

Prinzipiengerechte Behandlung von Kündigungsfolgeschäden

Prof. Dr. *Oliver Brand*, LL.M. (Cambridge), Mannheim

I. Einführung

Die Frage nach der interessengerechten Behandlung von Kündigungsfolgeschäden droht zu einem Immergrün des Mietrechts zu werden, dem Entscheidungen des VIII. Zivilsenats des BGH vom 9.12.2020 zu neuer, teils wilder Blüte verholfen haben. Schriftliche Abhandlungen und Rechtsprechung zu vielen Einzelfragen, die sich aufgetan haben, liegen inzwischen in reichem Maße vor. Dennoch fallen die angebotenen Lösungen vielfach durch dogmatische Unsicherheiten auf. Diese lassen sich nicht verschmerzen, da Kündigungsfolgeschäden ein Massenphänomen sind. Vor allem unberechtigte Kündigungen des Vermieters wegen Eigenbedarfs nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB treiben das Fallaufkommen.¹ Ließ sich vor gut zehn Jahren noch ein Rückgang der Eingänge solcher Verfahren bei Gericht feststellen,² hat sich dieser Trend inzwischen – in Großstädten teilweise dramatisch – in sein Gegenteil verkehrt.³ Dieser Beitrag will versuchen, die Rechtspraxis zu entlasten, indem er durch konsequente Rückbindung der Fragen des Kündigungsfolgeschadens an die Prinzipien des Haftungs- und Schadensrechts einer klareren Streitentscheidung Vorschub leistet. Dazu soll in fünf Schritten vorgegangen werden. Nach einem knappen Überblick über die möglichen Fallkonstellationen (nachfolgend II.) rücken die Haftungsgrundlagen im Vertragsrecht einschließlich Fragen der Kausalität und des Verschuldens (nachfolgend III.) in den Blickpunkt. Sodann wird es nach einem Seitenblick auf die Relevanz komplementärer deliktischer Haftung (nachfolgend IV.) zentral um den Umfang des zu ersetzenden Schadens gehen (nachfolgend V.). Betrachtungen zur praktisch häufig vernachlässigten Schadensminderung in Form der Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB und zur Vorteilsausgleichung (nachfolgend VI.) beschließen die Untersuchung.

II. Fallkonstellationen

Wenngleich der Schwerpunkt der Betrachtungen in diesem Beitrag auf Kündigungsfolgeschäden des Mieters liegt, dürfen Schäden dieser Art nicht einseitig bei einer der Parteien des Mietvertrags verortet werden und auch die Verursachung solcher Schäden nicht einseitig einer bestimmten oder überhaupt einer der Parteien des Mietvertrags zugeschrieben werden. Eine Kategorisierung fällt daher nicht leicht. Sinnvoll erscheint es, das aufkommende Fallmaterial

¹ Siehe nur BGH NZM 2021, 132; BGH NJW-RR 2021, 201.

² *Hinz*, WuM 2009, 331.

³ Vgl. in diesem Sinne bereits *Siegmund*, WuM 2017, 613.

danach zu ordnen, wessen Verhalten den Schaden verursacht hat.⁴ Als Grundkonstellationen ergeben sich dann zunächst Schäden, die durch ein Verhalten des Kündigungsempfängers ausgelöst worden sind, und solche, die aus einem Verhalten des Kündigenden resultieren. Geschädigter in der ersten Fallgruppe (Empfängerverantwortlichkeit) kann dabei sowohl der kündigende Vermieter sein, etwa in Form von entgangenem Gewinn und Kosten für nicht vorgenommene Schönheitsreparaturen,⁵ als auch der kündigende Mieter, etwa wenn er Kosten zu schultern hat, weil er sich aufgrund des vergeblichen Bemühens des Vermieters, vertragsgemäß Wohnraum zu verschaffen, eine neue Bleibe suchen muss.⁶ Ebenso kann der Kündigende Gegner eines Schadensersatzanspruchs werden, wenn ihm tatsächlich kein Kündigungsrecht zusteht. Die in diesem Beitrag schwerpunktmäßig behandelte unberechtigte Eigenbedarfskündigung des Vermieters ist ein Unterfall dieser Gruppe. Daneben gelten die nachfolgend ausgeführten Grundsätze auch für Sonderkonstellationen, in denen das Verhalten Dritter Kündigungsfolgeschäden zeitigt. Zu denken ist an Schadensersatzansprüche des Vermieters (z.B. auf Mietausfall und Maklerkosten), wenn ein Untermieter rechtswidrig die Weitervermietung verhindert,⁷ oder Schadensersatzansprüche des Mieters, die darauf beruhen, dass der Erwerber eines Mietobjekts vor seiner Eintragung ins Grundbuch die Kündigung bezüglich der Mietsache ausspricht.⁸

III. Haftungsgrundlagen im Vertragsrecht

Im Folgenden soll der Blick auf Mieterschäden bei unrechtmäßiger Kündigung durch den Vermieter konzentriert sein. Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der Mieter die jeweiligen Ansprüche geltend machen kann, sondern neben ihm auch Personen, die nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Vertrag einbezogen sind.

1. Anspruchsgrundlagen

Diesbezüglich ist schon die Anspruchsgrundlage, auf die sich der Mieter stützen kann, unklar. Verbreitet wird in Rechtsprechung⁹ und Schrifttum¹⁰ vertreten, der Mieter könne unabhängig davon, ob das Fehlverhalten des Vermieters, das zur Kündigung geführt hat, in der Verletzung

⁴ So auch Schmidt-Futterer/*Streyll*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 101 ff.

⁵ BGH NZM 2005, 340; ferner BGH NJW 1984, 2687; NJW 2004, 3117; BGH NZM 2005, 340; OLG Frankfurt ZMR 1993, 65; OLG Frankfurt WuM 1998, 24; KG GE 2002, 929; Brandenburgisches OLG v. 7.9.2021 – 3 U 105/20 (Zahlungsverzug des Mieters) (juris).

⁶ Z.B. BGH NJW 2017, 1104; ferner BGH NJW 2000, 2342; BGH NJW 2007, 2474.

⁷ BGH v. 11.12.2020 – V ZR 26/20.

⁸ Schmidt-Futterer/*Streyll*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 110.

⁹ BGH NJW 2015, 2324 Rn. 12; BGH NZM 2016, 718 Rn. 11; NZM 2020, 1038 Rn. 9; OLG Düsseldorf ZMR 2013, 956.

¹⁰ NK-Mietrecht/*Hinz*, 2. Aufl. 2019, § 573 Rn. 131; Palandt/*Weidenkaff* BGB, 82. Aufl. 2021, § 573 Rn. 58; Schmidt-Futterer/*Streyll*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 103; *Teichmann*, JZ 2006, 155.

von Leistungspflichten oder von Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB besteht, nach § 280 Abs. 1 BGB vorgehen, also auch dann, wenn er Schadensersatz statt der Leistung begehrt. Dieser Ansatz wirkt zu einfach, da er grundlos von den Regeln des Allgemeinen Schuldrechts abweicht. Dieses fordert die Unterscheidung verschiedener Arten von Pflichtverletzungen ein. Die erste Gruppe bilden dabei Pflichtverletzungen, die einen Angriff auf das primäre vertragliche Nutzungsrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung abzielen. Vornehmlich ist dabei an eine unberechtigte Kündigung zu denken. Mit einer solchen macht der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Mietsache streitig und verletzt damit seine Vertrags(treue)pflcht.¹¹ Gleich zu bewerten sind Fälle, in denen der Vermieter den Mietvertrag unwirksam anfecht¹² oder von ihm unwirksam zurücktritt.¹³ Des Weiteren fällt auch die Verletzung seiner Hinweispflicht auf Eigenbedarf in diese Gruppe von Pflichtverletzungen. Jenseits der Kündigung gilt das auch für die sog. „kalte Räumung“, d.h. die Räumung ohne Kündigung, selbst bei Ende des Vertragsverhältnisses.¹⁴ Bei Pflichtverletzungen dieser Art, mit denen er das Besitzrecht des Mieters grundlos in Frage stellt, bleibt der Vermieter nach § 535 BGB zur Primärleistung, also zur Verschaffung des Besitzes an der gekündigten Wohnung, verpflichtet¹⁵ – und zwar wegen der Wirkungen des § 542 BGB auch dann, wenn der Mieter bereits ausgezogen ist. Daneben kann der Mieter auf Grundlage von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB die sog. „Begleitschäden“ liquidieren, d.h. Schäden, die nicht unmittelbar mit der Wiederherstellung der Gebrauchsmöglichkeit der Mietsache zusammenhängen (näher unten V 6).

Alternativ könnte der Mieter auf Grundlage von §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB¹⁶ Schadensersatz statt der Leistung wegen der Verletzung einer leistungsbezogenen Rücksichtnahmepflicht wählen. Übt er das Wahlrecht, das ihm nach den Regeln des Allgemeinen Schuldrechts insoweit zukommt, in diese Richtung aus, hält er nicht länger am Vertrag fest. Er gibt also den Primäranspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an der gekündigten Wohnung auf und kann stattdessen sämtliche Schäden, die darauf beruhen, dass der Vermieter seine primäre Leistungspflicht verletzt hat, liquidieren. Eine Frist nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB muss der Mieter dabei nicht wahren. Das liegt nicht etwa daran, wie es in der Praxis heißt, dass die Kündigung die

¹¹ BGHZ 89, 296, 302; BGHZ 179, 238 Rn. 16; BGH NZM 2002, 291; NZM 2021, 132 Rn. 30; unklar LG Berlin v. 7.11.2018 – 65 S 69/17 Rn. 6 (juris).

¹² BGH NJW 1987, 432.

¹³ BGH NJW 1987, 831.

¹⁴ BGH NZM 2010, 701 Rn. 9.

¹⁵ Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus, 15. Aufl. 2021, § 573 Rn. 241; Hinz, WuM 2010, 207, 209; Klinkhammer, NJW 1997, 221; Schach, JurisPR-MietR 5/2010 Anm. 2; letztlich auch Siegmund, WuM 2017, 613, 617.

¹⁶ Soergel/Benicke/Hellweg BGB, 13. Aufl. 2014, § 281 Rn. 25; der Reformgesetzgeber von 2002 hat bei einer Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten § 281 BGB einen Vorrang gegenüber § 282 BGB eingeräumt: Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 41; Erman/Ulber BGB, 16. Aufl. 2020, § 281 Rn. 8; Palandt/Grüneberg BGB, § 282 Rn. 12; zu Unrecht von der Verletzung einer Nebenpflicht bei unberechtigter Kündigung gehen aus MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139 Fn. 580; Bruns, NZM 2021, 378, 379.

wechselseitigen Pflichten der Parteien des Mietvertrags für die Zukunft beseitigt, so dass eine Fristsetzung zur (Nach-)Erfüllung sinnlos, wenn nicht gar kontraproduktiv ist.¹⁷ Eine Fristsetzung zur zweiten Andienung nach § 281 Abs. 1 BGB ist vielmehr von vornherein entbehrlich, da die Kündigung durch den Vermieter als Erfüllungsverweigerung i.S.d. § 281 Abs. 2 BGB zu werten ist.¹⁸

Die zweite Gruppe von Pflichtverletzungen wird durch die Beeinträchtigung von Schutzpflichten des Vermieters bzgl. anderer Rechtsgüter des Mieters gebildet. Es handelt sich dabei um die Verletzung der sog. Anbietpflicht des Vermieters oder die bloße Androhung einer (rechtswidrigen) Kündigung (näher unten 2 a – c). Bei der Verletzung dieser Pflichten steht dem Mieter grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch auf Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB zu, der sich auf seine Schäden beschränkt, die nicht mit der Wiederherstellung der Gebrauchsmöglichkeit der Mietsache zusammenhängen. Unter den Voraussetzungen des § 282 BGB kommt auch bzgl. dieser Schäden ein Schadensersatz statt der Leistung in Betracht, nämlich dann, wenn die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien derart erschüttert ist, dass dem Mieter ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist.¹⁹ Auch was diesen Anspruch anbelangt, ist aus den genannten Gründen eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB nicht erforderlich.

