

Mietvertrag zugunsten Dritter – zur Drittbegünstigung nach § 328 BGB auf Mieterseite

A. Einleitung

Als „Dritter“ wird in der Rechtssprache üblicherweise eine Person bezeichnet, die nicht selbst Vertragspartei ist. In der mietrechtlichen Praxis spielen Dritte eine nicht unerhebliche Rolle, etwa in Person von Besuchern des Mieters oder eines vom Vermieter eingeschalteten Hausverwalters. In bestimmten Fällen kann sich die rechtliche Beziehung zwischen dem Dritten und den Parteien des Mietvertrags zu einem Vertrag zugunsten des Dritten verdichten. Hierum wird es – unter Beschränkung auf das im Titel genannte Thema – im folgenden gehen.

B. Die Typen des Vertrags zugunsten Dritter

Unter dem Oberbegriff des Vertrags zugunsten eines Dritten werden üblicherweise drei verschiedene Vertragstypen verstanden: Der echte Vertrag zugunsten Dritter, der unechte oder ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter sowie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.¹

Der *echte Vertrag zugunsten Dritter* ist in §§ 328ff. BGB geregelt. Der Dritte erwirbt hier unmittelbar das Recht, die Leistung zu fordern (§ 328 Abs. 1 BGB), ohne indes zur Vertragspartei zu werden.² Eine Mitwirkung des Dritten am Vertragsschluss ist nicht erforderlich, ihm wächst das Recht ohne sein Zutun an.³ Der Dritte kann das Recht aber nach § 333 BGB zurückweisen. Der in der Praxis wichtigste Anwendungsbereich ist der Abschluss eines Versicherungsvertrags zugunsten eines Anderen, etwa der Abschluss einer Lebensversicherung zugunsten der Kinder.⁴

¹ Vgl. etwa Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. (2010), Einf § 328 Rn. 1.

² Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 5.

³ Ganz h. M., vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis (1989), § 20 I 3; Raab, Austauschverträge unter Drittbeteiligung (1999), S. 458ff. auch unter Darstellung von abweichenden Erklärungsmodellen.

⁴ Vgl. MüKo/Gottwald, BGB, 5. Aufl. (2007), § 330 Rn. 3ff.

Der *unechte oder ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter* ist gesetzlich nicht geregelt. Hier ist der Schuldner nur ermächtigt, mit befreiender Wirkung an den Dritten zu leisten. Das Forderungsrecht verbleibt aber bei seinem Vertragspartner.⁵

Auch der *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* ist nicht vom Gesetzgeber vorgegeben, sondern in Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden.⁶ Bei diesem Vertragstyp hat der Dritte keine Erfüllungsansprüche gegen den Versprechenden. Er ist aber in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen und kann bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen.⁷

Eine umfassende Darstellung sämtlicher dieser Mietverträge zugunsten Dritter wäre Stoff für eine Monographie, was eine thematische Beschränkung erforderlich macht. Es wird daher im folgenden nur um den in §§ 328ff. BGB gesetzlich geregelten (echten) Vertrag zugunsten Dritter gehen. Bei diesem Vertragstyp ist eine Drittbegünstigung sowohl auf Vermieter- als auch auf Mieterseite möglich; die folgenden Betrachtungen beschränken sich auf den für die Praxis besonders relevanten Fall der Drittbegünstigung auf Mieterseite.⁸ Es geht also um Fälle, in denen der Vermieter die Überlassung der Mietsache, etwa einer Wohnung, nicht dem Mieter, sondern einem Dritten verspricht und schuldet.

C. Drittbegünstigung nach § 328 BGB auf Mieterseite

Der Forschungsstand zum Mietvertrag zugunsten Dritter ist dürftig. Die wenigen bekanntgewordenen Gerichtsentscheidungen behandeln atypische Konstellationen und zudem nur pro-

⁵ Etwa Janoschek in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. (2007), § 328 Rn. 1; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 5.

⁶ Historischer Überblick etwa bei HKK/Vogenauer (2007), §§ 328-335 Rn. 121ff.

⁷ BGHZ 56, 273; NJW 1984, 356. Ausführlich zur dogmatischen Verankerung MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 101ff.; Staudinger/Jagmann, BGB (2009), § 328 Rn. 92ff. (auch zu der Frage, ob der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter seit der Schuldrechtsreform in § 311 Abs. 3 S. 1 BGB geregelt ist).

⁸ Zur Drittbegünstigung auf Mieterseite vgl. etwa den Sachverhalt BGH WM 1985, 647.

zessuale Fragen.⁹ Spezialliteratur zur hiesigen Problematik existiert nicht; Monographien, Lehrbücher und Kommentare zu § 328 BGB streifen den Mietvertrag nur am Rande.¹⁰

Die Rechtsfragen zur Drittbegünstigung auf Mieterseite lassen sich in zwei Bereiche aufteilen: Zum einen müssen die Voraussetzungen geklärt werden, unter denen ein solcher Vertrag zu Stande kommt. Daneben sind die Rechtsfolgen von Interesse, die sich ergeben, wenn ein Mietvertrag zugunsten eines Dritten abgeschlossen wird.

I. Abschluss eines Vertrags mit Drittbegünstigung auf Mieterseite

Ob im Einzelfall ein Mietvertrag im Sinne des § 328 BGB zugunsten des Nutzers geschlossen wurde, richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien. In den seltensten Fällen werden Mieter und Vermieter bei Verträgen mit Drittbezug die Drittbegünstigung ausdrücklich festlegen. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, stellt sich die Frage, ob eine Drittbegünstigung konkludent vereinbart wurde. Dies soll im folgenden anhand von zwei Beispielen aus der Praxis diskutiert werden.

Fall 1: *S ist Student und ohne festes Einkommen, weshalb V nicht an S direkt, sondern nur an dessen Vater M vermietet. M hat nicht die Absicht, die Wohnung selbst zu nutzen, was V bekannt ist.*

Fall 2: *V ist ein internationaler Konzern mit einer Niederlassung in Berlin. Dort werden wechselnd und jeweils nur für kurze Zeit Mitarbeiter aus anderen Niederlassungen eingesetzt. Für diese Mitarbeiter mietet V eine Wohnung, die er verschiedenen Mitarbeitern überlässt.*

Die Wirksamkeit der Mietverträge in den beiden Beispielen scheitert nicht etwa an § 117 Abs. 1 BGB. Es handelt sich nämlich nicht um ein Scheingeschäft mit einem „vorgeschobenen“ Mieter, weil die Vertragsparteien gerade diese Gestaltung gewollt haben.¹¹ Im Fall 1 könnte man allerdings an einen Verstoß gegen § 551 Abs. 4 BGB mit dem Argument denken, die Mieterstellung des Vaters diene der Umgehung dieser Vorschrift. Denn als Bürge für den mietenden Sohn hätte der Vermieter den Vater nach § 551 Abs. 1 BGB nur in Höhe von drei

⁹ BGHZ 3, 385; OLG München RPflegler 1972, 31 (jeweils zum Recht des Dritten, den Nutzer der Mietsache benennen zu dürfen).

¹⁰ Vgl. etwa Straßberger in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. (1999), II Rn. 232. Zur Kündigung Dörner, Dynamische Relativität (1985), S. 318f.; zur Rückgabe der Mietsache ders., S. 173 und Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl. (1990), § 334 Rn. 22.

¹¹ Vgl. KG ZMR 2009, 201; MüKo/Kramer, BGB, 5. Aufl. (2006), § 117 Rn. 14.

Monatsmieten verpflichten können.¹² Gegen eine Anwendung von § 551 Abs. 4 BGB spricht indes, dass Rechtsfolge die Unwirksamkeit des Mietvertrags wäre, weil es an einem Vertragspartner fehlen würde. Damit würde aber der nutzende Sohn sein Gebrauchsrecht verlieren. Eine Hilfskonstruktion dahingehend, nach § 551 Abs. 4 BGB stattdessen einen Vertrag zwischen Vermieter und Sohn zustande kommen zu lassen, kommt nicht in Betracht. Dadurch würde dem Vermieter ein ungewünschter Vertragspartner aufgedrängt werden. Ein solcher Eingriff in die Privatautonomie würde angesichts der Tatsache, dass § 551 Abs. 4 BGB hierfür nichts hergibt, die Grenzen der zulässigen Rechtsanwendung sprengen.¹³

Problematisch ist aber, ob in den Fällen 1 und 2 ein Mietvertrag zu Gunsten des jeweiligen Nutzers der Wohnung geschlossen wurde. Eine Drittbegünstigung setzt jedenfalls voraus, dass die Person des Dritten nach persönlichen oder sachlichen Kriterien bestimmbar ist.¹⁴ Dies ist im Fall 2 nicht unproblematisch, weil der Nutzer bei Vertragsschluss nicht konkret feststeht. Der BGH bejaht die Bestimmbarkeit des Dritten aber etwa in Fällen, in denen der Hersteller eines Produkts gegenüber dem Zwischenverkäufer eine Garantieerklärung zugunsten der zukünftigen, bei Vertragsschluss noch unbekanntem Endabnehmer abgibt.¹⁵ Übertragen auf den Sachverhalt in Fall 2 bedeutet dies, dass durch die von den Parteien vereinbarte Überlassung der Wohnung an Mitarbeiter des Mieters diese hinreichend bestimmbar sind. Ein Vertrag zu deren Gunsten ist daher grundsätzlich möglich.

