht meines Wissens nicht ereilt. Hingewiesen sei darauf, dass eine derartige Fortentwicklung geradezu notwendig zur Lückenhaftigkeit des positiven Normenbestandes führt. Wie sollte es bei einem nicht gesetzesimmanenten Institut auch anders sein. Die Lücken wiederum sind nach den

⁴⁹ Zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 227 ff.; Larenz (o. Fußn. 1), S. 413 ff.

⁵⁰ Hierzu etwa *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417.

⁵¹ Zu den „Verobjektivierungsfaktoren“, die eine willkürliche richterliche Rechtsfortbildung verhindern sollen, s. *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 236 ff.

⁵² BGHZ 146, 341 bzw. 163, 154.

⁵³ S. nunmehr aber § 10 Abs. 6 WEG und § 899a BGB.

⁵⁴ Sie haben etwa mit dem Gesellschafter-/Eigentümerwechsel zu tun.

⁵⁵ Hierzu *Häublein* (o. Fußn. 5), § 573c Rn. 18 m.w.N.

oben genannten Grundsätzen durch Analogie zu schließen. Da die Rechtsordnung zahlreiche Vorschriften bereit hält, die die Konsequenz aus der Rechtsfähigkeit einer Personenvereinigung ziehen, besteht die eigentliche Herausforderung für den Rechtsanwender darin, die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte offenzulegen. Zu einfach macht man es sich nach meinem Dafürhalten, wenn man dem Verband einfach das Label Personalgesellschaft oder Körperschaft aufprägt, um damit den Rekurs auf Normen zu rechtfertigen, die dem einen oder anderen Bereich zugehören. Zum einen nämlich hat der Gesetzgeber die verschiedenen Fragen (z.B. Mehrheitserfordernisse, Vertretung im Rechtsverkehr, Beschlussmängel) innerhalb dieser großen Gruppen keineswegs einheitlich geregelt. Zum anderen erfordert die teleologische Methode eine Betrachtung des Zwecks der jeweiligen Norm und ihren Abgleich mit der Interessenlage beim nicht geregelten Verband.

III. Absicherung des Schutzanliegens des sozialen Mietrechts durch analoge Rechtsanwendung dargestellt anhand von § 565 BGB

1. Normzweck und Entstehungsgeschichte des § 565 BGB

Ziel des § 565 BGB ist es, eine Lücke im System des sozialen Mietrechts zu schließen. Sie war offenbar geworden, als eine nicht unerhebliche Zahl von Vermietern – vor allem im sog. Bauherrenmodell – dazu überging, ihre Wohnungen gewerblichen Zwischen(ver)mietern zur Verfügung zu stellen, damit diese sie Wohnungssuchenden vermieten. Infolge fehlender Vertragsbeziehungen zwischen dem Nutzer der Wohnung und deren Eigentümer sah sich Ersterer einem Herausgabeverlangen des Letzteren ausgesetzt, sobald das Zwischenmietverhältnis endete. Dessen Beendigung wurde dadurch erleichtert, dass derartige Zwischenmietverhältnisse nach ganz h.M.⁵⁶ keine Wohnraummietverhältnisse darstellen, da der Mieter nach dem Vertragsinhalt keine Wohnnutzung beabsichtigt.

Nachdem der BGH wiederholt versucht hatte, den Untermieter, dem die aus der gewählten Vertragskonstruktion resultierenden Nachteile nicht bekannt waren, mit Hilfe von § 242 BGB zu schützen,⁵⁷ trat 1991 das BVerfG auf den Plan. Es monierte die dem Gleichbehandlungsgebot widersprechende Schlechterstellung solcher Mieter, die ihre Wohnung von einem derartigen Zwischenmieter gemietet hatten.⁵⁸ Der durch die Zivilgerichte vermittelte Schutz wurde als unzureichend eingestuft, weil er davon abhängig war, ob der Wohnungssuchende bei Abschluss des Mietvertrages Kenntnis vom Bestehen des Zwischenmietverhältnisses hatte. Hierin sah das Verfassungsgericht einen Widerspruch zu der Tatsache, dass Mieter nicht wirksam auf die Kündigungsschutzvorschriften verzichten können.

Der Gesetzgeber griff diese Vorgaben im 4. MietRändG auf und setzte zum 1. September 1993 den § 549a BGB a.F. in Kraft. Die Vorschrift entspricht abgesehen von geringfügigen redaktionellen Änderungen dem heutigen § 565 BGB. Der Schutz des Untermieters wird dadurch gewährleistet, dass bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses das Untermietverhältnis auf dem Hauptvermieter übergeleitet wird. Kommt es zu einer erneuten Zwischenvermietung,

⁵⁶ BGHZ 94, 11, 14 ff.; 133, 142, 147.

⁵⁷ S. BGHZ 84, 90; 114, 96.

⁵⁸ BVerfGE 84, 197 = NJW 1991, 2272.

wird der Vertrag auf den neuen Zwischenmieter übergeleitet (§ 565 Abs. 1 S. 2 BGB). Vorbild für dieses Modell war die heute in § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) beheimatete Regelung.

2. Das Erfordernis einer gewerblichen Zwischenvermietung

Voraussetzung für die Vertragsüberleitung nach Maßgabe des § 565 BGB ist ein *gewerbliches Tätigwerden* des Zwischenvermieters. Mangels näherer Vorgaben des Gesetzes muss der Gewerbebegriff im Wege der Auslegung konkretisiert werden. Nach herkömmlicher, zu § 1 HGB entwickelter Definition handelt gewerbsmäßig, wer eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige und wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁵⁹ Freiberufliche Tätigkeit fällt nach überkommener herrschender Ansicht nicht unter den Gewerbebegriff. Zumindest für den Bereich des Handelsrechts wird kontrovers diskutiert, ob die Absicht, Gewinne zu erzielen, konstitutiv für ein Gewerbe ist oder ob es ausreicht, dass eine entgeltliche Leistung am Markt angeboten wird. Der Streit erlangt vor allem für Unternehmen der öffentlichen Hand und karitative Einrichtungen Bedeutung.

Der BGH interpretiert den Begriff unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 565 BGB dahin, dass die auf Dauer gerichtete, mit der Absicht der Gewinnerzielung oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübte Vermietungstätigkeit vom Wortlaut erfasst ist. Damit scheiden aus dem Anwendungsbereich nicht nur die Fälle aus, in denen der Zwischenmieter karitative Zwecke erfüllt, etwa Jugendlichen und Heranwachsenden aus zerrütteten Familien eine Unterkunft zu gewähren und sie durch Sozialarbeiter zu betreuen.⁶⁰ Nicht erfasst werden vielmehr ebenso Sachverhalte, in denen die Räume einem Zwischenmieter überlassen werden, der sie dann im *eigenen Interesse*, etwa an seine Mitglieder⁶¹ oder Arbeitnehmer, weitervermietet. Schließlich wird auch derjenige nicht gewerblich tätig, der, z.B. als Familienangehöriger des Vermieters, die Zwischenmieterstellung ohne eigene finanzielle Interessen einnimmt.

Die Bandbreite der Fallgestaltungen verdeutlicht einerseits, dass auch eine extensive Auslegung des Begriffs gewerbliche Weitervermietung nicht alle in Betracht kommenden Sachverhalte abdeckt. Andererseits sind die der Rechtsfindung zu Grunde liegenden maßgeblichen Wertungen, die auf dem Zweck der Norm basieren, ungeachtet der Frage, ob man den Bereich der Auslegung i.e.S. bereits überschritten hat, im Wesentlichen identisch.

3. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung

In zwei Urteilen aus dem Jahre 2003 hat der BGH ausdrücklich offen gelassen, ob § 549a BGB a.F. (heute § 565 BGB) analog auf Sachverhalte anzuwenden ist, in welchem der Zwischenmieter die Wohnungen an seine Mitglieder weitervermietet. Bedenken hatte der Senat offenbar deswegen, weil der Gesetzgeber mit der Schaffung der Vorschrift allein die gewerbliche Zwischenvermietung regeln wollte.⁶² Das dabei zu Tage tretende subjektive Verständnis des Gesetzeszweckes ist, wie oben dargelegt (II. 2. b), abzulehnen.⁶³ Wenn man davon aus-

⁵⁹ Micklitz in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 14 Rn. 18.

⁶⁰ So der Sachverhalt der Leitentscheidung BGHZ 133, 142.

⁶¹ Zur Zwischenmiete durch einen e.V., der die Wohnungen an Vereinsmitglieder weitervermietete, s. BGH ZMR 2003, 816; BGH NJW 2003, 3054.

⁶² S. die Nachw. in der vorh. Fußn. Die in Bezug genommene Passage befindet sich jew. unter Tz. 9 (juris).