Die grundsätzliche Zweigliederung der Anspruchsgrundlagen bei Kündigungsfolgeschäden ist in der Praxis zu beachten. Vielfach wird sich aufgrund der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 BGB in allen Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung dabei freilich kein Unterschied zur bisherigen, einheitlichen Subsumtion unter § 280 Abs. 1 BGB ergeben. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass bei Schadensersatzansprüchen, die in Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit des Mietobjekts und eine dadurch ausgelöste Kündigung stehen, § 280 Abs. 1 BGB durch § 536a Abs. 1 BGB verdrängt wird.²⁰ Der Anspruch aus § 536a Abs. 1 BGB ist der Sache nach ein Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden; die Kündigungsfolgeschäden sind ein Unterfall davon.

2. Problematische Pflichtverletzungen

a) Androhung einer rechtswidrigen Kündigung

Bei einigen Praktiken von Vermietern ist umstritten, ob es sich um schadensersatzbewerte Pflichtverletzungen handelt. Das gilt z.B. für die bloße Androhung einer (rechtswidrigen)

¹⁷ Schmidt-Futterer/*Strey*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 103.

¹⁸ MünchKomm-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139; *Bruns*, NZM 2021, 378, 379.

¹⁹ Ebenso MünchKomm-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139 Fn. 580; *Bruns*, NZM 2021, 378, 379.

²⁰ BGH NJW 2013, 223 Rn. 35; NJW 2017, 1104 Rn. 19; Schmidt-Futterer/*Strey*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 104.

Kündigung. Verbreitet wird angenommen, dass es sich dabei um eine schadensersatzbewehrte Schutzpflichtverletzung des Vermieters handelt.²¹ Vermeintliche abweichende Stimmen, wie diejenige des AG Coesfeld, das im Jahre 2019 bei bloß angedrohter Kündigung einen Anspruch auf Schadensersatz ablehnte,²² erweisen sich bei näherer Hinsicht eher als Abweichung, die einer besonderen Fallgestaltung geschuldet ist, denn als Abweichung dem Grunde nach. So war der Hauptgrund für das AG Coesfeld, dem Mieter Schadensersatz zu verweigern, dass die tatsächliche Eigenbedarfskündigung erst lange (15 Monate) nach der (rechtswidrigen) Androhung erfolgte, es mithin an einem Kausalzusammenhang zwischen der Androhung und dem eingetretenen Schaden mangelte. Im Allgemeinen wird man sagen können, dass bereits die Androhung einer rechtswidrigen Kündigung als Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch zur Folge haben kann, wenn die Drohung nach objektiven Maßstäben geeignet ist, den Mieter tatsächlich zur Räumung zu veranlassen.²³

b) Versäumter Hinweis auf den Wegfall von Eigenbedarf

Bei einer Eigenbedarfskündigung verdient eine weitere Schutzpflichtverletzung des Vermieters nähere Aufmerksamkeit: Die Verletzung seiner Hinweispflicht für den Fall, dass der Eigenbedarf wieder wegfällt. Nach einer Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 2005 besteht diese Pflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.²⁴ Ende 2020 hat der VIII. Zivilsenat des BGH ergänzend festgestellt, dass ein Vergleich zwischen den Parteien die Dauer der Pflicht auch dann nicht verlängert, wenn in ihm ein neuer Zeitpunkt für den Auszugs des Mieters festgelegt worden ist.²⁵ Der VIII. Zivilsenat rechtfertigt das vor allem mit Schutzzweckerwägungen. Die Hinweispflicht des Vermieters, so der Senat, ruhe in seiner Treueverpflichtung gegenüber dem Mieter aus dem Mietverhältnis. Diese Treupflicht ende mit dem Mietverhältnis selbst. Die Annahme einer nachvertraglichen Pflicht des Vermieters, den Mieter über den nach Beendigung des Mietverhältnisses eingetretenen Wegfall des Kündigungsgrundes zu unterrichten, komme nicht in Betracht, da dies zu einer systemwidrigen Durchbrechung der Grundsätze über die rechtsgestaltende Wirkung von Kündigungserklärungen führen würde.

An diesen Wertungen ändert sich nach den Worten des Senats nichts, wenn die Parteien in einem Vergleich nach Ablauf der Kündigungsfrist einen neuen Auszugszeitpunkt an die Stelle

²¹ LG Saarbrücken NZM 1998, 304; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 140; Schmidt-Futterer/Streyll, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 106; Harsch, MietRB 2016, 81, 82; offengelassen bei Palandt/Weidenkaff, 82. Aufl. 2021, § 573 Rn. 58.

²² WuM 2020, 23.

²³ LG Saarbrücken NZM 1998, 304; Schmidt-Futterer/Streyll, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 106.

²⁴ BGHZ 165, 75, 79 ff.

²⁵ BGH NZM 2021, 132 Rn. 19 f.

des Ablaufs der Kündigungsfrist gesetzt haben. Dieser Ansatz erscheint auf Grundlage des Sachverhalts, den der VIII. Zivilsenat zu entscheiden hatte, prinzipiengerecht und damit richtig. Zu bedenken ist allerdings die vom Senat selbst angebrachte Mahnung, die durch eine wirksam erklärte Kündigung bewirkte Umgestaltung des Mietverhältnisses könne „grundsätzlich durch ein rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien rückgängig gemacht werden“, sofern sich ein entsprechender Wille „aus dem Räumungsvergleich mit hinreichender Klarheit entnehmen“ lasse.²⁶ Das bedeutet – ebenfalls prinzipiengerecht – dass sich auf Grundlage der Entscheidung vom 9.12.2020 nicht ein allgemeiner Lehrsatz bilden lässt, dass die Hinweispflicht des Vermieters durch einen Vergleich nicht über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigungserklärung hinaus verlängert werden kann. Insbesondere vermag der im Schrifttum formulierte Einwand nicht zu überzeugen, dass eine entsprechende zeitliche Ausdehnung, den vertragsuntreuen Mieter, der die Wohnung trotz wirksamer Kündigung nicht fristgerecht zurückgebe, besserstelle als den Mieter, der die Kündigung akzeptiere und die Wohnung rechtzeitig räume.²⁷ Dagegen ist einzuwenden, dass *a priori* nicht feststeht, ob eine Kündigung berechtigt oder unberechtigt ist. Der nicht-räumende Mieter verhält sich entsprechend überhaupt nicht vertragsuntreu, wenn er um sein Recht kämpft.

Maßgeblich für die Dauer der Hinweispflicht des Vermieters ist nach richtiger Auffassung vielmehr die Auslegung eines etwaigen Vergleichs. Schon aus dem Wortlaut wird sich regelmäßig ergeben, ob lediglich der Auszugszeitpunkt verlegt wird (wie im Sachverhalt, zu dem der VIII. Zivilsenat entschieden hat), oder der Vergleich die Feststellung enthält, dass das Mietverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt als dem Ablauf der ursprünglichen Kündigungsfrist endet. Dann erstreckt sich mit der Dauer des Mietverhältnisses auch die Dauer der Hinweispflicht des Vermieters.

c) Formmangel der Kündigung

Ein dritter Problemfall, was Pflichtverletzungen des Vermieters anbelangt, betrifft Kündigungen, die bloß unter einem Formmangel leiden, z.B. weil sie die nach § 573 Abs. 3 BGB erforderliche Mitteilung der Kündigungsgründe nicht enthalten. Der VIII. Zivilsenat des BGH und Teile des Schrifttums sehen darin seit Längerem eine bloße Obliegenheitsverletzung des Vermieters, die keine Schadensersatzansprüche des Mieters zur Folge haben kann.²⁸ Diese

²⁶ BGHZ 220, 1 = NZM 2018, 941 Rn. 22 mwN; BGH NZM 2021, 132 Rn. 19.

²⁷ Beyer, jurisPR-MietR 8/2021 Anm. 1.

²⁸ BGH WuM 2011, 33; Palandt/Weidenkaff BGB, 82. Aufl. 2021, § 573 Rn. 58; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 229; Spielbauer/Schneider/Krenek Mietrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 111.

Einstufung ist zu pauschal.²⁹ Maßgeblich dürfte es darauf ankommen, ob der Vermieter die Mietsache derart ernsthaft für sich reklamiert, dass aus der Sicht des Mieters keine Zweifel bestehen, dass er sein Begehren notfalls gerichtlich durchsetzen wird.³⁰ Wenn das der Fall ist, bedroht der Vermieter das Gebrauchsrecht des Mieters derart massiv, dass darin bereits eine schadensersatzbewerte Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus dem Mietverhältnis i.S.d. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB liegen kann. Das ist allerdings dann nicht der Fall, wenn der Vermieter dem Mieter die Kündigungsgründe auf anderem Wege (etwa mündlich) mitgeteilt hat.³¹ Dann wäre eine Berufung des Mieters auf einen Formmangel der Kündigung treuwidrig i.S.d. § 242 BGB.

d) Verletzung der Anbietspflicht

Um einen Sonderfall handelt es sich bei der Verletzung der sog. „Anbietspflicht“ des Vermieters. Diese Pflicht leitet die Rechtsprechung als „gesteigerte Rücksichtnahmepflicht“ aus dem Mietvertragsverhältnis ab.³² Diese Pflicht hat für den wegen Eigenbedarfs kündigenden Vermieter zum Gegenstand, dass er dem Mieter eine andere, ihm während der Kündigungsfrist zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Anmietung anzubieten hat, sofern sich diese im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet.³³ Anknüpfungspunkt der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB³⁴ ist die versäumte Anmietung, nicht etwa die (wirksame) Kündigung. Die Pflicht des Vermieters dauert bis zum Vertragsende fort, nicht aber darüber hinaus, was nicht unbedingt in § 241 Abs. 2 BGB angelegt ist. Die Verletzung hat nach inzwischen zurecht korrigierter Rechtsprechung³⁵ nicht zur Folge, dass die berechtigt ausgesprochene Eigenbedarfskündigung unwirksam wird. Sie zieht lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld nach sich.

3. Kausalitätsfragen

a) Begrifflichkeit

Auf Ebene der Haftungsgrundlagen von Kündigungsfolgeschäden stellen sich regelmäßig Kausalitätsprobleme. Diese behandelt die Praxis mit einer recht eigentümlichen Terminologie. Verbreitet findet sich die für die deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB entwickelte

²⁹ MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 104; *Sternel*, NZM 2011, 688, 689 f.; *Börstinghaus*, jurisPR-BGH ZivilR 4/2011 Anm. 3.

³⁰ *Siegmund*, WuM 2017, 613, 614.

³¹ BGH WuM 2009, 359; *Hinz*, WuM 2009, 331, 332; *Sternel*, NZM 2011, 688.

³² BGHZ 213, 136.

³³ BGH NJW 2003, 2604 unter II 2.

