

Emmerich/Sonnenschein
Miete

de Gruyter Kommentar

Emmerich/Sonnenschein

Miete

Handkommentar

§§ 535 bis 580 a des Bürgerlichen Gesetzbuches

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

9., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

Bearbeitet von

Volker Emmerich, André Haug, Christian Rolfs, Birgit Weitemeyer



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Dr. *Volker Emmerich*, em. Professor an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg
André Haug, Rechtsanwalt in Mannheim
Dr. *Christian Rolfs*, o. Professor an der Universität Bielefeld
Dr. *Birgit Weitemeyer*, o. Professorin an der Bucerius Law School, Hamburg

Sachregister: Ass. jur. Bettina Krause, Berlin

Stand der Bearbeitung: 1. Februar 2007

♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-395-5

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Strauss GmbH, Mörlenbach

Vorwort

Die letzte Auflage von 2003 hat – trotz der großen Veränderungen, die mit ihr verbunden waren – eine freundliche Aufnahme gefunden, so dass schon wenige Jahre später eine Neuauflage erforderlich wurde, die wir jetzt vorlegen. Literatur und Rechtsprechung sind umfassend bis zum Frühjahr des Jahres 2007 berücksichtigt, so dass wir auch weiterhin hoffen, dass der Kommentar die Praxis zuverlässig über die aktuelle Rechtslage auf dem ständig sich ändernden Gebiet des Mietrechts zu informieren vermag.

Bayreuth, Mannheim, Bielefeld und Hamburg im April 2007

Volker Emmerich, André Haug, Christian Rolfs, Birgit Weitemeyer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Allgemeines Schrifttum	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Bürgerliches Gesetzbuch §§ 535–580a BGB	1
Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse	
Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse	
Titel 5. Mietvertrag, Pachtvertrag	
Untertitel 1. Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse (§§ 535–548)	1
Untertitel 2. Mietverhältnisse über Wohnraum (§§ 549–577a)	257
Kapitel 1. Allgemeine Vorschriften (§§ 549–555)	257
Kapitel 2. Die Miete (§§ 556–561)	329
Unterkapitel 1. Vereinbarungen über die Miete (§§ 556–556b)	329
Unterkapitel 2. Regelungen über die Miethöhe (§§ 557–561)	423
Kapitel 3. Pfandrecht des Vermieters (§§ 562–562d)	563
Kapitel 4. Wechsel der Vertragsparteien (§§ 563–567b)	585
Kapitel 5. Beendigung des Mietverhältnisses (§§ 568–576b)	649
Unterkapitel 1. Allgemeine Vorschriften (§§ 568–572)	649
Unterkapitel 2. Mietverhältnisse auf unbestimmte Zeit (§§ 573–574c)	681
Unterkapitel 3. Mietverhältnisse auf bestimmte Zeit (§§ 575–575a)	781
Unterkapitel 4. Werkwohnungen (§§ 576–576b)	803
Kapitel 6. Besonderheiten bei der Bildung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen (§§ 577–577a)	817
Untertitel 3. Mietverhältnisse über andere Sachen (§§ 578–580a)	837
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	855
Abschnitt 1. Allgemeiner Teil (§§ 1–5)	855
Abschnitt 3. Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19–21)	865
Abschnitt 4. Rechtsschutz (§§ 22–23)	887
Abschnitt 7. Schlussvorschriften (§§ 31–33)	890
Anhänge	891
HeizkostenVO	891
Übergangsvorschriften (Art. 229, 232 EGBGB)	898
§ 5 WiStG	901
Sachregister	903

Aufteilung der Bearbeitung

BGB:

§§ 535–541	Volker Emmerich
§ 542	Christian Rolfs
§§ 543–545	Volker Emmerich
§§ 546–547	Christian Rolfs
§§ 548	Volker Emmerich
§§ 549	Birgit Weitemeyer
§§ 550–554	Volker Emmerich
§§ 554a	Christian Rolfs
§§ 555	Volker Emmerich
§§ 556–557b	Birgit Weitemeyer
§§ 558–559b	Volker Emmerich
§§ 560–561	Birgit Weitemeyer
§§ 562–562d	Volker Emmerich
§§ 563–564	Christian Rolfs
§§ 565–567b	Volker Emmerich
§§ 568	André Haug
§§ 569	Volker Emmerich
§§ 570–573d	André Haug
§§ 574–574c	Christian Rolfs
§§ 575–576b	André Haug
§§ 577–577a	Christian Rolfs
§§ 578–579	Volker Emmerich
§§ 580–580a	Christian Rolfs

AGG:

§§ 1–5	Christian Rolfs
§§ 19–23	Christian Rolfs
§§ 31–33	Christian Rolfs

Allgemeines Schrifttum

- Bamberger/Roth* Kommentar zum BGB, Band 1: §§ 1–610, CISG; §§ 535ff von Eckert (2. Aufl. 2002)
- Barthelmess* Kommentar zum 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz und Miethöhegesetz (5. Aufl 1995)
- Bauer/Göpfert/Krieger* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar (2006)
- Behrens* Beteiligung mehrerer Mieter am Mietverhältnis (1989)
- Beuermann* Praxiskommentar Mietrecht (2001)
- Beuermann/Blümmel* Das neue Mietrecht 2001 (2001)
- Blank* Mietrecht, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd 4, Bürgerliches Recht, 1. Halbbd (5. Aufl 2003)
- Blank/Börstinghaus dies* Miete. BGB und MHRG (2. Aufl 2004)
- Börstinghaus* Neues Mietrecht (2001)
- Börstinghaus (Hrsg)* Mietpraxis (Stand Januar 2007)
- Börstinghaus/Eisenschmid* Arbeitskommentar Neues Mietrecht (2001)
- Börstinghaus/Hannig* Euro-Umstellung im Miet- und Wohnungseigentumsrecht (2000)
- Bub/Treier* Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete (4. Aufl 2007) mit Nachtrag (2002)
- Däubler/Bertzbach* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar (2007)
- Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (7. Aufl 2007; zitiert: ErfK/Bearbeiter)
- Erman/Jendrek* Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 535ff (11. Aufl 2004)
- Expertenkommission Wohnungspolitik* Wohnungspolitik auf dem Prüfstand (1995)
- Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender* Wohnungsbaurecht. Kommentare zum Wohnungsbaurecht, Wohnungsrecht und Mietrecht (Stand November 2006)
- Franken* Mietverhältnisse in der Insolvenz (2. Aufl 2006)
- Fritz* Gewerberaummietrecht (4. Aufl 2005)
- Gerber/Eckert* Gewerbliches Miet- und Pachtrecht. Aktuelle Fragen (6. Aufl 2006)
- Gramlich* Mietrecht. Bürgerliches Gesetzbuch, HeizkostenVO unter Berücksichtigung des Mietrechtsreformgesetzes (10. Aufl 2007)
- Grundmann* Mietrechtsreformgesetz (2001)
- Haas* Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz (2001)
- Handkommentar-BGB/Eckert* §§ 535ff (5. Aufl 2006)
- Hannemann/Wiegner (Hrsg)* Münchener Anwaltshandbuch Wohnraummietrecht (2. Aufl 2005)
- Hannemann/Wiek* Handbuch des Mietrechts (3. Aufl 2006)
- Haug* Miet- und Pachtvertragsrecht (2. Aufl 2002)
- Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg)* Arbeitsrecht-Kommentar (2. Aufl 2006; zitiert: HWK/Bearbeiter)
- Herrlein/Kandelhard (Hrsg)* ZAP Praxiskommentar Mietrecht (2. Aufl 2004)
- Hinz/Ormannschick/Riecke/Scheff* Das neue Mietrecht in der anwaltlichen Praxis (2001)
- Horst* Praxis des Mietrechts. Wohnraum- und Geschäftsraummiete (2002)
- Jarass/Pieroth* Grundgesetz (GG), Kommentar (8. Aufl 2006)

- Jauernig/Teichmann*
Jendrek (Hrsg)
Joachim
Kinne/Schach
Kossens/von der Heide/Maaß
Kossmann
Krumscheid/Zwißler
Lammel
Luhmann/Milhahn
Lützenkirchen (Hrsg)
ders
ders
Marx/Weber
MünchKomm/Artz/Häublein/
Schilling/Schmid
Nasemann
Neuhaus
Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen
Palandt
Paschke
Pergande
Pfeifer
Rechberger
Rips/Eisenschmid
Roquette
M J Schmid (Hrsg)
ders
Schmidt-Futterer
Schubart/Kohlenbach/Bohndiek
Schultz
Soergel/Kummer/Heintzmann
Sonnenschein
ders
Spreng
Stabentheiner (Hrsg)
Staudinger/Emmerich/Rolfs/Weitemeyer
Staudinger/Emmerich/Rolfs
Sternel
ders
Stoffels
Thomas/Putzo
Thon
Ulmer/Brandner/Hensen
Vogel
Wetekamp
ders
Wolf/Eckert/Ball
- Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 535ff (12. Aufl 2007)
Münchener Prozeßformularbuch Bd 1: Mietrecht
(2. Aufl 2003)
Wohnraummietvertrag (2002)
Miete und Mietprozeßrecht (4. Aufl 2005)
SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen,
Kommentar (2. Aufl 2006)
Handbuch der Wohnraummiete (6. Aufl 2003)
Mietrecht. Wohnraum und Gewerberaum (2. Aufl 2006)
Heidelberger Kommentar zum Wohnraummietrecht (2. Aufl
2002)
Das neue Mietrecht (Stand März 2007)
Anwalts-Handbuch Mietrecht (3. Aufl 2007) incl. Aktualisierung
zur Mietrechtsreform 2001
Neue Mietrechtspraxis für Wohnraum- und sonstige Mietver-
hältnisse (2001)
Wohnraummiete. Beck'sche Musterverträge (2002)
Mietrechtsreform 2001 (2001)
BGB §§ 535ff (5. Aufl 2007)
Wohnungsmiete (2. Aufl 2005)
Handbuch der Geschäftsraummiete (2. Aufl 2006)
Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter
Menschen, Kommentar (11. Aufl 2005)
Bürgerliches Gesetzbuch (66. Aufl 2007)
Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete (1991)
Wohnraummietrecht (1968)
Das neue Mietrecht 2001 (3. Aufl 2004)
Mietrecht (Wien 1998)
Neues Mietrecht (2001)
Das Mietrecht des BGB (1966)
Miete und Mietprozeß. Handbuch für die anwaltliche und
gerichtliche Praxis (4. Aufl 2004)
Mietrecht, Kompaktkommentar (2006)
Mietrecht (9. Aufl 2007)
Wohn- und Mietrecht (Stand Dezember 2006)
Gewerberaummiete, Beck'sche Musterverträge (3. Aufl 2006)
BGB, §§ 535ff (12. Aufl 1998)
Die Bereinigung des Mietrechts im BGB (1985)
Wohnraummiete. Eine Analyse des geltenden Rechts (1995)
Das neue Mietrecht (2001)
Mietrecht in Europa (1996)
BGB, §§ 535–562d, Mietrecht 1 (Neubearb 2006)
BGB, §§ 563–580a, Mietrecht 2 (Neubearb 2006)
Mietrecht (3. Aufl. 1988)
Mietrecht aktuell (3. Aufl. 1996)
AGB-Recht (2003)
Zivilprozessordnung, Kommentar (27. Aufl 2005)
Vermietermehrheiten (2003)
AGB-Recht, Kommentar (10. Aufl 2006)
Mandatspraxis Mietrecht (2002)
Kompakt-Kommentar zum BGB-Mietrecht (2. Aufl 2003)
Das neue Mietrecht 2001 (2001)
Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingsrechts
(9. Aufl 2004)

Allgemeines Schrifttum

Wolters

Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht (1984)

Zeimes

Die Reform des Mietrechts – Kritische Auseinandersetzung mit formalen Reformbestrebungen und ausgewählten inhaltlichen Aspekten (2001)

Ziaja/Lützenkirchen

Wohnraummietrecht (2000)

Zöller

Zivilprozessordnung, Kommentar (26. Aufl 2007)

Abkürzungsverzeichnis

A

aaO	am angegebenen Ort
AbbauG	Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23.6.1960 (BGBl I 3899)
abgedr	abgedruckt
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt
ABlMR AmZ	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Amerikanisches Kontrollgebiet (zitiert nach Ausgabe und Seite)
ABlMR BrZ	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet (zitiert nach Nr und Seite)
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
abw	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (zitiert nach Band und Seite)
aE	am Ende
ähnl	ähnlich
Änd	Änderung
ÄndG	Änderungsgesetz (zum jeweiligen Regelungskomplex)
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht (zitiert mit jeweiligem Ortsnamen); iVm einer Gesetzesabkürzung Ausführungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen idF vom 29.6.2000 (BGBl I 946)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006 (BGBl I S. 1897) geändert durch Gesetz vom 2.12.2006 (BGBl I S. 2742)
allgM	allgemeine Meinung
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
AMVO	Altbaumietenverordnung vom 23.7.1958 (BGBl I 549)
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (zitiert nach Band und Seite)
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
ausf	ausführlich
Az	Aktenzeichen

B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch idF vom 27.8.1997 (BGBl I 2141, ber BGBl 1998 I 137)
BaWü	Baden-Württemberg

Bay	Bayern
BayNotZ	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Bayerische Notarzeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite; ab 1948/50 zitiert nach Jahr und Seite)
BB	Betriebs-Berater (zitiert nach Jahr und Seite)
BBauBl	Bundesbaublatt (zitiert nach Jahr und Seite)
Bbg	Brandenburg
Bd	Band
bearb	bearbeitet
Bearb	Bearbeitung
Begr	Begründung
Beil	Beilage
Bek	Bekanntmachung
Bem	Bemerkungen
ber	berichtigt
Berl	Berlin
Beschl	Beschluss
betr	betreffend
Betrieb	Der Betrieb (zitiert nach Jahr und Seite)
BetrKV	Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten (Betriebskostenverordnung – BetrKV) = Art 2 der Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche, über die Aufstellung von Betriebskosten und zur Änderung anderer Verordnungen vom 25.11.2003 (BGBl I 2346)
BetrKUV	Betriebskostenumlageverordnung
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz idF vom 25.9.2001 (BGBl I 2518)
BeurKG	Beurkundungsgesetz vom 28.8.1969 (BGBl I 1513)
BezG	Bezirksgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen (und Gutachten) des Bundesfinanzhofs (zitiert nach Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch idF vom 2.1.2002 (BGBl I 42, ber 2909)
BGBI I; II; III	Bundesgesetzblatt Teil I; II; III
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BGH WarnR	Warneyer, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Jahr und Nr)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BJagdG	Bundesjagdgesetz idF vom 29.9.1976 (BGBl I 2849)
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
BM	Bundesminister, Bundesministerium (mit Kürzel für das jeweilige Ressort)
BMietG (jeweils mit entspr Ordnungszahl)	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete des Mietpreisrechtes (Bundesmietengesetz): 1/vom 27.7.1955 (BGBl I 458); 2/vom 23.6.1960 (BGBl I 389); 3/vom 24.8.1965 (BGBl I 969, 971); 4/vom 11.12.1967 (BGBl I 1251); 5/vom 20.12. 1968 (BGBl I 1411); 6/vom 19.12.1969 (BGBl I 2358); 7/vom 18.6. 1970 (BGBl I 786); 8/vom 30.10.1972 (BGBl I 2052); 9/vom 30.10.1972 (BGBl I 2054); 10/vom 17.11.1975 (BGBl I 2868); 11/vom 24.7.1979 (BGBl I 1202); 12/vom 3.8.1982 (BGBl I 1106)
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24.2.1961 (BGBl I 98)
BPersVertrG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15.3.1974 (BGBl I 693)
BR	Bundesrat

Abkürzungsverzeichnis

BR-Drucks	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
Brem	Bremen
BStBl I; II; III	Bundessteuerblatt Teil I; II; III
BT	Besonderer Teil; Bundestag
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
BV 2	Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (Zweite Berechnungsverordnung) idF vom 12.10.1990 (BGBl I 2178)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bzw	beziehungsweise
C	
ca	circa
cic	culpa in contrahendo
CR	Computer und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
D	
DEMV	Deutscher Einheitsmietvertrag idF vom 7.3.1934 (DJ 1934, 304)
Denkschr	Denkschrift; auch Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Anlagen I bis III (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode – IV. Session 1895/97, Erster Anlagenband, RT-Drucks zu Nr87; zitiert nach Seite)
ders	derselbe
dgl	desgleichen; dergleichen
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
dh	das heißt
dies	dieselbe(n)
diff	differenzierend
Diss	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Spalte)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (früher Zeitschrift des Deutschen Notarvereins; zitiert nach Band und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (ab 1950 vereinigt mit Justiz und Verwaltung; zitiert nach Jahr und Seite)
DRpflZ	Deutsche Rechtspfleger Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DRspr	Deutsche Rechtsprechung (zitiert nach Leitzahl und Blatt)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
dt	deutsch(e, er)
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung (zum jeweiligen Regelungskomplex)
DWohnA	Deutsches Wohnungsarchiv (zitiert nach Jahr und Seite)
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
E	
E I; II; III	Entwürfe zum BGB (zitiert mit dem jeweiligen Paragraphen)
EG	Einführungsgesetz (zu einem anschließend zitierten Gesetz)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche idF vom 21.9.1994 (BGBl I 2494, ber 1997 I 1061)

Einf	Einführung
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31.8.1990 (BGBl II 885, 889)
Einl	Einleitung
einschr	einschränkend
entspr	entsprechend
Entw	Entwurf
ErbbVO	Verordnung über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsverordnung) vom 15.1.1919 (RGBl 72, ber 122)
Erl	Erlass, Erläuterungen
ES	Entscheidungssammlung
eV	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (zitiert nach Paragraph und Ordnungszahl)
F	
f, ff	folgend(e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland (zitiert nach Datum und Seite)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
FWW	Die freie Wohnungswirtschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
G	
G	Gesetz
GBA	Grundbuchamt
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung idF vom 26.5.1994 (BGBl I 1114)
GE	Das Grundeigentum. Zeitschrift für die gesamte Grundstücks-, Haus- und Wohnungswirtschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
geänd	geändert
gem	gemäß; gemeinsam
GewO	Gewerbeordnung idF vom 22.2.1999 (BGBl I 202)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl 1)
ggf	gegebenenfalls
GRMG	Gesetz zur Regelung der Miet- und Pachtverhältnisse über Geschäftsräume und gewerblich genutzte unbebaute Grundstücke (Geschäftsraummietengesetz) vom 25.6.1952 (BGBl I 338)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (zitiert nach Band und Seite)
GS	Großer Senat (kennzeichnet im Anschluss an das Kürzel für das Gericht seine Urheberschaft für die Entscheidung); auch Gesetzssammlung
GuT	Gewerbemiete und Teileigentum, 1.2001ff; zitiert nach Jahr und Seite
GVBl (GVObI)	Gesetz- und Ordnungsblatt (mit Kürzel des jeweiligen [Bundes-] Staates)
GVW	Gesetz zur dauerhaften sozialen Verbesserung der Wohnungssituation im Land Berlin vom 14.7.1987 (BGBl I 1625)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF vom 26.8.1998 (BGBl I 2521)
GWV	Gemeinnütziges Wohnungswesen (vor 1950 Gemeinnützige Wohnungswirtschaft; zitiert nach Jahr und Seite)
H	
H	Heft
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (zitiert nach Jahr, Abteilung und Spalte)

Abkürzungsverzeichnis

HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz) vom 21.10.1944 (RGBl I 256); Überschrift geändert durch 1. EheRG vom 14.7.1976 (BGBl I 1421) und durch EheschlRG vom 4.5.1998 (BGBl I 833)
HausTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.1.1986 (BGBl I 122) aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl I 3138) mWv 1.1.2002
Hbg	Hamburg
Hdb	Handbuch
HeimG	Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (Heimgesetz) idF vom 5.11.2001 (BGBl I 2970)
HeizkostenVO	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung) idF vom 20.1.1989 (BGBl I 115), mit Maßgabe durch den Einigungsvertrag Kap V D III Nr 10 (BGBl II 1990, 889, 1007)
Hess	Hessen
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RGBl 219)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Nr)
hrsg	herausgegeben
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
HuW	Haus und Wohnung (zitiert nach Jahr und Seite)
I	
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iE	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung vom 5.10.1994 (BGBl I 2866)
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
J	
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JbAkDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
JBl	Justizblatt (mit Kürzel für den jeweiligen Oberlandesgerichtsbezirk; zitiert nach Jahr und Seite)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (zitiert nach Band und Seite)
Jg	Jahrgang
Jh	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
JMBL	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JurA	Juristische Analysen (zitiert nach Jahr und Seite)
Jura	Juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)
JurBüro	Das juristische Büro (zitiert nach Jahr und Spalte oder Seite)
JurJb	Juristen-Jahrbuch (zitiert nach Band und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
Justiz	Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (zitiert nach Jahr und Seite)

JVBl	Justizverwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
K	
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGBL	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (zitiert nach Jahr und Seite)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (zitiert nach Band, Ab- teilung und Seite)
KO	Konkursordnung idF vom 20.5.1898 (RGBl 612)
Komm	Kommission
KRABl	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (zitiert nach Jahr und Seite)
KreisG	Kreisgericht
KRG	Kontrollratsgesetz
krit	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz idF vom 25.8.1969 (BGBl I 1317)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (zitiert nach Jahr und Seite)
L	
LG	Landgericht (zitiert mit jeweiligem Ortsnamen)
Lit	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (zitiert nach Paragraph und Ordnungszahl)
LPartG	Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 16.2.2001, BGBl I 266
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Spalte)
M	
m	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
mE	meines Erachtens
MHRG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art 3 WKSchG II) vom 18.12. 1974 (BGBl I 3604), aufgehoben durch Art 10 Nr 1 MietrechtsreformG
MietRändG	Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften: 1/vom 29.7.1963
1; 2; 3; 4	(BGBl I 505); 2/vom 14.7.1964 (BGBl I 457); 3/vom 21.12.1967 (BGBl I 1248); 4/vom 21.7.1993 (BGBl I 1257)
Mietrechts- reformG	Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19.6.2001, BGBl I 1149
MietSchG	Mieterschutzgesetz idF vom 15.12.1942 (RGBl I 712)
Mitt	Mitteilungen (zitiert iVm der jeweils herausgebenden Körperschaft)
MM	Mieter-Magazin (zitiert nach Jahr und Seite)
MMV	Mustermietvertrag 1976, hrsg vom Bundesminister der Justiz (Beil Nr 2 zum BAnz Nr 22 vom 3.2.1976)
ModEnG	Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und von Maß- nahmen zur Einsparung von Heizenergie (Modernisierungs- und Energie- einsparungsgesetz) idF vom 12.7.1978 (BGBl I 993)
Mot	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888; zitiert nach Band und Seite)
MR	Militärregierung
MRVerbG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs

Abkürzungsverzeichnis

	sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.1971 (BGBl I 1745)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
mwN	mit weiteren Nachweisen
N	
Nds	Niedersachsen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
NeubauMietVO	Verordnung über die Ermittlung der zulässigen Miete für preisgebundene Wohnungen (Neubaumietenverordnung) idF vom 12.10.1990 (BGBl I 2203)
nF	neue Fassung; neue Folge
NJ	Neue Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW-CoR	NJW-Computerreport (zitiert nach Jahr und Seite)
NJWE-MietR	NJW-Entscheidungsdienst Miet- und Wohnungsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
Nr	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
O	
o	oben
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, auch Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht (zitiert mit jeweiligem Ortsnamen)
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (zitiert nach Band und Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (zitiert nach Jahr und Seite)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes (zitiert nach Band und Seite)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten idF vom 19.2.1987
P	
PiG	Partner im Gespräch, Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland
Pr, pr	Preußen, preußisch(e), er
Prot	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1897–1899; zitiert nach Band und Seite)
R	
RAnz	Deutscher Reichsanzeiger (zitiert nach Jahr und Seite)
RAussch	Rechtsausschuss
RE	Rechtsentscheid in Wohnraummietsachen nach § 541 ZPO
Recht	Das Recht (zitiert nach Jahr und Nr der Entscheidung bzw Seite des Aufsatzes)
RechtsVO	Rechtsverordnung
REGAmZ	Rückertstatungsgesetz Amerikanische Zone, Gesetz Nr 59: Rückertstatung feststellbarer Vermögensgegenstände (ABlMR AmZ Ausgabe G, 1 = BayGVBl 1947, 221)

REGBrZ	Rückerstattungsgesetz Britische Zone, Gesetz Nr 59: Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen (ABlMR BrZ Nr 28, 1169 = VOBl BrZ 152)
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs (zitiert nach Band und Seite)
RG	Reichsgericht
RGBl I; II	Reichsgesetzblatt Teil I; II
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RG WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg von Warneyer (zitiert nach Jahr und Nr)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RhPf	Rheinland-Pfalz
Rn	Randnummer
Rpflieger	Der Deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr und Seite)
Rspr	Rechtsprechung
RStBl	Reichssteuerblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RT	Reichstag
S	
s	siehe
S	Satz; Seite
Saarl	Saarland
Sachs	Sachsen
SachsAnh	Sachsen-Anhalt
SchlH	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr und Seite)
SchlTermG 1; 2; 3	Gesetz zur Änderung des Schlusstermins für den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Mietpreisrechts: 1/vom 4.8.1965 (BGBl I 969); 2/vom 19.1.1969 (BGBl I 2357); 3/vom 30.10.1972 (BGBl I 2051)
SchuldRAnpG	Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet (Schuldrechtsanpassungsgesetz – Art 1 des Gesetzes zur Änderung schuldrechtlicher Bestimmungen im Beitrittsgebiet) vom 21.9.1994 (BGBl I 2538)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (zitiert nach Band und Nr)
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zitiert nach Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (zitiert nach Jahr und Seite oder Spalte)
SoergRspr	Soergels Rechtsprechung zum BGB, EGzBGB, CPO, KO, GBO und RFG; wechselnde Titel, zuletzt (ab 1932): Jahrbuch des Zivil-, Handels- und Prozessrechts (zitiert nach Band und Nr oder Seite)
sog	so genannt
Sp	Spalte
Sten Ber	Stenographische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch idF vom 13.11.1998 (BGBl I 3322)
str	streitig
stRspr	ständige Rechtsprechung
T	
teilw	teilweise
Thür	Thüringen
XX	

Abkürzungsverzeichnis

U

u	und, unten
U	Umschlagseite
ua	unter anderem; und andere
uä	und ähnliches
Urt	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuerrichtlinie
usw	und so weiter
uU	unter Umständen

V

v	von; vom
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz idF vom 29.6.2000 (BGBl I 940)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerglO	Vergleichsordnung vom 26.2.1935 (RGBl I 321, ber 356)
Verh	Verhandlungen
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz) idF vom 21.12.1998 (BGBl I 4026)
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (zitiert nach Jahr und Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
VO	Verordnung
VOBl	Verordnungsblatt (iVm der jeweiligen Körperschaft)
Voraufll	Vorauflage
Vorbem	Vorbemerkung

W

WarnJb	Warneers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozessrechts (wechselnde Titel; zitiert nach Jahr, Seite, Paragraph und Gesetz)
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg von Warneer (zitiert nach Jahr und Nr)
WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz idF vom 23.6.1960 (BGBl I 389, 418)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15.3.1951 (BGBl I 175, ber 209)
WGG	Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz) vom 29.2.1940 (RGBl I 437)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (zitiert nach Jahr und Seite)
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz) idF vom 3.6.1975 (BGBl I 1313)
WKSchG I, II	I/Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25.11.1971 (BGBl I 1839); II/Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz) vom 18.12.1974 (BGBl I 3603)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (zitiert nach Jahr und Seite)
WobauÄndG	WobauÄndG 1965: Gesetz zur verstärkten Eigentumsbildung im Wohnungsbau und zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbauänderungsgesetz 1965) vom 24.8.1965 (BGBl I 945); WobauÄndG 1968: Gesetz zur Fortführung des sozialen Wohnungsbaues (Wohnungsbauänderungsgesetz 1968) vom 17.7.1968 (BGBl I 821); WobauÄndG 1971: Gesetz zur Durchführung des langfristigen Wohnungsbauprogramms (Wohnungsbauänderungs-

	gesetz 1971) vom 17.12.1971 (BGBl I 1993); WobauÄndG 1973: Gesetz zur Änderung des Wohnungsbindungsgesetzes 1965 und des Zweiten Wohnungsbau-gesetzes (Wohnungsbauänderungsgesetz 1973) vom 21.12.1973 (BGBl I 1970); WobauÄndG 1980: Gesetz zur Änderung des Wohnungsbindungsgesetzes und des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (Wohnungsbauänderungsgesetz 1980) vom 20. 2. 1980 (BGBl I 159); Gesetz zur Änderung des Zweiten Wohnungsbaugeset- zes und des Wohnungsbaugesetzes für das Saarland (Wohnungsbauänderungs- gesetz 1988) vom 21.2.1989 (BGBl I 242)
WobauErlG	Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbaus im Planungs- und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften (Wohnungsbau-Erleichterungs- gesetz) vom 17.5.1990 (BGBl I 926)
WoBauG 1; 2	1/Erstes Wohnungsbaugesetz idF vom 25.8.1953 (BGBl I 1047); 2/Zweites Woh- nungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) idF vom 19.8.1994 (BGBl I 2137)
WoBindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungs- bindungsgesetz) idF vom 13.9.2001 (BGBl I 2404)
WoFG	Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz – WoFG) vom 13.9.2001, BGBl I 2376
WoG	Wohnungsgesetz vom 8.3.1946 (KRABl 117)
WoVereinfG 1985	Gesetz zur Vereinfachung wohnungsrechtlicher Vorschriften (Wohnungsrechts- vereinfachungsgesetz) vom 11.7.1985 (BGBl I 1277)
WoVermittG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4.11.1971 (BGBl I 1745, 1747)
WPM	Wertpapiermitteilungen (zitiert nach Jahr und Seite)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht, hrsg von den WM
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (zitiert nach Jahr und Seite)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht (zitiert nach Entscheidungs- träger und Seite)
Z	
z	zum
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
zB	zum Beispiel
ZdW Bay	Zeitschrift der Wohnungswirtschaft Bayern (zitiert nach Jahr und Seite)
ZfgWBay	Zeitschrift für das gemeinnützige Wohnungswesen in Bayern (zitiert nach Jahr und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch (iVm dem jeweils erlassenden Staat)
ZGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (zitiert nach Jahr und Seite)
Ziff	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung idF vom 12.9.1950 (BGBl I 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
zT	zum Teil
zust	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangs- versteigerungsgesetz) idF vom 20.5.1898 (RGL 713)
zw	zweifelhaft

Bürgerliches Gesetzbuch
vom 19. August 1896 (RGBl 195) idF vom 2.1.2002
(BGBl I 42, ber 2909)

§§ 535–580a

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse

Titel 5. Mietvertrag, Pachtvertrag (§§ 535–580 a)

Untertitel 1

Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse

Vorbemerkung zu § 535

Allgemeines Schrifttum: *Crome* Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB, JherJb 37 (1897) 1; *Dulckeit* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951); *Emmerich* Der Mieter als Eigentümer von Gerichts wegen, in: FS Gitter (1995) 241; *ders* Auf dem Weg in den Sozialismus, in: FS Mestmäcker (1996) 989; *ders* Miete, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005, S 593; *Firgau* Aufklärungspflichten im Mietverhältnis (1979); *Löning* Die Grundstücksmiet als dingliches Recht (1930); *Mittelstein* Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches (4. Aufl 1932); *Niendorff* Mietrecht nach dem BGB (10. Aufl 1914); *Paschke* Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete (1991); *Sonnenschein* Die Bereinigung des Mietrechts im BGB (1985); *ders* Der Einfluß des BGH auf die Auslegung, Rechtsfortbildung und Reform des Mietrechts, in: Festgabe 50 Jahre BGH Bd I (2000), 443 = NZM 2002, 1; v *Stebut* Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts (1982).

Systematische Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Geschichte	1	IV. Sonderformen	18
1. Bis zur Mietrechtsreform von 2001	1	1. Automatenverträge	18
2. Mietrechtsreform von 2001	3	2. Tankstellenverträge	20
II. Die Miete im System des BGB	4	3. Beherbergungsverträge	21
1. Schuldverhältnis	4	4. Gemeinschaften	24
2. Erscheinungsformen	7	5. Genossenschaften	25
III. Abgrenzung	12	6. Sonstiges	26
1. Pacht, Leihe	12	V. Verschulden bei Vertragsverhandlungen	27
2. Verwahrung	15	VI. Abschluss des Mietvertrages	29
3. Werkvertrag	16	1. Einigung der Parteien	29
4. Wohnungsrecht	17	2. Anfechtung	31

	Rdn		Rdn
VII. Mehrheit von Vermietern	33	2. Optionen	47
VIII. Mehrheit von Mietern	35	3. Abstandszahlungen	50
1. Gesellschaft	36	4. Hausordnung	52
2. Eheleute	39	X. Inhaltsschranken	53
3. Sonstige Partnerschaften	44	1. Sittenwidrigkeit	53
IX. Besondere Vertragsgestaltungen ..	45	2. Gesetzliche Verbote	54
1. Vormietrecht	45	3. Wucher	55

Alphabetische Übersicht

	Rdn		Rdn
Abgrenzung	12ff	– von Vermietern	33f
Ablösevereinbarung	51	Mieterschutz	1ff
Abschluss	29f	Mietnotrecht	1
Abstand	50f	Mietrechtsreform	3
Altenheime	23	Mischmietverhältnisse	10
Anfechtung	31	Miteigentümer	24
Aufklärungspflichten	27f	Mitmieter	33f
Automatenverträge	18	Nichteheliche Lebensgemein-	
Automatenaufstellverträge	18f	schaften	44
Beherbergungsverträge	21	Optionen	47f
Bordelle	53	Pacht	12
cic	27ff	Partnerschaften	44f
Dingliches Wohnungsrecht	17	Pensionsvertrag	21
Ehegatten	39ff	Raummiete	8
Erscheinungsformen	7ff	Schrankfachvertrag	25
Gefälligkeitsmiete	14	Schuldverhältnis	4
Gemeinschaften	24	Sittenwidrigkeit	53f
Genossenschaften	25	Sozialwohnungen	2
Geschichte	1f	Stationärsvertrag	20
Gesellschaften	36ff	Tankstellenverträge	20
Gewerbliche Miete	8f, 10f	Tresorvertrag	25
Gestattungsverträge	12f	Verbote, gesetzliche,	54
Hausordnung	52f	Vergnügungseinrichtungen	26
Heimpflegeverträge	23	Verlängerungsklausel	48
Hotelaufnahmevertrag	21	Verlängerungsoption	48
Internatsvertrag	23	Verschulden bei Vertragsverhandlungen ..	27ff
Krankenhausaufnahmeverträge	23	Verwahrung	15
Lagervertrag	15	Vormietrecht	45f
Lebenspartner	44f	Weitervermietung	8
Leihe	14	Werkvertrag	16
Lücke Plan	1	Wohnraummiete	6, 8f
Mehrheit von Mietern	35ff	Wohnungsrecht	17
		Wucher	55f

I. Geschichte

Schrifttum: *Staudinger* Rn 1ff; *Blumenroth* Deutsche Wohnungspolitik seit der Reichsgründung (1975); *Emmerich* in: FS Mestmäcker (1996) 989; *ders* Preisfreiheit und Preisbindung, in: Freiheit und Zwang bei der Wohnraummiete, PiG Bd 49 (1996) 71; *Koffner* DWW 1997, 321; *Lutz* Der Mieterschutz der Nachkriegszeit (1998); *W Schubert* in: Gedtschir Sonnenschein (2003) 11; *Sonnenschein* Geschichte des Wohnraummietrechts seit 1917, PiG Bd 49 (1996) 7; *ders* in: Festgabe 50 Jahre BGH Bd I (2000), 443 = NZM 2002, 1; *Wolter* Mietrechtlicher Bestandsschutz (1984).

1. Bis zur Mietrechtsreform im Jahre 2001

Das Mietrecht, wie es heute in den §§ 535 bis 580a geregelt ist, weist nur noch wenige Gemeinsamkeiten mit dem ursprünglichen Mietrecht des BGB der §§ 535 bis 580 von 1900 auf. Den Grund für diese Entwicklung hat man in den zahlreichen so genannten Mietrechtsreformen der letzten Jahrzehnte zu suchen, die letztlich alle darauf zurückzuführen waren, dass das Mietrecht des BGB ursprünglich nur wenig Rücksicht auf die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Wohnraummieters genommen hatte. Bereits unter dem Eindruck der wachsenden Wohnungsnot während des ersten Weltkriegs waren deshalb ab 1917 die Vorschriften des BGB erstmals weithin durch das so genannte **Mietnotrecht** verdrängt worden, das nach einigem Auf und Ab in den dreißiger Jahren zuletzt durch die hoheitliche Erfassung und Verteilung des Wohnraums, durch einen umfassenden Kündigungsschutz für den Mieter und durch eine Mietpreisbindung die Vertragsfreiheit im Mietrecht nahezu vollständig beseitigt hatte. Diese umfassende Wohnraumbewirtschaftung ist erst ab 1960 im Zuge des so genannten **Lücke-Plans** schrittweise wieder abgebaut worden. Zugleich wurde das Mietrecht des BGB in wesentlichen Punkten mit dem Ziel eines stärkeren Mieterschutzes als bisher geändert (soziales Mietrecht).

Erhebliche Mietpreissteigerungen ab Ende der sechziger Jahre veranlassten den Gesetzgeber jedoch ab 1971 zu einer partiellen **Rückkehr zum Mieterschutz**. Die wichtigsten Schritte auf diesem Wege waren das 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 25. November 1971¹ sowie das 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 18. Dezember 1974,² dessen Kern das mittlerweile wieder außer Kraft getretene Miethöheregulierungsgesetz (**MHRG**) bildete. In den folgenden Jahren kam es zu einer Fülle weiterer gesetzlicher Interventionen. Festzuhalten ist lediglich, dass es heute Beschränkungen der Miethöhe nur noch für die so genannten **Sozialwohnungen** aufgrund des Wohnungsbindungsgesetzes vom 31.1.1974³ in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.9.2001⁴ gibt. Eine entsprechende Regelung besteht für Bedienstetenwohnungen aufgrund des § 87a des 2. WoBauG⁵ sowie für andere öffentlich geförderte Wohnungen aufgrund der §§ 88, 88b und 111 des genannten Gesetzes.⁶ Für die Berechnung dieser gebundenen Mieten sind vor allem die NeubaumietenVO (NMVO) v 1970 i d F v 12.10.1990⁷ und die 2. BerechnungsVO (2. BV) v 21.2.1975⁸ in der Fassung v 12.10.1990⁹ heranzuziehen¹⁰, an deren Stelle mittlerweile in einzelnen Beziehungen die Wohnflächen- und die BetriebskostenVO vom 23.11.2003¹¹ getreten sind.

1 BGBl I, 1839.

2 BGBl I, 3603.

3 BGBl I, 137.

4 BGBl I, 2404.

5 BGBl 1994 I, 2137.

6 Zur Fortgeltung dieser Vorschriften s. Art. 2 des Gesetzes zur Reform des Wohnungsbaurechtes vom 13.9.2001, BGBl I, 2376.

7 BGBl I, 2203

8 BGBl I, 570.

9 BGBl I, 2178.

10 Wegen der Einzelheiten s. *Emmerich* PiG Bd 49 (1996) 71, 76ff; *Hanke* Kostenmiete, in: Der Mietzins als Gegenleistung, PiG Bd 40 (1993) 157; *Sonnenschein* Wohnraummiete, 99ff.

11 BGBl I, 2346.

2. Mietrechtsreform von 2001

Schrifttum: Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz), BT-Drucks 14 (2000)/4553 = BR-Drucks 439/2000 = WuM 2000, 465 = NZM 2000, 802; Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Mietrechtsvereinfachung“, Bericht zur Neugliederung und Vereinfachung des Mietrechts (1997); *Achenbach* NZM 2000, 741; *Börstinghaus* NZM 2000, 583; *Derleder* in: Interessenkonflikt zwischen den Mietvertragsparteien und Mietrechtsreform, PiG Bd 60 (2001) 5; *Emmerich* JuS 2000, 1051 = DWW 2000, 143; *ders* NZM 2001, 690; 2001, 777; 2002, 362; *Eisenschmid* WuM 2001, 215; *Hau* JuS 2003, 130; *Jahn* NZM 2000, 9; *Horst* DWW 2003, 83; *Kandelhard* DWW 2003, 11; *Kraemer* WuM 2001, 163; *Löwe* NZM 2000, 577; *Jansen* NJW 2001, 3151; *Schwab* NZM 2003, 50; *Sonnenschein* WuM 2000, 387; *ders* Beendigung des Mietverhältnisses, PiG Bd 60 (2001) 5; *Simon* NZM 2001, 2; *Sternel* Vereinbarung und Erhöhung des Mietzinses, PiG Bd 60 (2001) 31; *Graf von Westphalen* NZM 2002, 368; *Weitemeyer* WuM 2001, 771; *Zuck* NZM 2001, 354.

- 3 Der Bundestag hatte bereits 1974 die Bundesregierung ersucht, das zersplitterte Wohnraummietrecht für die Betroffenen verständlich und übersichtlich in einem Gesetz zusammenzufassen.¹² Die Bundesregierung reagierte auf diese Aufforderung jedoch ernsthaft erst im Jahre 2000 durch die Vorlage des Entwurfs eines **Mietrechtsreformgesetzes**,¹³ dem der Bundestag im Sommer 2001 zustimmte. Das neue Mietrecht ist am 1. September 2001 in Kraft getreten.¹⁴ Wenig später folgte das sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001¹⁵, das alsbald eine lebhaft diskutierte Frage auslöste, welche Konsequenzen sich aus den Änderungen des Leistungsstörungenrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz für das Mietrecht ergeben¹⁶

II. Die Miete im System des BGB

1. Schuldverhältnis

Schrifttum: *Staudinger* Rn 17ff; *Canaris* in: FS Flume I (1978) 371; *Crome* JherJ 37 (1897) 1; *Dulkeit* Verdinglichung (1951); *Emmerich* in: FS Gitter (1995) 241; *ders* in: FS Mestmäcker (1996) 989; *ders* NZM 2001, 777; *P Koch* ZMR 1985, 187; *Löning* Grundstücksmitte (1930); *Otte* in: FS Wieacker (1978) 464; *ders* in: Gedschr Sonnenschein (2003) 181; *Schopp* ZMR 1987, 206; *Wacke* in: FS Gernhuber (1993) 489; *Wieling* in: Gedschr Sonnenschein (2003) 201.

- 4 Angesichts der Stellung des Mietrechts im 8. Abschnitt des Zweiten Buchs des BGB („Einzelne Schuldverhältnisse“) kann nicht ernstlich zweifelhaft sein, dass nach der Vorstellung jedenfalls der Verfasser des BGB der Mietvertrag ein *gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag* ist, durch den ein Dauerschuldverhältnis begründet wird. Solange dem Mieter die vermietete Sache nicht übergeben ist, hat er folglich kein Recht an dieser Sache, sondern ist auf seinen Erfüllungsanspruch gegen den Vermieter beschränkt. Drittwirkungen scheiden aus. Die Situation ändert sich erst, wenn dem Mieter die vermietete Sache *übergeben* wird. Denn von diesem Zeitpunkt ab genießt er **Besitzschutz** gegen Dritte einschließlich des Vermieters aufgrund der §§ 858ff. Außerdem ist er jetzt weitgehend gegen schuldhaft eingegriffene Dritter durch § 823 Abs 1 geschützt. All dies gilt gleichermaßen für die Grundstücks- wie für die Fahrnismiete (vgl auch §§ 986 Abs 2 und 1007). Doch ändert das nichts an der schuldrechtlichen Natur der Miete. Was hierin allein zum Ausdruck gelangt, ist lediglich die bekannte

12 BT-Druck 7/2629, S 2; s zum folgenden *Emmerich* JuS 2000, 1051 = DWW 2000, 143.

13 BT-Drucks 14/4553.

14 BGBl I, 1149.

15 BGBl I, 2376.

16 S dazu *Blank* WuM 2004, 243; *Börstinghaus* NZM 2002, 16; *Emmerich* NZM 2002, 362; *Horst* DWW 2002, 6; 2003, 83; *Schwab* NZM 2003, 50; *Graf v. Westphalen* NZM 2002, 368.

„Verdinglichung“ obligatorischer Besitzrechte durch Besitzerlangung seitens des Berechtigten.

Unbestreitbar ist das Gesagte (Rn 4) jedenfalls für die Fahrnismiete. Besonderheiten gelten indessen in der Tat für die **Grundstücksmiete**, da der Mieter hier nach Überlassung des Grundstücks aufgrund des § 566 (= § 571 aF) außerdem Schutz gegen eine Veräußerung des Grundstücks durch den Vermieter genießt. Die Miete ist dadurch unbestreitbar zumindest in einzelnen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert worden (s § 566 Rn 3ff). Auf der anderen Seite bleibt aber zu beachten, dass der Mieter in der Zwangsversteigerung nach wie vor nur einen schwachen Stand hat (s §§ 57ff ZVG), so dass aufs Ganze gesehen die *dinglichen Züge der Miete* im BGB ursprünglich doch nur schwach ausgeprägt waren. Zu Recht hat es deshalb die Praxis bisher durchweg abgelehnt, die Vermietung eines Grundstücks durch einen Nichteigentümer als Verfügung iS der §§ 892 und 893 anzusehen, da die Miete kein dingliches Recht ist.¹⁷

Wieder anders ist die Situation heute freilich bei der **Wohnraummiete**. Der ständig ausgebaute Kündigungsschutz, der dem Vermieter in vielen Fällen eine Kündigung praktisch unmöglich macht, sowie die Ausdehnung des Bestandschutzes bei Umwandlungen und bei Tod des Mieters (§§ 563ff nF = §§ 569a, 569b aF), verbunden mit dem Jahr für Jahr verstärkten Druck auf die Mieten, führen hier unbestreitbar dazu, dass sich Wohnraummietverhältnisse in zunehmendem Maße **dinglichen Lasten**, die auf einem Grundstück ruhen, annähern. Es passt in dieses Bild, dass das BVerfG das Besitzrecht des Mieters in jüngster Zeit wiederholt als „**Eigentum**“ im Sinne des Art 14 Abs 1 GG qualifiziert hat.¹⁸

2. Erscheinungsformen

Schrifttum: *Hille* WuM 1983, 46; *Kinne* GE 1989, 68, 118; *Roquette* ZMR 1963, 161; *Schmidt-Futterer* NJW 1966, 583; *Sonnenschein* in: Gestaltung von Mietverträgen, PiG Bd 20 (1985) 69; *Sternel* Mietrecht, Tz I 140ff; *Wolter* Mietrechtlicher Bestandsschutz (1984), 238ff.

Das BGB behandelte ursprünglich die Grundstücksmiete in nahezu allen Beziehungen ebenso wie die Fahrnismiete. Erst die Einführung des sozialen Mietrechts hat hierin einen grundlegenden Wandel gebracht. Seitdem muss man genau zwischen der Fahrnis- und der Grundstücksmiete und innerhalb der letzteren weiter zwischen der reinen Grundstücksmiete, der (allgemeinen) Raummiete und der (besonderen) Wohnraummiete unterscheiden, wobei die letztere seit der Mietrechtsreform von 2001 betont im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung steht (s §§ 549, 578 nF).

a) Die Abgrenzung zwischen der **Wohnraummiete** und der sonstigen Raummiete richtet sich in erster Linie nach der **Zweckbestimmung** der Räume. Wohnraummiete ist nur anzunehmen, wenn zum privaten Aufenthalt von Menschen geeignete Räume gerade für diesen Zweck, dh zum Zwecke der Nutzung der Räume zu **Wohnzwecken** durch den Mieter selbst vermietet werden, wozu erforderlich ist, dass wenigstens einer der vermieteten Räume zur Übernachtung von Menschen bestimmt und geeignet ist.¹⁹ Werden dagegen für Wohn-

¹⁷ RGZ 106, 109, 111ff; 124, 325, 327; KG JW 1929, 2893, 2894 Nr 6.

¹⁸ BVerfGE 89, 1, 5ff = NJW 1993, 2035; BGH NZM 2006, 50 Tz 12; s dazu *Depenheuer* NJW 1993, 2561; *ders* Mietrecht und Verfassungsrecht, PiG Bd 43 (1994) 7; *Emmerich* DWW 1993, 313; *ders* in: FS Gitter (1995) 241; *ders* in: FS Mest-

mäcker (1996) 989; *Ibler* AcP 197 (1997), 565; *St Lange* ZMR 2004, 881; *A Lenze* in: FS Derleder, 2005, S 267; v *Mutius* in: Gedtschr Sonnenschein, 2003, S 69; *C Müller* AcP 197 (1997), 537; *Roellecke* NJW 1992, 1649.