Ob im konkreten Fall eine solche Drittbegünstigung aber auch tatsächlich vereinbart wurde, muss durch Auslegung ermittelt werden. Dafür sind neben dem in § 328 Abs. 2 BGB als Aus-

¹² Vgl. BGH NJW 2004, 3045; NJW 2003, 2899 zur geltungserhaltenden Reduktion einer höheren als der gesetzlich zulässigen Kautionsabrede. Zur Ausnahme bei „Aufdrängung“ der Bürgschaft BGHZ 111, 361.

¹³ Beim ähnlich gelagerten Problem der Umgehung von § 475 BGB (etwa durch ein vorgeschobenes Agenturgeschäft, bei dem der Gebrauchtwarenhändler im Namen des bisherigen Eigentümers den Kaufvertrag schließt) wird in der Literatur indes vereinzelt vertreten, dass ein Vertrag zwischen Händler und Käufer zustande kommen soll (Müller, NJW 2003, 1975/1980). Der BGH gewährt in diesem Fall dem Käufer einen Gewährleistungsanspruch gegen den Händler, ohne sich auf eine dogmatische Begründung festzulegen (BGHZ 170, 67; NJW 2005, 1039; zu den in Betracht kommenden Lösungswegen Faust in: Bamberger/Roth [Fn. 5], § 474 Rn. 7 mwN). Dies ist deshalb möglich, weil § 475 I 2 BGB – anders als § 551 IV BGB – ausdrücklich die Anwendung der Verbrauchsgüterkaufregeln auf Umgehungsgeschäfte anordnet.

¹⁴ Vgl. BGH WuM 2008, 160 (zum Kaufvertrag); NJW 2006, 139; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 24.

¹⁵ BGHZ 75, 75.

legungsmoment genannten Vertragszweck alle weiteren Umstände des Einzelfalls hinzuzuziehen.¹⁶ Wie bei jeder Vertragsauslegung verbieten sich zwar schematische Lösungen.¹⁷ Nach der Rechtsprechung spricht aber für einen Vertrag zugunsten des Dritten, wenn die Leistung lediglich im Interesse des Dritten vereinbart wird.¹⁸ Dieser Grundsatz legt es nahe, einen Mietvertrag zugunsten eines Dritten immer dann anzunehmen, wenn der Mieter nicht beabsichtigt, die Wohnung selbst zu nutzen. Diese Voraussetzung ist sowohl in Fall 1 als auch Fall 2 erfüllt; insbesondere im Fall 1 beruht der Vertragsschluss zudem auf einem fürsorglichen Motiv, was in der Literatur als weiteres Indiz für die Anwendung von § 328 BGB genannt wird.¹⁹

Bevor man indes vorschnell einen Vertrag zugunsten des Nutzers bejaht, muss folgendes beachtet werden: Die Nutzung durch den Dritten erfordert nicht zwingend einen Vertrag zu seinen Gunsten. Dem Mietrecht ist die Nutzung der Mietsache durch einen Dritten nämlich keineswegs fremd; derartige Nutzungsinteressen werden regelmäßig über eine (bloße) Gebrauchsüberlassung befriedigt. Das verdeutlichen anschaulich die Beispiele in Fall 1 und 2: Hier kann der Mieter dem Nutzer ein vom Vermieter zu respektierendes Nutzungsrecht auch dadurch übertragen, dass der Vermieter die Gebrauchsüberlassung gestattet.²⁰ Damit ist das für die Praxis wichtige Problem der Abgrenzung des Mietvertrags zugunsten des Nutzers von der bloßen Gestattung der Gebrauchsüberlassung angesprochen.²¹ Fehlen konkrete Hinweise, welche Gestaltung die Parteien gewählt haben, können die typisierten Interessen von Mieter und Vermieter Rückschlüsse auf den mutmaßlichen Parteiwillen zulassen.²² Diese Interessen werden im folgenden untersucht, wobei die Vertragsgestaltung, die dem Nutzer nur ein vom Mieter abgeleitetes Gebrauchsrecht gewährt, als „Untervermietungsmodell“, der Abschluss eines Vertrags zugunsten des Nutzers als „Vertragsmodell“ bezeichnet wird.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1977, 847; Bayer, Vertrag zugunsten Dritter (1995), S. 133ff.; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 32.

¹⁷ Gernhuber (Fn. 3), § 20 III 1 4.

¹⁸ Etwa BGH BB 1978, 1234; ähnlich Gernhuber (Fn. 3), § 20 III 4. Vgl. auch Bayer (Fn. 16), S. 135.

¹⁹ Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 3; ähnlich MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 33.

²⁰ Der Nutzer wäre vor einer Austreibung nach § 546 Abs. 2 BGB oder § 985 BGB über den Mietvertrag geschützt, vgl. nur Palandt/Weidenkaff (Fn. 1), § 540 Rn. 17.

²¹ Die Abgrenzung des Vertrags zugunsten eines Dritten von verwandten Rechtsinstituten ist kein auf das Mietrecht begrenztes Phänomen, vgl. etwa zur Abgrenzung des § 328 BGB zur Abtretung MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 13.

²² Vgl. Bayer (Fn. 16), S. 133 mwN.

1. Interessen des Mieters

Zunächst zu den typisierten Interessen des Mieters. Das wesentliche Interesse des Mieters besteht darin, dem seiner Sphäre zuzuordnenden Nutzer ein sicheres Gebrauchsrecht an der Mietsache einzuräumen.

a) Effektiver Schutz des Nutzers

Der Mieter möchte dabei zunächst ein effektives Gebrauchsrecht, welches insbesondere den Nutzer vor Fehlverhalten des Vermieters schützt. Beim „Vertragsmodell“ stehen dem Nutzer eigene vertragliche Ansprüche gegen den Vermieter zu, was dem Nutzer den direkten Zugriff auf den Vermieter ermöglicht (dazu sogleich C II). Dieses Ziel können Mieter und Nutzer in Bezug auf die Geltendmachung von Mieterrechten indes auch beim „Untervermietungsmodell“ durch Vollmachten oder Abtretungen erreichen. Auch vor einer unberechtigten Räumung wird der Untermieter geschützt, weil die Rechtsprechung für seine Räumung einen gegen ihn lautenden Titel verlangt.²³ Von besonderer Bedeutung ist daneben der Schutz des Integritätsinteresses des Nutzers, dessen Rechtsgüter im Laufe des Mietverhältnisses den von der Mietsache und dem Verhalten des Vermieters ausgehenden Gefahren ausgesetzt sind. Beim „Vertragsmodell“ ist – hierauf wird sogleich näher eingegangen (C II 2 und 3) – ein effektiver Schutz gewährleistet. Beim „Untervermietungsmodell“ kann möglicherweise für Ansprüche des Mieters auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zurückgegriffen werden. Einbezogen in den Schutzbereich eines Mietvertrags sind nach Auffassung des BGH Personen, die nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß mit der Mietsache in Berührung kommen.²⁴ Dies ist etwa bei der Anmietung einer Pension der Fall, wenn die Räume nach dem Vertrag auch von Dritten genutzt werden sollen.²⁵ Einbezogen in den Schutzbereich des Mietvertrags sind auch die mitnutzenden Familienangehörigen des Mieters.²⁶ Der Untermieter soll nach Ansicht des BGH hingegen nicht den Schutz des Mietvertrags genießen: Da ihm eigene mietvertragliche und damit gleichartige Schadensersatzansprüche gegen seinen

²³ BGH NJW 2008, 1959; ZMR 2003, 826; KG NZM 2003, 105.

²⁴ BGH JZ 1970, 375 (bejaht für Einlagerung fremder Gegenstände bei Vermietung von Räumen zur gewerbsmäßigen Lagerung von Gütern); vgl. auch BGH NJW 1985, 489.

²⁵ BGHZ 71, 175; vgl. auch BGH ZMR 1977, 180.

²⁶ BGH NJW 1975, 867; BGHZ 77, 116/124; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 168.

Vermieter aus dem Untermietvertrag zustehen, sei er nicht schutzbedürftig.²⁷ Nach dieser Rechtsprechung kommt es also darauf an, ob zwischen Mieter und Nutzer ein Untermietvertrag geschlossen wird. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. In Fall 1 (Nutzung durch Familienangehörigen) wird es an einem Mietvertrag regelmäßig fehlen, in Fall 2 (Nutzung durch Betriebsangehörigen) kommt ein Untermietvertrag hingegen durchaus in Betracht. Unabhängig von dieser Frage steht es den Parteien des Mietvertrags aber frei, den Nutzer in jedem Fall in den Schutzbereich des Mietvertrags einzubeziehen. Sie können also aufgrund ihrer Privatautonomie den Nutzer auch dann in den Schutzbereich aufnehmen, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung nicht erfüllt sind.²⁸ Es ist daher möglich, auch beim „Untervermietungsmodell“ einen effektiven Schutz des Nutzers zu erreichen.

b) Bestandskräftiges Gebrauchsrecht

Der Mieter hat nicht nur an einem effektiven Schutz des Nutzers ein Interesse. Ihm geht es typischerweise auch darum, dem Nutzer ein möglichst bestandskräftiges Gebrauchsrecht zu verschaffen. In diesem Punkt könnte das „Untervermietungsmodell“ bei der Überlassung von Wohnraum einen entscheidenden Nachteil aufweisen, weil der Nutzer möglicherweise den Schutz des sozialen Mietrechts verliert. Nach h. M. ist nämlich ein Mietvertrag, dessen Zweck auf die Weitervermietung der Räume durch den Mieter gerichtet ist, kein Wohnraummietvertrag.²⁹ Unerheblich ist dabei, ob der Mieter mit der Weitervermietung einen Gewinn erzielen möchte oder nicht.³⁰ Ob dies auch gilt, wenn keine förmliche Untervermietung erfolgt, sondern sich die Gebrauchsüberlassung als Gefälligkeit darstellt oder in Erfüllung arbeits- oder familienrechtlicher Pflichten (vgl. Fall 1 und 2) erfolgt, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. In der Literatur und Instanzrechtsprechung finden sich unterschiedliche Stellung-

²⁷ BGHZ 70, 327; WM 1979, 307; ebenso etwa Krause, JZ 1982, 16; MüKo/Häublein, BGB, 5. Aufl. (2007), § 535 Rn. 150; Palandt/Weidenkaff (Fn. 1), § 540 Rn. 16. A.A. etwa Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. (1988), II Rn. 495; differenzierend Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl. (2008), § 540 Rn. 9.

