

Emmerich/Sonnenschein

Miete

de Gruyter Kommentar

Emmerich/Sonnenschein

Miete



Handkommentar

§§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

11., neu bearbeitete Auflage

Bearbeitet von
Volker Emmerich, Jost Emmerich, André Haug,
Christian Rolfs

DE GRUYTER

Dr. *Volker Emmerich*, em. Professor an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a.D.
Jost Emmerich, Richter am Amtsgericht München
André Haug, Rechtsanwalt in Mannheim
Dr. *Christian Rolfs*, o. Professor an der Universität zu Köln

Sachregister: Dr. *Martina Schulz*, Rechtsanwältin in Pohlheim
Stand der Bearbeitung: 1. Oktober 2013

ISBN 978-3-11-031037-5
e-ISBN 978-3-11-031045-0

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.

© 2014 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Im Mittelpunkt der 11. Auflage steht das Mietrechtsänderungsgesetz von 2013, das uns gezwungen hat, große Teile des Kommentars ganz neu zu bearbeiten. Weitere Änderungen ergaben sich daraus, dass es zu einem Wechsel im Kreis der Bearbeiter gekommen ist: An die Stelle von Birgit Weitemeyer ist Richter am Amtsgericht Jost Emmerich aus München getreten, da sich Frau Weitemeyer fortan auf ihre zahlreichen anderen Aufgaben konzentrieren möchte. Der Kommentar befindet sich jetzt auf dem Stand vom Oktober 2013.

Bayreuth, Mannheim, München und Köln, im Oktober 2013

Volker Emmerich, Jost Emmerich, André Haug, Christian Rolfs

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) — **291**

Kapitel 1. Allgemeine Vorschriften (§§ 549–555) — **291**

Kapitel 1a. Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

(§§ 555a–555f) — **353**

Kapitel 2. Die Miete (§§ 556–561) — **389**

Unterkapitel 1. Vereinbarungen über die Miete (§§ 556–556c) — **389**

Unterkapitel 2. Regelungen über die Miethöhe (§§ 557–561) — **511**

Kapitel 3. Pfandrecht des Vermieters (§§ 562–562d) — **657**

Kapitel 4. Wechsel der Vertragsparteien (§§ 563–567b) — **679**

Kapitel 5. Beendigung des Mietverhältnisses (§§ 568–576b) — **745**

Unterkapitel 1. Allgemeine Vorschriften (§§ 568–572) — **745**

Unterkapitel 2. Mietverhältnisse auf unbestimmte Zeit (§§ 573–574c) — **781**

Unterkapitel 3. Mietverhältnisse auf bestimmte Zeit (§§ 575–575a) — **879**

Unterkapitel 4. Werkwohnungen (§§ 576–576b) — **899**

Kapitel 6. Besonderheiten bei der Bildung von Wohnungseigentum an

vermieteten Wohnungen (§§ 577–577a) — **913**

Untertitel 3. Mietverhältnisse über andere Sachen (§§ 578–580a) — **935**

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) — 951

Abschnitt 1. Allgemeiner Teil (§§ 1–5) — **951**

Abschnitt 3. Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19–21) — **962**

Abschnitt 4. Rechtsschutz (§§ 22–23) — **985**

Abschnitt 7. Schlussvorschriften (§§ 31–33) — **988**

Anhänge — 991

Übergangsvorschriften (Art. 229, 232 EGBGB) — **991**

§ 5 WiStG — **993**

Sachregister — **995**

Aufteilung der Bearbeitung

BGB:

§§ 535–541	Volker Emmerich
§ 542	Christian Rolfs
§§ 543–545	Volker Emmerich
§§ 546–547	Christian Rolfs
§ 548	Volker Emmerich
§ 549	Jost Emmerich
§§ 550–553	Volker Emmerich
§ 554a	Christian Rolfs
§§ 555–555f	Volker Emmerich
§§ 556–557b	Jost Emmerich
§§ 558–559b	Volker Emmerich
§§ 560–561	Jost Emmerich
§§ 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* (Hrsg) Kommentar zum BGB, Band 1: §§ 1–610, CISG (3. Aufl 2012); §§ 535ff von *Ehlert/Hannappel/Herrmann/Schlosser/Schüller/Wöstmann*
- Barthelmess* Kommentar zum 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz und Miethöhegesetz (5. Aufl 1995)
- Bauer/Göpfert/Krieger* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar (3. Aufl 2011)
- Behrens* Beteiligung mehrerer Mieter am Mietverhältnis (1989)
- Beuermann* Praxiskommentar Mietrecht (2003)
- Beuermann/Blümmel* Das neue Mietrecht 2001 (2001)
- Blank* Mietrecht, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd 5, Bürgerliches Recht, 1. Halbbd (6. Aufl 2008)
- Blank/Börstinghaus* Miete (3. Aufl 2008)
- dies* Neues Mietrecht (2001)
- Börstinghaus* (Hrsg) Mietprax (Stand Dezember 2013)
- Börstinghaus* (Hrsg) Münchener Prozessformularbuch Bd 1: Mietrecht (4. Aufl 2013)
- Börstinghaus/Eisenschmid* Arbeitskommentar Neues Mietrecht (2001)
- Börstinghaus/Eisenschmid* Arbeitskommentar Mietrechtsänderungsgesetz (2013)
- Börstinghaus/Hannig* Euro-Umstellung im Miet- und Wohnungseigentumsrecht (2000)
- Bub/Treier* Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete (3. Aufl 1999)
- Däubler/Bertzbach* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar (3. Aufl 2013)
- Eisenschmid/Wall* Betriebskosten-Kommentar (3. Aufl 2010)
- Lammel* Heizkostenverordnung. Kommentar (3. Aufl 2010)
- Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (13. Aufl 2013; zitiert: *ErfK/Bearbeiter*)
- Erman/Jendrek* Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 535ff (13. Aufl 2011)
- Expertenkommission* Wohnungspolitik auf dem Prüfstand (1995)
- Wohnungspolitik*
- Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender/Dyong/Heix* Wohnungsbaurecht. Kommentare zum Wohnungsbaurecht, Wohnungsrecht und Mietrecht (Stand Juni 2013)
- Franken/Dahl* Mietverhältnisse in der Insolvenz (2. Aufl 2006)
- Fritz* Gewerberaummietrecht (4. Aufl 2005)
- Gerber/Eckert* Gewerbliches Miet- und Pachtrecht. Aktuelle Fragen (7. Aufl 2010)
- Gramlich* Mietrecht. Bürgerliches Gesetzbuch, BetriebskostenVO, Wirtschaftsstrafgesetz, HeizkostenVO (12. Aufl 2013)
- Grundmann* Mietrechtsreformgesetz (2001)
- Haas* Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz (2001)
- Handkommentar-BGB/Ebert* §§ 535ff (7. Aufl 2012)
- Hannemann/Wiegner* (Hrsg) Münchener Anwaltshandbuch Wohnraummietrecht (3. Aufl 2010)
- Hannemann/Wiek/Emmert* Handbuch des Mietrechts (5. Aufl 2013)
- Haug* Miet- und Pachtvertragsrecht (2. Aufl 2002)
- Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg) Arbeitsrecht-Kommentar (5. Aufl 2012; zitiert: *HWK/Bearbeiter*)
- Herrlein/Kandelhard* (Hrsg) ZAP Praxiskommentar Mietrecht (4. Aufl 2010)
- Hinz/Ormannschick/Riecke/Scheff* Das neue Mietrecht in der anwaltlichen Praxis (2001)
- Horst* Praxis des Mietrechts. Wohnraum- und Geschäftsraummiete (2. Aufl 2009)

Allgemeines Schrifttum

- Jarass/Pieroth*
Jauernig/Teichmann
Joachim
Kinne/Schach/Bieber
Kossens/von der Heide/Maaß
- Kossmann*
Krumscheid/Zwißler
Lammel
- Langenberg*
Luhmann/Hörndler
Lützenkirchen
Lützenkirchen (Hrsg)
ders
- ders*
Marx/Weber
MünchKomm
- Nasemann*
Neuhaus
Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen
- NK-BGB
- Palandt*
Paschke
Pergande
Pfeifer
Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg)
- Rechberger*
Rips/Eisenschmid
Roquette
Schmid (Hrsg)
- ders*
ders
Schmidt-Futterer (Begr)
Schade/Schubart/Kohlenbach/
Schultz
Soergel
Sommerschein
ders
Spreng
Stabentheiner (Hrsg)
Staudinger/Emmerich/Rolfs/Weitemeyer
Staudinger/Emmerich/Rolfs
Sternel
ders
Stoffels
Thomas/Putzo
- Grundgesetz (GG), Kommentar (12. Aufl 2012)
Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 535ff (14. Aufl 2011)
Wohnraummietvertrag (2002)
Miete und Mietprozessrecht (7. Aufl 2013)
SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar (3. Aufl 2009)
Handbuch der Wohnraummiete (6. Aufl 2003)
Mietrecht. Wohnraum und Gewerberaum (3. Aufl 2008)
Heidelberger Kommentar zum Wohnraummietrecht (3. Aufl 2007)
Betriebskosten- und Heizkostenrecht (6. Aufl 2012)
Das neue Mietrecht (Stand März 2007)
Mietrecht. Kommentar (1. Aufl 2013)
Anwalts-Handbuch Mietrecht (4. Aufl 2010)
Neue Mietrechtspraxis für Wohnraum- und sonstige Mietverhältnisse (2001)
Wohnraummiete. Beck'sche Musterverträge (2002)
Mietrechtsreform 2001 (2001)
BGB, Band 3 (6. Aufl 2012); §§ 535ff von *Artz/Bieber/Häublein/Schmid*
Wohnungsmiete (5. Aufl 2007)
Handbuch der Geschäftsraummiete (4. Aufl 2011)
Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar (12. Aufl 2010)
Dauner-Lieb/Langen (Hrsg), Nomos-Kommentar zum BGB, Band 2 (2. Aufl 2012); §§ 535ff von *Frommeyer/Hinz/Klein-Blenkers/Riecke/Scheff*
Bürgerliches Gesetzbuch (72. Aufl 2013)
Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete (1991)
Wohnraummietrecht (1968)
Das neue Mietrecht 2001 (3. Aufl 2004)
BGB Kommentar (8. Aufl. 2013), §§ 535ff von *Elzer/Feldhahn/Riecke/Schmid*
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, Kompaktcommentar (2006)
Handbuch der Mietnebenkosten (13. Aufl 2013)
Mietrecht (11. Aufl 2013)
Wohn- und Mietrecht (Stand Mai 2011)
Gewerberaummiete, Beck'sche Musterverträge (3. Aufl 2007)
BGB (13. Aufl 2007), §§ 535ff von *Heintzmann/Kummer*
Die Bereinigung des Mietrechts im BGB (1985)
Wohnraummiete. Eine Analyse des geltenden Rechts (1995)
Das neue Mietrecht (4. Aufl 2006)
Mietrecht in Europa (1996)
BGB, §§ 535–562d, Mietrecht 1 (Neubearb 2011)
BGB, §§ 563–580a, Mietrecht 2 (Neubearb 2011)
Mietrecht (3. Aufl 1988)
Mietrecht aktuell (4. Aufl 2009)
AGB-Recht (2. Aufl 2009)
Zivilprozessordnung, Kommentar (33. Aufl 2012)

<i>Thon</i>	Vermietermehrheiten (2003)
<i>Ulmer/Brandner/Hensen</i>	AGB-Recht, Kommentar (11. Aufl 2011)
<i>Vogel</i>	Mandatspraxis Mietrecht (2002)
<i>Wetekamp</i>	Kompakt-Kommentar zum BGB-Mietrecht (2. Aufl 2003)
<i>ders</i>	Das neue Mietrecht 2001 (2001)
<i>Wolf/Eckert/Ball</i>	Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingsrechts (10. Aufl 2009)
<i>Wolters</i>	Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht (1984)
<i>Zeimes</i>	Die Reform des Mietrechts – Kritische Auseinandersetzung mit formalen Reformbestrebungen und ausgewählten inhaltlichen Aspekten (2001)
<i>Ziaja/Lützenkirchen</i>	Wohnraummietrecht (2000)
<i>Zöllner</i>	Zivilprozessordnung, Kommentar (29. Aufl 2012)

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AbbauG	Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht
abgedr	abgedruckt
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt
ABIMR AmZ	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Amerikanisches Kontrollgebiet (zitiert nach Ausgabe und Seite)
ABIMR 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
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
allgM	allgemeine Meinung
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
AMVO	Altbaumietenverordnung
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
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
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)

Abkürzungsverzeichnis

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)
BetrKUV	Betriebskostenumlageverordnung
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BezG	Bezirksgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen (und Gutachten) des Bundesfinanzhofs (zitiert nach Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
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 Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zitiert nach Jahr und Nr)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BJagdG	Bundesjagdgesetz
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
BPersVertrG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BR	Bundesrat
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)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bzw	beziehungsweise
ca	circa
cic	culpa in contrahendo
CR	Computer und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DEMV	Deutscher Einheitsmietvertrag
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 Nr 87; 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)
DVBl	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 I; II; III	Entwürfe zum BGB (zitiert mit dem jeweiligen Paragraphen)
EG	Einführungsgesetz (zu einem anschließend zitierten Gesetz)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
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
ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz)
ErbvVO	Verordnung über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsverordnung)
Erl	Erlass, Erläuterungen
ES	Entscheidungssammlung

Abkürzungsverzeichnis

eV	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (zitiert nach Paragraph und Ordnungszahl)
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	Gesetz
GBA	Grundbuchamt
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GE	Das Grundeigentum. Zeitschrift für die gesamte Grundstücks-, Haus- und Wohnungswirtschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
geänd	geändert
gem	gemäß; gemeinsam
GewO	Gewerbeordnung
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)
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 Gesetzsammlung
GuT	Gewerbemiete und Teileigentum, 1.2001ff; zitiert nach Jahr und Seite
GVBl (GVObI)	Gesetz- und Verordnungsblatt (mit Kürzel des jeweiligen [Bundes-]Staates)
GVW	Gesetz zur dauerhaften sozialen Verbesserung der Wohnungssituation im Land Berlin
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWW	Gemeinnütziges Wohnungswesen (vor 1950 Gemeinnützige Wohnungswirtschaft; zitiert nach Jahr und Seite)
H	Heft
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (zitiert nach Jahr, Abteilung und Spalte)
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz)
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)
HeizkostenVO	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung)
Hess	Hessen
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch

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)
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iE	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
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)
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGBI	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, Abteilung und Seite)
KO	Konkursordnung
Komm	Kommission
KRABl	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (zitiert nach Jahr und Seite)
KreisG	Kreisgericht
KRG	Kontrollratsgesetz
krit	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (zitiert nach Jahr und Seite)

Abkürzungsverzeichnis

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)
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Spalte)
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 1; 2; 3; 4	Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften: 1/vom 29.7.1963 (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)
MietSchG	Mieterschutzgesetz
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 Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie (Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz)
Mot	Motive zu dem Entwurf 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 sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
MV	Mecklenburg-Vorpommern
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nds	Niedersachsen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
NeubauMietVO	Verordnung über die Ermittlung der zulässigen Miete für preisgebundene Wohnungen (Neubaumietenverordnung)
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	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
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)
RAanz	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	Rückerstattungsgesetz Amerikanische Zone, Gesetz Nr 59: Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände (ABIMR AmZ Ausgabe G, 1 = BayGVBl 1947, 221)
REGBrZ	Rückerstattungsgesetz Britische Zone, Gesetz Nr 59: Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen (ABIMR BrZ Nr 28, 1169 = VOBl BrZ 152)
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes (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
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr und Seite)
Rspr	Rechtsprechung
RStBl	Reichssteuerblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RT	Reichstag
s	siehe
S	Satz; Seite
Saarl	Saarland
Sachs	Sachsen
SachsAnh	Sachsen-Anhalt
SchlH	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr und Seite)

Abkürzungsverzeichnis

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)
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
str	streitig
stRspr	ständige Rechtsprechung
teilw	teilweise
Thür	Thüringen
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	von; vom
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerglO	Vergleichsordnung
Verh	Verhandlungen
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz)
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
WarnJb	Warneys 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 Warneier (zitiert nach Jahr und Nr)

WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WGG	Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (zitiert nach Jahr und Seite)
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz)
WKSchG I, II	I/Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum; II/Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz)
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 Wohnungsbauwesens (Wohnungsbauänderungsgesetz 1968) vom 17.7.1968 (BGBl I 821); WobauÄndG 1971: Gesetz zur Durchführung des langfristigen Wohnungsbauprogramms (Wohnungsbauänderungsgesetz 1971) vom 17.12.1971 (BGBl I 993); WobauÄndG 1973: Gesetz zur Änderung des Wohnungsbindungsgesetzes 1965 und des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (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 Wohnungsbaugesetzes und des Wohnungsbaugesetzes für das Saarland (Wohnungsbauänderungsgesetz 1988) vom 21.2.1989 (BGBl I 242)
WobauErlG	Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbaus im Planungs- und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften (Wohnungsbau-Erleichterungsgesetz)
WoBauG 1; 2	1/Erstes Wohnungsbaugesetz; 2/Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz)
WoBindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbindungsgesetz)
WoFG	Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz – WoFG)
WoG	Wohnungsgesetz
WoVereinfG 1985	Gesetz zur Vereinfachung wohnungsrechtlicher Vorschriften (Wohnungsrechtsvereinfachungsgesetz)
WoVermittG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung
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 Entscheidungsträger und Seite)
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

Abkürzungsverzeichnis

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
zT	zum Teil
zust	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)
zw	zweifelhaft

Bürgerliches Gesetzbuch
vom 19. August 1896 (RGBl 195) Zuletzt geändert
durch Gesetz vom 1. Oktober 2013 (BGBl I S. 3719)
§§ 535–580a

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse
Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse
Titel 5. Mietvertrag, Pachtvertrag (§§ 535–580a)

Untertitel 1

Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse

Vorbemerkung zu § 535

Systematische Übersicht

- I. Geschichte — 1
- II. Die Miete im System des BGB — 4
 - 1. Schuldverhältnis — 4
 - 2. Erscheinungsformen — 7
- III. Abgrenzung — 12
 - 1. Pacht, Leihe — 12
 - 2. Verwahrung — 15
 - 3. Werkvertrag — 16
 - 4. Wohnungsrecht — 17
- IV. Sonderformen — 18
 - 1. Automatenverträge — 18
 - 2. Tankstellenverträge — 20
 - 3. Beherbergungsverträge — 21
 - 4. Gemeinschaften — 24
 - 5. Genossenschaften — 25
 - 6. Sonstiges — 26
- V. Verschulden bei
Vertragsverhandlungen — 27