⁶³ Krit. auch Baldus, ZMR 2003, 818.

geht, dass der zu entscheidende Sachverhalt dem gesetzlich normierten in Bezug auf die maßgeblichen rechtlichen Aspekte gleicht, was der BGH unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 GG ausdrücklich annimmt, liegt eine „teleologische Lücke“ vor. Zum Regelungsplan gehört losgelöst vom konkreten Gesetzgebungsanlass mindestens ebenso der an zahlreichen Stellen des sozialen Mietrechts niedergelegte Wille, dieses gegen Umgehungen abzusichern.⁶⁴ Nichts spricht dafür, der Gesetzgeber habe bei Schaffung der Vorschrift erkannt, welche Bedrohungen des Bestandsschutzes sich in Sachverhalten, wie sie der BGH im Jahr 2003 zu entscheiden hatte, ergeben können. Es wäre daher – bejaht man die Gleichheit der Sachverhalte – konsequent gewesen, die für eine analoge Anwendung erforderliche Lücke zu bejahen und nicht, wie vom BGH getan, auf den methodisch schwer zu fundierenden Hinweis auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz auszuweichen.

4. Die analoge Anwendung von § 565 BGB und ihre Grenzen

Welche Gründe könnten den BGH nun aber dazu bewogen haben, sich nicht auf ein analoge Anwendung von § 565 BGB festzulegen? Ich glaube, die Antwort liegt in den Rechtsfolgen dieser Vorschrift. Dem VIII. Zivilsenat ging es offenkundig in erster Linie darum, dem Untermieter die *Berufung auf die Kündigungsschutzvorschriften* zu ermöglichen. § 565 BGB aber geht darüber erkennbar hinaus. Es bedeutet einen nicht unerheblichen Eingriff in die Privatautonomie des Eigentümers/Vermieters, ihn ohne seinen Willen an einen Vertrag zu binden. Diese Rechtsfolge erscheint dann gerechtfertigt, wenn der Hauptvermieter den Zwischenmieter gerade deswegen eingeschaltet hat, um die Bindung an das soziale Mietrecht zu vermeiden.⁶⁵ Auf das gewerbliche Tätigwerden des Zwischenmieters darf es insofern bei teleologischer Betrachtung in der Tat nicht ankommen. Wurde die Vertragsgestaltung aber nicht vom vermietenden Eigentümer gewählt, sondern liegen die Gründe in der Sphäre des Zwischenmieters oder gar des Untermieters, muss man sich nach der Vergleichbarkeit der Fälle und danach fragen, ob der Mieterschutz durch ein milderes Mittel verwirklicht werden kann.

Ein solches milderes Mittel könnte darin bestehen, das Hauptmietverhältnis den Vorschriften des sozialen Mietrechts zu unterwerfen. Bereits der Wortlaut des § 549 BGB, der von Mietverhältnissen über Wohnraum spricht, ließe dies wohl zu. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1991 u.a. gerügt, der Schutz des Nutzers vor einem Verlust der Wohnung bleibe hinter dem Schutz zurück, den der typische Untermieter genießt, der einen Teil der vom Hauptmieter genutzten Wohnung gemietet hat.⁶⁶ Dessen Schutz beschränkt sich im Verhältnis zum Hauptvermieter typischerweise auf die Bindung des Letztgenannten an das soziale Mietrecht im Verhältnis zum Hauptmieter. Darin liegt weder eine Umgehung des sozialen Mietrechts, noch eine aus Sicht des Untermieters unzumutbare Bedrohung des Bestandes seines Mietverhältnisses. Letzterer nämlich weiß in derartigen Konstellationen, dass sein berechtigter Besitz vom Bestand des Hauptmietverhältnisses abhängt. Ebenso lag es im Falle der Benutzung der Wohnung durch die Vereinsmitglieder.

⁶⁴ Nach der Rspr. des BVerfG hat der Gesetzgeber die Aufgabe, im Mietrecht die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen; BVerfGE 68, 361, 368 = NJW 1985, 2633.

⁶⁵ Das darf nicht dahin missverstanden werden, der Verf. wolle dem Untermieter den Nachweis einer entsprechenden Umgehungsabsicht auferlegen; s. hierzu *Häublein* (o. Fußn. 5), § 565 Rn. 11.

⁶⁶ S. BVerfG (o. Fußn. 58).

Es muss an dieser Stelle weder entschieden werden, ob wohnraummietrechtliche Vorschriften auf Zwischenmietverhältnisse, die auf die Weitergabe des Mietobjektes an Wohnungssuchende gerichtet sind, entsprechend anzuwenden sind, noch bedarf es einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Absicht, die Wohnung einem anderen zur Nutzung zu überlassen, der Annahme eines Wohnraummietverhältnisses tatsächlich notwendig entgegensteht. Entscheidend für das hier behandelte Thema ist die Erkenntnis, dass in der Tat Unterschiede zwischen der gewerblichen Zwischenvermietung und den vom BGH im Jahr 2003 entschiedenen Sachverhalten bestehen. Sie können gegen eine entsprechende Anwendung des § 565 BGB ins Feld geführt werden. Der Besitz des Mieters ist in besonderer Weise gefährdet, wenn der Zwischenmieter im Lager des Hauptvermieters steht. In diesen Fällen wäre der Wohnungsmieter nämlich selbst bei Anwendung der Vorschriften des sozialen Mietrechts auf das Vertragsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Zwischenmieter nicht davor geschützt, dass die Parteien dieses Vertrages das Rechtsverhältnis einvernehmlich beenden. Aus diesem Grunde scheint die Vertragsüberleitung ohne den Willen des Hauptvermieters sachgerecht. Steht der Zwischenmieter jedoch eher im Lager des die Wohnung letztlich Nutzenden verringert sich dieses Risiko auf die Gefahren, denen auch ein typischer Untermieter ausgesetzt ist.

Diese Überlegungen zeigen, dass für die Zurückhaltung des BGH in Bezug auf eine analoge Anwendung des § 565 BGB durchaus gute Gründe streiten. Zur Kritik Anlass gibt aber das methodische Vorgehen. Der Verweis auf Art. 3 GG ist unpräzise und trägt den Unterschieden der zu bewertenden Sachverhalte nicht Rechnung.

IV. Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Vermieterkündigung bei der Wohnraummiete

Wie eingangs erwähnt, bildet die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Beendigung von Wohnraummietverhältnissen durch den Vermieter den aktuellen Anlass, Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Mietrecht unter die Lupe zu nehmen. Da es nicht möglich ist, sämtliche Entscheidungen darzustellen, in denen der BGH in den zurückliegenden Jahren eine durchaus in Betracht kommende Analogie abgelehnt hat, möchte ich mich auf drei ausgewählte Urteile beschränken. In allen drei Fällen fanden die Vermieter mit ihren Räumungsbegehren erst in der Revisionsinstanz Gehör.

1. BGH, Urt. v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04 (Zahlungsverzugskündigung)

a) Sachverhalt

Die Bekl. blieb Mietzahlungen schuldig, die die Summe von zwei Monatsmieten überstiegen, weswegen die Kl. das Mietverhältnis unter Berufung auf die Zahlungsrückstände fristlos, vorsorglich fristgemäß kündigte. Nach Zugang des Kündigungsschreibens zahlte die Beklagte einen Teil der rückständigen Mieten, nach Erhebung der Räumungsklage beglich das für die Bekl. zuständige Sozialamt den Rest. Die Kl. begehrt Räumung und Herausgabe der Mietwohnung. Das Amtsgericht und das Landgericht haben die Klage insoweit abgewiesen.

b) Entscheidungsgründe und kritische Analyse

aa) Der BGH widersprach der Begründung des Berufungsgerichts, das festgestellt hatte, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB beseitige die Wirksamkeit der Kündigung insgesamt und diene nicht nur dazu, dem Mieter eine Kündigungsfrist zu verschaffen. Geradezu schulmäßig werden dafür der Wortlaut, die historische Auslegung, die systematische Stellung sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung angeführt.⁶⁷

Sowohl der Wortlaut als auch die systematische Stellung der Norm sprechen evident gegen eine unmittelbare Anwendung. Aus diesem Grunde kann sie per se allenfalls entsprechend herangezogen werden.⁶⁸ Es stellt sich also die Frage, ob das Gesetz insoweit lückenhaft ist.