¹⁹ RGZ 124, 4, 6; BGHZ 135, 269, 272 = NJW 1997, 1845; BGH LM Nr 4 zu Berl Altbaumie-

zwecke geeignete Räume für *andere Zwecke* vermietet, so handelt es sich nicht um Wohnraummiete, auch wenn später einzelne Räume entgegen dem Vertrag doch zu Wohnzwecken genutzt werden.²⁰ Wohnraummiete ist außerdem zu verneinen, wenn die Anmietung von Räumen zum Zwecke ihrer **Weitervermietung**, zB an die Mitarbeiter des Mieters erfolgt, selbst wenn der Mieter damit ausschließlich gemeinnützige Zwecke verfolgt.²¹ Wohnraummiete ist dagegen anzunehmen, wenn ein gemeinnütziger Verein für Wohnzwecke nutzbare Räume anmietet, um sie *seinen* Mitgliedern für Wohnzwecke zu überlassen.²²

- 9** Wohnraummiete liegt nach dem Gesagten (Rn 8) **zB** vor, wenn Gewerberäume zu Wohnzwecken vermietet werden,²³ wenn die Räume an eine Wohngemeinschaft mit ständig wechselnden Untermietern vermietet werden,²⁴ wenn die Räume zu Wohnzwecken genutzt werden und der Vertrag die Nutzung offengelassen hatte²⁵ sowie, wenn ein Hotelappartement an Wohnungssuchende vermietet wird.²⁶ Auch durch Vertrag kann dann nichts anderes bestimmt werden.²⁷
- 10 b)** Von **Mischmietverhältnissen** spricht man, wenn durch einen Vertrag Wohnräume und sonstige Räume zusammen vermietet werden wie zB bei der Vermietung von Büros, Läden oder Gastwirtschaften in Verbindung mit der dazugehörigen Wohnung. In diesen Fälle muss man unterscheiden: Sind die Verträge über die Wohn- und die Geschäftsräume *nur äußerlich* verbunden mit der Folge, dass sie sich mühelos trennen lassen, so folgt jeder Vertrag den für ihn geltenden Vorschriften.²⁸ Andernfalls bildet der Vertrag eine *Einheit*, so dass er nur entweder ganz den besonderen Regeln für die Wohnraummiete oder den allgemeinen Regeln für die sonstige Grundstücks- und Raummiete unterworfen werden kann, und zwar je nachdem, worauf nach dem **wirklichen Willen** der Parteien der **Schwerpunkt** liegt, dh welcher Verwendungszweck für die Parteien tatsächlich im Vordergrund steht, wofür die Berechnung der Miete und die Flächenanteile der unterschiedlich genutzten Räume lediglich Indizien sind.²⁹ Danach richtet sich dann auch die Anwendbarkeit des § 5 WiStG sowie der §§ 557ff.³⁰ Soweit danach die §§ 557ff anwendbar sind, wird jedoch überwiegend ein *Zuschlag* zu der Vergleichsmiete für die teilgewerbliche Nutzung der Räume zugelassen³¹, der dann auch außerhalb der §§ 557ff erhöht werden kann.³²
- 11** **Gewerbliche** Miete sind danach in der Regel die Vermietung oder Verpachtung einer Gaststätte oder eines Ladens mit Wohnung³³ oder die Vermietung einer Anwaltskanzlei oder einer Arztpraxis nebst Wohnung.³⁴ Der **Wohnzweck** überwiegt dagegen zB, wenn nur zwei Zimmer einer großen Wohnung gewerblich genutzt werden.³⁵ In derartigen Fällen handelt es sich selbst dann um Wohnraummiete, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart

tenVO = WM 1982, 390; LM Nr 1 zu § 29a ZPO = NJW 1981, 1377; OLG Köln ZMR 2004, 31; OLG Celle ZMR 1999, 469, 470f.

20 BGH LM Nr 1 zu § 554b BGB = WM 1969, 625; OLG Düsseldorf NZM 2004, 743.

21 BGHZ 133, 142, 147 = NJW 1996, 2862; BGH LM Nr 45 zu § 249 (Bb) BGB = NJW 1988, 486, 487; BayObLGZ 1995, 265 = WuM 1995, 638 = ZMR 1995, 526, 527; OLG Düsseldorf WuM 2003, 151; KG GE 2005, 990.

22 OLG Köln ZMR 2004, 31.

23 LG Berlin GE 1989, 101.

24 AG Essen WuM 1987, 88.

25 LG Essen WuM 1990, 506.

26 LG Bonn NJW-RR 1990, 1294 = WuM 1990, 505.

27 LG Berlin GE 1993, 377 = WuM 1993, 396.

28 OLG Hamburg ZMR 1979, 279.

29 OLG Köln ZMR 2001, 963, 965; OLG Rostock NZM 2001, 46, 47 = ZMR 2001, 29; OLG Düsseldorf ZMR 2002, 589, 590f = NZM 2002, 739; GE 2006, 647.

30 OLG Hamburg NJW-RR 1997, 458; OLG München ZMR 1995, 295.

31 S LG Berlin 1998, 165, 166; 2001, 1606; LG Hamburg WuM 1998, 491.

32 KG WuM 2006, 37 = ZMR 2006, 284.

33 OLG Hamm ZMR 1986, 11; KG GE 1995, 1205; LG Berlin GE 1987, 195.

34 BGH LM Nr 106 zu § 535 BGB = NJW-RR 1986, 877; KG GE 2001, 1466; OLG Köln ZMR 2001, 963, 965.

35 LG/OLG München ZMR 2007, 119; LG Berlin GE 1987, 1217 = MDR 1988, 146.

haben.³⁶ Überhaupt ist in **Zweifelsfällen** zum Schutze des Mieters Wohnraummiete anzunehmen.³⁷ Dasselbe gilt wohl, wenn Wohnraum- und Geschäftsraummiete gleichberechtigt nebeneinander stehen.³⁸

III. Abgrenzung

1. Pacht, Leihe

a) Miete, Pacht und Leihe bilden die im BGB geregelten Grundformen der Gestattungsverträge. Von einem **Gestattungsvertrag** spricht man, wenn eine Partei einer anderen entgeltlich oder unentgeltlich die Vornahme einer ihr an sich verbotenen Tätigkeit gestattet. Ist diese Tätigkeit der Gebrauch einer Sache, so handelt es sich folglich um Miete, Pacht oder Leihe.³⁹ Miete und **Pacht** unterscheiden sich vor allem in zwei Punkten: Einmal darf der Pächter im Gegensatz zum Mieter die Früchte ziehen, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag der Sache anzusehen sind; zum andern können Gegenstand der Pacht außer Sachen auch Rechte sein (§ 581 Abs 1 S 1). Die Abgrenzung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten,⁴⁰ vor allem, wenn sich der Vertrag auf Räume bezieht, die zur Aufnahme eines Unternehmens bestimmt und geeignet sind. **Unternehmenspacht** ist in derartigen Fällen nur anzunehmen, wenn der eigentliche Gegenstand des Vertrages gerade das (potentielle) Unternehmen ist, das in den vollständig eingerichteten Räumen betrieben werden kann.⁴¹

Wenn **mehrere Sachen** durch denselben Vertrag teils zum Gebrauch, teils zum Fruchtgenuss überlassen werden (zB eine Wohnung mit Nutzgarten), ist zunächst auf die Abreden der Parteien abzustellen, daneben aber auch der Schutzzweck des sozialen Mietrechts zu berücksichtigen. In erster Linie wird es deshalb darauf ankommen, welches Vertragsobjekt als die Hauptsache erscheint bzw welcher Vertragszweck der wesentliche, das ganze Rechtsgeschäft bestimmende ist.⁴² Je nachdem ist allein Miet- oder Pachtrecht anzuwenden.⁴³

b) Von der **Leihe** (§ 598) unterscheidet sich die Miete allein durch ihre Entgeltlichkeit. Jede **unentgeltliche** Überlassung von Sachen zum Gebrauch ist daher Leihe und nicht etwa Schenkung.⁴⁴ Selbst bei unentgeltlicher Einräumung eines lebenslänglichen Wohnrechts bedarf der Vertrag (als Leihe) nicht der Schriftform des § 550 oder gar der Beurkundung nach § 516.⁴⁵ Dagegen ist, auch wenn die Miete unverhältnismäßig niedrig angesetzt wurde (sog **Gefälligkeitsmiete**), ein Mietvertrag anzunehmen, solange nur die Miete noch ernstlich als Entgelt gedacht ist. Stellt die Miete dagegen eine bloße „Anerkennungsgebühr“ dar, so liegt Leihe vor.⁴⁶

36 LG Hamburg WuM 1988, 406; LG Frankfurt WuM 1992, 112; ZMR 1992, 542.

37 LG Berlin WuM 1989, 6.

38 OLG Schleswig WuM 1982, 266; OLG Stuttgart WuM 1986, 10; LG Frankfurt ZMR 1992, 542.

39 S BGHZ 19, 85, 93 = NJW 1956, 104.

40 Einzelheiten bei *Staudinger/Emmerich/Veit* (2005) Vorbem 22ff zu § 581.

41 BGH LM Nr 50 zu § 581 BGB = NJW-RR 1986, 1243; ZMR 1981, 306; OLG Hamm ZMR 1984, 199.

42 RGZ 108, 369; BGH LM Nr 5 zu SchuldRAnpG = NZM 1999, 312, 315 = VIZ 1999, 220.

43 OLG Köln WM 1987, 1308, 1309 = WuM 1987, 377; ZMR 2007, 114.

44 BGHZ 82, 354, 356ff = NJW 1982, 820; BGHZ 137, 106, 109 = NJW 1992, 595; BGH LM Nr 5 zu § 598 BGB = NJW 1985, 1553; WM 1992, 156 = NJW 1992, 496; NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813.

45 BGH LM Nr 5 zu § 598 BGB = NJW 1985, 1553; OLG Köln NZM 2000, 111 = NJW-RR 2000, 152.

46 BGH LM Nr 45 zu § 535 BGB = WM 1970, 853; OGHZ 2, 170 = NJW 1949, 623; OLG Dresden ZMR 2003, 250, 251.

2. Verwahrung

- 15** Enge Berührungspunkte weist die Miete ferner mit der Verwahrung (§§ 688ff BGB; §§ 467ff HGB) auf, da äußerlich auch bei der entgeltlichen Verwahrung die Überlassung eines Raums gegen Entgelt zum Gebrauch vorliegt. Die Interessenlage ist jedoch bei der Verwahrung eine gänzlich andere als bei der Miete.⁴⁷ Denn während der Mieter die Miete dafür zahlt, dass ihm der Vermieter vorübergehend bestimmte Räume zum Gebrauch überlässt, zahlt der Hinterleger im Gegensatz dazu das Entgelt gerade dafür, dass der Verwahrer in **seinen** Räumlichkeiten bewegliche Sachen des Hinterlegers in **seine** Obhut nimmt.⁴⁸ *Miete* und nicht Verwahrung liegt danach vor, wenn Räumlichkeiten zu dem Zweck überlassen werden, darin Sachen unterzubringen, da der Vermieter hier keine Obhutspflichten über die Sachen des anderen Teils übernimmt.⁴⁹ Miete ist daher zB die Überlassung einer Pferdebox⁵⁰ oder von Park- oder Garagenplätzen.⁵¹

3. Werkvertrag

- 16** Auf der Grenze zwischen Miete und Werkvertrag stehen Verträge, die auf Überlassung von Maschinen oder Fahrzeugen mit **Bedienungspersonal** gerichtet sind. Ob solche Verträge (überwiegend) Mietverträge, Werkverträge oder gemischte Verträge, etwa mit dienstverschaffungsrechtlichen Elementen sind, hängt in erster Linie von den von den Parteien verfolgten Zwecken ab.⁵² Beschränkt sich die Vertragspflicht des Überlassenden auf die Übergabe der Maschinen oder der Fahrzeuge sowie die Stellung des Bedienungspersonals, so ist grundsätzlich Miete anzunehmen.⁵³ Dagegen liegt Dienst- oder Werkvertrag vor, wenn (ausnahmsweise) die von dem Bedienungspersonal (mittels der überlassenen Geräte) zu erbringenden Dienstleistungen oder der von ihnen herbeizuführende Erfolg für die Parteien im Vordergrund steht, insbesondere, wenn außerdem ein bestimmtes Werk geschuldet wird.⁵⁴ **Miete** sind daher zB Verträge über Baugeräte oder Zelte, selbst wenn der Vermieter als Nebenpflicht die Aufstellung der Geräte oder Zelte übernimmt,⁵⁵ die Überlassung eines Pferdefuhrwerks mit Kutscher für einen Betriebsausflug,⁵⁶ Verträge über die Benutzung der Geräte eines Fitness-Centers,⁵⁷ weiter die Überlassung einer großen EDV-Anlage mit Bedienung,⁵⁸ ferner Verträge über die Ablagerung von Müll auf einer Müllkippe⁵⁹ oder die Überlassung einer Kiesgrube oder eines Steinbruchs zur Ablagerung von Abfällen⁶⁰ sowie schließlich ein Vertrag zwischen einer Flughafengesellschaft und einem Flugzeughersteller über die Überlassung eines Flugzeugs mit Besatzung zwecks Durchführung von Roll- und Bremstests auf unterschiedlichen Belägen des Flughafens.⁶¹

47 BGHZ 3, 200, 202 = NJW 1951, 957; LG Hamburg ZMR 1979, 246.

48 BGH (vorige Fn); BFHE 165, 428, 430, 166, 191 = NJW 1992, 2782; OLG Koblenz NJW-RR 1991, 1317 = BB 1991, 1963.

49 OLG Koblenz NJW-RR 1991, 1317 = BB 1991, 1963; BFHE 165, 428; 166, 191 = NJW 1992, 2782.

50 LG Hamburg ZMR 1979, 246.

51 BFHE 166, 191 = NJW 1992, 2782; AG Neuwied NJW-RR 1992, 204.

52 BGH LM Nr 40 zu § 535 BGB (Bl 2) = WM 1968, 620; WM 1985, 360, 361; NJW-RR 1996, 1203, 1204 = WM 1996, 1785; NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 70; *Hilgendorf* VersR 1972, 127.

53 BGH (vorige Fn); LG Hamburg NJW-RR 1997, 227, 228.

54 RGZ 82, 427, 429; RG LZ 1916, 235; JR 1926 Nr 11; BGH NJW-RR 1996, 1203, 1204 = WM 1996, 1785; NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813; OLG Hamburg MDR 1965, 491.

55 OLG Düsseldorf VersR 1974, 1113; OLG Hamm NJW-RR 1995, 525.

56 OLG Karlsruhe MDR 1988, 1056

57 OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 243.

58 OLG Hamm NJW 1989, 2629.

59 S BGHZ 63, 119, 123f = NJW 1975, 106.

60 BGHZ 86, 71, 75ff = NJW 1983, 679; OLG Karlsruhe BB 1988, 2130.

61 BGH NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 70.

4. Wohnungsrecht⁶²

Durch die Bestellung dinglicher Rechte kann im Einzelfall wirtschaftlich dasselbe Ergebnis wie durch Abschluss eines Mietvertrages erreicht werden. In Betracht kommt hier namentlich neben der Bestellung eines Nießbrauchs die eines Wohnungsrechtes (§ 1093), zumal die Parteien in das Kausalgeschäft (idR Kauf) ohne weiteres dieselben Abreden wie in einen Mietvertrag aufnehmen können.⁶³ Ob im Einzelfall die Bestellung eines Wohnungsrechtes oder der Abschluss eines Mietvertrages gewollt ist, hängt vom Willen der Parteien ab. Unzulässig ist lediglich die so genannte Verdinglichung der Miete durch die zusätzliche Eintragung eines Wohnungsrechtes.⁶⁴ Jedoch werden derartige Abreden, selbst wenn die Parteien von einer „Verdinglichung der Miete“ sprechen sollten, in der Regel dahin auszulegen sein, dass sie sich über die Bestellung (nur) eines Wohnungsrechtes geeinigt haben.⁶⁵ Außerdem können ein dingliches Wohnungsrecht und bloße Miete nebeneinander, aber unabhängig voneinander hinsichtlich derselben Räume vereinbart werden. Verbreitet ist vor allem die so genannte Sicherungsdienstbarkeit, die von den Parteien häufig gewählt wird, um die Position des Mieters, der dem Vermieter einen abwohnbaren Baukostenzuschuss gewährt hat, rechtlich abzusichern.⁶⁶

IV. Sonderformen

1. Automatenverträge

Schrifttum: *Staudinger* Rn 41–45; *Däubler* JuS 1971, 398; *Gitter* Gebrauchsüberlassungsverträge, § 9; *Hüffer* NJW 1971, 1433; v *Olshausen/K Schmidt* Automatenrecht (1972); *Raisch* BB 1968, 526; *Schopp* ZMR 1972, 197; *Weyland* Automatenaufstellung (1989); *Wolf/Eckert/Ball* Hdb Tz 2095ff (S 641ff); *Wolf/Horn/Lindacher* AGBGB (3. Aufl 1994), § 9 Rn A 181ff (S 457ff).

Verträge über Automaten können nicht einem einheitlichen Vertragstypus zugeordnet werden. Das Spektrum reicht vielmehr von normalen Kaufverträgen über Mietkauf- und Mietverträge bis hin zu den eigenartigen Automatenaufstellverträgen. *Miete* ist zB anzunehmen, wenn ein Automatenhersteller einem Geschäftsinhaber entgeltlich auf Zeit Automaten überlässt, damit der letztere daraus **seine** (des Geschäftsinhabers) Waren verkaufen kann. Darin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zu den **Automatenaufstellverträgen**, bei denen ein Gewerbetreibender, in der Regel ein Gastwirt, einem Automatenbesitzer das Recht einräumt, in seinem Betrieb einen oder mehrere Automaten aufzustellen und daraus Waren *des letzteren*, des Automatenaufstellers (und nicht solche des Wirts) zu verkaufen oder Musik- oder Vergnügungsleistungen zu erbringen.⁶⁷ Die Gegenleistung des Automatenaufstellers für die Gestattung der Aufstellung besteht gewöhnlich in einer Umsatzbeteiligung des Wirts.

⁶² S dazu *Staudinger* Rn 39f; *Staudinger/Mayer* (2002) § 1093 Rn 9ff; *Haegle* Rechtspfleger, 1973, 349; *H Kroll* Das dingliche Wohnungsrecht im Verhältnis zum Mietrecht, 2004; *Roquette* NJW 1957, 525.

⁶³ BGH LM Nr 22 zu § 1018 BGB = NJW 1974, 2123; LM Nr 11 zu § 154 BGB = NJW 1997, 2671; LM Nr 13 zu § 1093 BGB (Bl 3) = NJW-RR 1999, 376; WM 1965, 649, 651; OLG Köln WuM 1995,

590; OLG Oldenburg WuM 1995, 591; KG WuM 2006, 576; *Haegle* Rechtspf 1973, 349.

⁶⁴ OLG Hamm DNotZ 1957, 314ff; LG Wuppertal NJW 1961, 320f.

⁶⁵ LG Wuppertal NJW 1961, 320.

⁶⁶ LG Gießen NJWE-MietR 1996, 218 = WuM 1996, 478; BFHE 185, 379, 381ff = NJW 1998, 3143.

⁶⁷ v *Olshausen/K Schmidt* Rn B 47ff.

- 19** Solche Verträge sind im Grunde nicht geregelte Gestattungsverträge,⁶⁸ auf die immer nur von Fall zu Fall einzelne Vorschriften des Schuldrechts entsprechend angewandt werden können.⁶⁹ In dieselbe Richtung tendiert der BGH, der das Wesen der fraglichen Verträge in der Eingliederung der Automaten in den fremden gewerblichen Betrieb sieht, in dem sie aufgestellt sind.⁷⁰ Die Folge ist zB, dass für Automatenaufstellverträge – mangels Anwendbarkeit des § 550 – keine besonderen Formerfordernisse bestehen⁷¹ und dass der Automatenaufsteller den Besitz an den von ihm aufgestellten Automaten behält, so dass deren Entfernung durch den Gastwirt verbotene Eigenmacht darstellt.⁷²

2. Tankstellenverträge

- 20** Bei den Tankstellenverträgen gibt es verschiedene Gestaltungsformen, die eine unterschiedliche rechtliche Qualifizierung erforderlich machen. Normale Grundstücksmitte liegt vor, wenn ein Grundstückseigentümer einer Mineralölgesellschaft ein Grundstück entgeltlich überlässt, damit die Gesellschaft auf diesem Grundstück selbst eine Tankstelle errichten und betreiben kann. Abgrenzungsprobleme entstehen hier erst, wenn die Mineralölgesellschaft die von ihr errichtete Tankstelle ihrerseits wieder dem Grundstückseigentümer oder einem Dritten zum Betrieb überlässt. Solche Verträge, häufig **Stationärsverträge** genannt, enthalten miet- und dienstvertragliche Elemente, wobei die dienstvertraglichen überwiegen, jedoch nicht in solchem Ausmaß, dass auf die Verträge ausschließlich Dienstvertragsrecht angewendet werden könnte; es handelt sich vielmehr um Geschäftsbesorgungsverträge, meistens Handelsvertreterverträge, mit untergeordneten miet- oder pachtrechtlichen Elementen.⁷³ Der BGH hat daraus den Schluss gezogen, dass für Stationärsverträge von Fall zu Fall auch die kurze Verjährungsfrist des § 548 entsprechend gelten kann.⁷⁴

3. Beherbergungsverträge

Schrifttum: *Ganschezian-Fink* Rechtsverhältnis zwischen Gast und Gastwirt (1971); *Gitter* Gebrauchsüberlassungsverträge, §§ 7, 8 (S 175ff); *Mittelstein* Miete, 67ff; *Nettesheim* BB 1986, 547; *Nienendorff* Mietrecht, 21ff; *Roth* öJBl 1991, 1; *Weimar* MDR 1963, 551; *ders* ZMR 1971, 202.

- 21** a) Die Beherbergungsverträge bieten kein einheitliches Bild. „Normaler“ Mietvertrag mit anderstypischer untergeordneter Nebenleistung ist zunächst die Miete eines Raumes mit zusätzlichen Dienstleistungen des Vermieters wie zB Reinigung des Raums oder Bereitung des Frühstücks. Der **Hotelaufnahmevertrag** ist gleichfalls im Kern Raummiete, wenn auch häufig gemischt mit verschiedenen anderen Verträgen wie Kauf, Verwahrung, Dienst- und Werkvertrag. Für den Gast hat dies den Vorteil der Anwendbarkeit des § 536a.⁷⁵ Dasselbe gilt für **Pensionsverträge**.⁷⁶ Im Einzelfall kann der Vertrag auch reine Wohnraum-

68 *Roquette* § 535 Rn 166f.

69 v *Olshausen/K Schmidt* Rn B 48; *Raisch* BB 1965, 26.

70 BGHZ 47, 202, 203f = NJW 1967, 1414; BGHZ 51, 55, 56 = NJW 1969, 230; BGH NJW 2002, 3322, 3328 = NZM 2002, 924.

71 BGH (vorige Fn).

72 OLG Düsseldorf ZMR 1985, 91 = MDR 1985, 497.

73 BGHZ 52, 171, 175 = NJW 1969, 1662; BGHZ 83, 313, 316ff = NJW 1982, 1692; OLG

Stuttgart NJW 1964, 2255; OLG Düsseldorf WM 1985, 727.

74 BGHZ 135, 152, 155ff = NJW 1997, 1983; s *Emmerich* Anm LM Nr 231 zu § 1004 BGB und JuS 1997, 941f.

75 RGZ 169, 84; BGHZ 63, 333, 336f = NJW 1975, 645; BGHZ 71, 175, 177 = NJW 1978, 1426; BGH LM Nr 10 zu § 537 BGB = NJW 1963, 1449; OLG Köln NZM 1998, 514.

76 BGHZ 71, 175, 177 = NJW 1978, 1426; OLG Kiel HRR 1941 Nr 588.

miete sein, so etwa bei der Unterbringung von Asylanten in einem Hotel⁷⁷ oder bei der vorübergehenden Vermietung eines Hotelappartements an Wohnungssuchende.⁷⁸

Der Hotelaufnahmevertrag ist zustande gekommen, sobald der Gast telefonisch ein Zimmer reserviert hat.⁷⁹ Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Kunde nachträglich wieder zur **Stornierung** des Vertrags berechtigt ist.⁸⁰ Vorrang haben auf jeden Fall etwaige Abreden der Parteien.⁸¹ Fehlen solche, so besteht nach überwiegender Meinung **kein** generelles Stornierungsrecht des Hotelgastes; vielmehr kann sich ein derartiges Recht immer nur im Einzelfall aus den Abreden der Parteien oder aus der Verkehrssitte ergeben. Andernfalls bleibt es bei der Anwendbarkeit des § 537, wenn der Hotelgast das Zimmer nicht in Anspruch nimmt.⁸²

b) Bei Verträgen über die **Aufnahme von Patienten** in Sanatorien und **Kliniken** stehen die Behandlung der Patienten und damit das dienstvertragliche Element ganz im Vordergrund, so dass es sich bei ihnen in erster Linie um Dienstverträge, wenn auch mit starken mietrechtlichen Elementen handelt.⁸³ **Internatsverträge** sind gleichfalls überwiegend Dienstverträge zugunsten der aufgenommenen Kinder. Für ihre Kündigung gelten mithin die §§ 626 und 628 und nicht etwa mietrechtliche Regeln.⁸⁴ Als **Heimverträge** bezeichnet man Verträge über die Unterbringung insbesondere älterer und gebrechlicher Personen in Heimen. Diese Verträge haben eine partielle gesetzliche Sonderregelung in dem **HeimG** in der Fassung von 2001 gefunden.⁸⁵ Als Heime im Sinne des HeimG gelten Einrichtungen mit dem Zweck, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so unterliegt der Vertrag den zwingenden Regeln des HeimG, durch das insoweit die Vorschriften des BGB verdrängt werden.⁸⁶ Nur soweit das HeimG keine Regelung enthält, bleibt ein Rückgriff auf das BGB möglich, wobei darauf abzustellen ist, worauf der Schwerpunkt des Vertrages für die Parteien liegt.⁸⁷ In der Mehrzahl der Fälle dürften dies die dienstvertraglichen Elemente des Vertrages sein, so dass der Vertrag dann in erster Linie den §§ 611ff (neben dem HeimG) zu unterstellen ist. Entsprechendes gilt für die eigenartigen Verträge über **betreutes Wohnen**, bei denen jedoch die mietvertraglichen Elemente ein größerer Gewicht als bei den reinen Heimverträgen haben dürften.⁸⁸

⁷⁷ OLG Hamm ZMR 1995, 206.

⁷⁸ LG Bonn NJW-RR 1990, 1294 = WuM 1990, 505.

⁷⁹ OLG Braunschweig NJW 1976, 570; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1143; ZMR 1992, 532.

⁸⁰ S *Nettesheim* und *Roth* aaO.

⁸¹ OLG Köln NZM 1998, 514; OLG Frankfurt OLGR 1998, 169.

⁸² BGH LM Nr 18 zu § 346 (D) HGB = NJW 1977, 385; OLG Braunschweig NJW 1976, 570; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1143; OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1229 = WM 1986, 883.

⁸³ RG JW 1938, 1246 Nr 12; BGHZ 2, 94, 96 = NJW 1951, 596; BGHZ 4, 138, 148ff = NJW 1952, 382; BGHZ 163, 42, 46f = NJW 2005, 2069, 2070 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 942f.

⁸⁴ BGH LM Nr 129 zu § 823 (Dc) BGB = NJW 1980, 1744; LM Nr 27 zu § 626 BGB = NJW 1984,

2091; LM Nr 6 zu § 628 BGB = NJW 1984, 2093; LM Nr 2 zu § 620 BGB = NJW 1985, 2085.

⁸⁵ BGBI I, 2970; s dazu *Staudinger* Rn 53; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* § 535 Rn 598ff; *Hannig* NZM 2000, 1114; *Heix* WuM 1999, 373; *Th Schlüter* NZM 2000, 530; *U Thier* NZM 2003, 264.

⁸⁶ VG Düsseldorf/OVG Münster WuM 1999, 412; OVG Frankfurt/Oder NZM 2000, 396; OLG München ZMR 2001, 536.

⁸⁷ GrdIlg BGHZ 157, 309, 320f = NJW 2004, 1104; BGH LM Nr 3 zu MiethöheRegG = NJW 1981, 341; LM Nr 26 zu § 571 BGB = NJW 1982, 222; LM Nr 94 zu § 9 (Ci) AGBG = 1989, 1673, 1674; NJW 2003, 1453, 1454 = NZM 2003, 613.

⁸⁸ Dazu grdIlg BGH NJW 2005, 2008 = WuM 2005, 399; *Staudinger* Rn 53; *U Thier* NZM 2003, 264.

4. Gemeinschaften

- 24** Gemeinschaften können die gemeinsame Sache an ihre Mitglieder vermieten. Folglich kommt, wenn eine Sache aufgrund eines Beschlusses der Gemeinschaft einem der Mitglieder gegen Entgelt auf Zeit zum Gebrauch überlassen wird, ein Mietvertrag zwischen der Gemeinschaft und dem Mitglied zustande. Zugleich liegt dann aber auch eine Vereinbarung der Miteigentümer über die Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes im Sinne des § 745 Abs 1 vor, so dass von Fall zu Fall die Anwendung des Mietrechts durch die des vorrangigen Gemeinschaftsrechts verdrängt werden kann.⁸⁹ Lediglich dann, wenn einer der Miteigentümer die Sache unter Ausschluss der anderen gebraucht, ohne dass ein Beschluss der Gemeinschaft vorliegt, bestimmt sich das Rechtsverhältnis allein nach den §§ 741ff.⁹⁰

5. Genossenschaften

- 25** Bei Genossenschaften kann die Überlassung der Wohnungen an die Mitglieder ihre Grundlage zwar in der Satzung finden und stellt dann ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis dar; idR beruht sie jedoch auf dem **Abschluss eines Mietvertrages** zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied.⁹¹ In diesem Fall ist der Vertrag grundsätzlich so lange unkündbar, wie der Mieter Mitglied der Genossenschaft ist.⁹² **Endet die Mitgliedschaft**, so hat dies nur dann die Beendigung der Nutzung zur Folge, wenn es ausdrücklich vereinbart ist und das Nutzungsverhältnis außerdem allein gesellschaftsrechtlich bestimmt ist (§ 158 Abs 2). Wird dagegen wie in der Regel zusätzlich ein Mietvertrag zwischen der Genossenschaft und dem Mietglied abgeschlossen, so kann sich die Genossenschaft gegenüber ihrem Mietglied nicht auf eine entsprechende Vereinbarung berufen (§ 572 Abs 2); in Betracht kommt vielmehr allein eine Kündigung nach den §§ 573ff, wobei jedoch die bloße Beendigung der Mitgliedschaft grundsätzlich noch *kein berechtigtes Interesse* der Genossenschaft an der Beendigung des Mietverhältnisses mit ihrem früheren Mitglied im Sinne des § 573 Abs 1 S 1 begründet; hinzu kommen muss vielmehr noch, dass die Genossenschaft die Wohnung für andere Mitglieder benötigt.⁹³ § 566 ist gleichfalls anwendbar, so dass bei Veräußerung des Grundstücks durch die Genossenschaft der Erwerber in die bestehenden Mietverträge eintritt.⁹⁴ Die Mieter haben außerdem einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Genossenschaft jede von der Marktlage erzwungene Mietsenkung bei Neuabschlüssen auch den alten Mietern einräumen müsste, während besonders niedrige Mieten heute nach § 313 angepasst werden können.⁹⁵

6. Sonstiges

- 26** Bei Besuchen von **Restaurants** tritt das Mietvertragsselement meistens gegenüber dem Kauf- oder Werkvertragsselement ganz in den Hintergrund.⁹⁶ Verträge über die Benutzung von **Vergnügungseinrichtungen** wie Schiffschaukeln, Kegelbahnen oder Autoscootern

89 BGH LM Nr 23 zu § 557 BGB = NJW 1998, 372; LM Nr 15 zu § 432 BGB = NZM 2001, 45; OLG Hamburg NJW-RR 2002, 1165.

90 BGH LM Nr 2 zu § 745 BGB = NJW 1953, 1427; LM Nr 3/4 zu § 743 BGB = NJW 1966, 1707.

91 OLG Hamburg WuM 1990, 542, 543 = ZMR 1991, 28; BayObLG NZM 1998, 369 = WuM 1998, 274 = ZMR 1998, 415.

92 OLG Karlsruhe OLGZ 1985, 106 = WuM 1985, 77.

93 GrdIlg BGH NJW-RR 2004, 12 = NZM 2004, 25; s *Staudinger* Rn 58.

94 OLG Karlsruhe (o Fn 92); LG Kassel WuM 1985, 45; AG Trier WuM 1992, 612.

95 BGH NJW-RR 2006, 1383 = NZM 2006, 693; LG Berlin NZM 2002, 289; GE 2003, 810.

96 AG Burgwedel NJW 1986, 2647.

sind dagegen in erster Linie Miete, so dass die Benutzer den Schutz des § 536a genießen.⁹⁷ Ebenso zu beurteilen sind Verträge über die Benutzung fremder Anschlussgleise oder Verträge, durch die der Grundstückseigentümer einem Dritten das Campieren auf seinem Grundstück erlaubt.⁹⁸ Mietvertrag ist schließlich auch ein Vertrag über die Bereitstellung eines Gerüsts.⁹⁹ Dagegen handelt es sich bei Verträgen von **Theatern** und vergleichbaren Einrichtungen mit den Besuchern in erster Linie um Werkverträge, freilich mit starken mietrechtlichen Einschlägen.¹⁰⁰ Miete und nicht Verwahrung sind schließlich noch die **Tresor- oder Schrankfachverträge**, weil die Bank dadurch ihren Kunden in erster Linie den Gebrauch einer (beweglichen) Sache gewährt.¹⁰¹

V. Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Schrifttum: Artz NZM 2004, 328; Blank Mietvertragsabschluss, PiG Bd 55 (1998) 31; ders ZGS 2004, 104; Derleder Anbahnung und Begründung des Mietverhältnisses, PiG Bd 55 (1998) 7; ders Mietreue und Miettreue, PiG 73 (2006) 185; Derckx NZM 2004, 321; MünchKomm/Emmerich § 311 Rn 140ff; ders Nichtigkeit und Anfechtung von Mietverträgen, PiG Bd 55 (1998) 39 = NZM 1998, 692; ders NZM 2002, 362; ders in: FS Honsell, 2002, S 609; Fischer WuM 2006, 286; Fleischer Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001); Franke ZMR 2000, 733; Hau JuS 2003, 130; Häublein NJW 2003, 388; Horst DWW 2002, 6, 16; Kandelhard WuW 2003, 1; Littbarski DB 1981, 409; Oechsler NZM 2004, 881.

Nach § 311 Abs 2 iVm § 241 Abs 2 trifft den **Vermieter** grundsätzlich eine **Aufklärungspflicht** gegenüber dem Mieter hinsichtlich derjenigen Eigenschaften und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die, für den Vermieter erkennbar, von besonderer Bedeutung für den Mieter sind.¹⁰² Jedoch enthalten nach Meinung der Rechtsprechung die §§ 536ff, soweit es um **Mängel** der Mietsache geht, eine die c.i.c. ausschließende **Sonderregelung**,¹⁰³ solange der Vermieter nicht geradezu vorsätzlich gehandelt hat.¹⁰⁴ Dem ist jedoch nicht zu folgen, weil mit den §§ 536ff keine von dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht abweichende Regelung bezweckt war.¹⁰⁵ Für den **Mieter** können sich gleichfalls bei Vertragsabschluss Aufklärungspflichten aus c.i.c. ergeben, insbesondere, wenn mit Rücksicht auf seine Arbeitslosigkeit oder ein Insolvenzverfahren abzusehen ist, das er unter keinen Umständen in der Lage sein wird, jemals die Miete aufzubringen.¹⁰⁶

Der **Vermieter** muss den Mieter insbesondere unterrichten, wenn die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet ist,¹⁰⁷ wenn eine Straßensperrung bevorsteht, so dass der Publikumsverkehr zurückgehen wird,¹⁰⁸ oder wenn die vermietete Wohnung der Preisbindung aufgrund des WoBindG unterliegt, so dass dem „besserverdienenden“ Mieter eine Fehlbelegungsabgabe droht.¹⁰⁹ Der Vermieter haftet ferner aus c.i.c. wenn er bei dem Mieter den Eindruck eines langfristigen Mietverhältnisses erweckt, an-

97 BGH LM Nr 5 zu § 538 BGB = NJW 1962, 908; LM Nr 19 zu § 537 BGB = MDR 1972, 411; OLG Köln NJW 1964, 2020; Trenck-Hinterberger JuS 1975, 501.

98 OLG Koblenz NJW 1966, 2017.

99 OLG Düsseldorf VersR 1974, 113.

100 AG Hannover NJW 1981, 1219.
101 RGZ 141, 99; OLG Oldenburg NJW 1977, 1780; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 331 = WM 1997, 470; anders O Werner JuS 1980, 175.

102 BGH LM § 276 (Fb)BGB Nr 22 = WM 1980, 1365; LM Nr 51 zu § 537 BGB = NJW 2000, 1714, 1718; NZM 2004, 619 = ZMR 2004, 653.

103 BGHZ 136, 102, 106f = NJW 1997, 2813;

BGH (vorige Fn); NZM 2004, 618 = NJW-RR 2004, 1236; LM Nr 26 zu § 537 BGB = NJW 1980, 777; NJW 2006, 2618.

104 BGH LM Nr. 145 zu § 459 BGB = NJW 2002, 208, 210f.

105 S Staudinger Rn 62; MünchKomm/Emmerich § 311 Rn 140ff; Emmerich NZM 2002, 362, 363.

106 AG/LG Gießen ZMR 2001, 894; LG Bonn NJW-RR 2006, 381 = NZM 2006, 177.

107 OLG Hamburg BB 1988, 1842; OLG Hamm NJW-RR 1988, 784 = MDR 1988, 585.

108 LG Berlin GE 1996, 1303.

109 AG Osnabrück WuM 1995, 309.

schließend aber sofort das Haus verkauft, so dass der Erwerber wegen Eigenbedarfs kündigen kann.¹¹⁰ Dagegen begründet nach Meinung des BGH entgegen einer verbreiteten Meinung die viel zu **niedrige** Festsetzung der **Betriebskostenvorauszahlungen** grundsätzlich keinen Vertrauenstatbestand für den Mieter, so dass der Vermieter später nicht an Nachforderungen in beliebiger Höhe gehindert ist; anders verhält es sich nur, wenn er den Mieter geradezu vorsätzlich über die auf ihn vermutlich zukommende Belastung getäuscht hat,¹¹¹ während unrichtige Angaben über die bisher in den fraglichen Räumen erzielten Umsätze oder Erträge früherer Mieter bei der gewerblichen Miete durchaus eine Haftung des Vermieters aus sich nach sich ziehen können.¹¹² Dasselbe gilt für unzutreffende Angaben des Betreibers eines Einkaufszentrums über den schon erreichten Vermietungsstand bei Verhandlungen mit weiteren Mietern.¹¹³

VI. Abschluss des Mietvertrages

1. Einigung der Parteien

- 29** Der Mietvertrag ist erst zustande gekommen, sobald sich die Parteien über sämtliche Punkte geeinigt haben, über die nach dem Willen auch nur einer Partei eine Einigung herbeigeführt werden soll (§ 154). Dafür genügt jedoch grundsätzlich die Einigung über die **essentialia des Geschäfts**, dh über Gegenstand und Dauer des Vertrags sowie über die Miete.¹¹⁴ Anwendbar sind außerdem sowohl auf den Abschluss eines Mietvertrages als auch auf eine Vertragsänderung die §§ 312 und 312a **über Haustürgeschäfte**.¹¹⁵ Haben sich die Parteien nur darauf geeinigt, dass ein Gegenstand entgeltlich vorübergehend zum Gebrauch überlassen werden soll, während eine Abrede über die **Höhe der Miete** nicht getroffen wurde, so ist es in erster Linie eine Frage der Auslegung, notfalls der ergänzenden Vertragsauslegung, welche Miete gelten soll. Führt diese Auslegung nicht weiter, so ist entsprechend den §§ 612 Abs 2 und 632 Abs 2 anzunehmen, dass die ortsübliche oder angemessene Miete als vereinbart gilt.¹¹⁶ Ein **konkludenter Abschluss** des Mietvertrages ist anzunehmen, wenn ein Gegenstand zum Gebrauch unter Umständen überlassen wird, die die Annahme der Unentgeltlichkeit des Geschäfts ausschließen.¹¹⁷
- 30** Wenn der Mieter **vorzeitig einzieht**, hängt es von den Umständen ab, wie die dadurch entstehenden Rechtsbeziehungen zu beurteilen sind (§§ 133, 157, 242). Gestattet der Vermieter dem Mieter den vorzeitigen Einzug, so kann die Auslegung durchaus ergeben, dass der Mieter für den fraglichen Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Vertrags nicht zur Zahlung einer Miete verpflichtet sein soll, gleichwohl aber schon alle Rechte aus dem Vertrag haben soll.¹¹⁸ Ebenso vorstellbar ist aber auch der Abschluss eines konkludenten Mietvertrages für die

110 OLG Hamm WuM 1981, 102 = OLGZ 1980, 26.

111 BGH NJW 2004, 1102 = NZM 2004, 251; NZM 2004, 619 = ZMR 2004, 653; OLG Dresden NZM 2004, 68 = WuM 2004, 83.

112 BGH LM Nr 145 zu § 459 BGB = NJW 2002, 208, 210f; OLG München ZMR 2001, 708.

113 Grdlg BGH LM Nr 51 zu § 537 BGB = NJW 2000, 1714, 1718.

114 BGHZ 55, 248, 249 = NJW 1971, 653; BGH ZMR 1963, 82; NZM 2005, 704; KG NZM 2005, 537 = WuM 2005, 336.

115 OLG Koblenz WuM 1994, 259; LG Berlin ZMR 2002, 52.

116 BGHZ 94, 98, 111 = NJW 1985, 1895; BGH LM Nr 11 zu § 154 BGB = NJW 1997, 2671; NJW-RR 1992, 517 = WuM 1992, 312; NZM 2003, 314, 315 = NJW 2003, 1317.

117 RG Gruchot 68 (1927), 62, 63f; LG Berlin ZMR 2001, 32; Eisele WuM 1997, 533; Artz NZM 2005, 367 = WuM 2005, 215; ebenso wohl BGH NJW 2003, 1317 = NZM 2003, 314.

118 KG JW 1937, 3029; DR 1940, 395 Nr 6; Weimar WuM 1971, 180.

Zwischenzeit, etwa, wenn der Mieter im Falle des Abschlusses eines aufschiebend bedingten Mietvertrages noch vor Eintritt der Bedingung in die Wohnung einzieht¹¹⁹ oder wenn der Käufer von Räumen bereits vor Vertragsabschluss die Räume übernimmt.¹²⁰ Anders hingegen, wenn eine Partei ausdrücklich erklärt, die Überlassung erfolge nur vorläufig bis zum endgültigen Abschluss des Mietvertrages.¹²¹

2. Anfechtung

Schrifttum: *Staudinger* Rn 70ff; *Brox* Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung (1960), 208ff; *ders/Elsing* JuS 1976, 1; *Bub/Treier* Hdb, Rn II 660ff; *Emmerich* JuS 1998, 495; *ders* Nichtigkeit und Anfechtung von Mietverträgen, PiG Bd 55 (1998) 39 = NZM 1998, 692; *N Fischer* NZM 2005, 567 = WuM 2006, 3; *Hassold* JuS 1975, 550; *Hille* WuM 1984, 292; *Köhler* JuS 1979, 647; *Mittelstein* Miete, 188ff; *Paschke* Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete (1991), 253ff; *Sternel* Mietrecht, Rn I 242ff; *Weimar* Die Sachmängelhaftung im Mietrecht (1957); *ders* ZMR 1982, 196.

1. Mietverträge können ebenso wie anderen Verträge nach den §§ 119 bis 123 angefochten werden. Mehrere Mieter können das Anfechtungsrecht jedoch nur gemeinsam ausüben.¹²² Die Wirkungen der Anfechtung richten sich nach den §§ 142 und 812ff. Unstreitig ist das freilich nur für die Zeit vor Übergabe des Mietobjekts,¹²³ während für die Folgezeit eine verbreitete Meinung in unterschiedlichem Umfang für die Ersetzung des Anfechtungsrechts des Mieters aus den §§ 119 Abs 2 und 123 Abs 1 durch die Gewährleistungsregeln (§§ 536ff) und die Kündigung aus wichtigem Grunde (§ 543) eintritt.¹²⁴ Dieser Meinung ist nicht zu folgen.¹²⁵ „Fehlerhafte Mietverträge“ gibt es nicht. Für eine Einschränkung der §§ 142 und 812ff besteht auch in der Sache kein Anlass.¹²⁶

Der **Mieter** kann den Mietvertrag nach § 119 Abs 2 insbesondere anfechten, wenn er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Vermieters oder der Mietsache geirrt hat.¹²⁷ Eine Anfechtung des **Vermieters** nach § 119 Abs 2 wird dagegen bei falschen Vorstellungen über die Zahlungsfähigkeit oder die Einkommensverhältnisse des Mieters in Betracht kommen.¹²⁸ Der Vermieter kann außerdem nach § 123 Abs 1 anfechten, wenn der Mieter auf zulässige Fragen unrichtige Antworten gibt oder eine Aufklärungspflicht verletzt. Zulässig sind insbesondere Fragen nach dem Familienstand oder den Einkommensverhältnissen des Mieters.¹²⁹ Außerdem trifft den Mieter (ausnahmsweise), wie bereits ausgeführt (s o Rn 27), eine **Aufklärungspflicht** hinsichtlich seiner Einkommensverhältnisse, wenn von vornherein feststeht, dass er die Miete unter keinen Umständen selbst aufbringen können wird.¹³⁰

119 OLG Hamburg WuM 2003, 84 = ZMR 2003, 179; LG Mannheim WuM 1996, 292.

120 OLG Köln NZM 1999, 710.

121 OLG Königsberg HRR 1941 Nr 19; 1942 Nr 625.

122 LG Berlin ZMR 1992, 450; *Emmerich* PiG Bd 55 (1998) 39, 47 = NZM 1998, 692.

123 LG Trier MDR 1990, 342; LG Köln ZMR 1984, 278 = WuM 1984, 297.

124 KG GE 2001, 1131; LG Wiesbaden WuM 2004, 399; *Brox/Elsing* JuS 1976, 1, 6; *Hassold* JuS 1975, 550, 552f; *Horst* DWW 2002, 6, 17; *Köhler* JuS 1979, 647, 651; *Paschke* Dauerschuldverhältnis, 257ff.

125 *Emmerich* PiG Bd 55 (1998) 39, 49ff = NZM 1998, 692 und JuS 1998, 495, 497.

126 RGZ 102, 225, 226; 157, 173, 174; NJW-RR 2002, 155 = NZM 2002, 21; LG Kassel ZMR 1967, 133; offengelassen in BGHZ 137, 255, 266 = NJW 1993, 531.

127 *Emmerich* PiG Bd 55 (1998) 39, 51 = NZM 1998, 692.

128 *Bub/Treier* Hdb, Rn II 666ff; *Mittelstein* Miete, 198ff.

129 LG Landau WuM 1986, 133 = ZMR 1985, 127; LG Mannheim ZMR 1990, 303; LG Köln WuM 1984, 297, 298f = ZMR 1984, 278; LG Wuppertal WuM 1999, 39f; AG Sarlouis NZM 2000, 459; AG Wolfsburg NZM 2001, 987, 988; *Emmerich* PiG Bd 55 (1998) 39, 52f = NZM 1998, 692.

130 LG Bonn NJW-RR 2006, 381 = NZM 2006, 177; AG/LG Gießen ZMR 2001, 894.

VII. Mehrheit von Vermietern

Schrifttum: *Beuermann* GE 1997, 1282; *Erbarth* NZM 1998, 740; *Schach* GE 1997, 1270; *G Scholz* WuM 1986, 5; *Siegelmann* ZMR 1966, 293; *Sonnenschein* in: FS Kraft (1998) 607; *Thon* Vermietermehrheiten (2003).

- 33** Mehrere Vermieter können in einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft stehen. Die §§ 741ff sind nur anzuwenden, wenn die Vermieter nicht eine Gesellschaft bilden.¹³¹ Bei der Verwaltung der gemeinsam vermieteten Sache sind in diesen Fällen die §§ 745, 749 und 754 zu beachten. Dies bedeutet, dass über den Abschluss und die Kündigung des Mietvertrags von den Miteigentümern durch Stimmenmehrheit entschieden werden kann, wodurch zugleich die Befugnis der Mehrheit zur Vertretung der Minderheit begründet wird.¹³² Ebenso wird die Rechtslage in der Regel bei **Miterbengemeinschaften** beurteilt.¹³³
- 34** Für die **Einziehung der Miete** gilt § 754 S 2, so dass jeder Teilhaber die gemeinschaftliche Einziehung verlangen kann.¹³⁴ Anwendbar ist außerdem § 432 mit der Folge, dass ein einzelner Teilhaber vom Mieter zwar nicht die Zahlung desjenigen Teiles der Miete an sich fordern kann, der seinem Anteil entspricht, wohl aber die Leistung der ganzen Miete an die Gemeinschaft.¹³⁵ Umstritten ist die Rechtslage hinsichtlich der **Kündigung**. Überwiegende Gründe sprechen dafür, im Interesse des Mieters nur eine Kündigung durch die Vermieter gemeinsam zuzulassen.¹³⁶ Hinsichtlich der **Vermieterpflichten** sind die Vermieter dagegen Gesamtschuldner.¹³⁷ Eine Kündigung des Mieters muss allen Vermietern gegenüber erklärt werden und daher allen zugehen; andernfalls ist sie unwirksam.¹³⁸

VIII. Mehrheit von Mietern

Schrifttum: *Behrens* Beteiligung mehrerer Mieter am Mietverhältnis (1989); *Eckert* in Gedschr Sonnenschein (2003) 313; *Kersten* Rechtsprobleme bei Mietergemeinschaften, in: Mietnebenkosten, PiG Bd 23 (1986) 215; *Kl Schach* GE 2002, 313; *G Scholz* WuM 1986, 5; *Schopp* ZMR 1976, 321; *Sonnenschein* Forthaftung des Mitmieters nach Auszug aus der Wohnung, in Verbesserung der Vermietbarkeit, PiG Bd 57 (1999) 209 = NZM 1999, 977.

