

nach welcher Methode die Kostenerfassung für die Betriebskosten des Sondereigentums bei der vermieteten Eigentumswohnung erfolgen muß.⁴²⁾ Würde man der Ansicht von *Blank*⁴³⁾ folgen, wonach wohnungsbezogen erfasst werden muß, hätte eine Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Mieter keinen Sinn, wonach die Kosten nach Wohn- und Nutzfläche des Hauses zu verteilen sind, eine entsprechende Korrektur der Abrede wäre zu prüfen.

Gartenpflegekosten

In einer Entscheidung vom 26.5.2004⁴⁴⁾ hat der VIII. Senat sich der ganz überwiegenden Auffassung⁴⁵⁾ angeschlossen, daß auch Gartenpflegekosten auf Mieter umgelegt werden dürfen, die den Garten nicht nutzen oder nicht nutzen können, weil eine gepflegte gemeinschaftliche Gartenfläche das Wohnanwesen insgesamt schönere und daher grundsätzlich geeignet sei, die Wohn- und Lebensqualität zu verbessern.

Verteilung der Heizkosten und Leerstand

In einer Entscheidung vom 21.1.2004⁴⁶⁾ weist der VIII. Senat darauf hin, daß der Vermieter bei einer Verteilung der

Heizkosten nach § 7 Abs.1 Satz 2, 1. Alt. Heizkostenverordnung (Gesamtwohnfläche) den Anteil der verbrauchsunabhängigen Betriebskosten für leerstehende Wohnungen zu tragen hat.⁴⁷⁾

Berliner Altbau – Erhöhung einer Teilinklusive

In zwei Entscheidungen vom 21.1.2004⁴⁸⁾ beschäftigt sich der VIII. Senat mit der Zulässigkeit der Erhöhung einer Teilinklusive wegen gestiegener Betriebskosten nach Außerkrafttreten des Gesetzes zur dauerhaften Verbesserung der Wohnungssituation im Land Berlin (GVW) am 31.12.1994.

42) Zum Meinungsstand vgl. *Blank/Börstinghaus*, § 556 Rdn.152 ff.

43) *Blank/Börstinghaus*, a. a. O., Rdn.161.

44) Urteil vom 26.5.2004 – VIII ZR 135/03 –, NZM 2004, 545.

45) *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 3. Aufl. 2002, A Rdn. 91.

46) Urteil vom 21.1.2004 – VIII ZR 137/03 –, ZMR 2004, 343.

47) Unter Hinweis auf Urteil vom 16.7.2003 – VIII ZR 30/03 –, NJW 2003, 2902 = ZMR 2004, 20 [22].

48) Urteil vom 21.1.2004 – VIII ZR 99/03 –, NZM 2004, 253 = ZMR 2004, 341 [343]; Urteil vom 21.1.2004 – VIII ZR 101/03 –, WuM 2004, 151.

„Mietnomaden“, „Wohnungs-Hopping“, „Miettourismus“, „Wohnzappen“ – Reaktionsmöglichkeiten des Vermieters auf ein neues Phänomen

Von Ass. iur. *Michael Kretzer*, Justitiar der Leipziger Wohnungs- und Baugesellschaft mbH

A. Das Phänomen

Euphemistisch wird mit den im Titel genannten Schlagworten ein von hoher Mobilität geprägter *Lifestyle* etikettiert, welcher Vermietern zunehmend Kopfzerbrechen bereitet: Schnelles Anmieten, kurze Wohnzeit ohne Mietzahlung gefolgt von einem klandestinen Auszug und Wohnungswechseln in rascher Folge ohne amtliche Anmeldung.¹⁾ In Korrelation steht dies mit der Zunahme registrierter Betrugsfällen von 371.542 im Jahre 1991 auf 876.032 im Jahre 2003,²⁾ wobei angenommen werden darf, daß die darin enthaltene Teilmenge der Fälle von Eingehungsbetrug bei Anmietung einer Wohnung ebenfalls angewachsen ist. Zeitgeistgemäß erscheint dazu Ratgeberliteratur zur „Gläubigerabwehr“,³⁾ vorsorglich mit augenzwinkerndem Hinweis auf die Strafbarkeit des einen oder anderen der aufgezeigten „Tricks“ versehen.

Begünstigt wird dieses Phänomen zum einen durch die Geneigtheit von Vermietern, in Zeiten zunehmender Leerstandsproblematik auf eine nähere Bonitätsprüfung des Mietinteressenten zu verzichten bzw. blumigen Selbstauskünften zu vertrauen.