Obwohl der BGH dieser Frage nicht explizit nachgeht, lassen die Entscheidungsgründe doch erkennen, warum eine Analogie zu § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht befürwortet wurde. Die *historische Auslegung* ergebe spätestens seit der Mietrechtsreform 2001, dass kein "gesetzgeberisches Versehen" vorliege. Dem Gesetzgeber seien die Rechtsentscheide zweier Oberlandesgerichte bekannt gewesen, die die Heilungswirkung der nachträglichen Zahlung gegenüber einer ordentlichen Kündigung verneinten. Gleichwohl habe man keinen Regelungsbedarf gesehen, was die im Vergleich zur bisherigen Rechtslage unveränderte Neufassung zeige.⁶⁹

Eine Fortsetzung finden diese Überlegungen zur Genese der Vorschrift im Rahmen der teleologischen Auslegung. Die Schonfristzahlung, so der BGH, diene der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit. Diese Gefahr bestehe bei einer ordentlichen Kündigung, die an Fristen gebunden sei, in geringerem Maße.⁷⁰ Neben diesem (historischen) Zweck der Norm verweist der BGH darauf, dass § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB an andere Kriterien anknüpfe als die außerordentlichen Kündigungsgründe (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1-3 BGB). Eine ordentliche Kündigung infolge Säumigkeit des Mieters sei zulässig, weil dieser seine vertraglichen Pflichten schuldhaft in nicht unerheblicher Weise verletze. Die einmal eingetretene Pflichtverletzung könne nicht durch bloße nachträgliche Zahlung geheilt werden. Außerdem werde der Mieter durch das Verschuldenserfordernis insofern begünstigt, als er sich im Unterschied zur außerordentlichen Kündigung auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe berufen könne. Eine nachträgliche Zahlung des Mieters könne schließlich im Rahmen des Verschuldens berücksichtigt werden, weil sie die Vertragspflichtverletzung in einem "milderen Licht" erscheinen lasse.⁷¹ Methodisch betrachtet geht es bei diesen Erwägungen darum, die fehlende Vergleichbarkeit der beiden Fälle aufzuzeigen. Zu fragen ist, ob es sich hierbei um die für die rechtliche Bewertung entscheidenden Umstände handelt. Hierfür kommt es wiederum auf den Zweck der Norm an.

bb) Im Schrifttum wird der Sinn und Zweck der Vorschrift darin gesehen, dem Mieter seine Wohnung zu erhalten. Auch wenn sich diese Aussage nicht ausdrücklich in den Erwägungen des Gesetzgebers findet, ist die Annahme eines solchen objektiven Normzwecks gerechtfertigt. Nur sie korrespondiert mit der vorgesehenen Rechtsfolge. Ginge es allein darum, dem Mieter eine gewisse Zeit einzuräumen, damit er sich nach neuem Wohnraum umschauen

⁶⁷ BGH ZMR 2005, 356 = NZM 2005, 334, Tz. 13 ff.

⁶⁸ Ebenso *Hinz*, JR 2006, 29, 30, in seiner Anm. zum Urteil des BGH.

⁶⁹ S. BGH (o. Fußn. 67), Tz. 15.

⁷⁰ BGH, a.a.O., Tz 18 mit Hinw. auf die Gesetzesbegründung zum MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

⁷¹ BGH, a.a.O., Tz. 19.

kann, hätte es genügt, ihm bei nachträglicher Zahlung eine Räumungsfrist zu gewähren. Demgegenüber erklärte bereits die ursprüngliche Vorschrift, nämlich § 3 Abs. 3 MSchG, die Beendigung des Vertrages für unzulässig, wenn der Mieter den Vermieter vor dem Erlass des Aufhebungsurteils befriedigte. In den Motiven findet sich dementsprechend auch kein Hinweis darauf, der Gesetzgeber habe lediglich die Gefahr der durch eine fristlose Kündigung erhöhten Obdachlosigkeit bannen wollen.⁷² Gleiches gilt für die gesetzgeberischen Erwägungen zu § 554 Abs. 3 BGB a.F. durch die die Schonfristzahlung in den 1960er Jahren in das BGB übernommen wurde.⁷³ Selbst wenn dies anders wäre, erschiene doch in Anbetracht der im heutigen sozialen Rechtsstaat bestehenden tatsächlichen Verhältnisse eine Obdachlosigkeit infolge gerade *fristloser* Kündigung wenig wahrscheinlich. Bereits die Dauer eines herkömmlichen Räumungsrechtsstreits überschreitet die gesetzlichen Kündigungsfristen. Kurzum: Es ist nicht überzeugend, den Normzweck allein unter Hinweis auf die Bemerkung in der Begründung zum Mietrechtsreformgesetz zu determinieren.

Im Schrifttum⁷⁴ ist die Entscheidung des BGH als völlig zutreffend erachtet worden, weil im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vom Sachverständigen *Hubert Blank* eine letztlich nicht umgesetzte Empfehlung ausgesprochen worden war, die entsprechende Geltung des § 569 Abs. 3 BGB ausdrücklich in § 573 BGB zu verankern.⁷⁵ Das aber bedeutet nicht, dass eine (wohlgemerkt: gesetzesimmanente) Rechtsfortbildung im Wege der Analogie ausscheidet, sondern nur, dass der Gesetzgeber das Problem in der Tat nicht einfach übersehen hat. Den Materialien ist aber ebenso wenig zu entnehmen, dass eine Anwendung der Sperrfrist ausgeschlossen werden sollte. Es bedeutet daher keine Rechtsfindung „contra legem“, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB analog anzuwenden. Zwar erscheint das Urteil des BGH vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der geltenden Gesetzesfassung durchaus vertretbar, jedoch möchte ich daran festhalten, dass die besseren Gründe für eine Analogie sprechen.⁷⁶

Zunächst einmal liegt ein Erstrechtsschluss nahe: Sofern die nachträgliche Zahlung geeignet ist, die für eine außerordentliche Kündigung erforderliche gravierende Zerrüttung zu beseitigen, muss erst recht der ordentliche Kündigungsgrund entfallen. Zwar wird die eingetretene Pflichtverletzung, worauf der BGH hinweist, durch Zahlung nicht beseitigt, jedoch gilt das auch für die fristlose Kündigung. Das Verschuldenserfordernis verleiht der zur ordentlichen Kündigung berechtigenden Pflichtverletzung keine grundsätzlich andere Qualität, wofür m.E. bereits § 286 Abs. 4 BGB spricht. Selbst wenn man mit dem BGH im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in verstärktem Maße den Einwand eines „unvorhersehbaren wirtschaftlichen Engpasses“ zulässt, dürfte dieser in der Praxis einer Kündigung eher selten entgegenstehen. In der Regel wird man dem Mieter den Vorwurf machen können, sich nicht rechtzeitig ggf. um staatliche Hilfe bemüht zu haben. Außerdem enthält § 569 Abs. 3 BGB dem schuldhaft handelnden Mieter die Heilungsmöglichkeit gerade nicht vor.

Neben diesem Erstrechtsschluss – der selbstverständlich nur dann trägt, wenn die ordentliche Kündigung *ausschließlich* auf der in §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB geregelt

⁷² S. die Erwägungen in Reichstagsdrucksache 1920/22, Nr. 4185, S. 4537.

⁷³ Vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 10.

⁷⁴ *Hinz* (o. Fußn. 68).

⁷⁵ *Blank*, NZM 2001, 167, 169.

⁷⁶ S. hierzu bereits *Häublein* (o. Fußn. 5), § 573 Rn. 60 ff.

ten Pflichtverletzung beruht und nicht weitere Umstände hinzutreten – spricht für eine Analogie, dass die Sozialbehörden Mietschulden nur dann übernehmen können, wenn dadurch der Fortbestand des Mietverhältnisses gesichert ist.⁷⁷ Insofern geht es um die Folgerichtigkeit der gesetzlichen Kündigungsvorschriften im Gesamtkontext des sozialen Mietrechts.

Schließlich sorgt eine analoge Anwendung der Schonfrist für Rechtssicherheit. Wie erwähnt soll nach Auffassung des BGH die spätere Zahlung der geschuldeten Miete im Rahmen des Verschuldens gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB berücksichtigt werden können. Dabei bleibt nicht nur offen, wie ein nach Pflichtverletzung und Kündigung eintretender Umstand auf den Sorgfaltsmaßstab einwirken können soll. Es werden den Instanzgerichten außerdem keinerlei Kriterien dafür an die Hand gegeben, unter welchen Voraussetzungen von einem nachträglichen Wegfall des Kündigungsgrundes auszugehen ist. Die Kriterien des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB sind deutlich besser geeignet, für Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr zu sorgen.