²⁸ Vgl. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 109; Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 328 Rn. 96.

²⁹ BGH NJW 1979, 309; Kraemer in Bub/Treier (Fn. 10), III A Rn. 1032; Müko/Häublein (Fn. 27), § 573 Rn. 21.

³⁰ OLG Frankfurt WuM 1986, 273; OLG Karlsruhe NJW 1984, 373; Müko/Häublein (Fn. 27), § 573 Rn. 21.

nahmen.³¹ Die Rechtsprechung des BGH mag gegen einen Wohnraummietvertrag sprechen, weil das Gericht das maßgebliche Entscheidungskriterium darin sieht, ob der vertragsgemäße Gebrauch *für den Mieter* im Wohnen oder im Weitervermieten besteht.³² Eine für den Nutzer ungünstige Gesetzesauslegung würde also beim „Untervermietungsmodell“ dazu führen, dass der Mieter keinen Wohnraummietvertrag abgeschlossen hat. Dies hat insbesondere für die Kündigung praktische Auswirkungen, weil der Kündigungsschutz nach § 573 BGB nicht greift. § 565 BGB vermag hier den drohenden Wohnungsverlust des Nutzers nicht vollständig zu verhindern, weil die h. M. § 565 auf die gewerbliche Zwischenvermietung beschränkt.³³ Insbesondere bei der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung an Familienangehörige des Mieters (Fall 1) wäre der Nutzer beim „Untervermietungsmodell“ also vom Wohnungsverlust bedroht. Dieser Umstand spricht für ein Interesse des Mieters, den Vertrag im Sinne des § 328 BGB zugunsten des Nutzers abzuschließen. Denn der Nutzer übt dann als Inhaber des Anspruchs aus § 535 Abs. 1 BGB vertragsgemäß den Wohngebrauch aus, weshalb es sich um ein Wohnraummietverhältnis handelt. Möglich ist für die Parteien aber auch, den Mietvertrag nicht mit Drittbegünstigung zu versehen, sondern den Regeln über die Wohnraummiete zu unterstellen.³⁴ Es ist daher möglich, auch beim „Untervermietungsmodell“ ein bestandskräftiges Gebrauchsrecht des Nutzers zu erreichen.³⁵

2. Interessen des Vermieters

³¹ Einerseits LG Hamburg WuM 1986, 317 (Anmietung zwecks Überlassung an Betriebsangehörige ist Wohnraummiete); Sternal (Fn. 27), I Rn. 145 (Anmietung zwecks Überlassung an Familienangehörige ist Wohnraummiete). Andererseits LG Hamburg ZMR 1992, 343; Blank in: Blank/Börstinghaus (Fn. 27), § 535 Rn. 21 (Anmietung zwecks Überlassung an Betriebsangehörige ist keine Wohnraummiete).

³² BGHZ 94, 11; siehe auch BGH NJW 1981, 1377: Bei *Weitervermietung* an Betriebsangehörige unterliegt Hauptmietvertrag nicht den Regeln über die Wohnraummiete.

³³ BayObLG ZMR 1995, 527; OLG Köln ZMR 2004, 31; Palandt/Weidenkaff (Fn. 1), § 565 Rn. 2; a.A. etwa Blank in: Blank/Börstinghaus (Fn. 27), § 565 Rn. 10ff.; Hinz in AnwaltKommentar-BGB (2005), § 565 Rn. 12; MüKo/Häublein (Fn. 27), § 565 Rn. 8f.

³⁴ Vgl. BGHZ 94, 11; OLG Frankfurt WuM 1986, 273; Reinstorf in: Bub/Treier (Fn. 10), I Rn. 95.

³⁵ Eine derartige Vertragsauslegung würde im übrigen die Rechtsanwendung des § 565 BGB in einem Streitfall entbehrlich machen: In der Literatur wird mit beachtlichen Argumenten (vgl. die Nachweise Fn. 33) eine analoge Anwendung von § 565 BGB in Fällen befürwortet, in denen keine gewerbliche Zwischenvermietung vorliegt, in denen aber im Hauptmietvertrag eine Vertragsüberlassung an Dritte vorgesehen ist. Dieser Analogie bedarf es jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor Vermieterkündigungen nicht, wenn man den Hauptmietvertrag unter die Regeln des sozialen Wohnraummietrechts stellt.

Der Vermieter wird an einer Drittbegünstigung des Nutzers regelmäßig kein besonderes Interesse haben. Dies liegt daran, dass der Vertrag zu Gunsten eines Drittnutzers dem Vermieter grundsätzlich nur Nachteile bringt.³⁶ Diese Nachteile ergeben sich aus einer potentiellen Erhöhung seines Haftungsrisikos, daneben aber auch aus der sogleich näher zu erläuternden unsicheren Zuordnung von Rechten und Pflichten an Mieter und/oder Nutzer (dazu sogleich C II).

3. Stellungnahme

Welche Erkenntnisse lassen sich nun für die Vertragsauslegung aus dieser Interessenlage ableiten? Im Ausgangspunkt hat der Rechtsanwender die Möglichkeit, den Interessen des Mieters entweder durch einen Vertrag zugunsten des Nutzers oder durch einen Mietvertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Nutzers gerecht zu werden, der zudem die Erlaubnis der Gebrauchsüberlassung enthält und den Regeln über die Wohnraummiete unterliegt.

Bei der Auslegung ist im konkreten Fall vorab zu beachten, dass eine Drittbegünstigung nach § 328 BGB jedenfalls voraussetzt, dass nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Vertragsabwicklung mit dem Nutzer übernehmen soll. Diese Voraussetzung wird in Konstellationen wie Fall 1 meist vorliegen. Anders wird dies typischerweise in Fall 2 sein, weil hier üblicherweise der Mieter die Mietsache entgegennimmt, um sie dann wechselnden Nutzern zu überlassen. Hier werden sich die Nutzer bei Problemen regelmäßig nicht an den Vermieter wenden, sondern an ihren Arbeitgeber und Vertragspartner, der ihnen die Räume verschafft hat.³⁷ Einer solchen Vertragsabwicklung „übers Eck“ fehlt die für eine Drittbegünstigen notwendige direkte Leistungsbeziehung zwischen Vermieter und Nutzer.

In den danach für einen Vertrag nach § 328 BGB verbleibenden Konstellationen streitet für eine Drittbegünstigung, dass der Gesetzgeber das Institut des Vertrags zugunsten Dritter zur Regelung eben dieser Interessenlage – ein Dritter soll allein mit der Leistung des Schuldners in Berührung kommen und die Leistung dient primär den Interessen des Dritten – geschaffen hat. Mit dem Vertrag nach § 328 BGB steht also eine positiv-rechtlich geformte, typische

³⁶ Vgl. Papanikolaou, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter (1977), S. 48.

³⁷ Anders dürften Konstellationen zu beurteilen sein, in denen der Mitarbeiter den Kontakt zum Vermieter hält, etwa weil er sich die Wohnung ausgesucht hat und der Arbeitgeber nur deshalb als Vermieter auftritt, weil er nach der Vereinbarung mit seinem Mitarbeiter nur die Miete, nicht aber die Vertragsabwicklung übernehmen soll.