Zum anderen war bislang in der Entwicklung des Mietrechts⁴⁾ als dem wohl ausdifferenziertesten Verbraucherschutzrecht ein Mieterleitbild prägend, welches dem Lebenszuschnitt des modernen Mietnomaden diametral entgegensteht. Neben dem Schutz finanzieller Belange des als

grundsätzlich wirtschaftlich schwächer stehend vermuteten Mieters⁵⁾ bewertet das Mietrecht nämlich die Wohnung als den auf eine gewisse Beständigkeit angelegten Lebensmittelpunkt und schützt den Mieter gerade deshalb u. a. vor der Unbequemlichkeit eines Umzugs, den Schwierigkeiten beim Einleben in eine neue Wohngegend und dem Aufwand bei der Herrichtung einer neuen Wohnung.⁶⁾

In den Genuß dieses umfassenden Preis- und Bestandschutzes kommt – neben dem reichen Mieter⁷⁾ – aber auch derjenige, dessen Lebenskonzept einen festen Mittelpunkt gerade ausschließt und bei dem die maßgebliche Kon-

1) *Magerl*, Der Feind im Haus, DIE ZEIT (05/2004) vom 22.1.2004; Welt am Sonntag, vom 20.6.2004, „Hausbesitzer warnen vor Mietnomaden“.

2) Polizeiliche Kriminalitätsstatistik 2003, S. 39, mit Ausführungen zu einzelnen Betrugsarten, http://www.bmi.bund.de/Annex/de_25484/Polizeiliche_Kriminalstatistik_2003_-_Volltext_.pdf.

3) *Anonym*, Die hohe Kunst der Gläubigerabwehr oder die Rübelgeldabtrittserklärung, Halle a.d.S. 2004, mit Tipps zum Einmietungsbruch auf S. 15 f.

4) *Kofner*, Die Formation der deutschen Wohnungspolitik nach dem Zweiten Weltkrieg Teil II – Entwicklung des Mietrechts, DWW 2003, 284 ff.; *Blank*, in: *Schmidt-Futterer*, 8. Aufl., § 573 Rdn. 1.

5) *Steinmeyer*, Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Mieters als Problem des Vertragsrechts und des Sozialrechts, AcP 187 (1987), S. 178 ff. [190].

6) LG Kassel, Urteil vom 17.2.1966 – 1 S 153/65 –, WuM 1966, 76 ff. [77]; *Steinmeyer*, a. a. O., S. 192.

7) *Adomeit*, Der reiche Mieter – eine Kritik an der Unabdingbarkeit des Mieterschutzes, NJW 1981, 2168.

stante des Lebenszuschnitts gerade der schnelle Wechsel ohne Lokalradizierung bildet.

Ohne den Ruf nach dem Gesetzgeber strapazieren zu wollen, sei hier aufgezeigt, wie sich für den Vermieter *de lege lata* die Rechtslage darstellt. Bei aller Eindeutigkeit des unredlichen und strafbaren Charakters des Verhaltens des Mietnomaden ergeben sich nämlich eine Reihe von vielschichtigen Rechtsfragen hinsichtlich der Reaktion des geschädigten Vermieters. Dieser fühlt sich „hereingelegt“, er will „raus“ aus dem Vertrag und für das zugefügte Unrecht entschädigt werden. Fraglich ist, wie dies rechtlich umzusetzen ist.

B. Beendigung des Mietverhältnisses durch Anfechtung oder Kündigung?

Integraler Bestandteil eines Vertragschlusses ist die Erklärung jeder Partei, ihre Vertragsverpflichtung erfüllen zu wollen und dazu auch in der Lage zu sein.⁸⁾ Wegen des Dauerschuldcharakters eines Mietverhältnisses bestehen aufgrund eines gesteigerten Informationsbedarfs darüber hinaus bereits bei Vertragsanbahnung Aufklärungspflichten über Umstände, die eine Vertragserfüllung gefährden bzw. zu einem Leistungsausfall führen können.⁹⁾ Ab welchem Umfang eine Gefährdung offenbarungspflichtig ist bestimmt sich analog § 321 BGB.¹⁰⁾ So soll nicht nur die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung kurz vor den Vertragsverhandlungen¹¹⁾ sondern bereits die Eigenschaft, Sozialhilfeempfänger zu sein, auch ohne ausdrückliche Nachfrage offenbarungspflichtig sein.¹²⁾ Wie unscharf konturiert diese „Grauzone“ am Rand der Offenbarungspflicht letztlich ist, wird deutlich an der Hilflosigkeit der Formulierung, wonach irgendwelche Zweifel an der künftigen Leistungsfähigkeit nicht ausreichen, die Offenbarungspflicht aber auch nicht erst dann greift, wenn die mangelnde Fähigkeit feststeht.¹³⁾