- 35** Eine Mehrheit von Mietern kann in unterschiedlichen Rechtsbeziehungen zueinander stehen. In Betracht kommen vor allem familienrechtliche und gesellschaftsrechtliche Gestaltungen, ersteres naturgemäß insbesondere bei Eheleuten sowie bei so genannten Lebenspartnern nach dem Gesetz von 2001.¹³⁹ In der Mehrzahl der verbleibenden Fälle dürften die Mitmieter dagegen im Innenverhältnis eine Gesellschaft bilden (u Rn 36ff).¹⁴⁰ Gleichsam auf der Grenze zwischen diesen beiden Gestaltungen stehen die nichtehelichen Lebensgemeinschaften (u Rn 44f). Weitere Besonderheiten gelten für so genannte Wohngemeinschaften (dazu u § 540 Rn 29f).

131 BGH WM 1983, 604; *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 203f.

132 BGHZ 56, 47, 49ff = NJW 1971, 1265; BGH OLG Düsseldorf ZMR 1998, 25, 27; OLG Hamburg NZG 1999, 1211, 1213; NZM 2002, 521, 522; str.

133 BGH WM 1984, 1298, 1298; OLG Karlsruhe OLGZ 1981, 207 = NJW 1981, 1278.

134 BGH LM Nr 15 zu § 432 BGB = NZM 2001, 45, 46.

135 BGH (vorige Fn); NJW 2005, 3781, 3782 = NZM 2005, 941.

136 OLG Celle NJW-RR 1994, 854 = ZMR 1994, 218; WuM 1996, 226; LG Heidelberg NJW-RR 2001, 155.

137 RGZ 89, 176; BGH LM Nr 4 zu § 425 BGB = WM 1961, 65 = BB 1961, 6.

138 BGH NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341.

139 BGBI I, 266.

140 GrdIlg BGHZ 136, 314, 323f = NJW 1997, 3437; OLG Hamm ZMR 1983, 381; OLG München ZMR 1994, 216.

1. Gesellschaft

a) Im Falle der gesellschaftlichen Verbundenheit der Mieter bildet das Mietverhältnis grundsätzlich eine **Einheit**, so dass es von den Parteien nur einheitlich gekündigt werden kann. Eine **Kündigung des Vermieters** nur gegenüber einem von mehreren Mietern oder eine Kündigung eines Mieters allein ohne Mitwirkung der anderen scheidet grundsätzlich aus.¹⁴¹ Durch Formularvertrag können sich die Mieter bei der Wohnraummiete auch nicht gegenseitig bevollmächtigen, eine Kündigung entgegenzunehmen oder auszusprechen.¹⁴² Davon zu trennen ist die Frage, ob sich die Mieter einen **Kündigungsgrund**, der nur in der Person eines von ihnen vorliegt, zurechnen lassen müssen, so dass dann allen gegenüber die (nur einheitlich mögliche) Kündigung zulässig ist. Diese Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten; vielmehr kommt es auf die Auslegung des Vertrages sowie der jeweiligen Kündigungsvorschrift an. Im Zweifel ist die Frage jedoch zu verneinen.¹⁴³

Die **Mieter** können gleichfalls grundsätzlich **nur gemeinsam kündigen**. Die Kündigung eines Mieters allein ist unwirksam.¹⁴⁴ Können sich die Mieter nicht über die Kündigung des Mietvertrages einigen, so bleibt dem kündigungswilligen Mieter idR nichts anderes übrig, als die Gesellschaft zu kündigen und auf Auseinandersetzung der Gesellschaft zu klagen.¹⁴⁵ Mangels abweichender Abreden der Parteien sind hierfür die §§ 730ff maßgebend.¹⁴⁶ Daraus soll sich nach überwiegender Meinung ein *Anspruch* des kündigungswilligen Mieters gegen die anderen ergeben, an der Kündigung des ganzen Mietvertrages mitzuwirken, wenn dem nicht ausnahmsweise berechnete Interessen der anderen Mieter entgegenstehen.¹⁴⁷ Einigt sich der Vermieter allein mit dem kündigungs- und auszugswilligen Mieter über die Vertragsbeendigung, während die anderen in den Räumen verbleiben, so können sich die Letzteren nach Treu und Glauben nicht auf ihre fehlende Zustimmung zu der Kündigung berufen, sondern müssen sich so behandeln lassen, als hätten sie der Kündigung zugestimmt.¹⁴⁸ Für **Aufhebungsverträge** dürften dieselben Regeln gelten.¹⁴⁹ Der bloße **Auszug** eines der Mieter aus den gemeinsam gemieteten Räumen allein beendet dagegen den Vertrag mit ihm noch nicht.¹⁵⁰

b) Hinsichtlich der **Mieterpflichten** sind die Mitmieter **Gesamtschuldner**, so dass Vertragsverletzungen grundsätzlich nur für und gegen denjenigen Mitmieter wirken, der sie begangen hat (§ 425).¹⁵¹ Jedoch kann sich aus den Umständen etwas anderes ergeben.¹⁵² Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die Ursache von Schäden an der Mietsache in der Sphäre der Mieter liegt und der Vermieter deshalb außerstande ist, diesen Schaden einem bestimmten Mieter zuzuordnen.¹⁵³ Auch hinsichtlich der **Rückgabe** der Mietsache wird häufig von einem konkludenten Ausschluss des § 425 ausgegangen, so dass dann jeder

141 BGHZ 26, 102, 103ff = NJW 1958, 421; BGHZ 136, 314, 323ff = NJW 1997, 3437; BGHZ 144, 370, 379 = NJW 2000, 3133, 3135; BGH NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341; einschränkend *Eckert* in Gedschr Sonnenschein, 313, 325ff.

142 KG GE 2004, 753.

143 RGZ 90, 328, 331; 138, 183, 186; 141, 391, 393; BGHZ 26, 102, 104ff = NJW 1958, 421; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 1369, 1370 = ZMR 1987, 422; *Eckert* aaO 313ff; anders LG Berlin GE 1995, 943; LG Darmstadt NJW 1983, 52.

144 OLG Celle ZMR 2002, 187; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 298; *Eckert* aaO 319ff.

145 LG Berlin NJW-RR 1999, 1387 = NZM 1999, 998; GE 2001, 929; *Eckert* aaO 322ff.

146 LG Berlin GE 2001, 929.

147 BGH NJW 2004, 1797 = NZM 2004, 419; NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341.

148 BGH (vorige Fn).

149 S u § 542 Rn 4; *Staudinger* Rn 79 m Nachw.

150 LG Berlin NJW-RR 1999, 1387 = NZM 1999, 998; s *Eckert* (Fn 145); *Sonnenschein* PiG Bd 57 (1999) 209 = NZM 1999, 977.

151 LG Berlin NZM 2003, 311.

152 OLG Celle MDR 1998, 1896, 1897; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 96, 97; LG Berlin NJW-RR 2002, 1452; GE 2004, 236.

153 OLG Celle und LG Berlin (Fn 152).

Mieter für eine schuldhaftige Verletzung der Rückgabepflicht durch einen anderen Mitmieter haften muss.¹⁵⁴ An dieser Rechtslage ändert grundsätzlich auch der **Auszug** eines der Mitmieter nichts, da die Rückgabepflicht des Mieters nach § 546 nicht von dem fortbestehenden Besitz des Mieters abhängt.¹⁵⁵ Hinsichtlich der **Mieterrechte** sind die Mitmieter je nach der Gestaltung ihres Innenverhältnisses Gesamt- oder Gesamthandsgläubiger, so dass ihnen der Anspruch auf Rückzahlung der Kaution zB nur gemeinsam zusteht.¹⁵⁶

2. Eheleute

Schrifttum: *Staudinger* Rn 82ff; *Fallacker* ZMR 2003, 803; *Finger* WuM 1999, 663; *Hülsmann* NZM 2004, 124; *Klinkhammer* NZM 1998, 744; *ders* FamRZ 1999, 262; *Kloster-Harz/M Schmid* Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Wohnung (1999); *Mittelstein* Miete, 89ff, 97ff; *Kl Schach* GE 2002, 313; *U Schmitz-Justen* WuM 1999, 495; *Schuschke* NZM 1998, 58; *Sternel* Mietrecht, Rn I 20ff; *Siegelmann* ZMR 1968, 260; *Sonnenschein* NZM 1999, 977 = PiG Bd 57 (1999) 209; *Weimar* ZMR 1964, 129; *Wlecke* Bestandsschutz an der gemieteten Wohnung (1995).

- 39** Wenn Eheleute **gemeinsam** eine Wohnung mieten, gilt das über die Rechtsstellung mehrerer Mieter Gesagte (o Rn 35ff) grundsätzlich ebenfalls, wenn auch mit gewissen Modifikationen (s im Einzelnen u Rn 40ff). Davon zu trennen ist der Fall, dass **nur einer** der Eheleute den Mietvertrag abgeschlossen hat. Was im Einzelnen vorliegt, ist eine Frage der Auslegung der Parteierklärungen. Selbst wenn nur ein Ehegatte mit dem Vermieter verhandelt und abschließt, kann doch nach den Umständen ein Vertrag mit beiden Ehegatten anzunehmen sein, wenn der betreffende Ehegatte bei dem Vertragsabschluss zugleich als Vertreter des anderen Ehegatten tätig geworden ist;¹⁵⁷ eine Vermutung hierfür besteht jedoch nicht.¹⁵⁸ Ebenso gut vorstellbar ist auf der anderen Seite der konkludente Beitritt eines Ehegatten zu dem von dem anderen Ehegatten abgeschlossenen Mietvertrag, wenn sich der beitretende Ehegatte unter Billigung der anderen Beteiligten über längere Zeit als Mieter geriert.¹⁵⁹
- 40** a) Schließt **nur einer** der Ehegatten den Mietvertrag ab, so wird er allein Mieter. Der andere Ehegatte und die Kinder sind jedoch in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen (§§ 311 Abs 3, 328, 536a).¹⁶⁰ Aus der Gleichberechtigung der Eheleute (Art 3 GG) folgt, dass außerdem auch derjenige Ehepartner, der nicht Mieter ist, ein **Besitzrecht** an der Ehwohnung erlangt.¹⁶¹ Die notwendige Folge ist, dass – entgegen einer nach wie vor verbreiteten Meinung¹⁶² – für die **Räumungsvollstreckung** gegen die Eheleute ein Titel gegen den Mieter-Ehegatten allein nicht genügt. Aufgrund seines Mitgewahrsams kann der andere Ehegatte vielmehr, wenn gegen ihn kein Titel vorliegt, gegen die Zwangsvollstreckung nach § 766 ZPO Erinnerung einlegen.¹⁶³ Der Herausgabeanspruch gegen ihn folgt in diesen Fällen aus dem entsprechend anwendbaren § 546 Abs 2.¹⁶⁴ Entbehrlich ist dagegen ein weiterer
- 154** BGHZ 65, 226, 228f = NJW 1986, 287; OLG Düsseldorf ZMR 1987, 377 = NJW-RR 1987, 1371; NJW-RR 1987, 911.
155 GrdIlg BGHZ 131, 176, 182f = NJW 1996, 515; KG WuM 2006, 529; LG Hannover ZMR 1999, 407f.
156 LG Berlin ZMR 1999, 712.
157 OLG Düsseldorf WuM 1989, 362; OLG Schleswig WuM 1992, 674, 675; LG Mannheim ZMR 1993, 415 = NJW-RR 1994, 274.
158 BGHZ 125, 175, 179f = NJW 1994, 1649; LG Berlin GE 2002, 189f; ZMR 1998, 347, 348;
 LG Osnabrück WuM 2001, 438; anders OLG Düsseldorf ZMR 2000, 210.
159 BGH NJW 2005, 2620 = NZM 2005, 659.
160 OLG Hamm FamRZ 1977, 318; s Münch-Komm/Emmerich § 311 Rn 90, 201ff.
161 GrdIlg BGHZ 159, 383, 384f = NJW 2004, 3041.
162 S m Nachw *Schuchke* NZM 1998, 58.
163 Geklärt durch BGHZ 159, 383, 385ff = NJW 2004, 3041 m Nachw.
164 OLG Schleswig WuM 1992, 674, 677 = ZMR 1993, 69.

Titel gegen etwaige Kinder der Eheleute, die mit ihnen die Wohnung teilen, selbst wenn sie volljährig sein sollten.¹⁶⁵

b) Wenn **beide** Ehegatten den Mietvertrag **abgeschlossen** haben, stehen sie ebenso wie in sonstigen Fällen des Abschlusses mit einer Mehrheit von Mietern gleichberechtigt als Vertragspartner dem Vermieter gegenüber. Daraus folgt, dass eine **Kündigung** des Mietvertrages grundsätzlich nur von beiden Ehegatten und nur gegenüber beiden Ehegatten gemeinsam erfolgen kann; eine Kündigung allein durch einen Ehegatten oder nur gegenüber einem der beiden Ehegatten ist unwirksam.¹⁶⁶ Bei einer intakten Ehe kann der Vermieter jedoch grundsätzlich darauf vertrauen, dass der kündigende Ehegatte mit Vollmacht des anderen Ehegatten handelt.¹⁶⁷ Außerdem können die Rechte aus dem Mietvertrag von jedem der beiden Mieterehegatten, freilich nur mit Antrag auf Leistung an beide gemeinsam, geltend gemacht werden.¹⁶⁸

Kein Ehegatte kann sich einseitig durch bloßen **Auszug** aus dem Mietverhältnis lösen. Die **Aufhebung** des Mietvertrages mit einem der beiden Eheleute ist vielmehr nur im **Zusammenwirken aller drei Beteiligten** möglich.¹⁶⁹ Das kann auch konkludent geschehen und ist etwa anzunehmen, wenn nach Auszug eines der beiden Ehegatten der Vermieter ohne Widerspruch des anderen nur noch diesen als Mieter behandelt; dasselbe gilt nach Treu und Glauben, wenn der in der Wohnung verbleibende Mieterehegatte zwar nicht mit der Vertragsaufhebung einverstanden war, gleichwohl aber wohnen bleibt.¹⁷⁰ Die früher vielfältig umstrittene Rechtslage dürfte damit im Wesentlichen geklärt sein.¹⁷¹

d) Im Falle des **Getrenntlebens** der Ehegatten richtet sich die Zuweisung der Wohnung nach § 1361b.¹⁷² Für die Zeit nach **Scheidung** der Ehe gilt dagegen nach wie vor die im Jahre 1944 als 6. Durchführungsverordnung zum EheG erlassene **HausratsVO**.¹⁷³ Eine vergleichbare Regelung besteht für eingetragene Lebenspartnerschaften aufgrund des § 18 des Gesetzes vom 16. Februar 2001¹⁷⁴ sowie aufgrund des Gewaltschutzgesetzes vom 11. Dezember 2001,¹⁷⁵ wenn bei auf Dauer angelegten Lebenspartnerschaften ein Partner gegenüber dem anderen Gewalt angewandt oder auch nur angedroht hat.¹⁷⁶

3. Sonstige Partnerschaften

Schrifttum: *Bub/Treier/Strassberger Hdb*, Rn II 271ff; *Diederichsen NJW* 1983, 1017; *Eisenschmid* Die nichtehelichen Gemeinschaften im Mietrecht, PiG Bd 60 (2001) 195; *Finger WuM* 1993, 581; 1996, 768; *Langohr ZMR* 1983, 222; *Th Meyer NZG* 2001, 829; *Mutter ZMR* 1994, 7; *Kl Schach GE* 2002, 313; *Schwab ZMR* 1983, 184; *R Scholz* Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis (1982); *ders NJW* 1982, 1070; *ders ZMR* 1981, 225; *Thofer* Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im deutschen und italienischen Mietrecht (1993); *de Witt/Hufmann* Nichteeliche Lebensgemeinschaft (1983).

165 BVerfG NJW-RR 1991, 1101; LG Lüneburg NZM 1998, 232.

166 BayObLG WuM 1983, 107; OLG Koblenz ZMR 1984, 30, 31; LG Mönchengladbach WuM 2003, 204.

167 LG Mönchengladbach ZMR 1986, 438; 1986, 439.

168 GrdIlg BGH NZM 2005, 335 = WuM 2005, 237, 238.

169 LG Berlin ZMR 1986, 312; LG Mannheim WuM 1994, 539.

170 S schon o Rn 37; grdIlg BGH NJW 2004,

1797 = NZM 2004, 419; NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341; NJW 2005, 2620, 2621; OLG Köln WuM 2006, 511, 512.

171 S *Staudinger* Rn 86f.

172 S *Finger* NJW 1987, 1001; *ders* WuM 1999, 663; *Röchling* WuM 1991, 455; *Schmitz-Justen* WuM 1999, 495.

173 RGBl I, 256.

174 BGBl I, 266.

175 BGBl I, 3513.

176 S *Schach* GE 2002, 313, 314f.

- 44** Die besonderen Regeln für Eheleute (o Rn 39–43) finden **keine** Anwendung auf **nichtehe-**
liche Lebensgemeinschaften.¹⁷⁷ Es kommt bei ihnen vielmehr vor allem darauf an, mit wem
jeweils der Mietvertrag abgeschlossen wurde. War dies **nur einer** der beiden Partner, so
stellt sich allein die Frage, ob er nach Begründung der Partnerschaft den anderen in die
Wohnung mit aufnehmen darf.¹⁷⁸ Wenn dagegen der Vertrag von **beiden** Partnern abge-
schlossen wurde, gelten auch hier ergänzend die Regeln, die oben für den Fall einer Mehr-
heit von Mietern entwickelt wurden (o Rn 35ff). Es ist daher in erster Linie von der Anwen-
dung gesellschaftsrechtlicher Regeln auszugehen.¹⁷⁹ Für den Fall des *Auszugs* eines der
Partner führt dies grundsätzlich zur Anwendbarkeit der §§ 723 und 730. Der Auszug wird
mit anderen Worten als jederzeit mögliche Kündigung der bestehenden Gesellschaft im
Innenverhältnis behandelt, so dass der ausgezogene Partner von dem anderen nach § 730
die Mitwirkung zu der nächsten möglichen, ordentlichen Kündigung des Mietvertrages
verlangen kann. Wenn und solange dies nicht möglich ist, muss der wohnenbleibende Part-
ner den anderen im Innenverhältnis von der Belastung mit den Mietansprüchen freistellen
(§§ 426, 738).¹⁸⁰ Meistens ist dieser umständliche Weg jedoch entbehrlich, da der BGH in
dem Auszug nur eines der Partner mit Kenntnis des Vermieters für den Regelfall eine Auf-
hebung des Mietvertrages mit diesem sieht, der der andere Partner nach Treu und Glauben
nicht widersprechen kann, wenn er in der Wohnung wohnen bleibt.¹⁸¹

IX. Besondere Vertragsgestaltungen

Schrifttum: *Staudinger* Rn 91ff; *Bub/Treier/Reinstorf* Hdb, Rn II 136ff (S 112ff); *Georgiades* in: FS
Larenz (1973) 409ff; *Henrich* Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965); *Herold* WuM 1982,
119; *Kania* ZMR 1976, 1; *Korff* GE 1986, 823; *Michalski* ZMR 1999, 1, 141; *Ritzinger* NJW 1990, 1201;
Lorenz in: FS Dölle I, 103; *Wolf/Eckert/Ball* Hdb, Rn 66ff (S 23ff).

1. Vormietrecht

- 45** Unter einem Vormietrecht versteht man das Recht einer Person, in den von dem Vermieter
mit einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag einzutreten.¹⁸² Gemäß den hier entspre-
chend anwendbaren §§ 463ff über den Vorkauf¹⁸³ handelt es sich bei dem Vormietrecht um
einen **doppelt aufschiebend bedingten Mietvertrag**, wobei die erste Bedingung in dem
Abschluss eines Mietvertrages zwischen dem verpflichteten Vermieter und einem Dritten
und die zweite Bedingung in der Ausübung des Vormietrechts durch den Begünstigten be-
steht.¹⁸⁴ Die *Ausübung* des Vormietrechts hat zur Folge, dass zwischen dem Begünstigten
und dem verpflichteten Vermieter ein neuer Mietvertrag mit dem Inhalt des ersten Mietver-
trages zustande kommt.¹⁸⁵ Voraussetzung ist, dass sich der Berechtigte vorbehaltlos zur
Übernahme der Pflichten aus dem ersten Vertrag bereit erklärt.¹⁸⁶

177 *Schach* GE 2002, 313.

178 S dazu u § 540 Rn 3; *Staudinger* Rn 90.

179 LG Koblenz NJW-RR 2001, 1162.

180 OLG Düsseldorf NZM 1998, 72 = NJW-RR 1998, 658; OLG Köln NZM 1999, 998 = WuM 1999, 521, 522; ZMR 2004, 42; *Staudinger* Rn 89; *Sonnenschein* NZM 1999, 977 = PiG Bd 57 (1999) 209.

181 S o Rn 37; BGH NJW 2004, 1797 = NZM 2004, 419; NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341.

182 *Kania* ZMR 1976, 1; *Michalski* ZMR 1999, 1f; zu dem vergleichbaren Anmietrecht s noch *Staudinger* Rn 98.

183 BGHZ 102, 237, 240 = NJW 1988, 703; OLG Hamm ZMR 1992, 148.

184 RGZ 123, 265; 125, 123; BGHZ 55, 71, 75ff = NJW 1971, 422; BGH LM Nr 27 zu § 535 BGB = MDR 1964, 748; WM 1967, 935, 936f; *Kania* (Fn 182); anders *Michalski* (Fn 182).

185 BGHZ 102, 237, 240 = NJW 1988, 703; BGH LM Nr 8 zu § 1089 BGB = NJW 1983, 682; NJW 2002, 3017, 3019; WM 2003, 385, 388.

186 BGHZ 102, 237, 240 = NJW 1988, 703; BGH WM 1962, 1091.

Aus der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 463ff folgt, dass der verpflichtete Vermieter dem Berechtigten den Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages unverzüglich mitzuteilen hat und dass nach der **Mitteilung** das Recht im Falle einer Grundstücksmietete binner einer **Ausschlussfrist** von zwei Monaten ausgeübt werden muss (§ 469).¹⁸⁷ Weder die Begründung eines Vormietrechts noch dessen Ausübung durch den Berechtigten bedürfen der **Form** des § 550 (§ 464 Abs 1 S 2).¹⁸⁸ Umstritten ist, ob der durch die Ausübung des Vormietrechts mit dem Begünstigten zustandekommende Mietvertrag seinerseits der Form des § 550 bedarf, wenn es sich um einen langfristigen Vertrag handelt.¹⁸⁹ Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil § 550 keine Ausnahme für Vormietrechte enthält.

2. Optionen

a) Optionen oder Optionsrechte kommen in unterschiedlichen Erscheinungsformen vor.¹⁹⁰ Optionen können zunächst dieselbe Funktion wie Vorverträge oder Anmietrechte haben. Sie begründen dann ein Recht des Mieters, durch einseitige Erklärung einen Mietvertrag herbeizuführen. Das kann auf verschiedene Weise geschehen. In Betracht kommen insbesondere der Abschluss eines Vorvertrags in Verbindung mit einem entsprechenden Gestaltungsrecht des Mieters, ferner der sofortige Abschluss eines aufschiebend bedingten Mietvertrages, wobei die Bedingung in dem Entschluss des Mieters zum endgültigen Vertragsabschluss besteht, außerdem der Abschluss eines so genannten Optionsvertrages sowie ein langfristig bindender Antrag des Vermieters auf Abschluss eines Mietvertrages, den der Mieter dann zu einem ihm genehmen Zeitpunkt annehmen kann.¹⁹¹

b) Von den Optionsrechten in dem genannten Sinne (o Rn 47) müssen die **Verlängerungsoptionen** unterschieden werden, worunter man das Recht des Mieters versteht, einen auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag durch einseitige Erklärung für eine weitere Frist oder auch auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Derartige Optionen sind *Gestaltungsrechte*, die grundsätzlich **vor Ablauf** des Mietvertrages **ausgeübt** werden müssen, wenn nicht ausdrücklich etwas anders vereinbart ist.¹⁹² Die formgerechte und rechtzeitige Ausübung des Optionsrechts bewirkt, dass der alte Vertrag weiterläuft. Es wird nicht etwa ein neuer Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen.¹⁹³ Die Folge ist, dass es grundsätzlich auch bei den alten Vereinbarungen, insbesondere hinsichtlich der Höhe der **Miete** bleibt.¹⁹⁴ Nur im Einzelfall kann die ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass die Verlängerungsoption allein gegen eine angemessene Erhöhung der Miete ausgeübt werden darf.¹⁹⁵

Wenn für die Ausübung des Optionsrechts in dem Vertrag eine bestimmte **Frist** vorgesehen ist, muss das Recht innerhalb der Frist ausgeübt werden.¹⁹⁶ Enthält der Vertrag jedoch keine

187 BGHZ 55, 71, 75ff = NJW 1971, 422; NJW 2002, 3017, 3019 = NZM 2002, 910, 913; WM 2003, 385, 388.

188 BGHZ 55, 71, 76f = NJW 1971, 422.

189 S Michalski ZMR 1999, 1, 2f; Wolf/Eckert/Ball Hdb Tz 764ff (S 243ff).

190 S Staudinger Rn 99ff; Georgiades in: FS Larenz (1973) 409; Lammel § 535 Rn 32; Henrich Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965); Palandt/Weidenkaff Einf v § 535 Rn 6ff.

191 BGHZ 47, 387, 388f = NJW 1967, 1605; BGH LM Nr 25 zu § 433 BGB = NJW 1967, 153; WM 1966, 78; 1969, 859, 861; 1970, 493; Georgiades in: FS Larenz, 409ff; Henrich Vorvertrag (vorige Fn).

192 S u Rn 49; RGZ 99, 155; BGHZ 94, 29, 31 = NJW 1985, 2481; BGH LM Nr 78 zu § 535 BGB = NJW 1982, 2770; LM Nr 18 zu § 566 BGB = NJW-RR 1987, 1227; KG GE 2002, 1561.

193 BGH LM Nr 18 zu § 18 1. BMG = NJW 1986, 551; LM Nr 57 zu § 535 BGB = WM 1975, 222.

194 OLG Düsseldorf ZMR 1995, 347 = WuM 1995, 433.

195 OLG Düsseldorf ZMR 2000, 172 = WuM 2000, 77.

196 OLG Düsseldorf ZMR 1991, 378; 1992, 52; OLG Hamburg WuM 1998, 160, 161.

Regelung über die Ausübungsfrist, so kann das Recht bis Vertragsende ausgeübt werden,¹⁹⁷ während eine Ausübung nach Vertragsende grundsätzlich keine Wirkung mehr äußert, selbst wenn der Vertrag nach § 545 (= § 568 aF) weiterläuft.¹⁹⁸ Läuft der Vertrag infolge der Ausübung des Rechts länger als ein Jahr, so bedürfen die Vereinbarung des Rechts ebenso wie seine Ausübung der **Form** des § 550.¹⁹⁹ Wenn § 550 bei der Vereinbarung oder der Ausübung des Rechts nicht beachtet wird, so hat dies zur Folge, dass der Vertrag auf unbestimmte Zeit weiterläuft und jederzeit gekündigt werden kann.²⁰⁰

3. Abstandszahlungen

Schrifttum: *Staudinger* Rn 106ff; *Blank* WuM 1993, 513; *Bub/Treier/Scheuer* Hdb, Rn V 363ff (S 1444ff); *Eisenhardt* WuM 1997, 415; *Emmerich* Das 4. Mietrechtsänderungsgesetz, PiG Bd 43 (1994) 177; *ders* DWW 1993, 313; *Oetker* ZMR 1982, 4; *Peters* JR 1992, 225; *Röhrmann* NJW 1971, 787; *Roesch* WuM 1970, 142; *Sternel* Mietrecht, Rn III 216ff (S 681ff); *Weimar* MDR 1969, 631; *Wiek* ZMR 1982, 356; *ders* BLGW 1985, 11.

- 50** Als Abstandszahlungen bezeichnet man in erster Linie Zahlungen des Nachmieters an den Vormieter, um diesen zur Aufgabe seiner Wohnung zu bewegen. Solche Zahlungen galten bis 1993 überwiegend als unbedenklich (§ 311 Abs 1).²⁰¹ Der Gesetzgeber des 4. Mietrechtsänderungsgesetzes von 1993²⁰² befürchtete jedoch von Abstandszahlungen eine übermäßige Belastung des Mieters und fügte deshalb in das Wohnungsvermittlungsgesetz von 1971 einen neuen § 4a ein, nach dem Abstandszahlungen grundsätzlich verboten sind.²⁰³ **§ 4a Abs 1 S 1 Wohnungsvermittlungsgesetz** bestimmt seitdem, dass eine Vereinbarung unwirksam ist, die den Wohnungssuchenden oder für ihn einen Dritten verpflichtet, ein Entgelt dafür zu leisten, dass der bisherige Mieter die gemieteten Wohnräume räumt. Erlaubt ist lediglich noch der Ersatz der dem bisherigen Mieter nachweislich entstandenen *Umzugskosten* (§ 4a Abs 1 S 2 aaO) einschließlich zB der Kosten der Renovierung der bisherigen oder der neuen Wohnung.²⁰⁴
- 51** **§ 4a Abs 2** des Wohnungsvermittlungsgesetzes fügt hinzu, dass Verträge, durch die sich der Wohnungssuchende verpflichtet, von dem Vermieter oder dem bisherigen Mieter eine Einrichtung oder ein Inventarstück zu erwerben (sog **Ablösevereinbarungen**) im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sind, dass der Mietvertrag zustande kommt. Die Vereinbarung über das Entgelt ist unwirksam, soweit dieses in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Einrichtung oder des Inventarstücks steht (§ 4a Abs 2 HS 2 Wohnungsvermittlungsgesetz).²⁰⁵ Die Regelung ist entsprechend anzuwenden auf vergleichbare Abreden, zB auf eine Vereinbarung über die Ablösung von Investitions- oder Renovierungskosten des Vermieters.²⁰⁶

197 OLG Düsseldorf MDR 1981, 847.

198 OLG Köln ZMR 1996, 433 = 495; OLG Frankfurt NZM 1998, 1006; LG Berlin GE 1995, 1209.

199 BGH LM Nr 18 zu § 566 BGB = NJW-RR 1987, 1227 = WM 1987, 1286; OLG Hamburg WuM 1998, 160, 161; OLG Frankfurt NZM 1998, 1006; OLG Köln NZM 2006, 464.

200 BGH (vorige Fn); LG Berlin GE 1991, 405.

201 BGH LM Nr 12 zu WoBindG = NJW 1982, 1040; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1428 =

ZMR 1992, 388; anders aber OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 975.

202 BGBl I, 1257.

203 Zur Kritik s *Emmerich* PiG Bd 43 (1994) 177; 185; *ders* DWW 1993, 313, 318.

204 *Blank* WuM 1993, 514.

205 S dazu *Blank* WuM 1993, 503, 514; *Bub* NJW 1993, 2897, 2901.

206 BGHZ 135, 269, 275ff = NJW 1997, 1845.

4. Hausordnung

Schrifttum: *Staudinger* Rn 108f; *Blank* in: FS Seuß (1987) 53; *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1044ff (S 899ff); *König* WuM 1968, 105; *Mittelstein* Miete, 148ff; *Niendorff* Mietrecht, 246ff; *M Schmid* WuM 1987, 71; *Sternel* Mietrecht, Rn I 417ff (S 202ff); *Weimar* MDR 1962, 189.

In größeren Miethäusern wird vom Vermieter häufig eine so genannte Hausordnung aufgestellt, durch die das Zusammenleben der Mieter geregelt werden soll. Derartige „Hausordnungen“ sind nichts anderes als **Allgemeine Geschäftsbedingungen** iS der §§ 305ff.²⁰⁷ Ihre Verbindlichkeit für die Mieter ist daher nur unproblematisch, wenn der Mietvertrag auf sie Bezug nimmt (§ 305 Abs 2).²⁰⁸ *Ohne Bezugnahme* in dem Mietvertrag steht dem Vermieter dagegen – entgegen einer verbreiteten Meinung²⁰⁹ – weder ein Recht zur einseitigen Aufstellung noch zur einseitigen Änderung der Hausordnung zu.²¹⁰ Durch Hausordnungen dürfen ferner lediglich die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs konkretisiert oder präzisiert werden.²¹¹ Dagegen ist es unzulässig, in ihnen dem Mieter neue oder zusätzliche Pflichten aufzuerlegen.²¹² Soweit die Hausordnung nach dem Gesagten wirksam ist, ist außerdem anzunehmen, dass jeder Mieter nach § 328 das Recht hat, von den anderen Mietern die Einhaltung der Bestimmungen der Hausordnung zu verlangen.²¹³

52

X. Inhaltsschranken

1. Sittenwidrigkeit

Schrifttum: *Staudinger* Rn 114ff; *Beer* JuS 1977, 374; *Bergfelder* WuM 1977, 45; *Eisenschmid* Sittenwidrigkeit, Miet- und Sozialwucher, in: Der Mietvertrag, PiG Bd 55 (1998) 55; *Emmerich* Nichtigkeit und Anfechtung von Mietverträgen, PiG Bd 55 (1998) 39; *Finger* WuM 1982, 257; *Händel* NJW 1976, 521; *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft (2001); *Mittelstein* Miete, 208ff; *Peters* NJW 1975, 1890; *Rother* AcP 172 (1972), 498; *Schneider* ZMR 1973, 325; *ders* WuM 1975, 221; *Schickedanz* NJW 1975, 1890; *Tondorf* WuM 1974, 229.

Für Mietverträge gelten – selbstverständlich – dieselben Schranken der Vertragsfreiheit wie für andere Verträge, insbesondere also die §§ 134 und 138. Hervorzuheben ist lediglich, dass Miet- oder Pachtverträge über **Bordelle** heute anders als früher²¹⁴ nur noch dann (ausnahmsweise) als sittenwidrig gelten, wenn der Mieter oder Pächter von den Prostituierten eine überhöhte Miete verlangt, sie also wirtschaftlich ausbeutet oder wenn er die Prostituierten in ihrer Selbständigkeit beeinträchtigt und sie zu ihrer Betätigung anhält, sowie schließlich dann, wenn die vereinbarte Pacht oder Miete in einem auffälligen Missverhältnis zu dem objektiven Pachtwert steht.²¹⁵

53

207 Grdlg BGHZ 157, 188, 194 = NJW 2004, 755 m Anm *Emmerich* JuS 2004, 440; *Blank* in: FS Seuß, 53, 58ff.

208 AG Frankfurt WuM 1985, 19.

209 LG Duisburg ZMR 1957, 343; *Müller* ZMR 1970, 289, 292.

210 *Blank* in: FS Seuß, 53, 54f; *Sternel* Mietrecht, Rn I 417ff.

211 BGHZ 157, 188, 194 = NJW 2004, 775.

212 LG Frankfurt WuM 1988, 120 = NJW-RR

1988, 782; LG Marburg NJW-RR 1990, 1484; LG Berlin WuM 1992, 599.

213 BGHZ 157, 188, 194 = NJW 2004, 775 m Anm *Emmerich* JuS 2004, 440, 441f m Nachw.

214 Zuletzt BGHZ 41, 341, 342 = NJW 1964, 1791; BGH BB 1969, 1106 = Betrieb 1969, 1742.

215 BGHZ 63, 365, 365 = NJW 1975, 638; BGH LM Nr 6 zu § 138 [Ce] BGB = NJW 1970, 1179; WM 1983, 393; OLG Karlsruhe WuM 1990, 286 = ZMR 1990, 301.

2. Gesetzliche Verbote

- 54** Gesetzliche Verbote, deren Verletzung zur Nichtigkeit von Mietverträgen führen kann (§ 134), sind ausgesprochen selten.²¹⁶ Beispiele sind Verstöße gegen gesetzliche Preisvorschriften, soweit noch vorhanden, Mietverträge zur Umgehung der Konzessionsbestimmungen der §§ 2 und 3 GaststättenG,²¹⁷ sowie Mietverträge über Räume, die für den Betrieb einer Apotheke geeignet sind, sofern damit das Verbot von Apothekenpachtverträgen aufgrund der §§ 9 und 12 ApothekenG umgangen werden soll.²¹⁸ Die meisten anderen Verbote des Abschlusses bestimmter Mietverträge werden dagegen, überwiegend wohl aus Mieter-schutzerwägungen, *nicht* als gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 eingestuft. Die beiden wichtigsten Fälle sind Verstöße gegen § 4 **WoBindG** und gegen die verschiedenen **Zweckentfremdungsverbote**.²¹⁹ Dasselbe gilt für Verstöße gegen sonstige bau- oder planungsrechtliche Vorschriften sowie gegen die Steuergesetze.²²⁰ Wieder anders behandelt werden die verschiedenen Wucherverbote (u Rn 55f).

3. Wucher

Schrifttum: *Staudinger* Rn 117ff; *Blank* Mietpreisüberhöhung bei frei finanziertem Wohnraum, in: Neuentwicklung im Mietrecht, PiG Bd 35 (1992) 27; *Bohnert* Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung (1991); *Bub* Mietwucher bei der Wohnraummiete, in: Vertragsverletzung im Wohnraum-mietverhältnis, PiG Bd 46 (1995) 191; *ders* ZMR 1995, 509; *Bub/Treier/Schulz* Hdb, Rn III 259ff (S 600ff); *Buß* Die Äquivalenz im freifinanzierten Wohnraummietrecht (2002); *Eisenschmid* Sittenwidrigkeit, Miet- und Sozialwucher, in: Der Mietvertrag, PiG Bd 55 (1998) 55; *ders* WuM 1992, 221; *Emmerich* Preisfreiheit und Preisbindung, in: Freiheit und Zwang bei der Wohnraummiete, PiG Bd 49 (1996) 71; *Hager* JuS 1985, 264; *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft (2001); *Sternel* Mietrecht, Rn III 29, 47ff (S 587, 596ff); *Wolter* Mietrechtlicher Bestandsschutz (1984), 355ff.

- 55** a) Unsere Rechtsordnung kennt verschiedene Wucherverbote. Die wichtigsten finden sich in § 138 BGB (u Rn 56) sowie in § 5 WiStG und in § 291 StGB. Während jedoch § 138 BGB ausnahmslos für alle Mietverträge gilt, beschränkt sich der Anwendungsbereich der beiden anderen genannten Wucherverbote (§ 5 **WiStG** und § 291 **StGB**) auf Wohnraummietverträge. Diese Strafvorschriften sind gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 **BGB**,²²¹ so dass die Vereinbarung über die Miete nichtig ist, **soweit** sie hiernach überhöht ist, wobei der objektive Verstoß gegen die genannten Strafvorschriften für die Annahme der (Teil-)Nichtigkeit der Vereinbarung ausreicht.²²² Die maßgebliche **Grenze** liegt im Falle des § 5 WiStG bei einer Überschreitung der Vergleichsmiete um 20 %²²³ sowie im Falle des § 291 StGB bei einer Überschreitung der konkreten Vergleichsmiete um 50 %.²²⁴ Verstöße gegen § 138 **BGB** führen dagegen, jedenfalls bei der gewerblichen Raummiete, grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrages insgesamt.²²⁵

216 *Staudinger* Rn 116; *Emmerich* PiG Bd 55 (1998) 39, 46f.

217 OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 687; OLG Stuttgart NJW 1987, 3269, 3270.

218 OLG Freiburg NJW 1970, 1977; OLG Oldenburg NJW-RR 1990, 84f; *Saalfrank* NZM 2001, 971.

219 BGH NJW 1994, 320 = WM 1994, 218; OLG Hamm NJW 1982, 2563 = WuM 1982, 244; KG GE 1989, 941; 1991, 1195; OLG Köln WuM 1992, 67.

220 BGH NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716.

221 BVerfGE 90, 22, 26f = NJW 1994, 993; BGHZ 89, 316, 319 = NJW 1984, 722; s o Rn 54.

222 Zuletzt BGH NZM 2005, 944, 946 (unter 4a).

223 BVerfG und BGH (Fn 221); OLG Frankfurt WuM 1985, 139; 2000, 537, 538f.

224 OLG Hamburg NJW-RR 1992, 1366 = ZMR 1992, 501.

225 So ausdrücklich BGH NZM 2005, 944, 946 (unter 4a) m Nachw.

b) Ein wucherähnliches Geschäft im Sinne des § 138 Abs 1 liegt vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis stehen (s § 138 Abs 2) und weitere erschwerende Umstände wie insbesondere eine verwerfliche Gesinnung des Vermieters hinzukommen. Dafür genügt bereits die grobfahrlässige Ausnutzung der schwächeren Lage des Mieters durch den Vermieter, wofür bei Privatleuten häufig eine Vermutung spricht, sofern zwischen den Leistungen der beiden Parteien ein auffälliges Missverhältnis besteht.²²⁶ Anders verhält es sich angesichts der bekannten Intransparenz der meisten Miet- und Pachtmärkte insoweit häufig bei der gewerblichen Miete oder Pacht.²²⁷ Ein **auffälliges Missverhältnis** der beiderseitigen Leistungen wird bei der **Wohnraummiete** bereits angenommen, wenn die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete um rund 50 % übersteigt.²²⁸ Anders wird die Rechtslage dagegen bei sonstigen Mietverhältnissen, insbesondere also bei der **gewerblichen Raummiete** (§ 578) beurteilt.²²⁹ Hier kann ein wucherähnliches Geschäft erst angenommen werden, wenn die vereinbarte Miete die Vergleichsmiete um rund 100 % überschreitet,²³⁰ wobei als Vergleichsmaßstab grundsätzlich nur die **Marktmiete** in Betracht kommt,²³¹ während die Kosten des Vermieters oder Verpächters keine Rolle spielen.²³² Zu Recht hat deshalb der BGH sämtlichen Methoden, die den Vergleichsmaßstab, dh die Marktmiete, unmittelbar oder mittelbar aus den **Kosten** vergleichbarer Betriebe ableiten wollen (wie zB die so genannte EOP-Methode oder die indirekte Vergleichswertmethode),²³³ eine Absage erteilt.²³⁴ Auch bei der gewerblichen Miete kommt somit als Maßstab für die Überhöhung der Miete nur der Marktzens, dh die ortsübliche Vergleichsmiete in Betracht, und zwar verstanden als *empirische Größe*, die in jedem Einzelfall gesondert ermittelt werden muss.²³⁵ Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft.²³⁶

226 OLG München ZMR 1996, 550, 551 = OLG 1997, 50; LG München I ZMR 1998, 437, 439; viel enger aber BGH NZM 2001, 1077 = NJW-RR 2002, 8; ausführlich *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft, 113ff.

227 BGH LM Nr 17 zu § 138 (Bc) BGB = NJW 2002, 55 = NZM 2001, 810, 811; NJW-RR 2002, 8 = NZM 2001, 1077; NJW-RR 2004, 741 = ZMR 2004, 802; NJW 2004, 3553 = NZM 2004, 907, 908.

228 LG Darmstadt NJW 1972, 1244, 1245; LG Köln ZMR 1977, 148 Nr 11 = BlGBW 1977, 15; LG Wiesbaden ZMR 1980, 235f; *Emmerich* PiG Bd 49 (1996) 71, 80f; *Michalski* ZMR 1996, 1, 2ff.

229 S *Emmerich* JuS 1999, 1230.

230 Grdlg BGHZ 128, 255, 260f = NJW 1995, 1019; BGHZ 141, 257, 263ff = NJW 1999, 3187; BGH NJW 2002, 55 = NZM 2001, 810 = LM Nr 17 zu § 138 (Bc) BGB; NZM 2002, 822, 823 = NJW-

RR 2002, 1521; NJW 2004, 741 = ZMR 2004, 802; NJW 2004, 3553 = NZM 2004, 907, 908f; *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft, 113, 191ff; *Usinger* NZM 1998, 641.

231 BGH (vorige Fn); BGHZ 154, 154, 159f = NJW 2003, 1596.

232 BGHZ 154, 154, 163 = NJW 2003, 1596.

233 S OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 654f; OLG Karlsruhe NJWE-MietR 1997, 151f; OLG München NZM 1999, 617; ZMR 1999, 109, 110; *Eisen-schmid* PiG Bd 55 (1998) 55, 67; *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft, 210, 241ff; *Michalski* ZMR 1996, 1, 3f.

234 Grdlg BGHZ 141, 257, 263ff = NJW 1999, 3187; BGH NZM 2002, 822, 823 = NJW-RR 2002, 1521; NJW 2004, 3553 = NZM 2004, 907, 908.

235 BGH NZM 2002, 822, 823 = NJW-RR 2002, 1521; NZM 2004, 741 = ZMR 2004, 802.

236 BGHZ 154, 154, 164f = NJW 2003, 1596.

§ 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags

[1] Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesen Zustand zu erhalten. Er hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen.

[2] Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.

Systematische Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Gegenstand	2	V. Lastentragung	34
II. Überlassungspflicht	7	1. Begriff	35
III. Erhaltungspflicht	10	2. Heizkosten	38
1. Konkurrenzschutz	11	3. Umlage der Kosten, Voraus-	
2. Schutz vor Störungen	13	zahlungen	40
3. Instandhaltungs- und Instand-		4. Abrechnung	44
setzungspflicht	14	VI. Miete	47
IV. Umfang des vertragsgemäßen		VII. Nebenleistungspflichten des	
Gebrauchs	18	Mieters	52
1. Gewerbliche Nutzung von Wohn-		1. Abnahme- und Betriebspflicht	52
räumen	19	2. Obhutspflicht	54
2. Gewerbliche Miete	20	3. Besichtigungsrecht	56
3. Bauliche Veränderungen	21	VIII. Schönheitsreparaturen	58
4. Anlagen des Mieters	23	1. Begriff	58
5. Die Unterbringung der Sachen des		2. Schuldner	60
Mieters	26	3. Umfang	64
6. Musikausübung	27	4. Vertragsende	69
7. Tierhaltung	28	IX. Reparaturpflicht	75
8. Heizung	31		

Alphabetische Übersicht

	Rdn		Rdn
Abnahmepflicht	52	– Konkurrenzschutz	11ff
Abrechnung	44ff	– Schutz gegen Lärm	13
Anlagen des Mieters	23ff	– Schutz gegen Störungen	13f
Antenne	24f	– Verkehrssicherungspflicht	14
Außenflächen	6		
Bauliche Veränderungen	21f	Fahrstühle	6, 14
Beleuchtungspflicht	17	Fahrzeuge	5, 50
Besichtigungsrecht	56	Fernsprechanschluss	23
Betriebspflicht	52	Fixgeschäft	8
		freie Berufe	12
Erfüllungsort	51		
Erhaltungspflicht	10ff	Garantie	9
– Instandhaltungspflicht	14ff	Garten	6

	Rdn		Rdn
Gattungsschuld	2	– Umsatzmiete	48
Gebrauchspflicht	52	– Umsatzsteuer	47
Gegenleistung	47ff	Mieterpflichten	47ff
Gegenstand	2ff	– Abnahmepflicht	52
Gemeinschaftsantenne	24f	– Besichtigungsrecht des Vermieters	56
Geschirrspülautomat	23	– Gebrauchspflicht	52f
Gewerbliche Zwecke	19f	– Instandsetzungspflicht	75ff
		– Miete	47
Hauptleistungspflichten		– Nebenkosten	34
des Vermieters	7ff	– Nebenleistungspflichten	47, 52f
Haushaltsgeräte	3	– Obhutspflicht	54
Heizkosten	38ff	– Reparaturpflicht	75
Heizung	31ff	– Schönheitsreparaturen	58
– Abrechnung	44ff	Musikausübung	27
– Betriebspflicht des Vermieters	32		
– Bruttomiete	34, 38	Nebenkosten	34ff
– Fälligkeit	43, 45	Nebenleistungspflichten	47ff, 52ff
– HeizkostenVO	34, 39		
– Heizpflicht des Vermieters	31f	Obhutspflicht	54
– Kaltmiete	39		
– Kosten	38f	Parabolantenne	25
– Pauschalen	41	Plakate	6
– Umlage der Kosten	40ff	Prüfungspflicht	16
– Umlegungsmaßstab	40f		
– Verjährung	45	Reinigungspflicht	17
– Vorauszahlungen	41f	Reparaturpflicht	75ff
Hofbenutzung	5	– Bagatellschäden	76
Hundehaltung	29f	– Beteiligungsklausel	77
		– Formularverträge	76
Insolvenz	51	– Gewerbliche Miete	75
Instandhaltungs- und Instand-		– Grenzen	76f
setzungspflicht	14ff	– Vornahmeklausel	77
– Schönheitsreparaturen	60ff	– Wohnraummiete	76f
– Verkehrssicherungspflicht	14ff	Rundfunk und Fernsehen	24
Kabelanschluss	24	Schlüssel	3f
Kaltmiete	39	Schönheitsreparaturen	58ff
Konkurrenzschutz	11ff	– Abwälzung auf den Mieter	60f
Kosten	15	– Auszug des Mieters	62, 72
Kraftfahrzeuge	5, 26	– Ausgleichsanspruch	67
		– Bedarfsklausel	62
Lärmbelästigungen	13	– Begriff	58f
Lastentragung	34f	– Erfüllungsanspruch	65, 69
		– Erfüllungsverweigerung	72
Miete	47ff	– Facharbeiterklausel	63
– Art der Miete	47f	– Fälligkeit	64
– Einmalmiet	48	– Formularvertrag	61ff
– Einzugsermächtigung	50	– Fristsetzung	65, 69, 71
– Erfüllungsort	51	– Inhalt	64
– Erscheinungsformen	47f	– Quotenklausel	62, 69
– Höhe	47	– Schaden des Vermieters	73f
– Mehrwertsteuer	47	– Schadensersatzanspruch des Vermieters	68ff
– Nebenkosten	34ff	– Schuldner	60f
– Teilleistungen	50	– Umbau	67

	Rdn		Rdn
– Vermieterpflicht	60	– Heizung	31ff
– Verschulden	70	– Instandhaltungs- und Instandsetzungs-	
– Vertragsende	66, 69f	pflicht	14ff
– Wirtschaftsplan	61, 63f	– Konkurrenzschutz	11f
Störungen des Mieters	13	– Schönheitsreparaturen	60ff
		– Überlassung der Sache	7f
Telefon	23	vertragsgemäßer Gebrauch	18ff
Tierhaltung	28ff	– Anlagen des Mieters	23ff
– Erlaubnispflicht	29	– Antenne	24
– Gefährliche Tiere	28f	– bauliche Veränderungen	21f
– Genehmigungsvorbehalt	30	– Briefkasten	22
– Hundehaltung	29ff	– gewerbliche Nutzung	19f
– Kleintiere	28	– Haushaltsmaschinen	23
– Widerruf der Erlaubnis	30	– Heizung	31
		– Musikausübung	27
Übergabe	7	– Parabolantenne	25
Überlassungspflicht	7ff	– Telefon	23
– Inhalt	7	– Tierhaltung	28ff
– Haftung	8	– Umstellung des Betriebs	20
– vertragsgemäßer Gebrauch	18ff	– Unterbringung der Mietersachen	26f
– Verzug	8f	– Waschmaschinen	23
Unmöglichkeit	8f, 15	vertretbare Sachen	2
Unterbringung der Mietersachen	26ff	Verzug des Vermieters	8
		Vorauszahlungen	41f
Verhältnis zwischen mehreren		Warmmiete	34, 39
Mietern	134f	Waschmaschine	23, 54
Verkehrssicherungspflicht	14	Wettbewerbsverbote	11
Vermieterpflichten	7, 10ff	Wirtschaftsplan	61, 63, 64
– Erhaltungspflicht	10ff	Zu- und Abgänge	4, 14
– Gewährung des vertragsgemäßen			
Gebrauchs	18ff		

1 § 535 regelt im Anschluss an die §§ 535, 536 und 546 aF und ohne sachliche Änderungen den Inhalt der Hauptleistungspflichten beider Vertragsparteien.¹ Die Vorschrift ist auf alle am 1. September 2001 bestehenden Mietverhältnisse anzuwenden (Art 229 § 3 EGBGB).