³⁴ Zurecht für diese Anspruchsgrundlage auch *Bruns*, NZM 2021, 378, 385; zu Unrecht lediglich auf § 280 Abs. 1 BGB abstellend BGHZ 213, 136 = NZM 2017, 111 Rn. 54, 63.

³⁵ Zu vor anders noch BGH NJW-RR 2012, 341.

Aufgliederung in eine „haftungsbegründende“ und „haftungsausfüllende Kausalität“. Diese ist der vertraglichen Haftung eigentlich fremd.³⁶ Die Unterteilung der Kausalität in eine haftungsbegründende und eine haftungsausfüllende setzt an den drei Ankertatbestandsmerkmalen des § 823 Abs. 1 BGB an, Handlung, Rechtsgutsverletzung und Schaden, die durch Kausalitätsbrücken miteinander verbunden sein müssen, damit ein Anspruch auf Schadensersatz entstehen kann. In der Praxis zu den Kündigungsfolgeschäden scheint die genannte deliktische Dreigliederung gedanklich durch eine andere ersetzt zu werden: die Pflichtverletzung des Vermieters (z.B. in Form einer rechtswidrigen Kündigung), den Auszug des Mieters und weitere Schäden, welche dieser erleidet. Von Problemen der Haftungsbegründung ist dabei die Rede, wenn die Ursachenbeziehung zwischen der Pflichtverletzung und dem Auszug des Mieters unklar ist,³⁷ von Problemen der Haftungsausfüllung, wenn es Schwierigkeiten mit der Zuordnung weiterer Schäden gibt, wobei teilweise durchaus unklar bleibt, wozwischen genau die „haftungsausfüllende Kausalität“ bestehen soll. Diese Terminologie ist gefährlich, da sie eine Dreigliedrigkeit der Kausalität suggeriert, die in Wahrheit nicht besteht. Anknüpfungspunkt der Kausalität muss – nach den allgemeinen Regeln des § 280 Abs. 1 BGB – immer die Pflichtverletzung des Mieters sein. Der Auszug des Mieters ist bereits der erste Schadensposten, zu dem sich im Einzelfall weitere Schäden hinzugesellen mögen. Die notwendige Kausalbeziehung muss aber für alle Posten an Kündigungsfolgeschäden zwischen diesen und der Pflichtverletzung des Vermieters,³⁸ nicht etwa zwischen anderen Schäden und dem Auszug des Mieters bestehen.

Mit dieser Maßgabe und folgerichtig der Aufgabe der dogmatisch nicht vorgegebenen Trennung in eine haftungsbegründende und eine haftungsausfüllende Kausalität werden sich künftig Problemfälle der Kausalität bei Kündigungsfolgeschäden leichter lösen lassen.

b) Unterbrechung des Kausalverlaufs

Das gilt schon für den häufigen Einwand des Vermieters, der Kausalverlauf sei durch einen Eingriff des Geschädigten in den Geschehensablauf unterbrochen worden. Auch für eine mögliche Unterbrechung des Kausalverlaufs durch eigenverantwortliches Verhalten gelten die allgemeinen Regeln des Haftungsrechts. Wie in den klassischen „Herausforderungsfällen“ können Schäden, die der Mieter durch sein eigenes Verhalten herbeiführt, dem Vermieter solange zugerechnet werden, wie der Mieter sich zu seinem Verhalten herausgefordert fühlen durfte, ohne dass ihm eine ungewöhnliche Reaktion vorzuwerfen wäre.³⁹ Der VIII. Zivilsenat greift diese

³⁶ Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 und 5.

³⁷ AG Coesfeld WuM 2020, 23 Rn. 32.

³⁸ So zurecht auch Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 228.

³⁹ Schmidt-Futterer/Streyll, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 108.

Vorgaben – freilich ohne direkte Inbezugnahme des Herausforderungsgedankens – auf, wenn er formuliert, der Kausalverlauf bei Kündigungsfolgeschäden werde nur durch „völlig ungewöhnliches oder unsachgemäßes“⁴⁰ Verhalten des Mieters unterbrochen. Angesichts dieser zutreffenden Feststellung überrascht es, dass der VIII. Zivilsenat es offenlässt, ob der Mieter bereits durch die bloße Räumung der Mietsache den Kausalzusammenhang mit einer unberechtigten Kündigung des Vermieters wegen Eigenbedarfs unterbricht, wenn sich ihm Zweifel an den Angaben des Vermieters zum Eigenbedarf aufdrängen mussten.⁴¹ Einigkeit dürfte insoweit bestehen, als die bloße Räumung der Wohnung selbst nicht genügt, um den Kausalzusammenhang zu unterbrechen.⁴² Dazu durfte sich der Mieter, dem keine besonderen Rechtskenntnisse abzuverlangt sind, nämlich durch die Kündigung auf jeden Fall herausgefordert fühlen, ohne dass man ihm ein ungewöhnliches Verhalten vorwerfen könnte. Würde man anders werten, müsste der Mieter bei jeder Kündigung, deren Berechtigung Zweifel unterliegt, zwingend den „Kampf ums Recht“ suchen, um sein Recht auf Schadensersatz zu wahren. Damit ist weder der Rechtspflege noch den Parteien gedient. Auch wenn Zweifel an der Berechtigung der Kündigung bestanden, wird man nicht gleich zum scharfen Schwert der Unterbrechung des Kausalverlaufs und damit zum Ausschluss der Haftung greifen müssen, um interessengerechte Ergebnisse zu erzielen.⁴³ Dem berechtigten Interesse des Vermieters, nicht auch in Fällen, in denen der Mieter zumutbare Anstrengungen unterlässt, sich selbst vor Schäden zu schützen, mit Ansprüchen überzogen zu werden, lässt sich zudem auf anderer Ebene viel zielgenauer Rechnung tragen: Bei der Frage, ob den geschädigten Mieter bzgl. einzelner oder aller geltend gemachter Schadensposten eine Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB trifft (dazu näher unten **X**). Eine solche Mitverantwortlichkeit an der Schadensverursachung führt regelmäßig zu einer Schadensteilung zwischen den Parteien, bei welcher das entscheidende Gericht den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen kann. In besonders schwerwiegenden Fällen, in denen der Mieter eigentlich nicht von der Wirksamkeit der Kündigung ausgehen durfte, bleibt zudem auch bei einer Anwendung des § 254 BGB der Ausschluss seiner Ansprüche auf Schadensersatz möglich.⁴⁴

Diese Grundsätze lassen sich auch auf die Mitwirkung des Mieters an einem Räumungsvergleich oder beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags übertragen. Auch hierin ist nicht ohne

⁴⁰ BGH NZM 2017, 68 Rn. 11.

⁴¹ BGH NZM 2009, 429 Rn. 13; NJW 2015, 2324.

⁴² LG Mosbach WuM 1992, 192; LG Saarbrücken NZM 1998, 304; AG Plön WuM 1995, 177; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 227.

⁴³ OLG Karlsruhe ZMR 1982, 50; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 144.

⁴⁴ BGH VersR 2013, 1322; Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 40.

Weiteres eine Unterbrechung des Kausalverlaufs durch eigenverantwortliches Handeln des Mieters zu sehen.⁴⁵ Dazu müsste in dem Aufhebungsvertrag bzw. dem Räumungsvergleich der (stillschweigende) Verzicht des Mieters darauf, Schadensersatzansprüche wegen der vorangegangenen unberechtigten Kündigung geltend zu machen, zum Ausdruck kommen. Ob davon auszugehen ist, muss im Einzelfall anhand des Wortlauts des Vergleichs oder Aufhebungsvertrags ermittelt werden. Die Rechtsprechung stellt zu Recht strenge Anforderungen an einen solchen Verzichtswillen, der nur unter besonderen Umständen anzunehmen ist.⁴⁶ Solche Umstände können bei einem Räumungsvergleich etwa darin liegen, dass sich der Vermieter zu einer substantziellen Gegenleistung verpflichtet wie einer namhaften Abstandszahlung oder einem Verzicht auf Schönheitsreparaturen.⁴⁷ Das lässt auf den Parteiwillen schließen, mit einer solchen Regelung auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs abzugelten. Von einem solchen Willen mag man auch ausgehen, wenn ein Vergleich beide Parteien von erheblicher Rechtsunsicherheit befreit, etwa weil er ihnen eine umfangreiche Beweisaufnahme erspart.⁴⁸ Ohne besondere Regelungen dieser Art im Vergleich oder Aufhebungsvertrag wird man nicht auf einen Verzichtswillen des Mieters schließen können. Daher genügt insbesondere eine allgemeine Ausgleichsklausel nicht, um Schadensersatzansprüche des Mieters aufgrund einer Kündigung wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs auszuschließen.⁴⁹

Fälschlich in den Zusammenhang mit der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Vermieters und den Schäden des Mieters wird die Frage gerückt, ob der Mieter nicht vorhatte, das Mietverhältnis seinerseits zu beenden.⁵⁰ Dabei geht es tatsächlich gar nicht um eine etwaige Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung des Vermieters und den Schäden des Mieters. Wollte der Mieter das Mietverhältnis seinerseits beenden, liegt vielmehr nach der Differenzhypothese kein Schaden vor.

c) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Ein letztes Problem im Zusammenhang mit der Kausalität betrifft das sog. „rechtmäßige Alternativverhalten“. Dahinter verbirgt sich die Frage, ob die Zurechenbarkeit ausgeschlossen ist, wenn der Schädiger einwenden kann, dass der Schaden beim Geschädigten auch dann eingetreten wäre, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte. Im Schrifttum wird der Einwand

⁴⁵ Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 227.

⁴⁶ BGH NJW-RR 2007, 246; NJW 2007, 368; NJW 2010, 64; NJW 2015, 2324; Siegmund, WuM 2017, 613, 615.

⁴⁷ OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 145; AG München ZMR 2018, 604.

⁴⁸ BGH NJW 2015, 2324; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 228.

⁴⁹ BGH WuM 2015, 510 = NZM 2015, 532, Rn. 18.

⁵⁰ So etwa BGH NZM 2009, 429; NK-Mietrecht/Hinz, 2. Aufl. 2019, §573 Rn. 140.

rechtmäßigen Alternativverhaltens überwiegend für beachtlich gehalten,⁵¹ weil Schäden, die auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden wären, regelmäßig nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst sind. Im Zusammenhang mit Kündigungsfolgeschäden ließe sich insoweit an Fälle denken, in denen die Kündigung (formal) unwirksam war, dem Vermieter aber ein anderer – nicht angegebener – Kündigungsgrund zur Seite stand (z.B. wegen einer Vertragsverletzung des Mieters).⁵² Damit der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens allerdings beachtlich ist, müsste das alternative Verhalten konkret den gleichen Erfolg effektiv herbeigeführt haben, der durch die unwirksame Maßnahme – also die Kündigung – eingetreten wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeizuführen, reicht nicht aus.⁵³

4. Verschulden

Der große Vorteil für den Geschädigten bei der vertraglichen Haftung für Kündigungsfolgeschäden ist, dass das Verschulden des Schädigers nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird. Bereits einfache Fahrlässigkeit nach § 276 BGB genügt, um die Ersatzpflicht auszulösen.⁵⁴ Diese Schwelle wird überschritten, wenn der Vermieter die fehlende Berechtigung bei Abgabe der Kündigungserklärung bzw. der spätere Wegfall des Grundes hätte erkennen können. Bei einer Eigenbedarfskündigung etwa handelt der Vermieter in diesem Sinne fahrlässig, wenn der Eigenbedarf nicht akut ist⁵⁵ oder von ihm bloß vermutet wird. Als Beispiel für einen nicht akuten Eigenbedarf, bei dem sich der Vermieter den Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit wird gefallen lassen müssen, ist die „Vorratshaltung“ von Wohnraum, etwa die Sicherung einer Rückzugsmöglichkeit im Falle der Eskalation einer Ehekrise, die derzeit noch nicht akut ausgebrochen ist.⁵⁶

Kein Verschulden trifft den Schädiger, wenn er einem beachtlichen Rechtsirrtum unterliegt. Die Rechtsprechung hat es bisher allerdings nicht vermocht, der Rechtspraxis einen diesbezüglich trittsicheren Grund zu verschaffen. Die durchaus widersprüchlichen Entscheidungen des VIII. Zivilsenats lassen dem Vermieter nur ein schmales Fenster. Grundsätzlich hat er eine Pflichtverletzung auch dann zu vertreten, wenn er sich über Rechtslage geirrt hat.⁵⁷ Das entspricht der Normpraxis jenseits des Mietrechts. Diese Strenge erklärt sich dadurch, dass ein solcher

⁵¹ BGH NJW 2000, 661, 663; MünchKomm-BGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 221; Staudinger/Schiemann (2017), § 249 Rn. 102 ff.; differenzierend BeckOK-BGB/J. Flume, 60. Edition, 1.11.2021, § 249 Rn. 327.

⁵² LG Hamburg ZMR 2001, 620, 622; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 146; Palandt/Weidenkaff, § 573 Rn. 59.

⁵³ BGH NJW 2017, 1104; Stornel, NZM 2011, 688, 690.

⁵⁴ BGH, NJW 1984, 370; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 143; für eine weniger weitreichende Haftung Klinkhammer, NJW 1997, 221, 222.

⁵⁵ Dazu bereits Teichmann, JZ 2006, 155, 156.

⁵⁶ Bruns, NZM 2021, 378, 380.

⁵⁷ BGH NJW 1984, 370; NZM 2002, 291; abweichend wohl BGHZ 179, 238 = NZM 2009, 367 Rn. 2; zustimmend aber Siegmund, WuM 2017, 613, 614.

Rechtsirrtum den Vermieter nicht daran hindert, die Kündigung (auch wirksam) auszusprechen. Er macht sich dann lediglich schadensersatzpflichtig. Die damit verbundene Belastung kann er in seine Entscheidung, zu kündigen, oder dies eben nicht zu tun, einkalkulieren. Nicht jeder Rechtsirrtum ist aber unbeachtlich. Man wird dem Vermieter nachlassen müssen, sich zu entschuldigen, wenn die Rechtslage auch nach Einholung fachkundigen Rats nicht klar zu ermitteln oder überraschend ist.⁵⁸ Das kann z.B. bei konfligierenden obergerichtlichen Entscheidungen zu einer bestimmten Problematik der Fall sein, wenn es noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu der entsprechenden Frage gibt. Selbst eine höchstrichterliche Entscheidung mag aber hinreichende Rechtsunsicherheit hinterlassen, wenn sie grundlegende Rechtsprinzipien verkennt.

IV. Relevanz deliktischer Haftung

Bei unberechtigter Entziehung des Mietbesitzes kann der Mieter nach allgemeinen Regeln nicht nur vertragliche, sondern parallel auch deliktsrechtliche Ansprüche geltend machen. Als Anspruchsgrundlage kommt bereits § 823 Abs. 1 BGB in Betracht,⁵⁹ da der berechtigte Besitz des Mieters an der Mietsache nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ein sonstiges Recht im Sinne der Vorschrift ist.⁶⁰ Da § 573 BGB nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers den seinerseits vertragstreuen Mieter nicht nur vor dem Verlust seines Wohnraums, sondern zugleich auch vor den Kosten und Unzuträglichkeiten schützen soll, die mit einem Umzug verbunden sind,⁶¹ ist die Vorschrift entgegen einiger Stimmen in Rechtsprechung und Schrifttum⁶² Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.⁶³ Eines (möglichen) Rückgriffs auf die Wertungen des Verfassungsrechts, das dem Wohnrecht eine hohe Bedeutung zumisst,⁶⁴ bedarf es zur Begründung des Schutzgesetzcharakters aufgrund der klaren Festlegung des Gesetzgebers nicht. Auch auf § 823 Abs. 2 BGB kann sich der Mieter im Falle einer unberechtigten Kündigung also berufen, um Schadensersatz auf deliktischer Basis zu erlangen. In der Praxis spielt die skizzierte deliktische Haftung neben der vertraglichen allerdings keine Rolle. Das liegt weniger an den Schwächen der Gehilfenhaftung im Deliktsrecht, als vielmehr an den Vorteilen der Beweislastverteilung bzgl. des Verschuldens, die § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in der vertraglichen Haftung bietet.

⁵⁸ BGH NZM 2007, 35; *Blank*, WuM 2007, 655, 656; *Sternel*, NZM 2011, 688, 691 f.

⁵⁹ So auch MünchKomm-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139; *Siegmund*, WuM 2017, 613, 614.

⁶⁰ BGHZ 137, 89 = NJW 1998, 377, 380.

⁶¹ BT-Drucks 7/2011, S. 7 f.; BT-Drucks 7/2638, S. 1.

⁶² OLG Hamm NJW 1984, 1044; LG Heidelberg DWW 1990, 151; Palandt/*Sprau* BGB, 82. Aufl. 2021, § 823 Rn. 65.

⁶³ OLG Karlsruhe WuM 1976, 99; LG Köln ZMR 1976, 281; Staudinger/*Rolfs* BGB (2021), § 573 Rn. 233; *Siegmund*, WuM 2017, 613, 614.

⁶⁴ BVerfG NJW 1993, 2035.

Diese Haftung nützt dem Mieter allerdings nichts, wenn trotz eines bloß vorgetäuschten Eigenbedarfs bereits ein rechtskräftiges Räumungsurteil gegen ihn ergangen ist. Dann steht ihm nach der Rechtsprechung allenfalls eine deliktische Haftung zur Seite.⁶⁵ In diesem Zusammenhang erlangen sowohl § 823 Abs. 2 BGB als auch § 826 BGB praktische Bedeutung. Wird ein Kündigungsgrund bewusst wahrheitswidrig vorgespiegelt, liegt darin nämlich regelmäßig sowohl eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S. d. § 826 BGB⁶⁶ als auch ein anspruchsbegründendes Verhalten i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB.⁶⁷ § 826 BGB kann darüber hinaus für Schadensersatzansprüche eine Rolle spielen, die der Mieter trotz wirksamer Kündigung gegen den Vermieter geltend machen möchte, etwa weil dieser eine Hinweispflicht oder seine Anbieterpflicht verletzt hat. In einem solchen Fall enden die vertraglichen Ansprüche mit der Wirksamkeit einer Kündigung und damit dem Ende des Mietvertrags. Die deliktische Haftung nach § 826 BGB besteht hingegen auch nach diesem Zeitpunkt fort.⁶⁸ Wenngleich mithin die deliktische Haftung insgesamt nur eine untergeordnete Rolle bei der Bewältigung von Kündigungsfolgeschäden spielt, kommt ihr in den genannten Sonderfällen doch zentrale Bedeutung zu.

V. Umfang des zu ersetzenden Schadens

Neben den Haftungsgrundlagen ist in Bezug auf Kündigungsfolgeschäden auch umstritten, in welchem Umfang sie zu ersetzen sind. Die insoweit aufgeworfenen Fragen lassen sich leichter und strukturierter beantworten, wenn dabei die Grundprinzipien des Schadensrechts in den Blick genommen werden. Das geschieht in der Praxis nicht immer.

1. Prinzipien der §§ 249 ff. BGB

Das wichtigste dieser Prinzipien ist der Grundsatz der Totalreparation. Er besagt, dass der entstandene Schaden vollständig aus der Sphäre des Geschädigten getilgt und in diejenige des Schädigers überführt werden muss. Dieser Grundsatz ist logische Folge der Grundentscheidung des deutschen Privatrechts für den Ausgleich als Kernzweck des Schadensersatzes. Ein

⁶⁵ LG Aachen WuM 1987, 394; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 230.

⁶⁶ OLG Celle OLGZ 1979, 64; LG Aachen WuM 1987, 394; BeckOGK BGB/Geib, Stand: 1.11.2021, § 573 Rn. 185; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 232; NK-MietR/Hinz, 2. Aufl. 2019, § 573 Rn. 124; Klinkhammer, NJW 1997, 221; Siegmund, WuM 2017, 613, 614.

⁶⁷ OLG Zweibrücken NJW 1983, 694; LG Düsseldorf DWV 1996, 55; AG Stuttgart-Bad Cannstatt WuM 1992, 252; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 232; Spielbauer/Schneider/Krenek Rn. 113; Gericke, NJW 2013, 1633, 1636.

⁶⁸ Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 230.

Ausfluss des Prinzips der Totalreparation ist, dass der Schädiger – auch im Rahmen der vertraglichen Haftung wegen Nichterfüllung – für Schäden haftet, die er nicht vorhersehen konnte.⁶⁹

Der Grundsatz der Totalreparation hat eine wichtige Schranke: Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. Es besagt, dass der Umfang des Schadensersatzes grundsätzlich auf die Einbuße beschränkt ist, die der Geschädigte erlitten hat. Er soll durch den Schadensersatz nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, das in § 255 BGB in einem Teilbereich kodifiziert ist,⁷⁰ wohnt sämtlichen Vorschriften des Schadensrechts – § 249 BGB ebenso wie § 251 BGB – inne und wirkt sich unmittelbar auf die Schadensberechnung aus. Es gebietet eine Vorteilsausgleichung und den „Abzug neu für alt“.

Ein drittes kennzeichnendes Prinzip des deutschen Schadensersatzrechts ist der Vorrang der Naturalrestitution. Das bedeutet, dass der Geschädigte grundsätzlich die Beseitigung seiner Beeinträchtigung *in natura* verlangen kann, anstatt sich mit einer Kompensation seines (Vermögens-)Schadens nach §§ 251, 253 BGB begnügen zu müssen.⁷¹ Damit wollte der historische Gesetzgeber insbesondere die Wegnahme von Gütern und Zwangsverpflichtungen des Geschädigten vereiteln.

2. Naturalrestitution, Erfüllung und Unmöglichkeit

Der zuletzt behandelte Vorrang der Naturalrestitution wird in der Praxis der Kündigungsfolgeschäden häufig mit Übereifer angewandt. Vielfach ist zu lesen, der Mieter könne im Falle einer unberechtigten Kündigung im Wege der Naturalrestitution auch die Wiedereinräumung des Besitzes an der gekündigten Wohnung fordern.⁷² Das ist so nicht richtig. Tatsächlich wird das Mietverhältnis durch eine unwirksame Kündigung überhaupt nicht beendet. Der Mieter hat deshalb gegen den Vermieter nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern weiterhin auch seinen originären Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB.⁷³ Dieser geht nach den oben unter III 1 geschilderten Grundsätzen nur unter, wenn der Geschädigte Schadensersatz statt der

⁶⁹ Staudinger/Schiemann (2017), § 249 Rn. 12; Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § Rn. 32.

⁷⁰ Dazu Spancken/Schneidenbach, JuS 2012, 298, 302 f.

⁷¹ Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § Rn. 38.

⁷² BGH NJW 2010, 1068, 1070; LG Bonn WuM 1988, 402; LG Hamburg WuM 2008, 92; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 148; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 234; Siegmund, WuM 2017, 613, 616.

⁷³ Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus, 15. Aufl. 2021, § 573 Rn. 241; Hinz, WuM 2010, 207, 209; Klinkhammer, NJW 1997, 221; Schach, JurisPR-MietR 5/2010 Anm. 2; letztlich auch Siegmund, WuM 2017, 613, 617; dies einräumend auch MünchKomm-BGB/Häublein BGB, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 139.

Leistung wählt. Ist dies der Fall, scheidet eine Naturalrestitution in Form der Wiedereinräumung des Besitzes zwar nicht prinzipiell aus,⁷⁴ sie ist aber – wie bei anderen Wahlentscheidungen des Geschädigten auch – sinnwidrig.⁷⁵ Durch eine Naturalrestitution würde nämlich das Wahlrecht des Geschädigten ad absurdum geführt, da im Wege des Schadensersatzes der Erfüllungsanspruch, gegen den er sich entschieden hatte, zirkulär wiederbelebt würde. Entsprechend kann der geschädigte Mieter lediglich Schadenskompensation nach Maßgabe der §§ 251, 253 BGB verlangen.

Der originäre Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an der gekündigten Wohnung aus § 535 BGB findet seine Grenze in § 275 BGB. Insoweit sind insb. die tatsächliche/rechtliche Unmöglichkeit und die wirtschaftliche Unmöglichkeit näher zu untersuchen. Die Rechtspraxis strengt, wo sie – fälschlich – einen Anspruch auf Naturalrestitution prüft, dieselben Überlegungen im Rahmen der Prüfung des § 251 Abs. 1 BGB an. Die dazu entwickelten Grundsätze lassen sich dabei bruchfrei auf den tatsächlich anzuwendenden § 275 BGB übertragen, da die Begriffe der Unmöglichkeit und der Unzumutbarkeit in § 251 BGB denen im Recht der Unmöglichkeit entsprechen.⁷⁶

Wertungsmäßig zuzustimmen ist dabei der Praxis, nach der eine Unmöglichkeit der Wiedereinführung des Besitzes i.S.d. § 275 BGB/251 Abs. 1 BGB nicht vorschnell anzunehmen ist.⁷⁷ Der Vermieter darf die Erfüllung nicht bereits deswegen verweigern, weil er den Besitz an der zu Unrecht gekündigten Wohnung inzwischen weitergegeben oder das Eigentum an der Wohnung verloren hat. Er muss vielmehr prüfen, ob eine Kündigung des neuen Mietverhältnisses oder auch ein Rückerwerb möglich ist. Er wenn er beweisen kann, dass er die Verfügungsmacht über die gekündigte Wohnung nicht mehr erlangen kann, sei es durch Kündigung, Abstandzahlung oder Rückerwerb, wird er von der primären Leistungspflicht frei.

Im Einzelfall wird der Vermieter freilich den Einwand der Unverhältnismäßigkeit nach § 275 Abs. 2 BGB erheben können. Wann die Schwelle, des Aufwandes zur Wahrung seiner Leistungspflicht, der ihm nicht mehr zuzumuten ist, überschritten wird, lässt sich nicht abstrakt sagen und hängt auch nicht von einem einzigen Faktor ab. Die Praxis wäre gut beraten, sich im Sinne *Walter Wilburgs*⁷⁸ an einem „beweglichen System“ mit zwei Komponenten zu

⁷⁴ Münch-Komm-BGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, Vor § 281 Rn. 7.

⁷⁵ Staudinger/Schiemann (2016), § 249 Rn. 180.

⁷⁶ Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 6.

⁷⁷ Zutreffend bereits *Hinz*, WuM 2010, 207, 210; *Siegmund*, WuM 2017, 613, 617.

⁷⁸ *Wilburg*, Die Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950; dazu auch *Paas*, Das bewegliche System, 2021; *Westerhoff*, Die Elemente des beweglichen Systems, 1991.

orientieren. Bei diesen beiden Komponenten handelt es sich zum einen um den Umfang des erforderlichen Aufwands zur Wiedereinräumung des Besitzes, zum anderen um den Verschuldensgrad, der dem Vermieter zur Last fällt.⁷⁹ Beweglich ist das System, weil die Ausprägung der beiden Komponenten im Einzelfall sich wechselseitig und für die Wertung, ob eine Unzumutbarkeit der Leistung anzunehmen ist, beeinflussen: Fällt dem Vermieter lediglich ein geringes Verschulden zur Last, wird man ggf. bereits schon bei einem geringeren Aufwand Unzumutbarkeit annehmen können. Bei einem höheren Verschuldensgrad hingegen wird dies erste bei einem bedeutend höheren Aufwand der Fall sein.

Verständlicherweise sucht die Praxis nach einer zahlenmäßigen Orientierung für die Schwelle der wirtschaftlichen Unmöglichkeit. Die berühmte 130%-Schwelle aus dem Schadensrecht⁸⁰ ist dabei nicht übertragbar. Sie knüpft zwar recht passend an einem Weiterbenutzungswillen des Geschädigten an, ist im Übrigen aber zu sehr geprägt von den Besonderheiten der Wiederherstellung beweglicher Sachen, insbesondere von Kfz. Im Schrifttum ist vorgeschlagen worden, die 200%-Schwelle aus dem Wucherecht als „absolute Grenze“ für die Leistungspflicht des Vermieters zu entlehnen.⁸¹ Ganz stimmig ist dies nicht. Zwar knüpft der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB ähnlich wie § 275 Abs. 2 BGB mit dem „groben“ an ein „auffälliges Missverhältnis“ an. Allerdings will die Norm keine Opfergrenze (auch) für den Vorsatztäter setzen, sondern eliminiert vielmehr dessen Anspruch auf vertragliche Leistung. Bei der Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB geht es hingegen um den Schutz des Mieters auch gegenüber einem Vermieter, der vorsätzlich fälschlich Eigenbedarf reklamiert hat. Da nach den allgemeinen Regeln auch in einem solchen Fall die Entlassung aus der Leistungspflicht eine Ausnahme bleiben muss, wird man selbst die 200%-Schwelle nicht als absolute Grenze verstehen dürfen.⁸² Jenseits dieser Schwelle bedarf es aber eines besonders verwerflichen Verhaltens des Vermieters, um ihn an seiner Leistungspflicht festzuhalten.

3. Unstreitige Schadensposten

Was die im Übrigen zu liquidierenden Schadensposten anbelangt, ist Vieles unstreitig und bedarf daher hier keiner weiteren Vertiefung, weil schon die Kommentarliteratur hinreichende Orientierung bietet: Klar ist, dass der Mieter, dem zu Unrecht die Wohnung gekündigt wurde,

⁷⁹ Für die Berücksichtigung des Verschuldensgrads auch BGH NZM 2014, 432 Rn. 10 sowie – differenzierend für die deliktische Haftung BeckOGK BGB/Brand, Stand: 1.11.2021, § 251 Rn. 47.

⁸⁰ Dazu BGHZ 115, 375; BGH VersR 2007, 1244; BeckOGK BGB/Brand, Stand: 1.11.2021, § 251 Rn. 49 ff.; ders., Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 14; G. Müller, ZfS 2009, 124 f.

⁸¹ Bruns, NZM 2021, 378, 382.

⁸² Deutlich zu niedrig dürfte die von Hinz (WuM 2010, 207, 210) diskutierte 150%-Schwelle als absolute Grenze sein.

im Wege der Schadenskompensation nach § 251 Abs. 1 BGB die Kosten für die Suche der neuen Mietswohnung, z.B. Inseratskosten⁸³ oder eine Maklercourtage,⁸⁴ ebenso zu ersetzen sind wie die Finanzierungskosten für die neue Mietkaution.⁸⁵ Man die genannten Positionen auf den ersten Blick zwar für freiwillige Vermögensopfer und damit für Aufwendungen halten und nicht für Schäden, die als unfreiwillige Vermögensopfer definiert und nach den §§ 249 ff. BGB zu ersetzen sind. Freiwillige Vermögensopfer stehen aber dann als sog. „provozierte Aufwendungen“ Schäden gleich, wenn der Geschädigte sie aus Sicht eines verständigen Dritten aufwenden durfte, um erlittene Einbußen, die auf dem Fehlverhalten des Schädigers beruhen, zu kompensieren.⁸⁶ Das wird man für die genannten Aufwendungen des Mieters ganz regelmäßig sagen können.

Sollte er nachweisen können, dass ihm für den Geldbetrag, den er für die Suche nach einer neuen Unterkunft und deren Bezug hat aufwenden müssen, Anlagezinsen entgangen sind, so sind auch diese nach § 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig.⁸⁷ Das Gleiche gilt für Umzugskosten (einschließlich der ggf. notwendigen Einlagerung von Mobiliar, einer Zwischenmiete, falls eine solche erforderlich ist,⁸⁸ sowie Umbaukosten).⁸⁹ Ferner kann der Mieter auch höhere Fahrtkosten zur Arbeitsstelle geltend machen, wenn diese darauf beruhen, dass er von seiner neuen Wohnung aus eine weitere Strecke zu bewältigen hat. Da der Geschädigte von den §§ 249 ff. BGB in seiner gesamten Lebensführung geschützt ist, dürften auch höhere Kosten für die Wahrnehmung bereits zuvor ausgeübter Aktivitäten oder Ehrenämter in Vereinen, sowie ggf. für Aktivitäten Unterhaltsberechtigter, die mit dem Geschädigten im selben Haushalt wohnen, ersatzfähig sein. Hinzu kommt dem Grunde nach die Differenzmiete (einschließlich Nebenkosten), wenn die neue Wohnung teurer ist als die gekündigte. In der Regel lässt sich diese Differenzmiete über das Gutachten eines mit dem örtlichen Mietmarkt vertrauten Sachverständigen ermitteln (zu den streitigen Punkten bzgl. des dem Grunde nach unstreitigen Anspruchs auf Ersatz der Differenzmiete sogleich unter 4 b). Schließlich wird der Mieter auch auf Grundlage von §§ 249 Abs. 1, 252 S. 1 BGB entgangenen Gewinn, z.B. in Form einer Untermiete, verlangen können.

4. Streitige Schadensposten

⁸³ BGH NJW 2017, 2819; LG Karlsruhe DWW 1995, 145; LG Stuttgart WuM 1991, 41.

⁸⁴ BGH NZM 2010, 273 Rn. 18; NZM 2021, 132 Rn. 28.

⁸⁵ BGH NZM 2000, 496.

⁸⁶ BGHZ 111, 168, 175; BGH VersR 2016, 1071; BeckOGK BGB/Brand, Stand: 1.11.2021, § 249 Rn. 9 f.; ders., Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 2 Rn. 2 f.

⁸⁷ BGH NZM 2017, 73 Rn. 21; NZM 2017, 521 Rn. 37.

⁸⁸ Dazu BGH NZM 2021, 268.

⁸⁹ BGH NJW 2017, 2819; OLG Düsseldorf ZMR 2013, 956; LG Hamburg WuM 1995, 175; Erman/Lützenkirchen BGB, 16. Aufl. 2020, § 573 Rn. 57; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 236.

Die Ersatzfähigkeit einiger, regelmäßig geltend gemachter Kündigungsfolgeschäden ist freilich umstritten. Die nachfolgende Erörterung will versuchen, die divergierenden Rechtspositionen durch eine stärkere Prinzipienorientierung zusammenzuführen.

a) Zeitaufwand des Mieters

Hat der Mieter eigene Arbeitszeit aufgewandt, um den Verlust der Mietwohnung zu kompensieren, z.B. durch einen Umzug, so gilt dieser Aufwand als entschädigungsfähig.⁹⁰ Das erscheint dem Grunde nach richtig. Der Mieter agiert nicht gleich einem Geschäftsführer i.S.d. § 677 BGB, der prinzipiell unentgeltlich für den Geschäftsherrn tätig werden muss. Er erspart dem Vermieter vielmehr die Kosten eines für die betreffenden Arbeiten beauftragten Unternehmens und schultert zugleich einen Aufwand, der über den eigenen gewöhnlichen Verwaltungsaufwand hinausgeht. Das rechtfertigt eine Entschädigung. Warum diese allerdings, wie in der Praxis häufig angenommen, an die Zeugenentschädigung nach § 22 S. 1 JVEG angelehnt werden sollte,⁹¹ leuchtet nicht ein. Zwar geht es auch bei der Entschädigung aufgrund dieser Vorschrift um den Ausgleich für verlorene Arbeitszeit. Der Anspruch in Höhe von € 25,- orientiert sich aber daran, dass der Berechtigte einer gesetzlichen Pflicht, nämlich seiner Zeugenpflicht, nachkommt. Eine vergleichbare Pflicht trifft den Mieter gegenüber dem Vermieter nicht. Daher sollte seine Entschädigung entsprechend höher ausfallen. Orientierungspunkt sollten – ähnlich der Entschädigung bei der Verletzung haushaltsführender Ehepartner⁹² – die Nettokosten einer vergleichbaren Arbeitskraft in der Region, in welcher der Geschädigte seinen Wohnsitz hat, sein. Darauf kann ein Abschlag gewährt werden, wenn anzunehmen ist, dass der Mieter die Arbeiten nicht in vergleichbarer Art und Güte erbracht hat. Gehören die Arbeiten indes zu seinem Beruf, wird er alternativ sogar analog § 1835 Abs. 3 BGB seinen eigenen Netto-Stundenlohn ansetzen können, da dies selbst der vom Recht schlechter gestellte Geschäftsführer im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag tun darf.⁹³

Durchaus in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung im allgemeinen Schadensrecht,⁹⁴ soll der Mieter nach ganz überwiegender Auffassung keinen Ersatz verlangen können, wenn er seine Freizeit für die Schadensbewältigung einsetzt. Das widerspricht allerdings dem

⁹⁰ LG Hamburg NJW-RR 1993, 333, 334; NK-MietR/Hinz, 2. Aufl. 2019, § 573 Rn. 146; Bruns, NZM 2021, 378, 382.

⁹¹ Bruns, NZM 2021, 378, 382; tendenziell auch BAG, 28.11.2019.

⁹² Dazu zuletzt OLG Frankfurt v. 2.7.2015 – 12 U 170/13 Rn. 32 ff. (juris); sowie im Überblick Pardey, Der Haushaltsführungsschaden, 10. Aufl. 2021, *passim*.

⁹³ Zur analogen Anwendung des § 1835 Abs. 3 BGB auf den Geschäftsführer einer berechtigten GoA BGHZ 43, 384, 390; BGH NJW 1971, 609, 612; MünchKomm-BGB/F. Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 683 Rn. 37; Spickhoff, JZ 2010, 470, 471.

⁹⁴ BGHZ 66, 112; 127, 348, 349.

Grundprinzip des Schadensrechts, dem Gebot der Totalreparation. Schon im allgemeinen Schadensrecht ist nicht recht erklärlich, warum die Rechtsprechung – zurecht – im Rahmen der Vorteilsausgleichung den überobligatorischen Einsatz von Freizeit, um Erwerbsausfälle auszugleichen, nicht verlangt,⁹⁵ dieselbe Freizeit auf Ebene der Schadensbemessung aber unberücksichtigt lassen will.⁹⁶ Gerade in Zeiten zunehmender Arbeitsverdichtung ist die Freizeit ein wertvolles Gut in den Händen des Geschädigten, dessen Verlust nicht unentschädigt bleiben sollte. Ohne den problematischen und wenig konturscharfen Kommerzialisierungsgedanken unnötig strapazieren zu müssen, wird man mit einer semantischen Überlegung zu einem Ersatz für verlorene Freizeit gelangen können, der den schädigenden Vermieter nicht überfordert, aber dem Gedanken der Totalreparation Rechnung trägt. Die Römer definierten im Lateinischen die Arbeit als „Nicht-Freizeit“ (*neg-otium*).⁹⁷ In diesem Sinne wird man den Wert reiner Freizeit auf den Betrag festlegen können, zu dem eine Rechtsordnung ihren Bürgern die Aufgabe von Freizeit zugunsten einer Arbeit zutraut. Das ist der gesetzliche Mindestlohn. Es ist daher prinzipiengerecht und vorbildlich, wenn Untergerichte, wie beispielsweise das AG Ludwigshafen, in Abweichung von der herrschenden Meinung im allgemeinen Schadensrecht dem Geschädigten (im Falle allerdings der Vermieter) ein Mindestlohnäquivalent für den Einsatz seiner Freizeit zur Schadensbeseitigung zusprechen.⁹⁸ Ein weitergehender Ersatz (etwa in Höhe der Kosten einer Fachkraft) droht gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot zu verstoßen, da der Mieter nur denjenigen Schaden ersetzt verlangen kann, der ihm tatsächlich entstanden ist.

b) Dauer der Differenzmiete

Dass der Mieter, dem unrechtmäßig die Mietwohnung gekündigt worden ist, grundsätzlich im Wege der Schadenskompensation die Differenzmiete zu seiner neuen Wohnung ersetzt verlangen kann, ist unstrittig und wurde bereits gesagt. Unklar ist aber, über welchen Zeitraum der Mieter die Differenzmiete beanspruchen kann. In der Praxis werden zwei Arten von Begrenzungen vorgeschlagen. Zum einen orientieren sich diese an bestimmten, fixen Zeitläufen, die zwischen einem und fünf Jahren betragen. Diese, auch von den Obergerichten gebilligten Einhebungen sind äußerst wirkmächtig. Oft begrenzen betroffene Mieter in ihrem Klageantrag den Zeitraum selbst auf eine bestimmte Monatszahl, z.B. 24 Monate, wie in einem Sachverhalt, über den das AG Leipzig im Frühjahr 2021 entschieden hat.⁹⁹ Eine solche Selbstbeschränkung ist freilich überhaupt nicht angezeigt. Weder eine fixe Obergrenze als solche noch die in der

⁹⁵ BGHZ 55, 329, 332 f.; 58, 14, 18; MünchKomm-BGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 262.

⁹⁶ Kritisch bereits Brand, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 40.

⁹⁷ Zur Ethymologie des Begriffes „negotium“ Eickhoff, Der lateinische Begriff *otium*, 2021, S. 5 Fn. 3.

⁹⁸ AG Ludwigshafen v. 30.11.2020 – 2i C 122/20 unter 3. (unveröffentlicht).

⁹⁹ AG Leipzig WuM 2021, 683.

Praxis tatsächlich gewählten Anknüpfungspunkte für den Zeitraum, für den die Differenzmiete verlangt werden kann, sind in den Vorschriften des Schadensrechts angelegt.¹⁰⁰ Sie erscheinen weder sachgerecht noch gerechtfertigt. Unerfindlich bleibt, warum ausgerechnet die Vorschriften über den Wert der Beschwer aus der ZPO (dort §§ 8, 9)¹⁰¹ oder vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber längst aufgegeben Bestimmungen die erforderliche Totalreparation gewährleisten sollen.¹⁰²

Daher wird teilweise eine andere zeitliche Grenze für den Ersatz der Differenzmiete vorgeschlagen: Der Mieter soll bloß Ersatz bekommen bis zu dem Zeitpunkt entschädigt werden, zu dem die Miete für die bisherige Wohnung die Miete der neuen Wohnung durch zulässige Mieterhöhungen erreicht hätte oder – alternativ – zu dem der Vermieter das Mietverhältnis durch eine berechtigte Kündigung hätte beenden können.¹⁰³ Diese Beschränkung ist bei Wohnraummietverhältnissen indes nicht plausibel, denn diese können bei Vertragstreue des Mieters überhaupt nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet werden. Allenfalls ein auftretender Eigenbedarf oder die Verwertung kommen hier als abstrakte Beendigungsmöglichkeiten in Betracht. Lediglich bei bloß formal unwirksamer Kündigung mag man daher diesem Begrenzungsversuch nähertreten.

In allen anderen Fällen einer Pflichtverletzung vermögen die verbreiteten Begrenzungsversuche, was den Ersatz der Differenzmiete anbelangt, nicht zu überzeugen. Aus anderen Gebieten des Privatrechts lassen sich auch nicht ohne Weiteres alternative Anknüpfungsmöglichkeiten entlehnen. Zwar kennt das Privatversicherungsrecht, das wie das Mietrecht ebenfalls Dauer-schuldverhältnisse zum Gegenstand hat, ähnliche Sachverhalte. Fällt dem Versicherer ein Beratungsverschulden zur Last, hat er nach § 6 Abs. 5 VVG dem Versicherungsnehmer den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Diese Schadensersatzpflicht kann – gerade bei langlaufenden Versicherungsverträgen wie Lebens- oder Krankenversicherungen – im Ausgleich einer Differenzprämie zu dem Produkt bestehen, das der Versicherungsnehmer bei ordnungsgemäßer Beratung gezeichnet hätte.¹⁰⁴ Für das Mietrecht lassen sich aus der Praxis zu § 6 Abs. 5 VVG freilich keine brauchbaren Erkenntnisse gewinnen, weil Lebensversicherungsverträge – anders als Wohnraummietverträge – eine bestimmte Laufzeit haben, so dass die Differenzprämie sich

¹⁰⁰ MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 147.

¹⁰¹ LG Darmstadt ZMR 1994, 165; LG Hamburg BeckRS 2010, 3213; AG Steinfurt WuM 2021, 379.

¹⁰² Offengelassen in BGH NZM 2010, 273 Rn. 10, 24.

¹⁰³ LG Köln WuM 1992, 14; MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 147; Staudinger/Rolfs BGB (2021), § 573 Rn. 237; Eisenhardt, MDR 1999, 1481.

¹⁰⁴ BGH VersR 2011, 623; NJW 2018, 3389, 3391; Prölss/Martin/Rudy VVG, 31. Aufl. 2021, § 6 Rn. 61; Brand, VersR 2015, 10, 15.

von vornherein vollständig und exakt bemessen lässt. Krankenversicherungsverträge haben keine bestimmte Laufzeit, der Unterschied zu Sachverhalten des Kündigungsfolgeschadens besteht aber darin, dass der Versicherungsnehmer als Geschädigter in den zu § 6 Abs. 5 VVG entschiedenen Fällen an den Versicherer als Vertragspartner gebunden bleibt. Das ist der Mieter, wenn er die Differenzmiete geltend macht, gerade nicht, woraus sich Unwägbarkeiten für den schadensersatzverpflichteten Vermieter ergeben.

Da sich Anknüpfungspunkte für eine fixe zeitliche Begrenzung der Differenzmiete nicht leicht finden lassen, muss die Frage gestattet sein, ob eine solche Begrenzung überhaupt erforderlich ist. Bei der schadensrechtlich ebenfalls schwierigen Entschädigung von Personen, die schwer verletzt werden, während sie sich noch in der Ausbildung befinden, geht die Rechtsprechung jedenfalls nicht davon aus, dass diese doch recht spekulative Entschädigung zeitlich fix zu begrenzen wäre.¹⁰⁵ Man behilft sich (neben Einmalzahlungen) mit einer zeitlich zunächst unbefristet zu leistenden Rente. Warum bei Mietdifferenzschäden anders zu verfahren sein soll, ist nicht erfindlich. Auch für sie gebietet der Grundsatz der Totalreparation eine prinzipiell zeitlich unbegrenzte Gewähr.¹⁰⁶ Eine solche ist natürlich mit praktischen Problemen verbunden: So wird sich der (unbegrenzte) Anspruch auf die Differenzmiete im Zeitpunkt der Klagerhebung planmäßig nicht klar beziffern lassen. Die Tatsache, dass die Mieten für die unberechtigt gekündigte und diejenige für die neue Wohnung jeweils nicht statisch sind, erschwert eine Fixierung des Anspruchs weiter. Dem ließe sich zum einen dadurch abhelfen, wenn das Gericht dem Mieter nachließe, zunächst einen Feststellungsantrag zu stellen, der inhaltlich darauf gerichtet ist, dass der Vermieter die Differenz zwischen den Mieten zu ersetzen hat, und der zeitlich in die unbegrenzte, ungewisse Zukunft reicht. Dem Vermieter müsste es im Gegenzug freistehen, die getroffene Feststellung im Wege der Abänderungsklage anzufechten, z.B. weil der Mieter aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels oder des Anwachsens seines Hausstandes durch Partnerschaft oder Familiengründung ohnehin hätte ausziehen müssen. Durch diese Obliegenheit wird der Vermieter nicht über Gebühr belastet, da seit Langem geklärt ist, dass er – zumindest im Fall einer vorgeschobenen Kündigung – keinen Schutz verdient.

Fühlt sich das entscheidende Gericht bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO, was die Dauer der Differenzmiete anbelangt, aufgrund der unvermeidlichen Endlichkeit des

¹⁰⁵ BGH r+s 2011, 83, 85; BeckOGK BGB/Brand, Stand: 1.11.2021, § 252 Rn. 39; ders., Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 5 Rn. 39b; Küppersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 13. Aufl. 2020, Rn. 173; Eilers, ZfS 2013, 244 ff.

¹⁰⁶ So auch Kandelhard, NZM 2008, 468, 469; Siegmund, WuM 2017, 613, 619; Schmidt-Futterer/Streyll, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 115.

menschlichen Lebens unwohl, diese auf unbegrenzte Zeit zuzusprechen, kann es den Ersatz alternativ durchaus an der durchschnittlichen statistischen Lebenserwartung des Mieters orientieren. Das ist auch der übliche Maßstab für andere Langzeitschäden, etwa Haushaltsführungs- oder Unterhaltsschäden.¹⁰⁷

c) Maklercourtage für den Erwerb eines Eigenheims

In seiner Entscheidung vom 9.12.2020 hat sich der VIII. Zivilsenat auch zu der in den Vorinstanzen umstrittenen Frage geäußert, ob zu den ersatzfähigen Schadensposten nach unrechtmäßiger Kündigung auch die Maklercourtage für den Erwerb eines Eigenheims zählt. In Übereinstimmung mit älterer Rechtsprechung und großen Teilen des Schrifttums¹⁰⁸ verneint der Senat dies.¹⁰⁹ Er begründet seine Rechtsauffassung mit dem Schutzzweck der Norm: Durch den Erwerb eines Eigenheims erlange der Mieter die im Vergleich zum Besitz höherwertige Stellung eines Eigentümers. Die verletzte Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters schütze aber nur das Interesse des Mieters auf vorübergehenden Gebrauch einer Mietsache.

Diese Argumentation ist im Schrifttum teilweise kritisch aufgenommen worden.¹¹⁰ Der Schutzzweck der Vorschriften über die Pflichtverletzung sei insb. in Fällen, in denen der Vermieter den Mieter über einen möglichen Kündigungsgrund getäuscht habe, zu eng bemessen. Bei engen Mietmärkten und in der gegenwärtigen Niedrigzinsphase sei die Wahl eines Eigenheims durch den Mieter als Ersatzbleibe für die gekündigte Wohnung vielfach naheliegend, da sie nicht mehr Geld für die Kreditzinsen aufbringen müssen als für eine vergleichbare Miete. Dem ist beizupflichten. Man kann die Vertragstreuepflicht des Vermieters nämlich sehr wohl als Pflicht lesen, dem Mieter nicht unnötige Kosten für die Suche nach einer Ersatzbleibe aufzubürden. Hinzu kommt das Problem einer beim derzeitigen Wohnungsmarkt vorstellbaren Unmöglichkeit der Anmietung einer Ersatzwohnung in vielen Stadt- und Landkreisen auch außerhalb Berlins, wo der Sachverhalt, zu dem der VIII. Zivilsenat entschieden hat, spielt. Geböte der Schutzzweck der §§ 280 ff. BGB auch in einem solchen Fall tatsächlich, den Mieter, was die Courtage anbelangt, entschädigungslos zu stellen? Das wäre eine erstaunliche Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation und bisse sich zudem mit den Wertungen des § 823 Abs. 1 BGB, zu dem anerkannt ist, dass der berechnete Besitz, den der Mieter verloren hat, ein

¹⁰⁷ OLG Frankfurt v. 2.7.2015 – 12 U 170/13 Rn. 47 (juris); zur Maßgeblichkeit der statistischen Lebenserwartung für Unterhaltsschäden bereits OLG Hamm MDR 1998, 1414.

¹⁰⁸ LG Karlsruhe DWW 1992, 22; LG Stuttgart BeckRS 2018, 54494 Rn. 38 ff.; Staudinger/Rolfs BGB (2021) § 573 Rn. 237.1; Schmidt-Futterer/Streyll, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 115; Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus, 15. Aufl. 2021, § 573 Rn. 236; Siegmund, WuM 2017, 613, 618.

¹⁰⁹ Nach BGH NZM 2021, 132 Rn. 28 ff.

¹¹⁰ Bruns, NZM 2021, 378, 384; Herrlein, NJW 2021, 1283, 1286; Börstinghaus, NZM 2021, 521, 536 (berichtend).

„wesensgleiches Minus“ zum Eigentum darstellt.¹¹¹ Das macht es schwer, schadensrechtlich parallel dazu anzunehmen, dass Wohnraum, der zu Eigentum gehalten wird, wesensmäßig von Wohnraum, der zu berechtigtem Miet-Besitz gehalten wird, derart verschieden ist, dass ein Ersatz der Beschaffungskosten, zu denen die Maklercourtage gehört, ausscheidet.

Überhaupt hat man den Eindruck, dass Rechtsprechung und Schrifttum sich vor allem (zurecht) deswegen gegen den Ersatz der Maklercourtage für den Erwerb von Wohneigentum sperren, weil diese Courtage erheblich höher ausfällt als diejenige für die Anmietung von Wohnraum. Um angesichts dessen zu verhindern, dass der schadensersatzpflichtige Vermieter übermäßig belastet wird, bedarf es aber keines Rückgriffs auf bei näherem Hinblick fragwürdige Schutzzweckerwägungen. Die Problematik lässt sich vielmehr durch die inneren Mechaniken des Schadensrechts lösen. Dabei ist einem Vorschlag aus dem Schrifttum, den Anspruch auf die fiktive Courtage für eine adäquate Ersatzmietwohnung über eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB durch den Mieter zu kürzen,¹¹² abzulehnen. Dieser Weg würde dazu führen, dass im Falle der Unmöglichkeit der Anmietung einer Ersatzwohnung letztlich doch der Ersatz der Kauf-Courtage zu gewähren wäre, da dem Mieter in diesem Fall kein Verschulden in eigenen Angelegenheiten vorgeworfen werden kann. Der Mieter würde durch den Schadensersatz besser stehen als er ohne schädigendes Ereignis gestanden hätte. Das verstößt aber gegen die geschilderten Prinzipien des Schadensrechts, namentlich das schadensrechtliche Bereicherungsverbot.

Dieses schadensrechtliche Grundgebot trägt eigentlich das Ergebnis des VIII. Zivilsenats: Die Kauf-Courtage ist nicht zu ersetzen, weil der Schadensersatz dann über den geschuldeten Ausgleich hinausreichen würde. Zugleich ist aber auch das oberste Prinzip des Schadensrechts, die Totalreparation zu beachten. Dieses Prinzip wäre verletzt, wenn der Mieter, der eine Ersatzwohnung kauft, anstatt eine zu mieten, entschädigungslos bliebe. Er hätte schließlich einen Anspruch auf Ersatz einer Mietcourtage, wenn er sich eine Mietwohnung gesucht hätte. Anders als der VIII. Zivilsenat und ein Teil des Schrifttums glauben,¹¹³ ist ein fiktiver Ersatz dieser Mietcourtage keineswegs ausgeschlossen. Der Ersatz fiktiver Schäden ist nicht auf den Bereich der Dispositionsfreiheit nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, der für das Mietrecht ohne Belang ist, beschränkt. Er findet auch im Rahmen der Schadenskompensation nach § 251 BGB statt, etwa

¹¹¹ Palandt/*Sprau*, BGB, 82. Aufl. 2021, § 823 Rn. 13; näher MünchKomm-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 220 ff.

¹¹² *Bruns*, NZM 2021, 378, 384.

¹¹³ BGH NJW-RR 2021, 201 Rn. 40 Staudinger/*Rolfs* BGB (2021) § 573 Rn. 237.1; Schmidt-Futterer/*Streyll*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 115.

bei der Vernichtung marktfähiger Unikate, wenn dies erforderlich ist, um Totalreparation zu bewirken.¹¹⁴ Das trifft auch auf den zu Unrecht gekündigten Mieter zu, der Wohnraum erwirbt. Der Weg der Beschränkung des Ersatzes auf die fiktive Mietcourtage über das schadensrechtliche Bereicherungsverbot bietet dabei den Vorteil, auch im Falle der Unmöglichkeit des Anmietens einer Ersatzwohnung einen prinzipiengerechten Ersatz zu bewirken. Der Richter erhält zudem mit der fiktive Mietcourtage einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für die erforderliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Der Vermieter wird schließlich durch die vorgeschlagene Lösung nicht übermäßig belastet. In vielen Fällen wird er gar keinen Ersatz für die fiktive Maklercourtage für gemieteten Wohnraum schulden, da der Mieter eine solche nach § 2 Abs 1a WoVermittG überhaupt nicht zu tragen hätte. Insoweit das der Fall ist, erleidet er auch keinen ersatzfähigen Schaden.

d) Maklercourtage für die gekündigte Wohnung

Im Zusammenhang mit Maklercourtagen stellt sich noch ein weiteres Problem im Hinblick auf das Gebot der Totalreparation. Unstreitig ist, dass zu den ersatzfähigen Schadensposten grundsätzlich auch die Maklercourtage für die gekündigte Wohnung als frustrierte Aufwendung zu zählen ist. Verbreitet soll dieser Schadensposten allerdings dann weder nach den Grundsätzen des Schadensrechts noch nach § 284 BGB ersatzfähig sein, wenn das gekündigte Mietverhältnis über einen Zeitraum von mindestens vier Jahren aufrechterhalten worden ist.¹¹⁵ Dahinter steckt ganz augenscheinlich ein Amortisationsgedanke: Der Mieter hat nach dem Ablauf der vier Jahre die Courtage schlicht „abgewohnt“. Anders als bei einer Maklercourtage bei gezillmerten (Lebens-)Versicherungsverträgen, bei der man einen solchen Amortisationseffekt in den Grundlagen der Prämienkalkulation des Versicherers nachweisen kann, gibt es einen vergleichbaren Amortisationseffekt bei der Maklercourtage für Wohnmietraum nicht.¹¹⁶ Ihn zu unterstellen, verstößt gegen den Grundsatz der Totalreparation. Die Maklercourtage für die gekündigte Wohnung ist vielmehr ungekürzt als Schadensposten anzuerkennen und verfällt auch nicht mit der Dauer des betroffenen Mietverhältnisses.