I. Anfechtung

1. Unproblematisch anfechten kann der Vermieter vor Überlassung des Mietobjekts seine Willenserklärung im Falle der Verheimlichung offenbarungspflichtiger Tatsachen bzw. der unwahren Behauptung von Leistungswillen oder Leistungsfähigkeit. Zum einen liegt bei ihm ein Irrtum i. S. des § 119 Abs. 2 BGB über eine verkehrswesentliche Eigenschaft – nämlich Zahlungswille und -fähigkeit – in der Person des Mieters vor.¹⁴⁾ Gerade angesichts des Dauerschuldcharakters eines Mietverhältnisses besteht ein gesteigertes legitimes Interesse an der Leistungsfähigkeit des Vertragspartners. Zum anderen ist bereits das Verschweigen fehlender Liquidität als vorsätzliche unvollständige und damit unrichtige Angabe zu werten und stellt daher eine arglistige Täuschung i. S. des § 123 Abs. 1 BGB dar mit dem Zweck, den Vermieter bewußt so in einem Irrtum zu belassen, daß es zum Vertragsschluß kommt.¹⁵⁾

2. Nach überwiegender Ansicht ist eine Anfechtung nach Überlassung der Mietsache wegen der problematischen Rückabwicklung hingegen nur eingeschränkt – nämlich lediglich mit der Nichtigkeitsfolge *ex tunc* – möglich.¹⁶⁾ Rechtsdogmatisch begründet wird dies mit der Derogation des § 123 BGB durch die spezielleren mietrechtlichen Vorschriften über die fristlose Kündigung.¹⁷⁾ Auch wird eine Parallele zur Rechtsprechung zum faktischen Arbeitsvertrag gezogen.¹⁸⁾

Mit abweichender Begründung – aber mit gleichem Ergebnis – wird des weiteren auch vertreten, wegen der Möglichkeit der Vindikation der Wohnung gemäß § 985 BGB und der Leistungskondition der Nutzung gemäß § 812 BGB bestünden entgegen der o.g. Ansicht keine Rückabwicklungsschwierigkeiten.¹⁹⁾ Aufgrund einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 123 BGB mit Rücksicht auf die im gesetzlichen Mieterschutz positionierte Anerkennung des Mieterinteresses am Verbleib in der einmal bezogenen Wohnung wirke die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung aber *ex nunc*.²⁰⁾

Diese Argumentation mit der gesetzgeberischen Betonung des Bestandsschutzes ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, da der Nutzer die Wohnung ohnehin nicht „rückwirkend“ herausgeben bzw. der Nutzer *ex tunc* nicht geräumt werden kann. Diese Auffassung übersieht auch die Problematik der Kondition verbrauchsunabhängiger Betriebskosten: So wird der Nutzer z. B. durch die Zahlung der Grundsteuer nicht bereichert. Zudem bewirkt sie im Ergebnis eine wertungswidersprüchliche Streitwertsteigerung²¹⁾ zu Lasten des vorschußpflichtigen Wohnungseigentümers, falls dieser allein nur aus § 985 BGB die Herausgabe seiner Wohnung einklagen und dabei nicht auf ein Miet- oder ähnliches Nutzungsverhältnis i. S. des § 16 Abs. 2 GKG a. F./§ 41 Abs. 2 GKG n. F. Bezug nehmen könnte.

II. Kündigung

Vorzuziehen ist daher die erstere Begründung, die auf eine Konversion der Anfechtung entsprechend § 140 BGB in eine fristlose Kündigung hinausläuft. Ohnehin ist dem getäuschten Vermieter anzuraten, zwecks Klarstellung das Mietverhältnis ausdrücklich zu kündigen, statt anzufechten. Dies hat zwar – soweit vertraglich vereinbart – gemäß § 556 Abs. 3 BGB auch die Pflicht zur Betriebskostenab-

8) Cramer, in: Schönke-Schröder, 28. Aufl., § 263 Rdn. 128 f. m. w. Nachw.