I. Gegenstand

2 1. Gegenstand des Mietvertrages können, wie der Vergleich des § 535 Abs 1 S 1 mit § 581 zeigt, **nur Sachen** iS des § 90, dh nur körperliche Gegenstände und deren Teile sein.² Gleich stehen Tiere (§ 90a S 3). **Teile** von Sachen können ebenfalls vermietet werden, wenn ihr selbständiger Gebrauch möglich ist. Sind die vermieteten Sachen nur der Gattung nach bestimmt, so handelt es sich um eine **Gattungsschuld** (§ 243).³ Besonderheiten gelten für derartige Verträge nicht.⁴ Konkretisierung tritt ein, sobald der Mieter die Sachen abgenommen und mit ihrer Benutzung begonnen hat.⁵

1 S die Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553, S40.

2 BGH NJW 2003, 3322, 3323.

3 H Roth JuS 1999, 220, 222.

4 S Medicus in: FS Felgentraeger (1969) 309; MünchKomm/Emmerich § 243 Rn 2.

5 BGH LM Nr 238 zu § 242 (Cd) BGB = NJW 1982, 873.

2. Der Mietvertrag erstreckt sich, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, auf die wesentlichen Bestandteile der Sache sowie (entspr § 311c) auf das **Mietzubehör**.⁶ Dazu gehören bei der Raummiete zunächst die **Schlüssel**, so dass der Vermieter dem Mieter mindestens zwei Schlüssel zur Verfügung stellen muss.⁷ Der Vermieter darf keine Schlüssel zurückbehalten, da er kein Zutrittsrecht zu den Räumen des Mieters hat.⁸ Solange dem Mieter nicht alle geschuldeten Schlüssel übergeben wurden, hat der Vermieter seine Übergabepflicht (§ 535 Abs 1 S 1) nicht erfüllt.⁹ Bei Vertragsende muss der Mieter die Schlüssel zurückgeben; sieht er sich dazu außerstande, so kann er sich ersatzpflichtig machen, wobei dem Mieter der Entlastungsbeweis obliegt (§ 280 Abs 1).¹⁰ Mitvermietet sind außerdem noch die eingebauten **Haushaltsgeräte** wie Duschen, Öfen, Wandschränke und Warmwasserbereiter.¹¹ Dasselbe gilt für Hausbriefkästen¹² oder eine Einbauküche, so dass deren Entfernung durch den Vermieter eine Vertragsverletzung darstellt.¹³
3. Bei der Raummiete sind ferner grundsätzlich die zu den Räumen gehörigen **Zu- und Abgänge** einschließlich der Treppen und Flure mitvermietet.¹⁴ Die Zufahrt zu einem Haus muss daher immer offenbleiben.¹⁵ Sind die vermieteten Räume nur über eine Privatstraße des Vermieters zu erreichen, so ergibt sich aus dem Mietvertrag zusätzlich die Berechtigung des Mieters, jederzeit diese Straße zu befahren.¹⁶ Bei Häusern, die von mehreren Mietern genutzt werden, erstreckt sich der Vertrag außerdem auf die **gemeinschaftlich genutzten Räume** und Gebäudeteile¹⁷. Beispiele sind die zum Haus gehörigen Balkone und Terrassen, Böden, Speicher und Keller, Spielplätze und Sandkästen¹⁸ sowie Heizungskeller¹⁹ und Waschküchen²⁰.
4. **Durchfahrten und Hofräume** sind ebenfalls grundsätzlich zur gemeinsamen Benutzung mitvermietet.²¹ Jedoch darf der Hofraum grundsätzlich nur zum Be- und Entladen, zum Teppichklopfen und zum Abstellen eines Mülleimers, nach hM dagegen nicht als Kinderspielplatz oder zur Abstellung von Kraftfahrzeugen genutzt werden.²² Aus der bloßen **Duldung** einer über den Vertrag hinausgehenden Nutzung des Hofes oder anderer Räume seitens des Vermieters ergibt sich kein Recht des Mieters auf Fortsetzung dieses Gebrauchs, wenn der Vermieter oder sein Rechtsnachfolger ihre Einstellung zu der Benutzung ändern.²³
5. Bei Einfamilienhäusern gilt ein etwaiger **Garten** als mitvermietet.²⁴ Die Gartenpflege bleibt aber grundsätzlich, dh wenn nichts anderes vereinbart ist, nach § 535 Abs 1 S 2 Sache des Vermieters.²⁵ Übernimmt der Mieter die Gartenpflege, so hängt der Umfang der vom Mieter geschuldeten Arbeiten von den Abreden der Parteien und insbesondere davon ab, ob

6 RGZ 47, 197 BGH NJW 2007, 216 Tz 13.

7 AG Bad Neuenahr-Ahrweiler WuM 1996, 331.

8 AG Bremen WuM 1982, 275.

9 OLG Naumburg ZMR 2000, 290; OLG Düsseldorf NZM 2004, 946, 947.

10 LG Hamburg NZM 1999, 410; AG Münster NJW-RR 2003, 1230 = ZMR 2003, 583.

11 LG Köln NJW-RR 1997, 1440.

12 AG München WuM 1989, 231.

13 BGH LM Nr 13 zu § 567 ZPO = WM 1986, 800, 802.

14 RG Gruchot 48 (1901), 901; LG Lübeck WuM 1990, 336; AG Altona WuM 1990, 144.

15 LG Lübeck WuM 1990, 336.

16 AG Hamburg WuM 1996, 534.

17 Grdl BGH NJW 2007, 146.

18 LG Freiburg ZMR 1976, 210; LG Berlin NZM 1998, 860.

19 LG Mannheim MDR 1978, 140; aM AG Lörach WuM 1996, 215.

20 LG München I ZMR 1969, 15 Nr 11.

21 RG Recht 1909 Nr 245.

22 LG Berlin WuM 1969, 59; FWW 1977, 268; AG Schöneberg GE 1990, 209; Koenig WuM 1967, 59; großzügiger BGH (Fn 17); LG Berlin NJW-RR 1986, 1144 = WuM 1987, 212; AG Darmstadt WuM 1986, 211.

23 KG WuM 2007, 68; LG Berlin NZM 2000, 457.

24 OLG Köln NJW-RR 1994, 334; LG Kassel WuM 1988, 155.

25 LG Kassel WuM 1988, 155.

die Parteien ausdrücklich oder konkludent auf § 2 Nr 10 der BetriebskostenVO vom 25. November 2003²⁶ Bezug genommen haben; ist dies nicht der Fall, so beschränken sich die vom Mieter geschuldeten Arbeiten grundsätzlich auf einfache Pflegearbeiten²⁷. Die Einzelheiten der Gartenbenutzung kann der Vermieter regeln.²⁸ Ohne besondere Abrede umfasst die Gartenbenutzung aber nicht das Recht, in dem Garten dauerhaft Liegestühle, Blumenkübel oder ein großes Gartenhaus aufzustellen²⁹, wohl aber das Recht, einen Spielplatz anzulegen, sofern genügend Platz vorhanden ist.³⁰ Ob sich ein Mietvertrag über gewerbliche Räume auch auf die **Außenflächen** des vermieteten Stockwerks oder Gebäudes erstreckt, so dass der Mieter diese für Reklamezwecke oder zur Anbringung von Automaten nutzen kann, hängt von der Auslegung des Vertrags im Einzelfall ab (§§ 133, 157).³¹ Dagegen darf jeder Mieter ohne weiteres an der Außenwand Blumenkästen und Hinweisschilder anbringen.³² Dasselbe gilt nach hM für **Plakate** und Schriftbänder politischen Inhalts.³³ Vorhandene **Fahrstühle** darf der Mieter gleichfalls benutzen; sie gelten als mitvermietet und müssen sich deshalb in einem verkehrssicheren Zustand befinden und an sämtlichen Tagen rund um die Uhr in Betrieb gehalten werden; an den Kosten dürfen auch die Mieter der Erdgeschosswohnung beteiligt werden.³⁴

II. Überlassungspflicht

Schrifttum: *Staudinger* Rn 14ff; *Beuthien* Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969); *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1182ff (S 977ff); *Derleder* in: Vermieterleistungen, PiG Bd 67 (2003), 1; *Emmerich* NZM 2002, 362; *ders* Rechtsmängel und sonstige Vertragsverletzungen des Vermieters, in: Vertragsverletzung im Wohnraummietverhältnis, PiG Bd 46 (1995) 119; *Franke* DWW 2005, 4; *Köhler* Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), 31ff; *Oetker* Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994); *Sonnenschein* Haupt- und Nebenpflichten bei der Wohnraummiete, PiG Bd 46 (1995) 7; *Sternel* Mietrecht, Rn II 1ff (S 208ff).

- 7 1. Aufgrund des § 535 Abs 1 S 1 umfasst die Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache während der Mietzeit als erstes die Verpflichtung, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, dh die Sache zu **überlassen**. Er muss deshalb die Sache dem Mieter *übergeben*, *soweit* dies zur Durchführung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlich ist,³⁵ dh in einer Weise zur Verfügung stellen, die es dem Mieter erlaubt, ohne weiteres den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache auszuüben.³⁶ Bei beweglichen Sachen wird dazu idR, aber nicht notwendig die **Übergabe**, dh die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes iS des § 854 gehören.³⁷ Abweichende Abreden sind jedoch möglich.³⁸ Miete ist auch die Überlassung von Hauswänden zur Anbringung von Reklame-

26 BGBl I, 2346.

27 OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13 = NZM 2004, 866; *Staudinger* Rn 10.

28 LG Berlin GE 2006, 578.

29 LG Berlin (vorige Fn).

30 LG Lübeck WuM 1993, 669.

31 RGZ 80, 281; BGH LM Nr 10 zu § 535 BGB = ZMR 1957, 225; LM Nr 1 zu § 157 (B) BGB = BB 1954, 83; s für Berlin KG GE 1987, 997; ferner OLG Hamm NJW 1958, 1239; OLG Düsseldorf NJW 1958, 1094; *Mittelstein* Miete, 256f; *Sonnenschein* in: Gestaltung von Mietverträgen, PiG Bd 20 (1985) 69, 93.

32 *S Hamann* ZMR 1974, 3.

33 LG Aachen WuM 1988, 53; LG Hamburg WuM 1986, 134; LG Darmstadt WuM 1983, 137 = NJW 1983, 1201; kritisch *Staudinger* Rn 12.

34 BGH NJW 2006, 3557; OLG Frankfurt NZM 2004, 909 = NJW-RR 2004, 1667; LG Berlin GE 2007, 54.

35 Mot II 369f; BGHZ 19, 85, 93f = NJW 1956, 104; OLG Naumburg ZMR 2000, 290.

36 GrdIlg BGH NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813, 814 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 70.

37 BGHZ 65, 137, 139ff = NJW 1976, 105; BGH (vorige Fn); NJW 2002, 3322 = NZM 2002, 924.

38 BFHE 165, 428, 430; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 178, 179.

schriften oder Automaten,³⁹ die Gestattung der bloßen, vorübergehenden Benutzung eines Grundstücks zu bestimmten Zwecken, zB als Garageneinfahrt,⁴⁰ die Gestattung der Benutzung eines Flugplatzes durch Fluggesellschaften oder Flugschulen⁴¹ sowie die Erlaubnis, in den Räumen des Vermieters zu bestimmten Zeiten eine Sache, etwa eine EDV-Anlage zu nutzen.⁴²

2. Die Überlassung der Mietsache ist ebenso wie die Erhaltung der Mietsache (u Rn 20ff) **8** eine **Hauptleistungspflicht**, die **im Gegenseitigkeitsverhältnis** zur Zahlungspflicht des Mieters steht, so dass der Vermieter, wenn und solange er die Verpflichtung zur mangelfreien Übergabe der Mietsache nicht erfüllt hat, von dem Mieter nicht die Zahlung der Miete verlangen kann (§ 320 Abs 1).⁴³ Verletzt der Vermieter seine Übergabepflicht, indem er dem Mieter die vermietete Sache **nicht** oder nicht rechtzeitig **übergibt**, so hängen die Rechte des Mieters nach den §§ 280ff und 311a zunächst davon ab, ob es sich um einen Fall der (anfänglichen oder nachträglichen) Unmöglichkeit *oder* des bloßen Verzugs handelt. Die **Abgrenzung** zwischen Unmöglichkeit und Verzug richtet sich in erster Linie danach, ob die infolge der Verzögerung der Übergabe verlorene **Zeit nachgeholt** werden kann oder nicht.⁴⁴ Ist eine Nachholung **nicht möglich**, so handelt es sich bei dem Vertrag um ein **absolutes Fixgeschäft**, bei dem eine Verzögerung der Übergabe zur Teilunmöglichkeit der Erfüllung der Zeit nach führt. Diese Annahme wird insbesondere bei der Raummiete häufig naheliegen.⁴⁵ Bloßer **Verzug** ist dagegen zB anzunehmen, wenn nach den Abreden der Parteien der Vertrag überhaupt erst mit der tatsächlichen Übergabe der vermieteten Räume beginnen soll oder wenn bei einem langfristigen Mietvertrag die zu Beginn der Mietzeit ausgefallene Zeit einfach am Ende „angehängt“ und auf diese Weise nachgeholt werden kann.⁴⁶

Im Falle bloßen **Verzugs** (o Rn 8) richtet sich die Haftung des Vermieters nach den §§ 280, 281 und 286. Seine Haftung setzt danach grundsätzlich voraus, dass er die Verzögerung zu vertreten hat (§§ 280 Abs 1 S 2, 286 Abs 4). Aus dem Vertrag kann sich jedoch eine weitergehende Haftung des Vermieters ergeben (§ 276 Abs 1 S 1).⁴⁷ In der Mehrzahl der Fälle dürfte hier jedoch von **Unmöglichkeit** oder Unvermögen auszugehen sein (o Rn 8). Um einen Fall **anfänglichen Unvermögens** handelt es sich dann insbesondere, wenn der Vermieter die Sache dem Mieter nicht rechtzeitig übergeben kann, weil der Besitzer der Sache, zB der Vormieter, nicht zu ihrer Herausgabe bereit ist.⁴⁸ In diesen Fällen muss danach unterschieden werden, ob das Unvermögen des Vermieters seinen Grund in dem vorrangigen *Recht* eines Dritten hat oder auf *tatsächlichen* Gründen beruht. In dem zuerst genannten Fall handelt es sich um einen **anfänglichen Rechtsmangel**, für den es nach den §§ 536 Abs 3 und 536a Abs 1 bei der herkömmlichen Garantiehafung des Vermieters für anfängliches Unvermögen geblieben ist, während in den *übrigen Fällen* heute nur noch eine Verschuldens-

9

39 S o Rn 6; RGZ 141, 99, 101f.

40 BGH LM Nr 120 zu § 535 BGB = NJW-RR 1989, 589; NJW 2002, 3322; OLG Karlsruhe ZMR 1988, 257.

41 OLG Düsseldorf ZMR 2002, 41, 43f = NZM 2002, 21; vgl auch BGH NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813, 814.

42 Mot II 369f; RGZ 141, 99, 101f; BGH NJW-RR 1993, 178.

43 OLG Düsseldorf ZMR 1983, 376; OLG Koblenz ZMR 1993, 68; MünchKomm/Emmerich § 320 Rn 9f; Staudinger Rn 16ff.

44 Emmerich PiG Bd 65 (2002) 1 = NZM 2002,

362, 364; ders PiG Bd 46 (1995) 119, 132f; Horst DWW 2002, 6, 13f; Oetker Dauerschuldverhältnis, 327ff.

45 S u Vorbem zu § 536 Rn 10; Emmerich Das Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl 2005), § 4 Rn 5f (S 52f m Nachw).

46 BGH LM Nr 47 zu § 537 BGB = NJW 1992, 3226; NJW 1988, 251, 252; OLG Düsseldorf MDR 1990, 725.

47 S BGH LM Nr 47 zu § 537 BGB (Bl 4f) = NJW 1992, 3226; Emmerich PiG Bd 46 (1995) 119, 133.

48 S Emmerich PiG Bd 46 (1995) 119, 128f.

haftung des Vermieters aufgrund der §§ 275 und 311a Abs 2 eingreift, sofern die Parteien nicht ausdrücklich oder konkludent etwas anderes vereinbart haben (§ 276 Abs 1 S 1), insbesondere in Gestalt einer **Garantie** für die Einhaltung des vereinbarten Übergabetermins.

III. Erhaltungspflicht

- 10** Der Vermieter muss die Sache dem Mieter nicht nur in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen (s Rn 7ff), sondern sie außerdem während der ganzen Vertragsdauer in diesem Zustand erhalten (§ 535 Abs 1 S 2). Die Erhaltungspflicht ist die zweite Hauptleistungspflicht des Vermieters, die im Austauschverhältnis mit der Mietzahlungspflicht des Mieters steht (§§ 320ff).⁴⁹ **Maßstab** der Erhaltungspflicht ist der dem Mieter nach dem Vertrag geschuldete vertragsgemäße Gebrauch (u Rn 18ff). Bei Verstößen des Vermieters gegen die Erhaltungspflicht hat der Mieter in erster Linie den Erfüllungsanspruch (§ 535 Abs 1) sowie ergänzend die sich aus den §§ 536ff ergebenden Rechte. Weitere Rechte des Mieters können sich je nach den Umständen des Falles aus den §§ 280ff und aus § 320 ergeben. Bei der Erhaltungspflicht des Vermieters handelt es sich um eine **Dauerverpflichtung**, die während der gesamten Mietdauer zu erfüllen ist. Die Folge ist, dass die Erhaltungspflicht in der **Insolvenz** des Vermieters eine Masseverbindlichkeit darstellt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die fraglichen Mängel bereits vor oder erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind (§ 55 Abs 1 Nr 2 InsO).⁵⁰

1. Konkurrenzschutz

Schrifttum: *Staudinger* Rn 23–25; *Gather* in: *Der Mietvertrag*, PiG Bd 55 (1998) 245; *ders* in: (3.) FS *Seuß* (2007), 301; *Jendrek* NZM 2000, 1116; *Kinne* GE 1996, 566; *Theißen/Misera* WiB 1995, 66.

- 11** Aus der Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu bewahren (o Rn 10), ergibt sich bei der gewerblichen Miete die zusätzliche Verpflichtung, den Mieter grundsätzlich gegen Konkurrenz im **selben** Haus zu schützen, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben.⁵¹ Auch ein formularvertraglicher **Ausschluss** des Konkurrenzschutzes ist zulässig. Fehlen Vereinbarungen, so hängt das **Ausmaß** des Konkurrenzschutzes des Mieters von den Umständen des Einzelfalles ab (§§ 133, 157, 242). Dazu gehört auch die Konkurrenzsituation bei Vertragsabschluss: Schließt der Mieter in Kenntnis einer damals schon bestehenden Konkurrenzsituation den Mietvertrag ab, so wird in der Regel davon auszugehen sein, dass er damit auf einen Konkurrenzschutz verzichtet.⁵² **Verstößt** der Vermieter gegen die Pflicht, den Mieter vor Konkurrenz zu schützen, so kann der Mieter Erfüllung durch Unterlassung der Vermietung an den Konkurrenten verlangen (§ 535 Abs 1 S 2) und für die Zeit, während derer der Vermieter dieser Pflicht nicht nachkommt, die Miete mindern (§ 536).⁵³ Außerdem kommen Schadensersatzansprüche des Mieters in Betracht (§§ 280, 536a).

49 BGHZ 92, 363, 367 = NJW 1985, 480; BGHZ 108, 1, 6 = NJW 1989, 2247; BGHZ 118, 194, 198 = NJW 1992, 1759; WM 2003, 984, 985; *Sonnenschein* PiG Bd 46 (1995) 7.

50 BGH NZM 2003, 472 = ZMR 2003, 418.

51 S OLG Hamm ZMR 1997, 581.

52 S OLG Frankfurt NZM 2004, 706, 707f; OLG Koblenz NJW-RR 2005, 1680 = ZMR 2005, 861, 862.

53 OLG Düsseldorf ZMR 1997, 583 = NZM 1998, 307; ZMR 2000, 451; 2002, 39, 40.

Mangels abweichender Abreden der Parteien⁵⁴ greift der Konkurrenzschutz nach § 242 **12** grundsätzlich nur ein, wenn es sich um **Geschäfte mit denselben Hauptartikeln** handelt, so dass es zu einer Überschneidung der wichtigsten Tätigkeitsbereiche der beiden Geschäfte kommt.⁵⁵ Eine Überschneidung bei Randbereichen des Sortiments genügt nicht. In diesem Umfang besteht der Konkurrenzschutz, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, auch in großstädtischen Einkaufsstrassen und in Einkaufszentren⁵⁶ sowie für die **freien Berufe**, zB in einem Ärztehaus.⁵⁷ Die Verpflichtung zur Fernhaltung von Konkurrenz besteht jedoch grundsätzlich nur für **dasselbe** Grundstück iS einer wirtschaftlichen Einheit⁵⁸ und nur in Ausnahmefällen auch für demselben Vermieter gehörende Nachbargrundstücke,⁵⁹ auf keinen Fall aber, wenn der Abstand zwischen den Grundstücken 350m beträgt.⁶⁰

2. Schutz vor Störungen

Der Vermieter muss den Mieter gegen Störungen im vertragsgemäßen Gebrauch durch **13** Dritte einschließlich der Mitmieter schützen.⁶¹ Hierher gehört insbesondere der Schutz gegen übermäßige **Lärmimmissionen** (s u § 536 Rn 27ff). Der Lärm, der sich aus der Tatsache des Zusammenlebens mehrerer Menschen in einem größeren Miethaus ergibt, muss aber hingenommen werden. Beispiele sind die unvermeidlichen Geräusche des Duschens oder Badens, und zwar auch nachts⁶², sowie der übliche Kinderlärm.⁶³ Gegen Störungen, die der Mieter nicht hinzunehmen braucht, muss der Vermieter einschreiten (§ 535 Abs 1 S 2); notfalls muss er übermäßig störenden Mitmietern kündigen.⁶⁴

3. Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht

a) Der Vermieter ist nach § 535 Abs 1 S 2 verpflichtet, die vermietete Sache während der **14** ganzen Vertragsdauer in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch ermöglicht und durch den der Mieter und seine Angehörigen nicht gefährdet werden.⁶⁵ Darin eingeschlossen ist die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache, wobei **Instandhaltung** bedeutet, dass der Vermieter während der Vertragsdauer alle nötigen Maßnahmen ergreifen muss, um die Mietsache in dem zum vertragsgemäßen Gebrauch erforderlichen Zustand zu erhalten, während mit **Instandsetzung** gemeint ist, dass den Vermieter die zusätzliche Pflicht trifft, etwa doch auftretende Mängel zu beseitigen. Soweit es dabei um den Schutz des Mieters vor Gefahren geht, die von einem mangelhaften Zustand der Sache drohen, spricht man auch von der **Verkehrssicherungspflicht** des Vermieters. Sie bedeutet zB, dass der Vermieter alle erforderlichen und zumutbaren

54 S KG GE 2002, 667.

55 BGHZ 70, 79, 80f = NJW 1978, 585; BGH LM Nr zu Vorbem zu § 253 ZPO = NJW 1974, 2317; LM Nr 17 zu § 536 BGB = NJW 1979, 1404; LM Nr 25 zu § 133 (B) BGB = NJW-RR 1986, 9; OLG Hamm NZM 1998, 511 = NJW-RR 1998, 1017; OLG Köln NZM 1998, 512 = NJW-RR 1998, 1017; s *Staudinger* Rn 24.

56 OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 396; OLG Celle ZMR 1992, 448.

57 BGHZ 70, 79, 82ff = NJW 1978, 585; OLG Düsseldorf NZM 2001, 1033 = ZMR 2002, 39; LG Köln ZMR 2005, 861, 862.

58 RGZ 131, 274; OLG Hamburg MDR 1964, 59; OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 396.

59 OLG Celle MDR 1964, 59.

60 BGH NJW 1979, 1404 = LM Nr 17 zu § 536 BGB; OLG Rostock NZM 2006, 295.

61 BGHZ 99, 182, 191f = NJW 1987, 831; BGH LM Nr 8 zu § 536 BGB = WM 1966, 763; KG GE 2001, 1603; *Börstinghaus* in: Vermieterleistungen, PiG 67 (2003), S 103.

62 OLG Düsseldorf ZMR 1991, 226; LG Köln NJW-RR 1997, 1440 = WuM 1997, 323.

63 LG München I NZM 2005, 339 = NJW-RR 2005, 548; *Stollenwerk* NZM 2004, 289.

64 LG Berlin GE 1999, 380 = WuM 1999, 329; AG Bad Segeberg WuM 2000, 601ff.

65 S insbesondere BGH NZM 2003, 472 = ZMR 2003, 418.

Maßnahmen ergreifen muss, um dem Mieter durch Einbrüche drohende Gefahren zu verhindern.⁶⁶ Die Verkehrssicherungspflicht des Vermieters erstreckt sich auch auf die **mitvermieteten Zu- und Abgänge**, Treppen und Flure, Fahrstühle, Keller und Böden (o Rn 4), so dass sich diese Räume und Flächen ohne Ausnahme in einem Zustand befinden müssen, der vermeidbare Gefahren für die Mieter sowie deren Angehörige und Besucher ausschließt.⁶⁷ Entsprechendes gilt für alle mitvermieteten Anlagen und Einrichtungen einschließlich zB eines Aufzugs.⁶⁸ Abweichende Bestimmungen in Formularverträgen sind nicht möglich.⁶⁹

- 15** Keine Rolle spielen grundsätzlich die **Kosten**, die durch eine etwaige Reparatur verursacht werden; Ausnahmen können sich nur im Einzelfall unter außergewöhnlichen Umständen aus § 242 ergeben (§ 275 Abs 2).⁷⁰ Die Reparaturpflicht des Vermieters endet erst im Falle der Unmöglichkeit (§ 275; s u Vorbem zu § 536 Rn 4ff). Die Beweislast für die Erfüllung der **Reparaturpflicht** trägt der Vermieter.⁷¹ Ist der Vermieter nur **Wohnungseigentümer**, so ändert dies ebenfalls nichts an dem Umfang seiner Erhaltungspflicht; notfalls muss er sich, soweit erforderlich, intensiv um die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zu den erforderlichen Maßnahmen bemühen.⁷²
- 16** **b)** Die Verkehrssicherungspflicht umfasst die Verpflichtung des Vermieters, die vermietete Sache in regelmäßigen Abständen darauf hin zu überprüfen, ob sie sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befindet.⁷³ Die **Prüfungspflicht** darf aber nicht überspannt werden, um zu verhindern, dass den Vermieter im praktischen Ergebnis letztlich eine Gefährdungshaftung trifft.⁷⁴ Abflussrohre müssen deshalb nur überprüft werden, wenn *Anhaltspunkte* für Mängel bestehen, wenn es zB bereits wiederholt zu Verstopfungen oder zu Wassereintritten gekommen ist.⁷⁵ Auch bei Räumen, Geräten und Installationen, die sich im Besitze der Mieter befinden, kann der Vermieter grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Mieter ihm etwaige Mängel rechtzeitig anzeigen werden (§ 536c).⁷⁶
- 17** Die **Reinigung und Beleuchtung** der Zu- und Abgänge sowie der Treppen und Flure bildet ebenfalls einen Teil der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters.⁷⁷ Im Winter ergibt sich daraus die zusätzliche Pflicht, im Rahmen des Üblichen und Zumutbaren die Zu- und Abgänge von **Schnee und Eis** zu räumen und gegebenenfalls mit abstumpfenden Mitteln zu streuen.⁷⁸ Das gilt jedenfalls für Mehrfamilienhäuser, während bei Einfamilienhäusern idR davon auszugehen sein wird, dass die genannten Pflichten vertraglich auf den Mieter **abgewälzt** sind. Das kann auch durch Formularvertrag geschehen.⁷⁹ Voraussetzung ist

66 BGH LM Nr 2 zu § 535 BGB = ZMR 1953, 337; LM Nr 13 zu § 3 VermG = WM 2001, 1346; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1481 = WuM 1989, 68.

67 BGH LM Nr 36 zu § 276 (Cc) BGB = NJW 1994, 2232; KG NZM 2007, 125 f.

68 BGH NJW-RR 2004, 1596 = ZMR 2004, 898, 899.

69 OLG Celle WuM 1990, 103, 114.

70 LG Hamburg WuM 1997, 432; LG Berlin GE 1995, 1013; 1998, 481; LG Tübingen WuM 1997, 41, 42 = ZMR 1997, 189; AG Hannover WuM 1999, 331.

71 OLG Hamm NJW-RR 1995, 525, 526.

72 KG ZMR 1990, 336; LG Berlin GE 1989, 1113.

73 BGH VersR 1966, 81, 82; WM 1976, 537; OLG Saarbrücken NJW 1993, 3077; OLG Celle

ZMR 1996, 197, 198f; *Derleder* in: Vermieterpflichten, PiG 67 (2003), S 1, 8ff.

74 BGH VersR 1966, 81, 82; LM Nr 3 zu § 586 BGB = NJW-RR 1993, 521; OLG Köln ZMR 2004, 819, 820; KG NZM 2007, 125f.

75 LG Berlin GE 1992, 1045, 1047; 2000, 281, 283; LG Hamburg ZMR 2007, 120, 121.

76 OLG Frankfurt ZMR 2003, 674, 675; OLG Köln ZMR 2004, 819, 820.

77 S *Staudinger* Rn 33f; H *Fuchs-Wissemann* WuM 1988, 377; *Ketterer/Giehl/Leonhardt* Die Streupflicht (3. Aufl 1970); *Sternel* Mietrecht, Rn II 90ff (S 356ff).

78 BGH LM Nr 142 zu § 823 (Dc) BGB = NJW 1985, 484; VersR 1965, 364; KG NJW 1970, 2110; LG Köln WuM 1995, 107.

79 OLG Köln WuM 1995, 316 = ZMR 1995, 308.

aber, dass die fragliche Klausel klar und eindeutig ist (§§ 305c, 311).⁸⁰ Dieselben Regeln gelten entsprechend für das Problem der **Müllbeseitigung**.⁸¹ Hat der Mieter wirksam die Reinigungs- und Streupflicht übernommen, so muss er für eine **Ersatzkraft** sorgen, wenn er vorübergehend verhindert ist (§ 278). Das gilt grundsätzlich auch, wenn er infolge Krankheit oder Alters darin gehindert ist, seiner Reinigungs- oder Schneeräumungspflicht nachzukommen.⁸²

IV. Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs

Schrifttum: *Staudinger* Rn 35ff; *Bub/Treier/Kraemer Hdb*, Rn III 1169ff (S 969ff); *Eisenschmid* in: FS Bärmann und Weitnauer (1990) 217; *ders* in: Freiheit und Zwang bei der Wohnraummiete, PiG Bd 49 (1996) 103; *Hitpaß* ZMR 2005, 9; *Horst* NZM 1998, 647; *Müller* ZMR 1970, 289; *Sternel* Mietrecht, Rn II 235ff (S 283ff).

Der vertragsgemäße Gebrauch ist der **Zentralbegriff** des Mietrechts, nach dem sich letztlich sämtliche Rechte und Pflichten der Parteien richten: Während der Vermieter bis Vertragsende alles zu tun hat, um dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen (§ 535 Abs 1 S 2), muss sich der Mieter bei dem Gebrauch der Mietsache seinerseits strikt an die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs halten (§§ 538, 541). Was im Einzelnen jeweils zum vertragsgemäßen Gebrauch gehört, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien (§§ 311 Abs 1, 535). Ergänzend sind Art und Lage des Mietobjektes sowie die Verkehrs-sitte zu berücksichtigen (§§ 133, 157, 242). **18**

1. Gewerbliche Nutzung von Wohnräumen

Sind Räume als Wohnräume vermietet, so dürfen sie grundsätzlich nicht für gewerbliche Zwecke genutzt werden.⁸³ Anders beurteilt werden jedoch normale Büroarbeiten, insbesondere der Angehörigen der freien Berufe, sowie sonstige gewerbliche Tätigkeiten in beschränktem Umfang, von denen keine Belästigung der anderen Mieter und keine Gefährdung des Mietobjektes zu besorgen ist, vorausgesetzt, dass der Mietvertrag nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt und dass der Wohnzweck bei dem Vertrag weiterhin im Vordergrund steht.⁸⁴ **Zulässig** ist danach zB die Beaufsichtigung von höchstens zwei bis drei Kindern durch eine so genannte Tagesmutter⁸⁵; **unzulässig** sind dagegen der Betrieb eines Kompressors in einer Wohnung im Rahmen von Heimarbeit,⁸⁶ der Betrieb einer freiberuflichen Praxis⁸⁷ oder eines Geschäfts mit Laufkundschaft sowie noch die Aufnahme eines Dritten in das Geschäft.⁸⁸ **19**

80 BGH LM Nr 142 zu § 823 [Dc] BGB = NJW 1985, 484; OLG Frankfurt WuM 1988, 399; LG Stuttgart WuM 1988, 399.

81 LG Aachen NJW-RR 1988, 783.

82 LG Flensburg WuM 1987, 52 = ZMR 1988, 140 Nr 10; LG Wuppertal WuM 1987, 381; str.

83 S *Beuermann* GE 1995, 1214; *Glaser* NJW 1956, 1265f; *Morath* GE 2006, 628.

84 LG Frankfurt WuM 1996, 532; viel enger dagegen LG Berlin GE 2002, 465, 466f = NZM 2002, 1029 für einen Innenarchitekten.

85 LG Berlin WuM 1993, 39.

86 AG Steinfurt WuM 1996, 405.

87 LG Berlin NZM 2002, 1029.

88 LG Schwerin WuM 1996, 214 = ZMR 1996, 1223.

2. Gewerbliche Miete

- 20** Sind Räume für bestimmte gewerbliche Zwecke vermietet, so stellt sich die Frage, ob eine spätere **Erweiterung** oder Umstellung des Gewerbebetriebs noch durch den vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt ist. Fehlen Abreden der Parteien über diesen Punkt, so dürfte nach den §§ 157 und 242 für den Regelfall davon auszugehen sein, dass eine bei Vertragsabschluss abzusehende normale **Erweiterung** des Gewerbebetriebs erlaubt ist. Eine Erweiterung durch die **Aufnahme neuer Geschäftszweige** kann gleichfalls zulässig sein, selbst wenn dadurch der Charakter des Gewerbebetriebs verändert wird. Maßgebend ist insoweit, ob dem Vermieter die Veränderung aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben **zuzumuten** ist und der Mieter an ihr ein berechtigtes Interesse hat (§§ 157, 242). Prinzipiell dieselben Grundsätze sind bei einer **Umstellung** des bisher in den Räumen betriebenen Geschäftes maßgebend.⁸⁹ Als **erlaubt** wurden zB angesehen die Veränderung des Verwendungszwecks einer Gastwirtschaft⁹⁰ sowie die Umstellung einer Damenmaßschneiderei auf einen Konfektionsbetrieb.⁹¹ Offenbar **vertragswidrig** ist dagegen zB der Verkauf von pommes frites in einer Bücherstube.⁹² Ebenso wenig dürfen Räume, die als „Laden“ vermietet worden sind, für die Zwecke eines Sex-Shops oder Sex-Kinos, als Restaurant, als Spielsalon, als Kindertagesstätte oder gar als Bordell genutzt werden.⁹³

3. Bauliche Veränderungen

Schrifttum: *Staudinger* Rn 40–42; *Bub/Treier/Scheuer* Hdb, Rn V 16ff (S 1324ff); *Derleder* WuM 2006, 175; *Eisenschmid* WuM 1987, 246; *Kinne* GE 2007, 30; *Sternel* Mietrecht, Rn IV 595ff (S 1343ff); *ders* in: Erhaltung des Wohnungsbestandes durch Instandhaltung, Instandsetzung und bauliche Änderung, PiG Bd 16 (1984) 105.

- 21** Bauliche Veränderungen der gemieteten Räume sind dem Mieter ohne Zustimmung des Vermieters **grundsätzlich verwehrt**. Lediglich geringfügige Eingriffe in die Bausubstanz können von Fall zu Fall durch den vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt sein. Beispiele sind das Anbringen von Dübeln und Haken im normalen Rahmen, das Bohren von Löchern, der Einbau von Klingelknöpfen und Türspionen,⁹⁴ der Austausch von Fliesen im Bad,⁹⁵ die Anbringung von Briefkästen und Namensschildern⁹⁶ sowie die Verlegung von Teppichböden.⁹⁷ Ebenso zu beurteilen sind der Einbau einer Küche⁹⁸ sowie die Anbringung von Vorrichtungen zum Wäschetrocknen auf dem Balkon⁹⁹, immer vorausgesetzt zudem, dass die Maßnahmen des Mieters nicht gegen den Denkmalschutz verstoßen.¹⁰⁰
- 22** Andere baulichen Veränderungen bedürfen der **Zustimmung** des Vermieters, wobei dieser jedoch von Fall zu Fall nach Treu und Glauben zur Zustimmung **verpflichtet** sein kann, wenn die fragliche Maßnahme durch legitime Interessen des Mieters gedeckt ist und Interessen des Vermieters nicht entgegenstehen (§ 242).¹⁰¹ Eine gesetzliche Sonderregelung die-

89 BGH LM Nr 14 zu § 553 BGB = WM 1985, 233; LM Nr 5 zu § 2 ErbbauVO = NJW 1984, 2213; OLG Karlsruhe ZMR 1987, 419, 421.

90 BGH LM Nr 1 zu § 550 BGB = ZMR 1954, 211; LM Nr 2 zu § 550 BGB = NJW 1957, 1833.

91 BGH LM Nr 3 zu § 550 BGB = MDR 1961, 225; s auch OLG Düsseldorf ZMR 1996, 258 und WuM 1996, 410.

92 KG NZM 1999, 462, 463.

93 BayObLGZ 1983, 73, 78f; KG ZMR 1985, 207; WuM 1986, 287; NJW-RR 1987, 1160; 1992, 1102.

94 LG Berlin GE 1984, 863; AG Köln NJW-RR 1995, 1226.

95 LG Berlin GE 1995, 703; 1996, 265.

96 LG Mannheim WuM 1976, 231.

97 LG Berlin WuM 1990, 421.

98 LG Konstanz WuM 1989, 67.

99 LG Nürnberg-Fürth WuM 1990, 199; 1990, 422.

100 AG Frankfurt NZM 1998, 664.

101 LG Berlin GE 2002, 533.

ses Fragenkreises findet sich seit 2001 für behindertengerechte Veränderungen und Einrichtungen in § 554a. Der Vermieter darf dem Mieter außerdem nicht ohne zwingenden Grund die *Nutzung des technischen Fortschritts* unmöglich machen, so dass der Vermieter gegebenenfalls einer Modernisierung der Heizung durch den Mieter zustimmen muss.¹⁰²

4. Anlagen des Mieters

a) Jeder Mieter von Räumen kann mangels ausdrücklicher abweichender Vereinbarungen erwarten, dass die Räume einem **Mindeststandard** genügen, der eine zeitgemäße Nutzung der Räume ermöglicht. Dazu gehört insbesondere die Bereitstellung von Anschlussmöglichkeiten für sämtliche nach heutiger Auffassung zum zeitgemäßen Wohnen erforderlichen Geräte.¹⁰³ Schon immer anerkannt war das für einen Telefonanschluss¹⁰⁴, gilt heute aber gleichermaßen für den Anschluss von Waschmaschinen, Trockenautomaten oder Geschirrspülmaschinen, und zwar selbst dann, wenn der Vermieter zugleich eine gemeinsame Waschmaschine im Keller anbietet.¹⁰⁵ Dagegen darf der Mieter einer Wohnung keine Anlagen anbringen, die in erster Linie **gewerblichen Zwecken** dienen. Beispiele sind Funksprechanlagen und Funkantennen.¹⁰⁶

b) Jeder Mieter hat ein Recht auf Empfang der üblichen Hörfunk- und Fernsehprogramme.¹⁰⁷ Er darf deshalb die notwendigen **Außenantennen** anbringen, wenn eine Zimmerantenne nicht ausreicht und die berechtigten Interessen des Vermieters gewahrt werden. Jedoch darf der Vermieter den Standort der Außenantenne bestimmen.¹⁰⁸ Das Recht des Mieters zur Anbringung einer Außenantenne entfällt außerdem, wenn der Vermieter eine **Gemeinschaftsantenne** zur Verfügung stellt.¹⁰⁹ Erlaubt die Gemeinschaftsantenne freilich nur den Empfang einzelner Programme, so behält der Mieter das Recht, die Gemeinschaftsantenne auf eigene Kosten für den Empfang weiterer Programme aufzurüsten.¹¹⁰ Statt dessen kann sich der Mieter auch ohne weiteres, sofern technisch möglich, an ein **Kabelnetz** anschließen, vorausgesetzt, dass dem Vermieter daraus keine zusätzlichen Kosten entstehen.¹¹¹

c) Der Mieter ist unter bestimmten Voraussetzungen ferner zur Aufstellung einer **Parabolantenne** berechtigt.¹¹² Die **Voraussetzungen** ergeben sich im Einzelnen aus einer Abwägung der sich hier (angeblich) gegenüberstehenden **Grundrechte** der Mietvertragsparteien aus den Art 5 und 14 Abs 1 GG. Daraus wird der Vorrang des Informationsinteresses des Mieters vor den entgegengesetzten Interessen des Vermieters gefolgert, wenn nur über eine

102 BGH LM Nr 25 zu § 535 BGB = NJW 1963, 1539; LM Nr 28 zu § 535 BGB = MDR 1964, 749; LG Berlin ZMR 1995, 594; GE 2002, 533.

103 GrdLG BGH NJW 2004, 3974 = NZM 2004, 736; *Staudinger* Rn 43ff.

104 RGZ 116, 93.

105 BGH (Fn 103); OLG Frankfurt WuM 1997, 609, 610 = NZM 1998, 150.

106 BayObLGZ 1981, 1 = NJW 1981, 1275; LG Heilbronn NJW-RR 1992, 10; AG Köln NZM 2000, 88.

107 S *Staudinger* Rn 45ff; *Bestgen* ZUM 1989, 17; *Derleder* in: (2.) FS Seuß (1997) 73; *Dörr* WuM 2002, 327; *Emmerich* in: FS Gitter (1995) 241; *Gather* DWW 2003, 174; *Glaser* ZMR 1981, 193; *Horst* NJW 2005, 2654; *Kleffmann* ZMR 1981, 326;

Maas/Hitpass NZM 2000, 945; 2003, 181; *Mehrings* NJW 1997, 2273; *Paschke* in: Gedschr Sonnenschein (2003) 221; *Pfeilschifter* WuM 1992, 505; *Simon* ZMR 1986, 37; *Sternel* Mietrecht, Rn II 207ff (§ 314ff); *M Volmer* ZMR 1999, 12; *ders* NZM 1999, 205.

108 BayObLGZ 1981, 1 = NJW 1981, 1275.

109 *Anders Paschke* (o Fn 107), 226ff.

110 AG Hamburg WuM 1990, 422.

111 LG Berlin GE 1990, 587; LG Frankfurt WuM 1990, 271, 277f; LG Heilbronn ZMR 1991, 388, 390 = NJW-RR 1992, 77; *Paschke* (Fn 107).

112 S BVerfGE 90, 27 = NJW 1994, 1147; BVerfG NZM 2007, 125; BGHZ 157, 322, 326ff = NJW 2004, 937; BGH NJW-RR 2005, 596 = NZM 2005, 335.

Parabolantenne das **legitime Informationsinteresse** des Mieters befriedigt werden kann, ohne dass dem berechnigte vorrangige Interessen des Vermieters entgegenstehen. Der Mieter hat insbesondere Anspruch auf Zustimmung des Vermieters zur Aufstellung einer Parabolantenne, wenn noch kein Breitbandkabelanschluss besteht und der Mieter sämtliche Kosten sowie die Pflicht zur Beseitigung der Antenne bei Vertragsende übernimmt; die Anbringung muss ferner durch einen Fachmann erfolgen, wobei der Vermieter das Recht zur Bestimmung des Antennenplatzes behält.¹¹³ Einen weitergehenden Duldungsanspruch besitzen lediglich von Fall zu Fall **ausländische Mieter**, wenn sie über das Breitbandkabelnetz höchstens ein einziges Heimatprogramm empfangen können.¹¹⁴ Aussiedler stehen Ausländern gleich, wenn sie die Sprache ihres Herkunftslandes besser als die deutsche Sprache beherrschen.¹¹⁵ Wenn aber über eine Gemeinschaftsantenne zwei oder drei ausländische Programme empfangen werden können, entfällt der Anspruch auf Aufstellung einer Parabolantenne.¹¹⁶ Abweichende Bestimmungen in Formularverträgen sind unwirksam (§ 307).¹¹⁷ Ohne Zustimmung des Vermieters ist lediglich die Aufstellung einer beweglichen Antenne auf dem Balkon oder die mobile Installation in einem Fensterrahmen möglich.¹¹⁸

5. Die Unterbringung der Sachen des Mieters

- 26** Die Wohnung und die mitvermieteten Räume sind nicht nur zum Wohnen, sondern auch zur Unterbringung der Sachen des Mieters bestimmt.¹¹⁹ Ein **Kinderwagen** oder eine Gehhilfe darf daher im Flur oder im Treppenhaus abgestellt werden.¹²⁰ Angesichts der Verbreitung von **Fahrrädern** und Mopeds ist davon auszugehen, dass der Mieter, wenn nichts anderes vereinbart ist, außerdem Fahrräder in der Wohnung und Mopeds im Keller abstellen darf, sofern dort nicht leichtbrennbare Flüssigkeiten gelagert sind.¹²¹ Erlaubt ist außerdem im Zweifel das Abstellen eines Mofas im Hof.¹²² Dagegen darf der Mieter ein **Kraftfahrzeug** auf dem Grundstück des Vermieters nur aufstellen, wenn ihm dies vertraglich, zB durch Vermietung einer Garage, erlaubt worden ist, sonst jedoch nicht.¹²³

6. Musikausübung

Schrifttum: *Gather* DWW 2003, 174; *Gramlich* NJW 1985, 2131; *Pfeifer* Lärmstörungen, Musiklärm und Nachbarschaft (5. Aufl 1988); *ders* ZMR 1987, 361; *Sternel* Mietrecht, Rn II 152ff (S 291ff).

- 27** Der Betrieb von Rundfunk- und Fernsehgeräten ist dem Mieter ebenso wie die Musikausübung **im normalen Rahmen** gestattet; die damit unvermeidlich verbundenen Störungen müssen die Mitmieter hinnehmen.¹²⁴ Unzulässig ist dagegen eine Störung der Mitmieter während der üblichen Ruhestunden von 13.00 bis 16.00 Uhr und von 22.00 bis 8.00 Uhr.¹²⁵

113 BGH (vorige Fn); NJW 2006, 1062 = NZM 2006, 98 = WuM 2006, 28, 30f Tz 17, 25; OLG Frankfurt NJW 1992, 2490 = WuM 1992, 458; OLG Karlsruhe NJW 1993, 2818 = WuM 1993, 523; OLG Stuttgart WuM 1995, 306.

114 BVerfGE 90, 27 = NJW 1994, 1147; BayObLGZ 1994, 326 = NJW 1995, 337; BayObLG NJW-RR 1994, 848 = WuM 1994, 317; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1020.

115 LG Landau NZM 1998, 474 = NJW 1998, 2147; anders AG Dortmund NZM 1999, 221.

116 BGH NJW 2006, 1062 = NZM 2006, 98 = WuM 2006, 28, 31 Tz 25; LG Koblenz NZM 2002, 341 = WuM 2002, 210.

117 LG Essen WuM 1998, 341.

118 LG Berlin GE 2003, 1330; 2005, 1126f.

119 LG Köln ZMR 1964, 363 Nr 6.

120 BGH NJW 2007, 146; LG Bielefeld WuM 1993, 37; LG Hannover WuM 2006, 189.

121 AG Wedding GE 1986, 509.

122 AG Flensburg WuM 1996, 313.

123 LG Wuppertal WuM 1996, 267.

124 OLG Hamm NJW 1981, 465; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 407 = WuM 1984, 303; LG Freiburg WuM 1993, 120.