- VI. Abschluss des Mietvertrages — 29
 - 1. Einigung der Parteien — 29
 - 2. Anfechtung — 31
- VII. Mehrheit von Vermietern — 33
- VIII. Mehrheit von Mietern — 35
 - 1. Gesellschaft — 36
 - 2. Eheleute — 39
 - 3. Sonstige Partnerschaften — 44
- IX. Besondere Vertragsgestaltungen — 45
 - 1. Vormietrecht — 45
 - 2. Optionen — 47
 - 3. Abstandszahlungen — 50
 - 4. Hausordnung — 52
- X. Inhaltsschranken — 53
 - 1. Sittenwidrigkeit — 53
 - 2. Gesetzliche Verbote — 54
 - 3. Wucher — 55

Alphabetische Übersicht

- Abgrenzung — 12ff
- Ablösevereinbarung — 51
- Abschluss — 29f
- Abstand — 50f
- Altenheime — 23
- Anfechtung — 31
- Aufklärungspflichten — 27f
- Automatenverträge — 18
- Automatenaufstellverträge — 18f
- Beherbergungsverträge — 21
- Bordelle — 53

- cic — 27ff
- Dingliches Wohnungsrecht — 17
- Ehegatten — 39ff
- Erscheinungsformen — 7ff
- Gefälligkeitsmiete — 14
- Gemeinschaften — 24
- Genossenschaften — 25
- Geschichte — 1f
- Gesellschaften — 36ff
- Gewerbliche Miete — 8f, 10f
- Gestattungsverträge — 12f

Hausordnung — 52f	Pensionsvertrag — 21
Heimpflegeverträge — 23	Raummiete — 8
Hotelaufnahmevertrag — 21	Schrankfachvertrag — 25
Internatsvertrag — 23	Schuldverhältnis — 4
Krankenhausaufnahmeverträge — 23	Sittenwidrigkeit — 53f
Lagervertrag — 15	Sozialwohnungen — 2
Lebenspartner — 44f	Stationärsvertrag — 20
Leihe — 14	Tankstellenverträge — 20
Lücke Plan — 1	Tresorvertrag — 25
Mehrheit von Mietern — 35ff	Verbote, gesetzliche, — 54
– von Vermietern — 33f	Vergnügungseinrichtungen — 26
Mieterschutz — 1ff	Verlängerungsklausel — 48
Mietnotrecht — 1	Verlängerungsoption — 48
Mietrechtsreform — 3	Verschulden bei Vertragsverhandlungen — 27ff
Mischmietverhältnisse — 10	Verwahrung — 15
Miteigentümer — 24	Vormietrecht — 45f
Mitmieter — 33f	Weitervermietung — 8
Nichteheliche Lebensgemeinschaften — 44	Werkvertrag — 16
Optionen — 47f	Wohnraummiete — 6, 8f
Pacht — 12	Wohnungsrecht — 17
Partnerschaften — 44f	Wucher — 55f

I. Geschichte

Schrifttum

Blumenroth Deutsche Wohnungspolitik seit der Reichsgründung (1975); *Lutz* Der Mieterschutz der Nachkriegszeit (1998); *Sonnenschein* Geschichte des Wohnraummietrechts seit 1917, PiG Bd 49 (1996) 7; *Wolter* Mietrechtlicher Bestandsschutz (1984).

- 1 Das Mietrecht, wie es heute in den §§ 535 bis 580a geregelt ist, weist nur noch wenige Gemeinsamkeiten mit dem ursprünglichen Mietrecht des BGB 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 des vorigen Jahrhunderts 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**).
- 2 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. Dezem-**

¹ BGBl I, 1839.

ber 1974,² dessen Kern das mittlerweile wieder außer Kraft getretene Miethöheregelungsgesetz (**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 idF 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.

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 Weitere einschneidende Änderungen brachte sodann das Mietrechtsänderungsgesetz von 2013, in Kraft getreten am 1. Mai 2013,¹⁵ dessen Schwerpunkt auf der Erleichterung so genannte energetischen Modernisierungen liegt (§§ 555a ff).

II. Die Miete im System des BGB

1. Schuldverhältnis. 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

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; *Sommenschein* Wohnraummiете, 99ff.

¹¹ BGBl I, 2346.

¹² BT-Drucks 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, 434.

und 1007). Doch ändert das nichts an der **schuldrechtlichen Natur** der Miete. Was hierin allein zum Ausdruck gelangt, ist lediglich die bekannte „Verdinglichung“ obligatorischer Besitzrechte durch Besitzerlangung seitens des Berechtigten.

- 5 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 der **§§ 566 und 567** außerdem **Schutz gegen eine Veräußerung oder Belastung** 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.¹⁶
- 6 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) 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.¹⁷ Das BVerfG hat daraus den Schluss gezogen, dass bei der Auslegung der mietrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen sei, dass sich Vermieter und Mieter gleichermaßen auf das Grundrecht des Art 14 Abs 1 GG berufen könnten, so dass die „grundrechtliche Konfliktslage“ in jedem Fall in der Weise zu lösen sei, dass die beiderseitigen Interessen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden, der dem Art 14 Abs 1 und 2 Rechnung trage.¹⁸
- 7 **2. Erscheinungsformen.** 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 sorgfältig 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).
- 8 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 Keine Rolle

¹⁶ RGZ 106, 109, 111ff; 124, 325, 327; KG JW 1929, 2893, 2894 Nr 6.

¹⁷ BVerfGE 89, 1, 5ff = NJW 1993, 2035; BGHZ 165, 75, 79 = NZM 2006, 50 Tz 12; BGHZ 179, 289. 293f = NJW 2009, 1200 Tz 14; zur Kritik s Staudinger Rn 20.

¹⁸ BVerfG NJW 2011, 1723 Tz 29 f, 35; BVerfGE 129, 78 = NJW 2011, 3428, 3432 Tz 86 ff; dagegen Weller JZ 2012, 881, 885.

¹⁹ RGZ 124, 4, 6; BGHZ 135, 269, 272 = NJW 1997, 1845; BGH LM Nr 4 zu Berl AltbaumietenVO = WM 1982, 390; LM Nr 1 zu § 29a ZPO = NJW 1981, 1377; NJW 2008, 3361; NZM 2011, 151; OLG Köln ZMR 2004, 31.

spielt demgegenüber die tatsächliche Nutzung der Räume im Widerspruch zu der vereinbarten Zweckbestimmung, zB als vorübergehendes Möbellager, weil der Mieter inzwischen eine andere Wohnung bezogen hat.²⁰ Werden dagegen für Wohnzwecke 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.²¹ 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.²² Wohnraummiete ist dagegen anzunehmen, wenn ein gemeinnütziger Verein für Wohnzwecke nutzbare Räume anmietet, um sie *seinen* Mitgliedern für Wohnzwecke zu überlassen.²³

Wohnraummiete liegt nach dem Gesagten (Rn 8) **zB** vor, wenn Gewerberäume zu **9** Wohnzwecken vermietet werden,²⁴ wenn die Räume an eine Wohngemeinschaft mit ständig wechselnden Untermietern vermietet werden,²⁵ wenn die Räume zu Wohnzwecken genutzt werden und der Vertrag die Nutzung offengelassen hatte²⁶ sowie, wenn ein Hotelappartement an Wohnungssuchende vermietet wird.²⁷ Auch durch Vertrag kann dann nichts anderes bestimmt werden.²⁸ Um gewerbliche Miete handelt es sich dagegen stets bei der Miete von Räumen durch eine **juristische Person**, weil diese keine „Wohnzwecke“ verfolgen kann, selbst wenn sie von vornherein die Absicht hatte, die angemieteten Räume ihrem Geschäftsführer zu Wohnzwecken zu überlassen.²⁹

b) Von Mischmietverhältnissen spricht man, wenn durch einen Vertrag **Wohn- 10 räume 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.³⁰ 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.³¹ Danach richtet sich dann auch die Anwendbarkeit des § 5 WiStG sowie der §§ 557ff.³² Soweit danach die §§ 557ff anwendbar sind, wird jedoch überwiegend ein **Zuschlag zu der Vergleichsmiete** für die

²⁰ BGH NZM 2011, 151.

²¹ BGH LM Nr 1 zu § 554b BGB = WM 1969, 625; OLG Düsseldorf NZM 2004, 743.

²² 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; OLG Frankfurt ZMR 2011, 119, 120; aM *Gregor* WuM 2008, 435, 437f.

²³ OLG Köln ZMR 2004, 31.

²⁴ LG Berlin GE 1989, 101.

²⁵ AG Essen WuM 1987, 88.

²⁶ LG Essen WuM 1990, 506.

²⁷ LG Bonn NJW-RR 1990, 1294 = WuM 1990, 505.

²⁸ LG Berlin GE 1993, 377 = WuM 1993, 396.

²⁹ BGH NJW 2008, 3361 Tz 12 = NZM 2008, 804.

³⁰ OLG Hamburg ZMR 1979, 279.

³¹ OLG Düsseldorf ZMR 2002, 589, 590f = NZM 2002, 739; GE 2006, 647; OLG München ZMR 2007, 119; 2010, 962; KG ZMR 2010, 956; OLG Stuttgart NZM 2008, 726; OLG Karlsruhe WuM 2012, 666, 668; *Bühler* ZMR 2010, 897.

³² OLG Hamburg NJW-RR 1997, 458; OLG München ZMR 1995, 295.

teilverblichliche Nutzung der Räume zugelassen³³, der dann auch außerhalb der §§ 557ff erhöht werden kann.³⁴

- 11 **Gewerbliche Miete** sind danach in der Regel die Vermietung oder Verpachtung einer Gaststätte oder eines Ladens mit Wohnung³⁵ oder die Vermietung einer Anwaltskanzlei oder einer Arztpraxis nebst Wohnung.³⁶ Der **Wohnzweck überwiegt** dagegen zB, wenn nur zwei Zimmer einer großen Wohnung gewerblich genutzt werden.³⁷ In derartigen Fällen handelt es sich selbst dann um Wohnraummiete, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben.³⁸ Überhaupt ist in **Zweifelsfällen** zum Schutze des Mieters **Wohnraummiete** anzunehmen.³⁹ Dasselbe gilt wohl, wenn Wohnraum- und Geschäftsraummiete gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁴⁰

III. Abgrenzung

1. Pacht, Leihe

- 12 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 um **Gebrauchsüberlassungsverträge** in der Form der Miete, Pacht oder Leihe.⁴¹ **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,⁴² 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.⁴³
- 13 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.⁴⁴ Je nachdem ist allein Miet- oder Pachtrecht anzuwenden.⁴⁵

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

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

35 OLG Hamm ZMR 1986, 11; KG GE 1995, 1205; OLG Stuttgart NZM 2008, 726; LG Berlin GE 1987, 195.

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

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

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

39 LG Berlin WuM 1989, 6.

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

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

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

43 BGH LM Nr 50 zu § 581 BGB = NJW-RR 1986, 1243; ZMR 1981, 306; OLG Hamm ZMR 1984, 199; OLG Düsseldorf ZMR 2009, 443; OLG Karlsruhe WuM 2012, 666, 667.

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

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

b) Von der **Leihe** (§ 598) unterscheidet sich die Miete allein durch ihre Entgeltlichkeit. **14** Jede **unentgeltliche Überlassung** von Sachen zum Gebrauch ist daher Leihe und nicht etwa Schenkung, da die Schenkung ein Veräußerungs-, kein Gebrauchsüberlassungsvertrag ist.⁴⁶ Selbst bei unentgeltlicher Einräumung eines lebenslänglichen Wohnrechts bedarf der Vertrag (als Leihe) folglich nicht der Schriftform des § 550 oder gar der Beurkundung nach § 516.⁴⁷ 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.⁴⁸

2. Verwahrung. Enge Berührungspunkte weist die Miete ferner mit der Verwahrung **15** (§§ 688ff BGB; §§ 467ff HGB) auf, da äußerlich auch bei der entgeltlichen Verwahrung die Überlassung eines Raums gegen Entgelt zum Gebrauch vorliegt. Die Interessenlage ist indessen bei der Verwahrung eine gänzlich andere als bei der Miete.⁴⁹ 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.⁵⁰ **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.⁵¹ Miete ist daher zB die Überlassung einer Pferdebox⁵² oder von Park- oder Garagenplätzen,⁵³ während es sich bei den so genannten **Pferdeinstallverträgen** um gemischte Verträge handeln dürfte, weil hier der Stallbetreiber auch Obhutspflichten übernimmt.⁵⁴

3. Werkvertrag. Abgrenzungsprobleme zwischen einerseits Miete und andererseits **16** Dienst- oder Werkvertrag sind selten. Reine Miete sind insbesondere Verträge über die Ablagerung von Müll auf einer Müllkippe⁵⁵ oder die Überlassung einer Kiesgrube oder eines Steinbruchs zur Ablagerung von Abfällen⁵⁶ sowie ein so genannter Wartungsvertrag, wenn der Schwerpunkt des Vertrages auf den Nutzung eines Gegenstandes wie zB eines Kopiergerätes liegt.⁵⁷ Abgrenzungsfragen können sich lediglich bei Verträgen ergeben, 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.⁵⁸ Beschränkt sich die Vertragspflicht des

46 BGHZ 82, 354, 356ff = NJW 1982, 820; BGHZ 137, 106, 109 = NJW 1992, 595; BGH LM Nr 5 zu § 598 BGB = NJW 1985, 1553; NJW 1992, 496; NJW-RR 2004, 1566; OLG Stuttgart NZM 2008, 838.

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

48 BGH LM Nr 45 zu § 535 BGB = WM 1970, 853; OGHZ 2, 170 = NJW 1949, 623; OLG Dresden ZMR 2003, 250, 251; OLG Stuttgart NZM 2008, 838.

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

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

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

52 LG Hamburg ZMR 1979, 246.

53 BFHE 166, 191 = NJW 1992, 2782; AG Neuwied NJW-RR 1992, 204; AG Hannover ZMR 2009, 96, 97.

54 Häublein NJW 2009, 2982; str.

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

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

57 OLG Düsseldorf WM 2012, 1105 = NZM 2010, 865.

58 Staudinger Rn 37f; Emmerich JuS 2005, 70; Hilgendorf VersR 1972, 127.

Überlassenden auf die Übergabe der Maschinen oder der Fahrzeuge sowie die Stellung des Bedienungspersonals, so ist grundsätzlich **Miete** mit untergeordneten Tätigkeitspflichten des Vermieters anzunehmen.⁵⁹ 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 ein bestimmtes Werk geschuldet wird.⁶⁰ **Miete** sind daher **zB** Verträge über Baugeräte oder Zelte, selbst wenn der Vermieter als Nebenpflicht die Aufstellung der Geräte oder Zelte übernimmt,⁶¹ die Überlassung eines Pferdefuhrwerks mit Kutscher für einen Betriebsausflug,⁶² Verträge über die Benutzung der Geräte eines Fitness-Centers,⁶³ weiter die Überlassung einer großen EDV-Anlage mit Bedienung⁶⁴ 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.⁶⁵

- 17 **4. Wohnungsrecht**⁶⁶. 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ 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.⁷⁰ – Das Wohnungsrecht muss dem Berechtigten nach den §§ 1093, 1090 Abs 2 und 1019 einen **Vorteil** bieten, so dass das Recht **erlischt**, wenn seine Ausübung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen dauernd **unmöglich** ist.⁷¹ Diese Frage stellt sich vor allem, wenn der Berech-

59 BGH 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; LG Hamburg NJW-RR 1997, 227, 228.

60 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.

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

62 OLG Karlsruhe MDR 1988, 1056.

63 OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 243.

64 OLG Hamm NJW 1989, 2629.

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

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

67 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; *Haegele* Rechtspf 1973, 349.

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

69 LG Wuppertal NJW 1961, 320.

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

71 BGHZ 93, 142 = NJW 1985, 1025; BGH NJW 2007, 1884 Tz 13.

tigte in ein **Pflegeheim umziehen** muss.⁷² Sie ist aber jedenfalls dann zu verneinen, wenn das Wohnungsrecht mit Erlaubnis des Eigentümers einem Dritten überlassen werden kann (§§ 1093, 1092 Abs 1 S 2).⁷³ – Die **Lasten** des Grundstücks muss, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, der Eigentümer tragen.⁷⁴ Trifft diese Pflicht dagegen den Berechtigten, insbesondere in Gestalt der Abwälzung der **Betriebskosten** auf ihn, so ist zu seinen Gunsten auch **§ 556 Abs 3** entsprechend anwendbar.⁷⁵ **Vorauszahlungen** auf die Betriebskosten schuldet der Berechtigten indessen nur, wenn das besonders vereinbart ist.⁷⁶ Fehlen Abreden über diesen Punkt, so ist nach dem BGH für den Regelfall, wohl im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, anzunehmen ist, dass der Wohnungsberechtigte auf jeden Fall die **verbrauchsabhängigen Kosten** wie Strom, Wasser und Heizung tragen muss,⁷⁷ ebenso aber auch die **anteiligen verbrauchsunabhängigen Kosten** der Unterhaltung der Anlagen.⁷⁸ Im Falle der Kollision des Wohnungsrechts mit dem Mietrecht eines Dritten gilt **§ 567**.

IV. Sonderformen

1. Automatenverträge. Verträge über Automaten können nicht einem einheitlichen **18** 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.⁷⁹ Die Gegenleistung des Automatenaufstellers für die Gestattung der Aufstellung besteht gewöhnlich in einer Umsatzbeteiligung des Wirts.

Solche Verträge sind im Grunde **nicht geregelte Gestattungsverträge**,⁸⁰ auf die **19** immer nur von Fall zu Fall einzelne Vorschriften des Schuldrechts entsprechend angewandt werden können.⁸¹ 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.⁸² Die Folge ist zB, dass für Automatenaufstellverträge – mangels Anwendbarkeit des § 550 – keine besonderen **Formerfordernisse** bestehe⁸³ und

⁷² S Brückner NJW 2008, 1111.