9) Lamm, WohnungsmietR, 2. Aufl., § 535 Rdn. 33; a. A. Blank, in: Schmidt-Futterer, § 543 Rdn. 186, wonach bloße Zweifel an der Leistungsfähigkeit keine Offenbarungspflicht begründen.

10) Lamm, a. a. O., § 535 Rdn. 37.

11) AG Hagen, Urteil vom 5.7.1984 – 13 C 414/84 –, WuM 1984, 296. Nach KG, Urteil vom 11.11.1998 – Kart U 387/98 –, NZM 1999, 1048 ff., ist der Zeitraum des § 915 a Abs. 1 ZPO maßgebend, so daß eine Formalklausel ohne Zeitraumlimitierung wegen Schlechterstellung des Mieters unwirksam ist. Eine Offenbarungspflicht und damit einen Kündigungsgrund verneinend OLG München, Urteil vom 7.6.1991 – 21 U 4248/90 –, ZMR 1997, 458 ff. [460].

12) AG Saarlouis, Urteil vom 17.9.1999 – 29 C 739/99 –, NZM 2000, 459, wobei hier die Mieterin noch vortäuschte, eine „erfolgreiche Fingernagel-designerin“ zu sein.

13) Hille, Zur Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung und zu den vortragsrechtlichen Informationspflichten des Mieters, WuM 1984, 292 ff. [294].

14) Wobei dem Mieter gemäß § 122 Abs. 2 BGB kein Schadensersatz zusteht.

15) AG Saarlouis, a. a. O.

16) Blank, in: Schmidt-Futterer, Vorb. § 535 Rdn. 7 und § 536 Rdn. 497.

17) LG Köln, Urteil vom 1.12.1983 – 1 S 73/83 –, WuM 1984, 297 ff. = ZMR 1984, 278 [280]; LG Wuppertal, Urteil vom 17.11.1998 – 16 S 149/98 –, WuM 1999, 39 ff.; AG Gelsenkirchen-Buer, Urteil vom 4.6.1984 – 7 C 132/84 –, WuM 1984, 299.

18) LG Trier, Beschluß vom 14.11.1989 – 3 T 44/89 –, MDR 1990, 342.

19) Nach Hille, a. a. O., S. 292, entspricht der Wert der Bereicherung unproblematisch der ursprünglich vereinbarten Miete einschließlich Nebenkosten.

20) Hille, a. a. O., S. 293.

21) Schneider/Hergel, Streitwertkommentar, 11. Aufl., Rdn. 2400: Maßgebend ist dann gemäß § 12 Abs. 1 GKG, § 6 ZPO allein der Verkehrswert des Wohnung.

rechnung für den Zeitraum bis zur Beendigung des Mietverhältnisses zur Folge. Jedoch entspricht die Erfüllung dieser Pflicht dem wirtschaftlichen Interesse des Vermieters. Dies ist nicht so aufwendig und bezüglich verbrauchsabhängiger Betriebskosten weniger problematisch als die Erfüllung der Darlegungslast bei einer bereicherungsrechtlichen Geltendmachung der erlangten Nutzungsvorteile. Gegen die Geltendmachung der Abrechnungspflicht kann der Vermieter zudem gemäß § 242 BGB angesichts des unredlichen und strafbaren Erwerbs dieser Rechtsposition auch die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung erheben (sog. *exceptio doli praeteriti*), zumal mangels Zahlung nicht mit einem auszukehrenden Guthaben zu rechnen ist.

Gegen das Kündigungsrecht spricht auch nicht die Vorvertraglichkeit der Pflichtverletzung. Da die mieterschützenden Beschränkungen der Vertragsfreiheit hauptsächlich bestehende Mietverhältnisse betreffen und weniger die Abschlußfreiheit, ist nicht einzusehen, warum dem Interesse des Vermieters bei der Vertragsanbahnung an einem solventen und leistungswilligen Mieter nicht soviel Wert beigemessen werden darf, daß dahinter der Bestandsschutz zurücktritt.²²⁾

Einhellig wird daher dem getäuschten Vermieter ein Kündigungsrecht zugesprochen,²³⁾ welches allenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn aufgrund regelmäßig erfolgter Mietzahlungen dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses trotz der anfänglichen Täuschung nachträglich zumutbar geworden ist.²⁴⁾

C. Schadensersatz wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung

Neben dem vertraglichen Anspruch auf Zahlung der Miete bzw. Nutzungsentschädigung kann dem getäuschten Vermieter der Zahlungsanspruch auch unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB als Schadensersatzforderung zustehen.