125 GrdIlg BGHZ 139, 288, 293ff = NJW 1998, 3713.

Störungen, die den Rahmen des Normalen überschreiten, sind gleichfalls unzulässig. Beispiele sind das ständige Üben von Berufsmusikern, die Erteilung von Musikunterricht oder das Üben von besonders lauten Musikgruppen.¹²⁶

7. Tierhaltung

Schrifttum: *Staudinger* Rn 52ff; *Balsam/Dallemand* Rechtsfragen der Haustierhaltung (1997); *Blank* WuM 1981, 121; *ders* NZM 1998, 5; *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1038ff (S 895ff); *Dallemand/Balsam* ZMR 1997, 621; *Gather* DWW 2003, 174; *Hülsmann* NZM 2004, 841; *B Koch* WuM 1997, 148; *M Schmid* WuM 1988, 343; *Schopp* ZMR 1994, 451; *Sojka* WuM 1983, 127; 1984, 259; *Steinig* ZMR 1991, 285; *ders* GE 1997, 523; *Sternel* Mietrecht, Rn II 163ff (S 296ff); *Weimar* ZMR 1976, 131; *Wetekamp* GE 1987, 1196.

a) Die Frage, ob der Wohnraummieter zur Haltung von Tieren berechtigt ist, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Eine deutlich abgegrenzte Fallgruppe bilden zunächst **Kleintiere**, von denen ihrer Art nach Störungen oder Verletzungen Dritter nicht zu befürchten sind wie zB Kleinvögel, Zierfische, Zwergkaninchen, ungefährliche Schlangen in Terrarien, harmlose kleine Echsen, Chinchillas und winzige Yorkshire-Terrier. Die Haltung derartiger Tiere ist **erlaubt** und kann auch nicht vertraglich untersagt werden.¹²⁷ Umstritten ist, ob auch Katzen hierher zu rechnen sind; die Frage dürfte zu verneinen sein.¹²⁸ Die Erlaubnis der Kleintierhaltung gilt außerdem nur im Rahmen des Üblichen und Vertretbaren und entfällt daher bei Gefährlichkeit des Kleintieres¹²⁹ sowie in Missbrauchsfällen, zB durch Verwandlung der Mietwohnung in einen „Vogelpark“ oder in ein „Tierheim“. ¹³⁰ Generell verboten ist auf der anderen Seite die Haltung **gefährlicher Tiere** einschließlich Kampfhunden.¹³¹

b) Wegen der gerade bei **Hunden** nie ganz auszuschließenden Gefahr der Gefährdung oder Belästigung von Mitbewohnern oder Nachbarn gehört zumindest in städtischen Wohngebieten die Hundehaltung *nicht* zum vertragsgemäßen Gebrauch und ist deshalb **nur mit Erlaubnis** des Vermieters zulässig.¹³² Ausnahmen gelten nur für Blindenhunde und vergleichbare Fälle.¹³³ Hält der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters einen Hund in der Wohnung, so kann der Vermieter **Unterlassung** verlangen, ohne genötigt zu sein, konkrete Störungen durch das Tier nachzuweisen (§ 541).¹³⁴ Das Urteil auf Unterlassung der Tierhaltung wird nach § 887 ZPO vollstreckt.¹³⁵

Aus dem Gesagten (o Rn 29) folgt, dass der Vermieter nicht gehindert ist, die Hundehaltung **vertraglich** zu verbieten oder von seiner ausdrücklichen **Genehmigung** abhängig zu machen; das kann auch durch Formularvertrag geschehen, sofern dabei die Kleintierhaltung (o Rn 28) ausdrücklich ausgenommen wird.¹³⁶ Eine derartige Abrede bedeutet grund-

126 BGHZ 139, 288, 296 = NJW 1998, 3713; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 407 = WuM 1984, 303.

127 BGHZ 129, 329, 334 = NJW 1995, 2036; BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061 = WuM 1993, 109, 110; OLG Frankfurt WuM 1992, 56, 60.

128 LG Berlin GE 1993, 1273.

129 AG München WuM 2005, 649.

130 LG Karlsruhe NZM 2001, 891; *Hülsmann* NZM 2004, 840, 843.

131 LG München I WuM 1993, 669; LG Gießen NJW-RR 1995, 12; LG Karlsruhe NZM 2002, 246f.

132 OLG Hamm OLGZ 1981, 74 = WuM 1981, 53, 54; LG Karlsruhe NZM 2002, 246 = NJW-RR 2002, 585; s *Hülsmann* NZM 2004, 841ff m Nachw.

133 LG Lüneburg WuM 1995, 704.

134 OLG Hamm OLGZ 1981, 74 = WuM 1981, 53; LG Karlsruhe NZM 2002, 246.

135 LG Hamburg ZMR 1985, 302.

136 BGHZ 129, 329, 334 = NJW 1995, 2036, 2037; BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061; OLG Frankfurt WuM 1992, 56, 60; s *Hülsmann* NZM 2004, 841ff.

sätzlich, dass der Vermieter **nach freiem Ermessen** über die Genehmigung der Tierhaltung entscheiden kann. Grenzen ergeben sich lediglich aus dem Verbot des Rechtsmissbrauchs und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz.¹³⁷ Nur im Einzelfall kann der Genehmigungsvorbehalt die weitergehende Bedeutung haben, dass die Erlaubnis zur Tierhaltung allein aus **sachlichen Gründen** verweigert werden darf (str). In diesem Fall **muss** die Genehmigung zur Tierhaltung erteilt werden, wenn von dem fraglichen Tier keine konkreten Störungen drohen.¹³⁸ Die einmal erteilte Erlaubnis zur Tierhaltung kann später nur noch aus wichtigen Gründen **widerrufen** werden, insbesondere, wenn von dem Tier konkret nachweisbare Störungen ausgehen.¹³⁹

8. Heizung

Schrifttum: *Staudinger* Rn 59ff; *Breyer* NZM 2007, 1; *Bub/Treier/v Brunn* Hdb, Rn III 52ff (S 532ff); *Eisenschmid* in: *Vermieterleistungen*, PiG 67 (2003) S 49; *ders* in: *Anpassung der Wohnung*, PiG 73 (2006), S 147; *Emmerich* *Mietnebenkosten bei Nichtwohnraum*, in: *Mietnebenkosten*, PiG Bd 23 (1986) 87; *J Fritz* *Gewerberaummietrecht* (3. Aufl 2000), Rn 121ff (S 63ff); *Kinne* GE 1996, 292; 1998, 838; *ders* ZMR 2001, 1; *Langenberg* *Betriebskostenrecht bei der Wohn- und Gewerberaummierte* (4. Aufl 2006); *ders* NZM 2001, 69; *ders* WuM 2003, 670; 2005, 502; *ders* in: *Anpassung der Wohnung*, PiG Bd 73 (2006), S 59; *ders* NZM 2007, 105; *Peters* NZM 2002, 1009; *Pfeifer* *Betriebskostenvereinbarungen*, PiG Bd 49 (1996) 85; *M Schmid* WuM 1998, 519; *ders* Hdb der *Mietnebenkosten* (4. Aufl 1998); *v Seldeneck* *Betriebskosten im Mietrecht* (2000); *ders* NZM 2001, 64; 2002, 545; *ders* ZMR 2002, 393; *Sonnenschein* NJW 1992, 265; *Sternel* *Mietrecht*, Rn III 293ff (S 722ff); *ders* NZM 2006, 811; *Weitemeyer* NZM 2003, 423.

- 31 a)** Wenn eine Wohnung mit Heizung vermietet wird, gehört die Versorgung mit Wärme zu dem dem Mieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch. Daraus folgt indessen keine Verpflichtung des Mieters, tatsächlich Wärme abzunehmen. Er kann vielmehr auch auf die Erwärmung seiner Räume verzichten, zB wenn er verreist ist, muss dann aber dafür Sorge tragen, dass die Heizungsanlage keine Schäden, zB durch das Einfrieren von Röhren, erleidet.
- 32 b)** Der Vermieter muss dafür sorgen, dass die Heizungsanlage jederzeit **betriebsbereit** ist. In der Wahl der **Heizungsart** ist er dagegen ebenso frei wie in der Bestimmung der verwandten Energie.¹⁴⁰ Sofern die Mieter dadurch nicht mit unnötigen Mehrkosten belastet werden, darf er die Anlage auch auf neue Verfahren und Heizmittel wie zB Erdgas umstellen oder zum **Fremdbezug** der Energie übergehen.¹⁴¹ Das gilt jedenfalls, solange der Vermieter **selbst Bezüher** der Fernwärme bleibt, während die Rechtslage umstritten ist, wenn der Vermieter die Unterhaltung und den Betrieb der Heizungsanlage auf ein anderes Unternehmen überträgt (so genanntes **Wärmecontracting**). Nach Meinung des BGH handelt es sich bei dem Übergang zum Wärmecontracting um eine **Vertragsänderung**, die nur mit Zustimmung des Mieters möglich ist (§ 311 Abs 1); ohne Zustimmung des Mieters muss der Vermieter die entstehenden Kosten folglich selbst tragen, und zwar selbst dann, wenn der dritte Betreiber die Anlage erneuert und der Vermieter in diesem Fall selbst nach § 559 vorgehen könnte.¹⁴² Allein aus dem Umstand, dass eine Heizungsanlage alt und technisch

137 LG Berlin ZMR 1999, 28; NZM 1999, 455; GE 2004, 363, 365.

138 LG Mannheim NJW 1984, 59; LG München I NJW 1984, 2368; LG Berlin GE 1993, 1273.

139 LG Berlin GE 1993, 97; LG Hamburg WuM 1999, 453.

140 OLG Düsseldorf ZMR 1985, 236 = MDR 1985, 586; LG Hannover NJW-RR 1991, 1355 = WuM 1991, 478.

141 LG Berlin GE 1999, 1649; LG Chemnitz NJW-RR 2000, 81; *Schmid* NZM 2000, 25.

142 GrdIlg BGH NZM 2005, 450 = WuM 2005, 387 = ZMR 2005, 606; WuM 2005, 456, 457; 2006, 256 Tz 9; NJW 2006, 2185 Tz 10f; LG Bonn NZM 2006, 536; sehr str, s *Staudinger* Rn 60; zuletzt *Luckey* GE 2006, 492; *Beyer* GE 2006, 826; *Hack* PiG Bd 75 (2006) 98; *Pfeifer* in: (3.) FS Seuß (2007) 311.

überholt ist, folgt keine Verpflichtung des Vermieters zum Einbau einer neuen und modernen Anlage.¹⁴³ Erst bei Mängeln der Anlage wird die Reparaturpflicht des Vermieters ausgelöst (§ 535 Abs 1 S 2). Außerdem kann der Mieter dann mindern (§ 536).

c) In welchem Umfang und zu welchen Zeiten der Vermieter zur Lieferung von Wärme verpflichtet ist, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien. Ohne besondere Abreden beschränkt sich entgegen einer verbreiteten Meinung¹⁴⁴ die Heizpflicht des Vermieters nicht etwa auf die so genannte Heizperiode von Oktober bis April; der Vermieter muss dann vielmehr zu jeder Tages- und Nachtzeit die Heizung so betreiben, dass der Mieter, wenn er es wünscht, in seinen Räumen die erforderliche Wärme von 20 bis 22 °C erreichen kann.¹⁴⁵ In Geschäftsräumen genügt dagegen im Regelfall eine Temperatur von 18 °C.¹⁴⁶ Durch Formularvertrag kann nichts anderes bestimmt werden (§ 307).¹⁴⁷ **33**

V. Lastentragung

Schrifttum: S o bei Rn 31 sowie *Staudinger* Rn 63ff; *Bub/Treier/v Brunn* Handbuch, Rn III 24ff (S 517ff); *Grundmann* NJW 2003, 3745; *Horst* ZMR 1967, 67; *Kinne* ZMR 2001, 1; *Langenberg* NZM 2001, 783; 2004, 41; 2007, 65; *M Schmid* NZM 2003, 55; 2004, 890; *ders* WuM 2002, 527; *v Seldeneck* PiG 70 (2005) 273; *Sternel* Mietrecht, Rn III 293ff (S 722ff); *Wall* WuM 2004, 10.

Nach § 535 Abs 1 S 3 (= § 546 aF) hat der Vermieter die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen. Eine ergänzende gesetzliche Regelung (nur) für die **Wohnraummiete** enthalten die wichtigen §§ 556 und 556a. Nach § 556 Abs 1 S 1 idF von 2006 (BGBl 2006 I S 2098) können die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten trägt. Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer (oder Erbbauberechtigten) durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen (§ 556 Abs 1 S 2). Die Einzelheiten regelt die fortgeltende **BetriebskostenVO** (BetrKV) vom 25. November 2003¹⁴⁸, die freilich unmittelbar nur für den preisgebundenen Wohnraum im Sinne des § 1 NMV vom 12. Oktober 1990 gilt¹⁴⁹. Aus dieser Verordnung ergibt sich, dass zu den Betriebskosten weder die Verwaltungskosten noch die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten gehören (§ 1 Abs 2 BetrKV). Eine Auszahlung der wichtigsten Betriebskosten findet sich in § 2 BetrKV.¹⁵⁰ Alle hier aufgezählten Kosten muss mithin der **Vermieter** (und nicht der Mieter) bei preisgebundenem Wohnraum ebenso wie in den sonstigen Fällen der Raummiete nach § 535 Abs 1 S 3 grundsätzlich, dh wenn nichts anderes vereinbart ist, tragen. Gesetzliche Regel ist mit anderen Worten die so genannte **Bruttomiete**, sofern sich nicht im Einzelfall aus dem Gesetz (s die HeizkostenVO) oder den Abreden der Parteien etwas anderes ergibt, wobei jedoch (nur) bei der Wohnraummiete § 556 Abs 1 zu beachten ist. **34**

143 LG Berlin GE 1986, 749, 751.

144 OLG München NZM 2001, 382 = NJW-RR 2001, 729.

145 LG Hamburg WuM 1988, 151 = ZMR 1988, 388; AG Hamburg WuM 1996, 469; AG Schwerin NZM 1998, 476 = NJW-RR 1998, 1308.

146 LG Berlin NJW-RR 1992, 518; strenger aber KG GE 2002, 730: 20° in einem Cafe.

147 BGH LM Nr 4 zu § 9 (Ca) AGBG = NJW 1991, 1750; OLG Celle WuM 1990, 103, 113; LG Frankfurt WuM 1990, 271, 275.

148 BGBl I, 2346; s u Anh zu §§ 556, 556a.

149 BGBl I, 2203.

150 Abgedruckt u §§ 556, 556a Anh.

1. Begriff

- 35 a)** Aus den genannten Vorschriften (o Rn 34) ergibt sich im Zusammenhang, dass das Gesetz unter den **Lasten** gleichermaßen die auf der Sache selbst ruhenden privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten wie die durch den Gebrauch der Sache entstehenden Betriebskosten versteht.¹⁵¹ **Beispiele** sind außer den Grundsteuern¹⁵² die Reinigungs- und Streupflicht,¹⁵³ die Kosten der Müllabfuhr,¹⁵⁴ die sonstigen kommunalen Abgaben und Gebühren wie Kanalisations- und Straßenreinigungskosten¹⁵⁵ sowie schließlich die Kehr- und Schornsteinfegergebühren.¹⁵⁶
- 36 b)** Mit Rücksicht auf die gesetzliche Regel des § 535 Abs 1 S 3 müssen **Klauseln**, durch die einzelne oder alle Lasten auf den Mieter abgewälzt werden, grundsätzlich *eng* angelegt werden. Außerdem müssen die abgewälzten Lasten in dem Vertrag möglichst *eindeutig* bezeichnet werden, so dass in Zweifelsfällen von der Regel des § 535 Abs 1 S 3 auszugehen ist.¹⁵⁷ Die **konkludente Abwälzung** bestimmter Lasten durch eine langjährige Übung ist aber möglich; der BGH tendiert zu dieser Annahme heute durchgängig, wenn der Mieter über mehrere Jahre hinweg widerspruchlos bestimmte Betriebskosten bezahlt, deren Abwälzung auf ihn an sich dem Mietvertrag widerspricht.¹⁵⁸ Rechnet der Vermieter entgegen dem Vertrag jahrelang über die Betriebskosten nicht ab, ohne dass der Mieter widerspricht, so ist auch vorstellbar, dass sich die Parteien dadurch konkludent über die Umwandlung der Vorauszahlungen in bloße Pauschalen geeinigt haben¹⁵⁹. Die nicht wirksam abgewälzten Lasten muss der Vermieter selbst dann tragen, wenn sie später unerwartet ansteigen.¹⁶⁰
- 37** Die **Auslegung** einer Klausel, durch die der Mieter bestimmte Lasten in Abweichung von § 535 Abs 1 S 3 übernimmt, hängt von den Umständen ab (§§ 133, 157). Übernimmt der Mieter die „Grundbesitzabgaben“, so gehört dazu auch die Grundsteuer,¹⁶¹ nicht dagegen, wenn er nur die „üblichen Nebenkosten und Hausabgaben“ übernommen hat.¹⁶² Muss der Mieter nach dem Vertrag schlechthin „alle öffentlichen Lasten“ tragen, so wird dies idR bedeuten, dass auch die nach Vertragsabschluss *neu* eingeführten Steuern und sonstige neue *Lasten* auf ihn abgewälzt werden können, sofern sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den Erträgen des Grundstücks und nicht aus der Vermögenssubstanz bestritten zu werden pflegen.¹⁶³ Bei **Formularverträgen** ergeben sich weitere Schranken für die Abwälzung von Lasten und Kosten auf den Mieter aus dem *Transparenzgebot*, so dass in ihnen eine *generelle* Abwälzung der Kosten oder Lasten in der Regel schon deshalb unwirksam ist, weil die daraus für den Mieter folgende Belastung unübershbar ist.¹⁶⁴ Jedoch wird eine bloße Bezugnahme auf § 556 Abs 1 S 2 BGB in Verbindung mit § 2 BetrKV allgemein als ausreichend an-

151 Ebenso ausdrücklich die Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553 S 50.

152 OLG Hamm ZMR 1986, 198; OLG Düsseldorf NZM 2001, 588.

153 Dazu *Hurst* ZMR 1967, 67.

154 LG Marburg MDR 1978, 758, 759.

155 RG JW 1910, 105.

156 LG Aachen WuM 1976, 180.

157 BGH GE 2005, 1185, 1187; KG GE 2002, 327; 2004, 234; OLG Düsseldorf ZMR 2000, 668; 2003, 109; NZM 2002, 700; OLG Jena NZM 2002, 70.

158 BGH NZM 2000, 961, 962 = NJW-RR 2000, 1463; NZM 2004, 418, 419; WuM 2005, 774 = NZM 2006, 11; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 105, 107; GE 2005, 1486; s *Kappus* NZM 2004, 411; *Schmid* NZM 2003, 55.

159 LG Hamburg NZM 2004, 216; s außerdem LG Hamburg WuM 2005, 773f; aM OLG Naumburg NZM 2006, 630.

160 RG WarnR 1927 Nr 53, S 78, 79f.

161 OLG Düsseldorf NZM 2001, 588; OLG Hamm ZMR 2005, 617f.

162 OLG Celle WuM 1983, 291; OLG Jena NZM 2002, 70.

163 RGZ 119, 304, 305f; 112, 335, 339; BGHZ 6, 240, 246ff; BGH NZW 2006, 3558, 3559.

164 Grdl BGH NJW 2006, 3057 (für die Kosten einer Werbegemeinschaft); OLG Düsseldorf ZMR 2003, 109 = WuM 2003, 268; OLG Hamburg ZMR 2003, 180, 181 = WuM 2003, 268; OLG Oldenburg WuM ZMR 1997, 416; *Hinz* ZMR 2003, 77.

gesehen, weil sich daraus eindeutig ergibt, welche Betriebskosten der Mieter tragen muss und welche nicht.¹⁶⁵

2. Heizkosten

Das Gesagte (o Rn 34ff) gilt an sich auch für die Heizkosten (s aber u Rn 39). Gesetzliche Regel ist folglich weiterhin die **Warm- oder Bruttomiete**, so dass eine *Abweichung* hiervon einer besonderen Vereinbarung bedarf,¹⁶⁶ vorbehaltlich freilich der HeizkostenVO (Rn 39). **38**

Eine abweichende Regelung für die Umlage der Heizungs- und Warmwasserkosten ergibt sich nämlich heute für die gesamte Raummiete und das Wohnungseigentum aus der **Heizkostenverordnung** (VO) von 1981 in der Fassung von 1989¹⁶⁷, da nach dieser Verordnung die sog **Kaltmiete** die gesetzliche Regel ist (§ 2 VO), so dass Vereinbarungen über eine Warmmiete der Verordnung angepasst werden müssen, indem der (fiktive) Heizkostenanteil aus der Miete herausgerechnet und anschließend verbrauchsabhängig auf die Mieter umgelegt wird.¹⁶⁸ Die gilt generell und nicht nur – entgegen einer früher verbreiteten Meinung –, wenn eine Partei die Anpassung des Vertrages an die Verordnung verlangt; im Anwendungsbereich der Verordnung sind vielmehr Brutto- oder Warmmietvereinbarungen grundsätzlich nicht mehr anzuwenden, obwohl die Verordnung an sich keine Sanktionen bei etwaigen Verstößen der Parteien gegen sie vorsieht. (Grdlg BGH NJW-RR 2006, 1305 = ZMR 2006, 766 = WuM 2006, 518 = NZM 2006, 652 m Anm M. Schmidt ZMR 2007, 15). **39**

3. Umlage der Kosten, Vorauszahlungen

Nach § 556a Abs 1 sind die Betriebskosten vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften (gemeint ist insbesondere die HeizkostenVO) nach dem Anteil der Wohnfläche, dh nach dem so genannten **Flächenmaßstab** umzulegen, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, wobei im Falle einer Abweichung der vereinbarten von der **tatsächlichen Fläche** im Zweifel von der letzteren auszugehen ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich die vereinbarte Fläche als Maßstab festgelegt haben, um Auseinandersetzung zu vermeiden.¹⁶⁹ Die Kosten für **Gewerbeflächen** müssen dabei nicht mit Notwendigkeit immer vorweg abgezogen werden.¹⁷⁰ Vorrang hat in jedem Fall der **vereinbarte Umlagemaßstab**. Hilfsweise greift die HeizkostenVO ein. Nur soweit auch sie keine Regelung enthält, gilt der Flächenmaßstab nach § 556a Abs 1 (wegen der Einzelheiten s u § 556a Rn 4ff). **40**

§ 556a gilt nur für die Wohnraummiete, nicht dagegen für die sonstige Raummiete einschließlich insbesondere der **Geschäftsraummiete**. Soweit bei dieser nicht die HeizkostenVO eingreift, richtet sich nach dem Gesagten (Rn 40) der Umlagemaßstab nach den **Vereinbarungen** der Parteien, die auch konkludent getroffen werden können (o Rn 36). Nur wenn eine derartige Vereinbarung fehlt, hat der Vermieter ein Bestimmungsrecht nach den §§ 315 und 316, so dass die Bestimmung des Umlagemaßstabes der Billigkeit entsprechen muss, wozu vor allem gehört, dass er möglichst verbrauchsnahe ist.¹⁷¹ Danach wird **41**

165 BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061, 1062; NZM 2004, 417, 418 = ZMR 2004, 430; GE 2005, 1185, 1187; enger OLG Köln NZW 2006, 3358.

166 BGH WM 1970, 95; OLG Hamm WuM 1997, 538 = NZM 1998, 70; OLG Düsseldorf ZMR 1984, 20.

167 BGBI I, 115.

168 BayObLGZ 1988, 222 = NJW-RR 1988, 1293 = WuM 1988, 257.

169 KG ZMR 2006, 284, 285 = WuM 2006, 35 = NZM 2006, 296.

170 BGH NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 m Anm Schmid ZMR 2006, 341; NJW 2007, 211, 212.

171 BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061; NZM 2004, 254, 255 = WuM 2004, 150, 151; NZM 2004, 580 = NJW-RR 2004, 1237.

auch hier der **Flächenmaßstab** (s § 556a Abs 1 S 1) in der Regel noch am meisten der Billigkeit entsprechen.¹⁷² Bei der Wohnraummiete können die Vertragsparteien außerdem nach § 556 Abs 2 S 1 vereinbaren, dass Betriebskosten als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgewiesen werden. Vorauszahlungen auf die Betriebskosten und Pauschalen unterscheiden sich vor allem dadurch, dass nur bei **Vorauszahlungen** eine anschließende **Abrechnung** über die tatsächlich angefallenen Betriebskosten entsprechend § 556 Abs 3 erforderlich ist (dazu u Rn 42, 44ff), während bei **Pauschalen** solche Abrechnung grundsätzlich entfällt. In § 560 ist ergänzend bestimmt, dass bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale der Vermieter nur dann berechtigt ist, **Erhöhungen** der Betriebskosten durch Erklärung im Textform anteilig auf den Mieter umzulegen, wenn dies im Mietvertrag vereinbart ist.

- 42** **Vorauszahlungen** kann der Vermieter somit nur verlangen, wenn die Betriebskosten entgegen § 535 Abs 1 S 3 wirksam auf den Mieter **abgewälzt** sind **und** außerdem eine **Vereinbarung** über die Zahlung von Vorauszahlungen zwischen den Parteien zustande gekommen ist.¹⁷³ Hinsichtlich der **Höhe** der Vorauszahlungen besteht Vertragsfreiheit (§ 311 Abs 1); § 556 Abs 2 S 2 gilt nur für die Wohnraummiete (s schon o Vorbem 28 zu § 535). Ergibt sich bei der Abrechnung über die Vorauszahlungen (s § 556 Abs 3 und dazu u § 556 Rn 48ff) ein **Saldo** zu Gunsten einer Partei, so hat diese bereits aufgrund des Vertrags einen Anspruch auf Ausgleich des Saldos.¹⁷⁴ Umstritten ist, ob der Vermieter die Vorauszahlungen **erhöhen** kann, wenn sie sich nachträglich als zu niedrig erweisen. Entgegen einer verbreiteten Meinung kommt solches Erhöhungsrecht des Vermieters nur in Betracht, wenn es die Parteien vereinbart haben.¹⁷⁵
- 43** c) Die **Vorauszahlungen** für die nächste Periode sind erst **fällig**, wenn der Vermieter über die letzte Periode ordnungsgemäß und fristgerecht abgerechnet hat (u Rn 44f). Kommt der Vermieter dieser Pflicht nicht nach, so hat der Mieter ein **Zurückbehaltungsrecht** gegenüber den Vorauszahlungen für die nächste Periode (§ 273).¹⁷⁶ Mit Ablauf der Abrechnungsperiode erlischt außerdem der Anspruch des Vermieters auf **rückständige Vorauszahlungen**, weil der Vermieter jetzt endgültig abrechnen kann und muss, so dass er nur noch das Ergebnis der Abrechnung vom Mieter verlangen kann.¹⁷⁷ Dagegen steht dem Mieter **kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Miete** zu, wenn der Vermieter nicht rechtzeitig abrechnet.¹⁷⁸ Über die Vorauszahlungen ist grundsätzlich binnen Jahresfrist abzurechnen (so für die Wohnraummiete § 556 Abs 3 S 2). Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Mieter sofort **Rückzahlung** aller schon erbrachten Vorauszahlungen verlangen, wenn das Mietverhältnis inzwischen sein Ende gefunden hat, während bei Fortbestand des Mietverhältnisses das **Zurückbehaltungsrecht** des Mieters hinsichtlich der laufenden weiteren Vorauszahlungen im Regelfall als Druckmittel ausreichen dürfte.¹⁷⁹

172 KG GE 2002, 327; *Staudinger* Rn 71.

173 S *Staudinger* Rn 72ff.

174 BGH NZM 2003, 473 = WuM 2003, 390; NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373.

175 OLG Dresden NZM 2002, 437, 438; AG Neuss ZMR 1997, 305, 306f m Nachw.

176 BGHZ 91, 62, 71 = NJW 1984, 2466; BGHZ 113, 188, 196 = NJW 1991, 836; BGH LM Nr 85 zu § 535 BGB = NJW 1984, 1684; NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 = WuM 2005, 337, 339.

177 OLG Düsseldorf ZMR 2001, 882, 884; OLG Brandenburg WuM 2006, 579.

178 OLG Düsseldorf ZMR 2002, 37, 38; WuM 2000, 678.

179 GrdIlg BGH NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 747 und *Neumann/Spangenberg* NZM 2005, 576; NJW 2006, 2552 = WuM 2006, 383, 384 Tz 11ff; KG GE 2005, 1424.

4. Abrechnung

Nach § 556 Abs 3 S 1 ist der Vermieter bei der **Wohnraummiete** verpflichtet, über etwaige Vorauszahlungen des Mieters auf die Betriebskosten **jährlich** abzurechnen. Der **Abrechnungszeitraum** beträgt mithin bei der Wohnraummiete grundsätzlich (höchstens) **ein Jahr**, wodurch die Parteien indessen nicht an einer Abrechnung in kürzeren Abständen gehindert werden (s u § 556 Rn 61ff). Die Abrechnung muss spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums dem Mieter mitgeteilt werden, so dass die auf den Abrechnungszeitraum folgende **Abrechnungsfrist** gleichfalls höchstens ein Jahr beträgt (§ 556 Abs 3 S 2). Die **Fälligkeit** des Anspruchs des Mieters auf Abrechnung tritt dagegen ein, sobald dem Vermieter die Abrechnung – innerhalb der Abrechnungsfrist – möglich und zumutbar ist (§§ 242, 271, 556).¹⁸⁰ Der Anwendungsbereich des § 556 beschränkt sich freilich auf die Wohnraummiete, so dass es hinsichtlich der **sonstigen Raummiete** grundsätzlich bei den herkömmlichen Regeln verbleibt, die freilich in ihren Grundzügen denjenigen entsprechen, die seit der Mietrechtsreform von 2001 kraft Gesetzes (§ 556 Abs 3) für die Wohnraummiete gelten, so dass es im Folgenden genügt, die Grundzüge der Materie darzustellen, während im Übrigen auf die **Ausführungen zu § 556** verwiesen werden kann.¹⁸¹ Die **Verjährung** der beiderseitigen Ansprüche aufgrund der Abrechnung beginnt erst mit ordnungsmäßiger Abrechnung des Vermieters zu laufen, weil auch erst damit die beiderseitigen Ansprüche (auf Nachzahlung von Betriebskosten oder auf Rückzahlung von Vorauszahlungen) fällig werden (§§ 195, 199).¹⁸² Kommt der Vermieter seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Abrechnung binnen der Abrechnungsfrist von grundsätzlich einem Jahr nicht nach, so kann der Mieter die Zahlung weiterer Vorauszahlungen verweigern (§ 273; s o Rn 43). Bei der Wohnraummiete sind dann außerdem grundsätzlich **Nachforderungen** des Vermieters **ausgeschlossen** (§ 556 Abs 3 S 3; s u § 556 Rn 62ff). Gleichwohl vom Mieter noch geleistete Zahlungen auf verspätete Nachforderungen des Vermieters können kondiziert werden (§ 812 Abs 1 S 1).¹⁸³ Für die sonstige Raummiete wird grundsätzlich dasselbe zu gelten haben.¹⁸⁴

Für die Einhaltung der Abrechnungsfrist des § 556 Abs 3 S 2 ist nur erforderlich, dass die vom Vermieter vorgelegte Abrechnung **formell ordnungsgemäß** ist, während *inhaltliche Mängel insoweit*, dh für die Einhaltung der Abrechnungsfrist unschädlich sind. Dafür ist vielmehr (lediglich) erforderlich, dass die Abrechnung dem § 259 entspricht, dh eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält, wozu bei Gebäuden mit mehreren vermieteten Einheiten regelmäßig mindestens eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung des zugrunde gelegten Verteilerschlüssels, die Berechnung der Anteile der Mieter und der Abzug der Vorauszahlungen der Mieter gehören. Der Mieter soll dadurch in die Lage versetzt werden, den Anspruch des Vermieters auf etwaige Nachforderungen nachzuprüfen, wobei auf das Verständnis eines durchschnittlich gebildeten, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters abzustellen ist.¹⁸⁵ Un-

180 LG Berlin GE 2005, 1249ff.

181 S u § 556 Rn 48ff; *Staudinger* Rn 76ff; abweichend OLG Köln ZMR 2007, 115 für die Abrechnungsfrist.

182 S u § 556 Rn 74; BGHZ 113, 188, 194 = NJW 1991, 836; BGH NZM 2003, 196 = NJW-RR 2003, 422; NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61; WuM 2006, 200, 202 Tz 20; KG GE 2003, 117; 2004, 423; OLG Koblenz NZM 2005, 540, 541.

183 BGH WuM 2006, 150, 151 Tz 10ff = NZM 2006, 222 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 650.

184 AG Wiesbaden NZM 2006, 140; s aber OLG Köln (Fn 181).

185 BGH LM Nr 21 zu § 259 BGB = NJW 1982, 573; WM 1991, 2069, 2071; NZM 2003, 196 = WuM 2003, 216 = NJW-RR 2003, 442; NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61; NJW 2005, 3135 = NZM 2005, 737; OLG Koblenz NZM 2005, 540, 541; OLG Düsseldorf WuM 2006, 381; LG Dortmund NZM 2003, 584; 2005, 583; *Staudinger* Rn 77.

schädlich für die Einhaltung der Abrechnungsfrist sind dagegen inhaltliche Mängel, zB die Verwendung eines vertragswidrigen Verteilerschlüssels¹⁸⁶. Der Abrechnung sind grundsätzlich **Istzahlen**, nicht Sollzahlen zugrunde zu legen.¹⁸⁷ Die Kosten, die auf leerstehende Räume entfallen, muss grundsätzlich der Vermieter tragen. (BGH NZM 2006, 655 und 652). Die Zusammenfassung mehrerer Gebäude zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit ist ausnahmsweise zulässig, wenn sie billigem Ermessen entspricht und der Mietvertrag nicht entgegensteht.¹⁸⁸

- 46** Der Mieter muss die Möglichkeit haben, die Abrechnung des Vermieters **nachzuprüfen** (s u § 556 Rn 67ff). Dazu gehört (nur) die *Vorlage* der Belege über die dem Vermieter entstandenen Betriebskosten (§ 259 Abs 1). Im Regelfall reicht es deshalb aus, wenn der Vermieter dem Mieter in seiner Wohnung oder an seinem Geschäftssitz die **Einsicht** in die Belege über die ihm entstandenen Betriebskosten gestattet; er ist nicht etwa verpflichtet, von allen Belegen Kopien zu fertigen und diese dem Mieter zu übersenden; Ausnahmen sind aber denkbar.¹⁸⁹ Kommt der Vermieter seiner Vorlagepflicht nicht nach, so wird dem Mieter häufig ein **Zurückbehaltungsrecht** hinsichtlich der offenen Betriebskostenforderungen des Vermieters zugebilligt,¹⁹⁰ freilich nur in den Grenzen der §§ 320 Abs 2 und 242.¹⁹¹ Die **Beweislast** für die Richtigkeit der einzelnen Posten der Abrechnung trifft den Vermieter.¹⁹² Endet die Abrechnung mit einem **Guthaben** des Mieters so hat er aufgrund des Vertrages einen entsprechenden Rückzahlungsanspruch (§§ 133, 157, 242).¹⁹³ Aber der Mieter kann sich nicht darauf beschränken, die einzelnen Positionen der Abrechnung pauschal zu bestreiten, sondern muss konkrete Beanstandungen vorbringen und zu diesem Zweck von seinem Einsichtsrecht Gebrauch machen. (OLG Düsseldorf GE 2006, 1230, 1231; AG Spandau WuM 2006, 566). **Akzeptiert** der Mieter ohne Beanstandungen die Schlussabrechnung des Vermieters, indem er den darin geforderten Betrag vorbehaltlos zahlt, so sind bei der gewerblichen Miete damit die gegenseitigen Forderungen der Parteien grundsätzlich erledigt, weil und sofern nach den Umständen des Falles in diesem Verhalten ein deklaratorisches Anerkenntnis jeder Partei gesehen werden kann, das die Parteien mit den ihnen bekannten Einwendungen ausschließt.¹⁹⁴ Ob hieran auch für die Wohnraummiete festgehalten werden kann, ist mit Rücksicht auf § 556 Abs 3 S 5 und 6 sowie Abs 4 umstritten.¹⁹⁵

VI. Miete

Schrifttum: *Staudinger* Rn 84ff; *Börstinghaus* NZM 2004, 121; *Bub/Treier/v Brunn* Hdb, Rn III 1ff (S 507ff); *Derleder* Struktur des Mietentgelts, in: Mietnebenkosten, PiG Bd 23 (1986) 15; *ders* Insolvenz des Vermieters, NZM 2004, 568 = PiG Bd 70 (2000) 533; *Eisenschmid* Mietnebenkosten bei nichtpreisgebundenem Wohnraum, PiG Bd 23 (1986) 37; *Emmerich* Miete und Zwangsmaßnahmen, in: Verwendung und Verwaltung der Mieterleistungen durch den Vermieter, PiG Bd 28 (1988) 145; *ders*

186 BGH NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61; OLG Düsseldorf WuM 2006, 381.

187 S BGH NZM 2003, 196 = WuM 2003, 216 m Anm *Wall* WuM 2003, 201.

188 BGH NJW 2005, 3135 = NZM 2005, 737.

189 GrdIlg BGH NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 = WuM 2006, 200, 202f Tz 21ff m Anm *Schmid* ZMR 2006, 341; NZM 2006, 926; WuM 2006, 616, 617; NZM 2007, 35; OLG Düsseldorf GE 2006, 1230; kritisch *Rau/Dötsch* ZMR 2006, 362.

190 BGH (vorige Fn); OLG Düsseldorf ZMR 2000, 452, 454; dagegen *M Schmid* ZMR 2000, 455.

191 KG GE 2002, 129.

192 LG Berlin GE 2003, 121, 122.

193 S schon o Rn 43f; BGH NZM 2005, 342, 343 = WM 2005, 178; NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 747.

194 OLG Hamburg NJW-RR 1987, 1495 = ZMR 1987, 421, 422; LG Heilbronn NJW-RR 2004, 660; LG Hamburg ZMR 2006, 288.

195 S dazu u § 556 Rn 85; offengelassen in BGH NZM 2006, 222, 223 Tz 15 = WuM 2006, 150 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 650.

Preisfreiheit und Preisbindung, in: Freiheit und Zwang bei der Wohnraummiete, PiG Bd 49 (1996) 71; Jung ZMR 1989, 363; Manthey ZMR 2002, 174; Oske WuM 1981, 49; Sternel Mietrecht, Rn III 1ff (S 573ff); Sonnenschein Der Mietzins in der Gesetzgebung, PiG Bd 28 (1988) 11.

1. Hauptleistungspflicht des Mieters ist die Zahlung der Miete, früher allgemein Mietzins genannt (§ 535 Abs 2). In der Vereinbarung von Art und Höhe der Miete sind die Parteien grundsätzlich frei (§ 311 Abs 1). Schranken ziehen hier lediglich die verschiedenen Wucherverbote (§ 138; § 5 WiStG; § 291 StGB).¹⁹⁶ Ausnahmen gelten für den preisgebundenen Wohnraum.¹⁹⁷ Besteht die Miete wie in der Regel in Geld (s u Rn 49), so handelt es sich bei dem Anspruch des Vermieters auf die Miete um eine normale **Geldforderung**, die abgetreten oder gepfändet werden kann.¹⁹⁸ Auch die §§ 320ff sind grundsätzlich anwendbar, woraus heute jedenfalls bei der gewerblichen Vermietung häufig die Befugnis des Vermieters abgeleitet wird, bei **Zahlungsverzug** des Mieters die Wasser- oder Stromversorgung zu unterbrechen,¹⁹⁹ während bei der Wohnraummiete in solchem Verhalten wohl weiterhin eine verbotene Eigenmacht zu sehen sein dürfte (§ 858).²⁰⁰ Da Mietverträge über Grundstücke grundsätzlich von der **Umsatzsteuer** befreit sind (§ 4 Nr 12 S 1 lit a UmsStG), kann der Vermieter idR keine Umsatzsteuer auf die Miete fordern.²⁰¹ Bei der gewerblichen Miete ist der Vermieter jedoch berechtigt, für die Umsatzsteuer zu optieren (§ 9 UmsStG), und zwar nach freiem Ermessen.²⁰² Die Abwälzung der Umsatzsteuer auf den Mieter setzt aber auch in diesem Fall eine besondere Vereinbarung voraus, da der vereinbarte Preis grundsätzlich der Bruttopreis (einschließlich MWSt) ist.²⁰³ Das kann auch durch Formularvertrag geschehen.²⁰⁴

2. Die Miete kann in einer **einmaligen Leistung** des Mieters oder in wiederkehrenden Leistungen in beliebigen Zeitabschnitten bestehen.²⁰⁵ Die Vereinbarung einer einmaligen Mietschuld kommt vor allem bei der so genannten Gelegenheitsmiete vor.²⁰⁶ Von einer **Umsatzmiete** spricht man, wenn sich die Bestimmung der Miethöhe ganz oder teilweise nach den vom Mieter erzielten Umsätzen richtet. Bei derartigen Vereinbarungen handelt es sich in der Regel um **partiarische** Rechtsverhältnisse, nur ausnahmsweise um eine Gesellschaft.²⁰⁷ Aufgrund des Vertrages hat der Vermieter dann im Zweifel einen Anspruch gegen den Mieter auf Auskunft und Rechnungslegung über die Höhe seiner Umsätze.²⁰⁸ Stellt der Mieter den Gebrauch ein, so muss er nach § 537 zumindest die durchschnittliche bisherige Miete weiterzahlen.²⁰⁹

3. Die Miete wird in der Regel in **Geld** bestehen. Jedoch kommen als Gegenleistung des Mieters beliebige sonstige Leistungen gleichfalls in Betracht.²¹⁰ Beispiele sind Dienst- und

196 S o Vorbem 55ff zu § 535.

197 S o Vorbem 2 zu § 535; Emmerich PiG Bd 49 (1996) 71, 74ff.

198 BGH NJW 2003, 2987 = NZM 2003, 716.

199 GrdG KG NJW-RR 2004, 1665 = NZM 2005, 65, 66; Herrlein NZM 2006, 527; Mummehoff DWW 2005, 312.

200 KG ZMR 2005, 951; OLG Köln NJW-RR 2005, 99 = NZM 2005, 67; OLG Celle NJW-RR 2005, 1383 = NZM 2005, 741; LG Berlin GE 2007, 170; s Staudinger Rn 82 m Nachw zum Streistand.

201 OLG Rostock NZM 2006, 898; LG Mannheim WuM 1976, 92, 93; s im einzelnen Staudinger Rn 85; Weitemeyer, DWW 2006, 150 = NZM 2006, 881.

202 BGH LM Nr 3 zu HeizkostenVO = NJW-RR 1991, 647 = WM 1991, 733, 735; LG Bochum ZMR 1987, 58.

203 S BGH NZM 2001, 953; ZMR 2004, 812 = NZM 2004, 785; M Schmid NZM 1999, 292.

204 BGH (vorige Fn).

205 BGHZ 137, 106, 110 = NJW 1998, 595; BGH LM Nr 120 zu § 539 BGB = NJW-RR 1989, 589; LM Nr 6 zu § 567 BGB = NJW-RR 1992, 780.

206 RG WarnR 1927 Nr 52, S 77, 78 = DRiZ 1927 Nr 271.

207 RGZ 149, 88, 89 f; 160, 361; BGH LM Nr 13 zu § 276 (H) BGB = NJW-RR 1988, 417.

208 S OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 180 = MDR 1990, 720; LG Mannheim BB 1979, 19.

209 BGH LM Nr 20 zu § 138 (Bc) BGB = ZMR 1979, 238.

210 Mot II 372; BGH LM Nr 120 zu § 535 BGB = NJW-RR 1989, 589; LM Nr 143 zu § 535 BGB = NJW-RR 1994, 971; NJW 2002, 3222, 3223 = NZM 2002, 924.

Werkleistungen des Mieters.²¹¹ Der Vertrag bildet auch in diesem Fall eine Einheit, so dass der Vermieter nicht etwa die Leistungen des Mieters einseitig kündigen und statt dessen eine Geldleistung verlangen kann.²¹²

- 50** 4. Der Vermieter kann von dem Mieter ohne besondere Absprache nicht die Erteilung einer **Einzugsermächtigung** verlangen.²¹³ Durch Formularvertrag kann der Mieter außerdem nur zur Teilnahme am Einzugsermächtigungsverfahren verpflichtet werden, weil allein bei diesem eine Widerspruchsmöglichkeit besteht.²¹⁴ Für die Verrechnung von **Teilleistungen** des Mieters gilt § 366, und zwar auch, wenn der Mieter mit mehreren Mietraten in Verzug ist.²¹⁵
- 51** 5. Die Mietschuld ist grundsätzlich **Schickschuld**, nicht Bringschuld (§ 270). Der Mieter trägt daher zwar die Transportgefahr, nicht aber die Verzögerungsgefahr, so dass er bereits rechtzeitig geleistet hat, wenn er den geschuldeten Betrag nur fristgemäß *abgesandt* hat, während es keine Rolle spielt, wann der Betrag bei dem Vermieter eintrifft.²¹⁶ Abweichende Vereinbarungen sind jedoch möglich und häufig, auch bei der Wohnraummiete. **Erfüllungsort** ist grundsätzlich (§ 269) der Wohnsitz oder der Ort der gewerblichen Niederlassung des *Mieters* bei Vertragsabschluss, selbst wenn das Mietgrundstück an einem anderen Ort gelegen ist; im letzteren Fall wird sich jedoch häufig aus den Abreden der Parteien etwas anderes ergeben.²¹⁷ Im Falle der **Insolvenz** einer der beiden Vertragsparteien gelten die §§ 108 bis 112 InsO.²¹⁸ Bei Insolvenz des *Vermieters* besteht das Mietverhältnis fort (§ 108 InsO); der Mieter hat kein Kündigungsrecht, etwa nach § 543.²¹⁹ Bei Insolvenz des *Mieters* folgt aus des § 112 InsO ebenfalls eine Kündigungssperre, die freilich nicht eingreift, wenn der Mieter *nach* dem Eröffnungsantrag erneut in Verzug gerät (§ 543 Abs 2 Nr 3)²²⁰, während der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Mieters ein Sonderkündigungsrecht nach § 109 InsO hat. Lösungsklauseln für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters sind unwirksam (§ 119 InsO).²²¹

VII. Nebenleistungspflichten des Mieters

1. Abnahme- und Betriebspflicht

Schrifttum: *Staudinger* Rn 91ff; *M Hammann* ZMR 2001, 581; *Jendrek* NZM 2000, 526; *Michalski* ZMR 1996, 522; *Peters/Welkerling* ZMR 1999, 369.

- 52** a) Den Mieter trifft grundsätzlich **keine Abnahme- und Gebrauchspflicht**. Er ist zum vertragsgemäßen Gebrauch der ihm vermieteten Sache lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet (§ 535 Abs 1 S 1), so dass er durch die Ablehnung der Entgegennahme der Sache

211 BGH (vorige Fn); LM Nr 2 zu § 69 KO = NJW 1976, 2264; LG Hamburg WuM 1993, 667.

212 LG Aachen WuM 1989, 382.

213 *M Schmid* ZMR 1996, 585; *Sternel* PiG Bd 60 (2001) 31, 43f.

214 GrdIlg BGH LM Nr 23 zu § 9 (Bm) AGBG = NJW 1996, 988; OLG Brandenburg NZM 2004, 905 = WuM 2004, 597.

215 BGHZ 91, 375, 379 = NJW 1984, 2404; BGH LM Nr 4 zu § 366 BGB = NJW 1965, 1373; *Beuermann* WuM 1979, 253; *Oske* WuM 1981, 49.

216 S u § 543 Rn 34; RGZ 99, 257; BGH LM Nr 3 zu § 270 BGB = NJW 1959, 1176; LM Nr 1 zu § 36 VVG = NJW 1964, 499.

217 RGZ 99, 257f; 140, 67, 69ff; BGH LM Nr 23 zu § 36 Ziff 3 ZPO = NJW 1988, 1914.

218 *Staudinger* Rn 90; *Börstinghaus* Die neue Insolvenzordnung und die Auswirkung auf das Mietrecht, in: Verbesserung der Vermietbarkeit, PiG Bd 57 (1999) 195; *Derleder* NZM 2004, 568 = PiG Bd 70 (2005), S 133; *Eichner* WuW 1999, 260; *Ehricke* KTS 2004, 321; *Franken/Dahl* Mietverhältnisse in der Insolvenz (2006); *Lüke* in: PiG Bd 70 (2005) S 165; *Marotzke* KTS 1999, 269; *Pape* WuM 2004, 645 = NZM 2004, 401.