2. BGH, Urt. v. 16.7.2009 - VIII ZR 231/08 (sog. „Münchener Modell“)

a) Sachverhalt

Die klagende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) erwarb ein vermietetes Mehrfamilienhaus in München. Zweck der Gesellschaft war nach deren Gründungsvertrag der Erwerb einer Liegenschaft verbunden mit der Eigennutzung der Wohnungen durch die Gesellschafter. Jedem der Gesellschafter war das alleinige Nutzungsrecht an einer Wohnung zugewiesen. Wenige Wochen nach dem Erwerb erklärte die GbR, die gem. § 566 BGB in die Mietverhältnisse eingetreten war, den Mietern die Kündigung und berief sich dabei auf den Eigenbedarf derjenigen Gesellschafter, denen die Wohnung zur Nutzung zustehen sollte. Nach Ablauf der Kündigungsfrist wurden die Wohnungen sodann in Eigentum nach dem WEG umgewandelt und entsprechend der Nutzungsregelung im Gesellschaftsvertrag intern verteilt. Die Kl. nimmt die Bekl. auf Räumung und Herausgabe in Anspruch. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Kl. hat das Landgericht zurückgewiesen.

b) Entscheidungsgründe und kritische Analyse

Aus methodischer Sicht sind zwei Aspekte der Entscheidung von besonderem Interesse. Zum einen bejaht der BGH unter Bestätigung eines Urteils aus dem Jahr 2007⁷⁸ die Zulässigkeit einer Eigenbedarfskündigung durch eine GbR. Zum anderen spricht er sich gegen eine analoge Anwendung von § 577a BGB aus. Beides ist zu hinterfragen.

aa) Eigenbedarfskündigung seitens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Gem. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine Eigenbedarfskündigung gerechtfertigt, wenn *der Vermieter* die Räume *als Wohnung für sich* oder die genannten Personen benötigt. Vermieter war im konkreten Fall die GbR. Eine rechtsfähige Gesellschaft ist ein artifizielles Gebilde, das nicht wohnen kann. Gleichwohl bejaht der BGH die Möglichkeit einer Kündigung. Dabei verweist er auf sein Urteil vom 27. Juni 2007, ohne das Problem erneut zu vertiefen.

⁷⁷ So bereits *Hinz* (o. Fußn. 68), Fußn. 31.

⁷⁸ NJW 2007, 2845.

Eine tragfähige Begründung für die vom VIII. Senat befürwortete Kündigungsmöglichkeit findet man jedoch in der angeführten Entscheidung nicht. Die Behauptung, „die Kündigung durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist ... grundsätzlich auch wegen des Eigenbedarfs eines Gesellschafters zulässig“⁷⁹, wird maßgeblich wie folgt begründet: „Der Eigenbedarf eines Gesellschafters ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls deshalb grundsätzlich zuzurechnen, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft insoweit schlechter zu stellen als Mitglieder einer einfachen Vermietermehrheit.“⁸⁰ Betrachtet man diese Feststellung durch die Brille der Methodenlehre, wird versucht, eine entsprechende Anwendung bzw. „teleologische Extension“⁸¹ der Norm unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot zu rechtfertigen. Der Wortlaut des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird, da ein rechtsfähiger Personenverband nicht wohnen kann, überschritten.⁸² Aber liegen die Fälle tatsächlich hinsichtlich der für ihre rechtliche Bewertung maßgeblichen Aspekte gleich? Dieser Frage muss man sich der Sache nach ebenfalls zuwenden, wenn man das Kündigungsrecht nicht, wie es der BGH zu tun scheint, auf den Eigenbedarfstatbestand stützt, sondern auf den allgemeinen Grundtatbestand (§ 573 Abs. 1 BGB).⁸³ Andere als die in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründe müssen nämlich anerkanntermaßen ein vergleichbares Gewicht haben.⁸⁴ Es geht dabei um die Sicherung des Bestandsschutzes.

M.E. besteht ein signifikanter Unterschied des vom BGH entschiedenen Sachverhalts zu den Fällen, in denen ein Eigenbedarfsgrund für einen von mehreren Miteigentümer geltend gemacht wird, darin, dass sich der Gesellschafterbestand einer GbR formlos verändern lässt. Ohne hohe Transaktionskosten kann der Kreis der eigenbedarfsberechtigten Personen modifiziert werden. Bei den vom Senat zum Vergleich herangezogenen Personenmehrheiten liegt dies anders. Ein Eintritt in die Vermieterstellung gem. § 566 BGB erfordert bei Miteigentümern grundsätzlich die Grundbucheintragung, der regelmäßig ein notarieller Vertrag vorausgeht. Welches Potential die Rechtsprechung des BGH birgt, wird offenbar, wenn man sich vorstellt, Vermieter würden verstärkt dazu übergehen, Wohnungen als GbR zu vermieten. Jede Aufnahme eines neuen Gesellschafters mit Eigenbedarf ermöglichte die Kündigung.⁸⁵

⁷⁹ BGH NJW 2007, 2845 Tz. 12. Es folgen Schrifttumsnachweise, unter denen sich auch die Kommentierung des Verf. findet. Dort (Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, § 573 Rn. 67) wird allerdings betont, dass der Schutzzweck des § 573 BGB eine differenzierte Betrachtung erfordert. Diese vorzunehmen sah sich der BGH nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit gehindert; a.a.O. S. 2846, Tz. 16.

⁸⁰ Ebenda, Tz. 15.

⁸¹ Sie wird teilweise von der Analogie unterschieden; s. *Canaris* (o. Fußn. 1), S. 89 ff. Beiden wird aber eine enge Verwandtschaft attestiert; *Kramer* (o. Fußn. 1), S. 196 in Fn. 597.

⁸² Die im Folgenden angestellten Überlegungen beanspruchen freilich auch dann Gültigkeit, wenn man die Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf die GbR nur als extensive Auslegung ansieht. Diese müsste sich nämlich ebenfalls am Zweck des § 573 BGB und dem Erfordernis, die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen plausibel zu begründen, messen lassen.

⁸³ Für Betriebsbedarf etwa *Grunewald*, NJW 2009, 3486, 3487.

⁸⁴ S. *Häublein* (o. Fußn. 5), § 573 Rn. 34.

⁸⁵ Mit Hilfe der noch 2007 formulierten Einschränkung, Eigenbedarf könne nur zugunsten eines Gesellschafters geltend gemacht werden, der bereits bei Vertragsschluss zum Gesellschafterkreis gehörte (s. BGH NJW 2007, 2845, 2846 Tz. 17), dürften sich diese Fälle nicht in den Griff bekommen lassen. Zwar lässt der BGH in seiner jüngsten Entscheidung unentschieden, ob die Einschränkung fortbesteht (s. BGH NJW 2009, 2738, Tz. 15), jedoch erscheint ein Festhalten an dieser Judikatur ohne gravierende Wertungswidersprüche nicht möglich. Wenn zugunsten der Mitglieder einer erst nach Abschluss des Mietvertrages in das Mietverhältnis eingetretenen GbR gekündigt werden kann, dann muss dies ebenfalls für neue Gesellschafter einer GbR gelten, die von vornherein die Vermieterstellung inne hatte. Der Mieter, der von vornherein mit einer GbR, kontrahiert er-

Wohnungssuchende entfernte Verwandte, die an sich nicht die Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllen, könnten in eine etwa aus Eheleuten gebildete GbR aufgenommen werden, die dann zur Kündigung wegen Gesellschaftereigenbedarfs berechtigt wäre. Diese Überlegungen zeigen, dass es durchaus Gründe gibt, zwischen den beiden Fällen zu differenzieren, die der BGH zur Begründung seines Urteils über einen Kamm schert.

Gegen die Begründung des BGH spricht außerdem, dass sie sich auf weitere rechtsfähige Verbände übertragen ließe. Organisierten sich die Erwerber nach dem sog. „Münchener Modell“ etwa aus Haftungsgründen in der Rechtsform einer KG, was §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB ermöglichen, stünde man vor der Frage, warum es gerechtfertigt sein sollte, diese Gesellschaftsform anders zu behandeln als die GbR. Für die KG hat der VIII. Zivilsenat nur fünf Wochen vor Erlass des ersten Urteils zur GbR offengelassen, ob Eigenbedarf zugunsten eines Gesellschafters geltend gemacht werden kann.⁸⁶ Bejaht man dies, liegt es nicht mehr fern, für eine KGaA ebenso zu entscheiden usw.⁸⁷ Die Rechtsunsicherheit ist geradezu greifbar.

Dem BGH ist aber nicht nur der Vorwurf zu machen, seine Entscheidung mit einer Aussage begründet zu haben, die kaum einzugrenzen ist und daher für Rechtsunsicherheit sorgt. Bereits der Ausgangspunkt ist angreifbar; denn die Behauptung, die unterschiedliche Behandlung von Miteigentümern und Gesellschaftern einer GbR sei nicht zu rechtfertigen, ist nicht nur deswegen inhaltlich unzutreffend, weil die soeben aufgezeigten Unterschiede bestehen. Vielmehr hat derjenige, der unter dem „Mantel“ einer rechtsfähigen Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt, die damit verbundenen Konsequenzen zu tragen.⁸⁸ Personen, die sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen und als solche vermieten, müssen alle mietvertraglichen Erklärungen künftig im Namen des Verbandes abgeben. Allenfalls dort, wo die Außen-GbR nicht bewusst zum Einsatz kommt, die Vermieterstellung der GbR also das Ergebnis (teils komplexer⁸⁹) Auslegungserwägungen des Richters ist, erschiene mir die Ungleichbehandlung von GbR und Miteigentümergeinschaft problematisch.