⁷³ BGH NJW 2007, 1884 Tz 13; WuM 2009, 184 = NZM 2009, 904 Tz 8; NJW 2012, 3572 Tz 5 f; OLG Oldenburg ZMR 2008, 52; OLG Hamm NJW-RR 2008, 607.

⁷⁴ KG WuM 2006, 576.

⁷⁵ BGH NJW 2009, 3644 Tz 9, 13 ff.

⁷⁶ LG Berlin GE 2010, 272.

⁷⁷ BGHZ 191, 213, 215 Tz 5 = NJW 2012, 522

⁷⁸ BGHZ 191, 213, 216 f Tz 7 ff

⁷⁹ v Olshausen/K Schmidt Rn B 47ff.

⁸⁰ Roquette § 535 Rn 166f.

⁸¹ v Olshausen/K Schmidt Rn B 48; Raisch BB 1965, 26.

⁸² BGHZ 47, 202, 203f = NJW 1967, 1414; BGHZ 51, 55, 56 = NJW 1969, 230; BGH NJW 2002, 3322, 3328 = NZM 2002, 924.

⁸³ BGH (vorige Fn).

dass der Automatenaufsteller den Besitz an den von ihm aufgestellten Automaten behält, so dass deren Entfernung durch den Gastwirt verbotene Eigenmacht darstellt.⁸⁴

- 20 **2. Tankstellenverträge.** 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.**⁸⁵ Der BGH hat daraus den Schluss gezogen, dass für Stationärsverträge von Fall zu Fall auch die kurze Verjährungsfrist des § 548 entsprechend gelten kann.⁸⁶

3. Beherbergungsverträge

Schrifttum

Ganschezian-Fink Rechtsverhältnis zwischen Gast und Gastwirt (1971); *Gitter* Gebrauchsüberlassungsverträge, §§ 7, 8 (S 175ff); *Mittelstein* Miete, 67ff; *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.⁸⁷ Dasselbe gilt für **Pensionsverträge.**⁸⁸ Im Einzelfall kann der Vertrag auch reine Wohnraummiete sein, so etwa bei der Unterbringung von Asylanten in einem Hotel⁸⁹ oder bei der vorübergehenden Vermietung eines Hotelappartements an Wohnungssuchende.⁹⁰
- 22 Der Hotelaufnahmevertrag ist **zustande gekommen**, sobald der Gast telefonisch ein Zimmer reserviert hat.⁹¹ Ein Anspruch auf Abschluss eines Hotelaufnahmevertrages besteht vorher nicht; der Hotelier ist insbesondere nicht gehindert, den Abschluss eines Vertrages mit Personen, die ihm aus irgendeinem Grunde nicht genehm sind, abzulehnen (so genanntes **Hausverbot**).⁹² Sobald jedoch einmal ein Vertrag zu Stande gekommen

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

85 BGHZ 52, 171, 175 = NJW 1969, 1662; BGHZ 83, 313, 316ff = NJW 1982, 1692; OLG Stuttgart NJW 1964, 2255; OLG Düsseldorf WM 1985, 727.

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

87 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.

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

89 OLG Hamm ZMR 1995, 206.

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

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

92 BGH NJW 2012, 1725 Tz 8, 19 ff. = NZM 2012, 397.

ist, ist auch der Hotelier daran gebunden und muss den Vertrag erfüllen.⁹³ Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Kunde nachträglich wieder zur **Stornierung** des Vertrags berechtigt ist.⁹⁴ Vorrang haben auf jeden Fall etwaige Abreden der Parteien.⁹⁵ 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.⁹⁶

b) Bei Verträgen über die **Aufnahme von Patienten** in Sanatorien und **Kliniken** **23** 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.⁹⁷ Das gilt gleichermaßen für Kassen- wie für Privatpatienten.⁹⁸ **Internatsverträge** sind gleichfalls überwiegend Dienstverträge zugunsten der aufgenommenen Kinder. Für ihre Kündigung gelten mithin die §§ 626 und 628 und nicht etwa mietrechtliche Regeln.⁹⁹ IdR werden diese Verträge fest jedoch fest für die Dauer der Ausbildung der Kinder geschlossen.¹⁰⁰

Als **Verträge über betreutes Wohnen** bezeichnet man Verträge über Plätze in Wohnheimen, bei denen der Betreiber des Heims für den Notfall zusätzlich Betreuungsleistungen vorhält. Solche Verträge sind je nachdem, worauf der Schwerpunkt liegt, **Miet- oder Dienstverträge**.¹⁰¹ Sie müssen vor allem von den so genannten **Heimverträgen** unterschieden werden. Man versteht darunter Verträge über die Unterbringung insbesondere älterer und gebrechlicher Personen in Heimen. Diese Verträge hatten eine partielle gesetzliche Sonderregelung in dem **HeimG** in der Fassung von 2001 gefunden,¹⁰² an dessen Stelle mit Wirkung vom 1. Oktober 2009 das **Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WVBVG)** vom 29.7.2009 getreten ist.¹⁰³ Die **Definition** des neuen Vertragstyps findet sich im Anschluss an die herkömmliche Definition der Heimverträge in § 1 des Gesetzes. Nach § 3 des Gesetzes treffen den Unternehmer vor Abschluss des Vertrages umfangreiche **Informationspflichten**. Der Vertrag bedarf der Schriftform (§ 6 aaO). Die **Leistungen** des Unternehmers entsprechen, soweit es um die Unterbringung der Verbraucher geht, denen eines Vermieters (§ 7 Abs 1 aaO)¹⁰⁴, auch die **Haftung** des Unternehmers bei Mängeln seiner Leistungen richtet sich nach mietrechtlichen Grundsätzen (§ 10 aaO). Bei Veräußerung des Wohnraums finden schließlich die **§§ 566 bis 567b** entsprechende Anwendung (§ 5 Abs 2 aaO). **23a**

93 BGH NJW 2012, 1725 Tz 10 ff. = NZM 2012, 397.

94 S *Nettesheim* BB 1986, 547; *Roth* öJBl 1991, 1.

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

96 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.

97 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.

98 BGHZ 175, 333, 338ff = NJW-RR 2008, 1426.

99 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; NJW 2008, 1064, 1065.

100 BGH NJW 2008, 1064, 1065.

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

102 BGBI I, 2970.

103 BGBI 2009 I S 2317; s dazu *Drasdo* NJW 2010, 1174; *S Weber* NZM 2010, 337.

104 OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1683.

24 **4. Gemeinschaften.** 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 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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ Bei der Vermietung an einen **Dritten** sind ebenfalls 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 dann nach überwiegender Meinung zugleich die Befugnis der Mehrheit zur **Vertretung** der Minderheit begründet wird (§ 745 Abs 1).¹⁰⁷ Für die **Einziehung der Miete** gilt § 754 S 2, so dass jeder Teilhaber die gemeinschaftliche Einziehung verlangen kann.¹⁰⁸ Anwendbar ist außerdem **§ 432** mit der Folge, dass auch ein **einzelner Teilhaber** vom Mieter Leistung der ganzen Miete an die Gemeinschaft verlangen kann.¹⁰⁹ Ein einzelner Teilhaber ist außerdem befugt, den Duldungsanspruch der Vermieter aus § 555d allein gegen den Mieter zu verfolgen.¹¹⁰

25 **5. Genossenschaften.** 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.¹¹¹ In diesem Fall bestehen grundsätzlich **zwei selbstständige Rechtsverhältnisse** nebeneinander, die jeweils ihren eigenen Regeln folgen.¹¹² Deshalb kann in der Satzung einer Genossenschaft zB bestimmt werden, dass die Genossen bei Abschluss eines Mietvertrages verpflichtet sein sollen, zusätzliche Geschäftsanteile zu zeichnen; darin liegt keine Umgehung des § 551.¹¹³ Wegen der Trennung und Unabhängigkeit der beiden Rechtsverhältnisse (Mitgliedschaft und Mietvertrag) ist die Genossenschaft nicht gehindert, von den Mitgliedern bei Abschluss des Mietvertrages zusätzlich eine **Kaution** zu verlangen.¹¹⁴ Der Vertrag ist idR so lange **unkündbar**, wie der Mieter Mitglied der Genossenschaft ist.¹¹⁵ **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

105 BGH LM Nr 23 zu § 557 BGB = NJW 1998, 372; LM Nr 15 zu § 432 BGB = NZM 2001, 45; NZM 2010, 741; 2010, 898; OLG Hamburg NJW-RR 2002, 1165.

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

107 BGHZ 56, 47, 49ff = NJW 1971, 1265; BGH LM Nr 1 zu § 2038 BGB = RdL 1951, 87; NZM 2010, 741 = ZIP 2010, 1690 Tz 3, 9; NJW 2011, 61, 63 Tz 20 = NZG 2010, 1421.

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

109 BGH LM Nr 15 zu § 432 BGB = NZM 2001, 45, 46; LM Nr 1 zu § 743 BGB = NJW 1958, 1723; LM Nr 46 zu § 387 = BGB NJW 1969, 839; NJW 2005, 3781, 3782 = NZM 2005, 941.

110 BGH NZM 2011, 849 Tz 18ff = WuM 2011, 676.

111 BGH NJW-RR 2004, 12; 2006, 1383; GE 2012, 889 Tz 10; OLG Hamburg WuM 1990, 542, 543 = ZMR 1991, 28; BayObLG NZM 1998, 369 = WuM 1998, 274 = ZMR 1998, 415.

112 Staudinger Rn 57; *Fefßler/Roth* WuM 2010, 67; *Fefßler/Kegel* WuM 2007, 693; *Roth* NZM 2008, 356; str.

113 LG Regensburg ZMR 2010, 368 = NZM 2010, 360; *Fefßler/Kegel* WuM 2007, 693; *St Roth* NZW 2008, 356.

114 AG Kiel NZM 2012, 610 = ZMR 2010, 201; *Drasdo* NZM 2012, 585, 588f).

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

Mitglied abgeschlossen, so kann sich die Genossenschaft gegenüber ihrem Mitglied 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.¹¹⁶ In der **Insolvenz** des Mitglieds und Mieters findet § 109 Abs 1 S 2 InsO keine Anwendung; der Insolvenzverwalter kann vielmehr selbst die Mitgliedschaft nach § 66 GenG kündigen.¹¹⁷ Die Mieter haben einen Anspruch auf **Gleichbehandlung**. Das ist besonders wichtig hinsichtlich der Vertragsgestaltung und der **Miethöhe**. Insoweit kommt daher eine **unterschiedliche Behandlung** der Mieter und Genossen nur in Betracht, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt.¹¹⁸ Jedoch muss die Genossenschaft nicht jede von der Marktlage erzwungene **Mietsenkung** bei Neuabschlüssen auch den alten Mietern einräumen,¹¹⁹ während besonders niedrige Mieten nach § 313 angepasst werden können, insbesondere bei Wegfall der früheren Steuervergünstigung nach dem WGG.¹²⁰

6. Sonstiges. Bei Besuchen von **Restaurants** tritt das Mietvertragsselement meistens **26** gegenüber dem Kauf- oder Werkvertragsselement ganz in den Hintergrund.¹²¹ Verträge über die Benutzung von **Vergnügungseinrichtungen** wie Schiffschaukeln, Kegelbahnen oder Autoscootern sind dagegen in erster Linie Miete, so dass die Benutzer den Schutz des § 536a genießen.¹²² Ebenso zu beurteilen sind Verträge über die Benutzung fremder Anschlussgleise oder Verträge, durch die der Grundstückseigentümer einem Dritten das Campieren auf seinem Grundstück erlaubt.¹²³ Mietvertrag ist schließlich auch ein Vertrag über die Bereitstellung eines Gerüsts.¹²⁴ Dagegen handelt es sich bei Verträgen von **Theatern** und vergleichbaren Einrichtungen mit den Besuchern in erster Linie um Werkverträge, freilich mit starken mietrechtlichen Einschlägen.¹²⁵ 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.¹²⁶

V. Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Nach § 311 Abs 2 iVm § 241 Abs 2 trifft den **Vermieter** grundsätzlich eine **Aufklärungs-** **27** **pfl**icht 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.¹²⁷ Jedoch enthalten nach Meinung der Rechtsprechung

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

117 BGHZ 180, 185 = NZM 2009, 474; BGH NZM 2010, 359; *Keßler/Herzberg* NZM 2009, 474.

118 BGH NZM 2010, 121 Tz 12 = WuM 2009, 744 = NJW-RR 2010, 226.

119 LG Berlin NZM 2002, 289; GE 2003, 810.

120 BGH NJW-RR 2006, 1383 = NZM 2006, 693; WuM 2010, 430 Tz 6.

121 AG Burgwedel NJW 1986, 2647.

122 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.

123 OLG Koblenz NJW 1966, 2017.

124 OLG Düsseldorf VersR 1974, 113.

125 AG Hannover NJW 1981, 1219.

126 RGZ 141, 99; OLG Oldenburg NJW 1977, 1780; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 331 = WM 1997, 470; OLG Karlsruhe WM 2012, 1529.

127 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; NJW-RR 2007, 298; 2009, 1101 Tz 12; *Emmerich* NJW 2011, 2121.

die §§ 536ff, soweit es um **Mängel** der Mietsache geht, eine die *cic* ausschließende **Sonderregelung**,¹²⁸ solange der Vermieter nicht geradezu vorsätzlich gehandelt hat.¹²⁹ Das soll sogar für die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung gelten.¹³⁰ Dem ist jedoch nicht zu folgen, weil mit den §§ 536ff keine von dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht abweichende Regelung bezweckt war.¹³¹ – Für den **Mieter** können sich gleichfalls bei Vertragsabschluss Aufklärungspflichten aus *cic* ergeben, insbesondere, wenn mit Rücksicht auf seine Arbeitslosigkeit oder ein Insolvenzverfahren abzusehen ist, dass er unter keinen Umständen in der Lage sein wird, jemals die Miete aufzubringen.¹³²

- 28** Der **Vermieter** muss den Mieter zB unterrichten, wenn die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet ist,¹³³ wenn eine Straßensperrung bevorsteht, so dass der Publikumsverkehr zurückgehen wird,¹³⁴ oder wenn die vermietete Wohnung der Preisbindung aufgrund des WoBindG unterliegt, so dass dem „besserverdienenden“ Mieter eine Fehlbelegungsabgabe droht.¹³⁵ Der Vermieter haftet ferner aus *cic*, wenn er bei dem Mieter den Eindruck eines langfristigen Mietverhältnisses erweckt, anschließend aber sofort das Haus verkauft, so dass der Erwerber wegen Eigenbedarfs kündigen kann.¹³⁶ Dagegen begründet nach Meinung des BGH entgegen einer verbreiteten Meinung die **viel zu niedrige Festsetzung der Betriebskostenvorauszahlungen** grundsätzlich, dh wenn keine besonderen Umstände vorliegen, keinen Vertrauenstatbestand für den Mieter, so dass der Vermieter später nicht an Nachforderungen in beliebiger Höhe gehindert ist; anders soll es sich nur verhalten, wenn er den Mieter geradezu vorsätzlich über die auf ihn vermutlich zukommende Belastung getäuscht hat.¹³⁷ Unrichtige Angaben über die bisher in den fraglichen Räumen erzielten **Umsätze oder Erträge** früherer Mieter bei der gewerblichen Miete können nach hM ebenfalls durchaus eine Haftung des Vermieters aus *cic* nach sich ziehen.¹³⁸ Dasselbe gilt für unzutreffende Angaben des Betreibers eines Einkaufszentrums über den schon erreichten Vermietungsstand bei Verhandlungen mit weiteren Mietern.¹³⁹ Den Mieter treffen im Ausgangspunkt dieselben Aufklärungspflichten wie den Vermieter, etwa hinsichtlich seiner Solvenz oder hinsichtlich der von ihm in Wirklichkeit beabsichtigten Nutzung der gemieteten Räume, dies vor allem dann, wenn es dem Vermieter entscheidend auf diese Punkte ankommt und der Mieter das erkennen kann. Vorrangig ist aber auch hier in jedem Fall die Prüfung, ob sich für den Mieter nicht bereits aus **Ingerenz** eine Aufklärungspflicht ergibt, weil er bei dem Vermieter durch sein ganzes Verhalten einen Irrtum erregt, zB hinsichtlich seiner Zahlungsfähigkeit, so dass er diesen Irrtum des Vermieters noch vor Abschluss des Vertrages korrigieren muss, widrigenfalls er aus *c.i.c.* haftet (§§ 241 Abs. 2, 242 und 311 Abs. 2).

128 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; NJW 2008, 2771 Tz 21 = NZM 2008, 644.

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

130 BGH NJW 2008, 2771 Tz 21 = NZM 2008, 644.

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

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

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

134 LG Berlin GE 1996, 1303.

135 AG Osnabrück WuM 1995, 309.

136 BGH WuM 2010, 512; 2010, 575; OLG Hamm WuM 1981, 102 = OLGZ 1980, 26.

137 BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Tz 14; BGH NJW 2004, 1102 = NZM 2004, 251; NZM 2004, 619 = ZMR 2004, 653; NZM 2012, 83 Tz 14; OLG Düsseldorf GE 2012, 827.