219 BGH NZM 2002, 524; 2002, 525, 526.

220 GrdIlg BGHZ 151, 353, 370ff = NJW 2002, 3326.

221 OLG Düsseldorf ZMR 2006, 656; *Pape* NZM 2004, 401, 402f; str.

allein in Annahmeverzug, jedoch nicht in Schuldnerverzug gerät.²²² An seiner Verpflichtung zur Mietzahlung ändert sich dadurch nichts (§ 537). Der Mieter ist außerdem jederzeit berechtigt, die Mietsache vor dem ursprünglich vorgesehenen Vertragsende zurückzugeben.²²³ Ebenso wenig trifft den Mieter eines Geschäftslokals eine Verpflichtung, das **Geschäft** tatsächlich offen zu halten und zu betreiben.²²⁴

b) Abweichende Vereinbarungen sind möglich.²²⁵ Dem Mieter eines Geschäfts kann durch den Vertrag sogar eine **Betriebspflicht** auferlegt werden, und zwar auch durch Formularvertrag²²⁶ und einschließlich der Verpflichtung, ein Geschäft an bestimmten Tagen und zu bestimmten Stunden, zB in einem Einkaufszentrum, unter allen Umständen offen zu halten.²²⁷ Das gilt selbst dann, wenn zugleich in einem Einkaufszentrum ein Konkurrenzschutz zugunsten des Mieters ausgeschlossen ist.²²⁸ Der Mieter wird dann von der Betriebspflicht auch nicht durch Krankheit oder mangelnde Rentabilität des Geschäfts befreit.²²⁹ Die vertragswidrige Einstellung des Geschäfts berechtigt den Vermieter vielmehr zur fristlosen Kündigung (§ 543) sowie zur Forderung von Schadensersatz (§ 280).²³⁰

2. Obhutspflicht

Sobald dem Mieter die Mietsache übergeben wurde, muss er mit der für ihn fremden Sache, die er nach Vertragsende in ordnungsmäßigem Zustand (§ 538) zurückzugeben hat (§ 546), sorgfältig und pfleglich umgehen (vgl § 536c). Diese Obhutspflicht **beginnt**, sobald ihm die Sache überlassen wurde, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag zu diesem Zeitpunkt bereits begonnen hatte oder nicht, und **endet** erst mit der tatsächlichen Rückgabe der Mietsache, selbst wenn der Vertrag schon vorher abgelaufen war.²³¹ Sie erstreckt sich auch auf die mitvermieteten Sachen und Räume einschließlich der Flure und Treppen, Böden und Keller.²³² **Inhaltlich** geht die Obhutspflicht vor allem dahin, die genannten Sachen sorgfältig und pfleglich zu behandeln und nach Möglichkeit vor Schäden zu bewahren.²³³ Besondere Sorgfaltspflichten bestehen bei der Aufstellung neuer technischer Geräte, zB bei dem Anschluss einer Waschmaschine.²³⁴ Der Mieter ist ferner verpflichtet, für eine ausreichende Lüftung und Säuberung der Räume zu sorgen.²³⁵ Wenn der Mieter für längere Zeit **verreist**, muss er dafür Sorge tragen, dass in der Zwischenzeit auftretende Mängel erkannt und behoben werden können.²³⁶ Die Wohnungsschlüssel muss er deshalb einer vertrauenswürdigen Person oder dem Vermieter übergeben, vor allem, wenn Frost droht.²³⁷

222 AG Hamburg NZM 1998, 477.

223 LG Mannheim WuM 1982, 298.

224 BGH LM Nr 8 zu § 581 BGB = BB 1954, 112; LM Nr 4 zu § 133 (A) BGB; LM Nr 20 zu § 138 (Bc) BGB = ZMR 1979, 238f.

225 RGZ 138, 192, 197f; 138, 202, 207f; BGH WM 1983, 531, 532; NJW-RR 1992, 1032 = WM 1992, 1582 = ZMR 1993, 57.

226 S o Rn 48; RGZ 149, 88, 90f; 160, 361, 368f; BGH LM Nr 3 zu § 242 (Bf) BGB = BB 1954, 426; LM Nr 20 zu § 138 (Bc) BGB = ZMR 1979, 238, 239; OLG Düsseldorf NZM 1999, 124 = NJW-RR 1999, 305.

227 BGH NJW-RR 1992, 1032 = WM 1992, 1582; OLG Düsseldorf (vorige Fn).

228 OLG Rostock NZM 2004, 460, 461; KG ZMR 2005, 47 = NZM 2005, 620; anders OLG Schleswig NZM 2000, 1008.

229 OLG Düsseldorf ZMR 2004, 508; anders LG Köln NZM 2005, 621; für den Fall der Zahlungsunfähigkeit auch OLG Karlsruhe GE 2007, 218.

230 BGH (Fn 226).

231 BGH LM Nr 2 zu § 556 BGB = NJW 1967, 1803.

232 RGZ 59, 161; 75, 118; 106, 133; OLG Nürnberg ZMR 1960, 80, 81.

233 OLG Düsseldorf ZMR 1965, 51; LG Mannheim WuM 1982, 298.

234 LG Mannheim ZMR 1991, 441.

235 S u § 536 Rn 36f.

236 OLG Hamm WuM 1996, 470

237 BGH LM Nr 49 zu § 535 BGB = NJW 1972, 34; LG Berlin MDR 1981, 584 = ZMR 1982, 86.

- 55** Aus der Obhutspflicht des Mieters ergibt sich grundsätzlich nur eine **Anzeigepflicht** im Falle des Auftretens von Mängeln oder Schäden (§ 536c), nicht jedoch eine Reparaturpflicht (s § 535 Abs 1 S 2; s u Rn 75). Bei Verstößen des Mieters gegen die Obhutspflicht kommen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche des Vermieters in Betracht (§§ 249, 280, 541).²³⁸ In schwerwiegenden Fällen kann der Vermieter außerdem kündigen (§ 543).

3. Besichtigungsrecht

Schrifttum: *Staudinger* Rn 97ff; *Blank* in: (3.) FS *Seuß* (2007) 277; *Glaser* ZMR 1954, 4; *Oswald* ZMR 1960, 129; *Schlüter* NZM 2006, 681; *Weimar* BtGBW 1974, 107.

- 56** Die Frage, wann der Mieter eine Besichtigung der gemieteten Räume durch den Vermieter dulden muss, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien. Ohne solche Abreden kann sich ein Besichtigungsrecht des Vermieters dagegen immer nur im Einzelfall aus Treu und Glauben ergeben (§ 242). Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit einer sorgfältigen Abwägung der sich gegenüberstehenden grundrechtlichen Personen der Parteien aus den Art 13 Abs 1 und 14 Abs 1 GG²³⁹. Nach einer verbreiteten Meinung folgt daraus, dass dem Vermieter ein Besichtigungsrecht zumindest in langen Abständen zugebilligt werden muss, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich vom Zustand der Mietsache zu überzeugen.²⁴⁰ Dieser Meinung ist nicht zu folgen, wie § 545 zeigt. Eine Pflicht des Mieters, Besichtigungen des Vermieters zu dulden, kommt vielmehr immer in Betracht, **wenn** der Sache schwere **Gefahren** drohen,²⁴¹ wenn der Verdacht eines vertragswidrigen Gebrauchs der Räume besteht, etwa durch die nach dem Vertrag verbotene Haltung großer Hunde²⁴², wenn der Mieter Mängel behauptet, da der Vermieter diese überprüfen können muss,²⁴³ sowie wenn der Vermieter Reparatur- oder Modernisierungsmaßnahmen durchführen will (§ 554).²⁴⁴ Kein Besichtigungsrecht besteht jedoch für Personen, die für den Mieter unzumutbar sind.²⁴⁵
- 57** Der Vermieter ist ferner berechtigt, **Kaufinteressenten** das Grundstück zu zeigen. Dasselbe gilt für **Mietinteressenten**, sobald der Mieter gekündigt hat,²⁴⁶ freilich nur in engem Rahmen und zu vertretbaren Zeiten sowie nach vorheriger Ankündigung, nach Möglichkeit am vorausgehenden Tag.²⁴⁷ Der Mieter ist jedoch berechtigt, die Interessenten auf etwaige Mängel der Wohnung sowie auf seinen Wunsch hinzuweisen, wohnen zu bleiben.²⁴⁸ Mit Gewalt darf sich der Vermieter in keinem Fall Zugang zu den Räumen verschaffen (§ 123 StGB).

VIII. Schönheitsreparaturen

Schrifttum: *Staudinger* Rn 101ff; *S Berghoff* ZMR 2001, 944; *Blank* in: FS *Derleder* (2005) S 189; *ders* in: *Anpassung der Wohnung*, PiG Bd 73 (2006) S 163; *ders* PiG Bd 75 (2006) 17; *Bongartz* Schönheitsreparaturen als Mieterpflicht (1991); *Börstinghaus* DWW 2005, 92; *ders* WuM 2005, 675; *Both* WuM 2007, 3; *Brüchert* WuM 1989, 227; *Bub/Treier* Hdb, Rn II 473ff (S 253ff); *Eisenschmid* WuM 1987, 243;

238 BGH LM Nr 2 zu § 556 BGB = NJW 1967, 1803.

239 BVerfGE 89, 1, 13 = NJW 1993, 2035.

240 BVerfG NZM 2004, 186 = NJW-RR 2004, 440.

241 LG Bremen BtGBW 1964, 159; AG Bonn NZM 2006, 618.

242 AG Rheine WuM 2003, 315.

243 AG Saarbrücken ZMR 2005, 372; AG Schöneberg GE 2004, 822.

244 AG Schöneberg GE 1987, 629.

245 AG Hamburg WuM 1987, 379.

246 RGZ 106, 270; LG Hamburg WuM 1994, 425; LG Frankfurt aM NZM 2002, 696.

247 BVerfG NJW-RR 2004, 440 = NZM 2004, 186 = WuM 2004, 80.

248 OLG Celle WuM 1991, 538; AG Hamburg WuM 1993, 603.

2000, 219; *Emmerich* JuS 1986, 16; *ders* in: FS Bärmann und Weitnauer (1990) 232; *ders* Reparaturpflichten des Mieters, in: Neuentwicklung im Mietrecht, PiG Bd35 (1992) 167; *ders* Schönheitsreparaturen bei Beendigung des Mietverhältnisses, NZM 2000, 1155 = PiG Bd 60 (2001) 105; *ders* Starre Fristen, NZM 2006, 761; *Enderlein* AcP 192 (1992), 288; *Finger* WuM 1987, 293; *M Fischer* WuM 2004, 452; 2005, 284; *Gather* Schönheitsreparaturen und kleine Instandhaltungen (1998); *ders* DWW 1996, 114; *Goch* WuM 2003, 368; 2004, 513; *Harsch* Schönheits- und Kleinreparaturen im Mietverhältnis (1998); *Häublein* ZMR 2000, 139; 2005, 94; *Heinrichs* WuM 2005, 155 = NZM 2005, 201; *Hensen* NZM 1998, 937; *Kappus* in: Gedschr Sonnenschein (2003), S 263; *Kinne* NZM 2000, 209; *ders* ZMR 2004, 245; 2005, 921; *Kraemer* WuM 1991, 237; *ders* in: Vermieterleistungen PiG Bd 67 (2003) S 175; *ders* in: Mietparteien und ihr Wechsel PiG Bd 70 (2005), S 249 = NZM 2004, 721; *ders* PiG Bd 75 (2006) 37; *Langenberg* Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum (2001); *ders* NZM 2000, 1125; 2002, 972; *ders* in: FS Derleder (2004) S 249 = NZM 2005, 801; *ders* WuM 2006, 122; *Neuhaus* NZM 2000, 220; *Oske* Schönheitsreparaturen (4. Aufl 1993); *Riecke/Schütt* Schönheitsreparaturen (2. Aufl 2000); *Rückert* AcP 184 (1984), 105; *Schildt* WuM 1994, 237; *Schach* Schönheitsreparaturen (5. Aufl 2002); *Sonnenschein* JZ 1988, 100; *Sternel* Mietrecht, Rn II 397ff (S 402ff); *ders* WuM 2002, 585; *Weitemeyer* NZM 2005, 646.

1. Begriff

Bei den Schönheitsreparaturen geht es der Sache nach nahezu ausschließlich um die **malermäßige Beseitigung solcher Dekorationsmängel**, die auf der unvermeidlichen Abnutzung der Räume durch den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters beruhen.²⁴⁹ Zur näheren Umschreibung der damit gemeinten Arbeiten stützt man sich gewöhnlich auf die (preisrechtliche) Definition in **§ 28 Abs 4 S 3 der II. BV**, wonach die Schönheitsreparaturen das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden und Heizkörper einschließlich der Heizungsrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen umfassen.²⁵⁰ Die Beseitigung sonstiger Mängel gehört ebenso wenig zu den Schönheitsreparaturen wie die Vervollständigung der Einrichtung der vermieteten Räume, zB durch das Verlegen von Teppichböden, das Anbringen von Kacheln oder die Installation sanitärer Anlagen und elektrischer Einrichtungen.²⁵¹ Erfasst werden schließlich auch nur Schäden an den dem Mieter zum ausschließlichen Gebrauch überlassenen Räumen, nicht dagegen Schäden an Keller- und Wirtschaftsräumen oder an den **mitvermieteten Räumen** einschließlich der Zu- und Abgänge.²⁵²

Die genaue **Abgrenzung** der Schönheitsreparaturen von sonstigen Reparaturen ist in zahlreichen Fallgestaltungen umstritten.²⁵³ Leitender Gesichtspunkt sollte immer sein, ob es sich im Grunde noch um die *malermäßige Beseitigung der Folgen der normalen Abnutzung* der Dekoration infolge der vertragsgemäßen Nutzung der Räume durch den Mieter oder um weitergehende Schäden handelt (o Rn 58). Zu den Schönheitsreparaturen gehören daher **zB** noch das Streichen von Versorgungsleitungen, die auf Putz liegen,²⁵⁴ der Innenanstrich von Doppelfenstern, die Beseitigung einer ungewöhnlichen oder eigenwilligen Dekoration des Mieters, zB die Beseitigung ungewöhnlicher Farben der Tapeten,²⁵⁵ im äußersten Fall auch noch die Erneuerung einer Wandbespannung anstelle einer Tapete,²⁵⁶ dagegen **nicht** mehr

249 *Emmerich* PiG Bd 60 (2001) 105, 109 = NZM 2000, 1155; ebenso Bundesrat Stellungnahme BT-Drucks 14/4553, S 85.

250 BGHZ 92, 363, 368 = NJW 1985, 480; BGH NJW-RR 1995, 123, 125 = ZMR 1995, 577, 578; OLG Hamburg OLGZ 1984, 106 = ZMR 1984, 342; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 1162; OLG Hamm WuM 1991, 248 = ZMR 1991, 219 = NJW-RR 1991, 844; LG Berlin GE 2005, 127; ebenso der BRat (vorige Fn).

251 BGHZ 65, 359, 364 = NJW 1976, 525.

252 AG Langen WuM 1997, 40.

253 S im Einzelnen *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 8ff; *ders* NZM 2000, 1125.

254 *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 8f.

255 LG Hamburg NZM 1999, 838 = ZMR 1999, 405; *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 23.

256 BGH ZMR 1980, 378, 380 (insoweit nicht in BGHZ 77, 301 abgedruckt).

der Außenanstrich der Fenster und Türen,²⁵⁷ die *Beseitigung von Mängeln* einschließlich der Reparatur von Substanzschäden,²⁵⁸ die *Reinigung* von Teppichböden²⁵⁹ sowie die *Erneuerung* des Bodenbelages, zB die Erneuerung eines verschlissenen Teppichbodens oder das Abschleifen und Neuversiegeln des Fußbodens oder Parketts.²⁶⁰ Dies ist jedoch kein zwingendes Recht, so dass die Parteien – in den Grenzen des § 138 Abs 1 – *individualvertraglich* den Begriff der Schönheitsreparaturen auch beliebig *erweitern* können, bei der Wohnraummiete freilich nur in dem Rahmen, in dem überhaupt die Reparaturpflicht des Vermieters auf den Mieter abgewälzt werden kann (u Rn 75ff), während eine **formularvertragliche Erweiterung** bereits an § 307 Abs 2 scheitert (s u Rn 63).

2. Schuldner

- 60 a)** Die Erhaltung der Sache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand obliegt während der gesamten Vertragsdauer an sich dem **Vermieter** (§ 535 Abs 1 S 2), so dass er, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, auch die Schönheitsreparaturen tragen muss, sobald die Wohnung infolge des normalen Verschleißes aufgrund des vertragsgemäßen Gebrauchs Mängel aufweist.²⁶¹ § 535 Abs 1 S 2 ist jedoch kein zwingendes Recht, so dass die Parteien **abweichende Vereinbarungen** treffen können.²⁶² Voraussetzung ist freilich mit Rücksicht auf das abweichende gesetzliche Leitbild (§ 535 Abs 1 S 2) eine **eindeutige** Vereinbarung, für die der Vermieter beweispflichtig ist.²⁶³ Eine konkludente Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter kommt nicht in Betracht, auch nicht bei der gewerblichen Miete.²⁶⁴ Deshalb ist auch nicht der Meinung des BGH zu folgen, die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter sei bei der Wohnraummiete Verkehrssitte geworden, weil es eine Verkehrssitte entgegen dem Gesetz (§ 535 Abs 1 S 2) nicht gibt und nicht geben kann.²⁶⁵ Führt der Mieter die Schönheitsreparaturen selbst durch, ohne hierzu vertraglich verpflichtet zu sein, so kann er vom Vermieter **Aufwendersatz** grundsätzlich nur unter den engen Voraussetzungen des § 536a Abs 2 Nr 1 oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 539 Abs 1) verlangen, die in aller Regel *nicht* vorliegen werden. Möglich bleiben dagegen gemäß den §§ 684 S 1 und 812 Abs 1 S 1 Fall 2 in Verbindung mit § 818 Abs 2 Bereicherungsansprüche des Mieters, die sich jedoch gleichfalls in aller Regel nicht berechnen lassen werden. (S u § 539 Rn 4 so wie *Börstinghaus* WuM 2005, 675; *Emmerich* NZM 1998, 49, 52f; 2006, 761; *Horst* DWW 2007, 48; **aA** LG Freiburg WuM 2005, 383; 2005, 384; LG Karlsruhe NZM 2006, 508). **Klauseln**, die im Kern auf eine bloße Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe der Sache in vertragsgemäßigem Zustand hinauslaufen, enthalten gleichfalls **keine** wirksame **Überwälzung** der Schönheitsreparaturen auf den Mieter, weil sie nur wiederholen, was ohnehin aus § 538 folgt.²⁶⁶ Ausreichend sind dagegen, jedenfalls nach Meinung des BGH²⁶⁷, Klauseln, die dem Mieter die Verpflichtung

257 LG Berlin GE 2001, 1674f.

258 BRat, Stellungnahme BT-Drucks 14/4553, S 85; AG Dortmund ZMR 2005, 129, 130.

259 BRat (vorige Fn); LG Hamburg ZMR 1987, 58; anders *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 8, 25.

260 BRat (o Fn 257); OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 1101; OLG Celle NZM 1998, 158; OLG Düsseldorf WuM 2003, 621, 623 = ZMR 2003, 921.

261 S o Rn 10ff; Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553, S 40; Ausschussbericht BT-Drucks 14/5663, S 75f; BGHZ 92, 363, 367 = NJW 1985, 480; *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 27ff; *Emmerich* in: FS Bärmann und Weitnauer, 233ff.

262 Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553, S 40 (1 Sp).

263 BGHZ 101, 253, 263 = NJW 1987, 2575; LG Berlin WuM 1991, 29.

264 OLG Celle WuM 1980, 185; LG Berlin WuM 1989, 232 = MDR 1989, 547.

265 So aber BGH NZM 2004, 734 = WuM 2004, 529, 530.

266 OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1096; WuM 2002, 545; LG Wiesbaden WuM 2001, 236.

267 WuM 2004, 529, 530 = NZM 2004, 734.

aufzulegen, die Wohnräume in ordnungsgemäßem Zustand „zu erhalten“. Der Vermieter ist jedoch **vorleistungspflichtig**. Weist die Wohnung Mängel auf, so muss er zunächst diese Mängel beseitigen, bevor er vom Mieter die Vornahme der Schönheitsreparaturen verlangen kann (§ 320).²⁶⁸

b) Nach überwiegender Meinung²⁶⁹ können die Schönheitsreparaturen **auch durch Formularvertrag** unter bestimmten Voraussetzungen auf den Mieter abgewälzt werden.²⁷⁰ Der Mieter kann insbesondere verpflichtet werden, während der Vertragsdauer entsprechend einem üblichen Wirtschaftsplan die turnusmäßig notwendigen Schönheitsreparaturen durchzuführen, und zwar als Teil seiner Gegenleistung.²⁷¹ Keine Rolle spielt dabei, ob die Wohnung bei ihrer Übergabe **renoviert** worden war, sofern nur die **Fristen** für die laufende Renovierung durch den Mieter erst **mit Übergabe** zu laufen beginnen. Die Wirksamkeit entsprechender formularvertraglicher Klauseln setzt ferner voraus, dass die zugrunde gelegten Fristen nicht starr sind und den üblichen Renovierungsfristen entsprechen (s u Rn 64), dass ein etwaiger Kostenvoranschlag eines Fachgeschäfts nicht verbindlich ist und dass dem Mieter das Recht vorbehalten bleibt, die Schönheitsreparaturen in „kostensparender Eigenleistung“ gegebenenfalls selbst durchzuführen.²⁷² Das gilt jedenfalls für die **Wohnraummiete**, während bei der gewerblichen Miete nach überwiegender Meinung dem Mieter (formular-) vertraglich darüber hinaus auch die Anfangs- und die Endrenovierung auferlegt werden kann.²⁷³

c) Quotenklauseln gelten ebenfalls als grundsätzlich unbedenklich.²⁷⁴ Man versteht darunter Bestimmungen, nach denen sich der Mieter bei Auszug vor der turnusmäßigen Fälligkeit der Schönheitsreparaturen **anteilig** an den Kosten der erst demnächst, dh nach seinem Auszug fällig werdenden Schönheitsreparaturen zu beteiligen hat, vorausgesetzt, dass die Renovierungsfristen für den Mieter erst mit seinem Einzug zu laufen beginnen.²⁷⁵ Quotenklauseln sind dagegen **unzulässig**, wenn die **Fristen starr** sind²⁷⁶, wenn die Klausel auch eine vollständige Haftung des Mieters vor Ablauf der Fristen (100 %) vorsieht²⁷⁷ oder wenn die Klausel intransparent ist. Der BGH ist jedoch im Allgemeinen bei der Auslegung von Quotenklauseln in dem gerade noch zulässigen Sinne *großzügig*.²⁷⁸ Unzulässig ist ferner die formularvertragliche Verpflichtung des Mieters zur **erneuten vollständigen Renovierung** der Wohnung, wenn er vor Fälligkeit der Schönheitsreparaturen auszieht (keine generelle Abwälzung der Endrenovierungspflicht).²⁷⁹ Gleich steht die Verpflichtung, bei Ver-

268 LG Berlin NJW-RR 1997, 265.

269 Anders *Emmerich* in: FS Bärmann und Weitnauer, 233, 239ff; *Kappus* in: Gedschr Sonnenschein (2003) 263ff.

270 Begr zum RegE BT-Drucks 13/4553, S 40; grdl BGHZ 92, 363, 367ff = NJW 1985, 480; BGHZ 101, 253, 261ff = NJW 1987, 2575; BGHZ 105, 71, 76ff = NJW 1988, 2790; BGH LM Nr 159 zu § 535 BGB = NJW 1998, 3114; NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497; NZM 2004, 903 = WuM 2004, 663; *Börstinghaus* DWW 2005, 92.

271 BGH (vorige Fn).

272 BGH NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497; NZM 2005, 58 = WuM 2005, 50; NJW 2005, 1426 = NZM 2005, 376.

273 KG GE 1995, 1011; NZM 2004, 424; 2005, 181.

274 Dagegen zutreffend *Hensen* NZM 1998, 937; enger auch AG Gießen WuM 2002, 212, 213f.

275 BGHZ 105, 71, 81ff = NJW 1988, 2790; BGH NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497; NJW 2004, 3024 = NZM 2004, 615; NZM 2004, 903 = WuM 2004, 663; NJW 2006, 3778; LG Berlin GE 2006, 449; s auch Rn 63.

276 BGH WuM 2006, 248, 250; NJW 2006, 2113, 2114 Tz 16 = WuM 2006, 377; NJW 2006, 3778 Tz 20 = ZMR 2007, 28; s *Beyer* GE 2007, 122; *Both* WuM 2007, 3; *Bub* NZM 2007, 76; *Eupen/M Schmidt* NZM 2006, 644.

277 LG Nürnberg/Fürth ZMR 2005, 622, 623f.

278 BGH NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466, 467; zu Recht kritisch *Börstinghaus* DWW 2005, 92, 93; *Wiek* WuW 2004, 334f; 2006, 219; *Staudinger* Rn 108.

279 BGH LM Nr 159 zu § 535 BGB = NJW 1998, 3140 = NZM 1998, 710; NJW 2003, 2234 = NZM 2003, 436 m Anm *Emmerich* JuS 2003, 1025; NJW 2003, 3192 = NZM 2003, 755; NJW 2005, 2006 = NZM 2005, 504.

tragsende ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparaturen alle *Tapeten* zu *beseitigen*.²⁸⁰ Die Unwirksamkeit der Endrenovierungsklausel zieht dann auch die Unwirksamkeit der damit im Zusammenhang stehenden Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach sich.²⁸¹ Das gilt auch für eine an sich zulässige **individualvertraglich** vereinbarte Endrenovierungsklausel, sofern sie mit der Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen in einem Formularvertrag zusammentrifft (sog Summierungseffekt).²⁸² Ebenso beurteilt wird die Rechtslage in der Regel bei der **gewerblichen** Raummiete.²⁸³ Ebenso wenig darf der **vorvertragliche** Renovierungsaufwand ausdrücklich oder konkludent, dh durch das Zusammenwirken mit anderen Klauseln, formularvertraglich auf den Mieter abgewälzt werden.²⁸⁴ Daraus ergibt sich insbesondere die Unzulässigkeit der verbreiteten **Bedarfsklauseln**, da solche Klauseln darauf hinauslaufen, dass der Mieter letztlich auch den vorvertraglichen Renovierungsaufwand tragen muss.²⁸⁵

- 63 d)** Der Mieter kann zwar verpflichtet werden, die Schönheitsreparaturen „fachgerecht“, dh in mittlerer Art und Güte durchzuführen;²⁸⁶ unzulässig sind dagegen in Formularverträgen so genannte **Facharbeitsklauseln**, weil sie dem Mieter die grundsätzlich klauselfeste Möglichkeit zu Eigenleistungen nehmen.²⁸⁷ Es ist außerdem nicht zulässig, die Verpflichtung des Mieters zur Tragung der Schönheitsreparaturen formularvertraglich dadurch zu erweitern, dass der Begriff der Schönheitsreparaturen über den allgemein anerkannten Umfang hinaus ausgedehnt (s o Rn 59) oder die Renovierungsfristen entgegen dem üblichen Rythmus abgekürzt werden (s u Rn 64). Ohne Rücksicht auf die Abwälzung der Schönheitsreparaturen obliegt schließlich auch die **erstmalige Dekoration** der Räume, etwa nach einem Umbau, in jedem Fall dem Vermieter als Teil seiner Überlassungspflicht.²⁸⁸ Lebhaft umstritten ist in jüngster Zeit die Rechtslage, die sich ergibt, wenn sich die Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen in einem Formularvertrag aus einem der genannten Gründe, insbesondere wegen der Vereinbarung starrer Renovierungsfristen, als unwirksam erweist. (S Rn 60, 64 sowie *Börstinghaus* WuM 2005, 675; *Blank* PiG Bd 73 [2006] 163; *Beyer* GE 2007, 122; *Both* WuM 2007, 3; *Bub/v. d. Osten* NZM 2007, 76; *Emmerich* NZM 2006, 761; *Horst* DWW 2007, 48; *Kappes* NJW 2006, 3031; *Klinke* ZMR 2005, 161; *ders/Lehmann-Richter* WuM 2006, 653; *Lehmann-Richter* ZMR 2005, 170; *ders* WuM 2006, 449; *Schach* GE 2006, 1520; *Staudinger* Rn 108). Auszugehen ist von den §§ 307 Abs 1 S 1 und 306 Abs 2, so dass an die Stelle der unwirksamen Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen wieder die gesetzliche Regelung des § 535 Abs 1 S 2, dh die Verpflichtung des *Vermieters* zur Tragung der Schönheitsreparaturen tritt. (BGH NZM 2006, 691 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 1017; WuM 2006, 677, 679 Tz 27). Die entstandene Vertragslücke kann nicht etwa im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch eine wirksame Abwälzungsklausel geschlossen werden (BGH aaO). Ebenso wenig ist es im Regelfall angängig, einfach den unwirksamen Teil der Klausel wegzustreichen und die Klausel im Übrigen aufrecht zu erhalten, etwa an die Stelle eines unwirksamen starren Fristenplanes einen zulässigen „weichen“ Fristenplan

280 BGH WuM 2006, 308, 309 Tz 12ff = NJW 2006, 2115 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 933; WuM 2006, 310, 311 Tz 13ff.

281 BGH (Fn 278); s *Emmerich* NZM 2006, 761; *Börstinghaus* DWW 2005, 92.

282 BGH WuM 2006, 306, 307 Tz 17ff = NJW 2006, 2116 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 933.

283 BGH NJW 2005, 2006 = NZM 2005, 504; str.

284 BGH NJW 1993, 532 = ZMR 1993, 216; OLG Celle ZMR 1999, 469f.

285 BGH NJW 1993, 532 = ZMR 1993, 216;

OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 520 = WuM 1989, 121 = ZMR 1989, 176; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10 = WuM 1991, 523 = ZMR 1991, 467; anders OLG Frankfurt WuM 1990, 136 = ZMR 1990, 177; WuM 1992, 419 = GE 1992, 877.

286 BGHZ 105, 71, 78 = NJW 1988, 2790; BGH NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466, 467; *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 18ff; s u Rn 64.

287 OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422 = WuM 1993, 528.

288 BGHZ 65, 359, 364 = NJW 1976, 515; OLG Nürnberg WuM 1993, 122, 123.

zu setzen (BGH aaO). Zum Ausgleich wird dem Vermieter vielfach, um die „Äquivalenz“ der beiderseitigen Leistungen wieder herzustellen, ein Zuschlag zu der Miete nach § 558, dh eine *Mieterhöhung* bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete bei Tragung der Schönheitsreparaturen durch den *Vermieter*, ggf nach einem vorherigen Verhandlungsangebot des Vermieters, zugebilligt. (LG Düsseldorf NJW 2006, 3071; AG Frankfurt NJW 2005, 3294; *Börstinghaus* aaO) Auch diese Meinung ist nicht haltbar, schon, weil sich ein derartiger Zuschlag nicht berechnen lässt. (LG Nürnberg-Fürth NZM 2006, 53; *Emmerich* aaO)

3. Umfang

a) Der Umfang der vom Mieter geschuldeten Schönheitsreparaturen richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien und hilfsweise nach der Verkehrssitte (§§ 133, 157).²⁸⁹ Das gilt auch für den vom Mieter geschuldeten Standard (o Rn 63). Für die **Fälligkeit** der jeweils in Betracht kommenden Schönheitsreparaturen sind ebenfalls in erster Linie die Abreden der Parteien maßgebend. Individualvertraglich bestehen insoweit keine Schranken. Fehlen dagegen wie häufig Abreden zu diesem Punkt, so sind die Arbeiten immer *dann* durchzuführen, *wenn* sich die Räume in einem *mangelhaften*, dh nicht mehr zur Weitervermietung geeigneten Zustand befinden.²⁹⁰ Denn erst dadurch würde auch – ohne Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter – die Erhaltungspflicht des Vermieters aufgrund des § 535 Abs 1 S 2 ausgelöst, an deren Stelle die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen getreten ist.²⁹¹ Für den Regelfall gehen die Gerichte insoweit – entsprechend dem merkwürdigen Mustermietvertrag des BMJ von 1976 – davon aus, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen nach einem **normalen Wirtschaftsplan** durchführen muss, wobei sie – je nach Abnutzungsgrad – für die Wohnräume einen fünf- bis sechsjährigen, für Küche und Bad einen zwei- bis dreijährigen sowie für die anderen Räume einen sieben- bis achtjährigen Renovierungsrythmus zugrunde zu legen pflegen,²⁹² neuerdings erstaunlicherweise auch bei gewerblichen Mietverträgen²⁹³. Bei diesen Fristen handelt es sich indessen um **bloße**, als solche unverbindliche **Richtlinien**, die im Einzelfall sowohl unterschritten als auch überschritten werden können.²⁹⁴ Eine **Abkürzung** dieser Fristen durch Formularvertrag gilt grundsätzlich als unzulässig.²⁹⁵ Um die fragliche Klausel zu „retten“ genügt es freilich nach Meinung des BGH bereits, wenn in einer Fußnote zu dem Formularvertrag auf die Fristen des erwähnten alten Mustermietvertrages Bezug genommen wird.²⁹⁶ **Unzulässig** ist ferner die **Vereinbarung starrer Renovierungsfristen**, dh die vertragliche Fixierung (beliebiger) Fristen, zu denen (spätestens) die Renovierung durchgeführt werden muss.²⁹⁷ Das soll auch bei der gewerblichen Miete

64

289 BGHZ 92, 363, 368f = NJW 1985, 480; BGHZ 111, 301, 304 = NJW 1990, 2376.

290 Vgl BGH WuM 1982, 296, 297 = WM 1982, 333, 334.

291 Grdlg BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 m Anm *Emmerich* JuS 2004, 1008; NJW 2006, 2115; WuM 2006, 310, 311 Tz 11.

292 BGHZ 92, 363, 386f = NJW 1985, 480; BayObLGZ 1987, 243 = WuM 1987, 344, 346; BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653; NJW 2005, 1188 = NZM 2005, 299.

293 OLG Düsseldorf NZM 2006, 462 = GE 2006, 712, 713.

294 BGH NJW 2004, 2586; AG Dortmund WuM 2005, 764, 765.

295 Grdlg BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 m Anm *Emmerich* JuS 2004, 1008, 1009 m Nachw.

296 NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497; dagegen *Staudinger* Rn 112; *Börstinghaus* DWW 2005, 92; *Wiek* WuM 2004, 334.

297 Grdlg BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653; NJW 2004, 3775 = NZM 2004, 901; NJW 2005, 1426 = NZM 2005, 376; NJW 2006, 1728 Tz 10f = NZM 2006, 459 = WuM 2006, 249; WuM 2006, 308, 309 Tz 16; 2006, 310, 311 Tz 17 = ZMR 2006, 599; NJW 2006, 2113; NZM 2006, 691 = WuM 2006, 513 m Anm *Emmerich* NZM 2006, 761 und JuS 2006, 1017.

gelten.²⁹⁸ Deshalb muss die fragliche Klausel so abgefasst sein, dass für den durchschnittlichen verständigen Mieter ohne weiteres erkennbar ist, dass der „Fristenplan“ nur den Charakter einer „Richtlinie“ hat, von dem bei gutem Zustand der Räume abgewichen werden kann.²⁹⁹ Die Anforderungen schwanken. Nach einzelnen Urteilen genügt es bereits, wenn sich nur aus den Umständen ein Anspruch des Mieters auf Verlängerung der Fristen ergibt, sofern tatsächlich kein Renovierungsbedarf besteht.³⁰⁰ Verstößt die formularvertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen auch nur in einem einzigen Punkt gegen § 307, so behandeln die Gerichte idR die Abwälzung **insgesamt als unwirksam**, so dass es bei der gesetzlichen Regel des § 535 Abs 1 S 2 verbleibt.³⁰¹ Nicht zulässig ist es insbesondere, „einfach“ in der fraglichen Klausel die Vereinbarung starrer Fristen wegzustreichen und die Klausel im Übrigen, dann mit „weichen“ Fristen aufrecht zu erhalten (BGH NZM 2006, 691 = WuM 2006, 513). Auch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergibt sich nichts anderes (Rn 63; BGH aaO); die Unwirksamkeit der Klausel insgesamt hat vielmehr zur Folge, daß fortan wieder der Vermieter entsprechend der gesetzlichen Regelung die Schönheitsreparaturen tragen muss (BGH aaO; *Emmerich* NZM 2006, 761). Auch eine Mieterhöhung über die Mietspiegelwerte hinaus scheidet aus (Rn 63; str).

- 65 b)** Auslegungsfrage ist es, ob der Vermieter bereits **während des Laufs** des Vertrags einen **Erfüllungsanspruch** gegen den Mieter auf Durchführung der Schönheitsreparaturen hat.³⁰² Im Zweifel ist die Frage nach herrschender Meinung zu **bejahen**, so dass der Vermieter notfalls auch im Klagewege vom Mieter die Durchführung der jeweils fälligen Schönheitsreparaturen (o Rn 64) verlangen kann, selbst wenn noch kein Substanzschaden droht.³⁰³ Dagegen wird dem Vermieter – aus schwer nachvollziehbaren Gründen – überwiegend das Recht abgesprochen, bereits während des Laufs des Mietvertrages nach den §§ 280 und 281 vorzugehen und nach fruchtloser Fristsetzung vom Mieter Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen; statt dessen wird dem Vermieter nur ein Anspruch auf **Vorschuss** in Höhe der erforderlichen Renovierungskosten zugebilligt.³⁰⁴ Eine überzeugende Begründung für diese Zurückdrängung des § 281 während des Laufs des Mietvertrages fehlt jedoch bisher.³⁰⁵
- 66 c)** Unklar ist die Rechtslage, die sich aus dem Gesagten (o Rn 64f) für die Situation **bei Vertragsende** ergibt. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass der Mieter in jedem Fall alles, wozu er verpflichtet ist, getan hat, wenn er die Schönheitsreparaturen innerhalb der vereinbarten oder angemessenen Fristen (o Rn 64) durchgeführt hat. Zieht er nach der letzten fristgerecht durchgeführten Schönheitsreparatur aus, so treffen ihn daher jetzt **keine zusätzlichen Pflichten** mehr, ohne Rücksicht darauf, ob die (fristgerecht renovierte) Dekora-

298 OLG Düsseldorf NZM 2006, 462 = GE 2006, 712, 713f = ZMR 2006, 521, 522.

299 So BGH NJW 2006, 2113, 2114 Tz 12 = WuM 2006, 377.

300 BGH NZM 2005, 58 = WuM 2005, 50, 52; NJW 2005, 1426 = NZM 2005, 376; NJW 2005, 1188 = NZM 2005, 299; NJW 2005, 3416 = NZM 2005, 860; NJW 2006, 2116 = WuM 2006, 306, 307 Tz 15; NJW 2006, 2115 = WuM 2006, 308, 309 Tz 16; NJW 2006, 2113, 2114 Tz 12f = WuM 2006, 377; WuM 2006, 310, 311 Tz 17; LG Berlin GE 2006, 449.

301 Rn 63; BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653; NJW 2004, 3775 = NZM 2004, 901; NJW 2006, 1728 Tz 16 = NZM 2006, 459 = WuM 2006, 248, 250; NJW 2006, 2113, 2114 Tz 15 = WuM

2006, 377; OLG Düsseldorf WuM 2004, 603, 606; s *Staudinger* Rn 112.

302 LG Berlin GE 1998, 181; LG Hamburg WuM 2007, 69.

303 BGHZ 111, 301, 304 = NJW 1990, 2376; LG Hamburg (vorige Fn); *Staudinger* Rn 113 m Nachw.

304 BGHZ 111, 301, 305ff = NJW 1990, 2376; BGH NZM 2005, 450 = WuM 2005, 383; NJW 2006, 1588 Tz 17; LG Berlin NZM 2004, 655 = WuM 2004, 465; vgl auch BGH NJW 2004, 2961 = NZM 2004, 731.

305 S *Staudinger* Rn 113; *Börstinghaus* DWJ 2005, 92, 94; *Kraemer* PiG Bd 67 (2003) S 175, 183ff; *Weitemeyer* NZM 2005, 646.

tion inzwischen bereits wieder (zum Teil) abgewohnt ist.³⁰⁶ Eine weitergehende Auffassung vertritt oder vertrat doch offenbar früher der **BGH**, wenn er ausführte, dass die Räume bei Vertragsschluss in jedem Fall ohne Rücksicht darauf, wann die letzte Dekoration durchgeführt wurde, in einem zur Weitervermietung geeigneten, **bezugsfertigen** Zustand befinden müssen.³⁰⁷ Dieser Meinung ist indessen **nicht** zu folgen, weil sie im Ergebnis darauf hinausläuft, den Mieter zu zwingen, gleich zweimal zu renovieren.³⁰⁸

d) Nach überwiegender Meinung hat es keinen Einfluss auf die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen, wenn der Vermieter nach Auszug des Mieters die fraglichen **Räume umbaut** oder vom Nachmieter umbauen lässt; an die Stelle des Anspruchs auf die Schönheitsreparaturen soll dann vielmehr im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 157, 242) ein **Ausgleichsanspruch** des Vermieters treten, der sich der Höhe nach im Wesentlichen auf die Personal- und Sachkosten beschränkt, die der Mieter infolge der jetzt nicht mehr möglichen Durchführung der Schönheitsreparaturen tatsächlich **erspart** hat.³⁰⁹ Lediglich wenn feststeht, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen unter keinen Umständen mehr selbst durchgeführt hätte, entspricht der Ausgleichsanspruch den (deutlich höheren) Kosten einer Ersatzvornahme durch Dritte.³¹⁰ Der Anspruch besteht auch bei Vereinbarung einer Quotenklausel³¹¹ sowie bei zulässiger Abwälzung der Reparatur- oder Instandsetzungspflicht auf den Mieter³¹², ist jedoch auf der anderen Seite zu kürzen, soweit infolge des Umbaus der Renovierungsaufwand, zB infolge des Wegfalls von Mauern, verringert würde.³¹³ Der Ausgleichsanspruch **verjährt** in den Fristen des § 548³¹⁴ und **entfällt** ganz, wenn der Vermieter nach Auszug des Mieters das Gebäude abreißen lässt³¹⁵, wenn der Vertrag von vornherein mit Rücksicht auf die vom Vermieter geplanten späteren Umbauten befristet war³¹⁶ oder wenn sich die vermieteten Räume in einem derart desolaten Zustand befanden, dass der Vermieter selbst schwerwiegend gegen seine Erhaltungspflicht verstoßen hatte.³¹⁷ Anders wird die Rechtslage ferner bei sonstigen vom Mieter zu beseitigenden Umbauten³¹⁸ sowie von Fall zu Fall bei der gewerblichen Miete beurteilt.³¹⁹ Diese ganze Praxis ist sachlich durch nichts zu rechtfertigen und grenzt an eine willkürliche zusätzliche Belastung des Mieters, allein zu dem Zweck, den Vermieter auf Kosten des Mieters zu bereichern.

e) Wenn der Mieter die geschuldeten Schönheitsreparaturen verspätet oder mangelhaft durchführt, steht seine **Ersatzpflicht** außer Fragen (§§ 276, 280, 281).³²⁰ Für den vom Mieter **geschuldeten Standard** gilt das bereits Gesagte (o Rn 63). Mit Rücksicht auf den Zweck

306 OLG Hamm MDR 1965, 548; OLG Karlsruhe WuM 1982, 291, 292f; OLG Bremen WuM 1982, 317, 318; LG Saarbrücken NZM 2000, 1179f.

307 BGHZ 49, 56, 58f = NJW 1968, 491; BGH WM 1982, 333, 334 = WuM 1982, 296, 297; LM Nr 45 zu § 558 BGB (Bl 1 R f) = NJW 1991, 2416, 2417.

308 Emmerich PiG Bd 60 (2001) 105, 111f = NZM 2000, 1155; *Staudinger* Rn 114 m Nachw.

309 BGHZ 77, 301, 304f = NJW 1980, 2347; BGHZ 85, 267, 273f = NJW 1983, 446; BGHZ 92, 363, 369ff = NJW 1985, 480; BGHZ 96, 141, 145f = NJW 1986, 309; BGHZ 151, 53, 57ff = NJW 2002, 2383; BGH NZM 2005, 58 = WuM 2005, 50, 52; WuM 2006, 308, 309 Tz 17 = NJW 2006, 2115.

310 BGH NZM 2005, 58 = WuM 2005, 50, 52; LG Berlin GE 2006, 1038.

311 LG Berlin GE 2004, 821.

312 BGHZ 151, 53, 59ff = NJW 2002, 2383.

313 BGH NZM 2005, 58 = WuM 2005, 50, 52.

314 LG Duisburg ZMR 1997, 82 = NJW-RR 2000, 1231.

315 LG Berlin ZMR 1998, 428; AG Augsburg WuM 2001, 335.

316 LG Hamburg WuM 1998, 663.

317 AG Frankfurt WuM 1996, 332.

318 KG GE 1998, 354.

319 BGHZ 96, 141, 145f = NJW 1986, 309; BGH NJW 1985, 2413, 2416 = WM 1985, 1147, 1151; dagegen aber wieder BGH NZM 2002, 655f = GE 2002, 1054.

320 LG Hamburg ZMR 1986, 56; LG Berlin GE 1989, 43; 1995, 115; 1995, 249; 1995, 1083, 1085; 1996, 1373; 1998, 247.

der Schönheitsreparaturen, dem Vermieter die Weitervermietung der Wohnung zu ermöglichen, muss der Mieter bei der Durchführung der Schönheitsreparaturen jetzt außerdem auf den **allgemeinen Geschmack** Rücksicht nehmen. Während des Laufs des Vertrages ist er in der Art der Dekoration zwar frei; nach Vertragsende darf er aber nach Treu und Glauben (§ 242) keine ungewöhnliche Dekoration mehr wählen, die eine Weitervermietung der Räume erschwerete.³²¹

4. Vertragsende

- 69 a)** Die Beendigung des Mietverhältnisses ändert ebenso wenig wie ein vorzeitiger Auszug des Mieters etwas an der von ihm wirksam übernommenen Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen. Der Vermieter kann folglich nach wie vor **Erfüllung** verlangen und ein etwaiges Leistungsurteil nach § 887 ZPO vollstrecken (o Rn 65). Haben die Parteien wirksam eine Abgeltungs- oder **Quotenklausel** vereinbart (o Rn 62), so wird der daraus resultierende Zahlungsanspruch des Vermieters sofort mit Auszug des Mieters fällig.³²² Soweit es um vom Mieter nicht durchgeführte, fällige Schönheitsreparaturen geht, wird der Vermieter jedoch in der Regel versuchen, zum **Schadensersatzanspruch** überzugehen. Die Voraussetzungen ergeben sich aus den §§ 280 und 281.³²³ Der Schadensersatzanspruch des Vermieters setzt danach eine vom Mieter zu vertretende Pflichtverletzung (§§ 280 Abs 1, 276) sowie die erfolglose Bestimmung einer angemessenen Frist zur Leistung durch den Vermieter voraus (§§ 280 Abs 3, 281 Abs 1 S 1). Die **Fristsetzung** ist nur entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 281 Abs 2 vorliegen. In aller Regel wird sich die der Mieter dann außerdem in **Verzug** befinden, weil und sofern die Fristsetzung zugleich eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs 1 enthält.³²⁴ Dies bedeutet im Einzelnen:
- 70 b)** Der Mieter muss als erstes die Pflichtverletzung durch Unterlassung der fälligen Schönheitsreparaturen bei Vertragsende zu **vertreten** haben (§§ 280 Abs 1 S 2, 281 Abs 1 S 1, 276). Hieran fehlt es, wenn sich der Mieter (ausnahmsweise) in einem entschuldbaren Rechtsirrtum über den Umfang seiner Verpflichtungen befindet, wenn er die Einrede des nichterfüllten Vertrages hat, weil der Vermieter seinerseits seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist (§ 320),³²⁵ wenn der Anspruch des Vermieters bereits verjährt ist (§ 548) oder wenn der Vermieter den Mieter an der Durchführung der Schönheitsreparaturen hindert, indem er sich zB weigert, dem Mieter einen Schlüssel zu der Wohnung zu geben, so dass dieser sie nicht mehr betreten kann, um die nötigen Arbeiten durchzuführen.³²⁶
- 71 c)** Die zweite Voraussetzung für den Übergang des Vermieters zum Schadensersatz statt der Leistung ist nach § 281 Abs 1 der fruchtlose Ablauf einer dem Mieter vom Vermieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen gesetzten **Frist**.³²⁷ Die Fristsetzung ist spätestens nach Fälligkeit der Schönheitsreparaturen zum Vertragsende möglich.³²⁸ In der Fristsetzung müssen die vom Mieter geschuldeten Arbeiten so **genau beschrieben** werden, dass

321 KG NJW 2005, 3150 = NZM 2005, 663; LG Lübeck NZM 2002, 485.

322 BGHZ 105, 71, 78f = NJW 1988, 2790; LG Köln WuM 2000, 545, 546.

323 *Staudinger* Rn 120ff; *Emmerich* NZM 2002, 362, 366; *Horst DWW* 2002, 6; *Kraemer* in: *Vermieterleistungen PiG Bd 67* (2003), S 175ff.

324 *Bergerhoff* ZMR 2001, 944, 950; *Emmerich* NZM 2002, 362, 366; *Horst DWW* 2002, 6, 14.

325 KG MDR 1974, 319; LG Augsburg WuM 1983, 22.

326 LG Berlin GE 1998, 245.

327 KG WuM 2007, 71 = ZMR 2007, 112; s dazu *Bergerhoff* ZMR 2001, 944, 950; *Horst DWW* 2002, 6, 14; *Emmerich* in: *FS Bärmann und Weitnauer*, S 233, 244ff; *ders* PiG Bd 35 (1992), S 167, 174ff; *ders* PiG Bd 60 (2001), S 105, 117ff = NZM 2000, 1155; *ders* NZM 2002, 362, 366.