Ich habe den Eindruck, dass es gerade diese Fälle sind, die der VIII. Senat bei seiner ersten Entscheidung zur vermietenden GbR vor Augen hatte. Vor allem vermietende Ehegatten werden nicht selten überrascht sein, wenn ihnen der Richter – lange nach Abschluss des Mietvertrages – mitteilt, sie bildeten eine Außen-GbR. Für derartige Sachverhalte möchte ich daran festhalten, dass eine Eigenbedarfskündigung zugunsten der Gesellschafter möglich sein muss. Dort aber, wo als Vermieter bewusst eine GbR zum Einsatz kommt,⁹⁰ ist kein Raum für eine Kündigung wegen Eigenbedarfs. Daran ändert auch ein „überschaubarer Gesellschafterkreis“ nichts.⁹¹ Wenn man, wie der BGH, dem ich mich insofern anschließe, aus Gründen der Rechtssicherheit nicht anhand dieses schwer zu präzisierenden Merkmals differenzieren möchte, sprechen die besseren Gründe dafür, der GbR ein Recht zur Eigenbedarfskündigung

scheint insofern eher weniger schutzbedürftig, muss aber jedenfalls mindestens in gleichem Maße mit einem Gesellschafterwechsel rechnen wie sonstige Mieter mit einem Erwerb der Mietsache durch eine GbR.

⁸⁶ BGH NZM 2007, 639.

⁸⁷ Für ein Kündigungsrecht infolge Betriebsbedarfs etwa *Grunewald*, NJW 2009, 3486, 3487.

⁸⁸ Ebenso *Grunewald*, FS K. Schmidt, 2009, S. 485, 488.

⁸⁹ Zur schwierigen Abgrenzung s. etwa *Häublein*, Partner im Gespräch (PiG) Bd. 70, S. 39, 41 ff.

⁹⁰ Diese Fälle könnte vielleicht auch *Blank* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 573 Rn. 46 a.E. im Auge gehabt haben.

⁹¹ Anders noch *Häublein* (o. Fußn. 5), § 573 Rn. 67.

*gänzlich abzusprechen.*⁹² Denn alles andere führt zu Abgrenzungsproblemen und steht damit seinerseits im Widerspruch zum Postulat klarer und rechtssicherer Kriterien. Paradigmatisch ist insofern die Vermietung durch eine GbR an der Schwelle zur oHG.⁹³

bb) Analoge Anwendung des § 577a BGB bei „gesellschaftsvertraglicher“ Aufteilung?

Bejaht man mit dem BGH ein Kündigungsrecht der GbR, steht man vor der Frage, ob dieses unmittelbar nach Erwerb ausgeübt werden kann oder ob insoweit eine Sperrfrist eingreift.⁹⁴ Vollkommen zu recht lehnt der VIII. Senat eine unmittelbare Anwendung der Norm ab, wenn – wie im konkreten Fall – die Begründung von Wohnungseigentum der Kündigung nachfolgt. Dann nämlich ist es nicht die Umwandlung in Eigentum nach dem WEG, die für den Mieter das Risiko begründet, seine Wohnung zu verlieren.⁹⁵ Vielmehr ist dieses bereits mit dem Erwerb der Liegenschaft durch die GbR entstanden.

Die somit in Betracht zu ziehende entsprechende Anwendung des § 577a BGB lehnt der BGH ab, weil es insofern an einer „planwidrigen Regelungslücke“ fehle. Mit der Kündigungssperrfrist für Eigenbedarfskündigungen verfolge der Gesetzgeber den Zweck, den Mieter besonders davor zu schützen, dass Eigentumswohnungen häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden, der durch die Kündigungsschutzbestimmungen erstrebte Bestandschutz für den Mieter also besonders gefährdet ist. Gerade die *erhöhte Gefahr* einer Eigenbedarfskündigung nach Umwandlung des vermieteten Wohnraums in eine Eigentumswohnung und Veräußerung an einen neuen Eigentümer stelle nach der Auffassung des Gesetzgebers die Rechtfertigung für die mit der Kündigungssperrfrist verbundene Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentümerbefugnisse dar. Auf den Schutz vor einer unabhängig von der Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage sei die Vorschrift nach ihrem Normzweck nicht zugeschnitten. Für diese Aussage beruft sich der Senat auf ein älteres, in BGHZ 126, 357 veröffentlichtes Urteil.⁹⁶ Den dort entschiedenen Sachverhalt hält der BGH für vergleichbar.⁹⁷ Methodisch geht es ihm bei der Ablehnung der Analogie also neben dem (historischen) Gesetzeszweck um eine Kontinuität in der Rechtsprechung. Beides spricht hingegen nicht entscheidend gegen eine Analogie, wie folgende Überlegungen zeigen.

(1) BGHZ 126, 357 – tatsächlich eine vergleichbare Fallgestaltung?

Der im Juli 1994 ergangenen, im 126. Band der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Vermieter, ein Ehepaar, erwarben 1979 zusammen mit einem weiteren Ehepaar als Miteigentümer zu je ¼ ein Anwesen, in dem die spätere Beklagte kurz zuvor eine Wohnung gemietet hatte. Ende 1990 – also elf Jahre nach dem Erwerb – begründeten die Miteigentümer Wohnungseigentum gem. § 3 WEG. Das Mietobjekt stand danach im hälftigen Miteigentum der Vermieter, die im April 1991 das Mietver-

⁹² *Grunewald*, FS K. Schmidt, 2009, S. 485, 490 und NJW 2009, 3486.

⁹³ Mit Blick auf die Themenstellung ist auf den Vorschlag von *Grunewald*, a.a.O., in Fällen wie dem vom BGH im Jahre 2009 entschiedenen eine Kündigung wegen Betriebsbedarfs zuzulassen, nicht näher einzugehen.

⁹⁴ Zum Problem, ob auf § 577a BGB bzw. die diesem zugrunde liegende Ratio auch dann zurückgegriffen werden kann, wenn man die Kündigungsmöglichkeit der GbR auf § 573 Abs. 1 BGB stützt, s. IV. 3. b.

⁹⁵ BGH NJW 2009, 2738, Tz. 17 unter Hinw. auf BGH NJW 2003, 3265.

⁹⁶ S. BGH NJW 2009, 2738, Tz. 19.

⁹⁷ Ebenda, Tz. 20.

hältnis wegen des Wohnbedarfs ihrer Tochter kündigten und danach auf Räumung klagten. Die Vorinstanzen erachteten die Aufteilung gem. § 3 WEG als Veräußerung i.S.v. § 564b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB (heute § 577a Abs. 1 BGB) und hielten die Kündigung daher für unwirksam. Der BGH sah das anders.

Die Gründe, die den BGH leiteten, müssen hier nicht in extenso ausgebreitet werden. Sie liegen einerseits im Erfordernis einer Veräußerung von Wohnungseigentum, an der es nach Ansicht des Senats fehlte, und – vor allem – darin, dass durch die Begründung von Wohnungseigentum das Risiko einer Eigenbedarfskündigung nicht erhöht worden war. Die Vermieter wären nämlich auch ohne Aufteilung berechtigt gewesen, die Wohnung zu kündigen, weil nach h.M. der Eigenbedarfsgrund nicht bei allen Miteigentümern vorliegen muss. Zu Recht weist der BGH⁹⁸ darauf hin, es sei vor dem Hintergrund der Artt. 14 und 3 GG nicht zu rechtfertigen, den Vermieter, dessen Eigenbedarfsgrund erst nach der Umwandlung entstehe, schlechter zu stellen als denjenigen, dem ein solcher bereits zu der Zeit, als er noch Bruchteilsmiteigentümer war, zur Seite stand.

Entscheidend für den Vergleich, genauer gesagt: für die fehlende Vergleichbarkeit, mit dem sog. „Münchener Modell“ ist es, den Zeitpunkt, in dem das Risiko für den Mieter entstand, herauszuarbeiten. In beiden Fällen war es der Erwerb der Liegenschaft durch die GbR bzw. die Miteigentümer. Dieser Zeitpunkt aber lag bei der Kündigung des Vertrages durch die Vermieter bereits 11 ½ Jahre zurück, während die Kündigung beim „Münchener Modell“ dem Erwerb unmittelbar nachfolgte. Selbst wenn man § 577a BGB also bei Erwerb durch Miteigentümer für anwendbar hielte, was die h.M. freilich ablehnt,⁹⁹ hätte die Norm den Mietern nicht geholfen. Die Fälle liegen aber nicht nur deswegen verschieden. Hinzu kommt, dass die beiden Ehepaare die Liegenschaft offenbar als Kapitalanlage und ohne jedwede Absprache über eine Zuweisung der Wohnung erworben hatten. Es fehlte also gerade an der „Zergliederung“ des Mietshauses, die das normzweckspezifische Risiko i.S.v. § 577a BGB begründet.