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

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

VI. Abschluss des Mietvertrages

1. Einigung der Parteien. Der Mietvertrag ist erst zustande gekommen, sobald sich die Parteien über sämtliche Punkte geeinigt haben, über die nach dem Willen einer Partei eine Einigung herbeigeführt werden soll (§ 154). Dafür genügt grundsätzlich die **Einigung über die essentialia des Geschäfts**, dh über Gegenstand und Dauer des Vertrags sowie über die Miete.¹⁴⁰ Anwendbar sind außerdem sowohl auf den Abschluss eines Mietvertrages als auch auf eine Vertragsänderung die **§§ 312 und 312a über Haustürgeschäft¹⁴¹ sowie das AGG¹⁴²**. Der Abschluss eines Mietvertrages ist ferner – entgegen § 154 Abs 1 – für den Regelfall anzunehmen, wenn bei den Verhandlungen zwar einzelne Punkte offen geblieben sind, die Parteien aber gleichwohl den Vertrag als wirksam behandeln und durchführen; die **Vertragslücke** ist dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.¹⁴³ 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 folglich 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.¹⁴⁴ Ein **konkludenter Abschluss** des Mietvertrages ist ebenso wie eine konkludente **Änderung oder Verlängerung** des Vertrages gleichfalls jederzeit möglich, wobei die Gerichte häufig im Interesse der *vertraglichen* Regelung der Beziehungen der Beteiligten sehr großzügig verfahren.¹⁴⁵ Ein konkludenter Abschluss ist insbesondere anzunehmen, wenn ein Gegenstand zum Gebrauch unter Umständen überlassen wird, die die Annahme der Unentgeltlichkeit des Geschäfts ausschließen.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷ Ebenso vorstellbar ist aber auch der **Abschluss eines konkludenten Mietvertrages** für die Zwischenzeit, etwa, wenn der Mieter im Falle des Abschlusses eines aufschiebend bedingten Mietvertrages noch vor Eintritt der Bedingung in die Wohnung einzieht¹⁴⁸ oder wenn der Käufer von Räumen bereits vor Vertragsabschluss die Räume übernimmt.¹⁴⁹ Anders hingegen, wenn eine Partei ausdrücklich erklärt, die Überlassung erfolge nur vorläufig bis zum endgültigen Abschluss des Mietvertrages.¹⁵⁰

140 BGHZ 55, 248, 249 = NJW 1971, 653; BGH NZM 2005, 704; KG NZM 2005, 537 = WuM 2005, 336.

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

142 S dazu u die Kommentierung nach § 580a.

143 BGH NZM 2005, 704, 705.

144 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; KG ZMR 2009, 605, 606.

145 BGH NJW 2009, 433 = NZM 2008, 931; KG NZM 2008, 837; OLG Karlsruhe WuM 2012, 666; Artz ZMR 2006, 165; kritisch *Sternel*, in: FS Blank, 2006, S 421.

146 Artz NZM 2005, 367 = WuM 2005, 215; *Eisele* WuM 1997, 533; ebenso wohl BGH NJW 2003, 1317 = NZM 2003, 314.

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

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

149 OLG Köln NZM 1999, 710.

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

- 31** **2. Anfechtung.** 1. Mietverträge können ebenso wie anderen Verträge nach den **§§ 119 bis 123** angefochten werden. **Mehrere Mieter** können das Anfechtungsrecht nur gemeinsam ausüben.¹⁵¹ Die **Wirkungen** der Anfechtung richten sich nach den §§ 142 und 812ff. Unstreitig ist das freilich nur für die Zeit **vor Übergabe** des Mietobjekts,¹⁵² 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.¹⁵³ Dieser Meinung ist nicht zu folgen (s u § 542 Rn 82ff). Für eine Einschränkung der §§ 142 und 812ff besteht auch in der Sache kein Anlass.¹⁵⁴ Die Abwicklung des Vertrages richtet sich dann folgerichtig nach den **§§ 812ff**, wobei gegebenenfalls die Saldotheorie zu beachten ist.¹⁵⁵
- 32** 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.¹⁵⁶ Eine Anfechtung des **Vermieters** nach § 119 Abs 2 wird dagegen bei falschen Vorstellungen über die Zahlungsfähigkeit oder die Einkommensverhältnisse des Mieters in Betracht kommen.¹⁵⁷ Jede Partei kann den Vertrag ferner im Falle einer **arglistigen Täuschung** durch den anderen Teil nach § 123 Abs 1 anfechten, wobei im wesentlichen drei Fälle zu unterscheiden sind, nämlich 1. die vorsätzliche Täuschung über für den Vertrag wesentliche Punkte durch den anderen Teil, 2. die unrichtige Beantwortung zulässiger Fragen durch den anderen Teil sowie 3. die Verletzung einer Aufklärungspflicht durch den anderen Teil im Wege des Verschweigens wesentlicher Umstände.¹⁵⁸ Zulässig sind insbesondere Fragen nach dem Familienstand oder den Einkommensverhältnissen des Mieters.¹⁵⁹ 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,¹⁶⁰ oder hinsichtlich der Art des von ihm in den gemieteten Räumen beabsichtigten Geschäftsbetriebes, wenn diese nach den Umständen offenbar für den Vermieter von entscheidender Bedeutung ist, etwa, weil mit heftigen Reaktionen der Öffentlichkeit auf das geplante Geschäft zu rechnen ist, so dass eine problemlose Durchführung des Vertrags nicht mehr gewährleistet ist.¹⁶¹

VII. Mehrheit von Vermietern

- 33** Mehrere Vermieter können in einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft stehen. Die **§§ 741ff** sind nur anzuwenden, wenn die Vermieter nicht eine Gesellschaft

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

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

153 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.

154 RGZ 102, 225, 226; 157, 173, 174; BGHZ 178, 16, 27ff Tz 33ff = NJW 2009, 1266; BGH GE 2010, 1416 Tz 38 = NZM 2010, 786; *Emmerich PiG* Bd 55 (1998) 39, 49ff = NZM 1998, 692.

155 BGHZ 178, 16, 30f Tz 48ff = NJW 2009, 1266; *M Schmid WuM* 2009, 155.

156 *Dötsch NZM* 2011, 457; *Emmerich PiG* Bd 55 (1998) 39, 51 = NZM 1998, 692.

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

158 S Staudinger Rn 71; *N Fischer ZMR* 2007, 157, 164 ff.

159 LG Landau WuM 1986, 133 = ZMR 1985, 127; LG Mannheim ZMR 1990, 303; *Emmerich PiG* Bd 55 (1998) 39, 52f = NZM 1998, 692.

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

161 BGH NJW 2010, 3362 = NZM 2010, 786; NZM 2010, 788 „Thor Steinar I und II“; s dazu *Emmerich NJW* 2011, 2321 mN.

bilden.¹⁶² 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.¹⁶³ Ebenso wird die Rechtslage in der Regel bei **Miterbengemeinschaften** beurteilt.¹⁶⁴

Für die **Einziehung der Miete** gilt § 754 S 2, so dass jeder Teilhaber die gemeinschaftliche Einziehung verlangen kann.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ Umstritten ist die Rechtslage hinsichtlich der **Kündigung**. Überwiegende Gründe sprechen dafür, im Interesse des Mieters nur eine Kündigung **durch die Vermieter gemeinsam** zuzulassen.¹⁶⁷ Hinsichtlich der **Vermieterpflichten** sind die Vermieter Gesamtschuldner.¹⁶⁸ Eine **Kündigung des Mieters** muss allen Vermietern gegenüber erklärt werden und daher allen zugehen; andernfalls ist sie unwirksam.¹⁶⁹

VIII. Mehrheit von Mietern

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 Lebenspartnern nach dem Gesetz von 2001.¹⁷⁰ In der Mehrzahl der verbleibenden Fälle dürften die Mitmieter dagegen im Innenverhältnis eine **Gesellschaft** bilden (u Rn 36ff).¹⁷¹ Gleichsam auf der Grenze zwischen diesen beiden Gestaltungen stehen die nichtehelichen Lebensgemeinschaften (u Rn 44f; zu Wohngemeinschaften s u § 540 Rn 29f).

1. Gesellschaft. Keine Besonderheiten gelten zunächst, wenn die Gesellschaft der Mieter eine **Außengesellschaft** darstellt, weil dann allein diese Mieterin wird (§ 124 Abs 1 HGB).¹⁷² Anders dagegen, wenn die Mieter wie in der Regel lediglich eine **Innengesellschaft** bilden. In diesem Fall stellt das Mietverhältnis grundsätzlich eine **Einheit** dar, so dass es von den Parteien **nur einheitlich gekündigt** werden kann. Eine **Kündigung des Vermieters** nur gegenüber einem von mehreren Mietern scheidet grundsätzlich aus.¹⁷³ Durch Formularvertrag können sich die Mieter bei der Wohnraummiete auch nicht gegenseitig bevollmächtigen, eine Kündigung entgegenzunehmen oder auszusprechen.¹⁷⁴

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

163 BGHZ 56, 47, 49ff = NJW 1971, 1265; BGH ZIP 2010, 1691 = NZG 2010, 938; OLG Düsseldorf ZMR 1998, 25, 27; OLG Hamburg NZG 1999, 1211, 1213; NZM 2002, 521, 522; str.

164 BGH NJW 2010, 765 Tz 26ff = NZM 2010, 161.

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

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

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

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

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

170 BGBI I, 266.

171 BGHZ 136, 314, 323f = NJW 1997, 3437.

172 *Jacoby* NZM 2008, 111, 112f; *Streyl* NZM 2011, 377.

173 S u § 542 Rn 3ff; 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; NZM 2010, 577 Tz 7; *Streyl* NZM 2011, 377; einschränkend *Eckert* in *Gedschr Sonnenschein*, 313, 325ff.

174 KG GE 2004, 753.

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 (s Rn 38). 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.¹⁷⁵ Gesamtwirkung hat insbesondere die **Insolvenz** eines der Mieter, so dass der Verwalter nach § 109 Abs. 1 InsO das Mietverhältnis einheitlich kündigen kann.¹⁷⁶

37 Die **Mieter** können gleichfalls grundsätzlich **nur gemeinsam kündigen**. Die Kündigung eines Mieters allein ist unwirksam.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸ Mangels abweichender Abreden der Parteien sind hierfür die **§§ 730ff** maßgebend.¹⁷⁹ 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 berechnigte Interessen der anderen Mieter entgegenstehen.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹ Für **Aufhebungsverträge** dürften dieselben Regeln gelten.¹⁸² Der bloße **Auszug** eines der Mieter aus den gemeinsam gemieteten Räumen allein beendet dagegen den Vertrag mit ihm noch nicht.¹⁸³

38 Hinsichtlich der **Mieterpflichten** sind die Mitmieter **Gesamtschuldner**, so dass der Vermieter nach seinem Belieben jeden Mieter auf Zahlung der Miete oder der Betriebskosten in Anspruch nehmen kann (§§ 421 und 427)¹⁸⁴ und **Vertragsverletzungen** grundsätzlich nur für und gegen denjenigen Mitmieter wirken, der sie begangen hat (**§ 425**).¹⁸⁵ Jedoch kann sich aus den Umständen etwas anderes ergeben.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ Auch hinsichtlich der **Rückgabe** der Mietsache wird häufig von einem konkludenten Ausschluss des § 425 ausgegangen, so dass dann jeder Mieter für eine schuld-

175 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.

176 BGH WM 2013, 809; OLG Hamburg NZM 2012, 684 mN.

177 OLG Celle ZMR 2002, 187; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 298; *Eckert* in Gedschr Sonnenschein (2003) 313, 319ff.

178 LG Berlin NJW-RR 1999, 1387 = NZM 1999, 998; GE 2001, 929; *Eckert* in Gedschr Sonnenschein (2003) 313, 322ff.

179 LG Berlin GE 2001, 929.

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

181 BGH (vorige Fn).

182 S u § 542 Rn 4, 70ff; *Staudinger* Rn 79 m Nachw.

183 LG Berlin NJW-RR 1999, 1387 = NZM 1999, 998; s *Eckert* in Gedschr Sonnenschein (2003) 313, 322ff; *Sonnenschein* PiG Bd 57 (1999) 209 = NZM 1999, 977.

184 BGH NZM 2010, 577 Tz 7ff; WM 2013, 809 Tz 22.

185 LG Berlin NZM 2003, 311.

186 Rn 36; OLG Celle MDR 1998, 1896, 1897; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 96, 97; LG Berlin NJW-RR 2002, 1452; GE 2004, 236.

187 OLG Celle MDR 1998, 1896, 1897; LG Berlin NJW-RR 2002, 1452; GE 2004, 236.

hafte Verletzung der Rückgabepflicht durch einen anderen Mitmieter haften muss.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ Der ausgezogene Mieter muss deshalb auf den in den Räumen verbleibenden Mieter rechtlich und tatsächlich einwirken, um ihn dazu zu bewegen, ebenfalls seiner Rückgabepflicht nachzukommen. Diese Pflicht endet erst, wenn der Vermieter mit dem wohnenbleibenden Mieter einen neuen Vertrag abgeschlossen hat.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹

2. Eheleute. Wenn Eheleute gemeinsam eine Wohnung **mieten**, gilt das über die **39** 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.¹⁹² 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;¹⁹³ eine Vermutung hierfür besteht jedoch nicht.¹⁹⁴ Ebenso gut vorstellbar ist auf der anderen Seite die nachträgliche Genehmigung des Vertrages, der von einem der Ehegatten ohne Bevollmächtigung des anderen abgeschlossen wurde, seitens des anderen Ehegattens oder 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.¹⁹⁵ Für den Fall des Todes eines Ehegatten ist die Sonderregelung des § 563 zu beachten. **Kinder** sind dagegen grundsätzlich in keinem Fall Parteien des von ihren Eltern abgeschlossenen Mietvertrages, selbst wenn sie in diesem als Beteiligte erwähnt werden, weil (natürlich) die Eltern keine Haftung der Kinder für etwaige Mietschulden der Eltern begründen wollen.¹⁹⁶

Schließt nur einer der Ehegatten den **Mietvertrag** ab, so wird er allein Mieter. Der **40** andere Ehegatte und die Kinder sind jedoch in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen (§§ 311 Abs 3, 328, 536a).¹⁹⁷ Aus der Gleichberechtigung der Eheleute (Art 3 GG) folgt, dass dann auch derjenige Ehepartner, der nicht Mieter ist, ein **Besitzrecht** an der Ehwohnung erlangt.¹⁹⁸ Die notwendige Folge ist, dass – entgegen einer nach wie vor verbreiteten Meinung¹⁹⁹ – für die **Räumungsvollstreckung** gegen die Eheleute ein **Titel** gegen den

188 S § 546 Rn 6; BGHZ 65, 226, 228f = NJW 1986, 287; OLG Düsseldorf ZMR 1987, 377 = NJW-RR 1987, 1371; NJW-RR 1987, 911; LG Frankfurt ZMR 2009, 858.

189 BGHZ 131, 176, 182f = NJW 1996, 515; KG WuM 2006, 529.

190 OLG Frankfurt ZMR 2009, 603, 604.

191 BGH WM 2013, 809 Tz 22; LG Berlin ZMR 1999, 712; *Streyll* NZM 2011, 377.

192 *Streyll* NZM 2011, 377.

193 OLG Düsseldorf WuM 1989, 362; OLG Schleswig WuM 1992, 674, 675; LG Mannheim ZMR 1993, 415 = NJW-RR 1994, 274.

194 BGHZ 125, 175, 179f = NJW 1994, 1649; LG Berlin GE 2002, 189f; ZMR 1998, 347, 348; LG Osnabrück WuM 2001, 438; *Paschke* WuM 2008, 59; anders OLG Düsseldorf ZMR 2000, 210.

195 BGH NJW 2005, 2620 = NZM 2005, 659; *Paschke* WuM 2008, 59.

196 LG Berlin ZMR 2011, 463.

197 OLG Hamm FamRZ 1977, 318.

198 BGHZ 159, 383, 384f = NJW 2004, 3041.

199 S m Nachw *Schuchke* NZM 1998, 58.

Mieterehegatten 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.²⁰⁰ Der **Herausgabeanspruch** gegen ihn folgt in diesen Fällen aus dem entsprechend anwendbaren § 546 Abs 2.²⁰¹ Entbehrlich ist dagegen ein weiterer **Titel gegen etwaige Kinder** der Eheleute, die mit ihnen die Wohnung teilen, selbst wenn sie volljährig sein sollten.²⁰²

- 41 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.²⁰³ Bei einer intakten Ehe kann der Vermieter jedoch grundsätzlich darauf vertrauen, dass der kündigende Ehegatte mit Vollmacht des anderen Ehegatten handelt.²⁰⁴ Außerdem können die Rechte aus dem Mietvertrag von jedem der beiden Mieterehegatten, freilich nur mit Antrag auf Leistung an beide gemeinsam, geltend gemacht werden.²⁰⁵
- 42 Kein Ehegatte kann sich einseitig durch bloßen **Auszug** aus der Wohnung aus dem Mietverhältnis lösen. Die **Aufhebung** des Mietvertrages mit einem der beiden Eheleute ist vielmehr nur im **Zusammenwirken aller drei Beteiligten** möglich.²⁰⁶ Für diese Fälle favorisiert **BGH** heute eine Lösung, deren Kern darin besteht, dass der ausziehende Ehegatte nach § 242 und analog §§ 730ff gegen den anderen einen **Anspruch auf Mitwirkung bei der Kündigung** hat, sofern dem nicht dem Einzelfall überwiegende Interessen des anderen Ehegatten entgegenstehen.²⁰⁷ Es wird deshalb im Ergebnis so angesehen, als hätten die Beteiligten den alten Mietvertrag durch einen neuen Vertrag allein mit dem wohnenbleibenden Mieter ersetzt, so dass fortan auch nur dieser die Miete schuldet.²⁰⁸
- 43 Im Falle des **Getrenntlebens** der Ehegatten richtet sich die Zuweisung der Wohnung nach **§ 1361b**; während des Scheidungsverfahrens waren außerdem zunächst bis August 2009 ergänzend die **§§ 620 Nr 7 und 621 Abs 1 Nr 7 ZPO** zu beachten. Für die Zeit **nach Scheidung** der Ehe galt ferner zunächst die im Jahre 1944 als 6. Durchführungsverordnung zum EheG erlassene **HausratsVO** fort.²⁰⁹ An die Stelle dieser Vorschriften sind im Zuge der FGG-Reform die **§§ 1568a und 1568b BGB** sowie die **§§ 49ff, 200 und 266 FamFG** getreten. Wenn sich die Ehegatten nicht einigen, hat danach ein Ehegatte gegen den anderen unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Überlassung der Ehewohnung, über den das Familiengericht entscheidet.²¹⁰ Eine vergleichbare Regelung besteht für eingetragene **Lebenspartnerschaften** aufgrund des § 18 des Gesetzes vom 16. Februar

200 Geklärt durch BGHZ 159, 383, 385ff = NJW 2004, 3041; BGH NJW 2008, 1959; WuM 2008, 465 Tz 27.

201 OLG Schleswig WuM 1992, 674, 677 = ZMR 1993, 69.

202 BVerfG NJW-RR 1991, 1101; BGH NJW 2008, 1959; Scholz ZMR 2009, 99.

203 BayObLG WuM 1983, 107; OLG Koblenz ZMR 1984, 30, 31; LG Mönchengladbach WuM 2003, 204; Paschke WuM 2008, 59ff; Streyll NZM 2011, 377.