Rechtserscheinung zur Problembewältigung zur Verfügung.³⁸ Dies spricht dafür, sich als Rechtsanwender im Zweifel dieses Instituts zu bedienen, wenn ein Mietvertrag mit Drittbegünstigung zu bewerten ist.³⁹

II. Rechtsfolgen eines Vertrags mit Drittbegünstigung auf Mieterseite

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Mietvertrags zugunsten Dritter steht man vor dem grundsätzlichen Problem, dass auf Gläubigerseite Mieter und Nutzer „in einem *eigentümlichen Bündnisverhältnis*“⁴⁰ dem Vermieter gegenüberstehen. Der Vermieter muss die Mietsache dem Nutzer überlassen. Andererseits ist aber nur der Mieter zu Mietzahlung verpflichtet. Diese Aufspaltung wirft die Frage auf, wer Inhaber der übrigen Rechte aus dem Vertrag ist, beispielsweise von Schadensersatzansprüchen oder eines Kündigungsrechts. Der Mietvertrag hat zudem als Dauerschuldverhältnis in vielen Bereichen einen personalistischen Einschlag, etwa bei der Geltendmachung von Härtegründen im Rahmen von Modernisierungen oder bei verhaltensbedingten Kündigungen. Auch in diesen Fällen ist fraglich, wessen Person maßgeblich ist. Um die Zuordnung dieser und weiterer Rechte wird es im folgenden gehen. Die gefundenen Ergebnisse stehen dabei unter dem Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung der Parteien. Die Parteien haben es selbstverständlich in der Hand, über die Zuordnung der vertraglichen Rechte zu disponieren, soweit nicht das Gesetz entgegensteht.⁴¹

1. Gebrauchsüberlassung, Gebrauchserhaltung, Mietzahlung

Zunächst zu den Ansprüchen aus § 535 BGB. Beim Mietvertrag zugunsten Dritter wird der Nutzer nach § 328 BGB nicht selbst Vertragspartei, sondern erwirbt originär einen eigenen Anspruch auf die versprochene Leistung.⁴² Dieses Forderungsrecht des Nutzers wird aus dem Mietvertrag abgespalten.⁴³ Daraus folgt, dass die in § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB geregelten

³⁸ Vgl. Papanikolaou (Fn. 36), S. 66.

³⁹ Die Anmietung von Räumen zur Nutzung durch Familienangehörige wird daher in der Ausbildungsliteratur – allerdings ohne Abgrenzung zur reinen Gebrauchsüberlassung – als Beispiel für einen Vertrag nach § 328 BGB angeführt, Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 18. Aufl. (2008), Rn. 803; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, 6. Aufl. (2005), Rn. 715.

⁴⁰ Papanikolaou (Fn. 36), S. 53.

⁴¹ Vgl. Bayer (Fn. 16), S. 345; Raab (Fn. 3), S. 510.

⁴² Statt vieler: Janoschek in: Bamberger/Roth (Fn. 5), § 328 Rn. 16; Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 5.

⁴³ BGHZ 54, 145; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 30. Kritisch zu dieser Betrachtung etwa Dörner (Fn. 10), S. 171f.

Ansprüche des Vermieters auf Gebrauchsüberlassung und Gebrauchsbelassung dem Nutzer zustehen. Der Mieter kann nach § 335 BGB nur Leistung an den Nutzer, nicht aber an sich selbst verlangen.⁴⁴ Übertragen auf den Mietvertrag bedeutet dies, dass der Mieter selbst kein Recht zur Nutzung der Räume hat.⁴⁵ § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter auch dazu, die Mietsache während der Mietzeit im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Fraglich ist, wem dieser Mängelbeseitigungsanspruch zusteht. Die Zuordnung von Rechten wegen Schlechtleistung ist beim Vertrag zugunsten Dritter im einzelnen hoch umstritten.⁴⁶ Soweit sich zum Anspruch auf Mängelbeseitigung nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB Stellungnahmen finden, wird dieser aber übereinstimmend dem Dritten zugeordnet.⁴⁷ Dies überzeugt, weil die Gebrauchserhaltungspflicht Teil der Primärleistung des Vermieters ist, die wegen der Drittbegünstigung allein dem Nutzer zugute kommen soll.

Mit der Mietzahlung hingegen hat der Nutzer nichts zu tun. Hierzu ist nach § 535 Abs. 2 BGB nur der Mieter verpflichtet. Eine Regel im Vertrag, wonach diese Pflicht den Nutzer treffen soll, wäre als Vertrag zulasten des Nutzers unwirksam.⁴⁸

2. Ansprüche aus § 536a BGB und § 554 Abs. 4 BGB

§ 536a BGB regelt Sekundäransprüche, nämlich auf Schadens- und Aufwendungsersatz.

Auch hier stellt sich die Frage, ob diese dem Nutzer oder dem Mieter zustehen. Die Problematik soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Fall 3: Beim Mietvertrag zu seinen Gunsten verlangt der Nutzer im eigenen Namen vom Vermieter Mängelbeseitigung. Als der Vermieter nicht reagiert, lässt der Nutzer die Reparatur durchführen. Ihm entstehen Kosten von 500,- €, die er vom Vermieter ersetzt verlangt.

⁴⁴ Nach h. M. aus eigenem Recht (BGH NJW 1974, 502); zwischen Drittem und der Vertragspartei besteht eine besondere Art der Gläubigermehrheit, vgl. Janoschek in: Bamberger/Roth (Fn. 7), § 335 Rn. 1; Raab (Fn. 3), S. 480ff. mwN. Das Forderungsrecht des Mieters aus § 335 BGB kann vertraglich ausgeschlossen werden, wovon im Zweifel aber nicht auszugehen sein wird (vgl. Staudinger/Jagmann [Fn. 7], § 335 Rn. 23).

⁴⁵ Man könnte ein Nutzungsrecht des Mieters aber durch einen – soweit ersichtlich indes nirgendwo diskutierten – „Mietvertrag *auch* zugunsten Dritter“ begründen. Eine solche Konstruktion dürfte aber typischerweise den Vermieterinteressen entgegenlaufen, der sich zwei Gläubigern ausgesetzt sieht und vor der Frage stünde, an wen er denn nun leisten muss, um seinen Pflichten nachzukommen.

⁴⁶ Monographisch etwa Papanikolaou (Fn. 36).

⁴⁷ MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 335 Rn. 19; Raab (Fn. 3), S. 539f.

⁴⁸ Vgl. statt vieler: Palandt/Grüneberg (Fn. 1), Einf v § 328 Rn. 10 mwN.

Im Fall 3 geht es um einen Anspruch aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB. Da der Nutzer – wie soeben festgestellt – Gläubiger des Reparaturanspruchs ist, konnte er den Vermieter in Verzug setzen.⁴⁹ Es ist daher konsequent, dem Nutzer auch den Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 BGB zuzusprechen, der eine direkte Folge des nichterfüllten Reparaturanspruchs ist. Gleiches gilt für einen Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 BGB wegen eines Mangels der Mietsache, weil es sich hierbei ebenfalls um ein Leistungssurrogat handelt.⁵⁰ Ein Aufwendungsersatzanspruch aus § 554 Abs. 4 BGB im Zusammenhang mit Modernisierungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen steht ebenfalls dem Nutzer zu. Dies rechtfertigt sich damit, dass es sich um Ersatzansprüche wegen Veränderung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts handelt.

3. Ausschluss der Gewährleistungsrechte

Ordnet man die Ansprüche aus § 536a BGB dem Nutzer zu, so fragt sich, ob bei Obliegenheitsverletzungen, die diese oder andere Gewährleistungsrechte ausschließen, ebenfalls auf seine Person abzustellen ist. § 536b BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen die Mietminderung sowie Ansprüche aus § 536a BGB bei Kenntnis des Mangels entfallen. Dort wird zwischen dem Vertragsschluss und der Übergabe der Mietsache differenziert. Die Zuständigkeit hierfür ist beim Vertrag mit Drittbegünstigung zwischen Mieter und Nutzer aufgeteilt: Der Vertragsabschluss erfolgt durch den Mieter, die Entgegennahme der Mietsache durch den Nutzer. Entsprechend wird man auch die Obliegenheiten auf beide verteilen müssen. Den Nutzer treffen nämlich nur die Obliegenheiten, die gerade an seine Gläubigerstellung geknüpft sind.⁵¹ Nimmt der Nutzer also eine mangelhafte Sache entgegen, entfallen seine Ansprüche aus § 536a BGB unter den in § 536b S. 2 BGB genannten Voraussetzungen. § 536b S. 2 BGB ordnet in diesem Fall auch den Wegfall der Minderung an. Diese Rechtsfolge trifft allerdings den Mieter als Schuldner des Zahlungsanspruchs, was die Frage aufwirft, ob ihm das (Fehl)verhalten des Nutzers insoweit zuzurechnen ist. Es geht hier um das allgemeine

⁴⁹ Da der Mieter nach § 335 BGB ebenfalls Erfüllung (gegenüber dem Nutzer) verlangen kann, kann auch er verzugsbegründend zur Leistung auffordern, vgl. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 18; Raab (Fn. 3), S. 532f., 539; Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 335 Rn. 13.

⁵⁰ Ausdr. zum Mietrecht Raab (Fn. 3), S. 539; allgemein auch BGH NJW 1966, 2260; NJW 1974, 502; NJW 1985, 1457; Dörner (Fn. 10), S. 302; Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. (1987), S. 223; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 335 Rn. 14. A.A. für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 5.

⁵¹ Allgemein Erman/Westermann, § 328 Rn. 9; Raab (Fn. 3), S. 496; zu § 464 BGB a.F. Gernhuber (Fn. 3), § 20 IV 4 b).

Problem der Zurechnung beim Vertrag zu Gunsten Dritter. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang teilweise auf § 278 BGB verwiesen, etwa um Pflichtverletzungen des Dritten (Nutzer) dem Versprechensempfänger (Mieter) zuzurechnen.⁵² Bei näherer Betrachtung bedarf es eines Rückgriffs auf diese Vorschrift – die auf Obliegenheiten nach h. M. zudem nicht anwendbar ist⁵³ - indes nicht. Denn die Aufspaltung der Gläubigerrechte hat zur Folge, dass der Dritte originär Gläubigerpflichten und mit seinem Recht korrespondierende Obliegenheiten verletzen kann. Der Nutzer ist nicht etwa Erfüllungsgehilfe des Mieters, sondern repräsentiert aufgrund der Abspaltung des ihm zustehenden Forderungsrecht den Mieter unmittelbar als Vertragspartei.⁵⁴ Deshalb kann die rügelose Annahme der Mietsache durch den Nutzer dazu führen, dass der Mieter die Rechte aus Minderung verliert.

4. Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter nach § 280 Abs. 1 BGB

§ 536a BGB regelt abschließend nur die Schadensersatzansprüche wegen eines Mangels der Mietsache. Geht es um andere Pflichtverletzungen des Vermieters, kommt § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht.⁵⁵

Fall 4: Der Vermieter erklärt unwirksam unter Vortäuschung von Eigenbedarf die Kündigung gegenüber dem Mieter. Der Nutzer zieht aus, ihm entsteht dadurch ein Schaden in Form von Umzugskosten.

Ob dem Nutzer hier ein Schadensersatzanspruch⁵⁶ nach § 280 Abs. 1 BGB gegen den Vermieter zusteht hängt davon ab, ob der Vermieter ihm gegenüber eine Pflicht verletzt hat. Dies ist zu bejahen, weil der Vermieter durch die unberechtigte Kündigung seine Leistung verweigert. Diese Leistung hat er aber gegenüber dem Nutzer zu erbringen, dem deshalb auch ein Schadensersatzanspruch zustehen muss.⁵⁷ Fraglich ist, ob daneben auch dem Mieter ein Schadensersatzanspruch zusteht. Das dahinterliegende Problem wird offensichtlich, wenn der Mieter in Fall 4 aufgrund seiner vertraglichen Beziehung zum Nutzer diesem zum Ersatz der Umzugs-

⁵² Etwa Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 7.

⁵³ Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 278 Rn. 24 mwN.

⁵⁴ Vgl. Dörner (Fn. 10), S. 172; dieser Gedanke findet sich auch bei BGH FamRZ 1984, 870/871.

⁵⁵ Statt vieler: MüKo/Häublein (Fn. 27), § 536a Rn. 17.

⁵⁶ Zum Schadensersatz bei vorgeschobener Eigenbedarfskündigung BGH NJW 2005, 2395.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 1974, 502; NJW 1985, 1457; Janoschek in: Bamberger/Roth (Fn. 5), § 328 Rn. 20; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 335 Rn. 14. A.A. Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 5 (Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung steht Vertragspartner zu).

kosten verpflichtet war. In der Literatur wird teilweise eine Nebenpflicht des Versprechenden (hier: Vermieter) dahingehend formuliert, den Versprechensempfänger (Mieter) nicht zu schädigen.⁵⁸ Folgt man dem, stünden sowohl Mieter als auch Nutzer stets vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter zu. Im Ergebnis würde dies zu einer Verdoppelung der Haftung des Vermieters führen, der Mieter und Nutzer gleichermaßen einen Nichterfüllungsschaden zu ersetzen hätte. Hiergegen spricht, dass der Vertrag zugunsten Dritter primär nicht zu einer Vervielfältigung von Rechten und Pflichten führt, sondern nur die vertraglichen Rechte auf Gläubigerseite auf verschiedene Personen verteilt. Dies spricht dafür, einen Schadensersatzanspruch des Mieters zu verneinen, soweit es um die Verletzung des allein dem Nutzer zustehenden Leistungsanspruchs geht.⁵⁹ Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Fall 5: Der Mieter zahlt an den Vermieter 100 € Miete, der Nutzer an den Mieter für die Überlassung der Mietsache 200 €. Wegen eines vom Vermieter zu vertretenden Mangels der Mietsache zieht der Nutzer berechtigterweise aus. Ihm entstehen Umzugskosten, die er vom Vermieter ersetzt verlangt. Der Mieter macht gegen den Vermieter ebenfalls Schadensersatz geltend, und zwar in Form entgangenen Gewinns aus der Vermietung an den Nutzer.

Ein Anspruch des Mieters ist hier nur gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzung des Vermieters über die Nichterfüllung seiner Pflicht aus § 535 Abs. 1 BGB hinausgeht. Denn die Erfüllung dieser Schuld obliegt ihm allein gegenüber dem Nutzer. Im Fall 5 hat der Vermieter keine solche über § 535 Abs. 1 BGB hinausgehende Pflicht verletzt, weshalb ein Schadensersatzanspruch ausscheidet. Eine Pflichtverletzung auch gegenüber dem Mieter wird man aber im Fall 4 - unberechtigte Kündigung - annehmen können, weil es hier nicht nur um eine Nichterfüllung der Überlassungspflicht, sondern auch um einen Verstoß gegen die allgemeine Treuepflicht geht, deren Gläubiger der Mieter als Vertragspartner ist.⁶⁰

5. Kündigung

Durch die Kündigung wird der Mietvertrag beendet, weshalb durch diese Gestaltungserklärung Mieter und Nutzer gleichermaßen betroffen sind. Der Mieter ist danach nicht mehr Vertragspartei, der Nutzer verliert seinen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Vermieter. Wegen

⁵⁸ Soergel/Hadding (Fn. 10), § 328 Rn. 63; ähnlich Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 335 Rn. 25.

⁵⁹ So auch Larenz (Fn. 50), S. 223; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 335 Rn. 15; a. A. Raab (Fn. 3), S. 541.

⁶⁰ Ebenso Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, 8. Aufl. (2000), § 36 III 2. Allgemein zur Treuepflicht im Mietrecht Blank, WuM 2004, 243.

dieser Doppelwirkung wird die Zuständigkeit für vertragsbeendende Erklärungen beim Vertrag zugunsten Dritter kontrovers diskutiert. Ganz überwiegend wird die Zuständigkeit für solche Erklärungen – meist unter dem Gesichtspunkt des Rücktritts oder der Anfechtung – der Vertragspartei, nicht dem Dritten zugesprochen. Die Ausübung wird jedoch von der Mitwirkung des Dritten abhängig gemacht, falls sich dem Vertrag nichts abweichendes entnehmen lässt.⁶¹

Fall 6: Da der Vermieter trotz Aufforderung einen gesundheitsgefährdenden Mangel nicht beseitigt, erklärt der Nutzer die fristlose Kündigung.

Hält man den Nutzer für unzuständig, so ist die Kündigung - vorbehaltlich besonderer Umstände wie (konkludentes) Vertreterhandeln oder Ermächtigung⁶² - unwirksam. Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick überraschen, da es doch der Nutzer ist, der von dem Mangel betroffen ist. Dennoch überzeugt es, nur dem Mieter das Kündigungsrecht zuzusprechen: Er ist schließlich Vertragspartei und ihn treffen die Pflichten aus dem Mietvertrag. Es muss daher ihm überlassen bleiben, den Vertrag zu beenden. Der Nutzer hingegen hat nur Rechte aus dem Mietvertrag. Er kann seine Nutzung unbeschadet der weiteren Existenz des Mietvertrags beenden. In der Literatur wird allerdings vereinzelt die Kündigungsbefugnis zwischen Drittem und Vertragspartei aufgespalten: Kündigungen wegen eines „forderungsbezogenen“ Umstands (dies wäre beim Mietvertrag z.B. die Kündigung wegen eines Mangels der Mietsache) sollen dem Dritten zustehen, im übrigen sei die Vertragspartei zur Vertragsbeendigung befugt.⁶³ Gegen diese Auffassung spricht neben den bereits erwähnten Argumenten das Bedürfnis aller am Vertrag beteiligter Personen, die Kündigungsberechtigung rechtssicher bestimmen zu können.

Ordnet man das Kündigungsrecht demnach dem Mieter zu, so fragt sich, ob die Ausübung der Zustimmung des Nutzers bedarf. Dieser Ansicht ist – indes nicht speziell für das Mietrecht –

⁶¹ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. (2006), Rn. 300; Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 328 Rn. 5; Papanikolaou (Fn. 36), S. 79; a. A. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 335 Rn. 7.

⁶² Zur Ermächtigung etwa BGH NJW 2008, 1218.

⁶³ Dörner (Fn. 10), S. 314f. und 318f., der für den Mietvertrag eine Ausnahme macht, falls dem Nutzer der Gebrauch nur vorübergehend überlassen wurde (Kündigungsrecht dann vollständig beim Mieter).

die bereits erwähnte h. M., falls der Vertrag nichts Abweichendes enthält.⁶⁴ Eine solche Abweichung mit der Folge der exklusiven Kündigungsberechtigung des Mieters ist für den Mietvertrag regelmäßig anzunehmen. Bei Austauschverträgen wird der Dritte durch Rücktritt etc. seines Leistungsanspruchs vollständig beraubt, was dafür sprechen mag, ihn an diesen Erklärungen zu beteiligen. Bei der Kündigung des Mietvertrags bleibt hingegen dem Nutzer die Leistung des Vermieters für die Vergangenheit erhalten. Die Kündigungsmöglichkeit ist dem Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis immanent, weshalb sich im Wege der Vertragsauslegung ergibt, dass das Recht des Nutzers auf die Mietsache unter dem Vorbehalt der Kündigung durch den Mieter steht.⁶⁵ Ein Recht des Nutzers auf Eintritt in den Vertrag anstelle des Mieters – hierfür wird in der Literatur vereinzelt plädiert⁶⁶ – lässt sich wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Privatautonomie nicht begründen. Eine solche Rechtsfolge kann sich nur aus § 565 BGB ergeben.

