

## GEWERBLICHE ZWISCHENVERMIETUNG

## Definition und analoge Anwendung des § 565 BGB auf nichtgewerbliche Zwischenmietverhältnisse

von RA Markus Wolf, Kerpen

| Eine Zwischenvermietung liegt vor, wenn der Eigentümer von Wohn- oder Gewerberäumen selbige nicht unmittelbar an den Endmieter, sondern an einen Dritten, den Zwischenmieter vermietet. Dieser Beitrag befasst sich mit der Definition der „gewerblichen“ Zwischenvermietung von Wohnraum und der analogen Anwendung von § 565 BGB auf nichtgewerbliche Zwischenmietverhältnisse. |

### 1. Definition des Merkmals „gewerblich“

§ 565 BGB verlangt, dass der Vermieter dem Mieter die Räume zur gewerblichen Weitervermietung als Wohnräume überlässt. Umstritten ist, wie der Begriff der gewerblichen Weitervermietung zu definieren ist.

- Nach einer Auffassung ist „gewerblich“ in einem weiten Sinne zu verstehen, indem es auf eine Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommen soll, sondern vielmehr ein geschäftsmäßiges Verhalten dergestalt ausreicht, dass der Vermieter in Konkurrenz zu anderen Vermietern Wohnungen zur Miete anbietet (AG Frankfurt a.M. WuM 95, 437; Pauly, ZMR 97,275; Staudinger/Emmerich, BGB (2011), § 565 Rn.3a; Armbrüster, LMK 04, 22 Rn.6.). Diese Meinung ist aber bereits mit der Grundsatzentscheidung des BVerfG (NJW 91, 2272) zum Bauherrenmodell und dem Sinn und Zweck des § 565 BGB nicht in Einklang zu bringen und daher abzulehnen.
- Nach zutreffender h.M. ist „gewerblich“ i.S. des § 565 BGB restriktiv auszulegen. Denn: Der Gesetzgeber wollte die weitreichende Rechtsfolge des § 565 BGB, dass der Eigentümer bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses in das Mietverhältnis mit dem Endmieter eintritt, durch das Korrektiv „gewerblich“ begrenzen (Kunze, Die gewerbliche Weitervermietung, NZM 12, 740). Gewerblich handelt demnach, wer sich aus der Vermietung von Wohnungen an Dritte eine dauerhafte Einnahmequelle verschaffen will, mithin mit Gewinnerzielungsabsicht handelt (BGH NZM 03, 759; BayObLG ZMR 95,526).

Eine tatsächliche Gewinnerzielung ist irrelevant. Ausreichend ist, wenn die gewerbliche Weitervermietung lediglich als Nebengewerbe betrieben wird.

### 2. Analoge Anwendung des § 565 BGB

Äußerst umstritten ist, ob § 565 BGB bei nicht gewerblichen Zwischenmietverhältnissen (z.B. bei Vermietung an gemeinnützige oder caritative Verbände) analog anwendbar ist.

Weite Auslegung des Begriffs ist abzulehnen

Gewinnerzielungsabsicht ist entscheidend, ...

... nicht ein tatsächlicher Gewinn

- Teilweise wird stets eine analoge Anwendung des § 565 BGB befürwortet, weil der Vermieter mit dem Zwischenmieter einen solventen Mieter erhalte und dieser ihm zudem Verwaltungsaufwand abnehme (AG Frankfurt a.M. WuM 95, 437; Pauly, ZMR 97,275; Blank, WuM 93, 573). Dies ist mit der ganz h.M. abzulehnen, weil es für eine analoge Anwendung schon an einer unbewussten Gesetzeslücke fehlt und diese Auffassung sowohl dem eindeutigen Wortlaut des § 565 BGB als auch dessen Sinn und Zweck zuwiderläuft (Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 565 Rn. 2).
- Einer anderen Auffassung zufolge sei zwar eine analoge Anwendung abzulehnen, stattdessen soll der Endmieter aber mittelbar dadurch geschützt werden, dass das Mietverhältnis zwischen Vermieter und Hauptmieter ebenfalls als Mietverhältnis über Wohnraum angesehen wird, auf das die Kündigungsschutzvorschriften Anwendung finden (Gregor, WuM 08, 435).
- Eine weitere Auffassung lehnt eine analoge Anwendung strikt ab, weil es spätestens seit der Mietrechtsreform 2001 an einer planwidrigen Regelungslücke fehle und im Übrigen auch keine mit einer gewerblichen Zwischenvermietung vergleichbare Interessenlage bestehe (BGHZ 133, 142; LG Duisburg NJW-RR 97, 1169, 1170; Palandt/Weidenkaff, BGB, a.a.O.).
- Vorzugswürdig erscheint eine Auffassung, die an die in der Grundsatzentscheidung des BVerfG (a.a.O.) zum Ausdruck kommenden Wertungskriterien anknüpft und prüft, ob die Interessenlage im jeweiligen Einzelfall mit der bei der gewerblichen Zwischenmiete vergleichbar ist und aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung geboten ist (BGH NJW 96, 2862; BayObLG NJW-RR 96, 76, 79; BayObLG NJW-RR 96, 71, 72 f.; Lützenkirchen, Anwaltshandbuch Mietrecht, 4. Aufl., C Rn. 96). Bejahendenfalls wird entweder § 565 BGB analog herangezogen oder dem Dritten wird der Schutz der Kündigungsschutzvorschriften zugebilligt. Der BGH hat zuletzt anklagen lassen, dass für eine analoge Anwendung gute Gründe sprechen, diese Frage aber im Ergebnis ausdrücklich offen gelassen und stattdessen dem Endmieter mit Verweis auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG Kündigungsschutz zugebilligt (BGH NJW 03, 3054).