328 S *Kraemer* in: *Vermieterleistung, PiG Bd 67* (2003), S 171, 189ff.

der Mieter bereits auf den ersten Blick eindeutig zu erkennen vermag, was von ihm konkret verlangt wird.³²⁹ Die dem Mieter gesetzte **Frist** muss außerdem **angemessen** sein (§ 281 Abs 1 S 1), wofür eine Frist von zwei Wochen gewöhnlich ausreicht.³³⁰ Schließlich (drittens) muss der Vermieter, wenn der Mieter bereits ausgezogen ist, dem Mieter mit der Fristsetzung zugleich anbieten, ihm jetzt wieder den **Besitz** der Räume einzuräumen, sofern sich der Mieter bereit erklären sollte, während der vom Vermieter gesetzten Frist die Dekorationsmängel noch zu beseitigen; kommt der Mieter diesem Angebot nach, so ist auch kein Raum für die Anwendung des § 546a.³³¹

d) Eine Fristsetzung (o Rn 71) ist nach § 281 Abs 2 **entbehrlich**, so dass der Vermieter dann bei Vertragsende **sofort** zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung übergehen kann (nicht muss), wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches rechtfertigen. Wichtigster Fall ist die ernstliche und endgültige **Erfüllungsverweigerung** des Mieters, die nach hM im Regelfall bereits in dem **Auszug** des Mieters ohne vorherige Durchführung der Schönheitsreparaturen liegen soll.³³² Dies trifft indessen nur zu, wenn zu dem bloßen Auszug des Mieters ohne Durchführung der Schönheitsreparaturen noch *weitere Umstände* hinzutreten, die tatsächlich einen Rückschluss auf eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung des Mieters zulassen.³³³ 72

e) Liegen die genannten Voraussetzungen (o Rn 69ff) vor, so kann der Vermieter nach den §§ 280 und 281 in Verb mit den §§ 249 bis 252 **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Als **Schaden** kommen in erster Linie in Betracht die jetzt vom Vermieter selbst aufzuwendenden **Reparaturkosten**, der ihm entgehende Gewinn in Gestalt des etwaigen **Mietausfalls** infolge der verzögerten Herrichtung der Räume, die Kosten eines Sachverständigengutachtens³³⁴ sowie die verbleibende **Wertminderung** der Wohnung.³³⁵ Rechnet der Vermieter auf der Basis eines Kostenvoranschlags ab (§ 249 Abs 2 S 1), so kann er Umsatzsteuer nur verlangen, wenn sie tatsächlich angefallen ist, sonst nicht (§ 249 Abs 2 S 2).³³⁶ 73

Hauptschadensposten wird in der Regel der **Mietausfall** des Vermieters sein.³³⁷ Dazu muss der Vermieter substantiiert vortragen, zu welchem Zeitpunkt und zu welchen Bedingungen ihm tatsächlich eine Weitervermietung im Falle der ordnungsgemäßen Durchführung der Schönheitsreparaturen seitens des Mieters möglich gewesen wäre, da unter den heutigen Marktverhältnissen ein Mietausfall nicht mehr einfach unterstellt werden kann.³³⁸ Eine **abstrakte** Schadensberechnung scheidet – ebenfalls entgegen einer verbreiteten Meinung³³⁹ – schon deshalb aus, weil Räume keine marktgängigen Waren sind, auf die sich die abstrakte 74

329 BGH WuM 2006, 306, 308 Tz 21; OLG Düsseldorf WuM 2004, 603, 606.

330 LG Berlin GE 1989, 413, 415.

331 OLG Hamburg WuM 1990, 75 = MDR 1990, 247; AG Lemgo NZM 1999, 961.

332 BGHZ 49, 56, 59f = NJW 1968, 491; BGHZ 104, 6, 14 = NJW 1988, 1778; BGH LM Nr 10 zu § 326 (A) BGB = NJW 1977, 36; LM Nr 30 zu § 571 BGB (Bl 2 R) = NJW 1989, 451; LM Nr 45 zu § 558 BGB = NJW 1991, 2416, 2417; WuM 1982, 296 = WM 1982, 333; LM Nr 11 zu § 326 (Dc) BGB (Bl 2) = NJW 1998, 1303 = NZM 1998, 147, 148; KG (Fn 329); anders aber nach den Umständen des Einzelfalls BGH NJWE-MietR 1996, 266 = WuM 1997, 217; LG Berlin GE 2002, 1199f.

333 *Staudinger* Rn 123.

334 BGH NJW 2004, 3042 = NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466, 467f.

335 BGHZ 49, 56, 60 = NJW 1968, 491; LG Berlin GE 1993, 1159.

336 *S Börstinghaus* DWW 2005, 92, 94.

337 *S Emmerich* PiG Bd 60 (2001) 105, 122f = NZM 2000, 1155.

338 BGH LM Nr 11 zu § 326 (Dc) BGB = NZM 1998, 147, 148; OLG Frankfurt ZMR 1997, 522, 526; LG Singen WuM 2000, 18; AG Kerpen WuM 2000, 19.

339 KG GE 1995, 109; LG Berlin ZMR 2001, 891, 892; GE 2001, 1675; LG Frankfurt ZMR 2000, 763 = NZM 2000, 1177.

Schadensberechnung beschränkt.³⁴⁰ Der Ersatzanspruch des Vermieters **entfällt** – entgegen der hM³⁴¹ –, wenn es dem Vermieter gelingt, die vom ersten Mieter bei seinem Auszug pflichtwidrig nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen auf den Nachmieter *abzuwälzen*.³⁴²

IX. Reparaturpflicht

Schrifttum: *Staudinger* Rn 127ff; *Beuermann* GE 1988, 746; *Bub/Treier* Hdb, Rn II 459ff (S 245ff); *Derckx* NZM 2005, 807; *Emmerich* Reparaturpflichten des Mieters, in: Neuentwicklung im Mietrecht, PiG Bd 35 (1992) 167; *Hoff* ZMR 2006, 415; *Joachim* NZM 2006, 368; *Langenberg* Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum (2001), 73ff; *Pfeilschifter* WuM 1988, 138; *Salje* WuM 1983, 187, 215; *Sternel* Mietrecht, Rn II 357ff (S 389ff); *U Wolter* NJW 1988, 2001.

75 1. In der Frage, in welchem Umfang die Reparaturpflicht des Vermieters (§ 535 Abs 1 S 2) jenseits der Schönheitsreparaturen ebenfalls auf den Mieter abgewälzt werden kann, muss man einmal zwischen der gewerblichen Miete und der Wohnraummiete (o Rn 76f) und zum anderen danach unterscheiden, ob die Abwälzung individualvertraglich erfolgt oder auf einem Formularvertrag beruht. Außerdem ist zwischen Instandhaltung und Instandsetzung zu unterscheiden, wobei die Instandhaltung die Maßnahmen zur Erhaltung der Mietsache umfasst, während es bei der Instandsetzung um die weitergehende Reparatur gleichwohl aufgetretener Mängel geht.³⁴³ Was zunächst die **gewerbliche Miete** angeht, so bestehen hier grundsätzlich keine Bedenken dagegen, dass der Mieter **individualvertraglich** die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht ganz oder teilweise übernimmt, selbst wenn dies im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Mieters führt.³⁴⁴ Eine generelle Abwälzung der Instandhaltungspflicht durch **Formularvertrag** stößt dagegen auch bei der gewerblichen Miete auf Bedenken.³⁴⁵ Sie ist jedoch zulässig, soweit es um Schäden geht, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind.³⁴⁶ Klauseln, durch die die Reparaturpflicht oder die Reparaturkosten ganz oder partiell auf den Mieter abgewälzt werden, sind aber im Zweifel wegen der damit verbundenen erheblichen Belastung des Mieters **eng** auszulegen.³⁴⁷ Deshalb bedeutet die bloße Übernahme der *Instandhaltungspflicht* durch den Mieter nicht zugleich die Übernahme der weitergehenden *Instandsetzungspflicht*.³⁴⁸

76 2. Bei der **Wohnraummiete** ist es ebenso wie bei der gewerblichen Miete im Grundsatz unbedenklich, **individualvertraglich** die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht, zumindest in beschränktem Umfang, auf den Mieter abzuwälzen (§ 311 Abs 1).³⁴⁹ **Schranken** können sich jedoch im Einzelfall aus zwingenden gesetzlichen Regelungen ergeben.

340 LG Berlin GE 2002, 462; 2002, 734, 735; s MünchKomm/*Emmerich* Vorb 50f zu § 281.

341 BGHZ 49, 56, 61ff = NJW 1968, 491; OLG Hamburg OLGZ 1984, 106, 107 = ZMR 1984, 342.

342 OLG Hamm NJW 1964, 1373; LG Aurich WuM 1991, 342; LG Itzehoe WuM 1992, 242; *Emmerich* in: FS Bärmann u Weitnauer, 233, 247f; *Staudinger* Rn 126.

343 Grdlg BGH NZM 2005, 863 = ZMR 2005, 844.

344 Grdlg BGHZ 151, 53, 62f = NJW 2002, 2383; BGH LM Nr 32 zu § 3 AnfG = NJW-RR 1990, 142.

345 KG GE 2002, 1266; NZM 2003, 395 = NJW-

RR 2003, 586; OLG Köln ZMR 1994, 158 = NJW-RR 1994, 524; OLG Dresden NJW-RR 1997, 396; OLG Hamm ZMR 2002, 822.

346 BGH NZM 2005, 863 = ZMR 2005, 844 m Anm *Joachim* NZM 2006, 368.

347 OLG Koblenz NJW-RR 1990, 20 = WuM 1990, 16 = ZMR 1990, 464; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1229f; OLG Düsseldorf WuM 2002, 545, 547.

348 OLG Hamm NJW-RR 1993, 1229; OLG Düsseldorf NZM 2000, 464; KG NZM 2000, 1228, 1229; OLG Brandenburg ZMR 2003, 909, 911f.

349 BGHZ 108, 1, 8 = NJW 1989, 2247.

Hervorzuheben sind § 536 Abs 4, nach dem die Abwälzung der Instandsetzungspflicht auf den Mieter jedenfalls dann unwirksam ist, wenn sie bei Mängeln zu einer Einschränkung des Minderungsrechts führt,³⁵⁰ sowie § 28 Abs 3 der II. BV.³⁵¹ Noch engere Grenzen bestehen für Reparaturklauseln in **Formularverträgen**.³⁵² Danach kann die Instandhaltungs- und die Instandsetzungspflicht des Vermieters als Hauptleistungspflicht grundsätzlich **nicht** durch Formularvertrag auf den Mieter **abgewälzt** werden. Eine Ausnahme gilt lediglich für so genannte **Bagatellschäden** an solchen Teilen des Mietobjektes, die der Mieter häufig benutzt und die deshalb seinem ständigen Zugriff ausgesetzt sind. Die Abgrenzung richtet sich im Einzelnen nach § 28 Abs 3 S 2 der II. BV. *Nicht* erfasst werden daher Schäden an Gas-, Wasser- und Stromleitungen,³⁵³ an Glasscheiben³⁵⁴ oder an erst nachträglich angeschafften Gegenständen.³⁵⁵

Auch die Bagatellschäden (o Rn 76) sind außerdem nur **bis** zu einer **Obergrenze** von 50 bis 100 € abwälzbar.³⁵⁶ Zusätzlich muss noch eine **Höchstgrenze** für das gesamte Jahr festgelegt werden, für die unterschiedliche Beträge in einer Größenordnung von 6 bis 8 % einer Jahresbruttomiete genannt werden.³⁵⁷ Ohne ausdrückliche Festlegung derartiger Obergrenzen ist die Abwälzung der Bagatellschäden auf den Mieter in Formularverträgen *insgesamt* unwirksam.³⁵⁸ Generell unzulässig sind ferner so genannte **Beteiligungsklauseln**, nach denen sich der Mieter anteilig auch an großen Reparaturen oder gar an der Neuanschaffung von Geräten beteiligen muss,³⁵⁹ sowie **Vornahmeklauseln**, die den Mieter dazu verpflichten, etwaige Schäden oder Mängel selbst zu beseitigen.³⁶⁰

Vorbemerkungen zu § 536

Schrifttum: Begr z RegE des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes BT-Drucks 14 (2001)/6040; Stellungnahme des BRat BT-Drucks 14/6857; Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks 14/7052; *Staudinger* Vorbem zu § 536; *Ahrens* ZGS 2003, 134; *Arnold* Miete und Leasing, in: Dauner/Lieb/Konzen/K Schmidt Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 589; *Beuthien* Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969); *Blank* in: Vermieterleistungen, PiG Bd 67 (2003), 21; *Brox/Elsing* JuS 1976, 1; *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1324ff (S 1057ff); *Emmerich* Das Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl 2005); *ders* in: Vertragsverletzungen im Wohnraummietverhältnis, PiG Bd 46 (1995) 119; *ders* NZM 2002, 362 = in: Mietrecht im Umbruch, PiG Bd 65 (2002), 1; *ders* in: Eckpfeiler des Zivilrechts (2005), 607ff; *Franke* DWW 1999, 78; *Gruber* WuM 2002, 252; *Hirsch* ZMR 2007, 1; *Horst* DWW 2002, 6; *Hau* JuS 2003, 130; *Joussen* ZMR 2004, 553; *Kandelhard* WuM 2003 = DWW 2003, § 11; *Katzenstein/Hüftle* NZM 2004, 601; *Kinne* Mängel in Mieträumen (3. Aufl 2002); *Kluth/Fretgang* NZM 2006, 41; *Kürzel* ZMR 1974, 321; *Köhler* Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei

350 S BGHZ 118, 194, 197 = NJW 1992, 1759.

351 S BGHZ 108, 1, 6f = NJW 1989, 2247; BGHZ 118, 194, 197 = NJW 1992, 1759.

352 BGHZ 108, 1, 8ff = NJW 1989, 2247; BGHZ 118, 194, 196 = NJW 1992, 1759; BGH LM Nr 4 zu § 9 (Ca) AGBG = NJW 1991, 1780; BayObLGZ 1997, 153 = NJW-RR 1997, 1371; OLG Hamburg WuM 1991, 358, 378 = NJW-RR 1991, 1167; OLG Frankfurt WuM 1997, 609, 611; LG Frankfurt WuM 1996, 208, 211; AG Dortmund NZM 2004, 422 = WuM 2003, 627; AG Braunschweig GE 2005, 677.

353 BGHZ 108, 1, 9 = NJW 1989, 2247.

354 LG Hamburg WuM 1990, 416, 417.

355 AG Charlottenburg GE 1990, 281.

356 LG Berlin GE 1993, 159, 161f; LG Landau WuM 2005, 720 = ZMR 2005, 871, 872; AG Braunschweig GE 2005, 677.

357 AG Braunschweig (vorige Fn): 300 €.

358 BGHZ 108, 1, 9ff = NJW 1989, 2247; BGHZ 118, 194, 197 = NJW 1992, 1759; BGH LM Nr 4 zu § 9 (Ca) AGBG = NJW 1991, 1780; OLG Frankfurt WuM 1997, 609, 611.

359 BGHZ 108, 1, 11ff = NJW 1989, 2247.

360 BGHZ 118, 194, 197ff = NJW 1992, 1759; OLG Frankfurt WuM 1997, 609, 611; LG Hamburg WuM 1991, 680; LG Berlin GE 1993, 159, 161f.

Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971); *Mittelstein* Miete, 188, 214ff; *Oechsler* NZM 2004, 881; *Oetker* Dauerschuldverhältnisse (1994); *ders/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse (2. Aufl 2003) 317ff; *Hj Otto* JuS 1985, 848; *Schwab* NZM 2003, 50; *Sternel* Mietrecht, Rn II 484ff (462ff); *ders* in: *Ged-schr Sonnenschein* (2003) 293; *ders* WuM 2002, 244; *Timme* NZM 2003, 703; *Todt* Die Schadensersatz-anprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln (1970); *Tröster* NZM 1998, 697; *Weimar* Die Sachmängelhaltung im Mietrecht (1957); *Graf von Westphalen* NZM 2002, 368.

Systematische Übersicht

	Rdn		Rdn
1. Anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen	2	5. Wegfall der Geschäftsgrundlage	12
2. Nachträgliche Unmöglichkeit	4	a) Überblick	12
3. Verzögerung der Vermieterleistung	9	b) Zweckvereitelung	14
4. Pflichtverletzung	10	c) Äquivalenzstörungen	18

1 Die Frage, wie sich die besonderen Gewährleistungsregeln des Mietrechts zu den allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen verhalten, ist schon unter dem alten Leistungsstörungenrecht des BGB intensiv diskutiert worden.¹ Aufgrund der Reform des Rechts der Leistungsstörungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001² hat die Frage einen neuen Akzent erhalten. Im Mittelpunkt der Reform stand freilich – wieder einmal – nahezu ausschließlich das Kaufrecht, während das Mietrecht nur am Rande berücksichtigt wurde,³ so dass das herkömmliche Gewährleistungsrecht der Miete weiterhin nahezu unverändert neben dem neuen Leistungsstörungenrecht steht. Über die daraus resultierenden Probleme ist im Folgenden ein kurzer Überblick zu geben.

1. Anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen⁴

2 1. Für den Fall der anfänglichen **objektiven Unmöglichkeit** nahm das BGB früher als Regel Unwirksamkeit des Vertrages an (§ 306 aF). Diese altrömischen Vorbildern folgende Regel ist 2001 aufgegeben worden. Die neuen §§ 275 und 311a gehen jetzt im Gegensatz zur früheren Rechtslage grundsätzlich von der **Wirksamkeit** des Vertrags bei anfänglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit aus, wobei sich im Einzelnen aus § 275 Abs 1 bis 3 nF ergibt, wann in diesem Sinne eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist. Das frühere Konkurrenzproblem zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§§ 306, 307 aF) und den Gewährleistungsvorschriften des Mietrechts ist damit jedoch nicht entfallen. Der Grund ist vor allem, dass sich das allgemeine Leistungsstörungenrecht und die besonderen Gewährleistungsregeln der Miete nach wie vor hinsichtlich der **Haftungsvoraussetzungen** unterscheiden: Während § 311a Abs 2 S 1 für alle Fälle des anfänglichen Unvermögens und der anfänglichen Unmöglichkeit – abweichend von der früheren Rechtslage – zur **Verschuldenshaftung** übergegangen ist, bleibt es im Mietrecht aufgrund des § 536a Abs 1 (nur) bei anfänglichen Rechts- und Sachmängeln bei der herkömmlichen **Garantiehaftung** des Vermieters im Anschluss an die früheren §§ 538 und 541.

1 S zuletzt *Emmerich* in: *Vertragsverletzung im Wohnraummietverhältnis*, PiG Bd 46 (1995) 119; *Tröster* NZM 1998, 697.

2 BGBl I, 3138.

3 S *Emmerich* NZM 2002, 362.

4 S zum Folgenden insbesondere *Staudinger* Rn 3f; *Emmerich* NZM 2002, 362 = PiG Bd 65 (2002), 1; *Grunewald* JZ 2001, 433; *Horst* DWW 2002, 6; *Kandelhard* WuM 2003, 1; *Oechsler* NZM 2004, 881; *Timme* NZM 2003, 703.

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass nach überwiegender Meinung entsprechend dem Wortlaut des § 536 Abs 1 S 1 die Gewährleistungsregeln der §§ 536 ff und damit auch die Garantiehaftung des Vermieters jedenfalls für anfängliche **Sachmängel** nach § 536a Abs 1 Fall 1 erst von der **Überlassung** der Mietsache an den Mieter an eingreifen. Nimmt man hier das Gesetz beim Wort, so wäre die Folge, dass für anfängliche **Rechtsmängel** mit Rücksicht auf § 536 Abs 3 **sofort** mit Vertragsabschluss die Garantiehaftung des Vermieters eingriffe, dh gegebenenfalls auch schon *vor* Überlassung der Mietsache, während es bei anfänglichen **Sachmängeln** ebenso wie im Falle der Nichtexistenz der Mietsache (zunächst) bei der Verschuldenshaftung des § 311a Abs 2 bliebe. Dieser offenkundige **Wertungswiderspruch** lässt sich für den Regelfall – im Rahmen der §§ 311a Abs 2 und 276 Abs 1 S 1 – am leichtesten durch die Annahme der „konkludenten“ **Vereinbarung einer Garantiehaftung** des Vermieters in den kritischen Fällen korrigieren. Scheidet jedoch nach den Umständen solche Annahme aus, so haftet der Vermieter, soweit es sich nicht gerade um anfängliche Rechtsmängel handelt, jetzt tatsächlich vor Überlassung nur, wenn er das Leistungshindernis bei Vertragsabschluss kannte oder kennen musste.⁵ Wichtig ist das vor allem für den Fall, dass der Vermieter von Räumen diese dem Mieter nicht rechtzeitig übergeben kann, etwa, weil der Vermieter nicht auszieht oder die Räume nicht rechtzeitig fertig werden (s o § 535 Rn 8f und u Rn 9).

2. Nachträgliche Unmöglichkeit

a) Die §§ 536ff enthalten nur insoweit eine Sonderregelung der Leistungsstörungsproblematik, als es um die Folgen von Sach- und Rechtsmängeln geht. Bei einer (vollständigen oder partiellen „teilweisen“) **Zerstörung** der Mietsache liegt dagegen kein bloßer Mangel, sondern (Voll- oder Teil-) Unmöglichkeit der Erfüllung vor, so dass sich ebenso wie sonst in Unmöglichkeitfällen die Rechtsfolgen in erster Linie danach richten, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§§ 275, 283, 326; s u Rn 7f). Hinzutritt im vorliegenden Zusammenhang die schwierige Frage, wie die (vollständige oder partielle) Zerstörung der Mietsache (mit der Folge der Unmöglichkeit der Erfüllung der Vermieterleistung) **von** der bloßen **Beschädigung** der Mietsache **abzugrenzen** ist, weil bei einer Beschädigung der Mietsache (anders als bei ihrer Zerstörung) den Vermieter die Instandsetzungspflicht aufgrund der § 535 Abs 1 S 2 trifft (s o § 535 Rn 20ff), während er im Falle der Zerstörung der Mietsache, sofern er diese nicht zu vertreten hat, frei wird (§ 275 Abs 1–3). Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein, vor allem, wenn die Sache derartig beschädigt ist, dass ihre Instandsetzung auf eine Neuherstellung hinausläuft.

Eine gesetzliche Regelung fehlte früher, so dass die Grenzziehung meistens anhand des § 242 versucht wurde. Die Verpflichtung des Vermieters zur Wiederherstellung der beschädigten Sache entfiel danach nur, wenn der dafür erforderliche Aufwand jenseits der **Opfergrenze** lag, dh dem Vermieter nicht mehr zumutbar war, oder wenn die Beschädigung der Sache wirtschaftlich ihrer vollständigen Zerstörung gleichkam.⁶ Gleich stand der Fall, das zwischen dem Reparaturaufwand und dem Nutzen für den Mieter sowie dem Wert des Objekts ein krasses Missverhältnis besteht.⁷ Als bloße *Beschädigung* (mit der Folge der Repara-

⁵ S Staudinger Rn 4; Emmerich, Horst und Oechsler aaO; aM Jousen ZMR 2004, 553, 555f.

⁶ S BGH LM Nr 4 zu § 536 BGB = NJW 1957, 826; LM Nr 4a zu § 536 BGB = NJW 1959, 2300; LM Nr 15 zu § 536 BGB = NJW 1976, 506; LM Nr 44 zu § 537 BGB = NJW-RR 1991, 204; LM

Nr 5 zu § 281 BGB = WM 1977, 400 = VersR 1977, 526, 527; OLG Karlsruhe NJW-RR 1995, 849 = ZMR 1995, 201 = WuM 1995, 307; OLG Hamburg OLGR 2001, 367 = WuM 2001, 542 = NZM 2002, 343.

⁷ OLG Hamburg (vorige Fn).

turfpflicht des Vermieters) wurde danach zB der Abriss eines Balkons eingestuft,⁸ während von Fall zu Fall der Umstand, dass (nur) einzelne von mehreren vermieteten Gebäuden abbrennen, bereits zur Annahme von *Teilunmöglichkeit* führen konnte, so dass dann die Wiederaufbaupflicht des Vermieters entfiel.⁹ Die Folge war (und ist), dass der Vermieter auch im Falle des Wiederaufbaus der fraglichen Gebäude (zu dem er nach dem Gesagten dem Mieter gegenüber nicht verpflichtet ist) diese dem Mieter nicht erneut anbieten muss.¹⁰

- 6** Heute richtet sich die Lösung dieser Fälle (o Rn 5) nach § 275 Abs 2, nach dem der Schuldner die Leistung, hier die Wiederherstellung der beschädigten Mietsache, verweigern kann, soweit die Wiederherstellung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis (nur) zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers, des Mieters steht. Das entspricht genau den bisherigen Kriterien.¹¹ § 313 (Wegfall der Geschäftsgrundlage) hat entgegen einer verbreiteten Meinung¹² keinen Vorrang vor § 275 Abs 2.¹³
- 7 b)** Hat der **Mieter** die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend **zu vertreten**, so gilt § 326 Abs 2. Der Vermieter wird folglich frei (§ 275), behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung.¹⁴ Dasselbe gilt, wenn die Arbeitnehmer des Mieters die Zerstörung der Sache zu vertreten haben (§ 278).¹⁵ Der Mieter kann in diesem Fall weder mindern noch kündigen, da die §§ 536 und 543 nicht anwendbar ist.¹⁶ Außerdem besteht dann keine Verpflichtung des Vermieters zum Wiederaufbau der zerstörten Sache.¹⁷
- 8 c)** Wenn es dagegen der **Vermieter** ist, der die Unmöglichkeit zu vertreten hat, richten sich die Rechtsfolgen nach den §§ 280, 281, 283 und 323. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn sich der Vermieter selbst durch den Abriss oder den völligen Umbau des Gebäudes die Erfüllung seines Mietvertrages unmöglich macht.¹⁸ Der Mieter kann dann Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung verlangen (§§ 280, 281 und 283) oder nach § 323 zurücktreten bzw – nach Überlassung der Sache – fristlos kündigen,¹⁹ während der Vermieter weder ein Kündigungsrecht hat noch sich auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann.²⁰ Wichtigster Anwendungsfall der Haftung des Vermieters aus den §§ 280, 281 und 283 ist die **Kündigung des Erstehers** in der Zwangsversteigerung oder des Erwerbers vom Insolvenzverwalter aufgrund des § 57 ZVG.²¹

3. Verzögerung der Vermieterleistung

- 9** In der Zeit zwischen Vertragsabschluss und Überlassung der Sache (s § 536 Abs 1) sind die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen anzuwenden (s § 535 Rn 8). Folglich gel-

8 LG Berlin WuM 1991, 538, 539.

9 BGHZ 116, 334, 336f = NJW 1992, 1036.

10 Zuletzt LG Berlin GE 2003, 125.

11 S o Rdn 5; grdlg BGH NJW 2005, 3284 = NZG 2005, 820 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 81, 82 m Nachw; *Staudinger* Rn 8; *Blank* PiG Bd 67 (2003), 21, 34ff; *Oechsler* NZM 2004, 881, 886ff.

12 S *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* § 535 Rn 213ff, § 536 Rn 502ff im Anschluss an die Begr z RegE BT-Drucks 14/6040, S 129f, 174ff; s u Rn 12ff.

13 S *Emmerich* Leistungsstörungen § 3 Rn 66ff (S 42f) m Nachw.

14 BGHZ 66, 349, 350 = NJW 1976, 1315; BGHZ 116, 334, 338 = NJW 1992, 1036; BGH LM Nr 15 zu § 536 BGB = NJW 1976, 1506; LM Nr 22

zu § 275 BGB = NJW-RR 1991, 267; LG Frankfurt ZMR 2006, 776.

15 RGZ 157, 363, 367; BGH BB 1969, 601f.

16 S u § 536 Rn 36ff.

17 BGHZ 116, 334, 338 = NJW 1992, 1036.

18 BGH ZMR 2004, 248.

19 BGHZ 50, 312, 315 = NJW 1969, 37; BGH LM Nr 22 zu § 571 BGB = NJW 1974, 1551; LG Frankfurt NJW 1976, 572f; LG Hamburg WuM 1977, 256.

20 BGH ZMR 2004, 248, 249.

21 RGZ 63, 66, 68; BGH WM 1959, 120; 1960, 1125, 1128; LM Nr 33 zu § 535 BGB (Bl 2) = NJW 1966, 1703.

ten die §§ 280ff und 323 bis 326, wenn der Vermieter die Sache dem Mieter nicht rechtzeitig übergibt.²² Die Rechtsfolgen richten sich dann in erster Linie danach, ob die Verzögerung der Übergabe zur Teilunmöglichkeit der Vermieterleistung der Zeit nach führt oder als bloßer Verzug zu behandeln ist. Dies wiederum hängt davon ab, ob es sich bei dem fraglichen Vertrag um ein **absolutes Fixgeschäft** handelt, da nur bei solchen Verträgen die Verzögerung der Leistung ohne weiteres zur (Teil-)Unmöglichkeit der Zeit nach führt.²³ Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Selbst bei der Raummiete sind Fälle vorstellbar, in denen die Vermieterleistung in der Zeit nachholbar ist, so dass die Verzögerung der Übergabe der Mietsache lediglich zum Verzug führt (s o § 535 Rn 8). Bei der kurzfristigen Vermietung beweglicher Sachen kann die Annahme bloßen Verzugs bei einer Verzögerung der Übergabe gleichfalls angemessen sein.²⁴ In der Mehrzahl der Fälle dürfte jedoch jedenfalls die **Raummiete** absolutes Fixgeschäft sein, so dass dann eine Verzögerung der Übergabe für den vergangenen Zeitraum – mangels Nachholbarkeit der Vermieterleistung – zur Teilunmöglichkeit führt.²⁵ Die Rechtsfolgen richten sich dann nach den Regeln über die anfängliche Unmöglichkeit.²⁶

4. Pflichtverletzung

a) Nach § 280 Abs 1 kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis in zu vertretender Weise verletzt (§§ 276–278). Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist im Mietrecht auf der **Vermieterseite** schmal, weil der Mieter vom Vermieter aufgrund des § 536a ohnehin schon in den meisten Fällen einer Schlechterfüllung Schadensersatz verlangen kann. Infolgedessen verbleiben als Anwendungsbereich des § 280 auf der Seite des Vermieters nur solche Pflichtverletzungen, die **keinen Mangel** der Mietsache zur Folge haben. Die wichtigsten Fälle sind Verstöße des Vermieters gegen seine Prüfungs-, Reinigungs- und Beleuchtungspflicht (s o § 535 Rn 10, 17f) sowie eine grundlose Kündigung. Hierher gehören zB Hochwasserschäden des Mieters, die nicht auf einem Mangel der vermieteten Räume, sondern auf einer mangelhaften Aufsicht des Vermieters beruhen²⁷, sowie die Verletzung von Aufklärungspflichten, insbesondere bei der Vermietung gefährlicher Apparate oder Maschinen.²⁸ Eine Pflichtverletzung (in Gestalt der Verletzung der so genannten Leistungstreuepflicht) stellt es ferner dar, wenn der Vermieter treuwidrig den Mieter an der Erreichung seiner Vertragsziele hindert, insbesondere indem er den Mietvertrag ohne Grund **kündigt**; dasselbe gilt (erst recht) für den nachfolgenden, unberechtigten Räumungsversuch des Vermieters.²⁹ Wichtigster Fall ist die Kündigung unter **Vorspiegelung des Eigenbedarfs** nach § 573 Abs 2 Nr 2.³⁰ Eine Pflichtverletzung stellt es außerdem dar, wenn der Vermieter den nachträglichen Wegfall des Eigenbedarfs (der zunächst die Kündigung gerechtfertigt hatte) nicht rechtzeitig dem Mie-

22 S im Einzelnen *Staudinger* Rn 12; ausführlich *Kraemer PiG* Bd 70 (2005), S 249, 258ff = *NZM* 2004, 721.

23 S *Emmerich* Leistungsstörungen § 4 Rn 5ff (S 52ff).

24 S BGH NJW-RR 1988, 1396 = *WM* 1988, 1451; OLG Frankfurt BB 1977, 13.

25 BGH LM Nr 82 zu § 249 (A) BGB = *WM* 1987, 1530; LM Nr 22 zu § 275 BGB = NJW-RR 1991, 267 = *WuM* 1991, 25, 26; *Emmerich* Leistungsstörungen, § 4 Rn 6 (S 53); *Kraemer PiG* Bd 70 (2005), 255f; *Oechler* *NZM* 2004, 881, 886.

26 S o Rn 2f; *Staudinger* Rn 12.

27 OLG Frankfurt *WuM* 1984, 78.

28 BGH VersR 1976, 1084, 1085f.

29 BGHZ 89, 296, 302ff = NJW 1984, 1028; BGH LM Nr 53 zu § 91a ZPO = *WuM* 1988, 118 = *WM* 1988, 553; OLG Düsseldorf *ZMR* 1996, 436; 1997, 596 = *WuM* 1997, 556, 557; *Horst DWW* 2002, 6, 15f.

30 S dazu u § 573 Rn 92ff; grdlg BGH NJW 2005, 2395 = *NZM* 2005, 580; BGHZ 165, 75, 79ff = *NZM* 2006, 50 m Anm *Emmerich* *JuS* 2005, 1038; 2006, 369.

ter mitteilt.³¹ Der Vermieter haftet außerdem nach § 280 Abs 1, wenn er den Mieter schuldhaft durch eine Vertragsverletzung veranlasst, seinerseits den Vertrag zu kündigen.³²

- 11** Anders als auf der Vermieterseite (o Rn 10) ist die Situation bei **Pflichtverletzungen** auf der Seite **des Mieters**, für die das Gesetz keine dem § 536a entsprechende Sonderregelung bereithält. Die Schadensersatzpflicht des Mieters richtet sich aus diesem Grund bei Pflichtverletzungen generell nach den §§ 280 bis 283 und 311a Abs 2 sowie § 284.³³ An eine Anwendung des § 280 wird in erster Linie bei einer Verletzung der Anzeige- und Obhutspflicht des Mieters (§ 536c) zu denken sein. Es handelt sich daher zB um einen Fall des § 280, wenn der Mieter mit der gemieteten Sache so unvorsichtig umgeht, dass der Vermieter mit Ersatzansprüchen Dritter belastet wird³⁴ oder wenn der Mieter, obwohl ihm nur eine teilgewerbliche Nutzung der Wohnung gestattet ist, diese vollgewerblich nutzt.³⁵

5. Wegfall der Geschäftsgrundlage

a) Überblick

- 12** Auch bei der Miete kommt unter den in § 313 genannten Voraussetzungen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.³⁶ **Vorrang hat** aber nach § 313 Abs 1 in jedem Fall die **vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung**. Hat der Mieter nach dem Vertrag ausdrücklich oder konkludent das **Risiko** eines bestimmten Umstandes **übernommen**, so hat es dabei folglich sein Bewenden.³⁷ Die Folge ist zB, dass ein Mieter, der mit dem Vermieter eine Staffelmiete vereinbart hat, nicht später unter Berufung auf § 313 eine Absenkung der Miete verlangen kann, wenn sich die Marktmiete ganz anders als bei Vereinbarung der Staffelmiete von den Parteien angenommen entwickelt.³⁸ Die **gesetzliche Risikoverteilung** darf gleichfalls nicht unter Berufung auf § 313 verändert werden. Daher kann namentlich bei solchen Umständen, die – positiv oder negativ – unter die Regelung der §§ 536ff für Sach- und Rechtsmängel fallen, nicht zugleich ein Wegfall der Geschäftsgrundlage angenommen werden.³⁹
- 13** Die **Rechtsfolge** eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage besteht in erster Linie in einer **Anpassung** des Vertrags an die veränderten Verhältnisse (§ 313 Abs 1). Eine **Kündigung** wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nach § 313 Abs 3 nur in besonders schwer wiegenden Fällen in Betracht, wenn eine Anpassung des Vertrags (s § 313 Abs 1) nicht möglich oder einem Teil nicht zuzumuten ist. In diesen Fällen bleibt jedoch zu beachten, dass die gesetzlich geregelten **Kündigungsgründe** (§§ 543, 569 und 578) gleichfalls den **Vorrang** vor dem Kündigungsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage haben.⁴⁰

31 BGHZ 165, 75, 79ff = NZM 2006, 50 = WuM 2005, 782 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 369, 370.

32 OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 660 = NZM 2004, 502; zur Anwendbarkeit des § 284 in diesen Fällen s *Staudinger* Rn 14; *Emmerich* in: FS Otte (2005), S 101, 107; *ders* in: FS Blank (2006), S 145.

33 Vgl schon für die Schönheitsreparaturen o § 535 Rn 69ff.

34 BGHZ 116, 200, 203 = NJW 1992, 900.

35 LG Berlin NZM 1999, 503f.

36 Wegen der Einzelheiten s *Staudinger* Rn 17ff; *Emmerich* Leistungsstörungen §§ 27–29 (S 407ff).

37 S BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1978, 2390; LM Nr 171 zu § 535 BGB = NJW 2002, 2384 = NZM 2002, 659.

38 GrdIlg BGH LM Nr 171 zu § 535 BGB = NJW 2002, 2384; NJW-RR 2005, 236 = NZM 2005, 63, 64.

39 RGZ 135, 339, 346; 161, 330, 337; BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1978, 2390; NJW-RR 1992, 267 = WuM 1992, 313; WM 1981, 66; OLG Hamm JZ 1979, 266; *Horst* DWW 2002, 6, 16f.

40 S BGHZ 24, 91, 95f = NJW 1957, 989; BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1978, 2390; WM 1973, 694, 695; 1981, 66; LG Rostock ZMR 2006, 125, 126f; *Horst* DWW 2002, 6, 16f.

b) Zweckvereitelung

Von Zweckvereitelung oder Zweckstörung spricht man, wenn die als solche durchaus noch mögliche Leistung des Vermieters infolge einer nachträglichen Veränderung der Verhältnisse für den Mieter ihren Sinn verloren hat, weil er jetzt mit ihr seine ursprünglichen Zwecke nicht mehr zu verwirklichen vermag. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass nach der gesetzlichen Risikoverteilung der Vermieter (nur) dafür einzustehen hat, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch möglich ist und bleibt (§§ 535, 536), während es allein Sache des Mieters ist, ob er durch den Gebrauch der Sache seine weiteren Zwecke zu verwirklichen vermag (§ 537). Das so genannte **Verwendungsrisiko** muss daher grundsätzlich der **Mieter** und nicht der Vermieter tragen, selbst wenn dieser die speziellen Ziele oder Verwendungszwecke des Mieters kennt.⁴¹

Die Folge ist vor allem, dass der Mieter die Miete grundsätzlich auch dann unverändert fortzahlen muss, ohne sich auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen zu können, wenn er auf dem gemieteten Grundstück wider Erwarten **keine gewinnbringenden Geschäfte** betreiben kann,⁴² wenn zB der von ihm gepachtete Kiesabbau nicht Gewinn bringend möglich ist⁴³ oder wenn sich das gepachtete Hotel infolge einer Änderung des Publikumsgeschmacks, auf den sich der Pächter nicht rechtzeitig eingestellt hatte, als völlig unrentabel erweist.⁴⁴

Im Mittelpunkt des Interesses standen in den letzten Jahren Mietverträge über Geschäfte in großen **Einkaufszentren**, die sich später als unrentabel erwiesen, weil es dem Vermieter nicht gelang, die anderen Geschäftslokale gleichfalls zu vermieten, so dass die Mieter versuchten, sich von den für sie untragbar gewordenen Verträgen zu lösen.⁴⁵ In derartigen Fallgestaltungen waren die Gerichte zunächst wiederholt den Mietern über die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu Hilfe gekommen.⁴⁶ Später setzte sich indessen auch hier die Maßgeblichkeit des Grundsatzes durch, dass das **Verwendungsrisiko** allein der **Mieter** tragen muss. Die Folge ist, dass die Mieter von Geschäften in Einkaufszentren in aller Regel **nicht kündigen** können, selbst wenn ihre Erwartungen hinsichtlich der Entwicklung des Einkaufszentrums enttäuscht werden. Eine andere Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn nach den Umständen des Falles der **Betreiber** des Einkaufszentrums ausdrücklich oder konkludent das **Vermietungsrisiko übernommen** hat, wofür jedoch Voraussetzung ist, dass durch die Abreden der Parteien die Mieter in ihren unternehmerischen Entscheidungen über das übliche Maß hinaus eingeschränkt sind und dass ihr Geschäft deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild zu einem Teil einer Gesamtanlage wird.⁴⁷ Ebenso ist es zu beurteilen, wenn infolge der Einrichtung einer verkehrsberuhigten Zone oder

41 BGH LM Nr 46 zu § 581 BGB = NJW 1982, 2062, 2063; LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 4 R f) = NJW 2000, 1714 = NZM 2000, 492; LM Nr 38 zu § 566 BGB = NZM 2000, 36, 40 = NJW 2000, 354; LM Nr 173 zu § 242 (Bb) BGB = NVwZ 1999, 329; LM Nr 175 zu § 242 (Bb) BGB = NJW-RR 2000, 1535; NZM 2003, 62 = NJW-RR 2003, 152; NZM 2006, 54, 56 Tz 30ff; OLG Düsseldorf WuM 2003, 138, 141f; *Emmerich* Leistungsstörungen § 28 Rn 43ff (S 447ff); *Kluth/Freigang* NZM 2006, 41; *Picker* in: FS Honsell (2002) 385; *Rösler* JuS 2004, 1058, 1062ff; 2005, 27.

42 OLG Celle MDR 1999, 799, 800; OLG Düsseldorf WuM 2003, 138, 140f; *Horst* DWW 2002, 6, 17.

43 BGH LM Nr 46 zu § 581 BGB = NJW 1982, 2062, 2063; OLG Düsseldorf BB 1994, 1456; ZMR 1998, 218; OLG München ZMR 1995, 295, 297.

44 BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1978, 2390; *Bub* ZMR 1995, 509, 512f.

45 S dazu *Staudinger* Rn 24ff; *Emmerich* JuS 2000, 918; *ders* Anm LM Nr 51 zu § 537 BGB, Bl 6 Rf; *Eusani* ZMR 2003, 473; *Keckemeti* NZM 1999, 115; *Kluth/Freigang* NZM 2006, 41; *Waas* ZMR 2001, 493.

46 S *Staudinger* Rn 24.

47 S u § 536 Rn 3; grdlg BGH LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 4 Rf) = NJW 2000, 1714; LM Nr 38 zu § 566 BGB = NJW 2000, 354; LM Nr 175 zu § 242 (Bb) BGB = NZM 2000, 1005 = NJW-RR

durch den Umbau einer Straße in eine Fußgängerzone der **Publikumsverkehr** in einem Geschäft zurückgeht.⁴⁸

- 17** Eine Entlastung des Mieters von dem Verwendungsrisiko kommt folglich nur in Betracht, wenn der **Verwendungszweck** des Mieters **ausnahmsweise Vertragsinhalt** geworden ist *oder* wenn der Vermieter den Verwendungszweck des Mieters gekannt hat und es nach seinem bisherigen Verhalten als geradezu **treuwidrig** erschiene, wenn er jetzt versuchte, den Mieter an dem Vertrag festzuhalten, obwohl der Verwendungszweck nicht mehr erreichbar ist.⁴⁹

c) **Äquivalenzstörungen**⁵⁰

- 18** In den Fällen der Äquivalenzstörung geht es um die bei langfristigen Mietverträgen immer wieder auftauchende Frage, ob der Mieter mit der weiteren Zahlung (nur) der vereinbarten Miete noch vertragsgemäß handelt, obwohl dieser Betrag mittlerweile infolge einer **Geldentwertung** (fast) nichts mehr wert ist. Die Gerichte unterscheiden hier meistens danach, ob in einem individuellen Vertrag aufgrund eines bestimmten Ereignisses das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verschoben wird oder ob „lediglich“ aufgrund der allgemeinen Geldentwertung die vereinbarte Miete an „innerem“ Wert, dh an Kaufkraft eingebüßt hat. Während im ersten Fall durchaus ein Ausgleichsanspruch des Vermieters in Betracht kommt (§ 313 Abs 1), wurde im zweiten Fall eine gerichtliche Aufwertung der Miete lange Zeit grundsätzlich abgelehnt,⁵¹ während sich in jüngster Zeit auch insoweit ein Wandel abzuzeichnen beginnt, insbesondere bei langfristigen Verträgen, die ausgesprochenen Versorgungscharakter tragen.⁵²

§ 536 Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

[1] **Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der¹ die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.**

[2] **Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt.**

[3] **Wird dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.**

2000, 1535; NZM 2000, 1008 Nr 6; NZM 2004, 618 = NJW-RR 2004, 1236; NZM 2006, 54, 56f Tz 30ff.

48 OLG Celle NJW-RR 1996, 1099; OLG Düsseldorf NZM 1998, 481.

49 *Staudinger* Rn 26; *Köhler* Unmöglichkeit, 140ff.

50 S dazu *Staudinger* Rn 27f; *Canaris* in: FS Wiedemann (2001), S 1; *Emmerich* Leistungsstörungen § 28 Rn 29ff (S 441ff); *Nauen* Leistungser-

schwerung und Zweckvereitelung (2001), S 42, 72ff; *Rösler* JuS 2004, 1058.

51 BGH LM Nr 134 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1991, 1478.

52 BGH LM Nr 39 und Nr 49 zu § 242 (Bb) BGB = MDR 1961, 307 und NJW 1966, 1005; s aber auch BGH LM Nr 171 zu § 535 = NJW 2002, 2384 = NZM 2002, 659 und dazu schon o Rn 12.

1 Richtig; derer

[4] Bei einem Mietverhältnis über Wohnraum ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam.

Schrifttum: *Blank* Wärmedämmung und Feuchtigkeitsschäden, in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 91; *ders* Raumüberlassung und Gebrauchsgewährung, in: *Vermieterleistungen* PiG 67 (2003), S 21; *Börstinghaus* Mietzinsminderung bei Wohnraummietverhältnissen (1996); *ders* Anpassung der Wohnung an übliche Wohnstandards, NZM 2005, 561 = in: PiG Bd 73 (2006), S 39; *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1324ff (S 1057ff); *Derleder* *Miete und Umwelt*, in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 13; *ders* WuM 2002, 407; *ders* NZM 2002, 676; *Eisenschmid* Schädliche Stoffe und Umweltbelastung, in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 53 = WuM 1989, 357; *ders* WuM 2005, 491; *ders* Elektromog und Gewährleistung im Mietrecht, in: FS *Seuß* (1997) 101 = WuM 1997, 21; *Emmerich* Vertragsmäßiger Zustand der Mieträume, in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 35; *Flatow* Umweltstandards, in: PiG Bd 73 (2006), S 19; *Gellwitzki* Leistungsverweigerungsrecht, WuM 2006, 122; *Gillig* Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung (1984); *Isenmann/Mersson* Feuchtigkeitsschäden, NZM 2005, 881; *Joachim* Haftungsfreizeichnung WuM 2003, 183 = NZM 2003, 387; *Kinne* Mängel in Mieträumen (3. Aufl 2002); *ders* GE 2003, 100; *I Koller* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen (1979); *Kraemer* WuM 2000, 515; *ders* Mietraumfläche, WuM *Beil zu Heft 12* S 13 = NZM 1999, 156; *ders* NZM 2000, 1121; *Lammel* Zur Einrede des nichterfüllten Vertrages bei gleichzeitiger Minderung im Wohnraummietrecht, in: *Gedschr Sonnenschein* (2003) 275; *Langenberg* Flächenberechnung, PiG Bd 75 (2006) 119; *Pfeifer* Mietminderung und Beschaffenheitszuschläge, in: *Miete und Wohnungseigentum*, PiG Bd 41 (1993) 67; *Schläger* Wohnraummiete und Umweltschutz, ZMR 1990, 161; 1992, 85; 1994, 189; 1996, 517; 1998, 669; 2002, 85; *M Schulz* Umfeldmangel, PiG Bd 73 (2006), S 199; *Sternel* Mietrecht, Rn II 509ff (S 474ff); *ders* Lärmbelastung des Mieters, in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 71; *ders* WuM 2002, 244; *ders* Wohngifte, in: FS *Derleder* (2005), S 299; *Timme* NZM 2002, 685; 2003, 508; *ders* NJW 2003, 399; *Wichert* ZMR 2001, 262.

Systematische Übersicht

	Rdn		Rdn
I. Mangel	2	III. Rechtsmängel	23
1. Begriff	2	1. Rechte Dritter	24
2. Baumängel	6	2. Gebrauchsentziehung	26
3. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen	11	3. Rechtsfolgen	28
4. Umweltfehler	14	IV. Minderung	29
5. Fahrnismiete	17	V. Zurückbehaltungsrecht	34
6. Erheblichkeit des Mangels	18	VI. Ausschlussstatbestände	36
II. Zugesicherte Eigenschaften	19	VII. Vertragliche Beschränkung	40
		VIII. Beweislast	42

Alphabetische Übersicht

	Rdn		Rdn
Abweichende Vereinbarungen	40f	Eigenschaften	19
Ausschluss der Minderung	5, 36ff	Erheblichkeit	18, 19
– vom Mieter zu vertretende Mängel	36	Fahrnismiete	17
– Kenntnis des Mieters	38	Fehlen zugesicherter Eigenschaften	19
Baumängel	6ff	– Abgrenzung zu Beschaffenheitsangaben	20
Beweislast	37, 42	– Eigenschaften	21
Doppelmiete	27		

	Rdn		Rdn
– Größe der vermieteten Räume	22	– Angemessene Herabsetzung	
– Zusicherung	20	der Miete	29f, 33
Fläche	10, 22	– Ausschluss kraft Gesetz	36
		– automatische Minderung	30
Gesundheitsgefahren	7	– Befreiung von der Entrichtung	
Größe der Räume	10, 22	der Miete	31
		– Berechnung	32f
Heizung	8, 36	– Fortzahlung der Miete	38
		– Umfang	32
Immissionen	14f	– vertragliche Beschränkungen	40
		Öffentlich-rechtliche Beschrän-	
Lärm	14f	kungen	11ff
Lüftung	36	Rechtsmangel	23ff
Mangel	2ff	– Anfängliches Unvermögen	28
Mehrfache Vermietung	27	– Doppelmiete	28
– Baumängel	6ff	– Entziehung des Gebrauchs	24f
– Bauverbote	11ff	– Erfüllungsanspruch	24
– Benutzungsverbote	11ff	– Eviktionshaftung	24
– Begriff	2ff	– Gebrauchsentziehung	26f
– Beispiele	6ff	– Leistungsansprüche Dritter	
– Erheblichkeit	18	gegen den Vermieter	25
– Fahrnismiete	17	– mehrfache Vermietung	27
– Feuchtigkeitsschäden	36f	– Nichtgewährung des Gebrauchs	26
– Fläche	10, 18	– öffentlich-rechtliche Verbote	24
– Gesundheitsgefahren	7	– Privatrechte	24
– Heizungsängel	8	– Rechte Dritter	24
– Immissionen	14f	– Rechte, obligatorische	25
– Lärm	14	– Rechtsfolgen	28
– Maßstab	2f, 14	Standard, geschuldeter	6f
– Naturkatastrophen	9	Umweltfehler	3, 14f
– öffentlich-rechtliche Beschränkungen ..	11ff	Urkundenprozess	40
– Reichmängel	23ff	Zurückbehaltungsrecht	34f
– Umweltfehler	3, 14ff	Zusicherung	19f
– vom Mieter zu vertretende			
Mängel	36		
– Zeitpunkt	4		
Minderung	29		

1 § 536 von 2001 fasst die früheren §§ 537 und 541 zusammen.² Bei der Regelung der Voraussetzungen und Folgen der Vermieterhaftung für Mängel der Mietsache ließ und lässt sich der Gesetzgeber seit jeher in erster Linie von dem Gedanken eines **umfassenden Mieterschutzes** leiten.³ Dieses primäre Anliegen des Gesetzgebers muss man deshalb bei der Auslegung der §§ 536ff immer im Auge behalten.

2 Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553, S 40f.

3 Mot II 374ff.

I. Mangel

1. Begriff

a) Voraussetzung der Mietminderung ist nach § 536 Abs 1, dass die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert. Als **Maßstab** für das Vorliegen eines Mangels verweist das Gesetz mit-hin auf den Zustand, der erforderlich ist, um dem Mieter den ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen.⁴ Folglich sind es allein die Vertragsparteien, die durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs bestimmen, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens **bei Überlassung** an den Mieter und von da ab **während** der ganzen Vertragsdauer aufweisen muss (§ 535 Abs 1). Fehlen Abreden der Parteien über den vom Vermieter geschuldeten Zustand der Mietsache, so ist in erster Linie auf die **Verkehrssitte** zurückzugreifen und zu prüfen, welchen Zustand der Mietsache der Mieter danach billigerweise erwarten darf. Jede **negative Abweichung** des tatsächlichen Zustandes der Sache **von** der so definierten **Sollbeschaffenheit**, durch die der Mieter in der Ausübung des vertragsgemäßen Gebrauchs behindert wird, stellt einen Mangel dar (so genannter subjektiver Fehlerbegriff).⁵ Kein Unterschied wird dabei zwischen der Mietsache und den **mitvermieteten Sachen und Räumen** gemacht.⁶ Es spielt infolgedessen keine Rolle, ob der Mangel der vermieteten Sache selbst oder den mitvermieteten Räumen, Treppen, Fluren, Böden, Kellern oder Zugängen anhaftet.⁷

Unerheblich ist ferner, ob die Untauglichkeit der Sache zum Vertragszweck auf dem Zustand der Sache selbst oder auf **sonstigen** rechtlichen oder tatsächlichen **Verhältnissen** beruht, die infolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluss auf die Brauchbarkeit der Sache auszuüben pflegen.⁸ Unter § 536 fallen daher auch so genannte **Umweltfehler**, dh Störungen des Mieters im vertragsgemäßen Gebrauch, die ihre Ursache nicht in der Beschaffenheit der Mietsache selbst, sondern in sonstigen rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen haben, die wie zB **Immissionen** oder sonstige außerhalb der Mietsache liegende Gefahrenquellen die Tauglichkeit der Mietsache zum Vertragszweck beeinträchtigen können (s u Rn 14ff). Jedoch können **allein unmittelbare Einwirkungen** auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auf diese Weise erfasst werden, nicht jedoch mittelbare und entfernte Einflüsse, wie sie immer denkbar sind und die jeder als Teil seines Lebensrisikos selbst tragen muss, außer wenn die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.⁹ Es kann deshalb zwar einen Fehler darstellen, wenn der **Zugang** zu dem gemieteten Grundstück, etwa durch Bauarbeiten, behindert wird, nicht jedoch, wenn die erwarteten Käuferströme ausbleiben, weil sich die Umgebung lediglich negativ verändert oder in einem Einkaufszentrum andere Geschäfte nicht vermietet werden können.¹⁰ Für die

⁴ S dazu o § 535 Rn 18ff.

⁵ BGH WM 1991, 736 = NJW-RR 1991, 970; LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 2 R) = NJW 2000, 1714, 1715; NJW 2004, 3174 = NZM 2004, 736; NJW 2004, 1947 = WuM 2004, 454; NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 264; NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500; NJW 2006, 899 = NZM 2006, 54, 55 Tz 19; NZM 2006, 582, 583 Tz 9f; 2006, 626, 627 Tz 12f; GE 2006, 967; *Staudinger* Rn 5ff m Nachw.

⁶ S o § 535 Rn 2ff; RG JW 1905, 46 Nr 13.

⁷ BGH LM Nr 10a zu § 538 BGB = NJW 1967, 154; LM Nr 6 zu § 538 BGB = NJW 1963, 804.

⁸ BGH LM Nr 47 zu § 535 BGB = NJW 1971, 924; LM Nr 19 zu § 537 BGB = MDR 1972, 411; LM Nr 83 zu § 823 (Bf) BGB = NJW 1983, 2935, 2936; OLG Hamm WuM 1987, 248 = NJW-RR 1987, 968.

⁹ Grdlg BGH LM § 537 BGB Nr 27 = NJW 1981, 2405 „Ihme-Zentrum“; LM Nr 51 zu § 537 BGB = NJW 2000, 1714, 1715; NJW 2006, 899 = NZM 2006, 54, 55 Tz 19.

¹⁰ S o Vor § 536 Rn 16; BGH (vorige Fn); OLG München ZMR 1996, 256; *Staudinger* Rn 7.

Annahme eines Mangels genügt es ferner bereits, wenn die Sache nur in **Befürchtung einer Gefahr** benutzt werden kann, die vermöge des Zustandes der Sache den Eintritt eines Schadens erwarten lässt.¹¹ Es ist nicht erforderlich, dass der Mieter von dieser Gefahr Kenntnis hat oder dass der Fehler überhaupt erkennbar ist.¹² Deshalb sind zB Schäden an der elektrischen Installation in den Räumen des Vermieters, die sich auf den Mieter auswirken können, ein Mangel im Sinne des § 536 Abs 1.¹³ Insgesamt wird der Begriff des Mangels in § 536 allgemein sehr **weit** ausgelegt.

- 4 b)** § 536 Abs 1 ist gleichermaßen **anwendbar**, wenn der Fehler bereits **bei Überlassung** der Sache an den Mieter vorliegt und wenn er erst **später** im Laufe der Mietzeit entsteht. Unanwendbar ist § 536 lediglich in der Zeit **vor Überlassung** der Mietsache an den Mieter, so dass in dieser Zeitspanne die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen Anwendung finden.¹⁴ Liegen jetzt schon Mängel vor, so kann der Mieter ohne weiteres deren Beseitigung verlangen (§ 535 Abs 1 S 2). Bei einer Weigerung des Vermieters greifen die §§ 280, 281 und 323 ein.¹⁵
- 5 c)** Die Haftung des Vermieters **entfällt** in den Fällen der §§ 536b und 536c Abs 2 S 2 sowie in einer Reihe vergleichbarer Fälle (s u Rn 36ff). Der Mieter kann außerdem dann nicht mindern, wenn der Mangel letztlich **von ihm selbst zu vertreten** ist (s u Rn 36). Die Grenze der Verantwortungsbereiche beider Parteien zieht der vertragsgemäße Gebrauch.¹⁶ Für eine Minderung ist ferner kein Raum, wenn der Mangel dem Mieter zugleich **Vorteile** bringt, durch die die Nachteile aufgewogen werden, oder wenn es der Mieter selbst war, der die Veränderungen gewünscht hat, die letztlich zu dem Mangel geführt haben.¹⁷ Dasselbe gilt schließlich, wenn der Mieter vertraglich die Beseitigung des Mangels übernommen hatte.¹⁸

2. Baumängel

- 6 a)** Vermietete Räume müssen sich in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befinden; andernfalls sind sie mangelhaft (o Rn 2f). Hieraus resultiert das Problem, von welchem **Standard** dabei auszugehen ist.¹⁹ In dieser Frage hat sich mittlerweile weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass als Maßstab in erster Linie von den **Anschauungen der Parteien bei Vertragsabschluss** über die Frage auszugehen ist, welchen Anforderungen die vermieteten Räume jeweils genügen müssen (§ 311 Abs 1; so genannter **konkret-individueller Maßstab**).²⁰ Bei der Wohnraummiete wird dies in der Regel dazu führen, dass als Maßstab von einem Wohnstandard auszugehen ist, der der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen bei Vertragsabschluss entspricht, so dass zB von einem nicht renovierten Altbau nicht dieselbe Ausstattung wie von einer Neubauwohnung erwartet

11 BGH NZM 2006, 626; GE 2006, 967, 968; einschränkend BGH LM Nr 3 zu § 538 BGB.

12 BGH NJW 1968, 885 (insoweit nicht in BGHZ 49, 350 abgedruckt); LM Nr 20 zu § 537 BGB = NJW 1972, 944; WM 1977, 743, 744; LG Lübeck ZMR 2002, 431, 432.

13 OLG Celle ZMR 1996, 197 = NJW-RR 1996, 521; OLG Dresden NZM 2002, 165, 166.

14 S o Vor § 536 Rn 2f; BGHZ 85, 267, 270 = NJW 1983, 446; BGHZ 136, 102, 106 = NJW 1997, 2813; BGH LM Nr 61 zu § 535 BGB = NJW 1978, 103; NJW 2005, 2152, 2154 = NZM 2005, 500, 501.

15 S BGH LM Nr 61 zu § 535 BGB = NJW 1978, 103.

16 Wegen der Einzelheiten s *Staudinger* Rn 10f.

17 BGH LM Nr 7 zu § 537 BGB = MDR 1962, 399; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 976.

18 BGHZ 38, 295, 298 = NJW 1963, 341.

19 S *Emmerich* in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 35, 43ff; *ders* in: *Verbesserung der Vermietbarkeit* PiG Bd 57 (1999) 163, 173f = NZM 1999, 633; *ders* JuS 2000, 292f; 2005, 264f; *Staudinger* Rn 12ff.

20 GrdIlg BGH NJW 2004, 3174 = NZM 2004, 736; NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60; NZM 2006, 582, 583; GE 2006, 967.

werden kann.²¹ Hinsichtlich des Standards eines Gebäudes ergibt sich daraus, dass im Zweifel von den **bei Errichtung** des Gebäudes geltenden Maßstäben auszugehen ist.²² Unabhängig davon kann der Mieter aber immer einen **Mindeststandard** erwarten, der ein zeitgemäßes Wohnen überhaupt erst ermöglicht.²³ Für **Gesundheitsgefahren** folgt daraus für den Regelfall, dass der Mieter grundsätzlich Anspruch auf einen den jeweils **neuesten Standards** entsprechenden Zustand der Mieträume hat, weil die Parteien in aller Regel der Auffassung sein werden, dass die Mieträume zu keinem Zeitpunkt, dh jetzt *und* auch in Zukunft nicht, einen Zustand aufweisen dürfen, der mit (konkreten) Gesundheitsgefahren für den Mieter verbunden ist (u Rn 7f). Werden die dafür jeweils maßgeblichen Standards nachträglich **verschärft**, so gilt aus diesem Grunde dasselbe für die Anforderungen an die betreffenden Mieträume mit der Folge, dass die Räume, wenn der Vermieter den neuen Standards nicht nachkommt, von dem Zeitpunkt der Verschärfung ab mangelhaft sind (§ 536 Abs 1).²⁴

b) Aus dem Gesagten (o Rn 6) werden in der Praxis durchaus unterschiedliche Folgerungen **7** für die Frage gezogen, wann ein Mangel anzunehmen ist, wenn nach *heutiger* Anschauung die Belastung von Mieträumen mit **Umweltgiften** nicht mehr bestimmten, in der Regel von Sachverständigen im Auftrag des Bundesumweltamtes festgelegten Grenzwerten oder sonstigen Standards entspricht.²⁵ Überwiegend wird angenommen, dass ein Mangel (nur) vorliegt, wenn nach *heutigen* Anschauungen dem Mieter aufgrund der Umweltbelastung der Räume eine **konkrete Gesundheitsgefahr** droht, während bloße, abstrakte (theoretische) Gefahren, gemessen an irgendwelchen Richtwerten oder Standards, sofern und solange von ihnen dem Mieter keine konkreten Gesundheitsgefahren drohen, zur Annahme eines Mangels nicht ausreichen.²⁶ Für **Mobilfunkanlagen** in der Umgebung der Mietwohnung ist daraus der Schluss zu ziehen, dass – mangels Nachweisbarkeit konkreter Gesundheitsgefahren – aus ihrer Errichtung kein Mangel gefolgert werden kann, so lange nicht die Grenzwerte der 26. Bundesimmissionsschutzverordnung (BIMSchV) überschritten werden.²⁷ Je nach den Umständen des Falles kommt dagegen ein **Mangel zB** in Betracht bei einer übermäßigen Belastung des Wassers mit **Blei oder Nitrat**, wobei als Maßstab vielfach die Trinkwasserverordnung von 1990²⁸ herangezogen wird,²⁹ bei einer nach heutigen Anschauungen nicht mehr tragbaren Verseuchung der Luft durch **Asbest**³⁰ sowie bei einer Luftverunreinigung durch eine überhöhte Perchlorethylen(PER)-, PAK-, Lindan- oder **Formaldehydkonzentration**.³¹ Auch Gesundheitsgefahren für den Mieter infolge der Ver-

21 BGH NJW 2004, 3174 = NZM 2004, 736.

22 BGH NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60; NZM 2006, 582, 583; GE 2006, 967.

23 BGH NJW 2004, 3174 = NZM 2004, 736; LG Berlin GE 2005, 489.

24 GrdIlg BVerfG NJW 1999, 519 = NZM 1999, 302; BayOBLGZ 1999, 220, 223ff = NJW-RR 1999, 1533 = NZM 1999, 899, 901 m Anm Emmerich JuS 2000, 292; OLG Hamm NZM 2003, 395f; OLG Dresden NZM 2006, 865 (gefährliche Treppe); großzügiger dagegen für eine bloße nachträgliche Verschärfung des Sicherheitsstandards OLG Düsseldorf NZM 2002, 737 = ZMR 2002, 819, 820.

25 Ausführlich *Staudinger* Rn 13f; *Sternel* in: FS Derleder, S 299.

26 BGH WuM 2006, 304, 307 Tz 12; KG GE 1995, 697, 699; LG Tübingen WuM 1997, 41 = ZMR 1997, 189; LG Berlin NZM 2003, 60 = NJW-

RR 2003, 300; wesentlich strenger dagegen LG Kassel ZMR 1996, 90; LG Hannover WuM 1997, 434; LG Frankfurt NJW-RR 2001, 522; LG Braunschweig NZM 2001, 582.

27 GrdIlg BGH WuM 2006, 304, 305 Tz 9 = NZM 2006, 504 = NJW-RR 2006, 879; LG Berlin (vorige Fn); GE 2005, 547, 548.

28 BGBl I, 2612.

29 OLG Köln NJW 1992, 51; LG Braunschweig NZM 2001, 582.

30 KG GE 1995, 697, 699; OLG Hamm NZM 2003, 395; LG Dortmund ZMR 1994, 410 = WuM 1996, 141; LG Hannover WuM 1997, 434; LG Berlin WuM 1999, 35.

31 OLG Nürnberg NJW-RR 1993, 1300; LG Kiel WuM 1997, 674; LG Frankfurt NJW-RR 2001, 1590; AG Königstein NZM 2000, 822; AG Frankfurt NZM 2001, 422, 423.

seuchung der Räume mit **Ungeziefer** führen zur Annahme eines Mangels.³² Dasselbe gilt für eine Schwärzung der Wohnung (so genanntes **Fogging**).³³ Umstritten ist in diesen Fällen vor allem die Verteilung der **Beweislast**, wenn die Ursachen des Fogging unklar sind. Häufig werden hier dieselben Regeln wie bei Feuchtigkeitsschäden angewandt.³⁴ Verlangt der Mieter Schadensersatz nach § 536a Abs 1 Fall 2, so muss sich der Vermieter folglich nach § 280 Abs 1 S 2 entlasten, sobald **feststeht**, dass die Ursache des Foggings in seinem Herrschaftsbereich liegt.³⁵

- 8 c) Arbeitsräume** müssen den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung entsprechen.³⁶ Zu einem Mangel führt ferner eine besonders enge Bebauung aufgrund eines Dispendes für den Nachbarn.³⁷ Wenn eine Wohnung mit **Heizung** vermietet ist, gehört die ordnungsmäßige Beheizung der Räume zu dem dem Mieter vom Vermieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch,³⁸ so dass Mängel der Heizung zu einem Mangel der vermieteten Räume führen (§ 536). Eine Heizung ist jedoch nicht schon deshalb mangelhaft, weil sie nicht mehr dem neuesten Standard entspricht.³⁹ Anders verhält es sich erst, wenn die Anlage, etwa wegen einer Überdimensionierung des Kessels, hoffnungslos **unwirtschaftlich** ist oder wenn der Mieter aus sonstigen Gründen, zB wegen einer mangelhaften Isolierung oder Lüftung der Räume, nur durch **übermäßiges**, nach den heutigen Anschauungen nicht mehr zumutbares **Heizen** Schäden vermeiden kann.⁴⁰ Ein Mangel liegt außerdem vor, wenn die Heizung ganz oder teilweise **ausfällt**⁴¹, wenn die vorhandenen Öfen nicht gebrauchsfähig sind oder wenn mit der Heizung übermäßige Lärmemissionen verbunden sind (u Rn 15). Genauso zu beurteilen sind Mängel vergleichbarer Anlagen wie der **Warmwasserversorgung**.⁴²
- 9 d) In hochwassergefährdeten Gebieten** muss der Vermieter Vorkehrungen gegen die Gefahr von Überschwemmungen treffen, so dass deren Unterlassung einen Mangel der vermieteten Räume darstellt.⁴³ Solange er das nicht getan hat, trifft ihn bei drohender Hochwassergefahr zumindest eine **Warnpflicht** gegenüber dem Mieter, damit dieser noch rechtzeitig Schutzmaßnahmen ergreifen kann.⁴⁴ Der Vermieter muss ferner in den Abflüssen für Vorkehrungen gegen die Gefahr eines **Rückstaus** sorgen; das Fehlen oder die Funktionsuntüchtigkeit von Rückstausicherungen bildet einen Mangel.⁴⁵ Dagegen braucht der Vermieter keine Vorkehrungen gegen ganz seltene und ungewöhnliche **Naturkatastrophen** wie zB das Eindringen von Wurzeln in die Wasserleitungen zu treffen.⁴⁶

32 KG GE 2001, 1671; AG Bremen NJW 1998, 3282 = ZMR 1998, 234; WuM 2002, 215; AG Prün ZMR 2001, 808.

33 LG Ellwangen GE 2002, 53; LG Berlin NZM 2003, 434 = ZMR 2003, 489; GE 2003, 1019; 2005, 995, 997; LG Duisburg WuM 2003, 494 = ZMR 2003, 739; *Hitpaß/Haugg* ZMR 2002, 337; *Hitpaß/Oventrop* ZMR 2005, 598; *Isemann* WuM 2001, 428; *Moriske* NZM 2000, 894.

34 S deshalb u Rn 36f; LG Berlin und LG Duisburg (vorige Fn); AG Siegburg ZMR 2005, 543, 544.

35 S u § 536a Rn 24; grdlg BGH NJW 2006, 1061 = WuM 2006, 147.

36 OLG Köln NJW-RR 1993, 446; OLG Hamm NJW-RR 1995, 143; OLG Rostock NZM 2001, 425 = NJW-RR 2001, 802.

37 OLG Hamm MDR 1983, 579 = ZMR 1983, 273; AG Köpenick NZM 2001, 334.

38 S o § 535 Rn 31ff.

39 KG GE 2005, 1427; LG Hamburg NJW-RR 1988, 907 = ZMR 1989, 63; LG Konstanz WuM 1988, 353.

40 OLG Düsseldorf WuM 1984, 54; 1986, 16; LG Waldshut-Tiengen NJW-RR 1991, 592; LG Berlin GE 1996, 745.

41 OLG Dresden NZM 2002, 662; KG NZM 2002, 917.

42 LG Heidelberg WuM 1997, 42, 43; AG Köln WuM 1996, 701; *Staudinger* Rn 16.

43 BGH LM Nr 47 zu § 535 BGB = NJW 1971, 424; LG Köln WuM 1996, 335; LG Kassel NJW-RR 1996, 1355.

44 OLG Koblenz NJW-RR 1997, 331 = WM 1997, 470.

45 BGH ZMR 1962, 82, 84; LM Nr 33 zu § 328 BGB = NJW 1968, 402; Betrieb 1976, 817f; OLG München WuM 1991, 681, 682.

46 BGH LM Nr 47 zu § 535 BGB = NJW 1971, 424; LM Nr 33 zu § 328 BGB = NJW 1968, 402;

e) Gewerblich genutzte Räume sind mangelhaft, wenn sie sich in einem Zustand befinden, der ihre bestimmungsgemäße Nutzung beeinträchtigt und schließlich zur behördlichen Schließung des Betriebs führt.⁴⁷ Dasselbe gilt, wenn die Fundamente und Decken der vermieteten Räume nicht die nötige **Tragfähigkeit** aufweisen, um die Geräte des Mieters aufnehmen zu können.⁴⁸ **Baumängel** sind außerdem zB noch die Undichtigkeit des Daches oder eines Schornsteins,⁴⁹ die Undichtigkeit der Fenster und Türen,⁵⁰ der bauordnungswidrige Zustand einer Treppe oder der fehlende Brandschutz eines Gebäudes⁵¹, die Verursachung eines Brandes durch vom Vermieter in Auftrag gegebene Bauarbeiten,⁵² die ungenügende Leistung einer Abwasserpumpe,⁵³ ein mangelhafter Verputz oder Anstrich des vermieteten Hauses,⁵⁴ die mangelnde Isolierung der Wasserrohre mit der Folge, dass im Winter das Wasser abgestellt werden muss,⁵⁵ sowie eine erhebliche Abweichung der tatsächlichen **Fläche** der vermieteten Räume von der im Vertrag genannten Fläche (u Rn 22). Die mangelhafte Isolierung gegen **Trittlärm** oder Trittschall stellt einen Mangel dar, wenn sie nicht dem jeweils anzuwendenden Standard des Lärmschutzes entspricht (s o Rn 6), so dass bei einem nicht renovierten Altbau nicht derselbe Lärmschutz wie bei einem Neubau erwartet werden kann.⁵⁶ Wird jedoch der Altbau renoviert, so muss fortan der Schallschutz den zur Zeit der Renovierung maßgeblichen Mindeststandards entsprechen.⁵⁷

3. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen

a) Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen sind ein Mangel, **sofern** sie gerade auf der **Beschaffenheit** oder der **Lage** der Mietsache beruhen und nicht lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Mieters ihre Ursache haben.⁵⁸ Gewerblich genutzte Räume befinden sich folglich nur dann in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters geeigneten Zustand, wenn der Aufnahme des vertraglich vorgesehenen Gewerbebetriebs keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.⁵⁹ Daran fehlt es zB, wenn die für den Betrieb einer Gastwirtschaft bestimmten Räume den Vorschriften über die Belüftung oder die Trittschalldämmung in Gaststätten widersprechen.⁶⁰ Der Vermieter trägt dagegen nicht das Risiko solcher Umstände, die allein in den **persönlichen Verhältnissen** des Mieters ihre Ursache haben.⁶¹

Die Schaffung der **Voraussetzungen** für die behördliche Erlaubnis des dem Mieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs **obliegt** grundsätzlich dem **Vermieter** (§ 535 Abs 1

LG Berlin GE 1999, 1497; LG Hamburg ZMR 2007, 170, 171.

47 BGH WM 1983, 660.

48 BGH LM Nr 11 zu § 537 BGB = MDR 1964, 229; LM Nr 12/13 zu § 537 BGB = MDR 1964, 915; LM Nr 6 zu § 538 BGB = NJW 1963, 804; WM 1991, 730; OLG Düsseldorf ZMR 2001, 706.

49 KG GE 1999, 569.

50 BGH ZMR 1962, 82, 83; LG Berlin WuM 1982, 184 = MDR 1982, 671.

51 OLG Dresden NZM 2006, 865 = ZMR 2006, 922; OLG Düsseldorf NZM 2004, 946, 947.

52 OLG Düsseldorf ZMR 2002, 41, 44f = NZM 2002, 21 „Flughafen Düsseldorf“.

53 BGH ZMR 1962, 82, 83.

54 LG Hamburg WuM 1983, 290.

55 KG GE 2002, 131.

56 GrdIlg BGH NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60 m Anm Emmerich JuS 2005, 264 m Nachw; s im Einzelnen u Rn 14f.

57 BGH (vorige Fn); OLG Brandenburg ZMR 2003, 909, 913; LG Berlin GE 2003, 1612; 2004, 1028.

58 BGHZ 68, 294, 296 = NJW 1977, 1285; BGH LM Nr 28 zu § 537 BGB = BB 1981, 2030; LM Nr 47 zu § 537 BGB = NJW 1991, 3226; NJW-RR 1992, 267 = WM 1992, 583; OLG Rostock NZM 2002, 701; OLG Düsseldorf ZMR 2002, 739; NZM 2003, 556; KG GE 2004, 478; Staudinger Rn 20ff.

59 BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = WM 1978, 760; LM Nr 25 zu § 536 BGB = NJW-RR 1987, 906.

60 KG GE 2004, 478.

61 S o Vorbem 14f vor § 536; Staudinger Rn 22.

S 2). Notfalls muss er deshalb die dafür von der Behörde vorgeschriebenen, baulichen Veränderungen durchführen.⁶² Außerdem muss er sich selbst um die nötigen Genehmigungen bemühen.⁶³ Durch **Formularvertrag** kann nichts anderes bestimmt werden.⁶⁴ Individualvertraglich ist dagegen eine weitergehende Risikoabwälzung möglich, grundsätzlich aber eng auszulegen.⁶⁵

- 13 b)** Eine vermietete **Wohnung** ist mangelhaft, wenn sie ohne Bauerlaubnis errichtet wurde, so dass die *Gefahr* einer *Abrissverfügung* besteht,⁶⁶ oder wenn die vermieteten Räume infolge erheblicher baulicher Auflagen für den Mieter zum Vertragszweck ungeeignet sind.⁶⁷ Es genügt, wenn nur die ernsthafte *Gefahr eines Verbotes* der Benutzung aufgrund eines noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes besteht.⁶⁸ Das polizeiliche **Verbot einer Fabrik** führt gleichfalls zur Annahme eines Mangels.⁶⁹ Weitere hierher gehörende Beispiele sind die Verhinderung des **Zutritts** des Publikums zu einem **Geschäft** durch behördliche Maßnahmen,⁷⁰ die behördliche Verweigerung der Genehmigung für einen **Steinbruch** oder für den geplanten Kiesabbau des Pächters⁷¹ sowie das Fehlen der erforderlichen Stellplätze bei einem Restaurant oder Hotel.⁷² Ein Mangel ist dagegen zu **verneinen**, wenn sich das fragliche Verbot auf absehbare Zeit für den Mieter überhaupt nicht nachteilig auswirken kann⁷³ oder wenn die Behörde den rechtswidrigen Zustand *duldet*.⁷⁴ Sobald aber die Behörde Maßnahmen androht, kommt durchaus wieder die Annahme eines Mangels in Betracht.⁷⁵

4. Umweltfehler

- 14** Unter Umweltfehlern versteht man Störungen des Mieters im vertragsgemäßen Gebrauch durch Dritte, wobei in erste Linie an Lärmimmissionen zu denken ist.⁷⁶ Die schwierigste Frage ist hier die **Grenzziehung** zum allgemeinen Lebensrisiko des Mieters, das nicht über § 536 auf den Vermieter abgewälzt werden darf. Der BGH hat zu diesem Zweck wiederholt den Anwendungsbereich des § 536 auf solche Umweltfehler beschränkt, durch die die **Tauglichkeit** der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch **unmittelbar beeinträchtigt** wird.⁷⁷ Die **Kriterien**, anhand derer unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen der Tauglichkeit der Mietsache durch Umweltfehler unterschieden werden sollen, sind indessen unklar geblieben.⁷⁸ Entscheidend kann vielmehr nur sein, **welcher Standard** dem Mieter nach den **Abreden der Parteien** geschuldet ist.⁷⁹ Das ist eine Frage der Auslegung der Parteiabreden im Einzelfall unter Berücksichtigung des Kontextes des Vertragsabschlusses, wozu insbesondere die Lage und der Zustand des Mietobjekts gehören (§§ 133,

62 RGZ 94, 138.

63 OLG Hamm ZMR 1982, 206, 207; OLG Köln WuM 1998, 152, 153 = ZMR 1998, 227, 228; LG Essen WuM 1997, 552.

64 BGH LM Nr 40 zu § 537 BGB = NJW 1988, 2664; OLG Düsseldorf ZMR 1992, 446; GE 2002, 1261; LG Berlin NJW-RR 2002, 1450 = NZM 2002, 787.

65 BGH ZMR 1994, 253; OLG München ZMR 1995, 401, 402.

66 LG Hannover ZMR 1971, 135 Nr 20.

67 BGH BB 1973, 1236.

68 BGH LM Nr 17 zu § 537 BGB = WM 1971, 531; OLG Düsseldorf ZMR 2005, 707, 709.

69 RG JW 1913, 596f Nr 10.

70 BGH LM Nr 27 zu § 537 BGB = NJW 1981, 2405.

71 BGH LM Nr 46 zu § 581 BGB = WM 1982, 595; NJW-RR 1992, 267 = WM 1992, 583.

72 OLG München ZMR 1995, 401, 402f.

73 BGH WM 1968, 1306, 1307; OLG Naumburg NZM 2001, 100, 101; *Staudinger* Rn 25.

74 Zuletzt KG GE 2002, 664; 2005, 1426, 1427.

75 OLG Düsseldorf NZM 2003, 556; GE 2005, 55.

76 S schon o § 535 Rn 63; *Staudinger* Rn 26ff.

77 Vgl insbesondere LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 2 R) = NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714 „Einkaufszentrum“; LM Nr 19 zu § 537 BGB = MDR 1972, 411; LM Nr 61 zu § 535 BGB = NJW 1978, 103.

78 *Emmerich* in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 35, 41f; *I Koller* NJW 1982, 201.

79 S o Rn 2, 10; *Emmerich* (vorige Fn) 43ff.

157).⁸⁰ Wer zB eine Wohnung an einer lauten Durchgangsstraße mietet, kann deshalb nur den bei einer derartigen Wohnung üblichen Standard des Lärmschutzes, nicht mehr verlangen, außer wenn die Parteien ausdrücklich das Gegenteil vereinbaren.⁸¹

b) Zu dem nach dem Gesagten (o Rn 14) in der Regel geschuldeten Standard wird grundsätzlich eine ordnungsgemäße **Schallisolierung** gehören. Die vermietete Wohnung ist mangelhaft, wenn die Schallisolierung hinter dem Standard zurückbleibt, auf den der Mieter nach dem Vertrag Anspruch hat (s schon o Rn 2f, 6, 10, 14); die absolute Untergrenze bildet ein *Mindeststandard*, der ein zeitgemäßes Wohnen überhaupt erst erlaubt⁸². Gemessen an diesem Standard ist die Wohnung zB mangelhaft, wenn die Isolierung gegen Trittschall hinter dem geschuldeten Standard zurückbleibt (s o Rn 10), wenn die Heizung übermäßige Klopfgeräusche verursacht⁸³ oder wenn der Mieter ständig durch den Aufzug gestört wird.⁸⁴ Von **Dritten** ausgehende Lärmbelastigungen können ebenfalls einen Mangel darstellen. Beispiele sind der Lärm einer Gastwirtschaft im selben Haus⁸⁵ oder in der Nachbarschaft⁸⁶ sowie der Lärm eines benachbarten Gewerbebetriebs.⁸⁷ Das übermäßige Bellen von Hunden in der Nachbarschaft stellt gleichfalls einen Mangel dar.⁸⁸ Anders kann von Fall zu Fall der Lärm eines Kinderspielfeldes in der Nachbarschaft zu beurteilen sein.⁸⁹

Schwerwiegende Störungen des Mieters können ferner von **Baustellen** in der Nachbarschaft ausgehen.⁹⁰ Die Annahme eines Mangels scheidet jedoch aus, wenn der Baustellenlärm bereits bei Vertragsabschluss vorhanden oder doch unmittelbar absehbar war⁹¹. Umstritten ist, welche Folgerungen aus dem Gesagten für eine nachträgliche Zunahme des **Verkehrslärms**, etwa infolge der Verlagerung von Verkehrsströmen zu ziehen sind. Entscheidend kann aber auch hier nur sein, worauf der Mieter jeweils nach seinem Vertrag Anspruch hat (o Rn 2). Es kann keineswegs angenommen werden, dass jeder Mieter ohne weiteres alle Störungen in Kauf zu nehmen bereit ist, die von dem in Zukunft zu erwartenden Anwachsen des Straßenverkehrs ausgehen können; eher ist das Gegenteil der Fall.⁹² **Keinen Mangel** bildet dagegen die bloße Behinderung des **Zugangs** zu einem Geschäft durch Straßenbauarbeiten.⁹³ Generelle Aussagen sind hier jedoch schwierig. Widerspricht die Erschwerung des Zugangs den Abreden der Parteien, so liegt ein Mangel vor.⁹⁴ Auch sonst kann die Situation nach den Umständen Falles abweichend zu beurteilen sein.⁹⁵

80 BGH NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60 m Anm *Emmerich* JuS 2005, 264ff m Nachw.

81 Ebenso im Ergebnis LG Landshut NZM 1998, 761; LG Berlin GE 2003, 392; 2006, 1295 (für eine Baustelle; s Rn 16).

82 GrdIlg BGH NJW 2004, 3174 = NZM 2004, 736; NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60.

83 LG Berlin NZM 2000, 490; LG Landshut WuM 2002, 307; AG Hamburg WuM 1996, 469 = NZM 1997, 551; WuM 1997, 551.

84 LG Hannover WuM 1994, 463f.

85 LG Berlin GE 2005, 869f; 2005, 1126.

86 AG Braunschweig WuM 1990, 147; AG Köln WuM 1988, 56; 1991, 545; vgl auch BGH LM Nr 36 zu § 906 BGB = WM 1970, 1460; LM Nr 6 zu § 542 BGB = NJW 1974, 2233.

87 BGH LM Nr 15 zu § 823 (Ef) BGB = WM 1970, 1292; AG Gifhorn WuM 2002, 215f; *Staudinger* Rn 28.

88 AG Düren WuM 1990, 117; OLG Hamm NJW-RR 1990, 335 = MDR 1990, 442; *Gaisbauer* NZM 1999, 982.

89 LG Berlin ZMR 1999, 763; LG Hamburg

WuM 1998, 19; aM AG Frankfurt NJW 2005, 2628 = NZM 2005, 617.

90 BayObLGZ 1987, 36 = NJW 1987, 1950; KG NZM 2000, 40; GE 2001, 620f; AG Frankfurt NJW 2005, 217; AG Gelsenkirchen WuM 2006, 611.

91 AG Hamburg-Blankenese ZMR 2003, 746; AG Hamburg NZM 2005, 222; LG Berlin GE 2005, 1126; 2006, 1295; ebenso für Großstädte KG/LG Berlin GE 2003, 115, 116f.

92 Ebenso im Ergebnis AG Schöneberg ZMR 2000, 308; AG Erfurt WuM 2000, 592; anders LG Kleve NJW 1970, 1975; LG Lüneburg WuM 1991, 683.

93 OLG Düsseldorf NZM 1998, 481 = NJW-RR 1998, 1236; OLG Hamburg WuM 2003, 146; LG Düsseldorf NZM 2003, 899; *Kluth/Böckmann* NZM 2003, 882.

94 BGH NJW-RR 2004, 79 = NZM 2004, 100.

95 OLG Dresden NJW-RR 1999, 448 = NZM 1999, 317; LG Berlin GE 2003, 669; LG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1594.

5. Fahrnismiete

- 17** Ein **Kraftfahrzeug**, das mit abgefahrenen Reifen oder mangelhaften Bremsen vermietet wird, ist mangelhaft.⁹⁶ Ebenso ein vermieteter **Computer**, wenn die Anlage trotz regelmäßiger Wartung ständig gestört ist,⁹⁷ wenn die nötige Bedienungsanleitung fehlt,⁹⁸ wenn die Speicherkapazität zu knapp dimensioniert ist oder wenn die von dem Gerät ausgedruckten Rechnungen von den Adressaten nicht akzeptiert werden.⁹⁹ Das Risiko, dass technische Geräte unerwartet schnell veralten, trägt dagegen der Mieter.¹⁰⁰

6. Erheblichkeit des Mangels

- 18** Nach § 536 Abs 1 S 3 bleibt eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit außer Betracht. Eine unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache liegt vor, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise nicht spürbar ins Gewicht fällt oder wenn der Fehler leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann.¹⁰¹ Beispiele sind ein sehr kurzer Heizungsausfall oder eine vorübergehende geringfügige Unterschreitung der nötigen Wärme¹⁰² oder eine geringfügige Differenz zwischen der im Mietvertrag angegebenen Wohnungsgröße und der tatsächlichen Wohnungsgröße (s u Rn 22). Die Beweislast für diesen Ausnahmefall trägt der Vermieter.¹⁰³ Im Falle des Fehlens zugesicherter Eigenschaft findet er keine Anwendung (§ 536 Abs 2; s u Rn 19).

II. Zugesicherte Eigenschaften

Schrifttum: *Blank* WuM 1998, 467; *Emmerich* JuS 2004, 822; *Langenberg* NZM 2003, 177; *Isenmann* WuM 2005, 687; *Kinne* GE 2003, 100; *Kraemer* NZM 1999, 156; 2000, 1121; *ders* DWW 1998, 365 und WuM 2000, 515; *Leo/Schmitz* NZM 2005, 858; *Pauly* WuM 1998, 469; *Schäffler* NZM 2003, 17; *M Schmid* ZMR 2005, 836; *Schul/Wichert* ZMR 2002, 633; 2004, 496.

- 19** Nach § 536 Abs 2 gelten (nur) die S 1 und 2 des ersten Absatzes der Vorschrift entsprechend, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Keine Anwendung findet dagegen § 536 Abs 1 S 3, so dass eine Minderung auch bei einer an sich unerheblichen Minderung der Gebrauchstauglichkeit infolge des Fehlens zugesicherter Eigenschaften in Betracht kommt.¹⁰⁴ Daneben hat der Mieter den Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs 1 S 2.
- 20** 1. Die **Zusicherung** im Sinne des § 536 Abs 2 muss zunächst von allgemeinen Anpreisungen der Mietsache unterschieden werden. Die Abgrenzung richtet sich allein danach, ob die fraglichen Angaben **Vertragsinhalt** geworden sind. Die Zusicherung muss mit anderen Worten, um die Rechtsfolgen der §§ 536 und 536a auszulösen, vom Mieter als **vertragsmäßige** verlangt und vom Vermieter in vertragsmäßig *bindender Weise*, dh insbesondere in der erforderlichen Form (§ 550), abgegeben worden sein.¹⁰⁵ Außerdem muss sie die maßgeb-

96 BGH Betrieb 1967, 118 = WarnR 1966 Nr 217; WM 1977, 743, 744; 1982, 1230, 1231; LM Nr 37 zu § 537 BGB = ZMR 1987, 51, 52 = WM 1987, 219.

97 OLG Karlsruhe Betrieb 1978, 2313.

98 BGH LM Nr 7 zu § 448 ZPO = NJW 1989, 3222 = WM 1989, 1574, 1576f.

99 BGH LM Nr 28 zu § 537 BGB = NJW 1982, 69; LM Nr 8 zu § 542 BGB = NJW 1981, 2684; LM Nr 65 zu § 139 BGB = NJW 1987, 2004.

100 OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 1460.

101 GrdG BGH NJW-RR 2004, 1450 = NZM 2004, 767.

102 BGH (vorige Fn).

103 OLG Celle ZMR 1985, 10, 12 = WuM 1985, 9.

104 OLG Düsseldorf MDR 1990, 342; s o Rn 18.

105 BGH LM Nr 26 zu § 537 BGB = NJW 1980, 777, 778; LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 4) = NJW 2000, 1714; NZM 2006, 54, 56 Tz 26; OLG Frankfurt NZM 2005, 619, 620.

lichen **Eigenschaften so genau bezeichnen**, dass ihr Inhalt und Umfang im Einzelnen festgestellt werden können. Die Zusicherung wird idR ausdrücklich erfolgen; notwendig ist dies indessen nicht.¹⁰⁶ Die Zusicherung muss auf der anderen Seite außerdem von der bloßen **Festlegung der vom Vermieter geschuldeten Beschaffenheit** der Sache unterschieden werden insoweit ist vor allem zu beachten, dass der Kern der Zusicherung darin besteht, dass der Vermieter durch sie verspricht, *unbedingt* für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Eigenschaften (u Rn 21) *eintreten* zu wollen.¹⁰⁷ Die Annahme einer *Zusicherung* wird deshalb vor allem in Betracht kommen, wenn es um die vertragliche Festlegung von Anforderungen an die Qualität der Sache geht, die sich nur aus den speziellen Bedürfnissen des Mieters erklären. Dagegen wurde zB die Feststellung in der Präambel eines Mietvertrages über Geschäftsräume in einem Einkaufszentrum, die Verkaufsflächen seien insgesamt vermietet, als bloße Beschreibung der Mietsituation bei Vertragsabschluss qualifiziert.¹⁰⁸

21 Gegenstand einer Zusicherung können sämtliche **Eigenschaften** der vermieteten Sache sein. Der Begriff der Eigenschaften wird hier grundsätzlich weit ausgelegt.¹⁰⁹ Er beschränkt sich nicht etwa auf die physische Beschaffenheit der Mietsache, sondern umfasst **auch** solche **rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse** der Mietsache, die vermöge ihrer Art und Dauer für die Wertschätzung oder die Brauchbarkeit der Sache von Einfluss sein können, mögen sie in der Vergangenheit oder in der Gegenwart liegen. Hinzu kommen muss aber, um eine übermäßige Ausdehnung der Haftung des Vermieters für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu verhindern, dass die fraglichen Verhältnisse ihren **Grund gerade in der Beschaffenheit** der Mietsache haben, von ihr ausgehen und ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften.¹¹⁰ Zugesichert werden kann daher zwar die Möglichkeit, nach einem Umbau von Räumen eine Gaststättenkonzession zu erhalten;¹¹¹ dasselbe gilt für die Lage der vermieteten Räume in einer bestimmten Gegend¹¹² oder für die bisherigen Umsätze einer Gaststätte.¹¹³ *Kein* tauglicher Gegenstand einer Zusicherung sind dagegen weitere Umstände, die keinen Bezug zur Beschaffenheit der Mietsache aufweisen, wie zB die Kundenfrequenz in einem Einkaufszentrum oder dessen leichte Erreichbarkeit.¹¹⁴ Keine Rolle spielt dagegen, ob die zugesicherten Eigenschaften überhaupt herbeigeführt werden können.

22 2. Nach § 537 Abs 2 S 2 aF sollte bei der Grundstücksmietsache die Zusicherung einer bestimmten **Größe des Grundstücks** der Zusicherung einer Eigenschaft gleichstehen. Seit Streichung dieser Vorschrift im Jahre 2001 richtet sich dagegen die zutreffende Qualifizierung der Angaben über die **Größe der vermieteten Räume** in einem Mietvertrag nach den Umständen.¹¹⁵ Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob es sich bei den fraglichen Angaben um eine bloße Beschreibung der vermieteten Sache oder – weitergehend – um die Übernahme einer unselbständigen Garantie des Vermieters hinsichtlich der Größe der vermieteten Räume handelt. Für den Regelfall wird das erstere (**bloße Beschreibung**) angenom-

106 BGH WM 1962, 1379f.

107 BGH NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500; LM Nr 26 zu § 537 BGB = NJW 1980, 777; OLG Hamburg NJW-RR 1998, 1091.

108 BGH NJW-RR 2004, 1236 = NZM 2004, 618; OLG Rostock NZM 2003, 282, 283.

109 BGH LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 3 R) = NJW 2000, 1714; NZM 2006, 54, 56 Tz 27f.

110 BGH (vorige Fn).

111 KG NJW-RR 2000, 819, 820 = NZM 2000, 461, 462.

112 BGH LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 3 R) = NJW 2000, 1714.

113 OLG Hamburg NJW-RR 1998, 1091.

114 BGH LM Nr 51 zu § 537 BGB (Bl 3 R) = NJW 2000, 1714; OLG Frankfurt NZM 2005, 619f; s *Staudinger* Rn 36f.

115 Wegen der Einzelheiten s *Staudinger* Rn 38 m Nachw.

men, wobei sich bei **Wohnräumen** die Berechnung der Wohnfläche im Zweifel – und zwar auch im preisbindungsfreien Wohnraum – nach der **VO zur Berechnung der Wohnfläche** vom 25. November 2003¹¹⁶ richtet, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben oder sich ein abweichender Berechnungsmodus aus der Ortssitte oder aus besonderen Umständen des Falles ergibt.¹¹⁷ Nichts hindert zB die Parteien, ausdrücklich oder konkludent, Zimmer mit Dachschrägen oder eine sehr große Terrasse bei der Berechnung der vermieteten Fläche höher als nach der genannten Verordnung anzusetzen.¹¹⁸ Auf Geschäftsräume findet die genannte Verordnung gleichfalls keine Anwendung.¹¹⁹ Erweist sich danach, dass die tatsächliche Fläche der vermieteten Räume um **10 %** oder mehr hinter der vereinbarten Fläche **zurückbleibt**, so liegt grundsätzlich ein **Mangel** vor, selbst wenn in dem Mietvertrag die Flächenangabe mit dem Zusatz „zirka“ (oder ähnlich) versehen ist.¹²⁰ Ist die Flächendifferenz dagegen geringer als 10 %, so kann ein Mangel nur angenommen werden, wenn der Mieter darlegt, dass mit der geringeren Flächendifferenz für ihn doch (ausnahmsweise) eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit der Räume zum vertragsgemäßen Gebrauch im Sinne des § 536 Abs 1 S 1 und 3 verbunden ist.¹²¹ Dieselben Regeln gelten grundsätzlich für die **gewerbliche** Raummiete.¹²² Hatte der Mieter die Räume zuvor besichtigt, so steht auch dies der Anwendung der genannten Regeln nicht entgegen (§ 536b)¹²³, soweit sich nicht aus dem Umständen ergibt, dass die Parteien im Anschluss an die Besichtigung der Räume von einer Berechnungsweise der Fläche ausgegangen sind, die von der genannten Verordnung abweicht.¹²⁴ Denn die Parteien können in jeder Hinsicht abweichende Vereinbarungen treffen.

III. Rechtsmängel

Schrifttum: *Staudinger* Rn 40ff; *Bub/Treier/Kraemer* Hdb, Rn III 1422ff (S 1108ff); *Emmerich* Rechtsmangel und sonstige Vertragsverletzungen des Vermieters, in: *Vertragsverletzung im Wohnraummietverhältnis*, PiG Bd 46 (1995) 119; *ders* NZM 2002, 362 = PiG Bd 65 (2002), S 1; *Hilger* ZMR 1988, 41; *Löning* Die Grundstücksmiete als dingliches Recht (1930); *Scholl* WuM 1998, 583; *Sternel* Mietrecht, Rn II 591ff (S 516ff); *Wolf/Eckert/Ball* Hdb, Rn 242 (S 85ff).

- 23** Nach § 536 Abs 3 gelten die Abs 1 und 2 der Vorschrift entsprechend, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. § 536 Abs 3 entspricht im Wesentlichen dem früheren § 541 aF.

116 BGBI I, 2346.

117 Grdlg BGH NJW 2004, 2230 = NZM 2004, 454; NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; WuM 2006, 245, 246 Tz 10 = NJW-RR 2006, 801 = NZM 2006, 375; KG GE 2004, 886; LG München I NZM 2006, 91; LG Rostock NZM 2006, 247; LG Landshut WuM 2006, 377; LG Trier WuM 2006, 376.

118 BGH NJW-RR 2006, 801 = NZM 2006, 375 = WuM 2006, 246 = ZMR 2006, 431; LG Trier WuM 2006, 376; aM LG Landshut WuM 2006, 377.

119 KG GE 2006, 53.

120 BGH NJW 2004, 1974 = NZM 2004, 453 m Anm *Emmerich* JuS 2004, 822; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268; NJW 2004, 2230 = NZM 2004,

454; NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500, 501; NJW 2005, 2773, 2774 = NZM 2005, 699; NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; WuM 2006, 245, 246 Tz 9 = NZM 2006, 375 = NJW-RR 2006, 801.

121 KG NZM 2005, 865 = NJW-RR 2005, 1681; s *Wiek* WuM 2004, 487, 488; str.

122 BGH NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500, 501; OLG Düsseldorf NZM 2005, 378 = ZMR 2005, 450.

123 BGH NZM 2004, 454 = ZMR 2004, 501.

124 BGH NJW-RR 2006, 801 = NZM 2006, 375; KG GE 2005, 1190; LG Trier WuM 2006, 376; LG Berlin GE 2006, 1173; LG Itzehoe ZMR 2007, 40, alle zu abweichenden Vereinbarungen.