Kündigungen werden oft auf persönliches Fehlverhalten gestützt. Hier stellt sich die Frage, inwieweit ein Fehlverhalten des Nutzers den Vermieter zur Kündigung berechtigt.

Fall 7: Der Nutzer beschädigt wiederholt vorsätzlich die Mietsache. Der Vermieter will deshalb kündigen.

Eine Vermieterkündigung ist - ebenso wie andere den Vertrag beendende Erklärungen - gegenüber dem Mieter als Vertragspartei abzugeben.⁶⁷ Den Vermieter trifft aber die Obliegenheit, den Nutzer zu informieren, damit dieser seiner Räumungspflicht nachkommen kann.⁶⁸ Die Erfüllung dieser Obliegenheit ist bei der Bewertung etwaiger Ersatzansprüche des Vermieters wegen verzögerter Rückgabe (dazu C II 7) von Bedeutung. Ist dem Nutzer die Vertragsbeendigung unbekannt, scheitern Schadensersatzansprüche jedenfalls am fehlenden Ver-

⁶⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 61.

⁶⁵ A.A. Papanikolaou (Fn. 36), S. 81. Vgl. zur „Widerruflichkeit“ der Berechtigung des Dritten Bayer (Fn. 16), S. 247; Raab (Fn. 3), S. 471; Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 328 Rn. 69.

⁶⁶ H. Lange NJW 1965, 657/663.

⁶⁷ Vgl. Gernhuber (Fn. 3), § 20 IV 6; Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 334 Rn. 3; Schlechtriem/Schmidt-Kessel (Fn. 39), Rn. 727.

⁶⁸ H. Lange, NJW 1965, 657/659; a. A. OLG München RPflegler 1972, 31.

schulden; der Mieter enthält dann dem Vermieter auch nicht nach § 546a BGB die Mietsache vor.⁶⁹

Hinsichtlich der Kündigungsberechtigung wird man über das Ergebnis in Fall 7 wohl Einigkeit erzielen können: Das Fehlverhalten des Nutzers muss den Vermieter zur Kündigung berechtigen.⁷⁰ Die Begründung ist aber nicht ganz einfach: Verletzt der Nutzer eine Pflicht des Mieters, was dem Mieter über § 278 BGB zugerechnet wird? Hiergegen spricht folgende Überlegung: Die Pflicht zum schonenden Umgang mit der Mietsache soll das Interesse des Vermieters wahren, dass derjenige, dem er vertraglich zur Überlassung der Mietsache verpflichtet ist, diese sorgfältig behandelt. Gläubiger des Überlassungsanspruchs ist aber der Nutzer. Aus diesem Grund trifft auch nur ihn die Sorgfaltspflicht.⁷¹ Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass eine Kündigung ausscheidet. Die Pflichtverletzung berechtigt den Vermieter zur Kündigung, ohne dass es einer besonderen Zurechnung des Verhaltens des Nutzers bedarf. Dies folgt – wie ausgeführt (oben C II 3) - aus der Besonderheit des Vertrags zugunsten Dritter, der Rechte und Pflichten zwischen Mieter und Nutzer verteilt.

6. Vertragsänderungen

Der Mietvertrag ist als Dauerschuldverhältnis vom Gesetzgeber mit einer gewissen Dynamik ausgestaltet worden. Dies bedeutet, dass sich die Vertragspflichten durch im Gesetz vorgesehene Erklärungen der Parteien während der Vertragslaufzeit verändern können. Bei solchen Erklärungen stellt sich beim Mietvertrag zugunsten eines Dritten ebenfalls die Frage nach der Zuständigkeit.

a) Miete

In der Praxis besonders bedeutsam ist die Veränderung der Miethöhe.

Fall 8: Der Vermieter möchte die Miete zur Ortsüblichkeit erhöhen. Wem gegenüber muss er das Zustimmungsverlangen nach § 558a BGB abgeben?

⁶⁹ Vgl. Palandt/Weidenkaff (Fn. 1), § 546a Rn. 9 mwN (kein Vorenthalten bei unterbliebener Mitwirkung des Vermieters).

⁷⁰ Einschränkung hingegen Erman/Westermann (Fn. 51), § 328 Rn. 9: Da der Dritte zum Schuldner nur in einem vertragsähnlichen Verhältnis stehe, könne sein Verhalten nur ausnahmsweise ein Kündigungsrecht auslösen.

⁷¹ Vgl. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 334 Rn. 10; Gernhuber (Fn. 3) § 20 IV 5a); Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 334 Rn. 37.

Schuldner der Miete ist der Mieter, nicht der Nutzer. Daraus folgt, dass für Erklärungen, die zu einer Veränderung der Miete führen, allein der Mieter zuständig ist. In Fall 8 muss also der Mieter die Zustimmungserklärung abgeben. Allein gegenüber dem Mieter ist auch über Betriebskosten abzurechnen sowie die Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen und Pauschalen nach § 560 Abs. 3 und 4 BGB zu erklären.

b) Vertraglicher Gebrauch

Nicht nur die Miethöhe, sondern auch der Umfang des vertraglichen Gebrauchs kann sich im Verlauf des Mietvertrags verändern. Solche Veränderungen bedürfen einer Rechtsgrundlage, die entweder vertraglicher oder gesetzlicher Natur sein kann. Beim Vertrag zugunsten Dritter gilt nach h. M. der allgemeine Grundsatz, dass die Vertragspartner – vorbehaltlich abweichender vertraglicher oder gesetzlicher Regeln – ohne Zustimmung des Dritten dessen Recht nicht mehr ändern können, weil der Dritte alleine für das Recht zuständig sei.⁷² Eine Änderung des vertraglichen Gebrauchs muss also entweder im Mietvertrag selbst vereinbart sein⁷³ oder auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Für den praktisch bedeutsamsten Fall, der Modernisierung oder Erhaltung der Mietsache, enthält § 554 BGB einen gesetzlichen Änderungsvorbehalt. Hier kommt also eine Änderung des vertraglichen Gebrauchs in Betracht.

Fall 9: Der Vermieter beabsichtigt umfangreiche Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen. Sind diese gegenüber dem Mieter oder dem Nutzer anzukündigen?

§ 554 BGB gibt dem Vermieter einen Anspruch auf Duldung der Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen. Die Fälligkeit des Duldungsanspruchs ist an eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Ankündigung geknüpft.⁷⁴ Beim Mietvertrag nach § 328 BGB stellt sich die Frage, wer Schuldner des Duldungsanspruchs ist – dieser Person gegenüber

⁷² Etwa BGH NJW 1986, 1165; Bayer (Fn. 16), S. 241; MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 34; Soergel/Hadding (Fn. 10), § 328 Rn. 72. A. A. Raab (Fn. 3), S. 475.

⁷³ Zur dynamischen Gestaltung des Nutzungsrechts bei Vermietung einer Eigentumswohnung hinsichtlich zukünftiger Beschlüsse der Wohnungseigentümer vgl. Armbrüster, ZWE 2004, 217; Lehmann-Richter, PiG 85 (2009), S. 209/223.

⁷⁴ Exemplarisch zu den strengen Anforderungen insb. der Instanzgerichte an Modernisierungsankündigungen AG Hamburg, ZMR 2004, 825. Zur Ankündigung von Instandsetzungsmaßnahmen vgl. etwa Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl. (2007), § 554 Rn. 35.

muss die Ankündigung nach § 554 BGB erfolgen. Ausgehend von Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Maßnahmen nach § 554 BGB ist folgende Differenzierung angezeigt:

Die Duldungspflicht bei *Erhaltungsmaßnahmen* trifft nur den Nutzer. Dies folgt daraus, dass Einwirkungen auf die Mietsache den Mietgebrauch beeinträchtigen, der aber nur dem Nutzer zugewiesen ist (oben C II 1). Auswirkungen auf die Rechtssphäre des Mieters sind bei Erhaltungsmaßnahmen hingegen nicht zu befürchten; insbesondere droht dem Mieter keine Mieterhöhung. Die gegenüber dem Nutzer ausgelöste Duldungspflicht gewährt dem Vermieter hinreichende Rechtssicherheit: Mietvertragliche Unterlassungsansprüche aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB stehen dem Nutzer zu, sind durch die ausgelöste Duldungspflicht indes ausgeschlossen.⁷⁵ Gleiches gilt für gesetzliche Unterlassungsansprüche des Nutzers, insbesondere aus Besitzstörung (§ 862 BGB).⁷⁶ Dem Mieter stehen gleichfalls keine besitzrechtlichen Unterlassungsansprüche aus §§ 869 S. 1, 863 BGB zu, weil die Duldungspflicht des Nutzers ihn als mittelbaren Besitzer bindet.⁷⁷

Bei *Modernisierungen* muss die Duldungspflicht hingegen gegenüber Mieter und Nutzer gleichermaßen ausgelöst werden. Dies folgt aus dem komplexeren rechtlichen Charakter von Modernisierungsmaßnahmen, welche die Rechtssphären von Nutzer und Mieter gleichermaßen berühren. Der Nutzer ist betroffen, weil der ihm zugewiesene vertragliche Gebrauch der Mietsache verändert wird. Der Mieter ist ebenfalls betroffen, weil nach einer Modernisierung der Vermieter die Möglichkeit der Mieterhöhung hat, § 559 BGB.

