

Rechtsfolgen der Überwälzung von Prämien einer Sachversicherung beim Mietvertrag

Prof. Dr. Christian Huber, Augsburg

A. Ein magisches Dreieck: Versicherer – VN bzw. Vermieter – Mieter

Auch oder gerade, wenn ein Haus oder eine Wohnung vermietet wird, schließt der Eigentümer häufig diverse Versicherungen ab, um bei Verwirklichung bestimmter Risiken Ersatz zu bekommen. Das ist namentlich der Fall für Brand-, Sturm- und Leitungswasserschäden¹. Der Versicherer hat Ersatz zu leisten, wenn sich ein Zufall ereignet oder dem VN, somit dem Vermieter, höchstens leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 61 VVG). In den in dieser Abhandlung untersuchten Fällen schließt der Eigentümer der Wohnung oder des Hauses aber nicht nur einen Versicherungsvertrag ab – insoweit ist er VN –, er ist auch Partner eines Mietvertrags, bei dem ihm die Rolle des Vermieters zukommt.

Welcher Koordinationsbedarf von Versicherungs- und Mietvertrag ist gegeben? Wie hängen diese beiden Verträge zusammen?² Spielt der eine Vertrag bei der Auslegung des anderen eine Rolle³?

Einerseits stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem *Mieter* der vom Vermieter abgeschlossene Versicherungsvertrag zugute kommt, insbesondere dann, wenn der Mieter die auf ihn im Wege des Mietvertrags überwälzten Prämien trägt. Ist der Mieter dann möglichst so zu stellen, als ob er selbst einen Versicherungsvertrag im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abgeschlossen hätte, oder stiftet er für ihn keinen Nutzen, weil er nicht Vertragspartner des Versicherers geworden ist?

Andererseits ist auch die Rechtsstellung des *Versicherers* von der Ausgestaltung des Mietvertrags abhängig: Sollte der Versicherer bei einem leicht fahrlässigen Fehlverhalten des Mieters sich bei diesem nach § 67 VVG regressieren können, nachdem er an den VN die im Versicherungsvertrag geschuldete Leistung erbracht hat, hängt der Regreß von der Ausgestaltung des Mietver-

trags ab. Je weiter die im Mietvertrag vereinbarte Freizeichnung des Mieters geht, desto restriktiveren Bedingungen unterliegt der Rückersatzanspruch des Versicherers.

Beide Verträge sind somit aufeinander abzustimmen⁴: Die Prämienkalkulation eines rationalen Versicherers sollte davon beeinflusst werden, ob sich der Versicherer beim Mieter regressieren kann oder nicht. Wenn der Mieter die Prämie trägt, dann spricht dies prima vista dafür, daß er davon auch irgendeinen Nutzen haben soll⁵. Darüber besteht weitgehend Einigkeit. Offen sind hingegen

- 1 Fallweise kommt noch eine Glasbruchversicherung hinzu; so *Dallmayr* in *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 2. Aufl. 1993 Kap. IX Rdz. 1. *Sieg* (Die Zulässigkeit von Haftungsüberwälzungen unter Versicherungsaspekten BB 93, 149) nennt beim Nießbrauch noch eine Versicherung gegen Einbruchdiebstahl, *Michalski* (in *Erman*, BGB 9. Aufl. § 1045 Rdz. 2) zusätzlich eine Hagelversicherung. Dabei ist freilich zu bedenken, daß den Nießbraucher im Gegensatz zum Mieter nach dispositivem Recht eine Instandhaltungspflicht trifft, so daß die Interessenlage eine andere ist als bei der Miete; mißverständlich insoweit *Sieg* (BB 93, 149 [151]), der darauf verweist, daß die Übergänge von Miete zu Pacht und Pacht zu Nießbrauch fließend seien, weshalb sich auch die Rechtsfolgen nicht unterscheiden sollten; diesem folgend *Haase*, Mietvertragliche Begründung einer Versicherungsabschlußpflicht des Gewerberaummieters WiB 97, 1074 (1075).
- 2 Zum Koordinationserfordernis von Haftungsregelung und Versicherungsschutz *Fuchs*, *Gewillkürte Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz* BB 92, 1217 (1222).
- 3 Das Problem ist durchaus nicht neu. Vgl. bereits RG vom 2. 11. 1928 RGZ 122, 292.
- 4 A. A. BGH VersR 61, 992; LG Ulm VersR 62, 535 mit krit. Anm. von *H. Lange*: Mietvertrag (Haftungsfreizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit) und Versicherungsvertrag (nach § 61 VVG Leistungspflicht nur bei leichter Fahrlässigkeit) stehen isoliert nebeneinander.
- 5 So bereits die *Leitentscheidung* zur Überwälzung von Kaskoversicherungsprämien beim Kfz-Mietvertrag BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725 mit Anm. von *E. Prölss* VersR 57, 124.

die Details, insbesondere, ob für die Problemlösung beim *Versicherungsvertrag* oder beim *Mietvertrag* anzusetzen sein soll.

B. Modifizierung der Haftung

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Beobachtung, daß in Mietverträgen der Vermieter häufig die eigene Haftung gegenüber dem Mieter abmildert und/oder die des Mieters ihm gegenüber im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht verschärft. Dafür stehen ihm mehrere Möglichkeiten zur Verfügung:

I. Haftungsbeschränkung des Vermieters bzw. Überwälzung von Zufallsgefahren auf den Mieter

Gem. § 538 Abs. 1 BGB hat der Vermieter für die bei Vertragsschluß bestehenden Mängel – verschuldensunabhängig – einzustehen, für solche nach Vertragsschluß, sofern er sie zu vertreten hat. Gem. § 276 Abs. 2 BGB kann die Haftung für Vorsatz niemals ausgeschlossen werden. Sofern es sich nicht um einen Vertrag zwischen Kaufleuten handelt, kann sich der Verwender von AGB gem. § 11 Nr. 7 ABGB nicht für grobe Fahrlässigkeit freizeichnen. Inwieweit er sich für leichte Fahrlässigkeit freizeichnen kann, beurteilt sich nach § 9 ABGB.

Gem. § 548 BGB hat der Mieter Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten. Im Klartext bedeutet dies: Der Mieter hat nur für solche Schäden der Mietsache einzustehen, die er oder die ihm zuzurechnenden Gehilfen (§ 278 BGB) zu vertreten haben (§ 276 BGB). Die einem Mieter in AGB auferlegte Zufallshaftung wird gem. § 9 ABGB für unzulässig angesehen, sofern es sich nicht um Schönheits- oder Kleinreparaturen handelt⁶.

II. Pflicht des Partners zum Abschluß von Versicherungen

Sind diese Grenzen einigermaßen transparent, so ändert sich dieser Befund, wenn das *wirtschaftlich gleiche Ergebnis* auf einem anderen Weg erzielt wird. In manchen Mietverträgen nimmt der Vermieter keine Änderung am gesetzlich vorgegebenen Haftungsregime vor, vielmehr verpflichtet er den Mieter zum Abschluß von Versicherungen, die letztendlich dem Vermieter zugute kommen⁷. Eine kurze Auswahl aus der Rechtsprechung soll belegen, daß solche Konstellationen in der Praxis durchaus vorkommen.

Es handelt sich dabei um eine Versicherung für fremde Rechnung (§ 74 Abs. 1 Alt. 2 VVG). So wird mitunter dem Mieter die Pflicht auferlegt, eine Feuerversicherung abzuschließen⁸. Es finden sich aber auch AGB-Klauseln, daß der Mieter das gesamte Mietobjekt gegen Einbruch⁹ oder Sturmschaden¹⁰ oder die Schaufenster gegen Glasbruchschäden¹¹ versichern soll.

Diese Versicherungen bewirken, daß der Mieter ein Äquivalent auch dafür leistet, daß ein Schaden am Mietobjekt aufgrund eines Zufalls eintritt. Ob über die Risikostreuung eines Versicherungsvertrags der Mieter den Preis für die Risikoübernahme an einen Dritten bezahlt oder das jeweilige Risiko auf ihn – direkt – überwältigt wird, sollte in bezug auf die Zulässigkeit einer solchen AGB-Klausel nach dem gleichen Maßstab beurteilt werden. Was sich unterscheidet, ist lediglich die *Risikostreuung*, nicht aber die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende *Abwälzung der Haftung* als solche. Dafür, den Mieter in solchen Fällen ebenso zu schützen wie bei einer Haftungsverschärfung zu seinen Lasten, sprechen noch zwei weitere Argumente:

Solche Klauseln belasten den Mieter insoweit noch mehr, als er bei vertragsgemäßigem Verhalten eine Prämie für eine Versicherung zu entrichten hat, die Risiken abdeckt, die er vielleicht lieber selbst tragen will, so etwa das Risiko, in bezug auf eigene Güter durch einen Einbruchdiebstahl in Mitleidenschaft gezogen zu werden. Dazu kommt, daß der Vermieter nicht nur hinsichtlich des Grundes des Anspruchs, sondern auch in bezug auf den Umfang bessergestellt wird, als viele Versicherungen den *Neuwert* vergüten¹², während nach Schadensersatzrecht bloß der *Zeitwert* zu vergüten, jedenfalls aber ein Abzug „neu für alt“ vorzunehmen ist.

Die Rechtsprechung sieht die Parallele zwischen einer Modifizierung der Haftung in AGB und der dem Mieter auferlegten Pflicht zum Abschluß von Versicherungsverträgen in manchen Fällen¹³, in anderen hingegen nicht¹⁴.

III. Überwälzung von Versicherungsprämien vom Aufsteller von AGB auf den Partner

Ist es eher die Ausnahme, daß dem Mieter der Abschluß einer bestimmten Versicherung im Mietvertrag auferlegt wird, ist es als Regelfall anzusehen, daß der Vermieter die Prämien von ihm abgeschlossener Versicherungen auf den Mieter in AGB überwälzt. Soweit diese Versicherungen laut Versicherungsvertrag eine Ersatzleistung auch bei Verwirklichung von Zufällen zum Inhalt haben, läuft dies im wirtschaftlichen Ergebnis gleichfalls auf eine den Mieter treffende *Haftung für Zufälle* hinaus, noch dazu eine solche, die ihn mindestens ebenso belastet wie die Pflicht zum Abschluß bestimmter Versicherungen, hat er doch bei dieser Vertragsgestaltung auf die *Auswahl des Versicherers* keinen Einfluß. Auch wenn bloß die objektiv erforderlichen Kosten überwälzbar sind¹⁵, so fallen darunter nicht bloß die des Billigstbieters.

Die Parallele zwischen Haftungsmodifizierung und Überwälzung von Versicherungsprämien in AGB ist bisher wenig erörtert. Die versicherungsrechtliche Literatur¹⁶

6 Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, ABGB 7. Aufl. 1993 Anh. §§ 9 bis 11 Rdz. 505; OLG Hamm NJW 82, 2005 = WuM 82, 201; LG Saarbrücken WuM 86, 367; AG Hamburg WuM 88, 151; LG Hamburg WuM 91, 681.

7 Vgl. dazu jüngst Haase WiB 97, 1074.

8 BGH NJW 64, 545 = VersR 64, 397 L; VersR 94, 1101 = NJW 91, 3031; OLG Köln VersR 97, 57; LG Chemnitz NJWE-VHR 97, 170. Entsprechendes gilt für Pachtverträge. Vgl. BGH VersR 91, 1404 = NJW-RR 92, 161.

9 LG Düsseldorf WuM 90, 336; LG Berlin WuM 93, 261; AG Düsseldorf NJW-RR 90, 1429.

10 BGH VersR 77, 322.

11 Dazu Sieg BB 93, 149 [150]; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, ABGB 3. Aufl. 1994 § 9 Rdnr. M 41.

12 Dallmayr aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 28: Neuwert bei Wiederherstellung innerhalb von drei Jahren.

13 LG Düsseldorf WuM 90, 336; AG Düsseldorf NJW-RR 90, 1429; LG Berlin WuM 93, 261; LG Chemnitz NJWE-VHR 97, 170; so auch Wolf aaO (Fn. 1) § 9 Rdz. M 41.

14 BGH VersR 77, 322. Haase (WiB 97, 1074) verweist demgegenüber bei der Gewerberaummiets pauschal auf die Üblichkeit sowie die Verkehrssitte. Ein solcher Verweis kann aber die inhaltliche Prüfung der Angemessenheit, nämlich die Abweichung vom dispositiven Recht am Maßstab des § 9 ABGB, keinesfalls ersetzen! Bezeichnend ist, daß Haase die Zulässigkeit der Versicherbarkeit zunächst in abstracto prüft, ohne darauf einzugehen, welche Risiken versichert sind (S. 1075 f.), ehe er die einzelnen Versicherungen im Anschluß daran beispielsweise aufzählt (S. 1076).

15 OLG Düsseldorf VersR 91, 1182 = BB 91, 98.

16 P. Koch, Rechtsgeschäftliche Versicherungspflichten bei Mietbeweglicher Sachen und ihr Einfluß auf die gesetzliche Haftung VersR 67, 306 (309); Schwarting, Die Schadenstragung als Quasi-Versicherer – Zum Eindringen von Versicherung und Versicherungsgedanken in das Haftungsrecht – 1986 S. 17; Armbrü-

hat sich vielmehr darauf beschränkt, die Folgen einer dem Mieter auferlegten Zufallshaftung für den Versicherungsvertrag zu prüfen. In der Folge wendet sich die Untersuchung daher zunächst der Frage der Zulässigkeit auf der Ebene des Mietvertrags zu. Als Vorfrage sollen dabei die Interessen der jeweiligen Vertragspartner analysiert werden.

C. Die Interessen der Vertragsparteien

I. Kalkulierbarkeit des Risikos für den Versicherer

Für den Versicherer ist bedenklich, welche Risiken er übernimmt. Die Prämie ist das Äquivalent für die Risikoübernahme. Ausgangspunkt für die Kalkulation wird in vielen Fällen die Nutzung eines bestimmten Objekts durch den Vertragspartner, also den VN, sein. Es stellt sich nun die Frage, ob sich das Risiko verändert, wenn ein bestimmtes Objekt nicht vom Eigentümer, sondern vom Mieter benutzt wird¹⁷.

Diesbezüglich wird von gewichtigen Stimmen in der Literatur¹⁸ darauf verwiesen, daß sich das Risiko nicht erhöhe, solange die Nutzung die gleiche bleibe¹⁹. Völlig überzeugend ist dieses Argument freilich nicht, würde doch auch einer Bank bei einer Darlehensgewährung niemand einen Schuldnerwechsel ohne ihre Zustimmung zumuten, mag der neue Schuldner das Darlehen auch für den gleichen Zweck verwenden. Es könnte meines Erachtens somit nicht allein die Zweckwidmung, sondern auch die Person des Gefahrwalters eine Rolle spielen²⁰.