**Beachten Sie** | Ob bei nicht gewerblicher Zwischenvermietung dem Herausgabeanspruch des Vermieters § 565 BGB analog oder die sozialen Kündigungsschutzvorschriften entgegengehalten werden können, kann anhand folgender Kriterien überprüft werden:

#### ■ Kriterien für analoge Anwendung/Gleichbehandlung

- Eigentümer hätte die Wohnung auch unmittelbar an die Endmieter vermietet
- Zwischenvermietung im überwiegenden Interesse des Eigentümers
- Zwischenmieter im Lager des Eigentümers
- Dritter erscheint gleichermaßen schutzwürdig wie ein Wohnraummieter, der unmittelbar vom Eigentümer anmietet
- Kollusives Zusammenwirken zwischen Vermieter und Zwischenmieter, um Kündigungsschutz auszuhebeln

Generelle analoge Anwendung ist abzulehnen

Schutz des Endmieters bei vergleichbaren Interessenlagen

### ■ Kriterien gegen analoge Anwendung/Gleichbehandlung

- Ähnlichkeit mit typischem Untermietverhältnis (bei enger Beziehung zwischen Zwischenmieter und Endmieter).
- Eigentümer hätte ohne Zwischenschaltung des Zwischenmieters nicht an den Dritten vermietet.
- Gründe für die gewerbliche Zwischenvermietung liegen mindestens gleichwertig in der Sphäre des Zwischenmieters oder des Endmieters.
- Eigentümer ist eine unmittelbare Vertragsbeziehung mit dem Endmieter unzumutbar (z.B. Endmieter bedürfen pädagogischer/sozialtherapeutischer Betreuung).
- Zwischenvermieter befindet sich im Lager des Endmieters.

### ■ Urteile pro § 565 BGB analog/für Kündigungsschutz für Dritten

- Vermietung an gemeinnützigen Verein zur Förderung künstlerischer Berufe (BGH vom 30.4.03, a.a.O.; siehe auch: OLG Köln NJOZ 05, 1428).
- Vermietung an Unternehmen zur Weitervermietung an Betriebsangehörige (LG Duisburg NJW-RR 97,1169; AG Augsburg ZMR 99,176; a.A.: OLG Karlsruhe WuM 83, 251).

### ■ Urteile contra § 565 BGB analog/kein Kündigungsschutz für Dritten

- Vermietung an gemeinnützige GmbH, die an von ihr sozialpädagogisch betreute Personen weitervermietet (AG Berlin-Wedding GE 12, 207 f.)
- bei Obdachlosenunterkünften/Asylbewerberheimen (BGH NZM 99, 219)
- bei Weitervermietung von Studentenwohnungen durch ein Studentenwerk (Soergel/Heintzmann, § 565 BGB Rn. 2)
- Vermietung an Verein zur Weitervermietung an Studenten (OLG Frankfurt NJW-RR 86,1211).
- Vermietung an Verein zur Förderung selbstbestimmten und gewaltfreien Wohnens („Hafenstraße“: OLG Hamburg NJW 93, 2322; BVerfG NJW 94, 848)
- Vermietung an eine GmbH zur primären gewerblichen Nutzung mit der Erlaubnis der Untervermietung an die Geschäftsführung (OLG Düsseldorf NJOZ 12, 601).
- Weitervermietung von Wohnraum durch gemeinnützigen Verein an seine Mitglieder (KG NJW-Spezial 14, 419)
- Zwischenvermietung durch gemeinnützigen Betreuungsverein (BGH NJW 96, 2862)