(2) Historischer und objektiver Zweck des § 577a BGB

Der historische Zweck der Vorschrift erschließt sich nur, wenn man die Erwägungen des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der seinerzeitigen Rechtslage betrachtet. Die Norm geht auf das Erste Wohnraumkündigungsschutzgesetz (WKSchG¹⁰⁰) und damit auf das Jahr 1971 zurück. Das Zweite WKSchG¹⁰¹ sorgte wenig später für eine dauerhafte Implementierung der zunächst bis Ende 1974 geltenden Regelung. Der Rechtsausschuss, dessen Formulierungsvorschlag übernommen wurde,¹⁰² bezieht sich in seinen Erwägungen auf eine Judikatur zu § 4 MSchG. Verschiedene Instanzgerichte hatten eine Auflösung des Mietverhältnisses nach dieser zunächst keine Konkretisierungen nach Art des § 573 Abs. 2 BGB enthaltenden Vorschrift abgelehnt, sofern der kündigende Vermieter die Liegenschaft erst kurz zuvor erworben hatte.¹⁰³ Erst nach einer gewissen Zeit konnte sich der Erwerber auf Eigenbedarf berufen und

⁹⁸ BGHZ 126, 357, 367.

⁹⁹ Hierzu Häublein (o. Fußn. 5), § 577a Rn. 5 m.w.N.

¹⁰⁰ BGBl. I 1971, 1839.

¹⁰¹ BGBl. I 1974, 3603.

¹⁰² Zum etwas weitergehenden Formulierungsvorschlag des Bundesrates s. BT-Drucks. VI/1549, S. 27.

¹⁰³ Vgl. etwa LG Essen ZMR 1953, 184; zust. Glaser, NJW 1952, 1083, 1084, der die noch weitergehende Entscheidung des LG Hannover MDR 1951, 233 aber richtigerweise ablehnt.

damit im Rahmen der gesetzlich geforderten Interessenabwägung durchdringen. „Der Ausschuss“, so heißt es unter Hinweis auf diese Rechtsprechung in der BT-Drucks. VI/2421¹⁰⁴ auf Seite 3, „hält es für erforderlich, diesem Grundsatz für die sich häufenden Fälle der Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen eine besondere gesetzliche Ausgestaltung zuteil werden zu lassen.“ Wohl in Anlehnung an den nur zwischen 1931 und 1939 in Kraft befindlichen § 4a MSchG¹⁰⁵ wurde der Zeitraum auf drei Jahre festgelegt. „Diese Sonderregelung“, so der Rechtsausschuss a.a.O. weiter, „erscheint abgesehen von der Zunahme der Umwandlungsfälle geboten, weil gerade der Erwerb solcher umgewandelten Eigentumswohnungen regelmäßig zur Befriedigung eigenen Wohnungsbedarfs erfolgt, der erstrebte Bestandsschutz hier also für den Mieter besonders gefährdet erscheint.“¹⁰⁶

Diese Erwägungen des Gesetzgebers zeigen, dass er zwar lediglich die Umwandlung in Eigentum nach dem WEG vor Augen hatte, als er die Vorgängervorschrift zu § 577a BGB erließ. Sie erhärten jedoch nicht die These, das Gesetz sei an dieser Stelle nicht lückenhaft. Eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Ausdehnung der Sperrfrist auf Sachverhalte, bei denen sich in der Folgezeit ein vergleichbares Bedrohungspotential für den Bestand des Mietverhältnisses zeigt, läge nur dann vor, wenn ihm diese bei Abfassung des Normtextes nachweislich vor Augen gestanden hätten. Dafür aber fehlt jeder Anhaltspunkt. Vielmehr hatte die Rechtsprechung derartige Fälle unter der Geltung des § 4 MSchG überwiegend im Griff, weshalb sich die praktische Anschauung des Gesetzgebers auf den eher kurzen Zeitraum, der nach Aufhebung des MSchG zum 31.12.1965 verstrichen war, beschränkte.

Gegen die These vom Fehlen einer Regelungslücke spricht ferner der Zweck, der aus Anlass einer Ergänzung des Normenbestandes – sie diene der Verlängerung der Sperrfristen in Gebieten mit erhöhtem Wohnbedarf und der Ausdehnung auf die Verwertungskündigung – ausdrücklich hervorgekehrt wurde, nämlich die unter wohnungswirtschaftlichen Gesichtspunkten erwünschte *Eindämmung von spekulativen Umwandlungen*.¹⁰⁷ Zum Zweck des heutigen § 577a BGB heißt es in der Sache gleichlautend in BGHZ 126, 357, 365: „Darüber hinaus hat die Bestimmung den Zweck, den wirtschaftlichen Anreiz zur Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen und insbesondere deren oft spekulative Veräußerung einzudämmen (BayObLGZ 1992, 187, 190 ...).“ Mit einer spekulativen Umwandlung von Mietwohnungen in selbstgenutztes Wohnungseigentum durch einen „Projektentwickler“ haben wir es zweifelsohne auch beim sog. „Münchener Modell“ zu tun, weshalb der Zweck der Norm doch wohl eher für eine Analogie streitet.

(3) Entsprechende Anwendung der §§ 577, 577a BGB durch die Rechtsprechung in anderen Fällen

Die Versagung einer entsprechenden Anwendung des § 577a BGB in dem jüngst entschiedenen Fall kann schließlich nicht für sich in Anspruch nehmen, eine kontinuierliche Rechtspre-

¹⁰⁴ Der Hinweis auf diese Rspr. findet sich bereits in der Gegenäußerung der Bundesregierung; zu BT-Drucks. VI/1549, S. 3 (Zu 14. a.E.).

¹⁰⁵ Auch § 4 Abs. 1 S. 4 MSchG 1926 normierte bereits eine dreijährige Wartefrist, die aber nur bei Grundstücken zum Tragen kam, die zu gewerblichen Zwecken vermietet wurden.

¹⁰⁶ Diese Begründung findet sich dann auch später im Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters bei Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen, BT-Drucks 11/6374, S. 5.

¹⁰⁷ S. auch hierzu BT-Drucks 11/6374, S. 5.

chungslinie fortzusetzen. Sie grenzt sich nämlich nicht klar zu einem Urteil aus dem Jahre 2008 ab. Der Senat befürwortete seinerzeit die analoge Anwendung der §§ 577, 577a BGB bei Realteilung eines Grundstücks, das mit zu Wohnzwecken vermieteten Einfamilienhäusern bebaut war. Wörtlich heißt es: „Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber ... bedacht hat, dass vermietete Reihenhäuser eines Gesamtgrundstücks nicht nur in Eigentumswohnungen umgewandelt, sondern auch durch Realteilung des Gesamtgrundstücks in einzelne selbständige Grundstücke aufgeteilt werden können. Es kann daher nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe den Mieter zwar bei Umwandlung in Wohnungseigentum schützen wollen, bewusst aber nicht bei realer Teilung eines Gesamtgrundstücks.“¹⁰⁸ Liest man dies, fragt man sich, an welcher Stelle der Gesetzesmaterialien sich ein Anhaltspunkt dafür findet, dass der Gesetzgeber Gestaltungen nach Art des sog. „Münchener Modells“ bedachte, als er § 577a BGB in die heutige Fassung brachte.

Auch der weitere Fortgang der Begründung des Urteils vom 28.5.2008 spricht eher für eine Analogie bei Erwerb des Mietobjekts durch eine auf Wohnraumversorgung ihrer Gesellschafter gerichtete GbR. Aus der Sicht des Mieters macht es nämlich keinen Unterschied, ob das von ihm gemietete Wohnobjekt in Wohnungseigentum umgewandelt, durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks oder dem Vermögen einer GbR zugeführt wird. In allen Fällen steht dem Mieter nach einem Verkauf ein neuer Vermieter gegenüber, der sich – soweit die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind – auf Eigenbedarf berufen kann.¹⁰⁹

Gegen eine Analogie ließe sich allerdings das in einem Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe vorgetragene Argument anführen, der Erwerb durch eine GbR sei deswegen keine vergleichbare Konstellation, weil ein Gesellschaftsanteil nicht in gleicher Weise zur Finanzierung des Erwerbs eingesetzt werden könne wie ein Eigentumswohnung.¹¹⁰ Dahinter steckt das bereits oben im Kontext des § 565 BGB erwähnte quantitative Argument. Dieses für sich genommen rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung der beiden Sachverhalte aber nicht. Zudem erscheint mir eine Gestaltung der Erwerbs- bzw. Beitrittsverträge zur GbR durchaus möglich, durch die die Finanzierung sichergestellt werden kann. Die Finanzierung des Ankaufs kann durch die GbR mit Hilfe eines oder mehrerer Grundpfandrechte sichergestellt werden. Sofern der Initiator einer solchen GbR einen über den Ankauf hinausgehenden Erlös zu erzielen beabsichtigt, bietet sich insoweit eine Fälligkeit des Erwerbspreises nach Begründung des Wohnungseigentums an. Die einzelnen Einheiten stehen dann als Sicherheit zur Verfügung. Ist das Modell, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, von vornherein auf Aufteilung gerichtet, finden sich in der Praxis durchaus finanzierende Banken.