Die Meinung, die für eine Einbeziehung des Mieters in den Deckungsschutz der Sachversicherung plädiert, führt aber noch ein weiteres Argument ins Treffen: Sie verweist darauf, daß bei der Prämienkalkulation das Regreßaufkommen keine Rolle spiele²¹. Wenn so erfahrene und renommierte Versicherungsrechtler wie Martin²² oder Prölss²³ diese Ansicht vertreten²⁴, dann ist an der rechtstatsächlichen Richtigkeit kaum zu zweifeln. Es fragt sich indes, ob auch ein rational denkender Versicherer das Regreßaufkommen als Quantität négligeable betrachten würde.

Je schärfer und transparenter der Wettbewerb wird, um so mehr Anbieter mit verschiedenen AGB auf den Markt drängen, je knapper die Margen werden, um so mehr könnte das Regreßaufkommen bei der Kalkulation der Versicherungsprämie eine Rolle spielen. Möglicherweise ist auch zwischen den einzelnen Sachversicherungen zu differenzieren. Während bei einer Sturmschadenversicherung das Regreßvolumen vernachlässigbar gering sein wird, dürfte dies bei einer Feuer- oder Leitungswasserversicherung anders sein.

Einerseits geht es bei den vor den Gerichten²⁵ geführten Regreßprozessen um relativ hohe Summen. Andererseits kommt es zu einer Risikoverwirklichung bei einer Feuer- oder Leitungswasserversicherung sehr häufig dann, wenn eine vom VN verschiedene Person sorgfaltswidrig handelt. Im Gegensatz dazu wird im Sozialversicherungsrecht der Regreß nach § 116 SGB eine geringere Rolle spielen, weil Menschen, nur ausnahmsweise gerade deshalb krank werden, weil sie von einem Dritten in zurechenbarer Weise geschädigt worden sind.

Für die Kalkulation der Versicherungsprämie sollte aber nicht nur das Regreßaufkommen bedeutsam sein, sondern auch die Modifikation des Regresses durch Gestaltung des Mietvertrags. Muß es der Versicherer hinnehmen, daß der Vermieter auf die Einstandspflicht des Mieters bei leichter Fahrlässigkeit²⁶ verzichtet und insoweit den Regreß des Versicherers gegen den Mieter vereitelt? Wenn E. Lorenz²⁷ dies nicht für selbstverständlich erachtet, gleichzeitig aber darauf hinweist, daß dies gefe-

stigte Rechtsprechung zum Haftungsrecht sei, sind meines Erachtens insoweit zwei Ebenen auseinanderzuhalten.

Ob die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit im Mietvertrag zulässig ist, beurteilt sich allein nach dem Mietvertrag. Sofern der Vermieter AGB verwendet und in diesen sich zu einer Haftungsmilderung gegenüber dem Mieter bereit erklärt, bestehen dagegen nicht die geringsten Bedenken²⁸. Eine ganz andere Frage ist es freilich, ob eine solche Haftungsmodifizierung nicht Sanktionen auf der Ebene des Versicherungsvertrags auslöst. Die Rechtsprechung²⁹ nimmt dabei an, daß der Versicherer mit einer Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit, nicht aber für grobe Fahrlässigkeit rechnen müsse³⁰.

ster, Der Schutz von Haftpflichtinteressen in der Sachversicherung 1994 S. 174.

17 Zum Erfordernis einer gewissen Erheblichkeitsschwelle für das Vorliegen einer Gefahrrhöhung vgl. jüngst OLG Karlsruhe VersR 97, 1225.

18 Martin, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. 1992 J II Rdz. 11; Kollhossner in Prölss/Martin, VVG 25. Aufl. 1992 vor § 51 Anm. 7 A b aa; Armbrüster, Zur Haftung des Mieters für Sachschäden bei bestehender Sachversicherung des Vermieters NJW 97, 177 [178]; Boin, Die Versicherungsumlage und ihre Folgen für den Mieter VersR 97, 671 (672).

19 Ebenso OLG Hamm VersR 87, 300; 91, 1406; zum Begriff der übernommenen Gefahr Weyers, Versicherungsvertragsrecht 2. Aufl. 1995 Rdz. 485 ff.

20 Vgl. BGH VersR 91, 1404 = NJW-RR 92, 161: Gefahrrhöhung, wenn der Pächter verschweigt, daß der Eigentümer zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe wegen Brandstiftung verurteilt worden ist.

21 Die Entscheidung BGHZ 65, 118 (= VersR 76, 61) verweist demgegenüber darauf, daß beim Entgelt selbst die bei der Kaskoversicherung gem. § 61 VVG für den Versicherer ungünstigere Beweislastverteilung (Nachweis von Verursachung und grober Fahrlässigkeit durch den Mieter) gegenüber dem vertraglichen Schadensersatzanspruch des Vermieters gem. §§ 548, 282 BGB (diesbezügliche Beweislast des Mieters, wenn der Mangel aus seiner Sphäre stammt) im Entgelt, also bei der Kalkulation der Prämie, berücksichtigt worden sei.

22 Regreß des Doppelversicherers gegen den Versicherungsnehmer des anderen Doppelversicherers? VersR 78, 881 (883); ebenso ders. aaO (Fn. 18) J II Rdz. 11.

23 Regreß- und Ausgleichsprobleme bei der Versicherung fremder Gebäudebestandteile im Rahmen der Hausratversicherung (§ 3 C Nr. 2 VHB) VersR 77, 695 (696).

24 Ebenso Honsell, Der Regreß des Sachversicherers nach § 67 VVG bei Gebrauchsüberlassung an Dritte im österreichischen Recht VersR 85, 301 (302 und 304); OLG Hamm VersR 87, 300.

25 Auffällig ist, daß wesentlich mehr Urteile aus Norddeutschland veröffentlicht werden als solche aus Süddeutschland, wobei dominierend das OLG Hamm ist. Man fragt sich, ob dies mit der unterschiedlichen Verwirklichung bestimmter Risiken, der Bereitschaft, solche Fragen durch ein Gericht klären zu lassen, oder der Publikationsfreudigkeit der Gerichte bzw. beteiligten Anwälte zusammenhängt.

26 Ein Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit wäre nach § 67 Abs. 1 S. 3 VVG unzulässig; so BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; 30, 40 = VersR 59, 500; OLG Köln VersR 67, 1172 = NJW 68, 751. Das wäre eine verkehrsunübliche Abrede, mit der der Versicherer nicht rechnen müsse.

27 Zum Regreß des Gebäudeversicherers gegen den seinem Versicherungsnehmer haftpflichtigen Mieter – Zugleich Anmerkung zu dem Nichtannahmebeschluß des BGH vom 18. 12. 1991 (VI ZR 259/91) VersR 92, 311 – VersR 92, 399 (400).

28 Selbst eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit zugunsten des Mieters in AGB des Vermieters wäre zulässig, da durch § 11 Nr. 7 ABGB bloß der Partner des Aufstellers von AGB geschützt werden soll; a. A. hinsichtlich der groben Fahrlässigkeit des Mieters aber Boin VersR 97, 671 (673). Vgl. dazu BGH VersR 61, 992.

29 RGZ 122, 292; BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; OLG Köln VersR 67, 1172 = NJW 68, 751. In BGHZ 131, 288 (= VersR 96, 320) findet sich hingegen bloß der Hinweis, daß ein Schadensersatzanspruch von Anfang an nicht bestanden habe.

30 Vgl. dazu Weyers aaO (Fn. 19) Rdz. 621.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der VN den Regreß des Versicherers insoweit erschweren kann, indem er dem Mieter zugesteht, daß den Versicherer beim Regreß die Beweislast für Verursachung und Sorgfaltswidrigkeit treffen soll. Der dem Vermieter nach dispositivem Recht zustehende und gem. § 67 VVG auf den Versicherer übergehende Anspruch würde demgegenüber gem. § 282 BGB eine Beweislastumkehr zu Lasten des Mieters vorsehen.

Hält man sich vor Augen, wie oft es zu einer *Non-liquet-Situation* kommt³¹, wird klar, wie bedeutsam dieses Detail im Einzelfall werden kann. Bezieht man die Position von *Fuchs*³², daß die Prämie ohnehin für die Risikoübernahme entrichtet werde, der Versicherer aber am Regreß kein „genuines Recht“ habe, wird man insoweit großzügig sein können. Geht man hingegen von einer knappen Prämienkalkulation aus, bei der auch die Durchsetzbarkeit von Regreßansprüchen mit ins Kalkül gezogen wurde, wird man zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen.

II. Effizienz des Versicherungsschutzes für den VN

Der Versicherungsschutz soll effizient sein³³. Darunter versteht man zunächst einmal, daß der VN die Gegenleistung in Form der Prämie nur für die von ihm gewünschte Risikotragung erbringen will. Wünscht etwa der VN einer Feuerversicherung bei Vermietung einer Wohnung, daß bloß das Zufallsrisiko – und das bei seinem eigenen leicht fahrlässigen Verhalten – abgedeckt werden soll, so ist der Versicherungsschutz ineffizient, wenn er über die Prämie auch das Risiko mitabzugelten hat, daß darüber hinaus der Mieter in den *Deckungsschutz* einbezogen ist.

Ineffizient ist der Versicherungsschutz aber auch dann, wenn *dasselbe Risiko doppelt* versichert ist³⁴, weil bei der Schadensversicherung maximal der eingetretene Schaden, allenfalls auf Basis der Neuwerte, erstattet wird, ein Teil der Prämie somit ohne Gegenleistung erbracht wird. Sofern also der Mieter ein bestimmtes Risiko durch seine Haftpflichtversicherung abdeckt, liegt bei Einbeziehung des Mieters in eine Feuer- oder Leitungswasserversicherung eine solche Ineffizienz vor³⁵. Das verschiedentlich vorgebrachte Argument, daß dies dem Mieter nicht möglich sei, weil nach § 4 I Nr. 6 a AHB Schäden an gemieteten Sachen vom Deckungsschutz ausgenommen seien³⁶, ist insoweit unzutreffend, als diese Bestimmung dispositiver Natur ist und in so manchen Sonderbedingungen bereits abbedungen worden ist³⁷.

III. Einbeziehung des Mieters

Wenn die Prämien für vom Vermieter abgeschlossene Sachversicherungen auf den Mieter *offen überwält* werden, also im Rahmen der Betriebskosten Erstattung der Aufwendungen begehrt wird, so stellt sich die Frage, ob dies nur unter der Voraussetzung zulässig ist, wenn der Mieter davon einen Nutzen hat. Das wird von *Schwarzer*³⁸ unter Hinweis darauf verneint, daß etwa die Grundsteuer auf den Mieter zulässigerweise überwält werden kann, wovon der Mieter auch keinen Vorteil habe.

Dem ist freilich entgegenzuhalten, daß sich der Vermieter der Grundsteuer nicht entziehen kann, was in bezug auf den Abschluß diverser Sachversicherungen durch den Vermieter sehr wohl der Fall ist. Für solche Aufwendungen hat daher das auch für andere Betriebskosten, wie etwa Gartenbetreuung oder Entlohnung des Hauswartes, geltende Prinzip Anwendung zu finden, daß eine Erstattung von Aufwendungen nur insoweit zulässig ist, wenn dem Mieter ein unmittelbarer Vorteil zukommt³⁹. Der Kreis schließt sich: Der Mieter, der die Prämie für di-

verse Sachversicherungen bezahlt, darf insoweit nicht auf den Abschluß einer Haftpflichtversicherung verwiesen werden⁴⁰.

D. Die Überwälzung von Prämien aus einer Sachversicherung

In diesem Aufsatz soll allein der Frage der Überwälzbarkeit der Prämien einer Sachversicherung nachgegangen werden. In einer gesonderten Publikation wird die Frage der Überwälzbarkeit der Prämien der Gebäudehaftpflichtversicherung untersucht⁴¹.

I. Odyssee der Entwicklung der Rechtsprechung – Schlußstein: Urteil des BGH vom 13. 12. 1995⁴²

Soweit das Problem in der unterinstanzlichen Rechtsprechung überhaupt erkannt wurde⁴³, hat sich die Entwicklung der Judikatur zur hier untersuchten Frage nicht eben geradlinig entwickelt⁴⁴. Die Crux liegt darin begründet, daß weder die Parteien des Versicherungsvertrags noch die des Mietvertrags typischerweise eine ausdrückliche Regelung vorsehen⁴⁵. Es wird deshalb schlicht am Wortlaut des Vertragsinhalts festgehalten⁴⁶ oder mit ergänzender Vertragsauslegung⁴⁷ gearbeitet.

In der Entscheidung vom 7. 3. 1990⁴⁸ hat der BGH das Problem auf *versicherungsrechtlicher* Ebene zu lösen erwogen und Sympathie für den Ansatz von *Honsell*⁴⁹ er-

31 RGZ 122, 292; BGHZ 66, 349; BGH VersR 90, 625; OLG Stuttgart VersR 72, 770; OLG München WuM 89, 128; LG Kiel WuM 92, 120; OLG Hamm vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94); OLG München NJW-RR 97, 1031.

32 BB 92, 1217 (1220).

33 Vgl. dazu *Schwarting* aaO (Fn. 16) S. 11 f.; *Prölss*, Der Versicherer als „Treuhänder der Gefahrengemeinschaft“ – Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer – in *Festschrift für Larenz* 1983 S. 487, 495.

34 *Schwarting* aaO (Fn. 16) S. 12; *H. Lange* WM 87, 999. Wenn demgegenüber *Schwarzer* (Zur Haftung des Wohnungsmieters für Gebäude-Brandschäden r+s 96, 86 [87]) darauf verweist, daß die Schnittmenge aus Sachversicherung des Vermieters und Haftpflichtversicherung des Mieters gering sei, so geht es lediglich um das Ausmaß der Ineffizienz, nicht aber darum, daß eine solche nicht vorhanden sei.

35 Vgl. dazu BGHZ 33, 216 = VersR 60, 1133; *Hamburger Schuttenfall*.

36 So *Honsell* VersR 85, 301; BGHZ 65, 118 = VersR 76, 61; OLG München VersR 81, 1137; OLG Hamm VersR 87, 300 (301).

37 *P. Koch* VersR 67, 306 (308); *Dallmayr* aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 95; *Fuchs* BB 92, 1217 (1219); *Jendrek*, Haftung des Mieters für Brand- und Leitungswasserschäden WuM 92, 341 (342); BGH VersR 91, 462.

38 r+s 96, 86.

39 So auch *Boin* VersR 97, 671 (673).

40 So zuletzt BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

41 *C. Huber*, AGB-mäßige Überwälzung der Prämien der Gebäudehaftpflichtversicherung beim Mietvertrag (noch unveröffentlicht).

42 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

43 Nicht erkannt wurde die Problematik in LG Köln VersR 73, 337; OLG Düsseldorf VersR 92, 310; OLG München NJW-RR 97, 1031.

44 Die einzelnen Bocksprünge sind eindrucksvoll nachgezeichnet bei *Jendrek* WuM 92, 341 und *Boin* VersR 97, 671 (beide Hamm), so daß hier bloß eine kurze Skizzierung erfolgen soll, soweit das für die weiteren Ausführungen erforderlich ist.