204 LG Mönchengladbach ZMR 1986, 438; 1986, 439; Paschke WuM 2008, 59ff.

205 BGH NZM 2005, 335 = WuM 2005, 237, 238.

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

207 S Staudinger Rn 87; OLG Köln WuM 2006, 511; OLG Hamburg NZM 2011, 311; Paschke WuM 2008, 59, 61.

208 S schon o Rn 37; BGH NJW 2004, 1797 = NZM 2004, 419; NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341; NJW 2005, 2620, 2621; OLG Köln WuM 2006, 511, 512; OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 887; Paschke WuM 2008, 59, 60f.

209 RGBI I, 256.

210 S dazu Staudinger Rn 88; Beuermann GE 2009, 1358; Brudermüller NZM 2010, 383; Götz/Brudermüller NJW 2010, 5.

2001²¹¹ sowie aufgrund des Gewaltschutzgesetzes vom 11. Dezember 2001,²¹² wenn bei auf Dauer angelegten Lebenspartnerschaften ein Partner gegenüber dem anderen Gewalt angewandt oder auch nur angedroht hat.

3. Sonstige Partnerschaften. Die besonderen Regeln für Eheleute (o Rn 39–43) **44** finden **keine Anwendung auf nichteheliche** Lebensgemeinschaften.²¹³ 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.²¹⁴ Nach der Aufnahme besteht zwischen den beiden Partnern grundsätzlich nur ein **tatsächliches, kein rechtliches Verhältnis**, so dass der mietende Teil von dem anderen Teil spätestens nach Beendigung der Lebensgemeinschaft jederzeit **Räumung** sowie, solange der andere Teil diesem Verlangen nicht nachkommt, die Zahlung einer Nutzungsentschädigung verlangen kann.²¹⁵ – Eine vertragliche Regelung des Verhältnisses ist zwar möglich, aber nicht zu vermuten.²¹⁶ Verlangt der Vermieter Räumung, so muss er gegebenenfalls einen **Titel** gegen beide Partner erwirken, sofern beide tatsächlich Besitz haben; dies muss vom Gerichtsvollzieher im Einzelfall konkret festgestellt werden.²¹⁷

Wenn der Vertrag **von beiden** Partnern **abgeschlossen** wurde, gelten auch hier **44a** ergänzend die Regeln, die oben für den Fall einer Mehrheit von Mietern entwickelt wurden (o Rn 35ff). Es ist daher in erster Linie von der Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln auszugehen.²¹⁸ 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.²¹⁹ Wenn und solange dies nicht möglich ist, muss der wohnenbleibende Partner den anderen im Innenverhältnis von der Belastung mit den Mietansprüchen freistellen (§§ 426, 738).²²⁰ 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 Aufhebung des Mietvertrages mit diesem sieht, der der andere Partner nach Treu und Glauben nicht widersprechen kann, wenn er in der Wohnung wohnen bleibt.²²¹

IX. Besondere Vertragsgestaltungen

1. Vormietrecht. Unter einem Vormietrecht versteht man das Recht einer Person, **45** in den von dem Vermieter mit einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag einzutreten.

²¹¹ BGBl I, 266.

²¹² BGBl I, 3513; s *Schach* GE 2002, 313, 314f.

²¹³ Staudinger Rn 89f; *Paschke* WuM 2008, 59, 61f; *Schach* GE 2002, 313; *Schrader* NZM 2010, 257.

²¹⁴ S dazu u § 540 Rn 3; *Staudinger* Rn 90.

²¹⁵ BGHZ 176, 262, 267, 273f = NJW 2008, 2333.

²¹⁶ BGHZ 176, 262, 268 Tz 17f = NJW 2008, 2333.

²¹⁷ BGH NJW 2008, 1959 Tz 13ff.

²¹⁸ LG Koblenz NJW-RR 2001, 1162.

²¹⁹ OLG Düsseldorf WuM 2007, 567 = ZMR 2007, 960.

²²⁰ 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.

²²¹ S o Rn 37; BGH NJW 2004, 1797 = NZM 2004, 419; NJW 2005, 1715 = WuM 2005, 341.

Gemäß den hier entsprechend anwendbaren §§ 463ff über den Vorkauf²²² handelt es sich bei dem Vormietrecht um einen **doppelt aufschiebend bedingten Mietvertrag**, wobei die erste Bedingung in dem Abschluss eines Mietvertrags zwischen dem verpflichteten Vermieter und einem Dritten und die zweite Bedingung in der Ausübung des Vormietrechts durch den Begünstigten besteht.²²³ Die **Ausübung des Vormietrechts** hat zur Folge, dass zwischen dem Begünstigten und dem verpflichteten Vermieter ein neuer Mietvertrag mit dem Inhalt des ersten Mietvertrages zustande kommt.²²⁴ Voraussetzung ist, dass sich der Berechtigte vorbehaltlos zur Übernahme der Pflichten aus dem ersten Vertrag bereit erklärt.²²⁵

46 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 Grundstücksmiete binnen einer **Ausschlussfrist von zwei Monaten** ausgeübt werden muss (§ 469).²²⁶ Weder die Begründung eines Vormietrechts noch dessen Ausübung durch den Berechtigten bedürfen der **Form** des § 550 (§ 464 Abs 1 S 2).²²⁷ 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.²²⁸ Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil § 550 keine Ausnahme für Vormietrechte enthält.

47 **2. Optionen.** Optionen oder Optionsrechte kommen in unterschiedlichen **Erscheinungsformen** vor.²²⁹ 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.²³⁰

48 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

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

223 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* ZMR 1976, 1; anders *Michalski* ZMR 1999, 1f.

224 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.

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

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

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

228 S *Michalski* ZMR 1999, 1, 2f.

229 S *Staudinger* Rn 99ff; *Georgiades* in: FS Larenz (1973) 409; *Henrich* Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965).

230 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).

müssen, wenn nicht ausdrücklich etwas anders vereinbart ist.²³¹ Die formgerechte und rechtzeitige Ausübung des Optionsrechts bewirkt, dass der **alte Vertrag weiterläuft**. Es wird nicht etwa ein neuer Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen.²³² Die Folge ist, dass es grundsätzlich auch bei den alten Vereinbarungen, insbesondere hinsichtlich der **Höhe der Miete** bleibt.²³³ Nur im Einzelfall kann die ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass die Verlängerungsoption allein gegen eine angemessene Erhöhung der Miete ausgeübt werden darf.²³⁴

Wenn für die Ausübung des Optionsrechts in dem Vertrag eine bestimmte **Frist** vorgesehen ist, muss das Recht innerhalb der Frist ausgeübt werden.²³⁵ Enthält der Vertrag jedoch keine Regelung über die Ausübungsfrist, so kann das Recht **bis Vertragsende ausgeübt** werden,²³⁶ während eine Ausübung nach Vertragsende grundsätzlich keine Wirkung mehr äußert, selbst wenn der Vertrag nach § 545 weiterläuft.²³⁷ 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 § 550.²³⁸ 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.²³⁹

3. Abstandszahlungen. 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).²⁴⁰ Der Gesetzgeber des 4. Mietrechtsänderungsgesetzes von 1993²⁴¹ 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.²⁴² **§ 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.²⁴³

§ 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 Mietver-

²³¹ 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.

²³² BGH LM Nr 18 zu § 18 1. BMG = NJW 1986, 551; LM Nr 57 zu § 535 BGB = WM 1975, 222.

²³³ OLG Düsseldorf ZMR 1995, 347 = WuM 1995, 433.

²³⁴ OLG Düsseldorf ZMR 2000, 172 = WuM 2000, 77; KG ZMR 2009, 605, 606.

²³⁵ OLG Düsseldorf ZMR 1991, 378; 1992, 52; OLG Hamburg WuM 1998, 160, 161.

²³⁶ OLG Düsseldorf MDR 1981, 847; ZMR 2008, 785, 786.

²³⁷ OLG Köln ZMR 1996, 433 und 495; OLG Frankfurt NZM 1998, 1006.

²³⁸ BGH LM Nr 18 zu § 566 BGB = NJW-RR 1987, 1227; OLG Hamburg WuM 1998, 160, 161; OLG Frankfurt NZM 1998, 1006; OLG Köln NZM 2006, 464; *Schultz*, in: FS Blank, 2006, S 377, 395f; – anders *Börstinghaus* 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, 377.

²³⁹ BGH LM Nr 18 zu § 566 BGB = NJW-RR 1987, 1227; LG Berlin GE 1991, 405.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ BGBI I, 1257.

²⁴² Zur Kritik s *Emmerich* PiG Bd 43 (1994) 177; 185; *ders* DWW 1993, 313, 318.

²⁴³ *Blank* WuM 1993, 514.

trag 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).²⁴⁴ Die Regelung ist entsprechend anzuwenden auf vergleichbare Abreden, zB auf eine Vereinbarung über die Ablösung von Investitions- oder Renovierungskosten des Vormieters.²⁴⁵ Die praktische Bedeutung der ganzen überflüssigen Regelungen scheint heute nur noch gering zu sein.

- 52 **4. Hausordnung.** 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.²⁴⁶ Ihre Verbindlichkeit für die Mieter ist daher nur unproblematisch, wenn der Mietvertrag auf sie Bezug nimmt (§ 305 Abs 2).²⁴⁷ **Ohne Bezugnahme in dem Mietvertrag** steht dem Vermieter dagegen – entgegen einer verbreiteten Meinung²⁴⁸ – weder ein Recht zur einseitigen Aufstellung noch zur einseitigen Änderung der Hausordnung zu.²⁴⁹ Durch Hausordnungen dürfen ferner lediglich die **Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs konkretisiert** oder präzisiert werden.²⁵⁰ Dagegen ist es unzulässig, in ihnen dem Mieter neue oder zusätzliche Pflichten aufzuerlegen.²⁵¹ 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.²⁵²

X. Inhaltsschranken

- 53 **1. Sittenwidrigkeit.** 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 früher²⁵³ 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.²⁵⁴
- 54 **2. Gesetzliche Verbote.** Gesetzliche Verbote, deren Verletzung zur Nichtigkeit von Mietverträgen führen kann (§ 134), sind ausgesprochen selten.²⁵⁵ Beispiele sind außer den beiden strafrechtlichen **Wucherverboten** (Rn 55) insbesondere Verstöße gegen gesetzliche Preisvorschriften, soweit noch vorhanden, Mietverträge zur Umgehung der Konzessi-

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

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

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

247 AG Frankfurt WuM 1985, 19.

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

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

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

251 LG Frankfurt WuM 1988, 120 = NJW-RR 1988, 782; LG Marburg NJW-RR 1990, 1484; LG Berlin WuM 1992, 599.

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

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

254 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.

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

onsbestimmungen der §§ 2 und 3 GaststättenG,²⁵⁶ 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.²⁵⁷ Die meisten anderen Verbote des Abschlusses bestimmter Mietverträge werden dagegen, überwiegend wohl aus Mieterschutzerwägungen, **nicht als gesetzliche Verbote** im Sinne des § 134 eingestuft. Die beiden wichtigsten Fälle sind Verstöße gegen **§ 4 WoBindG** und gegen die verschiedenen **Zweckentfremdungsverbote**.²⁵⁸ Dasselbe gilt für Verstöße gegen sonstige bau- oder planungsrechtliche Vorschriften sowie gegen die Steuergesetze.²⁵⁹ Wieder anders behandelt werden die verschiedenen Wucherverbote (u Rn 55f).

3. Wucher

a) Unsere Rechtsordnung kennt verschiedene Wucherverbote. Die wichtigsten finden **55** 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**,²⁶⁰ 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.²⁶¹ Die maßgebliche **Grenze** liegt im Falle des § 5 WiStG bei einer Überschreitung der Vergleichsmiete um 20 %²⁶² sowie im Falle des § 291 StGB bei einer Überschreitung der konkreten Vergleichsmiete um 50 %.²⁶³ Verstöße gegen **§ 138 BGB** führen dagegen, jedenfalls bei der gewerblichen Raummiete, grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrages insgesamt.²⁶⁴

b) Wucher setzt nach **§ 138 Abs 2** geradezu die **Ausbeutung**, dh die bewusste Aus- **56** nutzung der schwächeren Position des Mieters voraus. Da sich dies in der Regel nachweisen lässt, weichen die Gerichte seit langem wo immer möglich – unter Verstoß gegen die Systematik des Gesetzes – auf Abs 1 der Vorschrift unter dem Gesichtspunkt des **wucherähnlichen Geschäfts** aus.²⁶⁵ Ein solches soll vorliegen, 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. Ein **auffälliges Missverhältnis** der beiderseitigen Leistungen wird bei der **Wohnraummiete** bereits angenommen, wenn die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete um rund **50 % übersteigt**.²⁶⁶ Anders wird die Rechtslage dagegen bei sonstigen Mietverhältnissen, insbesondere also bei der **gewerblichen Raummiete** (§ 578)

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

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

258 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.

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

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

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

262 BVerfG und BGH (Fn 244); OLG Frankfurt WuM 1985, 139; 2000, 537, 538f.

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

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

265 Berechtigte Kritik bei *Schünemann*, in: FS Brandner, 1996, S 279, 286 ff und in: FS Georgiades, 2006, S 1087, 1109 ff.

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

beurteilt.²⁶⁷ Hier kann ein wucherähnliches Geschäft erst angenommen werden, wenn die vereinbarte Miete, und zwar im Augenblick des Abschlusses des Mietvertrages, die Vergleichsmiete **um rund 100 % überschreitet**,²⁶⁸ wobei als Vergleichsmaßstab grundsätzlich nur die **Marktmiete** in Betracht kommt,²⁶⁹ und zwar die Marktmiete verstanden als **empirische Größe**, die in jedem Einzelfall gesondert ermittelt werden muss.²⁷⁰ Hinzu kommen müssen noch (mit Rücksicht auf § 138 Abs 2) **weitere erschwerende Umstände**.²⁷¹ Dafür genügt aber bereits die grobfahrlässige Ausnutzung der schwächeren Lage des Mieters durch den Vermieter, wofür bei Privatleuten zudem häufig eine **Vermutung** spricht, sofern zwischen den Leistungen der beiden Parteien ein auffälliges Missverhältnis besteht.²⁷² Anders verhält es sich angesichts der bekannten Intransparenz der meisten Miet- und Pachtmärkte insoweit jedoch häufig bei der gewerblichen Miete oder Pacht, so dass dann die verwerfliche Gesinnung des Vermieters des positivem Nachweises bedarf.²⁷³ Die **Beweislast** trägt derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft.²⁷⁴

§ 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

I. Gegenstand — 2	3. Bauliche Veränderungen — 21
II. Überlassungspflicht — 7	4. Anlagen des Mieters — 23
III. Erhaltungspflicht — 10	5. Die Unterbringung der Sachen des Mieters — 26
IV. Insbesondere Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht — 14	6. Musikausübung — 27
V. Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs — 18	7. Tierhaltung — 28
1. Wohnräume — 19	8. Heizung — 31
2. Gewerbliche Miete — 20	VI. Lastentragung — 34
	1. Überblick — 34

²⁶⁷ S *Emmerich* JuS 1999, 1230.

²⁶⁸ 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; NJW 2008, 3210 Tz 21; NJW 2012, 2099 Tz 13 ff; OLG Düsseldorf GE 2011, 1369; *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft, 113, 191ff; *Usinger* NZM 1998, 641.

²⁶⁹ BGH (vorige Fn); BGHZ 154, 154, 159f = NJW 2003, 1596.

²⁷⁰ BGH NZM 2002, 822, 823 = NJW-RR 2002, 1521; NZM 2004, 741 = ZMR 2004, 802.

²⁷¹ BGH NJW 2010, 363.

²⁷² Ausführlich *St Jung* Das wucherähnliche Rechtsgeschäft, 113ff.

²⁷³ 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; NJW 2008, 3210 Tz 23; OLG Düsseldorf GE 2011, 1369; 2011, 1617.

²⁷⁴ BGHZ 154, 154, 164f = NJW 2003, 1596.