In einem weiteren, etwas später ergangenen Rechtsentscheid hat sich das OLG Karlsruhe für eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Kündigungssperrfrist ausgesprochen. Dabei ging es um den Erwerb der Liegenschaft durch Bruchteilsmiteigentümer – eine Konstellation, für die eine Analogie deswegen nicht fern liegt, weil Wohnungseigentum seiner Wurzel nach modifiziertes Bruchteilsmiteigentum ist. Je stärker letzteres inhaltlich durch Regelungen der Miteigentümer dem Eigentum nach dem WEG angenähert wird, je mehr spricht für eine Analogie. Voraussetzung der Analogie war nach Ansicht des Gerichts, dass

¹⁰⁸ BGH NJW 2008, 2257 Tz. 8.

¹⁰⁹ Vgl. ebenda Tz. 9.

¹¹⁰ OLG Karlsruhe NJW 1990, 3278.

- dem Miteigentümer bei Erwerb des Bruchteilseigentums an dem Hausgrundstück eine bestimmte Wohnung zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen worden ist und
- diese Nutzungsregelung ebenso wie der dauernde Ausschluss des Aufhebungsverlangens nach § 1010 BGB im Grundbuch eingetragen sind,
- aufgrund des Kaufvertrages innerhalb von drei Jahren nach § 3 WEG Wohnungseigentum gebildet werden soll und
- bei Abschluss des Kaufvertrages die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorlag.¹¹¹

Betrachtet man diese Voraussetzungen, die das OLG Karlsruhe nicht zu zwingenden erhoben, sondern mit dem Zusatz versehen hat, die Kündigungssperrfrist sei „jedenfalls dann“ einzuhalten, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen,¹¹² finden sich die meisten, wenn auch in abgewandelter Form, im GbR-vertrag des sog. „Münchener Modells“ wieder. Der „dinglichen Sicherung“ der vereinbarten Nutzungsregelung entspricht die Verankerung in einem insoweit nicht mehrheitlich abänderbaren Gesellschaftsvertrag. Er ist für etwaige neue Gesellschafter ebenso verbindlich, wie eine gem. § 1010 BGB eingetragene Benutzungsregelung für einen neuen Miteigentümer. Keinen signifikanten Unterschied bedeutet es ferner, ob die Aufteilung in concreto nach § 3 WEG erfolgte¹¹³ oder gem. § 8 WEG vorgenommen wurde. Schließlich kann es m.E. auch nicht darauf ankommen, ob die Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Abschluss des Erwerbsvertrages durch die GbR bereits vorlag.

Letztlich geht es bei den Kriterien des OLG – wie, obgleich unausgesprochen, bei der Ablehnung der Analogie durch den BGH – darum, dass die von der Analogie erfassten Sachverhalte subsumtionsfähig formuliert werden müssen. Zu klären ist insbesondere, ob man die in § 577 BGB ausdrücklich genannte Absicht („... begründet werden soll“), die Liegenschaft in Wohnungseigentum umzuwandeln, für relevant erachtet. Auf das sog. „Münchener Modell“ übertragen lautet die Frage etwa: Wäre eine Analogie auch dann geboten, wenn eine Umwandlung in Eigentum nach dem WEG nicht geplant gewesen wäre? Ich meine ja, weil alles andere der Umgehung¹¹⁴ Tür und Tor öffnet. Entscheidend ist der Erwerb durch eine Gesellschaft, die darauf gerichtet ist, den Wohnbedarf ihrer Gesellschafter zu befriedigen. Mit Hilfe eines derartigen „Vehikels“ lassen sich Wohninteressenten am Markt rekrutieren, wie das bereits seit längerem existierende Modell zeigt. Die zeitnah vorgenommene Umwandlung gem. § 8 WEG kann ein Indiz für diesen Zweck sein, ist aber unter teleologischen Gesichtspunkten nicht zu fordern. Ebenso, wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 577a BGB ist es freilich Sache des Mieters, die entsprechenden Umstände vorzutragen und zu beweisen.

Verneinte man allerdings die Eigenbedarfskündigungsmöglichkeit zugunsten der Gesellschafter einer GbR, wäre der Bestand des Mietverhältnisses nicht gefährdet. Erst durch Umwandlung in Wohnungseigentum und Übertragung desselben von der GbR auf die Gesellschafter liefe dann die Frist des § 577a BGB.

3. BGH, Urt. v. 11.3.2009 - VIII ZR 127/08 („Au-Pair-Mädchen“)

¹¹¹ OLG Karlsruhe NJW 1993, 405.

¹¹² OLG Karlsruhe NJW 1993, 405.

¹¹³ Dies setzt voraus, dass zunächst Bruchteilseigentum begründet wird; vgl. Bärmann/Armbrüster, WEG, 10. Aufl. 2008, § 3 Rn. 8; Riecke/Schmid/Elzer, Fachanwaltskommentar, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 4

¹¹⁴ Derartigem ist nach hier vertretener Ansicht durch Analogie zu begegnen und nicht durch ein eigenständiges Rechtsinstitut; ebenso Armbrüster in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 15.

a) Sachverhalt

Die Kl. sind Mieterinnen einer Wohnung, die nach Überlassung in Wohnungseigentum umgewandelt wurde. Kurz danach erwarb die Bekl., die mit ihrer Familie in der Nachbarwohnung lebt, das Objekt. Wenig später schlossen die Parteien eine Vereinbarung, durch die von der Zweizimmerwohnung der Kl. ein Zimmer abgetrennt und baulich mit der Nachbarwohnung verbunden wurde. Die Kl. erhielten dafür 10.000 €; außerdem wurde die Miete für die verbleibende Einzimmerwohnung gesenkt. Rund drei Jahre später kam die Bekl. zumindest mit der Kl. zu 1 überein, dass die Wohnung von einem Au-pair-Mädchen der Bekl., das bis dahin in der Wohnung der Bekl. gelebt hatte, mitgenutzt wird. Knapp ein weiteres Jahr später kündigte die Bekl. das Mietverhältnis mit den Kl. und führte zur Begründung aus, dass sie für die Betreuung und Pflege ihrer beiden sechs und neun Jahre alten Kinder und ihrer ebenfalls in ihrem Haushalt lebenden 72 Jahre alten pflegebedürftigen Schwiegermutter eine Betreuungsperson, derzeit das Au-pair-Mädchen, benötige und für deren Unterbringung auf die Wohnung angewiesen sei. Die Kl. haben mit ihrer Klage zunächst die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis fortbesteht. Nachdem die Bekl. Widerklage auf Räumung der Wohnung erhoben hatte, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Klage übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Amtsgericht hat die Widerklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Widerklageantrag weiter.

b) Entscheidungsgründe und kritische Analyse

aa) Der BGH gab dem Antrag statt. Eine analoge Anwendung von § 577a Abs. 1 BGB auf andere Kündigungsgründe lehnte er ab. Erneut wird das mit dem Fehlen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes begründet, wobei sich das bereits bekannte, auf die Quantität einschlägiger Sachverhalte abhebende, Argument wiederfindet. Nach Auffassung des Gesetzgebers, so der Senat, gehe von § 573 Abs. 1 S. 1 BGB nicht dieselbe naheliegende Gefahr einer Verdrängung des Mieters nach Umwandlung in Wohnungseigentum aus. Wörtlich heißt es dann: „Dass ein Vermieter deshalb ein berechtigtes Interesse an der Kündigung hat, weil er die Wohnung für seinen Betrieb oder – wie hier – für Angestellte seines Haushalts benötigt, die ungeachtet ihrer auf den Haushalt des Vermieters bezogenen Tätigkeit in der Wohnung einen eigenen Haushalt führen wollen und sollen, ist nicht in demselben Maße wahrscheinlich wie eine Kündigung wegen Eigenbedarfs, auch wenn die genannten Kündigungsgründe im Hinblick auf die Interessen von Mieter und Vermieter mit Eigenbedarf vergleichbar zu sein scheinen.“¹¹⁵ Mit Blick auf eine im Schrifttum vertretene Gegenauffassung¹¹⁶ wird außerdem betont, allein der Umstand, dass § 573 Abs. 2 BGB den Abs. 1 der Vorschrift durch Regelbeispiele konkretisiere, rechtfertige nicht die Annahme, § 577a BGB müsse über seinen Wortlaut hinaus auch in den Fällen des § 573 Abs. 1 BGB Anwendung finden, in denen die Kündigung nicht auf einer schuldhaften Verletzung einer Mieterpflicht beruht, sondern i.w.S. zum Zwecke der Eigennutzung ausgesprochen werde.¹¹⁷

¹¹⁵ BGH NJW 2009, 1808 Tz. 16.