I. Vollstreckungsrechtliche Vorteile

Dies hat den Vorteil, daß in der Zwangsvollstreckung dem Schuldner nur soviel von seinem Arbeitseinkommen belassen wird, wie er für seinen eigenen Unterhalt und für die Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltsansprüche benötigt (§ 850f Abs. 2, 2. Halbs. ZPO). Auch nimmt die Forderung nach Durchführung der Privatinsolvenz gemäß § 302 Ziffer 1 InsO nicht an einer Restschuldbefreiung teil. Eine bevorrechtigte Pfändung des Arbeitseinkommens wird zudem nicht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam (§§ 114 Abs. 3, 89 Abs. 2 Satz 2 InsO).

II. Gerichtliche Geltendmachung

Zur Erreichung vorgenannter Vorteile ist es forensisch sinnvoll, neben Räumung und Zahlung die Feststellung zu beantragen, daß der Zahlungsanspruch auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung begründet ist.

1. Zulässigkeit

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung unterliegt eine derartige Feststellung zwar allein der Prüfungs-

kompetenz des Vollstreckungsgerichts, so daß das erkennende Gericht einen solchen Antrag als unzulässig zurückzuweisen habe.²⁵⁾ Aber schon aus prozeßökonomischen Gründen ist hier der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen, welche die Zulässigkeit eines solchen Antrags bejaht.²⁶⁾ Dafür spricht auch, daß derselbe Lebenssachverhalt, nämlich der Vertragsschluß, lediglich einer weiteren rechtlichen Qualifizierung unterzogen wird, an welcher der Antragssteller ein berechtigtes Interesse hat. Zwar ist es denkbar – und grundsätzlich auch wünschenswert – daß die Vollstreckungsorgane im Falle eines entsprechenden Gläubigerantrages auch ohne Hinweis im Urteilstenor allein aus den Urteilsgründen²⁷⁾ das Vorliegen eines vorsätzlichen Delikts entnehmen und entsprechend die Vollstreckung erweitern.²⁸⁾ Klarheit schafft und mit genügender Sicherheit Beachtung finden wird jedoch nur ein unmißverständlicher Feststellungstenor.

2. Feststellungsantrag

Geht man davon aus, daß der Klageantrag zu Ziffer 1.) auf Räumung, der Antrag zu Ziffer 2.) auf Zahlung der rückständigen Miete bzw. Nutzungsentschädigung und der Antrag zu Ziffer 3.) auf Zahlung der künftigen monatlichen Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe der im Antrag zu Ziffer 1.) bezeichneten Wohnung lautet, so empfiehlt sich folgender Antrag zu Ziffer 4.):

Es wird festgestellt, daß die Zahlungsansprüche gemäß der Anträge zu Ziffer 2.) und 3.) sowie die Kosten dieses Rechtsstreits aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Beklagten durch Abschluß des Mietvertrages vom ... über die im Antrag zu Ziffer 1.) genannten Wohnung resultieren.²⁹⁾

Die Aufnahme der Kosten empfiehlt sich, da sie adäquat durch das vorsätzliche deliktische Verhalten des Beklagten verursacht wurden und daher der materielle Kostenerstattungsanspruch an der Privilegierung teilnimmt.³⁰⁾ Ansonsten müßte der Geschädigte zwecks Vollstreckungserweiterung in einem weiteren Klageverfahren den materiellen Kostenanspruch geltend machen.³¹⁾ Zudem wäre es unzulässige Rechtsausübung, sich auf das Pfändungsprivileg zu berufen, obwohl ein materieller Kostenanspruch besteht.³²⁾ Ferner genießen ja auch umgekehrt Kostenerstattungsansprüche einen Pfändungsschutz, sofern sie notwen-

22) LG Köln, a. a. O. (Fn. 16), S. 298.

23) *Blank*, in: Schmidt-Futterer, § 543 Rdn. 186 m. w. Nachw.

24) LG Wuppertal, a. a. O. (Fn. 17): 2 Jahre Zahlung; AG Gelsenkirchen-Buer, a. a. O. (Fn. 17): 5 Monate Zahlung.