Entsprechend diesen Einwirkungen auf die Rechtssphären von Mieter und Nutzer sind auch die Einwendungen gegen Modernisierungsmaßnahmen zu verteilen, die in § 554 Abs. 2 S. 2-3 BGB geregelt sind. Beziehen sich die Einwendungen auf den Zustand der Mietsache (§ 554 Abs. 2 S. 2 BGB), ist die Person des Nutzers ausschlaggebend. Als Beispiele sind etwa die Veränderung des Zuschnitts der Wohnung zu nennen, die den Bedürfnissen des Nutzers nicht gerecht würde, oder die Unzumutbarkeit der Bauarbeiten wegen Krankheit des Nutzers. Steht hingegen das Argument im Raum, die Modernisierungsmieterhöhung würde zu einer beson-

⁷⁵ Vgl. Sternel (Fn. 27), II Rn. 340f., auch zum Schicksal der übrigen Mängelrechte.

⁷⁶ Vgl. Kraemer in: Bub/Treier (Fn. 10), III Rn. 1119.

⁷⁷ Vgl. Palandt/Bassenge (Fn. 1), § 869 Rn. 1; MüKo/Joost, BGB, 5. Aufl. (2009), § 869 Rn. 2, 4.

deren Härte führen (§ 554 Abs. 2 S. 3 BGB), ist auf den Mieter abzustellen, da er die Mietzahlungen zu leisten hat.

7. Rückgabepflicht

§ 546 BGB gewährt dem Vermieter nach Vertragsende einen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache, und zwar nach § 546 Abs. 1 sowohl gegenüber dem Mieter als auch nach § 546 Abs. 2 gegenüber einem Dritten, dem der Mieter den Besitz überlassen hat. Diesem Anspruch kommt neben § 985 BGB besondere Bedeutung zu, wenn der Vermieter nicht Eigentümer der Mietsache ist. Es fragt sich, ob der Nutzer nach dieser Norm zur Herausgabe verpflichtet ist. Der Wortlaut des § 546 Abs. 2 BGB ist nicht erfüllt, weil beim Mietvertrag zugunsten eines Dritten dieser den Besitz nicht vom Mieter, sondern vom Vermieter erhält. In Betracht kommt aber, den Nutzer dem Anspruch nach § 546 Abs. 1 BGB zu unterwerfen. Hierfür spricht, dass der Nutzer alleiniger Besitzer der Mietsache ist und sich § 546 BGB entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber dem Vermieter einen umfassenden Herausgabeanspruch gegen den Besitzer zusprechen wollte. Zudem ist die Rückgabe der actus contrarius des Übergabeanspruchs, dessen Gläubiger der Nutzer ist (oben C II 1). Der Nutzer ist aus diesen Gründen zur Rückgabe verpflichtet.⁷⁸

Fraglich ist, ob daneben auch der Mieter die Rückgabe nach § 546 BGB schuldet. Hiergegen spricht, dass es dadurch zu einer systemwidrigen Verdoppelung der Schuldnerstellung käme, obwohl der Vertrag zugunsten Dritter nur die Aufspaltung der vertraglichen Rechte und Pflichten anordnet. Wenn man – wie hier – die Rückgabepflicht dem Nutzer zuordnet, würde es gegen diesen Grundsatz verstoßen, daneben auch den Mieter für verpflichtet zu halten.⁷⁹ Hat allerdings der Nutzer dem Mieter den Besitz überlassen, ist der Mieter nach § 546 Abs. 2 BGB als Dritter herausgabepflichtig.

8. Unterlassungsansprüche des Vermieters

⁷⁸ So für das Mietrecht Dörner (Fn. 10), S. 173; Soergel/Hadding (Fn. 10), § 334 Rn. 22. Für den Rückgewähranspruch nach Rücktritt Gernhuber (Fn. X), § 20 IV 5 b); Papanikolaou (Fn. 36), S. 74; a. A. Fikentscher/Heinemann (Fn. 61), Rn. 300.

⁷⁹ Ebenso im Ergebnis für den Anspruch aus § 346 BGB Gernhuber (Fn. 3), § 20 IV 5 b); H. Lange, NJW 1965, 663; Papanikolaou (Fn. 36), S. 74 (Pflicht trifft allein den Dritten). A.A. Fikentscher/Heinemann (Fn. 61), Rn. 300 (Pflicht trifft nur den Vertragspartner) und OLG Düsseldorf VersR 1970, 739; Palandt/Grüneberg (Fn. 1), § 334 Rn. 3 (Pflicht trifft beide).

Ansprüche des Vermieters auf Unterlassung treffen allein den Nutzer, soweit sie dazu dienen, den Umfang des Gebrauchsrechts zu bestimmen. Dies ergibt sich daraus, dass der Nutzer Inhaber des Gebrauchsanspruchs ist und deshalb dessen Grenzen zu beachten hat.⁸⁰

9. Ersatzansprüche des Vermieters

Begehrt der Vermieter Schadensersatz mit dem Argument, Vertragspflichten seien verletzt worden, stellt sich die Frage nach dem richtigen Schuldner.

a) Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB

Zunächst zum Fall der verspäteten Rückgabe.

Fall 10: Der Nutzer gibt die Mietsache bei Vertragsende nicht zurück. Der Vermieter verlangt von Nutzer und Mieter Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB.

Der allein gegen den Mieter gerichtete Anspruch auf Mietzahlung nach § 535 Abs. 2 BGB endet mit Ablauf des Vertrags. Danach hat der Vermieter nach § 546a Abs. 1 BGB Anspruch auf Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten oder der ortsüblichen Miete. Hierbei handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch eigener Art.⁸¹ Dieser Charakter des Anspruchs aus § 546a Abs. 1 BGB zeigt, dass dessen Schuldner jedenfalls der Mieter sein muss. Denn als Schuldner seines Zahlungsanspruchs hat sich der Vermieter den Mieter ausgesucht; das Vertrauen in die Bonität dieses Schuldners muss dem Vermieter auch bei verspäteter Rückgabe erhalten bleiben.

Fraglich ist, ob daneben auch der Nutzer Entschädigung schuldet. Hierfür könnte zwar sprechen, dass der Nutzer nach § 546 Abs. 1 BGB Herausgabeschuldner ist. Allerdings handelt es sich beim Anspruch aus § 546a Abs. 1 BGB um ein Surrogat der den Mieter treffenden Pflicht zur Mietzahlung. Aus diesem Grund ist der Nutzer nicht nach § 546a Abs. 1 BGB zur Zahlung von Nutzungsentschädigung verpflichtet.

b) Schadensersatz wegen verspäteter Rückgabe

Diese Erkenntnis leitet zu der Frage über, wer dem Vermieter Schadensersatz wegen verspäteter Rückgabe leisten muss.

⁸⁰ Vgl. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 328 Rn. 31.

⁸¹ BGHZ 68, 307; 104, 285; Palandt/Weidenkaff (Fn. 1), § 546a Rn. 7.

Fall 11: Der Nutzer gibt die Mietsache bei Vertragsende nicht zurück. Dem Vermieter entgeht deshalb eine Anschlussvermietung zu einer über der Ortsüblichkeit liegenden Miete.

Vertragliche Anspruchsgrundlage für den Vermieter ist §§ 280, 286 BGB wegen Verzugs mit der Rückgabepflicht.⁸² Die vertragliche Pflicht zur Rückgabe trifft aber, wie unter C II 7 ausgeführt, nur den Nutzer, nicht den Mieter. Daher ist der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Rückgabe gegen den Nutzer gerichtet. Dieses Ergebnis überzeugt auch mit Blick auf die Vermieterinteressen: Der Vermieter hat die Übergabe der Mietsache dem Nutzer versprochen und sich dadurch seinen Rückgabeschuldner ausgesucht. Auf die Bonität des Mieters kann er über § 546a Abs. 1 BGB zugreifen, ist dort aber mit seinem Entschädigungsanspruch auf die vereinbarte bzw. ortsübliche Miete beschränkt.

c) Beschädigung der Mietsache

Nun zu Schäden an der Mietsache. Das Mietrecht statuiert hier zunächst in § 536c Abs. 2 S. 1 BGB eine spezielle Anspruchsgrundlage. Danach ist der Mieter schadenersatzpflichtig, wenn wegen unterbliebener Mängelanzeige dem Vermieter ein Schaden entsteht. Außerhalb dieser Norm ist Grundlage eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs § 280 Abs. 1 BGB. Wer ist nach diesen Regeln Schuldner, wenn der Nutzer den Schaden – sei es durch unterbliebene Mängelanzeige oder durch ein sonstiges Verhalten – verursacht hat: Nur der Nutzer, nur der Mieter oder beide? Diese Frage kann sich etwa bei einem vom Nutzer fahrlässig verursachten Wohnungsbrand stellen.

Hat der Nutzer den Schaden schuldhaft herbeigeführt, ist er zunächst dem Vermieter nach § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.⁸³ Die Norm setzt aber voraus, dass der Vermieter auch Eigentümer ist. Anderenfalls oder in Sachverhalten, in denen ein Erfüllungsgehilfe des Nutzers den Brand verursacht hat, stellt sich die Frage, ob der Nutzer aus § 280 Abs. 1 BGB haftet. Dafür müsste den Nutzer die vertragliche Pflicht treffen, die Mietsache nicht zu beschädigen. Hierfür spricht, dass diese vertragliche Pflicht das Interesse des Ver-

⁸² Vgl. nur Blank in: Blank/Börstinghaus (Fn. 27), § 546a Rn. 38. Zu Ansprüchen aus §§ 987ff. BGB bei Untervermietung ders., a.a.O., § 540 Rn. 13; Greiner, ZMR 1998, 403.