45 Anders etwa in der Entscheidung des BGH VersR 90, 625, in der der Verpächter sich im Pachtvertrag zum Abschluß einer Feuerversicherung verpflichtet hatte. Die Übernahme einer solchen Pflicht gegenüber dem Mieter konnte vom Empfänger wohl nur in der Weise gedeutet werden, daß er davon etwas habe. Vgl. dazu unten unter C IV 2 d.

46 So OLG Celle VersR 88, 27.

47 So bereits RGZ 122, 292; zuletzt BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

48 VersR 90, 625.

49 VersR 85, 301.

kennen lassen, den Mieter in den Deckungsschutz der Feuerversicherung einzubeziehen⁵⁰. In der Folgeentscheidung vom 23. 1. 1991⁵¹ zur Leitungswasserversicherung hat er dies freilich abgelehnt, wobei er dafür u. a. darauf verwiesen hat, daß Feuerversicherungen auch von öffentlichen Brandkassen betrieben würden, während das bei der Leitungswasserversicherung nicht der Fall sei⁵². In einem äußerst knapp begründeten Nichtannahmebeschluß einer begehrten Prozeßkostenhilfe⁵³ hat er ausgesprochen, daß er die Judikatur zur Leitungswasserversicherung auch für die Feuerversicherung übernehme⁵⁴. Die unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen wurden – zu Recht – nicht als entscheidend angesehen.

E. Lorenz⁵⁵ hat in dieser Phase gemutmaßt, daß damit die Spekulationen über die weitere Entwicklung beendet seien. Er hat damit die *Wandlungsfähigkeit* des BGH unterschätzt, hat dieser doch in der alsbald folgenden Entscheidung vom 13. 12. 1995⁵⁶ abermals einen Schwenk vollzogen: Er hält zwar weiterhin daran fest, daß der Mieter nicht in den Deckungsschutz der Sachversicherung einbezogen sei, verschafft ihm aber de facto die gleiche – bzw., wie noch zu zeigen sein wird, eine noch stärkere – Stellung. Die Übernahme der Judikatur zur Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie bei Anmietung eines Fahrzeugs führt bei *offener Überwälzung der Versicherungsprämie zu einem Haftungsverzicht des Vermieters für leichte Fahrlässigkeit*⁵⁷ und darüber hinaus zur Pflicht des Vermieters, den Mieter möglichst so zu stellen, als ob dieser selbst eine derartige Versicherung für eine eigene Sache abgeschlossen hätte.

Die untergerichtliche Rechtsprechung hat weitere Differenzierungsmerkmale für maßgeblich angesehen, so etwa, ob es sich um ein *Einfamilien- oder Mehrfamilienhaus* handelt. Bei einem Mehrfamilienhaus hat das OLG Celle⁵⁸ eine Gefahrerhöhung wegen der häufig wechselnden Mieter angenommen und es im Ergebnis abgelehnt, daß der Mieter von der von ihm an den Vermieter entrichteten Versicherungsprämie einen Vorteil hat. Es hat in dieser Entscheidung ausdrücklich offengelassen, ob es bei einem Einfamilienhaus nicht gegenteilig entschieden hätte.

Mit *Fuchs*⁵⁹ ist jedoch der Ansicht zu folgen, daß die Interessenlage eher gegenteilig zu beurteilen ist. Bei Abschluß eines Versicherungsvertrags über ein Mehrfamilienhaus ist dem Versicherer erkennbar, daß das Haus nicht vom Eigentümer, sondern von einer Vielzahl von Mietern bewohnt wird, die naturgemäß ab und zu wechseln. Der Versicherer kann diesen Umstand bei Kalkulation der Prämie bereits berücksichtigen. Wird hingegen ein Versicherungsvertrag über ein vom Eigentümer selbst bewohntes Einfamilienhaus abgeschlossen, ist für den Versicherer gerade nicht offenkundig, daß in der Folge eine ganz andere Person oder Personengruppe das Haus bewohnt. Maßgeblich kann meines Erachtens lediglich sein, ob es gegenüber der bei Abschluß des Versicherungsvertrags bestehenden und für den Versicherer erkennbaren Gefahrenlage zu einer *Erhöhung Risiko per se höher* zu veranschlagen ist.

Darüber hinaus ist auf folgenden Umstand hinzuweisen: Wenn der Wechsel vom Eigentümer zum Mieter bei einem Einfamilienhaus nicht für beachtlich angesehen wird, so erhebt sich die Frage, warum dies beim Mehrfamilienhaus beim Wechsel der Mieter anders sein soll. Die jüngere Literatur⁶⁰ lehnt es demgemäß ab, zwischen diesen Fällen zu unterscheiden.

Auch eine weitere Differenzierung, die das OLG Celle in einer Entscheidung vom 5. 11. 1986⁶¹ angesprochen hat,

ist abzulehnen. Es hat darauf hingewiesen, daß im Gegensatz zur Kfz-Kaskoversicherungsprämie die *Feuerversicherungsprämie absolut gering* sei und im Gegensatz zum Betrieb eines Kfz, das dem Mieter nicht vertraut sei, die Gefahr bei Benutzung einer Wohnung durch den Mieter nicht höher sei als durch den Eigentümer.

Der BGH hat in der jüngsten Entscheidung vom 13. 12. 1995⁶² zu Recht betont, daß es auf die absolute Höhe der Prämie⁶³ nicht ankomme. Diese richtet sich nämlich nach der durch die Versicherung gedeckten Gefahr. Entsprechend der unterschiedlichen Wahrscheinlichkeit, daß ein Kfz beschädigt, zerstört oder gestohlen wird oder eine Wohnung durch einen Brand in Mitleidenschaft gezogen wird, ist naturgemäß die Prämie verschieden hoch.

Was schließlich die erhöhte Gefahr des Umgangs mit einer Sache durch einen damit nicht vertrauten Gefahrwalter betrifft, so geht es insoweit lediglich um die aus diesem Grund *erhöhte Prämie*. Zu betonen ist aber, daß nach der Judikatur zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämie bei Vermietung eines Kfz die *gesamte* Prämie vom Mieter getragen wird, somit nicht nur der Teil, um den die Prämie höher ausfällt, weil er mit dem Fahrzeug weniger vertraut ist.

In denjenigen Entscheidungen, die eine Lösung auf *versicherungsrechtlicher* Ebene suchen, kommt dem Umstand, ob die Versicherungsprämie auf den Mieter offen oder nur im Weg der Kalkulation des Mietzinses überwälzt wird, naturgemäß keine Bedeutung zu⁶⁴. Soweit freilich auf der *haftungsrechtlichen* Ebene angesetzt wird, also über die ergänzende Auslegung des Mietvertrags, kommt es auf diesen Umstand entscheidend an⁶⁵.

50 In diesem Sinn AG Hamburg VersR 82, 748; OLG Hamm VersR 87, 300 (301) (im Rahmen eines Anwaltschaftsprozesses); 91, 1406.

51 VersR 91, 462.

52 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß die Prämie für die Leitungswasserversicherung *nicht offen überwälzt* wurde, sondern bloß in die Kalkulation des Mietentgelts Eingang gefunden hat. Unter Berücksichtigung dieses Umstands – mag dieser in der konkreten Urteilsbegründung auch nicht explizit angesprochen worden sein – könnte die Entwicklung der Rechtsprechung etwas weniger widersprüchlich sein, als sich diese auf den ersten Blick ausnimmt.

53 VersR 92, 311.

54 Gegen eine Einbeziehung des Mieters in den Deckungsschutz der Sachversicherung auch LG Hamburg VersR 82, 748; OLG Hamm VersR 84, 749 unter Hinweis darauf, daß eine *Sachversicherung keine Haftpflichtversicherung* enthalte und es sich im Zweifel um eine *Eigenversicherung* handle (§ 80 VVG); ebenso OLG Celle VersR 88, 27.

55 VersR 92, 399.

56 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

57 Gegenteilig noch *Dallmayr* aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 145. Die Entscheidung BGHZ 131, 288 (= VersR 96, 320) ist nach Erscheinen des Handbuchs ergangen.

58 VersR 88, 27 (28).

59 BB 92, 1217 (1219).

60 *Honsell* VersR 85, 301 (304); *Kollhossner* aaO (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A b aa; *Boin* VersR 97, 671 (672), letzterer unter Hinweis auf die Abgrenzungsprobleme zwischen gewerblicher und privater Nutzung. Dieses Argument hat zwar den Vorzug der Praktikabilität für sich, kann aber allein nicht ausschlaggebend sein.

61 VersR 88, 27.

62 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

63 In concreto betrug der Anteil des Mieters für die Versicherungsprämie, die nicht nur die Feuerversicherungsprämie enthielt, 1,47 DM pro Monat. Der Streitwert der Regreßklage des Feuerversicherers machte demgegenüber fast 100 000 DM aus.

64 So *Honsell* VersR 85, 301 (304); ebenso für die Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie auf den Mieter bereits *E. Prölss* VersR 57, 124.

65 OLG Köln VersR 67, 1172 = NJW 68, 751: kein Haftungsabschluß für leichte Fahrlässigkeit, wenn die Sachversicherungsprämie nicht offen überwälzt wird; anders freilich BGH WM 74,

Dies ist der Aufhänger für einen konkludenten Haftungsverzicht, worauf unter D IV noch näher einzugehen sein wird.

*Boin*⁶⁶ weist schließlich auf jeweils eine unveröffentlichte Entscheidung des BGH⁶⁷ und des OLG Hamm⁶⁸ hin, die von dem in der Entscheidung des BGH vom 13. 12. 1995⁶⁹ beschrittenen Weg wiederum abweichen⁷⁰. Erwähnt sei schließlich die Entscheidung des OLG München vom 15. 1. 1997⁷¹, die die BGH-Rechtsprechung nicht zur Kenntnis nimmt und das Problem auf der Ebene der Beweislast – zugunsten des Mieters – löst. Die Odyssee ist somit womöglich noch immer nicht beendet.

II. Zulässigkeit bei bloßem Zufall – Sturmschadenversicherung

Ehe auf die Rechtsfolgen für Versicherer, Eigentümer und Mieter im Detail einzugehen ist, soll zuvor die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung dem Grunde nach erhoben werden. Geht man mit der unter B III herausgearbeiteten Gleichwertigkeit von Haftungsverstärkung zu Lasten des Mieters und der Überwälzung einschlägiger Versicherungsprämien in den AGB des Vermieters aus, so wäre eine Klausel nichtig, in der dem Mieter eine Einstandspflicht für Zufälle auferlegt wird⁷².

Deckt eine bestimmte *Sachversicherung lediglich ein Zufallsrisiko* ab, wie das bei der Sturmversicherung der Fall sein wird, so ist die Überwälzung dieser Prämie auf den Mieter in AGB unwirksam⁷³. Es ist kaum vorstellbar, welchen Nutzen der Mieter davon ziehen soll⁷⁴, sieht man davon ab, daß der Vermieter durch die Versicherungsleistung liquiditätsmäßig in die Lage versetzt wird, die Instandsetzung nach einem solchen Schaden zügig durchzuführen. Gegenteilig könnte für den Bereich des preisregulierten Wohnens gelten, wo in Anl. 3 Nr. 13 zu § 27 Abs. 1 II. BV festgelegt ist, daß auch die Prämie der Sturmschadenversicherung überwälzbar ist. Dies könnte im *Kernbereich der Norm*⁷⁵ damit gerechtfertigt werden, daß der Vermieter bloß Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, aber keinen Gewinn⁷⁶.

Soweit der Mieter bei Einbeziehung in den Versicherungsschutz, sei es aufgrund des Versicherungsvertrags oder über den Umweg der Annahme eines konkludenten Haftungsausschlusses, davon etwas hat, nämlich eine *Haftungsfreistellung bei leichter Fahrlässigkeit*, könnte die Überwälzung der Prämie zulässig sein. Freilich muß man sich vor Augen halten, daß der Mieter über die Prämie nicht nur das *Zufallsrisiko* trägt, sondern auch das der *leicht fahrlässigen Schädigung der Mietsache* durch den Vermieter mitfinanziert. Das wird bei der Feuer-, Leitungswasser und Glasbruchversicherung gegeben sein.

Insoweit bleiben Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen, weil das *Verbot geltungserhaltender Reduktion im AGB-Recht* allgemein anerkannt ist⁷⁷. Eine überschneidende Klausel ist schon dann zur Gänze unwirksam, wenn ein Teil davon mit dem AGBG nicht vereinbar ist und eine sprachliche Eliminierung des zu beanstandenden Teils nicht möglich ist⁷⁸. Eine solche Aufspaltung kommt bei der einheitlichen Versicherungsprämie für Zufall und leichte Fahrlässigkeit bloß kalkulatorisch in Betracht, nicht aber durch Eliminierung einzelner Wörter.

Im folgenden soll aber von der Zulässigkeit der Überwälzung von Versicherungsprämien in AGB ausgegangen werden, soweit der Mieter davon einen ins Gewicht fallenden Vorteil hat. Es ist dabei zu prüfen, ob der von der überwiegenden Literatur favorisierte versicherungsrechtliche Lösungsansatz (unter D III) oder der vom BGH beschrittene haftungsrechtliche Lösungsweg (unter D IV) zu angemesseneren Ergebnissen (unter D V) führt.

III. Der Standpunkt der überwiegenden Literatur: Vorrang des versicherungsrechtlichen Lösungsansatzes

In der Literatur⁷⁹ wird der haftungsrechtliche Lösungsansatz nur als Notnagel betrachtet, auf den zurückzugreifen ist, wenn auf der Ebene des Versicherungsvertrags keine befriedigenden Ergebnisse erzielt werden können⁸⁰. Einigkeit besteht darüber, daß es auf den Umstand, ob der *Vermieter eine Versicherung für eigene Rechnung* abschließt und die Kosten auf den Mieter

218 zu einem Mietvertrag über ein Kfz sowie OLG Hamm ZMR 88, 300: selbst bei offener Überwälzung der Prämie für eine Gebäudeversicherung kein stillschweigender Haftungsausschluß; gerade gegenteilig LG Kiel WuM 92, 120: Auch wenn die Feuerversicherungsprämie *nicht* offen überwälzt wird, ist der Mieter in den Deckungsschutz einzubeziehen.

66 VersR 97, 671 (674).

67 Urteil vom 6. 11. 1996 (XII ZR 72/95).

68 Urteil vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94).

69 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

70 Die nähere Lektüre der beiden Entscheidungen (beide ergingen zum selben Sachverhalt) trägt diese Behauptung indes nicht. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es darum, daß die Prämie der Verpächter trug, der Pächter hingegen bloß die Mehrkosten für die Nutzung des Objekts als Diskothek anstelle wie ursprünglich vorgesehen als Gaststätte. Zu dieser Problematik der Aufspaltung der Prämie vgl. unten unter D IV 3 d aa (3).