25) *Hager*, Die Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts im Rahmen des § 850f Abs. 2 ZPO, KTS Zeitschr. f. InsR 1991, 1 ff.

26) BGH, Urteil vom 30.11.1989 – III ZR 215/88 –, BGHZ 109, 275 [282].

27) Bei Versäumnisurteil besteht gemäß §§ 331 Abs. 1, 138 Abs. 3 ZPO eine Bindung an die Klagebehauptungen, LG Darmstadt, Beschluß vom 18.9.1984 – T 1038/84 –, Rpfleger 1985, 155.

28) *Brox/Walker*, ZwangsvollstreckungsR, 5. Aufl., Rdn. 579.

29) Nach den Erfahrungen des Autors legen einzelne Gerichte Wert auf die Bezeichnung des Mietvertrages zwecks Individualisierung der unerlaubten Handlung und damit der Eingrenzung des Streitgegenstandes bereits im Tenor.

30) KG, Beschluß vom 29.10.1971 – 1 W 12691/71 –, Rpfleger 1972, 66; LG Dortmund, Beschluß vom 27.10.1988 – 9 T 695/88 –, Rpfleger 1989, 75.

31) So aber LG München I, Beschluß vom 4.3.1965 – 14 T 37/65 –, Rpfleger 1965, 278 unter Betonung des rein prozessualen Charakters des Kostenerstattungsanspruchs.

32) KG, a. a. O. (Fn. 30).

digerweise bei der Verfolgung pfändungsgeschützter Forderungen (z. B. Arbeitseinkommen) entstanden sind.³³⁾

Da sich die im wirtschaftlichen Interesse des Klägers liegenden Vorteile für die Vollstreckung mangels Kenntnis der dann auf seiten des Schuldners vorliegenden Verhältnisse nicht abschätzen lassen, wird das Gericht gemäß §§ 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO von einem Streitwert bis 300,- € ausgehen.³⁴⁾

3. Darlegungslast

Zur Schlüssigkeit des Feststellungsantrags müssen die Voraussetzungen des Eingehungsbetruges dargelegt werden.

a) Täuschungshandlung

Vorzutragen ist daher, daß der Beklagte schon bei Vertragsschluß plante, keine Miete zu zahlen und aufgrund seiner ihm bekannten wirtschaftlichen Verhältnisse ohnehin nicht in der Lage war, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß bei Eingehung eines Dauerschuldverhältnisses stets miterklärt wird, auch für künftige Zahlungen bestehe absehbar Zahlungsfähigkeit.³⁵⁾

Eindeutig sind die Fälle einer nachweislich falschen Selbstauskunft oder wenn Zeugen benannt werden können, gegenüber denen der Beklagte das Fehlen seines Leistungsbeireitschaft geäußert hatte.

Aber auch ohne dies ist das Ausbleiben jeglicher Mietzahlungen nebst Untertauchen des Mieters beredt genug, daß das Gericht mehr oder weniger unsubstantiierten Vortrag des Beklagten über seinen angeblichen Leistungswillen und seine Leistungsfähigkeit häufig als unerhebliche Schutzbehauptung werten wird.³⁶⁾ Gegen das Bestreiten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit obliegt dem Beklagten gemäß § 138 Abs. 2 ZPO zumutbar eine qualifiziertere Darlegung als die schlichte Behauptung, doch leistungsfähig gewesen zu sein. Vielmehr wird er seine wirtschaftlichen Verhältnisse und seine Leistungspläne bei Vertragsschluß vorzutragen haben.

b) Irrtumserregung

Diesbezüglich ist lediglich vorzutragen, daß der Kläger auf Leistungsfähigkeit und Leistungswillen des Beklagten – und ggf. seiner Selbstauskunft – vertraut hat und deshalb den Vertrag mit ihm schloß.

c) Vermögensverfügung

Bereits das Eingehen der Verbindlichkeit durch Abschluß des Vertrages stellt eine solche Vermögensverfügung dar.³⁷⁾ Gleiches gilt aber auch für die Einräumung des Besitzes und der damit verbundenen Gebrauchsvorteile an der Wohnung. Vorzutragen sind daher Vertragsschluß und Wohnungsübergabe.