- 2. HeizkostenVO — 38
- 3. Umlage der Kosten, Vorauszahlungen — 40
- 4. Abrechnung — 44
- VII. Miete — 47
- VIII. Nebenleistungspflichten des Mieters — 52
 - 1. Abnahme- und Betriebspflicht — 52
 - 2. Obhutspflicht — 54
 - 3. Besichtigungsrecht — 56

Alphabetische Übersicht

- Abnahmepflicht — 52
- Abrechnung — 44ff
- Anlagen des Mieters — 23ff
- Antenne — 24f
- Außenflächen — 6
- Bauliche Veränderungen — 21f
- Beleuchtungspflicht — 17
- Besichtigungsrecht — 56
- Betriebspflicht — 52
- Erfüllungsort — 51
- Erhaltungspflicht — 10ff
 - Instandhaltungspflicht — 14ff
 - Konkurrenzschutz — 11ff
 - Schutz gegen Lärm — 13
 - Schutz gegen Störungen — 13f
 - Verkehrssicherungspflicht — 14
- Fahrstühle — 6, 14
- Fahrzeuge — 5, 50
- Fernsprechanschluss — 23
- Fixgeschäft — 8
- freie Berufe — 12
- Garantie — 9
- Garten — 6
- Gattungsschuld — 2
- Gebrauchspflicht — 52
- Gegenleistung — 47ff
- Gegenstand — 2ff
- Gemeinschaftsantenne — 24f
- Geschirrspülautomat — 23
- Gewerbliche Zwecke — 19f
- Hauptleistungspflichten des Vermieters — 7ff
- Haushaltsgeräte — 3
- Heizkosten — 38ff
- Heizung — 31ff
 - Abrechnung — 44ff
 - Betriebspflicht des Vermieters — 32
 - Bruttomiete — 34, 38
 - Fälligkeit — 43, 45
 - HeizkostenVO — 34, 39
 - Heizpflicht des Vermieters — 31f
 - Kaltmiete — 39
 - Kosten — 38f
 - Pauschalen — 41

- IX. Schönheitsreparaturen — 58
 - 1. Begriff — 58
 - 2. Schuldner — 60
 - 3. Erfüllungsanspruch — 65
 - 4. Rechtslage bei Vertragsende — 67
- X. Reparaturpflicht — 75
 - 1. Überblick — 75
 - 2. Gewerbliche Miete — 76
 - 3. Wohnraumiete — 77

- Umlage der Kosten — 40ff
- Umlegungsmaßstab — 40f
- Verjährung — 45
- Vorauszahlungen — 41f
- Hofbenutzung — 5
- Hundehaltung — 29f
- Insolvenz — 51
- Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht — 14ff
 - Schönheitsreparaturen — 60ff
 - Verkehrssicherungspflicht — 14ff
- Kabelanschluss — 24
- Kaltmiete — 39
- Konkurrenzschutz — 11ff
- Kosten — 15
- Kraftfahrzeuge — 5, 26
- Lärmbelästigungen — 13
- Lastentragung — 34f
- Miete — 47ff
 - Art der Miete — 47f
 - Einmalmiete — 48
 - Einzugsermächtigung — 50
 - Erfüllungsort — 51
 - Erscheinungsformen — 47f
 - Höhe — 47
 - Mehrwertsteuer — 47
 - Nebenkosten — 34ff
 - Teilleistungen — 50
 - Umsatzmiete — 48
 - Umsatzsteuer — 47
- Mieterpflichten — 47ff
 - Abnahmepflicht — 52
 - Besichtigungsrecht des Vermieters — 56
 - Gebrauchspflicht — 52f
 - Instandsetzungspflicht — 75ff
 - Miete — 47
 - Nebenkosten — 34
 - Nebenleistungspflichten — 47, 52f
 - Obhutspflicht — 54
 - Reparaturpflicht — 75
 - Schönheitsreparaturen — 58
- Musikausübung — 27
- Nebenkosten — 34ff

- Nebenleistungspflichten — 47ff, 52ff
- Obhutspflicht — 54
- Parabolantenne — 25
- Plakate — 6
- Prüfungspflicht — 16
- Reinigungspflicht — 17
- Reparaturpflicht — 75ff
 - Bagatellschäden — 76
 - Beteiligungsklausel — 77
 - Formularverträge — 76
 - Gewerbliche Miete — 75
 - Grenzen — 76f
 - Vornahmeklausel — 77
 - Wohnraummiete — 76f
- Rundfunk und Fernsehen — 24
- Schlüssel — 3f
- Schönheitsreparaturen — 58ff
 - Abwälzung auf den Mieter — 60f
 - Auszug des Mieters — 62, 72
 - Ausgleichsanspruch — 67
 - Bedarfsklausel — 62
 - Begriff — 58f
 - Erfüllungsanspruch — 65, 69
 - Erfüllungsverweigerung — 72
 - Facharbeiterklausel — 63
 - Fälligkeit — 64
 - Formularvertrag — 61ff
 - Fristsetzung — 65, 69, 71
 - Inhalt — 64
 - Quotenklausel — 62, 69
 - Schaden des Vermieters — 73f
 - Schadensersatzanspruch des Vermieters — 68ff
 - Schuldner — 60f
 - Umbau — 67
 - Vermieterpflicht — 60
 - Verschulden — 70
 - Vertragsende — 66, 69f
 - Wirtschaftsplan — 61, 63f
- Störungen des Mieters — 13
- Telefon — 23
- Tierhaltung — 28ff
 - Erlaubnispflicht — 29
 - Gefährliche Tiere — 28f
 - Genehmigungsvorbehalt — 30
 - Hundehaltung — 29ff
 - Kleintiere — 28
 - Widerruf der Erlaubnis — 30
- Übergabe — 7
- Überlassungspflicht — 7ff
 - Inhalt — 7
 - Haftung — 8
 - vertragsgemäßer Gebrauch — 18ff
 - Verzug — 8f
- Unmöglichkeit — 8f, 15
- Unterbringung der Mietersachen — 26ff
- Verhältnis zwischen mehreren Mietern — 134f
- Verkehrssicherungspflicht — 14
- Vermieterpflichten — 7, 10ff
 - Erhaltungspflicht — 10ff
 - Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs — 18ff
 - Heizung — 31ff
 - Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht — 14ff
 - Konkurrenzschutz — 11f
 - Schönheitsreparaturen — 60ff
 - Überlassung der Sache — 7f
- Versorgungssperre — 47
- vertragsgemäßer Gebrauch — 18ff
 - Anlagen des Mieters — 23ff
 - Antenne — 24
 - bauliche Veränderungen — 21f
 - Briefkasten — 22
 - gewerbliche Nutzung — 19f
 - Haushaltsmaschinen — 23
 - Heizung — 31
 - Musikausübung — 27
 - Parabolantenne — 25
 - Telefon — 23
 - Tierhaltung — 28ff
 - Umstellung des Betriebs — 20
 - Unterbringung der Mietersachen — 26f
 - Waschmaschinen — 23
- vertretbare Sachen — 2
- Verzug des Vermieters — 8
- Vorauszahlungen — 41f
- Warmmiete — 34, 39
- Waschmaschine — 23, 54
- Wettbewerbsverbote — 11
- Wirtschaftsplan — 61, 63, 64
- Zu- und Abgänge — 4, 14

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

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

auf alle am 1. September 2001 bestehenden und später abgeschlossenen Mietverhältnisse anzuwenden (Art 229 § 3 EGBGB).

I. Gegenstand

Gegenstand des Mietvertrages können, wie der Vergleich des § 535 Abs 1 S 1 mit § 581 2 zeigt, **nur Sachen** iS des § 90, dh nur körperliche Gegenstände und deren Teile sein.² Gleich stehen Tiere (§ 90a S 3) und **Standardsoftware**; Verträge über die Nutzung fremder Software über das Internet oder über die Bereitstellung von Speicherkapazitäten auf einem fremden Server sind folglich im Kern Mietverträge.³ **Teile** von Sachen können ebenfalls vermietet werden, wenn an ihnen ein selbständiger Gebrauch möglich ist. Sind die vermieteten Sachen nur der Gattung nach bestimmt, so handelt es sich um eine **Gattungsschuld** (§ 243).⁴ Besonderheiten gelten für derartige Verträge nicht.⁵ Konkretisierung tritt ein, sobald der Mieter die Sachen abgenommen und mit ihrer Benutzung begonnen hat.⁶

Der Mietvertrag erstreckt sich, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, 3 auf die wesentlichen Bestandteile der Sache sowie (entspr § 311c) auf das **Mietzubehör**.⁷ Dazu gehören bei der Raummiete zunächst die **Schlüssel**, so dass der Vermieter dem Mieter mindestens zwei Schlüssel zur Verfügung stellen muss.⁸ Der Vermieter darf keine Schlüssel zurückbehalten, da er kein Zutrittsrecht zu den Räumen des Mieters hat.⁹ Solange dem Mieter nicht alle geschuldeten Schlüssel übergeben wurden, hat der Vermieter seine Übergabepflicht (§ 535 Abs 1 S 1) nicht erfüllt.¹⁰ 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).¹¹ Mitvermietet sind außerdem die eingebauten **Haushaltsgeräte** wie Duschen, Öfen, Wandschränke und Warmwasserbereiter.¹² Dasselbe gilt für Hausbriefkästen¹³ oder eine Einbauküche, so dass deren Entfernung durch den Vermieter eine Vertragsverletzung darstellt.¹⁴

Bei der Raummiete sind ferner grundsätzlich die zu den Räumen gehörigen **Zu- und 4 Abgänge** einschließlich der **Treppen und Flure** mitvermietet.¹⁵ Denn der Vermieter muss dem Mieter und seinen Besuchern einen **jederzeit sicheren Zugang** zu dem Mietobjekt ermöglichen.¹⁶ Der Umfang der Nutzung der fraglichen Flächen und insbesondere der Zugänge, Flure und Treppen durch einzelne Mieter hängt – mangels besonderer Abreden der Parteien – von den Umständen und damit letztlich von einer Abwägung der Interessen

² BGH NJW 2003, 3322, 3323.

³ BGH NJW 2007, 2394 Tz 11, 20ff; str, s Müller-Hengstenberg/Kirm NJW 2007, 2370.

⁴ H Roth JuS 1999, 220, 222.

⁵ S Medicus in: FS Felgentraeger (1969) 309; MünchKomm/Emmerich § 243 Rn 2.

⁶ BGH LM Nr 238 zu § 242 (Cd) BGB = NJW 1982, 873.

⁷ RGZ 47, 197 BGH NJW 2007, 216 Tz 13.

⁸ AG Bad Neuenahr-Ahrweiler WuM 1996, 331.

⁹ AG Bremen WuM 1982, 275.

¹⁰ OLG Naumburg ZMR 2000, 290; OLG Düsseldorf NZM 2004, 946, 947.

¹¹ KG ZMR 2008, 618 = NJW-RR 2008, 1245; LG Hamburg NZM 1999, 410; AG Münster NJW-RR 2003, 1230 = ZMR 2003, 583; enger AG Halle/Saale NZM 2009, 739 = NJW-RR 2009, 1526.

¹² LG Köln NJW-RR 1997, 1440.

¹³ AG München WuM 1989, 231.

¹⁴ BGH LM Nr 13 zu § 567 ZPO = WM 1986, 800, 802.

¹⁵ RG Gruchot 48 (1901), 901; LG Lübeck WuM 1990, 336; AG Altona WuW 1990, 144; Derleder NJW 2007, 812; Flatow NZM 2007, 432.

¹⁶ BGH NJW 2007, 146 = NZM 2007, 37; OLG Düsseldorf GE 2009, 1187; LG Itzehoe ZMR 2010, 191.

der Beteiligten ab.¹⁷ Sofern dadurch nicht Fluchtwege versperrt oder andere Mieter übermäßig belästigt oder sogar gefährdet werden, dürfen vor allem Kinderwagen,¹⁸ Rollstühle und Rollatoren bei Bedarf auch in den Fluren abgestellt werden. Die Zufahrt zu einem Haus muss immer offenbleiben.¹⁹ 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.²⁰ Bei Häusern, die von mehreren Mietern genutzt werden, erstreckt sich der Vertrag außerdem auf die **gemeinschaftlich genutzten Räume** und Gebäudeteile²¹. Beispiele sind neben den zum Haus gehörigen Treppen und Fluren noch Balkone und Terrassen, Böden, Speicher und Keller, Spielplätze und Sandkästen²² sowie Heizungskeller²³ und Waschküchen²⁴. Der **Umfang der Nutzung** dieser Flächen durch einzelne Mieter hängt – mangels besonderer Abreden der Beteiligten – von den Umständen und damit letztlich von einer Abwägung ihrer Interessen ab.²⁵

- 5 **Durchfahrten und Hofräume** sind ebenfalls grundsätzlich zur gemeinsamen Benutzung mitvermietet.²⁶ Jedoch darf der Hofraum grundsätzlich nur zum Be- und Entladen, zum Teppichklopfen und zum Abstellen eines Mülleimers, nach hM dagegen nicht zur **Abstellung von Kraftfahrzeugen** genutzt werden,²⁷ entgegen einer verbreiteten Meinung aber sehr wohl als **Kinderspielplatz**.²⁸ 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.²⁹
- 6 Bei Einfamilienhäusern gilt ein etwaiger **Garten** als mitvermietet.³⁰ Die **Gartenpflege** bleibt aber grundsätzlich, dh wenn nichts anderes vereinbart ist, nach § 535 Abs 1 S 2 Sache des Vermieters.³¹ Übernimmt der Mieter die Gartenpflege, so ist mangels abweichender Abreden der Parteien die Gartengestaltung grundsätzlich Sache allein des Mieters.³² Der Umfang der vom Mieter geschuldeten Arbeiten hängt ebenfalls von den Abreden der Parteien und insbesondere davon ab, ob die Parteien ausdrücklich oder konkludent auf § 2 Nr 10 der BetriebskostenVO vom 25. November 2003³³ Bezug genommen haben; ist dies nicht der Fall, so beschränken sich die vom Mieter geschuldeten Arbeiten grundsätzlich auf einfache Pflegearbeiten³⁴. Die Einzelheiten der **Gartenbenutzung** kann der Vermieter regeln.³⁵ Ohne besondere Abrede umfasst die Gartenbenutzung aber nicht

17 BGH NJW 2007, 146.

18 LG Berlin GE 2012, 1377.

19 LG Lübeck WuM 1990, 336.

20 AG Hamburg WuM 1996, 534.

21 Grdl BGH NJW 2007, 146.

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

23 LG Mannheim MDR 1978, 140; aM AG Lörrach WuM 1996, 215.

24 LG München I ZMR 1969, 15 Nr 11.

25 BGH NJW 2007, 146 = NZM 2007, 37; WuM 2009, 659 Tz 13 = NZM 2009, 855.

26 RG Recht 1909 Nr 245.

27 OLG Düsseldorf GE 2009, 1187; LG Berlin WuM 1969, 59; FWW 1977, 268; AG Schöneberg GE 1990, 209; Koenig WuM 1967, 59; großzügiger LG Berlin NJW-RR 1986, 1144 = WuM 1987, 212; AG Darmstadt WuM 1986, 211.

28 BGH NJW 2007, 146 = NZM 2007, 37, 38 Tz 9.

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

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

31 LG Kassel WuM 1988, 155.

32 LG Köln ZMR 2011, 955.

33 BGBI I, 2346.

34 OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13 = NZM 2004, 866; LG Braunschweig WuM 2009, 288; Staudinger Rn 10.

35 LG Berlin GE 2006, 578.

das Recht, in dem Garten dauerhaft Liegestühle, Blumenkübel oder ein großes Gartenhaus aufzustellen³⁶, wohl aber das Recht, einen Spielplatz anzulegen, sofern genügend Platz vorhanden ist.³⁷ Jeder Mieter darf an der Außenwand außerdem Blumenkästen und Hinweisschilder anbringen, beides indessen nur, soweit damit nicht Gefahren für Dritte verbunden sind wie etwa bei der Anbringung von Blumenkästen an der Außenseite des Balkons.³⁸ Ob sich dagegen 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).³⁹ Dagegen darf jeder Mieter ohne Weiteres an der Außenwand Blumenkästen und Hinweisschilder anbringen.⁴⁰ Dasselbe gilt nach hM für **Plakate** und Schriftbänder politischen Inhalts.⁴¹ 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.⁴² Unzulässig ist jedoch eine ständige **Videoüberwachung** des Fahrstuhls.⁴³

II. Überlassungspflicht

1. Aufgrund des § 535 Abs 1 S 1 umfasst die Verpflichtung des Vermieters zur Gewähr- 7
 lung 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,⁴⁴ dh in einer Weise zur Verfügung stellen, die es dem Mieter erlaubt, ohne weiteres den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache auszuüben.⁴⁵ Dies muss **mit Willen des Vermieters** geschehen; es stellt keine Erfüllung des Mietvertrages, sondern in der Regel verbotene Eigenmacht dar, wenn sich der Mieter einseitig in den Besitz der Mietsache setzt.⁴⁶ Bei beweglichen Sachen gehört deshalb zur Erfüllung der Überlassungspflicht idR, aber nicht notwendig die **Übergabe**, dh die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes iS des § 854.⁴⁷ Abweichende Abreden sind möglich.⁴⁸ Miete ist auch die **Überlassung von Hauswänden** zur Anbringung von Reklameschriften oder Automaten,⁴⁹ die Gestattung der bloßen, vorübergehenden Benutzung

36 LG Berlin (vorige Fn).

37 LG Lübeck WuM 1993, 669.

38 LG Berlin GE 2011, 1230.

39 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.

40 S *Hamann* ZMR 1974, 3.

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

42 BGH NJW 2006, 3557; 2009, 2058; OLG Frankfurt NZM 2004, 909 = NJW-RR 2004, 1667; LG Berlin GE 2007, 54.

43 KG NZM 2007, 736.

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

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

46 *Flatow* PiG 83 (2008), 87, 89.

47 BGHZ 65, 137, 139ff = NJW 1976, 105; BGH NJW-RR 2004, 1566 = ZMR 2004, 813, 814; NJW 2002, 3322 = NZM 2002, 924.

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

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

eines Grundstücks zu bestimmten Zwecken, zB als Garageneinfahrt,⁵⁰ die Gestattung der Benutzung eines Flugplatzes durch Fluggesellschaften oder Flugschulen⁵¹ sowie die Erlaubnis, in den Räumen des Vermieters zu bestimmten Zeiten eine Sache, etwa eine EDV-Anlage zu nutzen.⁵²

- 8 2. Die Überlassung der Mietsache in einem mangelfreien Zustand ist ebenso wie die Erhaltung der Mietsache (u Rn 20ff) eine **Hauptleistungspflicht des Vermieters**. Solange der Vermieter dieser Pflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, hat der Mieter den Erfüllungsanspruch, der während der Vertragsdauer – als Dauerverpflichtung – nicht verjähren kann.⁵³ Der Anspruch des Mieters erlischt jedoch, wenn seine Erfüllung dem Vermieter unmöglich ist oder unmöglich wird (§ 275). Der Mieter wird dann ebenfalls frei (§ 326 Abs 1) und kann zurücktreten (§ 326 Abs. 5). Außerdem kann 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 (**§ 320 Abs 1**).⁵⁴ Die weiteren Rechte des Mieters hängen davon ab, ob es sich um einen Fall der (anfänglichen oder nachträglichen) **Unmöglichkeit oder** des bloßen **Verzugs** handelt.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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.⁵⁷ 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.⁵⁸
- 9 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).⁵⁹ 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 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.⁶⁰ In diesen Fällen muss danach unterschieden werden, ob das Unvermögen des Vermieters seinen Grund in dem vorrangigen *Recht* eines Dritts hat oder auf *tatsächlichen* Gründen beruht. In dem zuerst genannten

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

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

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

53 BGHZ 184, 253, 257 Tz 17 f = NJW 2010, 1292.

54 OLG Düsseldorf ZMR 1983, 376; OLG Koblenz ZMR 1993, 68; *Staudinger* Rn 16ff.

55 S *Staudinger* Rn 17, Vorbem § 535 Rn 4f; *Flatow* PiG 83 (2008), 87, 94ff; *Hau/Klinck* PiG 83 (2008), 67, 81ff; *Kraemer* NZM 2004, 721.

56 *Emmerich* PiG Bd 65 (2002) 1 = NZM 2002, 362, 364; *ders* PiG Bd 46 (1995) 119, 132f; *Horst* DWW 2002, 6, 13f; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S 327ff.

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

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

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

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

Fall handelt es sich um einen **anfänglichen Rechtsmangel**, für den es nach den §§ 536 Abs 3 und 536a Abs 1 bei der herkömmlichen Garantiehaftung des Vermieters für anfängliches Unvermögen geblieben ist, während in den **übrigen Fällen** heute nur noch eine Verschuldenshaftung 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. Weist die Sache bei ihrer Übergabe an den Mieter **Mängel** auf, so kann sie der Mieter außerdem **zurückweisen**, ohne in Annahmeverzug zu geraten; zugleich entfällt dann seine Verpflichtung zur Zahlung der Miete (§ 320 Abs 1).⁶¹ Die **Beweislast** für die Mangelfreiheit der Sache bei Übergabe trägt der Vermieter, während den Mieter die Beweislast trifft, wenn er die Sache zunächst als Erfüllung angenommen hatte (§ 363).⁶²

III. Erhaltungspflicht

1. Der Vermieter muss die Sache dem Mieter nicht nur in einem zum vertragsgemäßen 10 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).⁶³ **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, so dass die daraus resultierenden Ansprüche und Rechte des Mieters während der Vertragsdauer **nicht verjähren** können (Rn. 8). Eine weitere 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).⁶⁴

2. 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 (sog **vertragsimmanenter Konkurrenzschutz**).⁶⁵ Abreden der Parteien haben in jedem Fall den Vorrang, da die Parteien den Konkurrenzschutz sowohl beliebig ausdehnen als auch einschränken oder ausschließen können, und zwar auch durch Formularvertrag.⁶⁶ Fehlen Vereinbarungen, so hängt das **Ausmaß des Konkurrenzschutzes** des Mieters von den Umständen des Einzelfalles ab (§§ 133, 157, 242).⁶⁷ Dazu gehört auch die Konkurrenzsituation bei Vertrags-

⁶¹ BGH NZM 1998, 766 = NJW-RR 1998, 1462.

⁶² BGH NJW 2007, 2394 Tz 23f = NZM 2007, 379; GE 2009, 1183 Tz 11; OLG Düsseldorf NZM 2009, 435.

⁶³ 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; *Sommenschein PiG Bd 46* (1995) 7.

⁶⁴ BGH NZM 2003, 472 = ZMR 2003, 418.

⁶⁵ S OLG Hamm ZMR 1997, 581; KG NZM 2007, 566; 2008, 248; 2009, 623.

⁶⁶ OLG Hamm ZMR 1997, 581; KG NZM 2007, 566, 567; 2008, 248; ZMR 2008, 616, 617 = NZM 2009, 623; OLG Brandenburg GE 2009, 1122.

⁶⁷ BGH NJW 2013, 44 Tz 37; NJW 2012, 844, 846 Tz 33 = NZM 2012, 196, 199; KG ZMR 2011, 30, 32.

abschluss: Schließt der Mieter in Kenntnis einer schon bestehenden Konkurrenzsituation den Mietvertrag ab, so wird in der Regel davon auszugehen sein, dass er damit auf einen Konkurrenzschutz verzichtet.⁶⁸ **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).⁶⁹ Außerdem kommen Schadensersatzansprüche des Mieters in Betracht (§§ 280, 536a).

- 12 Mangels abweichender Abreden der Parteien⁷⁰ greift der Konkurrenzschutz nach § 242 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.⁷¹ 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 Einkaufszentren**⁷² **sowie für die freien Berufe**, zB in einem Ärztehaus, freilich immer nur für Ärzte derselben Fachrichtung.⁷³ Die Verpflichtung zur Fernhaltung von Konkurrenz besteht jedoch grundsätzlich **nur für dasselbe Grundstück** iS einer wirtschaftlichen Einheit⁷⁴ und nur in Ausnahmefällen auch für demselben Vermieter gehörende Nachbargrundstücke,⁷⁵ auf keinen Fall aber, wenn der Abstand zwischen den Grundstücken 350 m beträgt.⁷⁶

- 13 3. Der Vermieter muss den Mieter **gegen Störungen** im vertragsgemäßen Gebrauch durch Dritte einschließlich der Mitmieter **schützen**.⁷⁷ Hierher gehört insbesondere der Schutz gegen übermäßige **Lärmimmissionen**.⁷⁸ Die wichtigsten Lärmquellen, die immer wieder zu Auseinandersetzungen führen, sind die Musikausübung durch einzelne Mieter, Kinder- und Tierlärm sowie Bad- und Toilettengeräusche.⁷⁹ 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 nachts⁸⁰, sowie der übliche Kinderlärm.⁸¹ Gegen Störungen, die der Mieter nicht hinzunehmen braucht, muss der Vermieter einschreiten (§ 535 Abs 1 S 2); notfalls muss er übermäßig störenden Mitmietern **kündigen**.⁸²

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

69 BGH NJW 2013, 44 Tz 50 ff.

70 S KG GE 2002, 667; ZMR 2011, 30.

71 BGHZ 70, 79, 80f = NJW 1978, 585; BGH 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; OLG Düsseldorf GE 2010, 411; s *Staudinger* Rn 24.

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

73 BGHZ 70, 79, 82ff = NJW 1978, 585; BGH NJW 2013, 44.

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

75 OLG Celle MDR 1964, 59.

76 BGH NJW 1979, 1404 = LM Nr 17 zu § 536 BGB; OLG Rostock NZM 2006, 295; OLG Nürnberg NZM 2008, 843.

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

78 S u § 536 Rn 27ff; ausführlich *Barthemess*, in: FS Blank, 2006, S 23.

79 S dazu ausführlich mN *Barthemess*, in: FS Blank [2006] 23; *Horst* MDR 2012, 70.

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

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

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

IV. Insbesondere Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht

1. 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. Darin eingeschlossen ist die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache. Die Grenze zwischen Instandhaltung und Instandsetzung ist flüchtig, die genaue Abgrenzung beider Pflichten schwierig, wichtig aber zB, wenn der Mieter nach dem Mietvertrag (nur) zur Instandhaltung, nicht dagegen auch zur Instandsetzung der Mietsache verpflichtet ist.⁸³ Üblicherweise wird zur Definition des Begriffs der **Instandhaltung** auf § 28 Abs 2 S 1 der II. BV zurückgegriffen, wonach die Instandhaltungskosten die Kosten sind, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Als **Instandsetzung** bezeichnet man dagegen die Maßnahmen des Vermieters zur Beseitigung von während der Vertragsdauer auftretenden Mängeln einschließlich der Erneuerung defekter Teile und Einrichtungen, wobei jedoch nur im Einzelfall beurteilt werden kann, wieweit tatsächlich die Verpflichtung des Vermieters zur Erneuerung defekter Teile und Einrichtungen jeweils geht.⁸⁴ Die Entscheidung über die nötigen Maßnahmen obliegt allein dem Vermieter.⁸⁵ 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.⁸⁶ Sie bedeutet zB, dass der Vermieter alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen muss, um dem Mieter durch Einbrüche drohende Gefahren zu verhindern.⁸⁷ 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.⁸⁸ Entsprechendes gilt für alle mitvermieteten Anlagen und Einrichtungen einschließlich zB eines Aufzugs.⁸⁹ Abweichende Bestimmungen in Formularverträgen sind nicht möglich.⁹⁰

Keine Rolle spielen grundsätzlich die **Kosten**, die durch eine etwaige Reparatur verursacht werden. Ihre **Grenze** findet die Reparaturpflicht des Vermieters lediglich an **§ 275 Abs 1 und Abs 2**; die Reparaturpflicht des Vermieters entfällt folglich grundsätzlich nur bei **Unmöglichkeit** sowie im Falle der übermäßigen Leistungerschweren infolge der Überschreitung der so genannten **Opfergrenze**.⁹¹ Eine **Verjährung** des Anspruchs des Mieters auf Mängelbeseitigung kommt während des Bestandes des Mietvertrages nicht in Betracht (o Rn 11). Die **Beweislast** für die Erfüllung der **Reparaturpflicht** trägt der Vermieter.⁹² Ist der Vermieter nur **Wohnungseigentümer**, so ändert dies ebenfalls nichts an

⁸³ S im einzelnen *J Schmidt* NZM 2011, 681.

⁸⁴ *J Schmidt* NZM 2011, 681, 682 ff; *Strauch* NZM 2011, 392 f.

⁸⁵ LG Hamburg ZMR 2010, 610, 611.

⁸⁶ *Hitpaß* ZMR 2008, 935; *Schuschke* NZM 2006, 733.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ BGH LM Nr 36 zu § 276 (Cc) BGB = NJW 1994, 2232; NJW 2009, 143 Tz 13; 2007, 125f.

⁸⁹ BGH NJW-RR 2004, 1596 = ZMR 2004, 898, 899.

⁹⁰ OLG Celle WuM 1990, 103, 114.

⁹¹ S vor § 536 Rn 4ff; insbes BGH WuM 2010, 348 = NZM 2010, 507 = NJW 2010, 2050; *Emmerich* NZM 2010, 497.

⁹² OLG Hamm NJW-RR 1995, 525, 526.

dem Umfang seiner Erhaltungspflicht; notfalls muss er sich, soweit erforderlich, intensiv um die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zu den erforderlichen Maßnahmen bemühen.⁹³

- 16 2. 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.⁹⁴ Die **Prüfungspflicht** darf aber **nicht überspannt** werden, um zu verhindern, dass den Vermieter im praktischen Ergebnis letztlich eine Gefährdungshaftung trifft.⁹⁵ Den Vermieter trifft insbesondere **keine Pflicht zur** regelmäßigen „**Generalinspektion**“ der elektrischen Leitungen und Anlagen,⁹⁶ der Öfen und Heizungen sowie der Leitungen und Regenrinnen.⁹⁷ Anders verhält es sich erst im Falle einer **Anzeige** von Mängeln durch dem Mieter, sowie wenn **konkrete Anhaltspunkte** für Mängel bestehen, wenn es zB bereits wiederholt zu Verstopfungen oder zu Wassereintrüben gekommen ist.⁹⁸ 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).⁹⁹
- 17 3. Die **Reinigung und Beleuchtung** der Zu- und Abgänge sowie der Treppen und Flure bildet ebenfalls einen Teil der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters,¹⁰⁰ wobei (mindestens) **zwei Rechtsgrundlagen** unterschieden werden müssen, einmal die **Wegegesetze** der Länder i.V.m. den Satzungen der Gemeinden und zum anderen die zivilrechtliche **Verkehrssicherungspflicht** auf der Grundlage des § 823 Abs 1, die hier allein interessiert. Soweit es sich um das Verhältnis des Vermieters zum Mieter handelt, ergibt sich dieselbe Verkehrssicherungspflicht noch einmal aus dem **Mietvertrag** nach § 535 Abs 1. Im Winter ergibt sich daraus die Pflicht, im Rahmen des Üblichen und Zumutbaren, dh grundsätzlich (nur) von 7 Uhr morgens bis zum Abend, aber eben nicht nachts, die Zu- und Abgänge von **Schnee und Eis** zu räumen und gegebenenfalls mit abstumpfenden Mitteln zu streuen.¹⁰¹ Das gilt jedenfalls für Mehrfamilienhäuser, während bei Einfamilienhäusern idR davon auszugehen sein wird, dass die genannten Pflichten vertraglich auf den Mieter abgewälzt sind. Solche **Abwälzung** ist vertraglich immer möglich und kann auch durch Formularvertrag geschehen.¹⁰² Voraussetzung ist aber, dass die fragliche Klausel klar und eindeutig ist (§§ 305c, 311).¹⁰³ Sind die genannten Pflichten wirksam auf den Mieter abgewälzt, so kann der Vermieter so lange auf deren ordnungsgemäße Erfüllung durch den Mieter vertrauen, wie keine konkreten Anhaltspunkte für ein vertragswidriges Verhalten

93 KG ZMR 1990, 336; LG Berlin GE 1989, 1113; *Briesemeister*, in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S 98.

94 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.

95 BGH VersR 1966, 81, 82; LM Nr 3 zu § 586 BGB = NJW-RR 1993, 521; NJW 2009, 143 = NZM 2008, 927; KG NZM 2007, 125f.

96 BGH NJW 2009, 143 Tz 17f = NZM 2008, 927.

97 BGH WuM 2911, 465 Tz 3; OLG Düsseldorf GE 2011, 336; ZMR 2012, 851.

98 BGH NJW 2009, 143 Tz 18f = NZM 2008, 927; OLG Celle NJW-RR 2010, 308 = ZMR 2009, 683, 684.

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

100 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).

101 BGH LM Nr 142 zu § 823 (Dc) BGB = NJW 1985, 484; VersR 1965, 364; KG NJW 1970, 2110; OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1331 = NZM 2008, 687.

102 BGH NJW 2008, 1440 Tz 9 = NZM 2008, 242; OLG Köln WuM 1995, 316 = ZMR 1995, 308.

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

des Mieters hervortreten; bei dem Vermieter verbleibt insoweit eine **Kontroll- und Überwachungspflicht**.¹⁰⁴ Dieselben Regeln gelten entsprechend für das Problem der **Müllbeseitigung**.¹⁰⁵ Hat der Mieter wirksam die Reinigungs- und Streupflicht übernommen, so haftet er bei einer Verletzung der übernommenen Pflicht gegebenenfalls selbst gegenüber Dritten nach § 823 Abs 1.¹⁰⁶ Deshalb 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.¹⁰⁷

V. Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs

1. Wohnräume. 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 **Verkehrssitte** zu berücksichtigen (§§ 133, 157, 242).¹⁰⁸ Bei vertraglichen Regelungen des vertragsgemäßen Gebrauchs muss man vor allem zwischen individualvertraglichen und formularvertraglichen Regelungen unterscheiden. **Individualvertraglich** sind beliebige Regelungen in den Grenzen der §§ 134 und 138 zulässig, zB auch ein generelles Verbot des Rauchens in den gemieteten Räumen,¹⁰⁹ der Tierhaltung (Rn 28 f) oder der Musikausübung (Rn 27). Für **formularvertragliche Einschränkungen** des vertragsgemäßen Gebrauchs bestehen dagegen aufgrund des § 307 wesentlich engere Schranken, auf die bei der Erörterung der einzelnen Fragen einzugehen ist. Besonderheiten gelten, wenn sich die gemietete Wohnung in einer **Wohnungseigentumsanlage** befindet, weil es hier zu Kollisionen zwischen der Gemeinschaftsordnung und dem Mietvertrag über die einzelne Wohnung kommen kann. Grundsätzlich bindet die **Gemeinschaftsordnung** der Wohnungseigentümer den Mieter einer Wohnung nur, wenn der Mietvertrag wirksam auf sie Bezug nimmt, sonst also *nicht*. Stört der Mieter durch einen ihm an sich nach dem Vertrag erlaubten Gebrauch wie etwa die Musikausübung die anderen Wohnungseigentümer entgegen der Gemeinschaftsordnung, so können diese freilich nach den **§§ 862 und 1004** gegen den Mieter vorgehen und **Unterlassung** verlangen, so dass sich der Mieter dann nur an seinen Vermieter halten kann (§§ 535, 536 und 536a), wodurch der Vermieter in eine ausgesprochen schwierige Situation geraten kann.¹¹⁰ Bei **Mängeln der vermieteten Eigentumswohnung** kann sich der Mieter ebenfalls grundsätzlich nur an seinen Vermieter halten (§§ 535 Abs 1 S 2, 536).

Sind Räume als Wohnräume vermietet, so dürfen sie grundsätzlich **nicht für gewerbliche Zwecke** genutzt werden.¹¹¹ Anders beurteilt werden jedoch normale **Büroarbeiten**,

¹⁰⁴ BGH NJW 2008, 1440 Tz 9 = NZM 2008, 242; LG Karlsruhe ZMR 2006, 698.

¹⁰⁵ LG Aachen NJW-RR 1988, 783.

¹⁰⁶ BGH NJW 2008, 1440 = NZM 2008, 242.

¹⁰⁷ LG Flensburg WuM 1987, 52 = ZMR 1988, 140 Nr 10; LG Wuppertal WuM 1987, 381; str.

¹⁰⁸ BGH NZM 2007, 512 = WuM 2007, 381 Tz 8.

¹⁰⁹ *Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480, 485.

¹¹⁰ *S Blank* WuM 2013, 94; *Dötsch* WuM 2012, 90; *Jacoby* ZWE 2012, 70; *ders* ZMR 2012, 669, 672f; *Briesemeister*, in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S. 98.

¹¹¹ *S Beuermann* GE 1995, 1214; *Glaser* NJW 1956, 1265f; *Morath* GE 2006, 628.

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.¹¹² Entscheidend ist mit anderen Worten, ob die **Tätigkeit** durch die Beschäftigung von Mitarbeitern oder durch den Empfang von Kunden in der Wohnung **nach außen hervortritt** oder nicht; während die Tätigkeit in dem zweiten Fall grundsätzlich erlaubt ist, ist der Vermieter in dem zuerst genannten Fall nur in Ausnahmefällen nach § 242 zur Erlaubnis verpflichtet, wobei den Mieter die Beweislast für die maßgebenden Umstände trifft.¹¹³ **Zulässig** ist danach zB die Beaufsichtigung von höchstens zwei bis drei Kindern durch eine so genannte Tagesmutter¹¹⁴; **unzulässig** sind dagegen der Betrieb einer freiberuflichen Praxis¹¹⁵ oder eines Geschäfts mit Laufkundschaft.¹¹⁶

- 20 2. Gewerbliche Miete.** 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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ Als **erlaubt** wurden zB angesehen die Veränderung des Verwendungszwecks einer Gastwirtschaft¹¹⁹ sowie die Umstellung einer Damenmaßschneiderei auf einen Konfektionsbetrieb.¹²⁰ Offenbar **vertragswidrig** ist dagegen zB der Verkauf von pommes frites in einer Bücherstube.¹²¹ Ebenso **negativ** beurteilt wurden in jüngster Zeit noch die Umstellung einer fachärztlichen Praxis für Orthopädie in eine allgemeinärztliche Praxis sowie die Aufnahme des Verkaufs gefährlicher Feuerwerkskörper, die nur in die Hände von Erwachsenen gehören, in einem ausgesprochenen Kindergeschäft.¹²²
- 21 3. Bauliche Veränderungen.** Bauliche Veränderungen der gemieteten Räume sind dem Mieter ohne Zustimmung des Vermieters **grundsätzlich verwehrt**. Aber es gibt **Ausnahmen**. Bestimmte geringfügige Eingriffe in die Bausubstanz sind ohne weiteres durch den vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt; bei anderen Eingriffen kann der Mieter nach

¹¹² LG Frankfurt WuM 1996, 532; viel enger dagegen LG Berlin GE 2002, 465, 466f = NZM 2002, 1029 für einen Innenarchitekten.