⁸³ Eine Ersatzpflicht des Mieters aus §§ 831, 823 BGB hängt davon ab, ob der Nutzer den Weisungen des Mieters unterworfen ist, vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1430 (verneint bei Vermietung eines Baukrans); OLG Köln NJW 2000, 2905 (bejaht für im Haushalt des Mieters lebende erwachsene Tochter).

mieters wahren soll, dass derjenige, dem er vertraglich zur Überlassung der Mietsache verpflichtet ist, diese sorgfältig behandelt. Gläubiger des Überlassungsanspruchs ist aber der Nutzer. Ihn trifft daher auch die vertragliche Pflicht, die Mietsache sorgsam zu behandeln.⁸⁴ Dem Vermieter steht daher gegen den Nutzer ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zu. Gegen den Mieter scheidet ein solcher Anspruch hingegen aus. Denn dem Mieter kann die Pflichtverletzung des Nutzers nicht nach § 278 BGB zugerechnet werden, wenn der Nutzer selbst die Erfüllung der Pflicht schuldet.⁸⁵

d) Sonstige Schadensersatzansprüche

Geht es um sonstige Schadensersatzansprüche, so ist stets zu fragen, ob Nutzer oder Mieter die verletzte Vertragspflicht trifft. Schadensersatzansprüche wegen verspäteter oder nicht gezahlter Miete treffen etwa nur den Mieter. Gleiches gilt für einen Schadensersatzanspruch wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen. Denn Grundlage für einen solchen Schadensersatzanspruch ist die vom Mieter übernommene Pflicht zur Renovierung. Diese Pflicht trifft aber nicht den Nutzer; eine entsprechende Vereinbarung könnte zu seinen Lasten wegen des Verbots des Vertrags zugunsten Dritter⁸⁶ im Mietvertrag schon gar nicht wirksam begründet werden. Geht es hingegen um den Verstoß von Pflichten, die den Nutzer treffen, ist der Nutzer Schuldner etwaiger Schadensersatzansprüche des Vermieters.

10. Zurückbehaltungsrechte

Zurückbehaltungsrechte sind im Mietrecht insbesondere bei Mängeln von Bedeutung. Um den Vermieter zur Reparatur zu veranlassen, kann der Mieter nach ganz h. M. bei der laufenden Zahlung der Miete ein Zurückbehaltungsrecht (§ 320 BGB) ausüben.⁸⁷ Die Rechtsprechung billigt teilweise einen Einbehalt des fünffachen Minderungsbetrags pro Monat⁸⁸ bzw. in Höhe der Reparaturkosten.⁸⁹ Beim Mietvertrag zugunsten eines Dritten ist die Anwendung

⁸⁴ Vgl. MüKo/Gottwald (Fn. 4), § 334 Rn. 10; Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 334 Rn. 37.

⁸⁵ Vgl. H. Lange, NJW 1965, 657/660.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 54, 145; Bayer (Fn. 16), S. 227; Soergel/Hadding (Fn. 10), § 328 Rn. 120.

⁸⁷ Etwa BGHZ 84, 42; Blank in: Blank/Börstinghaus (Fn. 27), § 536b Rn. 7; Schmidt-Futterer/Eisenschmid (Fn. 75), § 536 Rn. 379. Grundlegend kritisch MüKo/Häublein (Fn. 27), Vor § 536 Rn. 14f.

⁸⁸ Etwa OLG Düsseldorf IMR 2010, 50; anders etwa LG Hamburg WuM 1989, 566 (dreifacher Betrag).

⁸⁹ Etwa LG Berlin GE 2000, 1688.

von § 320 BGB nicht unproblematisch: Der Anspruch auf Gebrauchserhaltung steht schließlich dem Nutzer zu, während Schuldner des Zahlungsanspruchs der Mieter ist. Jedenfalls aus § 335 BGB folgt aber, dass sich der Mieter auch bei Vereinbarung einer Drittbegünstigung auf § 320 BGB berufen kann.⁹⁰ Umgekehrt kann der Vermieter dem Nutzer nach § 334 BGB Zurückbehaltungsrechte entgegenhalten, die auf seinem Zahlungsanspruch gegen den Mieter beruhen.⁹¹

11. Prozessrechtliche Fragen

Die dargestellte materiell-rechtliche Verteilung der Gläubiger- und Schuldnerstellung zwischen Mieter und Nutzer ist auch prozessrechtlich bedeutsam, weil sie über die Aktiv- und Passivlegitimation bestimmt. Urteile, die zwischen Nutzer und Vermieter oder Vermieter und Mieter ergehen, wirken nach h. M. nur inter partes; eine Rechtskrafterstreckung findet beim Vertrag zugunsten Dritter nicht statt.⁹²

Fragen werfen daneben die Sondernormen zur gerichtlichen Zuständigkeit auf: § 29a Abs. 1 ZPO begründet eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Mietsache bei Streitigkeiten aus Mietverhältnissen, § 23 Nr. 2a) GVG ordnet für Streitigkeiten aus Wohnraummietverhältnissen ergänzend die sachliche Zuständigkeit des dortigen Amtsgerichts an.⁹³ Diese Zuständigkeiten sind auch in einem Verfahren zwischen Vermieter und Nutzer einschlägig. Es ist insoweit unerheblich, dass der Nutzer nicht Mieter ist. Entscheidend ist, dass er wegen § 328 BGB Rechte aus dem Mietvertrag geltend macht bzw. solchen Pflichten unterworfen ist.⁹⁴

D. Ergebnisse

⁹⁰ Im Ergebnis ebenso Dörner (Fn. 10), S. 324f.; Gernhuber (Fn. 3), § 20 IV 1 e); Raab (Fn. 3), S. 552; Soergel/Hadding (Fn. 10), § 334 Rn. 2; Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 335 Rn. 13. Zur Aufrechnung beim Vertrag zugunsten Dritter vgl. BGH MDR 1961, 481.

⁹¹ Zur Zurückbehaltung der Mängelbeseitigung bei Zahlungsverzug vgl. Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196/1199.

⁹² BGHZ 3, 385; Gernhuber (Fn. 3), § 20 IV 1 d); Staudinger/Jagmann (Fn. 7), § 335 Rn. 27 mwN.

⁹³ Zu diesen Normen etwa Koch in: Beuerlein/Kinne/Koch/Stackmann/Zimmernann, Der Mietprozess (2006), S. 1ff. Ausreichend ist es, dass sich eine Partei auf den Bestand eines Mietvertrags schlüssig beruft, vgl. OLG Stuttgart MDR 2009, 1310.

⁹⁴ MüKo/Patzina, ZPO, 3. Aufl. (2008), § 29a Rn. 9; Schneider in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl. (2003), Teil 3 Rn. 6. A. A. OLG München RPflegler 1972, 31.

1. Ob die Parteien einen Mietvertrag nach § 328 BGB geschlossen haben, ist eine Frage der Vereinbarung im Einzelfall. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, bedarf es einer Vertragsauslegung. Erforderlich ist für die Drittbegünstigung jedenfalls, dass sich aus den Umständen entnehmen lässt, dass die Vertragsabwicklung direkt zwischen Nutzer und Vermieter stattfinden soll, weil es sonst an der erforderlichen Leistungsbeziehung zwischen Vermieter und Nutzer fehlt. Bei der Auslegung ist weiter zu beachten, dass die Parteien die Nutzung durch den Dritten auch durch eine Untervermietung erreichen können. Dies verursacht Abgrenzungsprobleme zwischen Untervermietung und einem Vertrag nach § 328 BGB, die grundsätzlich zugunsten von § 328 BGB zu lösen sind.

2. Auch die Bestimmung der Rechtsfolgen eines Mietvertrags zugunsten eines Drittnutzers bereitet nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Der Rechtsanwender muss dafür eine Verteilung der vertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Mieter und Nutzer vornehmen. Misslingt diese Zuordnung, droht ein Handeln durch oder gegen die unzuständige Partei, was zu Rechtsverlusten sowohl auf Mieter- und Nutzerseite als auch beim Vermieter führen kann. Grundsätzlich ist die Zuordnung so vorzunehmen, dass mit dem Anspruch auf Gebrauchsüberlassung zusammenhängende Rechte, Pflichten und Obliegenheiten direkt den Nutzer treffen.

3. Der Mietvertrag nach § 328 BGB bedeutet für den versprechenden Vermieter eine Risikohöherung, weil wegen der Verdoppelung auf Gläubigerseite der Vermieter mit den Rechtsgütern von zwei Personen in Berührung kommt, was jedenfalls abstrakt sein Haftungspotential erhöht. Diese Umstände sprechen aus Vermietersicht dafür, in Fällen mit Drittbezug einen Vertrag nach § 328 BGB ausdrücklich auszuschließen und den Mieter auf die Gebrauchsüberlassung zu verweisen. Für den Nutzer bietet der Vertrag zu seinen Gunsten hingegen ein höheres rechtliches Schutzniveau, weshalb der Mieter regelmäßig einen Vertrag nach § 328 BGB bevorzugen dürfte.

4. Zum Mietvertrag zugunsten eines Dritten existiert kein gerichtliches Fallmaterial, weshalb die Rechtsanwendung mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist.