

Entscheidungsbesprechung

Zur Abgrenzung eines Mietvertrages von anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen bei Wohnräumen

1. Zur Abgrenzung eines Mietvertrags von anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen bei Wohnräumen (Fortführung des *Senatsurteils* v. 4.5.1970 – VIII ZR 179/68, WM 1970, 853; sogenannte Gefälligkeitsmiete). (Amtlicher Leitsatz)

2. Bei der unentgeltlichen Überlassung von Wohnraum über einen längeren Zeitraum spricht die hohe wirtschaftliche Bedeutung der Nutzung (Wohnraum als Lebensmittelpunkt) trotz einer etwaigen persönlichen Verbundenheit der Beteiligten gegen die Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses.

3. Das Vorliegen eines Mietvertrages setzt neben der Gebrauchsüberlassung auf Zeit durch den Vermieter das Erbringen einer Gegenleistung durch den Mieter in Form der Zahlung der Miete nach § 535 Abs. 2 BGB voraus. Hieran fehlt es, wenn der Mieter ohne nähere Absprachen mit seinem Vertragspartner nur die gelegentlich anfallenden Reparatur- und Betriebskosten zu tragen hat. (Leitsätze des Verf.)

BGB §§ 535 Abs. 2, 985, 986, 987
ZVG § 152 Abs. 2

BGH, Urt. v. 20.9.2017 – VIII ZR 279/16 (OLG Hamburg, LG Hamburg)¹

I. Einleitung

Die Entscheidung des BGH betrifft im Ausgangspunkt Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Herausgabe und Nutzungersatz) und dreht sich um Kern um die Frage nach dem Vorliegen eines schuldrechtlichen Überlassungsvertrages (Miete, Leihe) in Abgrenzung zu einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis. Der BGH führt dabei seine im Jahre 1970 begründete Rechtsprechung zur sog. Gefälligkeitsmiete fort.² Die für die Abgrenzung der einzelnen in Betracht kommenden Vertragstypen maßgeblichen Kriterien sowie die Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens werden vom BGH in den Entscheidungsgründen „lehrbuchmäßig“ herausgearbeitet. Prozessual spielt der Fall im Bereich der Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG) und wirft durch diese zwangsvollstreckungsrechtliche Einkleidung weitere Probleme auf.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=40b2373a4a526743ec9274627115ccc9&nr=79828&pos=0&nz=1> (23.3.2018) und abgedruckt u.a. in BGH NJW-RR 2017, 1479 ff.

² BGH WM 1970, 853.

II. Sachverhalt (vereinfacht)

Gegenstand des Falles ist ein Reihenhaus in Hamburg, welches von der Beklagten (B) und ihrem früheren Ehemann seit dem Jahr 1998 gemeinsam und seit der Scheidung der Eheleute im Jahr 2005 von der Beklagten nunmehr allein bewohnt wird. Eigentümer des Hauses ist E, ein Landsmann des früheren Ehemannes der B, welcher zur Zeit der Errichtung des Reihenhauses mit diesem teils geschäftlich und teils privat in Beziehung zueinander stand. Ein schriftlicher Vertrag über die Nutzung des Reihenhauses existiert nicht. Es wurde lediglich vereinbart, dass B und ihr Ehemann sämtliche anfallenden Neben- und Reparaturkosten für das Haus zu bezahlen hätten. Im November 2013 wird bezüglich des Reihenhauses die Zwangsverwaltung angeordnet und der jetzige Kläger (K) zum Zwangsverwalter bestellt. K verlangt nunmehr von B die Herausgabe des Reihenhauses und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung i.H.v. insgesamt 23.000 €. Die bei dem zuständigen Landgericht Hamburg erhobene Klage wird B im August 2014 zugestellt. B lehnt die Ansprüche ab. Sie beruft sich darauf, dass zwischen ihr bzw. zwischen ihrem früheren Ehemann und E ein (konkludenter) Mietvertrag geschlossen wurde.

III. Die Entscheidung des BGH

Der BGH prüft bezüglich der Herausgabe allein einen Anspruch aus § 985 BGB und hinsichtlich der Nutzungsentschädigung einen Anspruch aus § 987 BGB.

Hinweis: In prozessualer Hinsicht sei angemerkt, dass sich die örtliche Zuständigkeit aus § 24 Abs. 1 ZPO ergibt. Nachdem der Kläger einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB bezüglich einer unbeweglichen Sache geltend macht,⁴ ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk sich das streitgegenständliche Reihenhaus befindet. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG, da der Streitwert (§ 6 S. 1 ZPO) über der Wertgrenze von 5.000 € liegt.⁵ Erstinstanzlich zuständig war daher das LG Hamburg.

³ Im Originalfall wurde sowohl eine Nutzungsentschädigung für die Vergangenheit als auch für die Zukunft gefordert.

⁴ *Hießstege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 38. Aufl. 2017, § 24 Rn. 3.

⁵ Falsch wäre es, auf § 23 Nr. 2 GVG abzustellen und zu argumentieren, es handle sich vorliegend um eine Streitigkeit über Ansprüche aus einem Mietverhältnis über Wohnraum oder über den Bestand eines solchen Mietverhältnisses, weshalb das Amtsgericht in erster Instanz ausschließlich zuständig wäre. Hier besteht kein Streit über Ansprüche aus (!) einem Mietverhältnis, vielmehr macht der Kläger einen Anspruch auf Herausgabe aus Eigentum (§ 985 BGB) geltend. Der vermeintliche Mietvertrag wird seitens der Beklagten lediglich als eine mögliche Einwendung, d.h. als Recht zum Besitz gem. § 986 BGB geltend gemacht.

1. Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

Der Anspruch aus § 985 BGB setzt voraus, dass der Kläger Eigentümer des Reihenhauses ist, die Beklagte Besitzerin ist und kein Recht zum Besitz hat.

a) Eigentum des Anspruchsstellers bzw. Aktivlegitimation des Klägers

Eigentümer des Reihenhauses bzw. des Grundstücks ist E, nicht aber K. Dennoch ist K als Zwangsverwalter in dem Verfahren zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs berechtigt. K ist wegen § 152 Abs. 1 ZVG prozessual sog. Partei kraft Amtes und damit befugt, alle Ansprüche aus dem Aufgabenkreis des § 152 ZVG geltend zu machen.⁶ Der Zwangsverwalter hat danach das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen. Hierzu zählt auch der Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks, um dieses anschließend (insbesondere über eine Vermietung) wirtschaftlich sinnvoll nutzen zu können.⁷ Der eigentliche Eigentümer E kann diesen Anspruch nicht mehr geltend machen, da ihm nach § 148 Abs. 2 ZVG die Verwaltungs- und Nutzungsbefugnis bezüglich des Grundstücks entzogen wurde. Der Zwangsverwalter tritt insofern in die Rechtsstellung des Vollstreckungsschuldners (hier: E) ein.⁸

b) Besitz der Beklagten

B bewohnt das Reihenhaus und ist damit unmittelbare Besitzerin, § 854 Abs. 1 BGB.

c) Kein Recht zum Besitz der Beklagten?

Kernproblem des Falles ist die Frage, ob sich B gegenüber K auf ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) berufen kann. Entscheidend ist aufgrund der zwangsvollstreckungsrechtlichen Situation, dass das etwaige Recht zum Besitz gerade dem Zwangsverwalter K als Kläger gegenüber bestehen muss, nicht aber dem Eigentümer E gegenüber. In den Mittelpunkt rückt daher die – vielen Studenten und Referendaren wohl unbekannt – Vorschrift des § 152 Abs. 2 ZVG. Danach ist ein Miet- oder Pachtvertrag auch einem Zwangsverwalter gegenüber wirksam, wenn das Grundstück vor der Beschlagnahme einem Mieter oder Pächter überlassen wurde. Mit anderen Worten: Besteht zwischen E und B ein Miet- oder Pachtvertrag, so kann B diesen (schuldrechtlichen) Vertrag dem K als Recht zum Besitz und damit als Einwendung⁹ dem Herausgabeverlangen entgegenhalten.

Hinweis: Der BGH prüft zunächst kurz, ob sich B gegenüber K auf ein unentgeltliches lebenslanges Wohnrecht berufen kann. In Betracht kommt sowohl ein dingliches (§ 1093 BGB) als auch ein schuldrechtliches Wohnrecht. Der Senat verneint jedoch beides: Ein dingliches Wohnrecht scheidet bereits daran, dass ein solches nicht in das Grundbuch eingetragen wurde.¹⁰ Ob ein schuldrechtliches Wohnrecht vereinbart wurde, konnte der BGH offenlassen, da wegen § 152 Abs. 2 ZVG B dem K nur einen Miet- oder Pachtvertrag entgegenhalten kann. Auf ein etwaiges schuldrechtliches Wohnrecht kann sie sich nur dem Eigentümer E gegenüber berufen, nicht aber dem Kläger als Zwangsverwalter gegenüber.¹¹

aa) Vertrag oder bloße Gefälligkeit?

Vor der rechtlichen Einordnung eines etwaigen Vertragsverhältnisses stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde oder ob nicht ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt. Entscheidend für eine vertragliche Bindung ist das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens. Abzustellen ist dabei nicht auf den inneren Willen der Handelnden, sondern auf das objektive Verhalten der Beteiligten bei Würdigung aller Umstände. Kriterien sind insbesondere die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit sowie Art, Grad und Zweck der Gefälligkeit und die Interessenlage.¹² Diese Voraussetzungen für die Annahme eines Rechtsbindungswillens sieht der BGH vorliegend erfüllt. Hierfür spricht, dass die Überlassung von Wohnraum generell eine hohe wirtschaftliche Bedeutung besitzt. B bzw. ihr früherer Ehemann hatten daher ein großes rechtliches Interesse an der Rechtsverbindlichkeit der Vereinbarung hinsichtlich der Nutzung des Reihenhauses.¹³

bb) Qualifikation des Vertragsverhältnisses

Damit konnte sich der BGH mit der Problematik auseinandersetzen, ob der geschlossene Vertrag rechtlich einen Mietvertrag gem. §§ 535 ff. BGB darstellt. Ein Mietvertrag ist nach § 535 BGB dadurch gekennzeichnet, dass der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit überlässt und der Mieter hierfür als Gegenleistung ein Entgelt (Miete) zahlt. Beide Verpflichtungen müssen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.¹⁴ Die entscheidende Frage ist mithin, ob seitens der B eine entsprechende Hauptleistungspflicht zur Entrichtung der Miete im Sinne von § 535 Abs. 2 BGB besteht. Immerhin liegt weder eine Mietvertragsurkunde vor, aus welcher sich eine Pflicht zur Zah-

⁶ Keller, in: Böttcher, Kommentar zum ZVG, 6. Aufl. 2016, § 152 Rn. 55; Drasdo, NJW 2017, 1709 (1712); ders., NJW 2016, 1770 (1772).

⁷ Siehe hierzu Sievers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl. 2015, § 152 ZVG Rn. 3 ff.

⁸ Keller (Fn. 6), § 148 Rn. 15.

⁹ Dogmatisch handelt es sich beim Recht zum Besitz nach § 986 BGB um eine Einwendung, was bedeutet, dass dieser Einwand von Amts wegen zu berücksichtigen ist; BGH NJW

1999, 3716 (3717); Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 986 Rn. 76 ff.; Herrler, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 986 Rn. 1.

¹⁰ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1479 Rn. 15).

¹¹ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1479 Rn. 15).

¹² BGH NJW-RR 2017, 1479 (1480 Rn. 24); Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, Einl. v. § 241 Rn. 7.

¹³ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1480 Rn. 25).

¹⁴ Zehelein, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 44. Ed., Stand: 1.11.2017, § 535 Rn. 138.

lung eines Mietzinses ergibt, noch zahlt B in tatsächlicher Hinsicht eine Miete.

B zahlt lediglich sämtliche Neben- und Reparaturkosten. Der BGH sieht hierin einen „ambivalent zu beurteilenden Gesichtspunkt“, welcher für sich alleine genommen nicht ohne Weiteres auf die Vereinbarung einer Gegenleistung schließen lässt. Denn hierfür bedürfe es genauerer Absprachen zwischen den Vertragsparteien.¹⁵ Allein die Übernahme von Reparaturkosten stelle keine mietvertragliche Gegenleistung dar. Der BGH begründet dies mit einem Verweis auf die Vorschriften zur Leihe (§§ 598 ff. BGB). Dort ist in § 601 Abs. 1 BGB geregelt, dass der Entleiher die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache zu tragen hat. Insofern könne die Übernahme von gelegentlich anfallenden Reparaturkosten ebenso gut für das Vorliegen eines Leihvertrages sprechen.¹⁶

Auch die Übernahme der Betriebskosten kann nicht zur Bejahung einer Gegenleistung im Sinne von § 535 Abs. 2 BGB führen. Verbrauchsabhängige Betriebskosten, wie z.B. Strom, Wasser und Heizung, sind nämlich stets von dem jeweils Nutzungsberechtigten (hier: B) zu tragen.¹⁷ Denn hierbei handelt es sich nicht um Kosten der Wohnung, sondern um Kosten, die erst durch die tatsächliche Ausübung des Wohnungsrechts entstehen.¹⁸ Nichts anderes könne nach Ansicht des BGH für verbrauchsunabhängige Betriebskosten (z.B. Grundsteuer oder Versicherung) gelten, denn diese Kosten „stellen allenfalls einen geringen Bruchteil des üblicherweise für die mietweise Überlassung eines Reihenhauses zu zahlenden Entgelts dar.“¹⁹

Schließlich lagen aus Sicht des BGH auch keine besonderen Umstände vor, welche eine abweichende Würdigung gerechtfertigt hätten. Ein etwaiger besonderer Umstand könnte insbesondere nicht darin gesehen werden, dass E und der frühere Ehemann der B Landsleute sind.²⁰

Nachdem der BGH somit das Vorliegen eines Mietvertrages mangels Gegenleistung verneint hatte, konnte er anschließend die Frage offenlassen, ob die Parteien einen Leihvertrag (§ 598 BGB) oder ein sonstiges schuldrechtliches Nutzungsverhältnis sui generis (§ 241 BGB) über die Nutzung des Reihenhauses geschlossen haben. Wegen § 152 Abs. 2 ZVG kommen andere Vertragsverhältnisse als Miete oder Pacht als Recht zum Besitz vorliegend nicht in Betracht. Überdies könnte ein Leihvertrag – angenommen ein solcher läge vor – bei fehlender Vereinbarung über die Dauer der Leihe jederzeit nach § 604 Abs. 3 BGB beendet und die Sache zurückgefordert werden.²¹

¹⁵ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 30).

¹⁶ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 31).

¹⁷ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 32) mit Verweis auf BGH NJW 2012, 522 f.

¹⁸ BGH NJW 2012, 522 m.w.N.; Herrler (Fn. 9), § 1093 Rn. 10.

¹⁹ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 33).

²⁰ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 34).

²¹ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 35).

cc) Ergebnis

B steht kein Recht zum Besitz aus § 986 BGB i.V.m. § 152 Abs. 2 ZVG zu. Der Herausgabeanspruch des K besteht und die Klage ist insoweit begründet.

2. Nutzungsentschädigung aus § 987 BGB

Begründet ist ferner der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Zeit ab August 2014. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 987 Abs. 1 BGB, wonach der Besitzer dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben hat, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht. Die für Ansprüche aus dem EBV erforderliche Vindikationslage liegt vor, nachdem sich B als Besitzerin des Reihenhauses gegenüber K nicht auf ein Recht zum Besitz berufen kann (siehe oben).²² Die Bewohnung des Reihenhauses ist ein Gebrauchsvorteil und damit eine Nutzung im Sinne des § 100 BGB.²³ Ferner wurde mit der Zustellung der Klageschrift im August 2014 die Rechtshängigkeit der Klage begründet, §§ 253, 261 ZPO.²⁴

Problematisch ist dagegen, ob K eine Nutzungsentschädigung für die Zeit vor Rechtshängigkeit verlangen kann. Möglich wäre dies nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 990 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach haftet der Besitzer ab dem Zeitpunkt des Besitzererwerbs auch dann auf Nutzungersatz, wenn er bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Hier war B jedoch gutgläubig.²⁵ Bezugspunkt des guten Glaubens bei § 990 Abs. 1 BGB²⁶ ist das eigene Recht zum Besitz. Begründet wird dies mit einer analogen Anwendung von § 932 Abs. 2 BGB, sodass B dann „nicht in gutem Glauben“ im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB war, wenn ihr beim Besitzerwerb bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass sie zum Besitz nicht berechtigt ist.²⁷ Hier ging B von einer Besitzberechtigung aus, denn sie

²² BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 37).

²³ BGH NJW 2006, 1582 (1583); Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 44. Ed., Stand: 1.11.2017, § 100 Rn. 6.

²⁴ Ausreichend ist eine auf das Eigentum gestützte Klage auf Herausgabe der Muttersache (hier: Reihenhaus); Herrler (Fn. 9), § 987 Rn. 2.

²⁵ Im Originalfall hatte der BGH bezüglich dieser Frage den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil hinsichtlich einer etwaigen Bösgläubigkeit noch weitere Feststellungen getroffen werden mussten; BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 38).

²⁶ Anders ist dies bei § 932 Abs. 2 BGB. Hier kommt es auf den guten Glauben an die Eigentümerstellung des Veräußerers an; Raff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 990 Rn. 3; Herrler (Fn. 9), § 932 Rn. 8. In der Fallbearbeitung handelt es sich hierbei um eine klassische Fehlerquelle: Die beiden unterschiedlichen Bezugspunkte des guten Glaubens in § 932 BGB und in § 990 BGB dürfen nicht verwechselt werden.

²⁷ So die ganz h.M.; siehe nur Herrler (Fn. 9), § 990 Rn. 3 ff.; Raff (Fn. 26), § 990 Rn. 3; Fritzsche (Fn. 23), § 990 Rn. 6; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 6; kritisch zur pauschalen Anwendung von § 932 BGB analog und

glaubte an den vermeintlich existierenden konkludent abgeschlossenen Mietvertrag. Daher besteht kein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für den Zeitraum vor Rechtshängigkeit.²⁸

IV. Analyse

Die Entscheidung des BGH verdient im Wesentlichen Zustimmung. Überzeugend hat der BGH das Vorliegen einer bloßen Gefälligkeit ohne Rechtsbindungswillen verneint. Der BGH stellt bei seiner Begründung auf die etablierten Abgrenzungskriterien zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Vertrag (insbesondere: geschäftliche oder private Beziehung, Wert und Bedeutung der Angelegenheit, etc.) ab. Dabei konnte vorliegend allein aufgrund der teils privaten Verbundenheit des Eigentümers und dem früheren Ehemann der Beklagten kein rein privater Sachverhalt angenommen werden. Es handelt sich bei der Überlassung von Wohnraum nicht um einen bloßen „Freundschaftsdienst“. Vielmehr standen aus Sicht der Beklagten erhebliche Werte auf dem Spiel, weshalb diese sich auf die Rechtsverbindlichkeit der Gebrauchsunabhängigkeit verlassen durfte.²⁹

Auch die Ablehnung eines Mietvertrages vermag zu überzeugen. Der BGH konnte insofern nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast zum Nachteil der Beklagten entscheiden.³⁰ Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Rechts zum Besitz trifft vorliegend die Beklagte.³¹ Denn der vermeintliche Mietvertrag würde über § 986 BGB i.V.m. § 152 Abs. 2 ZVG eine Einwendung darstellen und damit den Anspruch des Klägers zu Fall bringen, weshalb es sich um eine für die Beklagte günstige Tatsache handelt (sog. Günstigkeitsprinzip).³² Legt man jedoch deren

im Ergebnis differenzierend *Fervers*, AcP 217 (2017), 34 (38 ff.).

²⁸ Man könnte auch andeuten, ob der Anspruch auf die Nutzungsentschädigung für den Zeitraum vor Rechtshängigkeit nicht aus § 988 BGB folgt. Immerhin ließe sich argumentieren, dass B den Besitz an dem Reihenhaus unentgeltlich erlangt hat. § 988 BGB scheidet als Anspruchsgrundlage jedoch aus. Denn B war nicht Eigen- sondern Fremdbesitzerin, sodass sie die Sache zum Zwecke der Ausübung eines ihr in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts besessen haben müsste. Zwar besteht vorliegend kein Mietverhältnis als Besitzrecht, jedoch muss eine rechtsgeschäftliche Bindung angekommen werden (siehe oben unter Punkt III. 1. c) aa), weshalb der B jedenfalls ein andersartiges Besitz- und Nutzungsrecht „in Wirklichkeit“ zusteht; siehe zu den Voraussetzungen von § 988 BGB *Raff* (Fn. 26), § 988 Rn. 3 ff.

²⁹ *Grüneberg* (Fn. 12), Einl. v. § 241 Rn. 7; siehe auch *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 598 Rn. 5.

³⁰ Siehe hierzu *Stein*, JuS 2016, 896 ff.; ausführlich zur Risikozuweisung im Zivilprozess *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2013, S. 27 ff.

³¹ BGH NJW 2014, 2199 (2200); *Herrler* (Fn. 9), § 986 Rn. 2; *Baldus* (Fn. 9), § 986 Rn. 81 ff.

³² *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 38. Aufl. 2017, Vor § 284 Rn. 23.

eigenen Vortrag der Entscheidung zu Grunde, so kann hieraus nicht auf das Vorliegen eines Mietvertrages geschlossen werden.³³ Freilich ist die Frage nach der Unentgeltlichkeit der Gebrauchsunabhängigkeit eine Frage des Einzelfalls. Hier hat sich allerdings ein Vergleich mit der Leihe angeboten: Der wesentliche Unterschied zwischen der Miete (§§ 535 ff. BGB) und der Leihe (§§ 598 ff. BGB) besteht darin, dass bei der Leihe die Gebrauchsunabhängigkeit am Vertragsgegenstand unentgeltlich erfolgt.³⁴ Wenn bei der Leihe wegen § 601 Abs. 1 BGB die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der Sache vom Entleiher zu tragen sind, so kann folgerichtig für einen Mietvertrag hinsichtlich der Frage nach dessen Entgeltlichkeit nichts anderes gelten – mit anderen Worten: Die Übernahme von gelegentlich anfallenden Reparaturkosten kann nicht das Unterscheidungskriterium sein. Reparaturkosten fallen nämlich unter den Begriff der „gewöhnlichen Kosten der Erhaltung“ einer Sache (§§ 601 Abs. 1, 994 Abs. 1 S. 2 BGB).³⁵ Auch bei diesen handelt es sich um Aufwendungen, welche zur Erhaltung der Sache in ihrem bisherigen Zustand erforderlich sind.³⁶ Stellt man dagegen auf die Betriebskosten ab, so ergibt sich kein anderes Bild: Der BGH argumentiert, dass es sich – jedenfalls bei verbrauchsabhängigen Kosten – um die Kosten der Ausübung des Nutzungsrechts handelt, welche typischerweise der Nutzungsberechtigte zu tragen hat. Hierfür spricht neben dem Verweis auf eine gleichlautende Entscheidung des *V. Senats*³⁷ der Rechtsgedanke des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB. Hinter der Norm steckt der Gedanke, dass derjenige, der Vorteile aus dem Gebrauch einer Sache zieht, die damit verbundenen Nachteile (sprich: die Kosten) zu tragen hat.³⁸

Nicht ganz überzeugend bzw. etwas zu kurz gegriffen ist dagegen die Argumentation bei den verbrauchsunabhängigen Betriebskosten, wonach diese „allenfalls einen geringen Bruchteil des üblicherweise für die mietweise Überlassung eines Reihenhauses zu zahlenden Entgelts“ darstellen.³⁹ Dem steht entgegen, dass es bei einer sog. Gefälligkeitsmiete geradezu typisch ist, dass der Mieter ein nur sehr geringes Entgelt bezahlt, welches dem objektiven Wert der Mietsache gerade nicht entspricht.⁴⁰ Dennoch wird man bei der Übernahme von verbrauchsunabhängigen Betriebskosten nicht pauschal auf das Vorliegen einer Gefälligkeitsmiete mit Rechtsbindungswillen schließen können. Gerade je niedriger die vom Mieter

³³ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1480 Rn. 18): „Den Abschluss eines Mietvertrags gem. § 535 BGB hat die Beklagte jedoch bereits nicht schlüssig dargelegt.“

³⁴ Statt vieler *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 598 Rn. 4.

³⁵ *Raff* (Fn. 26), § 994 Rn. 53; *Fritzsche* (Fn. 23), § 994 Rn. 52a.

³⁶ *Scheuch/Ebert* (Fn. 34), § 601 Rn. 3.

³⁷ BGH NJW 2012, 522 ff. m.w.N.

³⁸ *Raff* (Fn. 26), § 994 Rn. 48.

³⁹ BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 33).

⁴⁰ Dies greift der BGH in seiner Entscheidungsbegründung selbst auf; BGH NJW-RR 2017, 1479 (1480 Rn. 17) mit Verweis auf BGH WM 1970, 853 ff.; siehe aus jüngerer Zeit ferner LSG Sachsen-Anhalt BeckRS 2017, 139518 Rn. 11, 26.

zu tragenden Kosten sind, desto eher wird man zusätzliche Abreden zwischen den Parteien fordern müssen, um das Vorliegen eines Mietvertrages bejahen zu können.⁴¹

Offen ist abschließend noch die Frage nach der genauen Qualifikation des vereinbarten Nutzungsverhältnisses. Der BGH konnte dies mangels Entscheidungserheblichkeit offen lassen. Im Ergebnis – und damit vor allem für eine gutachterliche Klausur – wäre es wohl am überzeugendsten, das hier begründete Nutzungsverhältnis als Leihvertrag gem. § 598 BGB einzuordnen. Der BGH deutet dies selbst in seiner Entscheidung an, wenn er im Rahmen der Verneinung einer Entgeltlichkeit einen Vergleich mit § 601 Abs. 1 BGB, einer Norm aus dem Recht der Leihe, zieht. Hierfür spricht auch eine andere jüngere BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2016,⁴² in welcher sich die Karlsruher Richter mit der rechtlichen Einordnung einer langfristigen unentgeltlichen Überlassung von Wohnräumen befassten. Zu Recht sind danach Verträge, mit denen einem der Vertragsparteien der Gebrauch an einer Sache unentgeltlich gestattet wird, grundsätzlich Leihverträge.⁴³ Sofern man diese Überlegungen heranzieht, so wäre der Rückgriff auf ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis *sui generis* entbehrlich.

V. Fazit und Ausblick

Insgesamt handelt es sich um eine sehr aktuelle und für das Studium als auch das Staatsexamen prüfungsrelevante Entscheidung. Der Sachverhalt dreht sich um Themenkreise (Abgrenzung unterschiedlicher Vertragstypen, Vorliegen eines Rechtsbindungswillens, Gefälligkeitsverhältnis,⁴⁴ Haftung aus EBV, etc.), welche typischerweise immer wieder Gegenstand von Semesterabschluss- als auch Examensklausuren (Referendar- und Assessorexamen) sind. Es ist daher zu erwarten, dass die Entscheidung früher oder später Gegenstand entsprechender Prüfungsaufgaben werden wird. Dabei wird es weniger auf die genaue Kenntnis der Entscheidungsgründe des BGH ankommen, sondern auf einen sauberen Prüfungsaufbau und eine vertiefte Argumentation unter Verwertung der Angaben im Sachverhalt. Das Ergebnis wird – wie so oft in juristischen Klausuren – zweitrangig sein.

Assessor Dr. Matthias Wallimann, Ulm/Augsburg

⁴¹ Ähnlich BGH NJW-RR 2017, 1479 (1481 Rn. 33), wo auf das Fehlen konkreter Abreden und die Interessenlage der Parteien abgestellt wird.

⁴² BGH NJW 2016, 2652 ff.

⁴³ BGH NJW 2016, 2652 (2653 Rn. 17, 23) mit weiterführenden Ausführungen zur Abgrenzung des Leihvertrages (§ 598 BGB) zur Schenkung (§ 516 BGB).

⁴⁴ Gerade hierzu hat der BGH in den letzten Jahren interessante und prüfungsrelevante Entscheidungen getroffen; siehe etwa BGH NJW-RR 2017, 888 ff. (Einbeziehung eines Dritten in Schutzbereich eines Vertrags bei handwerklicher Gefälligkeit); BGH NJW-RR 2017, 272 ff. (Haftungsverzicht für deliktisches Verhalten im Nachbarverhältnis) und BGH NJW 2015, 2880 ff. (Keine Haftung des Vereins für Gefälligkeitsfahrten zu Sportveranstaltungen).