¹¹⁶ U.a. Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 577a Rn. 18.

¹¹⁷ BGH, a.a.O., Tz. 17.

bb) Der BGH kann sich für das von ihm vertretene Ergebnis auf die ganz h.M. berufen. Auch ich habe im Münchener Kommentar¹¹⁸ die Ansicht vertreten, eine Analogie sei abzulehnen, bekenne aber offen, dass ich dabei keine Sachverhalte vor Augen hatte, die derartig dicht an den in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB normierten lagen wie der nunmehr entschiedene. Dieser weist nämlich die Besonderheit auf, dass das Au-Pair-Mädchen zunächst im Haushalt der Vermieterin lebte, weshalb die Voraussetzungen der §§ 573 Abs. 2 Nr. 2, 577a BGB vorgelegen hätten. Erst einige Monate vor Abgabe der Kündigungserklärung verlor sie den Status einer Haushaltsangehörigen, weil sie ab diesem Zeitpunkt die Wohnung der Mieter mitnutzte. Man weigert sich geradezu intuitiv dagegen, die Entscheidung des Falles von dieser eher zufälligen Nuance des Sachverhalts abhängig zu machen. Aber spricht das tatsächlich für eine analoge Anwendung von § 577a BGB?

Im Ergebnis glaube ich das nicht, weil die Entstehungsgeschichte und der objektive Normzweck in eine andere Richtung weisen. Wie bereits oben (IV. 2. b, bb, (2)) erwähnt, findet § 577a BGB gewissermaßen einen Vorläufer in der Rechtsprechung zu § 4 MSchG. Diese Vorschrift enthielt (zunächst) keine Regelbeispiele wie man sie heute in § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB findet. Vielmehr war jeweils im Einzelfall durch umfassende Abwägung der wechselseitigen Belange zu ermitteln, ob dem Vermieter aus besonderen Gründen ein so dringendes Interesse an der Erlangung des Mietraums zur Seite stand, dass auch bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Mieters die Vorenthaltung eine schwere Unbilligkeit für den Mieter darstellte (s. § 4 Abs. 1 S. 1 MSchG 1923). Erst 1960, im Rahmen des sog. Abbaugesetzes¹¹⁹, wurden die unter den Schlagworten „Eigenbedarfs-“ und „Verwertungskündigung“ geläufigen Konstellationen in § 4 Abs. 1 MSchG als besondere Vermieterinteressen hervorgehoben. Die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung zu § 4 MSchG wurde angezweifelt.¹²⁰

Diese Zweifel waren deswegen berechtigt, weil die heute in § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB genannten Umstände aus der Sphäre des Vermieters *ohne weiteres* zur Kündigung berechtigen. Anders als unter Geltung des alten § 4 MSchG und in den Fällen, die heute unter Abs. 1 des § 573 BGB gefasst werden, ist es nicht möglich, dem Eigenbedarf des Vermieters die Berechtigung zu versagen, weil dieser die Wohnung erst kurz zuvor erworben hat. Eine Abwägung, wie sie die Rechtsprechung unter der Geltung des § 4 MSchG vornahm scheidet daher aus. Die besondere Bedrohung des Mieters durch die Eigenbedarfskündigung folgt also nicht aus der bloßen Quantität derartiger Fälle, sondern resultiert aus der Privilegierung dieses Kündigungstatbestandes. Sie machte eine Regelung nach Art des heutigen § 577a BGB erforderlich, um die Mieter zu schützen.

Anders liegen die Dinge, wenn die Kündigung auf § 573 Abs. 1 BGB beruht. Das Tatbestandsmerkmal "berechtigtes Interesse" erlaubt es, zu Lasten des Vermieters zu berücksichtigen, dass dieser die Mietsache in Kenntnis des bestehenden Mietverhältnisses zeitnah vor Ausspruch der Kündigung erwarb. Obwohl die Voraussetzungen für einen Mieterschutz insoweit also keineswegs erst durch die ausdrückliche Anordnung seitens des Gesetzgebers im heutigen § 577a BGB geschaffen wurden, sollten deren Wertungen, insoweit bin ich mit der

¹¹⁸ Häublein (o. Fußn. 5), § 577a Rn. 9.

¹¹⁹ BGBl. I S. 389. Die maßgebliche Änderung des § 4 MSchG findet sich auf S. 395 f.

¹²⁰ S. Staudinger/Sonnenschein, 1997, § 564b Rn. 100 unter Hinw. auf Kiefersauer/Glaser, MietSchG, § 4 Rn. 6 m.w.N.; s. ferner Schmidt-Futterer, Wohnraumschutzgesetze, 1. Aufl. 1974, Art. 1 § 1 WKSchG Rn. 78.

vom BGH abgelehnten Ansicht¹²¹ einig, aber im Rahmen von § 573 Abs. 1 BGB beachtet werden. Die Norm ist also bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „berechtigtes Interesse“ zu berücksichtigen. Andersfalls drohen nicht unerhebliche Wertungswidersprüche, weil – wie der Fall verdeutlicht – die einzelnen Tatbestände mitunter sehr dicht beieinander liegen.¹²² Das bedeutet, dass ein bis zu drei Jahre zurückliegender Erwerb der Mietwohnung nach Umwandlung in Wohnungseigentum durch den kündigenden Vermieter im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung gem. § 573 Abs. 1 BGB regelmäßig gegen ein überwiegendes Erlangungsinteresse des Vermieters spricht.

Aus diesen Überlegungen folgt freilich nicht automatisch, dass ich die Entscheidung des BGH im Ergebnis ablehne. Trotz der grundsätzlich zu befürwortenden Ausstrahlung des § 577a BGB auf § 573 Abs. 1 S. 1 BGB können sich im Einzelfall die Belange des Vermieters als gewichtiger erweisen als die geschützten Mieterinteressen. Der mitgeteilte Sachverhalt deutet darauf hin, dass die Wohnung zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr der Lebensmittelpunkt der Mieterinnen war. Nur so ist es wohl zu erklären, dass die auf ein Zimmer „geschrumpfte“ Wohnung auch von dem Au-Pair-Mädchen der Vermieterin genutzt werden konnte. Dieser Umstand könnte zusammen mit der sonstigen „Vorgeschichte“ der Kündigung geeignet sein, den Vermieterinteressen im Einzelfall ein höheres Gewicht zuzubilligen als den Mieterbelangen.¹²³ Hätte die Kündigung auf § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gestützt werden können, stünde man – gewissermaßen spiegelbildlich – vor der Frage, ob es gegen § 242 BGB verstößt, wenn sich die Mieterinnen auf § 577a BGB berufen.¹²⁴ Wertungswidersprüche, die unterschiedliche Entscheidungen aufgrund mehr oder weniger zufälliger Abweichungen der einzelnen Sachverhalte zu Folge hätten, können auf diesem Weg vermieden werden.

¹²¹ S.o. Fn. 116.

¹²² Außerdem käme es sonst auf die bereits im Kontext der Kündigung durch eine Vermieter-GbR angesprochene Frage, ob eines der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB genannten Regelbeispiele entsprechend anzuwenden – was angesichts der hinter Regelbeispielen steckenden Idee eigenartig anmutete – oder auf den Grundtatbestand zurückzugreifen ist, entscheidend an. Einen durchschlagenden Grund dafür, die Interessen in Abhängigkeit davon unterschiedlich zu bewerten, vermag ich nicht zu erkennen.

¹²³ Da allein die im Einzelfall *fehlende* Schutzwürdigkeit des Mieters berücksichtigt wird, setzt sich die hier vertretene Ansicht nicht dem Vorwurf aus, sie berücksichtige die konkreten Mieterbelange zu Unrecht bereits im Rahmen von § 573 BGB und nicht erst im Kontext der Sozialklausel. §§ 574 ff. BGB sind lediglich darauf zugeschnitten, besonderen Härtegründe zugunsten des Mieters Rechnung zu tragen. Diese dürfen in der Tat nicht in die Abwägung gem. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB einfließen; vgl. *Häublein*, Fußn. 5, § 573 Rn. 10, 33.

¹²⁴ Der Hinweis von *Derleder* in der Diskussion gibt mir Anlass zu der Klarstellung, dass es nicht um eine teleologische Reduktion des § 577a BGB, sondern allenfalls um einen Rechtsmissbrauch im Einzelfall gehen kann; s. dazu bereits II. 4.