71 NJW-RR 97, 1031.

72 LG Saarbrücken WuM 86, 367; AG Hamburg WuM 88, 151. Nicht einmal eine Beweislastverschiebung zu Lasten des Mieters wird für zulässig angesehen; so für Rohrverstopfungen OLG Hamm NJW 82, 2005; für Einfrieren der Leitungen OLG Frankfurt/M. WuM 92, 56; für Schäden durch Dritte, die dem Mieter nicht näherstehen als dem Vermieter, BGH NJW 91, 1750; OLG München WuM 89, 128; OLG Hamburg WuM 91, 385.

73 Bedenken dagegen auch bei *Kollhosser aaO* (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A b aa.

74 Ohne diese Differenzierung zwischen Feuerversicherung und Sturmversicherung *Sonnenschein EWIR* § 276 BGB 2/96, 295 (296), der annimmt, daß der Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit dem Mieter auch bei der Sturmversicherung etwas bringt.

75 Ungeachtet der Verweisung in § 4 MHG gilt für nicht der Preisbindung unterliegende Wohnraummietverhältnisse Gegenteiliges, weil ein solcher Vermieter die Möglichkeit hat, solche Risiken in der Gewinnmarge unterzubringen; dazu, daß Anl. 3 Nr. 13 zu § 27 Abs. 1 II. BV bloß für Mietverhältnisse über preisgebundenen Wohnraum anzuwenden ist, OLG Düsseldorf WuM 95, 434.

76 Sehr vorsichtig denn auch die Ausführungen von *Dallmayr aaO* (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 1: „Bei der Geschäftsraummiete dürfen [Hervorhebung durch den Verfasser] solche Vereinbarungen (nach dem Vorbild von § 27 Abs. 2 BV) zulässig sein.“ Im allgemeinen ist es jedoch so, daß bei nicht preisregulierten Wohnraummietverträgen und der Geschäftsraummiete der Ausgestaltungsfreiraum größer ist, während für das vorliegende Problem das Gegenteil zutrifft.

77 *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen aaO* (Fn. 6) § 6 Rdz. 14; *Lindacher* in *Wolf/Horn/Lindacher aaO* (Fn. 11) § 6 Rdz. 26 ff.

78 *Fuchs* BB 92, 1217 (1221); BGH NJW-RR 91, 970.

79 *Martin*, Schadenteilung zwischen Versicherer und Garant? – Zugleich Anmerkung zu LG Heilbronn VersR 75, 30 (Urteil vom 18. 7. 1974) – VersR 75, 101; ders. VersR 78, 881 (883); ders. aaO (Fn. 18) J I 7; *Honsell* VersR 85, 301 (303); *E. Lorenz* VersR 92, 399 (400 und 402); *Kollhosser aaO* (Fn. 18) vor § 51 Anm. 6 E und 7; *Armbrüster* NJW 97, 177; *Boin* VersR 97, 671 (673).

80 *Armbrüster* (aaO [Fn. 16] S. 21, 98) weist zu Recht darauf hin, daß in der Literatur eine mitunter erstaunliche terminologische Großzügigkeit zu beobachten ist; so bei *Treier*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Miete, Pacht und Leasing WM Sonderbeil. 4/92, 1 (12); Gleichsetzung von Haftungsbeschränkung und Regreßverzicht; ebenso *Honsell* VersR 85, 301 (303); *Fuchs*, Versicherungsschutz und Versicherbarkeit als Argumente bei der Schadensverteilung AcP 191, 318 (325 und 337 f.); ähnliches Ergebnis bei beiden Wegen.

überwältigt oder der Mieter eine Versicherung für fremde Rechnung abschließt, möglichst nicht ankommen soll⁸¹.

1. Einbeziehung in den Deckungsschutz – Mitversicherung (Honsell)

Ist der Mieter mitversichert, ist er nicht Dritter i. S. d. § 67 VVG mit der Folge, daß bei dessen leicht fahrlässigem Verhalten der Versicherer gegen ihn ebensowenig vorgehen kann, als wenn sich der VN so verhalten hätte. Das Hauptargument für die Einbeziehung in den Deckungsschutz im Wege ergänzender Auslegung des Versicherungsvertrags⁸² wird darin gesehen, daß der Versicherer ansonsten unberechtigt begünstigt wäre. Das Risiko, ob der Eigentümer oder der Mieter die Wohnung bewohne, sei nicht unterschiedlich⁸³. Zum Schutz des Versicherers wird darauf abgestellt, ob bei Offenlegung der Benutzung durch den Mieter der Versicherer redlicherweise die Versicherung zur gleichen Prämie anbieten müßte⁸⁴.

Das hat gewiß etwas für sich. Zu bedenken ist freilich, daß es auch sonst häufig vorkommt, daß ein Anbieter eine bestimmte Leistung ohne zusätzliche Kosten für einen weiteren Empfänger erbringen kann, ohne daß daraus zwingend der Schluß zu ziehen ist, daß auch dieser Empfänger Anspruch auf die Leistung hat. Ob ein *Theaterstück* für 10 oder 100 Personen aufgeführt wird, verursacht die gleichen Kosten. Dennoch muß *jeder Besucher* den gleichen Preis bezahlen⁸⁵.

Bei Bejahung eines Regresses des Sachversicherers gegen den Mieter müßte der Versicherer bloß für Zufälle eintreten sowie für leichte Fahrlässigkeit des Vermieters, für den sich allerdings nur in begrenztem Rahmen die Gelegenheit ergibt, durch sorgfaltswidriges Verhalten zur Gefahrverwirklichung beizutragen. Die Prämie wäre gegenüber der Benutzung der Wohnung durch den Eigentümer zu hoch⁸⁶. Auch das kommt freilich gar nicht so selten vor, daß der Empfänger einer Leistung *nicht das gesamte Spektrum nutzen* kann, dessenungeachtet aber das *volle Entgelt* zu entrichten hat.

Des weiteren wird ins Treffen geführt, daß für den Versicherer erkennbar ist, daß der Vermieter daran interessiert sei, den Mieter in den Deckungsschutz einzubeziehen⁸⁷. Auch diese Behauptung ist nicht selbstverständlich. Immerhin ist der Mietvertrag ein synallagmatischer Vertrag, bei dem *Vermieter und Mieter gegenläufige Interessen* verfolgen, so daß der Gleichlauf ihrer Interessen anders zu beurteilen ist als etwa bei einem Gesellschaftsvertrag⁸⁸.

2. Regreßverzicht des Versicherers (Armbrüster)

In letzter Zeit hat Armbrüster⁸⁹ einen Lösungsansatz vorgeschlagen, der zwar den Versicherer ebenso belastet, aber die *Rechte des Vermieters* stärker betont. Nach dem Vorbild des § 15 Abs. 2 AKB schlägt er im Wege der ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags einen Regreßverzicht des Versicherers gegen den Mieter vor⁹⁰. Während gegen die Einbeziehung des Mieters in den Deckungsschutz versicherungsrechtliche Bedenken bestehen, ist die Zulässigkeit eines Regreßverzichts allgemein anerkannt⁹¹. Der Unterschied gegenüber der Einbeziehung des Mieters in den Deckungsschutz liegt darin, daß der Mieter keinen direkten Anspruch gegen den Versicherer hat, es dem Vermieter somit freisteht, ob er sich nach Verwirklichung des Risikos nach einem leicht fahrlässigen Verhalten des Mieters an diesen oder den Versicherer wendet⁹². Wenn die Stellung des Mieters im Wege der ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags, an dem der Mieter nicht beteiligt ist, schon verbessert werden soll, so soll das nicht so weit gehen, daß dem Mieter eigene Ansprüche gegen den Versicherer

zustehen. Der Vermieter soll das Heft in der Hand behalten.

Man gelangt dabei zu der nicht eben alltäglichen Rechtsfolge, daß einem Gläubiger zwei Schuldner zur Verfügung stehen, der Gläubiger von jedem die ganze Leistung verlangen kann, und zwar insgesamt nur einmal, es aber vom Willensentschluß des Gläubigers abhängt, wer die Schuld *letztlich* zu tragen hat⁹³. Verlangt der Eigentümer in seiner Eigenschaft als VN Ersatz vom *Versicherer*, bleibt dieser endgültig damit belastet, weil der Regreßverzicht ihn daran hindert, gegen den Mieter vorzugehen. Entscheidet sich der Vermieter hingegen dafür, vom *Mieter* Ersatz zu verlangen, muß dieser zahlen. Die von ihm qua Mietentgelt finanzierte Versicherung kommt ihm nicht zugute.

Armbrüster⁹⁴ schränkt das insoweit ein, als der Vermieter sein *Wahlrecht nicht treuwidrig* zu Lasten des Mieters ausüben dürfe⁹⁵. In dem einzig spannenden Fall, bei Verwirklichung des Risikos, versagt diese Bremse freilich. Armbrüster gesteht dem Vermieter nämlich zu, sich an den Mieter zu halten, wenn er befürchten muß, daß der Versicherer den Versicherungsvertrag gem. § 96 VVG kündigen werde, so daß der Vermieter fortan das Risiko nur gegen eine höhere Prämie versichern kann⁹⁶.

Abgesehen vom *methodischen* Bedenken, daß Armbrüster⁹⁷ den Versicherungsvertrag zunächst ergänzend im Sinne des Regreßverzichts auslegt, ohne daß dafür der Wortlaut eine Stütze gibt, um sodann die Unklarheitenregel des § 5 AGBG zu Lasten des Versicherers zu bemühen, bestehen gegen diesen Lösungsansatz *inhaltliche* Bedenken. Über die überwältigte Prämie finanziert der Mieter die Abdeckung eines bestimmten Risikos, und wenn es sich verwirklicht, ist er auf Gedeih und Verderb

81 Honsell VersR 85, 301 (302); Armbrüster aaO (Fn. 16) S. 34.

82 Dafür Honsell VersR 85, 301; Fuchs BB 92, 1217 (1219); Kollhosser aaO (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A b aa.

83 Ebenso für einen Gewerbebetrieb OLG Hamm VersR 87, 300.

84 So insbesondere Martin, Deckung des Haftpflichtrisikos in der Sachversicherung – zugleich Anmerkung zu BGH VersR 74, 535 – VersR 74, 821 (824 f.); ders. VersR 75, 101.

85 Gegen eine Mitversicherung des Mieters Schirmer, Zur Versicherbarkeit des Sachersatzinteresses in der Sachversicherung ZVersWiss 81, 637 (682 ff.); Sieg, Die Versicherbarkeit als Beurteilungsfaktor für die Zulässigkeit von Haftungsüberwälzungen BB 94, 299 (300); ders. in Bruck/Möller/Sieg, VVG 8. Aufl. § 74 Anm. 8 und § 80 Anm. 9; E. Lorenz VersR 92, 399 (400) unter Hinweis darauf, daß die Einbeziehung des Haftpflichtinteresses des Mieters zu einer Pflichtenkollision führen würde; a. A. Fuchs BB 92, 1217 (1220).

86 Darauf abstellend BGH VersR 90, 625; LG Kiel WuM 92, 120.

87 Kollhosser aaO (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A b aa; Armbrüster, Zum vertraglichen und gesetzlichen Schutz des Haftpflichtigen vor einem Regreß des Sachversicherers VersR 94, 893 (895); ders. NJW 97, 177 (178).

88 Vgl. dazu Armbrüster, Das versicherte Interesse bei Sachversicherungen im Zusammenhang mit Kapital- und Personengesellschaften ZVersWiss 93, 245.

89 AaO (Fn. 16); ders. ZVersWiss 93, 245; ders. VersR 94, 893; ders. NJW 97, 177.

90 Ablehnend E. Lorenz VersR 92, 399 (401); ebenso BGH VersR 91, 462.

91 Armbrüster aaO (Fn. 16) S. 121.

92 Nicht in der Terminologie, wohl aber im Ergebnis ähnlich Honsell VersR 85, 301 (303), der ebenfalls einen Anspruch des Mieters gegen den Versicherer verneint und von Regreßverzicht spricht.

93 Vgl. auch BGH VersR 86, 755 (756) = NJW 86, 1813 (1814): In dieser Entscheidung hatte sich der Schädiger den Versicherungsschutz freilich nicht „erkauft“!

94 NJW 97, 177 (178).

95 Skeptisch gegenüber der Wirksamkeit einer solchen Einschränkung Schwarting aaO (Fn. 16) S. 15.

96 So auch der Hinweis von Schwarzer r + s 96, 86 (87).

97 NJW 97, 177 (178).

davon abhängig, ob sich der Vermieter für die Inanspruchnahme des Versicherers entscheidet; und das ungeachtet des Umstands, daß der Vermieter die *erhöhte Prämie* letztlich *nicht selbst* zu tragen hat, sondern auf den Mieter weiterwälzen kann⁹⁸.

Darüber hinaus hilft der Regreßverzicht des Versicherers dem Mieter nicht weiter, wenn der Versicherer berechtigterweise die Leistung gegenüber dem Vermieter ablehnt, sei es, daß der Vermieter gar keinen Versicherungsvertrag abgeschlossen hat, mit der Zahlung der Prämie gem. §§ 38 f. VVG qualifiziert in Verzug geraten ist oder Leistungsfreiheit wegen einer sonstigen Obliegenheitsverletzung gegeben ist. In all diesen Fällen vermag allenfalls die Einrede des *Rechtsmißbrauchs* (§ 242 BGB) den Mieter zu schützen, ein möglicherweise recht stumpfer Verteidigungsbehelf.

Was als Vorzug des stillschweigenden Regreßverzichts gepriesen wird, nämlich die *Wahlfreiheit des Vermieters*⁹⁹, stellt sich – jedenfalls für manche Konstellationen – als Manko dar¹⁰⁰. Hinzuweisen ist freilich darauf, daß es sich bei der Arbeit von *Armbrüster* – der offengelegten Zielsetzung nach¹⁰¹ – um eine versicherungsrechtliche Dissertation handelt, die das Augenmerk einseitig auf das Verhältnis von *Versicherer und VN* richtet, ohne die Beziehung zwischen *Vermieter und Mieter* gleichwertig in die Analyse einfließen zu lassen.

IV. Die Position des BGH: Übernahme der Judikatur zur Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie auf den Mieter

Der BGH hat demgegenüber in der Entscheidung vom 13. 12. 1995¹⁰² sich für den *haftungsrechtlichen* Lösungsansatz entschieden. Er hat sich dabei ausdrücklich auf die Judikatur zur *offenen Überwälzung der Kaskoversicherungsprämien bei Anmietung eines Kfz* ausgesprochen. Es soll nun im Detail dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen diese Judikatur anzuwenden ist, welche Rechtsfolgen sie zur Folge hat und inwieweit sich Unterschiede zum versicherungsrechtlichen Lösungsansatz der Literatur ergeben.

1. Die Kernaussage

Der BGH hat in langjähriger gefestigter Judikatur¹⁰³ zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämie beim Mietvertrag eines Kfz folgendes ausgesprochen: Wenn die Kaskoversicherungsprämie auf den Mieter *offen überwälzt* wird, d. h. ihm gesondert in Rechnung gestellt wird, dann hat der Vermieter den Mieter möglichst so zu stellen, als ob der *Mieter für ein eigenes Fahrzeug eine derartige Versicherung abgeschlossen hätte*¹⁰⁴. Von der Literatur ist der Mieter als Quasi-VN¹⁰⁵, der Vermieter als Quasiversicherer¹⁰⁶ bezeichnet worden. Angenommen wird insbesondere ein Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit des Mieters in *ergänzender Auslegung des Mietvertrags*. Da in einem solchen Fall dem Vermieter kein Schadensersatzanspruch gegen den Mieter zusteht, kann ein solcher auch nach § 67 VVG *nicht* auf den Versicherer übergehen.

2. Voraussetzungen

a) Modellcharakter – obsolet wegen § 15 Abs. 2 AKB?

Gegen die Übernahme dieser Judikatur auf die hier untersuchte Problematik ist eingewendet worden, daß diese wegen der Neufassung des § 15 Abs. 2 AKB im Jahre 1971 inzwischen – weitgehend – obsolet geworden sei¹⁰⁷. Dagegen ist zunächst einmal einzuwenden, daß es dem *Modellcharakter* dieser Judikatur und damit ihrer Übernahme in einen anderen Bereich nicht abträglich wäre, wenn sie in ihrem Kernbereich wegen inzwischen

erfolgter vertraglicher Klarstellung nicht mehr benötigt würde¹⁰⁸.

Wie zahlreiche Entscheidungen¹⁰⁹ aus den letzten Jahren belegen, ist das indes nicht der Fall. Der in § 15 Abs. 2 AKB vereinbarte *Regreßverzicht* des Kaskoversicherers vermag dem Mieter gerade *nicht* den Rechtsschutz zu gewährleisten, der ihm durch die *bisherige Rechtsprechung* zuteil geworden ist¹¹⁰. Dieser Umstand sollte ein hinreichendes Warnsignal sein, daß mit der Regelung auf versicherungsrechtlicher Ebene allein nicht in allen Fällen das Auslangen gefunden werden kann.

b) Strukturelle Parallelen zwischen Kfz-Kaskoversicherung und Sachversicherung eines Gebäudes

Die Strukturparallele zwischen der Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie und der Prämie einer Feuer-, Leitungswasser- oder Glasbruchversicherung eines Gebäudes¹¹¹ liegt darin, daß es sich jeweils um eine *Schadensversicherung* handelt, bei der der Versicherer den VN bei Eintritt von *Schäden durch Zufälle und leichte Fahrlässigkeit* zu entschädigen hat¹¹². Auf die Unmaßgeblichkeit der unterschiedlichen historischen Entstehung von Brandkassen und Leitungswasserversicherung¹¹³ wurde bereits hingewiesen; ebenso darauf, daß

98 Als Detailfrage ist es demgegenüber anzusehen, ob der Vermieter bei einem Mehrfamilienhaus die erhöhte Versicherungsprämie auf *alle* Mieter anteilig weiterwälzen kann oder er sie bloß von dem verlangen kann, der für den Schaden verantwortlich war. Sieht man es mit der Entscheidung des OLG Hamm NJW 82, 2005 als unzulässig an, bei Rohrverstopfungen eine solidarische Haftung aller Mieter zu vereinbaren, so muß Entsprechendes wohl auch gelten, wenn das gleiche wirtschaftliche Ergebnis über den Umweg eines Versicherungsvertrags erzielt wird (in diesem Sinn auch *Sieg* BB 93, 149 [150]). Aber selbst wenn der Mieter, der die Risikoverwirklichung leicht fahrlässig verursacht hat, die künftige Prämiensteigerung allein zu tragen hat, wird das in vielen Fällen noch immer für ihn viel vorteilhafter sein als der volle Schadensersatzanspruch des Vermieters, der häufig 100 000 DM und mehr ausmacht.

99 *Armbrüster* aaO (Fn. 16) S. 122 f.; ders. NJW 97, 177.

100 Weiter gehend insoweit *Martin* aaO (Fn. 18) J II 28.

101 AaO (Fn. 16) S. 22.

102 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

103 BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; 30, 40 = VersR 59, 500; 43, 295 = VersR 65, 508; BGH VersR 68, 774; BGHZ 65, 118 = VersR 76, 61; BGH WM 76, 210; BGHZ 70, 304 = VersR 78, 467; so auch die Untergerichte: OLG Köln VersR 66, 530; 67, 1172 = NJW 68, 751; OLG Stuttgart VersR 72, 770; zustimmend *Lange*, Schadensersatz 2. Aufl. 1990 Kap. 10 XVI 2 S. 651.

104 Etwas anders BGHZ 43, 295 = VersR 65, 508, wo in der Begründung lediglich darauf abgestellt wird, daß der Mieter Kenntnis vom Abschluß einer Kaskoversicherung habe.

105 So *Sieg*, Der Quasi-Versicherungsnehmer in der Sachversicherung VersR 76, 105.

106 *Schwarting* aaO (Fn. 16).

107 *Schwarting* aaO (Fn. 16) S. 15; *Weyers* aaO (Fn. 19) Rdz. 643; *Fuchs* BB 92, 1217 (1218); *Armbrüster* NJW 97, 177.

108 So zu Recht *Fuchs* BB 92, 1217 (1218).

109 BGH WM 76, 210; VersR 81, 349; 82, 134; 82, 359; OLG München VersR 81, 1137; zuletzt OLG Köln VersR 97, 1238; OLG Hamm NJW-RR 97, 1215.

110 Für die Bedeutsamkeit der dazu entwickelten Argumentationsstrukturen *Schwarting* aaO (Fn. 16) S. 61 f., 130; *Fuchs* BB 92, 1217 (1218).

111 Diese Parallele betonend BGHZ 131, 288 (= VersR 96, 320) unter Verweis auf RGZ 122, 292. Für die Anwendung einheitlicher Grundsätze für alle Arten der Gebäudeversicherung *Kollhoser* aaO (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A b aa; *Böhl* VersR 97, 671 (673).

112 Für die Erweiterung dieser Grundsätze von der Wohnraum- auf die Geschäftsraummiete *Honsell* VersR 85, 301; *Sonnenschein* EWIR § 276 BGB 2/96, 295 (296).

113 Dieses Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung noch erwägend BGH VersR 90, 625; 91, 462; gegenteilig aber dann BGH VersR 92, 311; zustimmend *E. Lorenz* VersR 92, 399.

es nicht entscheidend darauf ankommen kann, daß bei Anmietung eines Fahrzeugs eine höhere Prämie in Rechnung gestellt wird, weil ein mit dem Fahrzeug nicht vertrauter Fahrer dieses chauffiert, geht es doch um die Rechtsfolgen der Überwälzung der *Gesamtpremie* und nicht bloß eines *Risikozuschlags*¹¹⁴.

Auch der Umstand, daß die Überwälzbarkeit solcher Prämien in Anl. 3 Nr. 13 zu § 27 Abs. 1 II. BV geregelt ist, vermag nichts daran zu ändern, daß eine solche Überwälzung auch Auswirkungen auf *haftungsrechtlicher* Ebene nach sich zieht¹¹⁵.

c) Maßgeblichkeit der offenen oder verdeckten Überwälzung der Prämie

Der vom BGH favorisierte *haftungsrechtliche* Lösungsansatz bedarf eines Auslösers für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts für leichte Fahrlässigkeit des Mieters. Einer davon wird in der offenen Überwälzung der Versicherungsprämie gesehen. Wenn diese schon auf den Mieter überwälzt wird, muß dieser davon auch etwas haben¹¹⁶. Umgekehrt ist ein solches *Vertrauen des Mieters* eben nur bei offener Überwälzung gegeben¹¹⁷. Die bloße Berücksichtigung in der Kalkulation wird als nicht ausreichend angesehen¹¹⁸.

Die Literatur geißelt dies als *formale Anknüpfung*¹¹⁹, da entstehende Kosten im Geschäftsleben allemal überwälzt werden¹²⁰. Aus *versicherungsrechtlicher* Perspektive ist dieser Standpunkt konsequent, ist doch das *Risiko des Versicherers* nicht davon abhängig, ob die *Prämie offen überwälzt* oder beim *Mietzins einkalkuliert* wird, ganz abgesehen davon, daß der Versicherer von der konkreten Ausgestaltung des Mietvertrags meist *keine Kenntnis* hat¹²¹.

Von der Warte des *Mietvertrags* ist es allerdings folgerichtig, auf einen konkreten Anhaltspunkt für einen konkludenten Haftungsausschluß abzustellen. Wenn der Vermieter Ersatz seiner Prämienaufwendungen begehrt, kann er einerseits jede *Prämienhöhung* auf den Mieter überwälzen und nicht bloß nach Maßgabe der Erhöhung des Mietentgelts nach den Grundsätzen des MHG¹²², andererseits ist er aber auch *verpflichtet*, eine derartige *Versicherung tatsächlich abzuschließen*. Wird hingegen bloß ein Pauschalbetrag als Mietentgelt verlangt, ist der Vermieter frei, ob er überhaupt eine Gebäudeversicherung abschließt; und wenn er eine solche abschließt, dann kann man es ihm wohl auch nicht verwehren, *bloß das eigene Risiko* zu versichern, mit anderen Worten, einen *Prämiennachlaß* zu erreichen, wenn er dem Versicherer den Regreß gegen den Mieter bei dessen leichter Fahrlässigkeit nicht versperrt.

In der Literatur ist verschiedentlich Kritik an der Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses geübt worden, weil dieser immer etwas von einem „*deus ex machina*“ an sich habe¹²³. Wenn freilich die überwiegende Literatur mit einer ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags arbeitet, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, setzt sich auch diese gerade so über den in der schriftlichen Vertragsurkunde zum Ausdruck gekommenen *konkreten Willen der jeweiligen Vertragsparteien* hinweg, wie dies der BGH tut.

*Fuchs*¹²⁴ will dies vermeiden, indem er – wie der BGH – beim Verhältnis von Geschädigtem und Schädiger ansetzt und bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs des Vermieters gegenüber dem Mieter, der die Versicherungsprämien gezahlt hat, ein *Venire contra factum proprium* annimmt. Der von *Fuchs* vornehmlich für den Fall der Geschäftsunfähigkeit wegen Trunkenheit konzipierte Lösungsansatz führt im wesentlichen zum gleichen Ergebnis wie der Ansatz des BGH, hat freilich

in den vorliegenden Fällen den Nachteil, daß auf den Parteiwillen auch insoweit nicht zurückgegriffen werden kann, als ein solcher sich konkret ermitteln läßt.

d) Gleichwertigkeit anderer Momente, die zu einem stillschweigenden Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit führen

Die *offene Überwälzung der Sachversicherungsprämien* ist bloß ein Ansatzpunkt für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts, keinesfalls aber der *ausschließliche*. Erklärt der Vermieter vor oder bei Abschluß des Mietvertrags gegenüber dem Mieter, daß die Mietsache versichert sei bzw. werde, dann kann das der Mieter nicht anders verstehen, als daß das Zufallsrisiko gedeckt sei und er in einem solchen Fall nicht für leichte Fahrlässigkeit haften solle, so als ob er eine derartige Versicherung abgeschlossen hätte¹²⁵. Auf die offene Überwälzung der Versicherungsprämie kommt es dann nicht – mehr – an.

114 A. A. Schwarzer r+s 96, 86.

115 A. A. LG Hamburg VersR 82, 748 (749); OLG Celle VersR 88, 27 (28).

116 BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725. In der Entscheidung VersR 90, 625 weist der BGH ausdrücklich darauf hin, daß es kein ins Gewicht fallender Vorteil für den Mieter sei, wenn dadurch bloß ermöglicht werde, daß dem Vermieter rasch genug Liquidität zufließe, damit dieser umgehend die Instandsetzung vornehmen könne, für den Schaden aber letztendlich über den Regreß des Versicherers der Mieter aufkommen müsse. *Nicht bedacht* wurde freilich der Fall *zufälliger Beschädigung*, bei der dem Mieter die rasche Instandsetzung durch die Liquidität des Versicherers ohne Inanspruchnahme des Mieters zugute kommt.

117 OLG Köln VersR 66, 530.

118 BGHZ 30, 40 = VersR 59, 500; 43, 295 (mit zust. Anm. von Pfitzschner LM VVG § 67 Nr. 24) = VersR 65, 508; BGH VersR 91, 462; BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320; OLG Hamm NJWE-VHR 97, 49; zustimmend *Fuchs* (BB 92, 1217 [1219 f.]) mit dem Hinweis, daß § 67 VVG sonst stets leer laufen würde. Das besagt freilich wenig, weil § 67 VVG viele andere Fälle erfaßt, der Norm somit noch immer ein hinreichend großer Anwendungsbereich verbliebe.

119 *Armbrüster* NJW 97, 177. Für die Unbeachtlichkeit dieses Gesichtspunktes auch *Kollhosser* aaO (Fn. 18) vor § 51 Anm. 7 A B aa; ebenso bereits *E. Prölss* (VersR 57, 124) zur Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie auf den Mieter.

120 Vgl. aber BGHZ 43, 295 = VersR 55, 508, wo darauf hingewiesen wird, daß nicht in allen Fällen ein Entgelt erzielt werden konnte, das alle Kosten deckte. Ob somit eine Überwälzung sämtlicher Kosten gelingt, ist von den jeweiligen Marktverhältnissen abhängig.

121 *E. Prölss* VersR 57, 124.

122 Zu den unterschiedlichen Anpassungsmechanismen, je nachdem, ob es sich um Betriebskosten oder einen Bestandteil des Mietentgelts handelt, LG Braunschweig NJW-RR 91, 1230.

123 *E. Lorenz* VersR 92, 399 (402); ähnlich Stoll JZ 64, 61 (63), der rät das schlüpfrige Terrain des „*stillschweigenden Haftungsverzichts*“ zu meiden.

124 AcP 191, 318 (325 und 337); so auch BGHZ 43, 295 = VersR 65, 508.

125 BGHZ 43, 295 = VersR 65, 508; OLG Köln VersR 67, 1172 = NJW 68, 751; offengelassen in OLG Hamm VersR 69, 224, weil grobe Fahrlässigkeit des Mieters vorlag. In BGH VersR 90, 625 hatte der Verpächter eine solche Verpflichtung für das „*Grundrisiko*“ für ein Gebäude mit Gewerbebetrieb übernommen, die zusätzlichen Kosten aus dem Betrieb eines Nachtclubs, soweit diese höher sind als bei Betrieb einer Gaststätte, hatte der Pächter übernommen. Sowohl die eine als auch die andere Vereinbarung ist hinreichend für die Auslösung der Rechtsfolge, daß der Mieter zu stellen ist, als ob er selbst eine solche Versicherung abgeschlossen hätte, daher auch die Kombination aus beiden. Sofern keine Pflicht des Vermieters bzw. Verpächters zur Tragung der Grundprämie vereinbart war, vgl. unten unter D IV 3 d aa (3); so der Sachverhalt in BGH VersR 90, 625.

3. Die Rechtsfolgen: so, als ob der Mieter für ein eigenes Fahrzeug eine Kfz-Kaskoversicherung abgeschlossen hätte

Wurde unter D IV 2 geklärt, unter welchen Voraussetzungen die Übernahme der Judikatur zur offenen Überwälzung der Kaskoversicherungsprämien bei Vermietung eines Kfz auf den entsprechenden Fall bei Vermietung einer Wohnung oder eines Hauses und Überwälzung der Prämien aus der Gebäudesachversicherung zu bejahen ist, sind nun die Rechtsfolgen im einzelnen zu klären. Zumeist wird pauschal darauf hingewiesen, daß der Mieter von der Prämienzahlung *irgend etwas* haben müsse¹²⁶.

Das wird aber zumeist präzisiert in der Weise, daß der Mieter nicht besser¹²⁷, aber auch nicht schlechtergestellt werden soll¹²⁸, als wenn er selbst einen derartigen Versicherungsvertrag über eine eigene Sache abschließen würde¹²⁹, mag sich der Mieter darüber auch keine genaueren Vorstellungen machen¹³⁰. Eine Grenze erfährt der Schutz des Mieters insoweit, als der Vermieter durch ein Zugeständnis an den Mieter nicht seinen eigenen Versicherungsschutz gefährdet¹³¹. Zu betonen ist dabei stets, daß es sich um einen entsprechenden und nicht den gleichen Schutz wie bei Abschluß einer Versicherung für eine eigene Sache handelt. Das zeigt sich etwa darin, daß der Mieter niemals Auszahlung der Versicherung an sich begehren kann, sondern allenfalls Auszahlung an den Eigentümer, in concreto freilich bloß Freistellung von Schadenersatzansprüchen des Vermieters¹³².

a) Schutz des Mieters unabhängig vom Abschluß einer Kaskoversicherung durch den Vermieter

Der haftungsrechtliche Ansatz des BGH führt zu einem umfassenden Schutz des Mieters unabhängig davon, ob der Vermieter eine entsprechende Versicherung abgeschlossen hat¹³³. Bedeutsam ist das nicht nur, wenn nach der Absprache der Parteien der Vermieter dieses Risiko selbst tragen will, sondern auch dann, wenn eine bloß unzureichende Koordination von Mietvertrag und Versicherungsvertrag gegeben ist. In Anlehnung an ein Beispiel von Dallmayr¹³⁴ soll das verdeutlicht werden:

Der Vermieter hat ein Geschäftslokal als Gaststätte vermietet und die Gebäudeversicherungsprämien auf den Mieter überwälzt. Der Mieter einigt sich in der Folge mit dem Vermieter, daß er anstelle der Gaststätte das Lokal als Diskothek nutzt¹³⁵. Der Vermieter verabsäumt es aber, diese Nutzungsänderung dem Versicherer bekanntzugeben, so daß der Mieter in der Folge weiterhin die gleich hohen Prämien bezahlt. Als es dann aufgrund eines leicht fahrlässigen Verhaltens des Mieters dazu kommt, daß das Objekt abbrennt, beruft sich der Versicherer mit Erfolg auf Leistungsfreiheit wegen inzwischen eingetretener Gefahrrhöhung.

Den eingetretenen Schaden kann der Vermieter aber nun auch nicht auf den Mieter überwälzen, weil der stillschweigende Haftungsausschluß wegen leichter Fahrlässigkeit weiterhin aufrechtgeblieben ist. Was nach dem Leitsatz, daß der Mieter nicht besser-, aber auch nicht schlechtergestellt sein soll wie bei Abschluß einer entsprechenden Versicherung über eine eigene Sache, allein in Betracht kommt, ist die Nachforderung der fiktiven Differenz zwischen der Prämie bei Betrieb des Lokals als Gaststätte und als Diskothek¹³⁶. Das wird aber in aller Regel im Vergleich zum eingetretenen Schaden ein vernachlässigbar geringer Betrag sein.

b) Einbeziehung Dritter

Nicht immer ist es der Mieter selbst, der durch leicht fahrlässiges Verhalten den Versicherungsfall auslöst¹³⁷.

Mitunter sind es seine Familienangehörigen, Gäste oder von ihm bestellte Handwerker. Es stellt sich die Frage, ob sich der Mieter deren Verhalten zurechnen lassen muß und selbst im Regreßweg in Anspruch genommen werden kann oder der Versicherer sich zumindest von den Dritten zurückholen kann, was er an den VN auszahlen mußte.

Während in § 15 Abs. 2 AKB nunmehr klargestellt ist, daß ein Ersatzanspruch gegen den nicht geltend gemacht werden kann, der das Fahrzeug vom Mieter erhalten hat, weil dieser ihm gegenüber als berechtigter Fahrer anzusehen ist, hat man vor dieser Klarstellung das selbe Ergebnis aus der ergänzenden Vertragsauslegung abgeleitet¹³⁸. Wenn der Mieter ein der Kaskoversicherungsprämie entsprechendes Entgelt bezahlt, so bewirkt das nicht nur für ihn persönlich die Rechtsstellung, als ob er eine Kaskoversicherung für eine eigene Sache abgeschlossen hätte, der Haftungsverzicht für leichte Fahrlässigkeit kommt auch denen zugute, denen er die Sache mit Wissen und Wollen überlassen hat¹³⁹. Die Reichweite dieses Schutzes hielt der BGH auch in AGB nicht für abdingbar, so daß nicht wirksam vereinbart werden konnte, daß bloß der Mieter zum Lenken des Fahrzeugs berechtigt sein sollte, nicht aber weitere Personen¹⁴⁰. Wurde gegen diese Klausel verstoßen, bejahte der BGH gleichwohl deren Haftungsfreistellung bei leichter Fahrlässigkeit.

Insoweit könnte der Schutz des Mieters und der Personen, deren Verhalten er sich im Wege der Erfüllungshilfenhaftung zurechnen lassen muß, weiter gehen als der versicherungsrechtliche Ansatz. Wenn Armbrüster¹⁴¹ vorschlägt, daß zur Klarstellung neben dem Mieter auch

126 BGH BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; Fuchs BB 92, 1217 (1218).

127 BGH WM 74, 218.

128 BGHZ 70, 304 = VersR 78, 467: Unvereinbar damit ist die Vereinbarung zusätzlicher Haftungsausschlußklauseln.

129 BGHZ 65, 118 = VersR 76, 61.

130 In diesem Sinn bereits BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725.

131 BGH VersR 75, 317: Bei Haftungsfreistellung des Mieters für leichte Fahrlässigkeit ist das nicht gegeben, wohl aber bei grober Fahrlässigkeit, weil insoweit § 67 Abs. 1 S. 3 VVG analog angewendet werde.

132 OLG Köln VersR 66, 530.

133 BGH WM 76, 210; OLG Hamm DB 71, 1815 = VersR 71, 1127 L; OLG Stuttgart VersR 72, 770.

134 AaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 125.

135 So auch der Sachverhalt in OLG Hamm vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94).

136 Vgl. dazu OLG Koblenz VersR 97, 1226.

137 Insoweit stellt sich eine ähnliche Frage wie bei der Zurechnung des Verhaltens des Mieters an den VN. Überwiegend wird der Mieter nicht als Repräsentant angesehen: BGH VersR 89, 737 (738) = NJW 89, 1861 (1862); Dallmayr aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 136 f.; Schwarting aaO (Fn. 16) S. 63; Zierke, Ist der Mieter (Pächter) Repräsentant des Vermieters (Verpächters) und welche Versicherungsmöglichkeiten gibt es? VersR 87, 132 (133); a. A. freilich OLG Hamm VersR 81, 1173 für einen Hotel-pächter.

138 BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; 43, 295 = VersR 65, 508; in diesem Sinn bereits E. Prölss VersR 57, 124. Insoweit ging der haftungsrechtliche Lösungsansatz über den versicherungsrechtlichen hinaus, weil in der Kaskoversicherung der berechtigte Fahrer gerade nicht mitversichert war. Bei Abstellen auf die Formel „so als ob der Mieter selbst eine Kaskoversicherung abgeschlossen hätte“ hätte man somit eine Haftungsfreistellung des Dritten, der vom VN das Fahrzeug überlassen bekommen hatte, nicht begründen können.

139 BGH BGHZ 43, 295 = VersR 65, 508; KG VersR 75, 141. Vgl. dazu aus neuer Zeit auch Knappmann, Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des VN VersR 97, 261.

140 BGH VersR 81, 349; 82, 359 (360); 85, 1066 (nicht einmal bei ausdrücklichem Hinweis); ebenso OLG München VersR 81, 1137.

141 NJW 97, 177 (179).

dessen Familienangehörige einbezogen werden sollen, so fallen darunter nicht die Gäste des Mieters und die von ihm herangezogenen Handwerker, bei denen sich ein Versicherungsfall besonders leicht verwirklichen kann, sei es bei der Feuer- oder auch bei der Leitungswasserversicherung.

- c) Kein Wahlrecht des VN (Vermieters) zwischen Inanspruchnahme des Schädigers (Mieters) oder des Versicherers

Während bei Annahme eines stillschweigenden Regreßverzehrs des Versicherers dem Vermieter die Wahlmöglichkeit offensteht, ob er gegen den Versicherer oder den Mieter vorgeht, ist ihm diese Wahlmöglichkeit beim haftungsrechtlichen Lösungsansatz genommen, weil schon der Schadensersatzanspruch bei leichter Fahrlässigkeit nicht zum Entstehen kommt. Da der Mieter die Gegenleistung für die Haftungsbeziehung für leichte Fahrlässigkeit bezahlt¹⁴² bzw. sich der Vermieter dem Mieter gegenüber dazu verpflichtet hat¹⁴³, ist allein diese Rechtsfolge angemessen.

- d) Zurückbleiben des Umfangs der Versicherungsleistung gegenüber dem Schadensersatzanspruch

Nicht immer deckt die Versicherungsleistung den gesamten entstandenen Schaden. Es stellt sich dann die Frage, ob der Vermieter sich insoweit an den Mieter halten kann oder er den von der Versicherungsleistung nicht gedeckten Schaden selbst tragen muß. Insoweit ist eine pauschale Lösung abzulehnen¹⁴⁴, jedoch auf die Ursachen abzustellen, warum die Versicherungsleistung hinter dem Schadensumfang zurückbleibt.

- aa) Haftungseinschränkung nach Maßgabe des „erkauften“ Versicherungsschutzes

Das Prinzip, daß der Mieter nicht besser-, aber auch nicht schlechtergestellt sein soll, als wenn er selbst eine derartige Versicherung über eine ihm gehörende Sache abgeschlossen hätte, führt auch in diesen Sachverhaltskonstellationen zu überzeugenden Ergebnissen¹⁴⁵.

(1) Unterversicherung

Ist eine Unterversicherung gegeben, deckt die Versicherungsleistung nur einen Bruchteil des Schadens. Insoweit ist es folgerichtig, dem Vermieter einen restlichen Schadensersatzanspruch gegen den Mieter zu belassen. Den Vermieter trifft keine Pflicht, eine Gebäudeversicherung überhaupt abzuschließen. Tut er dies nicht, darf er keine Prämie überwälzen. Mangels offen überwälzter Prämie ist aber dann auch kein Anhaltspunkt für einen konkludenten Haftungsausschluß gegeben. Deckt die gezahlte Prämie nicht den vollen Schaden, sondern nur einen Teil, dann kommt es eben auch nur insoweit zu einer Haftungsbeziehung des Mieters, als dieser über die Prämie das Äquivalent für die Haftungsbeziehung erbracht hat¹⁴⁶.

Schwarzer¹⁴⁷ erwägt diese Möglichkeit zwar, meint dann aber, daß dies zu kompliziert sei, vielmehr insoweit ein Punkt erreicht sei, bei dem die ergänzende Vertragsauslegung nicht mehr weiterzuhelfen vermöge. Die Parteien seien vielmehr aufgerufen, eine ausdrückliche Regelung zu treffen. Abgesehen davon, daß die Unterversicherung sich im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter nicht anders stellt als zwischen Versicherer und VN, kann die Kompliziertheit einer Materie nicht a priori ein Hinderungsgrund für die Heranziehung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung sein. Vielmehr bedarf es dieser häufig gerade deshalb, weil die konkreten Vertragsparteien an diesen Eventualfall nicht gedacht ha-

ben, vernünftige Vertragsparteien aber eine solche Regelung getroffen hätten, wenn ihnen das Problem bewußt gewesen wäre.

(2) Selbstbehalt

Was für die Unterversicherung gilt, muß mutatis mutandis für den Selbstbehalt gelten. Insoweit kann auch auf entsprechende Judikatur¹⁴⁸ und Literatur¹⁴⁹ zur Überwälzung der Kfz-Kaskoversicherungsprämie verwiesen werden.

(3) Tragung eines Teils der Prämie – Spezialfall: Mehrkosten für erhöhte Gefahr

Führt man diese Linie konsequent fort, dann würde eine Teilüberwälzung der Prämie dazu führen, daß der Mieter eben nur mit dem entsprechenden Teil von der Haftung für leichte Fahrlässigkeit befreit wäre, weil er sich nur insoweit den „Versicherungsschutz erkaufte“ hat¹⁵⁰. Freilich kann die Auslegung des konkreten Vertrags Gegenteiliges ergeben: Wenn der Vermieter vertraglich die Pflicht zur Versicherung der Mietsache übernommen hat, kommt es auf die offene Überwälzung der Prämie nicht an, so daß es somit auch nicht schaden kann, wenn bloß ein Teil der Prämie überwälzt wird¹⁵¹.

Einzugehen ist hingegen auf den Spezialfall, daß ein Mieter den Teil der Prämie übernimmt, der sich infolge einer Gefahrerhöhung ergibt¹⁵². Ein Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit ist nach Zureichen des Versicherungsschutzes anzunehmen, soweit sich der Vermieter bzw. Verpächter zum Abschluß einer Versicherung im Miet- bzw. Pachtvertrag verpflichtet hatte¹⁵³. Sofern das nicht der Fall ist, wäre es meines Erachtens sachgerecht, anstelle der aliquoten Kürzung des Schadensersatzanspruchs darauf abzustellen, ob sich die erhöhte Gefahr verwirklicht hat oder das normale Risiko. Denn ein Vermögensäquivalent hat der Mieter nur für die besondere Gefährlichkeit seiner Tätigkeit bezahlt, nicht aber für das normale Schadensrisiko.

Wenn man dagegen ins Treffen führt, daß sich das eine vom anderen nicht abgrenzen lasse, so ist dem zu entgegen, daß sich ebendiese Frage bei der Leistungsfreiheit des Versicherers wegen Gefahrerhöhung stellt und

142 Vgl. oben unter D IV 2 c.

143 Vgl. oben unter D IV 2 d.

144 Fuchs (BB 92, 1217 [1219]) verweist demgegenüber auf § 636 RVO, die Rechtslage bei einem Arbeitsunfall. Insoweit wurde dem verletzten Arbeitnehmer aber stets jeglicher Schadensersatzanspruch genommen, selbst wenn die Versicherungsleistung hinter seinem konkreten Schaden zurückbleibt.

145 Zur Auslegung der Haftungsbegrenzungsabrede nach Maßgabe des Versicherungsschutzes Pfretzschner in Anm. zu BGH LM VVG § 67 Anm. 24.

146 So auch Fuchs AcP 191, 318 (326).

147 r+s 96, 86 (87).

148 BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725; 30, 40 = VersR 59, 500: „so weit“.

149 Pfretzschner in Anm. zu BGH LM VVG § 67 Nr. 24.

150 A. A. Sonnenschein EWIR § 276 BGB 2/96, 295 (296) unter Hinweis auf OLG Hamburg OLGE 22, 248, der bei hälftiger Tragung der Versicherungsprämie generell einen vollständigen Haftungsausschluß annimmt.

151 So möglicherweise der Sachverhalt in OLG Hamburg OLGE 22, 248.

152 So der Sachverhalt der Entscheidung des OLG Hamm vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94), wiedergegeben von Boin VersR 97, 671 (674). Der Verpächter trug die Grundprämie. Die Erhöhung der Prämie, die daraus resultierte, daß nicht wie ursprünglich ein Gasthaus, sondern eine Diskothek betrieben wurde, wurde auf den Pächter überwälzt.

153 So BGH VersR 90, 625. In der Entscheidung des OLG Hamm vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94) war dies freilich gerade nicht so.

auch dort gelöst werden muß. In der unveröffentlichten Entscheidung des OLG Hamm¹⁵⁴ ließ sich eine derartige Abgrenzung ohne weiteres vornehmen, weil der Pachtvertrag mit dem Unterpächter, der die Diskothek betrieben hatte, zum Zeitpunkt des Ausbruchs des Feuers bereits beendet war.

bb) Fehlverhalten des VN

Schwarzer¹⁵⁵ stellt die rhetorische Frage, warum denn der Vermieter auf seinen Schadensersatzanspruch verzichten soll, wenn sein Versicherungsanspruch infolge eines qualifizierten Prämienverzugs oder wegen einer sonstigen Obliegenheitsverletzung¹⁵⁶ nicht realisierbar ist. Er bejaht somit auch in solchen Fällen die Berechtigung des Schadensersatzanspruchs gegen den Mieter.

In diesen Fällen erscheint freilich der Vermieter, der als VN ein Fehlverhalten gesetzt hat, nicht schutzwürdig. Auch wenn sich aufgrund eines leicht fahrlässigen Verhaltens des VN der Versicherungsfall realisiert hätte, hätte dieser bei Prämienverzug oder Obliegenheitsverletzung gegen den Versicherer keinen durchsetzbaren Anspruch.

e) Auswirkungen auf die Beweislast

In der neuesten Entscheidung vom 13. 12. 1995¹⁵⁷ hat der BGH zur Frage der Beweislast nicht Stellung genommen. Schwarzer¹⁵⁸ hat in einem Besprechungsaufsatz zu dieser Entscheidung darauf hingewiesen, daß der Haftungsausschluß die Beweislastverteilung unverändert lasse. Wendet man freilich die Grundsätze in toto an, die der BGH zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämien beim Mietvertrag entwickelt hat, ergeben sich auch Auswirkungen auf die Beweislastverteilung¹⁵⁹.

Nach dem dispositiven Gesetzesrecht (§§ 548, 282 BGB) findet bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen eine Beweislastumkehr in bezug auf Verursachung und Verschulden zu Lasten des Mieters statt, sofern der Vermieter nachweisen kann, daß der Schaden aus der Sphäre des Mieters stammt. Die jüngere Rechtsprechung¹⁶⁰ hat zu einer Einschränkung dieser Beweislastverteilung und einer Verstärkung des Rechtsschutzes des Mieters insoweit geführt, als diese nur dann zum Tragen kommt, wenn der Vermieter den Nachweis erbringen kann, daß auszuschließen ist, daß eine Schadensursache aus seinem Verantwortungsbereich stammt.

Gelingt dieser Beweis, bleibt es in den Fällen des Non liquet aber immer noch bei der Beweislast des Mieters, von dem der Vermieter somit im Falle grober Fahrlässigkeit, von der sich der Mieter ebenfalls zu entlasten hat, Ersatz verlangen kann. Geht auf den Versicherer nach § 67 VVG eben die Rechtsposition über, die der Vermieter hat, so ist ein Regreßanspruch des Versicherers daher nicht gegeben, wenn der Mieter alternativ nachweist, daß er den Schaden entweder nicht verursacht hat oder ihm zumindest nicht grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Stellt man hingegen darauf ab, daß der Mieter bei Tragung der Versicherungsprämie so zu stellen ist, als ob er selbst einen derartigen Versicherungsvertrag über eine eigene Sache abgeschlossen hätte, kommt es zu einer Umkehrung der Beweislast. Dann obliegt es nämlich dem Versicherer, den Nachweis für Verursachung und grobe Fahrlässigkeit des Mieters zu führen¹⁶¹. Der BGH¹⁶² hat bei offener Überwälzung der Kaskoversicherungsprämie bei den Kfz-Mietverträgen sogar angenommen, daß diese Beweislastverteilung durch AGB nicht abdingbar ist.

Es ist meines Erachtens kein Grund ersichtlich, warum der BGH, nachdem er A gesagt hat, nicht auch B sagen

sollte¹⁶³. Der Regreß des Versicherers findet somit nur statt, wenn er dem Mieter nachweisen kann, daß dieser den Versicherungsfall, der zur Leistungspflicht des Versicherers gegenüber dem VN geführt hat, grob fahrlässig verursacht hat¹⁶⁴. Da die Schadensursache insbesondere in der Feuer- und Leitungswasserversicherung¹⁶⁵ oft genug ungeklärt bleibt, dürfte diesem Umstand erhebliche Bedeutung zukommen.

f) Anspruch des Mieters auf Wiederaufbau nach Zerstörung der Mietsache

Die Übernahme der Judikatur zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämie beim Kfz-Mietvertrag auf die Überwälzung der Gebäudeversicherungsprämie auf den Mieter bei der Vermietung oder Verpachtung von Grundstücken zeitigt eine weitere Konsequenz, die bisher noch nicht erkannt wurde: Wird ein Gebäude beschädigt, ohne daß der Mieter dies zu vertreten hat, trifft den Vermieter eine Instandsetzungspflicht. Wird hingegen ein Gebäude zerstört, wird der Mieter zwar von der Zahlung des Mietzinses frei, sofern er die Zerstörung nicht zu vertreten hat, der Vermieter ist aber nicht verpflichtet, das Gebäude wieder neu aufzubauen, sofern nicht er die Zerstörung zu vertreten hat.

Die Rechtsprechung¹⁶⁶ hält an diesen Grundsätzen auch dann fest, wenn die Prämien aus einer Sachversicherung auf den Mieter oder Pächter offen überwält worden sind. Diese Frage stellt sich zumeist vor dem Hintergrund, daß der Vermieter bei Verzicht auf den Wiederaufbau bloß den Zeitwert erhält, während bei Wiederherstellung der Neuwert erstattet wird. In der Erstattung der Prämie durch den Mieter wird nicht mehr gesehen als die Entrichtung eines Teils des Entgelts.

Die Judikatur zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämie bei der Kfz-Miete hat ausgesprochen, daß der Mieter möglichst so zu stellen ist, als ob er selbst einen derartigen Versicherungsvertrag über eine eigene Sache abgeschlossen hätte. Das hat aber nicht nur zur Folge,

154 Urteil vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94).

155 r + s 96, 86 (87).

156 So BGHZ 22, 109 = VersR 56, 725: Obliegenheitsverletzung durch Vermietung an gewerblich tätigen Mieter.

157 BGHZ 131, 288 = VersR 96, 320.

158 r + s 96, 86 (87).

159 So auch Boin VersR 97, 671 (674); Finzell/Boin, Zur Beweislast des Feuerversicherers gegen den Mieter r + s 97, 177; auf das Problem hinweisend bereits Pfretzschner in Anm. zu LM VVG § 67 Nr. 24; den Umschwung bewirkend OLG Stuttgart VersR 72, 770.

160 BGH VersR 95, 467; LG Saarbrücken WuM 76, 367; OLG Hamm NJWE-VHR 97, 49; OLG München NJW-RR 97, 1031; anders noch BGHZ 66, 349; BGH VersR 76, 1084.

161 So OLG Hamm DB 71, 1815 (= VersR 71, 1127 L) in einem Fall, in dem der Vermieter keine Kaskoversicherung abschloß, sondern dieses Risiko selbst trug; ebenso OLG Stuttgart VersR 72, 770 (772) und BGH VersR 75, 317 für eine Warenversicherung; kritisch dazu Sieg VersR 76, 105; gegenteilig noch OLG Nürnberg VersR 65, 582.

162 BGHZ 65, 118 = VersR 76, 61; anders noch BGH VersR 74, 975.

163 So auch Finzell/Boin r + s 97, 177 (178); gegenteilig freilich noch BGH VersR 90, 625, wo die Beweislastverteilung des Mietvertrags für maßgeblich angesehen worden ist.

164 Gegenteilig aber OLG Hamm NJWE-VHR 97, 49.

165 BGH VersR 90, 625; OLG München WuM 89, 128; LG Kiel WuM 92, 120; OLG Hamm vom 30. 11. 1994 (30 U 61/94); OLG München NJW-RR 97, 1031.

166 BGH WuM 77, 5; 77, 400; ZMR 92, 140; so auch Dallmayr aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 2, anders freilich bei bloßer Beschädigung. Bei einer solchen besteht ein Instandsetzungsanspruch des Mieters aber schon aufgrund des Mietvertrags, unabhängig davon, ob die Prämien einer Sachversicherung auf ihn überwält worden sind.

daß der Mieter bei leichter Fahrlässigkeit nicht zur Haftung herangezogen werden kann, sondern auch, daß ihm das *Wahlrecht* zustehen soll, wie die Ersatzleistung verwendet werden soll, hätte er dieses doch auch in bezug auf die *Ersatzleistung bei Zerstörung einer eigenen Sache*. Die entsprechende Anwendung dieser Grundsätze führt zwar nicht dazu, daß der Versicherungsbetrag an den Mieter ausbezahlt ist, wohl aber dazu, daß er vom Vermieter verlangen kann, den ausbezahlten Betrag widmungsgemäß zu verwenden.

Dem Vermieter wird damit *nichts Böses* angetan. Einerseits erhält er den Neuwert für die zerstörte, vielleicht schon relativ alte und daher weniger wertvolle Sache. Andererseits ist er in gewissem Rahmen sogar frei, sich bei der Neuerrichtung nicht sklavisches an den zerstörten Altbau zu halten¹⁶⁷. Für den Mieter ist diese Rechtsfolge insofern vorteilhaft, als er selbst bei Zerstörung der Mietsache am Mietvertrag festhalten und das gewohnte Objekt in vertrauter Lage alsbald wieder nutzen kann.

V. Angemessenheit der Rechtsfolgen des versicherungsrechtlichen und haftungsrechtlichen Lösungsansatzes

Der versicherungsrechtliche Lösungsansatz gibt nach der hier vertretenen Ansicht dem Mieter einerseits zu *viel* und andererseits zu *wenig*. Es kann passieren, daß selbst dem Mieter der vom Vermieter abgeschlossene Versicherungsvertrag zugute kommt, der davon *gar nichts wußte* und auch *nicht darauf vertraute*, bei leichter Fahrlässigkeit nicht haftpflichtig zu werden. Hat nämlich der Vermieter mit dem Mieter keine offene Überwälzung der Prämie vereinbart, steht es dem Vermieter frei, ob er überhaupt eine Sachversicherung abschließt.

Umgekehrt kann selbst der Mieter, auf den die *Prämie offen überwälzt* wurde, nicht sicher sein, ob ihm im Fall der Verwirklichung des Risikos die oft jahrelang gezahlten *Prämien* in der Weise zugute kommen, daß bei seinem leicht fahrlässigen Verhalten er nicht doch vom Vermieter gerade so in Anspruch genommen wird, als ob er niemals die Versicherungsprämien getragen hätte.

Die als *formal* angeprangerte Art der *offenen Überwälzung* oder *bloßen Berücksichtigung bei der Kalkulation*¹⁶⁸ erweist sich nach der hier vertretenen Ansicht als *sachgerechtes Abgrenzungskriterium*, wenngleich zu betonen ist, daß die offene Prämienüberwälzung bloß ein Ansatzpunkt für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts für leichte Fahrlässigkeit ist, mag er in der Praxis auch der wichtigste Anwendungsfall sein.

Der *haftungsrechtliche Lösungsansatz* gibt demgegenüber dem Mieter gerade den Schutz, auf den er berechtigterweise vertrauen darf, nämlich bei leicht fahrlässigem Verhalten nicht in Anspruch genommen zu werden. Der Mieter wird unabhängig davon geschützt, ob der Vermieter die *inkassierten Prämien korrekt an den Versicherer weitergeleitet* hat. Sein Schutz richtet sich nach der *Höhe der von ihm entrichteten Prämie*. Unterversicherung und Selbstbehalt wirken sich in der Weise aus, daß insofern der Schadensersatzanspruch des Vermieters erhalten bleibt. Dies gilt freilich nicht, wenn der Vermieter den Versicherungsschutz verliert, weil er selbst eine Obliegenheitsverletzung begangen hat.

In bezug auf die *Beweislastverteilung* stellt der haftungsrechtliche Lösungsansatz den Mieter besser als der versicherungsrechtliche Ansatz des Regreßverzichts. Auch was die *Einbeziehung Dritter* betrifft, bleibt der haftungsrechtliche Lösungsansatz zumindest nicht gegenüber dem versicherungsrechtlichen zurück. Ein *durchsetzbarer Anspruch des Mieters auf Wiedererrichtung des zer-*

störten Gebäudes läßt sich überhaupt nur auf haftungsrechtlicher Ebene begründen.

In Umkehrung des von der Literatur behaupteten Vorrangs des Versicherungsrechts¹⁶⁹ hat die Untersuchung der Unterschiede ergeben, daß der *haftungsrechtliche Lösungsansatz vorzugswürdig* ist. Mag das eine oder andere Detailergebnis sich auch mit Hilfe der ergänzenden Auslegung des Versicherungsvertrags erzielen lassen, so ist das haftungsrechtliche Auffangnetz keinesfalls entbehrlich¹⁷⁰.

Auch die *Belange des Versicherers* werden angemessen berücksichtigt. Dem Versicherer wird zugemutet, daß seine Rechtsstellung gegenüber dem Mieter keine stärkere ist, als wenn dieser selbst als VN einen Vertrag über eine solche Sache abgeschlossen hätte. Da der *Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit* als *verkehrsüblich* angesehen wird, wird dem Versicherer zugemutet, insofern eine Verschlechterung seiner Rechtsposition hinzunehmen. Da der *Versicherer* aber derjenige ist, der über das *höchste Maß an Sachkunde* verfügt, liegt es an ihm, durch entsprechende Formulierung seiner AGB einerseits für klare Fronten zu sorgen und andererseits Produkte anzubieten, die dem VN einen *effizienten Versicherungsschutz* gewährleisten. Der sich verstärkende Wettbewerb durch Auftreten ausländischer Anbieter in Kombination mit der Aufhebung der Genehmigungsbedürftigkeit von Versicherungsbedingungen könnte der Auslöser für die Überarbeitung bzw. stärkere Ausdifferenzierung der Versicherungsbedingungen sein¹⁷¹. Darauf soll abschließend noch kurz eingegangen werden:

VI. Folgerung für die Kautelarjurisprudenz

1. Differenziertes Angebot

- a) Versicherung bloß des Risikos des Vermieters oder auch des Mieters

Nach derzeitiger Rechtsprechung ist dem Versicherer der Regreß gegen den Mieter bei dessen leicht fahrlässigem Verhalten dann abgeschnitten, wenn die Versicherungsprämie auf den Mieter offen überwälzt wird (*Nettomiete*), weil dann ein Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit angenommen wird. Das verhindert, daß beim Vermieter bei leicht fahrlässigem Verhalten des Mieters ein Schadensersatzanspruch entsteht, so daß ein solcher auch nicht nach § 67 VVG vom Vermieter auf den Versicherer übergehen kann. Wird die Prämie aber bloß bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt (*Bruttomiete*), kann sich der Versicherer bei leicht fahrlässiger Schadensverursachung durch den Mieter bei diesem regressieren.

Dem Versicherer ist aber *nicht erkennbar*, auf welche Weise die Überwälzung der Versicherungsprämie vom Vermieter auf den Mieter erfolgt. Nach den Grundsätzen kaufmännischer Vorsicht muß er die Prämie daher so

167 Zu den Grenzen vgl. OLG Hamm VersR 97, 307.

168 So nachdrücklich Armbrüster NJW 97, 177; a. A. aber Fuchs BB 92, 1217 (1219 f.).

169 Martin VersR 75, 101; ders. VersR 78, 881 (883); ders. aaO (Fn. 18) J 17; Honsell VersR 85, 301 (303); E. Lorenz VersR 92, 399 (400 und 402); Kollhosser aaO (Fn. 18) § 51 Anm. 6 E und 7; Armbrüster NJW 97, 177; Boin VersR 97, 671 (673).

170 Auch Armbrüster (VersR 94, 893 [897]) weist darauf hin, daß durch die Einführung des § 15 Abs. 2 AKB (Regreßverzicht) die Frage der Mitversicherung nicht entbehrlich geworden ist. In der besprochenen Entscheidung BGH VersR 94, 85 ging es darum, ob der Schädiger dem Versicherer den Regreßausschluß aus § 67 Abs. 2 VVG entgegenhalten konnte; a. A. Honsell VersR 85, 301 (304).

171 Armbrüster aaO (Fn. 16) S. 19.

kalkulieren, als ob ihm ein solcher Regreß stets abgeschnitten würde¹⁷².

Da derzeit eine einheitliche Prämie kalkuliert wird, zahlen diejenigen VN, die die Prämie nicht offen überwälzen, eine zu hohe Versicherungsprämie¹⁷³. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie muß es den Parteien des Versicherungsvertrags jedoch offenstehen, das zu versichernde Risiko anders zu umschreiben, nämlich in der Weise, daß die Sachversicherung bloß das Risiko des Vermieters abdeckt, nicht aber das des Mieters einschließt. Man kann das auch von der anderen Seite aus betrachten: Dem Vermieter kann als VN ein Prämiennachlaß gewährt werden, wenn er dafür sorgt, daß dem Versicherer ein Regreßanspruch gegen den Mieter bei dessen leicht fahrlässiger Schadenszufügung zusteht.

Im Versicherungsvertrag wird dann bloß das Risiko zufälliger Beschädigung oder Zerstörung übernommen inklusive leichter Fahrlässigkeit des VN. Da der Vermieter sich aber nicht im Mietobjekt aufhält, wird es nur ausnahmsweise zu einem solchen Fall kommen. Denkbar ist immerhin eine schuldhaft vernachlässigung der Instandhaltungspflicht. Zu diesen übernommenen Gefahren kommt das Einbringlichkeitsrisiko der Schadensersatzforderung gegen den jeweiligen Schädiger unter Einfluß des Mieters.

Diese Prämie ist dann in AGB nicht auf den Mieter offen überwälzbar: Es geht dabei ausschließlich um eine reine Unfallhaftung bzw. um eine solche bei leichter Fahrlässigkeit des Vermieters. Dem Mieter kann aber nicht die Haftung für reine Unfallsschäden aufgebürdet werden, geschweige denn eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit des Vermieters. Akzeptiert man die unter A I 3 aufgestellte These von der Gleichwertigkeit der Modifizierung der Haftung und der Überwälzung der Prämie einer Versicherung, die das entsprechende Risiko abdeckt, so ist letzteres gerade so unzulässig wie ersteres.

Darüber hinaus würde die offene Überwälzung beim Mietvertrag gerade den Mechanismus auslösen, der von den Partnern des Versicherungsvertrags nicht gewollt ist, nämlich ein Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit des Mieters. Schließlich würde eine solche Vorgangsweise des Vermieters dazu führen, daß bei leichter Fahrlässigkeit des Mieters der Versicherer nicht leistungspflichtig ist. In diesem Fall hätte der Vermieter bei leichter Fahrlässigkeit des Mieters den Schaden selbst zu tragen. Solange aber keine offene Überwälzung der Prämie stattfindet, ist der Sachversicherer dem Eigentümer gegenüber leistungspflichtig und kann sich beim schuldhaft handelnden Dritten unter Einfluß des Mieters regresieren.

Eine solche Sparversion eines Sachversicherungsvertrags würde eine Zunahme an Effizienz für den VN bewirken, weil er bloß für das Risiko die Prämie bezahlt, für das er eine Gegenleistung erhält. Das Anbieten einer komplementären Ergänzungsversicherung, die lediglich das Risiko leicht fahrlässiger Schädigung durch den Mieter deckt, würde dazu führen, daß bloß die Prämie für diese Versicherung auf den Mieter überwälzbar ist, nicht aber die, die das Zufallsrisiko sowie die leicht fahrlässige Schädigung der Mietsache durch den Vermieter zum Gegenstand hat.

Da der Vermieter zum Abschluß einer Sachversicherung dem Mieter gegenüber nicht verpflichtet ist¹⁷⁴, wird man auch keine Aufklärungspflicht darüber annehmen können, daß das Risiko des Feuer- und Leitungswasserschadens nicht mehr zu seinen Gunsten versichert ist¹⁷⁵. Mangels offener Überwälzung der Prämie hat nach der

bestehenden Rechtsprechung der Mieter von einer solchen Versicherung keinen Vorteil, so daß eine Hinweispflicht des Vermieters schon aus diesem Grund abzulehnen ist. Mangels Vorteilhaftigkeit kann auch das von Fuchs¹⁷⁶ erwähnte Kriterium der Üblichkeit insoweit nicht zum Tragen kommen.

b) Abstimmung mit Haftpflichtversicherung des Mieters – Einbeziehung auch grob fahrlässigen Verhaltens

Auf den ersten Blick mag es erscheinen, daß eine solche Differenzierung der Angebotspalette des Versicherers sich zu Lasten des Mieters auswirkt. Das trifft indes nicht zu. Soweit die Prämie wegen der Ausklammerung eines bestimmten Risikos geringer ausfällt, reduziert sich auch die Belastung des Mieters. Dem Mieter ist es dann unbenommen, entweder eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, wobei dann zwar nicht das Zufallsrisiko¹⁷⁷, aber nicht nur sein leicht, sondern auch sein grob fahrlässiges Verhalten mitversichert ist (§ 152 VVG)¹⁷⁸. Hinsichtlich des Umfangs des Ersatzes ist nicht auf die Neuwerte abzustellen, sondern auf die Zeitwerte. Nach bürgerlichem Recht, sei es Vertrags- oder Deliktsrecht, ist der Mieter aber auch nur zum Ersatz der Zeit-, nicht der Neuwerte verpflichtet. Als Alternative käme aber auch eine Sachversicherung für fremde Rechnung in Betracht, die gerade das Risiko abdeckt, das durch die Sachversicherung des Eigentümers nicht erfaßt ist, nämlich die leichte Fahrlässigkeit des Mieters¹⁷⁹.

Je nach Risikoscheu¹⁸⁰ mag sich der Mieter für die eine oder andere Variante entscheiden. Es wird dabei vermieden, daß der Mieter für ein Risiko zahlt, ohne davon etwas zu haben, so bei nicht offener Überwälzung der Versicherungsprämie im Mietentgelt. Aber auch die Doppelzahlung für die Abdeckung eines gleichen Risikos, nämlich die Haftungsfreistellung bei leicht fahrlässig verursachten Schäden an der gemieteten Sache bei offener Überwälzung der Sachversicherungsprämie im Mietentgelt einerseits und Abschluß einer eigenen Haftpflichtversicherung, die die Schädigung an gemieteten Sachen miteinschließt, andererseits¹⁸¹.

172 So OLG Köln VersR 67, 1172 = NJW 68, 751. Honsell (VersR 85, 301) greift diesen Gedanken auf, zieht daraus aber den gegenteiligen Schluß. Er wählt als Referenzgröße die Versicherung bei Selbstnutzung durch den Eigentümer und nimmt an, daß bei Zuerkennung eines Regresses an den Mieter der Versicherer eine nicht gerechtfertigte Minderung seines Risikos erfahre.

173 So etwa in dem Sachverhalt BGH VersR 91, 462.

174 So LG Hamburg VersR 82, 748 (749) in bezug auf eine Leitungswasserversicherung; ähnlich Dallmayr aaO (Fn. 1) Kap. IX Rdz. 2, wenn auch sehr vorsichtig formuliert wird: „Eine mietvertragliche Nebenpflicht des Vermieters, Versicherungen für das Gebäude abzuschließen, dürfte [Hervorhebung durch den Verfasser] trotz Umlagefähigkeit zu verneinen sein.“

175 Anders OLG Frankfurt/M. NJW-RR 86, 107 (= VersR 86, 603 L) in bezug auf die Versicherung von einem Juwelier übergebenen Schmuckstücken gegen Raubüberfall; zustimmend Fuchs AcP 191, 318 (334 und 343 f.).

176 AcP 191, 318 (344).

177 Schwarting aaO (Fn. 16) S. 12.

178 Schwarzer r+s 96, 86 (87).

179 Ähnlich wohl auch die Überlegungen von Armbrüster (aaO [Fn. 16] S. 26), wenn er darauf hinweist, daß es Haftpflichtversicherungen an bestimmten Sachen gibt. Die hier zur Diskussion gestellte Aufspaltung der Sachversicherung wird jedoch nicht angesprochen.

180 Dazu Prölss aaO (Fn. 33) S. 487, 495.

181 Dabei zahlt er zweimal dafür, daß er durch leichte Fahrlässigkeit einen Schaden am Mietgegenstand verursacht. Die Fälle grober Fahrlässigkeit dürften demgegenüber die Ausnahme von der Regel sein und quantitativ kaum ins Gewicht fallen.

2. Obliegenheiten des Mieters bei Einbeziehung in den Versicherungsvertrag

Seitens der Versicherungswirtschaft wäre aber auch zu erwägen, über den Schatten der mancherorts erhobenen *konstruktiven Bedenken*¹⁸² zu springen und den Mieter in den Deckungsschutz der Sachversicherung einzubeziehen¹⁸³. In diesem Fall könnten dem Mieter nämlich immerhin *Obliegenheiten* auferlegt werden¹⁸⁴. Insoweit ist die BGH-Rechtsprechung von einer gewissen *Einseitigkeit* geprägt, als sie nämlich zwar den Mieter hinsichtlich der Haftungsfreistellung für leichte Fahrlässigkeit und der Beweislast so behandelt, als ob er selbst VN wäre, dies aber nicht tut in bezug auf einen Verstoß gegen Obliegenheiten¹⁸⁵. Das mag daran liegen, daß die Haftungsmilderung und die Privilegierung bei der Beweislast relativ leicht zu handhaben sind, während die Obliegenheiten jeweils konkret vereinbart sein müssen¹⁸⁶.

Werden Obliegenheiten einem Mitversicherten auferlegt, so führt dessen Obliegenheitsverletzung nicht dazu, daß der Anspruch des VN verlorengelht¹⁸⁷, sofern der Mieter nicht Repräsentant des VN ist, wohl aber wird bewirkt, daß dem Versicherer der Regreßanspruch gegen den Mitversicherten zusteht.

*Sieg*¹⁸⁸ weist schließlich darauf hin, daß der haftungsrechtliche Lösungsansatz in einem weiteren Punkt zu einer Schlechterstellung des Versicherers gegenüber dem Abschluß einer Sachversicherung durch den Mieter

selbst führt: Wäre der Mieter VN, so wäre der Versicherer bei dessen grob fahrlässigem Verhalten nach § 61 VVG leistungsfrei, ist jedoch der Vermieter VN, führt das grob fahrlässige Verhalten des Mieters dazu, daß der Versicherer dem Vermieter gegenüber leistungspflichtig bleibt und sich lediglich beim Mieter regressieren kann, somit dessen *Insolvenzrisiko* zu tragen hat. Bei den mitunter beträchtlichen Summen, um die es geht, ist dieses nicht bloß theoretischer Natur. Soll dieses Risiko ausgeschaltet werden, kann dies durch Abschluß eines *Versicherungsvertrags durch den Mieter für fremde Rechnung* erfolgen.

182 So namentlich E. Lorenz VersR 92, 399 (400); gegen solche Bedenken Armbrüster VersR 94, 893 (894); ders. NJW 97, 177; Fuchs BB 92, 1217 (1220).

183 Zur Änderung der Rechtslage in der Kaskoversicherung durch Einführung des § 15 Abs. 2 AKB 1971 vgl. BGH VersR 86, 755 = NJW 86, 1813.

184 So die Rechtsprechung zur Überwälzung der Kaskoversicherungsprämien bei der Kfz-Miete: BGH VersR 68, 774; 82, 134. Vgl. jüngst OLG München VersR 97, 1238; zustimmend Schwarting aaO (Fn. 16) S. 135 ff.

185 OLG Schleswig VersR 84, 649.

186 Zu den Grenzen einer solch zulässigen Vereinbarung BGHZ 70, 304 = VersR 78, 467 (überschritten) und BGH VersR 82, 134 (noch zulässig).

187 Hofmann, Privatversicherungsrecht: 3. Aufl. 1991 § 11 Rdz. 79; Prölss in Prölss/Martin aaO (Fn. 18) § 75 Anm. 3; Armbrüster aaO (Fn. 16) S. 100 f.

188 VersR 76, 105 (106).