d) Vermögensschaden

Die mit Vertragsschluß eingegangene Verbindlichkeit als auch die eingetretene Vermögensgefährdung stellen Vermögensschäden dar.³⁸⁾ Da üblicherweise die Überlassung des Besitzes an einer Wohnung nur gegen Entgelt erfolgt und der Vermieter sich durch die Wohnungsüberlassung der kommerzialisierbaren Gebrauchsvorteile am Mietobjekt begibt, stellt diese für sich gesehen ebenfalls einen

Vermögensschaden dar.³⁹⁾ Der Vortrag zur Vermögensverfügung umfaßt daher auch dieses Tatbestandsmerkmal.

e) Kausalität

Vorzutragen ist, daß es ohne die Täuschung nicht zum Vertragsschluß und zur Wohnungsübergabe im Vertrauen auf Leistungswille und/oder -fähigkeit des Mieters gekommen wäre. Das Vorliegen einer Täuschung spricht dabei *prima facie* für eine ursächliche Verknüpfung aller o.g. Merkmale.⁴⁰⁾ Es obliegt daher dem Beklagten nachzuweisen, auch bei voller Kenntnis der Wahrheit seitens des Vermieters wäre es zum Vertragsschluß und zur Wohnungsübergabe gekommen.

f) Subjektiver Tatbestand

Unbedingt vorzutragen ist der *dolus eventualis* hinsichtlich der vorgenannten Tatbestandsmerkmale nebst deren kausalen Verkettung sowie die *Absicht* des Beklagten, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen. Für die Rechtswidrigkeit ist das Wissen des Beklagten erforderlich, auf den angestrebten Vermögensvorteil keinen Anspruch zu haben.⁴¹⁾ Zu kurz geschlossen wäre es, das Vorliegen dieser besonderen Absicht deshalb auszuschließen, weil eine vertragliche Rechtsgrundlage für die Wohnungsüberlassung besteht. Maßgeblich ist statt dessen, daß der Beklagte keinen Anspruch auf einen täuschungsbedingten Vertragsschluß und damit auf die bereits darin liegende und von ihm angestrebte Vermögensverfügung zu seinen Gunsten und zum Schaden des Vermieters hatte.

Vorzutragen ist daher, der Beklagte habe bei seiner bewußten Täuschung ein daraus resultierendes Vertrauen des Klägers in Leistungswillen und/oder -fähigkeit des Beklagten in Kauf genommen, wobei es ihm als Folge dieses Vertrauens auf den Vertragsschluß nebst Wohnungsübergabe ankam.

4. Rechtsgrundbenennung im Mahnverfahren

Problematisch ist die Frage, ob bei der Anspruchsbezeichnung gemäß § 690 Abs. 1 Ziffer 3 ZPO die Behauptung einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung für die Vollstreckung rechtlich bindend ist.

So wird nach einer Ansicht die eine Rechtsgrundbenennung zulassende Rechtsprechung⁴²⁾ als von der Rechtsentwicklung überholt angesehen, da vor Neufassung des 7. Buches der ZPO durch die Vereinfachungs-Novelle vom 3.12.1976 gemäß § 690 Abs. 1 a. F. ZPO noch eine summarische Schlüssigkeitsprüfung durch den Rechtspfleger stattfand.⁴³⁾ Auch werde ein Schuldner, der die Forderung als

33) OLG Hamm, Beschluß vom 13.4.1976 – 14 W 87/75 –, Rpfleger 1977, 109 f.

34) AG Leipzig, Beschluß vom 10.11.2003 – 164 C 6914/03 –, ZMR 2005, 131, in diesem Heft).

35) Fischer, in: Tröndle, 52. Aufl., § 263 Rdn. 19.

36) Dies gilt auch für Ausführungen über angeblich von Verwandten erwartete Zuwendungen u. ä., OLG Hamm, Beschluß vom 6.11.2001 – 2 Ss 301/02 –.

37) Fischer, in: Tröndle, § 263 Rdn. 41; Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, Heidelberg 1989, S. 75 Fn. 2 m. w. Nachw.

38) Fischer, in: Tröndle, § 263 Rdn. 60 und 94.

39) Vgl. Fischer, in: Tröndle, § 263 Rdn. 76.

40) AG Saarlouis, a. a. O. (Fn. 12).

41) Fischer, in: Tröndle, § 263 Rdn. 111 f.

42) Z. B. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 31.1.1973 – 3 W 243/73 –, NJW 1973, 1133 f.

43) LG Düsseldorf, Beschluß vom 10.2.1987 – 19 T 291/86 –, NJW-RR 1987, 758.