5. Schadensersatz bei einer Verletzung der Anbietspflicht

Einige Besonderheiten sind auch bei der angemessenen Entschädigung des Mieters zu beachten, wenn der Vermieter seine unter III 2 d betrachtete Anbietspflicht verstoßen hat. Hierbei

¹¹⁴ BGH ZfS 2009, 320 f.; ZfS 2010, 441, 442; zur Wertberechnung OLG Frankfurt BeckRS 2020, 10280; im Übrigen BeckOGK BGB/Brand, Stand: 1.11.2021, § 251 Rn. 25; ders., Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 7.

¹¹⁵ So etwa LG Stuttgart BeckRS 2018, 54494 Rn. 46; gebilligt von BGH NZM 2020, 1038 Rn. 20; Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus, 15. Aufl. 2021, § 573 Rn. 142

¹¹⁶ Kritisch bereits Emmerich, FS f. Blank, 2006, 145, 151.

handelt es sich um die Verletzung einer Nebenleistungspflicht ohne Bezug auf die Hauptpflicht des Vermieters, dem Mieter den gekündigten Wohnraum zur Verfügung zu stellen. Entsprechend ist vorrangig an eine Naturalrestitution durch Schadensersatz nach § 249 Abs. 1 BGB in Form des Angebots eines Vertragsschlusses bzgl. der Wohnung zu denken, die der Vermieter pflichtgemäß hätte anbieten müssen. Diesen Vorrang der Naturalrestitution übersehen der VIII. Zivilsenat des BGH und Teile des Schrifttums.¹¹⁷ Erst nachrangig kann der Mieter nach Maßgabe des § 251 BGB Geldersatz verlangen, der sich häufig auf den Ersatz des Mietdifferenzschadens zwischen der neu bezogenen Wohnung und der Wohnung, welche der Vermieter ersatzweise hätte anmieten müssen (nicht der gekündigten Wohnung!), beschränken wird. Bei anderen denkbaren Schadensposten, zu denen die oben erwähnten Umzugs- und Ummeldekosten gehören, wird es meistens an der äquivalenten Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Vermieters und diesen Schäden fehlen. Es handelt sich um sog. „Sowieso-Schäden“, die auch bei ordnungsgemäßer Pflichterfüllung des Vermieters angefallen wären, da der Mieter ohnehin hätte umziehen müssen.

6. Sonstige ersatzfähige Begleitschäden

Zu den Begleitschäden, die der Vermieter auf Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat, gehören neben den Rechtsverfolgungskosten (auch bei formal mangelhafter Kündigung) ggf. auch Detektivkosten.¹¹⁸ Seltener werden sog. „AGG-Schäden“ gem. § 21 Abs. 2 S. 3 AGG zu ersetzen sein, z.B. wegen einer Diskriminierung des Mieters wegen seiner Herkunft¹¹⁹ (z.B. ein Badener in Württemberg) oder Religionsangehörigkeit. Auch ein Ersatz für immaterielle Schäden nach § 253 Abs. 2 BGB wird mangels Verletzung eines der dort abschließend genannten Rechtsgüter regelmäßig nicht in Betracht kommen.¹²⁰ Ausnahmefälle sind selten und stets von besonderen Umständen geprägt, die weniger mit der Kündigung als mit deren Umsetzung zu tun haben. Beizupflichten ist etwa dem AG Wedding, das einer Mieterin wegen der ihr zugefügten Körperverletzung in Form psychischen Leids ein „Schmerzensgeld“ zugesprochen hat, weil der Vermieter ihre Wohnung während eines Krankenhausaufenthalts geräumt hatte.¹²¹ Daraus wird deutlich, dass der Anknüpfungspunkt für einen Ersatz nach § 253 Abs. 2 BGB nicht die unberechtigte Kündigung selbst, sondern die Art und Weise der Räumung war. Wegen des abschließenden Katalogs der Rechtsgüter in § 253 Abs. 2 BGB kann entgegen vereinzelter

¹¹⁷ BGH BGH WuM 2017, 94 Rn. 64; unklar Schmidt-Futterer/*Blank/Börstinghaus*, 15. Aufl. 2021, § 573 Rn. 141 f.

¹¹⁸ LG Berlin WuM 2000, 313.

¹¹⁹ AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg NJ 2015, 247, 248 f.

¹²⁰ Staudinger/*Rolfs* BGB (2021), § 573 Rn. 234.

¹²¹ MM 1994, 248.

Stimmen in der untergerichtlichen Rechtsprechung¹²² auch das durch Art. 13 Abs. 1 GG geschütztes Grundrecht auf Wohnung keinen Einfluss auf die Gewähr von „Schmerzensgeld“ haben. Es ist zwar anerkannt, dass neben § 253 Abs. 2 BGB ausnahmsweise auch oberste Rechtsgüter von Verfassungsrang, wie das durch Art. 1, 2 GG geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht, im Falle ihrer Verletzung in verfassungskonformer Reduktion des § 253 Abs. 1 BGB schadensersatzbewehrt sein können.¹²³ Diese Ausnahme kann aber nicht ohne Weiteres auf andere Grundrechte übertragen werden. Das würde die Sperrwirkung des § 253 Abs. 1 BGB zu weitgehend negieren. Andenken ließe sich in einem solchen Fall allenfalls eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts,¹²⁴ wenn man die Wohnung als Ort begreift, an dem der Mieter seine Privatsphäre auslebt. Schadensersatz könnte der Mieter auch in einem solchen Fall aber nur erlangen, wenn das Verhalten des Vermieters als unmittelbarer und schwerwiegender Angriff auf die Privatsphäre des Mieters zu werten ist, ohne dass ihm dabei schützenswerte Eigeninteressen zur Seite stehen.

VI. Schadensminderung

1. Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB

Abschließend sei ein Blick auf mögliche Einreden des Vermieters gegen ein dem Grunde nach berechtigtes Schadensersatzbegehren des Mieters geworfen. Insoweit kommt dem Einwand einer Mitverantwortlichkeit des Mieters an der Schadensentstehung oder dem Schadensumfang nach § 254 BGB überragende Bedeutung in der Praxis zu. Zu beachten ist dabei, dass dem Vermieter dieser Einwand nicht in allen Fallkonstellationen zur Verfügung steht. Muss er sich, was sein eigenes Fehlverhalten anbelangt, Arglist vorwerfen lassen, kann er sich nach den allgemeinen Grundsätzen nicht auf ein Mitverschulden des Mieters berufen.¹²⁵ Das wäre ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, das den Vorsatztäter mit besonderer Härte trifft.

Auch der Sache nach ist, was die Schadensverursachung anbelangt, Zurückhaltung zu üben, wenn man dem Mieter einen Vorwurf bzgl. seines kündigungsbedingten Verhaltens machen will. So fällt dem Mieter bei einer Kündigung des Vermieters regelmäßig kein Mitverschulden zur Last, wenn er die gekündigte Wohnung freiwillig räumt. In der unrechtmäßigen Kündigung oder Räumungsaufforderung liegt nämlich eine schwere Vertragsverletzung, die den Mieter zur

¹²² AG Reinbek ZMR 2008, 719 Rn. 18.

¹²³ BGHZ 128, 1, 15; BGH NJW 1996, 984, 985; *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 7 Rn. 21.

¹²⁴ So wohl jurisPK-BGB/*Vieweg/Lorz*, § 253 Rn. 44 Fn. 114.

¹²⁵ *Staudinger/Rolfs* BGB (2021), § 573 Rn. 238.

fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB berechtigen würde.¹²⁶ Anders ließe sich dann werten, wenn das Fehlen eines Kündigungsgrundes auf der Hand liegt und sich dem Mieter Zweifel gewissermaßen aufdrängen mussten¹²⁷ oder wenn dem Mieter aus anderen Umständen des konkreten Einzelfalles zumutbar ist, sich gegen die Kündigung zu wehren.¹²⁸ Der Begriff der Zumutbarkeit ist dabei mit Rücksicht darauf, dass der Mieter keine Rechtskenntnisse haben muss, eng auszulegen, was die Rechtsprechung nicht immer tut. Ein Mitverschulden wird man richtigerweise wohl nur in Fällen der Evidenz annehmen können.¹²⁹

Gegen seine Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstößt der Mieter, wenn er seine neue Wohnung überteuert mietet.¹³⁰ Oder er nicht für eine Reduzierung einer gem. § 556 d Abs. 1 BGB gesetzwidrig überhöhten Ersatzmiete sorgt.¹³¹

2. Vorteilsausgleichung

In einigen Fällen wird sich der Vermieter auch auf die Grundsätze der Vorteilsausgleichung berufen können, nach denen sich der Geschädigte im Rahmen der Schadensermittlung Vorteile anrechnen lassen muss, welche das schädigende Ereignis kausal mit sich gebracht hat, wenn diese Anrechnung den Schädiger nicht unbillig entlasten würde. Das ist letztlich ein Ausfluss des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots. Zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers würde es führen, wenn sich der Mieter Ausgleichsansprüche, die er gegen Dritte erworben hat, auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter anrechnen lassen müsste.¹³² Das entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts¹³³ und erscheint gerechtfertigt, weil ansonsten der Durchsetzungsaufwand und das Insolvenzrisiko der Parteien zwischen verschiedenen Schuldverhältnissen hin- und her verteilt würden, ohne dass es dafür einen Sachgrund gäbe. Anrechnungsfähig im Rahmen der Vorteilsausgleichung sind hingegen ersparte Fahrtkosten und der Bezug einer gleichwertigen Ersatzwohnung.¹³⁴ Bei letzterer verbleibt allerdings ein liquidationsfähiger Schaden beim Mieter, wenn die Ersatzwohnung kleiner ausfällt als die zu Unrecht gekündigte oder wenn der Mieter sie nur durch überobligatorischen Einsatz hat erlangen können.

¹²⁶ BGH NZM 2002, 291; Schmidt-Futterer/*Streyll*, 15. Aufl. 2021, § 542 Rn. 109.

¹²⁷ BGH NZM 2009, 429 Rn. 13; AG Saarlouis WuM 1995, 173; a.A. LG Kassel WuM 1987, 85.

¹²⁸ BGH WuM 1984, 1028; BGH NJW-RR 1991, 1458; 2003, 931, 932; BGH WuM 2010, 512; NZM 2016, 281 Rn. 38 f.; teilweise weitergehend Staudinger/*Rolfs* BGB (2021), § 573 Rn. 238..

¹²⁹ Ähnlich MünchKomm-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 149; *Siegmund*, WuM 2017, 613, 621.

¹³⁰ *Ostermann*, WuM 1992, 342, 346 f.

¹³¹ *Bruns*, NZM 2021, 378, 383.

¹³² BGH v. 24.9.2021 – V ZR 272/19 Rn. 18 (juris).

¹³³ *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 17.

¹³⁴ OLG Düsseldorf NZM 1998, 413.