¹¹³ BGH NJW 2009, 3153 = NZM 2009, 658 Tz 17.

¹¹⁴ LG Berlin WuM 1993, 39.

¹¹⁵ LG Berlin NZM 2002, 1029.

¹¹⁶ LG Schwerin WuM 1996, 214 = ZMR 1996, 1223.

¹¹⁷ S Staudinger Rn 38f; *Joachim* NZM 2009, 681.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ BGH LM Nr 1 zu § 550 BGB = ZMR 1954, 211; LM Nr 2 zu § 550 BGB = NJW 1957, 1833.

¹²⁰ BGH LM Nr 3 zu § 550 BGB = MDR 1961, 225; s auch OLG Düsseldorf ZMR 1996, 258 und WuM 1996, 410.

¹²¹ KG NZM 1999, 462, 463.

¹²² KG GE 2011, 481; 2011, 1083.

Treu und Glauben im Einzelfall einen Anspruch auf Erlaubnis des Vermieters haben (§ 242, Rn 22). Durch den vertragsgemäßen Gebrauch **in der Regel gedeckt** sind das Anbringen von Dübeln und Haken im normalen Rahmen, das Bohren von Löchern, der Einbau von Klingelknöpfen und Türspionen,¹²³ der Austausch von Fliesen im Bad,¹²⁴ die Anbringung von Briefkästen und Namensschildern¹²⁵ sowie die Verlegung von Teppichböden.¹²⁶ Ebenso zu beurteilen sind der Einbau einer Küche¹²⁷ sowie die Anbringung von Vorrichtungen zum Wäschetrocknen auf dem Balkon¹²⁸, immer vorausgesetzt zudem, dass die Maßnahmen des Mieters nicht gegen den Denkmalschutz verstoßen.¹²⁹

Andere baulichen Veränderungen bedürfen der **Zustimmung** des Vermieters, wobei **22** 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).¹³⁰ Eine gesetzliche Sonderregelung dieses 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.¹³¹

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.¹³² Schon immer anerkannt war das für einen **Telefonanschluss**¹³³, **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.¹³⁴ Dagegen darf der Mieter einer Wohnung keine Anlagen anbringen, die in erster Linie **gewerblichen Zwecken** dienen. Beispiele sind Funksprechanlagen und Funkantennen.¹³⁵

b) Jeder Mieter hat ein Recht auf Empfang der üblichen Hörfunk- und Fernsehprogramme.¹³⁶ Er darf deshalb die notwendigen **Außenantennen anbringen**, wenn eine Zimmerantenne nicht ausreicht und die berechtigten Interessen des Vermieters gewahrt **24**

¹²³ LG Berlin GE 1984, 863; AG Köln NJW-RR 1995, 1226.

¹²⁴ LG Berlin GE 1995, 703; 1996, 265.

¹²⁵ LG Mannheim WuM 1976, 231.

¹²⁶ LG Berlin WuM 1990, 421.

¹²⁷ LG Konstanz WuM 1989, 67.

¹²⁸ LG Nürnberg-Fürth WuM 1990, 199; 1990, 422.

¹²⁹ AG Frankfurt NZM 1998, 664.

¹³⁰ LG Berlin GE 2002, 533.

¹³¹ 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; s außerdem Rn 23ff.

¹³² BGH NJW 2004, 3974 = NZM 2004, 736; NZM 2009, 855 = WuM 2009, 659 Tz 11; NZM 2010, 356 = NJW-RR 2010, 737 Tz 33f; *Staudinger* Rn 43ff.

¹³³ RGZ 116, 93.

¹³⁴ BGH (Fn 119); OLG Frankfurt WuM 1997, 609, 610 = NZM 1998, 150.

¹³⁵ BayObLGZ 1981, 1 = NJW 1981, 1275; LG Heilbronn NJW-RR 1992, 10; AG Köln NZM 2000, 88.

¹³⁶ S *Staudinger* Rn 45ff.

werden. Jedoch darf der Vermieter den Standort der Außenantenne bestimmen.¹³⁷ Das Recht des Mieters zur Anbringung einer Außenantenne **entfällt** außerdem, **wenn** der Vermieter eine ausreichende **Gemeinschaftsantenne** zur Verfügung stellt. Erlaubt die Gemeinschaftsantenne dagegen nur den Empfang einzelner Programme, so behält der Mieter das Recht, die Gemeinschaftsantenne auf eigene Kosten für den Empfang weiterer Programme aufzurüsten.¹³⁸ 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.¹³⁹

- 25 c) Der Mieter ist unter bestimmten Voraussetzungen ferner, und zwar gegebenenfalls sogar *neben* einem vorhandenen Kabelanschluss oder einer vorhandenen Gemeinschaftsantenne, zur Aufstellung einer **Parabolantenne** berechtigt.¹⁴⁰ Die **Voraussetzungen** ergeben sich im Einzelnen aus einer **Abwägung der Grundrechte** der Mietvertragsparteien aus den Art 5 und 14 Abs 1 GG. Daraus wird der Vorrang des Informationsinteresses des Mieters vor den Interessen des Vermieters gefolgert, wenn nur über eine Parabolantenne das **legitime Informationsinteresse** des Mieters befriedigt werden kann, ohne dass dem berechnigte Interessen des Vermieters entgegenstehen. Der Mieter hat insbesondere Anspruch auf Zustimmung des Vermieters zur Aufstellung einer Parabolantenne, wenn noch kein seinen legitimem Bedürfnissen entsprechender 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.¹⁴¹ Einen Duldungsanspruch besitzen insbesondere **ausländische Mieter**, wenn sie über das Breitbandkabelnetz höchstens ein einziges Heimatprogramm empfangen können, während sie über eine Parabolantenne eine größere Anzahl von Programmen in ihrer Heimatsprache empfangen können.¹⁴² Aussiedler stehen Ausländern gleich, wenn sie die Sprache ihres Herkunftslandes besser als die deutsche Sprache beherrschen.¹⁴³ Wenn aber über eine Gemeinschaftsantenne oder über das Kabelnetz, gegebenenfalls gegen eine zusätzliche Gebühr, **zwei oder drei ausländische Programme** empfangen werden können, entfällt der Anspruch auf Aufstellung einer Parabolantenne.¹⁴⁴ Abweichende Bestimmungen in **Formularverträgen** sind unwirksam (§ 307).¹⁴⁵ Ohne Zustimmung des Vermieters ist lediglich die Aufstellung einer beweglichen Antenne auf dem Balkon oder die mobile Installation in einem Fensterrahmen möglich.¹⁴⁶

¹³⁷ BayObLGZ 1981, 1 = NJW 1981, 1275.

¹³⁸ AG Hamburg WuM 1990, 422.

¹³⁹ LG Berlin GE 1990, 587; LG Frankfurt WuM 1990, 271, 277f; LG Heilbronn ZMR 1991, 388, 390 = NJW-RR 1992, 77.

¹⁴⁰ 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; WuM 2007, 380; NZM 2007, 597 Tz 11; NJW 2008, 216 Tz 13ff.

¹⁴¹ BGHZ 157, 322, 326ff = NJW 2004, 937; BGH 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.

¹⁴² BVerfGE 90, 27 = NJW 1994, 1147; BGHZ 157, 322, 328; BGH NJW 2010, 436 = WuM 2010, 29 Tz 12; GE 21009, 1550; BayObLGZ 1994, 326 = NJW 1995, 337; BayObLG NJW-RR 1994, 848 = WuM 1994, 317; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1020.

¹⁴³ LG Landau NZM 1998, 474 = NJW 1998, 2147; anders AG Dortmund NZM 1999, 221.

¹⁴⁴ BVerfG NZM 2005, 252; BGH NZM 2005, 335 = NJW-RR 2005, 596; NJW 2006, 1062 = NZM 2006, 98 = WuM 2006, 28, 31 Tz 25; WuM 2007, 380 Tz 3f; 2007, 381 Tz 15.

¹⁴⁵ BGH NJW-RR 2007, 1243 = NZM 2007, 597 Tz 12; LG Essen WuM 1998, 341.

¹⁴⁶ BGH NZM 2007, 597 = NJW-RR 2007, 1243 Tz 12; LG Berlin GE 2003, 1330; 2005, 1126f.

5. Die Unterbringung der Sachen des Mieters. Die Wohnung und die mitvermieteten Räume sind nicht nur zum Wohnen, sondern auch zur Unterbringung der Sachen des Mieters bestimmt.¹⁴⁷ Ein **Kinderwagen** oder eine **Gehhilfe** darf daher im Flur oder im Treppenhaus abgestellt werden, soweit dadurch nicht Fluchtwege versperrt oder andere Mieter übermäßig belästigt werden.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ Erlaubt ist außerdem im Zweifel das Abstellen eines Mofas im Hof.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Einen Anspruch auf solche Erlaubnis des Vermieters hat der Mieter nicht, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart ist.¹⁵² **26**

6. Musikausübung. 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ **27**

7. Tierhaltung

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 **generell erlaubt** und kann auch nicht vertraglich untersagt oder beschränkt werden.¹⁵⁶ Umstritten ist, ob auch **Katzen** hierher zu rechnen sind; die Frage dürfte zu verneinen sein.¹⁵⁷ Die Erlaubnis der Kleintierhaltung gilt außerdem nur **im Rahmen des Üblichen** und Vertretbaren und entfällt daher bei Gefährlichkeit des Kleintieres¹⁵⁸ sowie in Missbrauchsfällen, zB durch Verwandlung der Mietwohnung in **28**

147 LG Köln ZMR 1964, 363 Nr 6.

148 BGH NJW 2007, 146; LG Hannover WuM 2006, 189; *Derleder* NZM 2006, 893 und NJW 2007, 812.

149 AG Wedding GE 1986, 509.

150 AG Flensburg WuM 1996, 313.

151 LG Wuppertal WuM 1996, 267.

152 BGH GE 2010, 1614.

153 OLG Hamm NJW 1981, 465; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 407 = WuM 1984, 303; LG Freiburg WuM 1993, 120; besonders großzügig BVerfG NJW 2010, 754 Tz 26ff; wegen der Einzelheiten s *Barthelmess*, in: FS Blank (2006) 23; *Horst* MDR 2012, 70.

154 BGHZ 139, 288, 293ff = NJW 1998, 3713.

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

156 BGHZ 129, 329, 334 = NJW 1995, 2036; BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061 = WuM 1993, 109, 110; NJW 2008, 218 Tz 15 = NZM 2008, 8; ausführlich *Blank* NJW 2007, 729ff.

157 LG Berlin GE 1993, 1273.

158 AG München WuM 2005, 649.

einen „Vogelpark“ oder in ein „Tierheim“. ¹⁵⁹ Generell **verboten** ist auf der anderen Seite die Haltung **gefährlicher Tiere** einschließlich Kampfhunden. ¹⁶⁰

29 b) Jenseits der beiden genannten Fälle (Rn. 28) kann die Tierhaltung **vertraglich beliebig geregelt** werden (§ 311 Abs. 1). ¹⁶¹ **Fehlt** jedoch solche Regelung, so ist die Rechtslage umstritten. Nach Meinung des **BGH** kann die Frage der Zulässigkeit der Tierhaltung dann nur von Fall zu Fall aufgrund einer **Abwägung der Interessen** der Beteiligten entschieden werden, so dass der Vermieter insbesondere die Erlaubnis zur Haltung von **Hunden** nur aus sachlichen Gründen verweigern könne; durch Formularvertrag könne nichts anderes bestimmt werden; wenn keine Gefahren und Störungen Dritter drohten, könne der Vermieter die Haltung insbesondere von Hunden nicht verbieten. ¹⁶² Dem ist wegen des gerade bei **Hunden** nie ganz auszuschließenden Risikos der Gefährdung oder Belästigung von Mitbewohnern oder Nachbarn *nicht zu folgen*, so dass die Hundehaltung immer nur mit Erlaubnis des Vermieters zulässig ist, über die der Vermieter nach freiem Ermessen entscheiden kann. ¹⁶³ Ausnahmen gelten nur für Blindenhunde und vergleichbare Fälle. ¹⁶⁴ 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). ¹⁶⁵ Das Urteil auf Unterlassung der Tierhaltung wird nach § 887 ZPO vollstreckt. ¹⁶⁶

30 Der Vermieter ist nicht gehindert, die Hundehaltung **vertraglich** auch generell **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. ¹⁶⁷ Eine derartige Abrede bedeutet grundsätzlich, dass der Vermieter **nach freiem Ermessen** über die Genehmigung der Tierhaltung entscheiden kann. ¹⁶⁸ **Grenzen** ergeben sich lediglich aus dem Verbot des Rechtsmissbrauchs und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. ¹⁶⁹ 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. ¹⁷⁰ Die einmal erteilte Erlaubnis zur Tierhaltung kann später nur noch aus wichtigen Gründen **widerrufen** werden, insbesondere, wenn von dem Tier konkret nachweisbare Störungen ausgehen. ¹⁷¹

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

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

161 S *Blank* NJW 2007, 727, 731; *Hülsmann* NZM 2004, 841ff m Nachw.

162 BGH NJW 2008, 218 Tz 18ff = NZM 2008, 78; NJW 2013, 1526; NZM 2013, 265; WuM 2013, 152; 2013, 220.

163 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.

164 LG Lüneburg WuM 1995, 704.

165 So zutreffend früher OLG Hamm OLGZ 1981, 74 = WuM 1981, 53; LG Karlsruhe NZM 2002, 246.

166 LG Hamburg ZMR 1985, 302.

167 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.

168 Wegen der umstrittenen Einzelheiten s *Blank* NJW 2007, 729, 732f; *Hülsmann* NZM 2004, 841ff.

169 LG Berlin ZMR 1999, 28; NZM 1999, 455; GE 2004, 363, 365; noch weitergehend LG Köln ZMR 2010, 533.

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

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

8. Heizung

a) Wenn eine Wohnung mit Heizung vermietet wird, gehört die **Versorgung mit Wärme** zu dem dem Mieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch. Die vielfältigen damit zusammenhängenden Fragen haben mittlerweile an verschiedenen Stellen eine **gesetzliche Regelung** gefunden. Hervorzuheben sind die Regelung der Heizkosten bei preisfreiem Wohnraum in den **§§ 556 und 556a**, bei preisgebundenem Wohnraum in der Neubaumietenverordnung (NMV) von 1970 in der Fassung von 1990 (BGBl I 2203) sowie für die gesamte Raummiete in der **Heizkostenverordnung** von 1989 in der Fassung von 2009 (BGBl I 3250). Wegen der Einzelheiten ist auf die Erläuterungen zu den §§ 556 und 556a zu verweisen, die freilich nur für die Wohnraummiete gelten, so dass im folgenden in erster Linie auf die gewerbliche Miete einzugehen ist.

b) Auch wenn eine Wohnung mit Heizung vermietet ist, ist der Mieter nicht etwa verpflichtet, 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, nimmt. Der Vermieter muss hingegen 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.¹⁷² Er muss dabei aber stets das **Gebot der Wirtschaftlichkeit** beachten (§ 556 Abs 3 S 1, s § 556 Rn 21 und 51). Jedoch folgt allein aus dem Umstand, dass eine Heizungsanlage alt und technisch überholt ist, noch keine Verpflichtung des Vermieters zum Einbau einer neuen und modernen Anlage.¹⁷³ Erst bei Mängeln der Anlage wird die Reparaturpflicht des Vermieters ausgelöst (§ 535 Abs 1 S 2). Außerdem kann der Mieter dann mindern (§ 536). – Sofern der Mieter dadurch nicht mit unnötigen Mehrkosten belastet wird, darf der Vermieter die Anlage auch auf **neue Verfahren und Heizmittel** wie zB Erdgas umstellen oder zum **Fremdbezug** der Energie übergehen (sog **Wärmecontracting**).¹⁷⁴ Die Einzelheiten waren umstritten (s Vorauf Rn 32). Eine **gesetzliche Regelung** des Fragenkreises findet sich aufgrund des Mietrechtsänderungsgesetzes von 2013 seit Mai 2013 für alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden und neuen Wohnraummietverträge in der Vorschrift des **§ 556c**. Der Mieter hat danach die Kosten der Wärmelieferung nach der Umstellung durch den Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen zu tragen, durch die die Effizienz der Umstellung sichergestellt werden soll. Diese **Voraussetzungen** sind insbesondere die rechtzeitige Ankündigung sowie die Kostenneutralität der Umstellung im Augenblick der Umstellung; die Einzelheiten sind in der auf § 556c Abs 3 gestützten Wärmelieferverordnung geregelt.¹⁷⁵

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 Meinung¹⁷⁶ 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

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

173 LG Berlin GE 1986, 749, 751.

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

175 S BGBl I S. 1509; dazu *Lützenkirchen* Mietrecht, S. 2131ff; *Hinz* NZM 2012, 777, 785ff.

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

erreichen kann.¹⁷⁷ In Geschäftsräumen genügt dagegen im Regelfall eine Temperatur von 18 °C.¹⁷⁸ Durch **Formularvertrag** kann nichts anderes bestimmt werden (§ 307).¹⁷⁹

VI. Lastentragung

- 34 **1. Überblick.** Nach § 535 Abs 1 S 3 hat der Vermieter die auf der Mietsache ruhenden „**Lasten**“ zu tragen. Eine **Definition** des Begriffs der **Lasten** im Sinne des § 535 Abs 1 S 3 enthält das BGB freilich nicht (vgl auch § 103). Deshalb ist unklar, welche Kosten im Einzelnen zu den Lasten im Sinne des § 535 Abs 1 S 3 gehören, die grundsätzlich vom Vermieter zu tragen sind.¹⁸⁰ In der Literatur wird der Begriff zum Teil ganz eng ausgelegt. Ein derartiges Begriffsverständnis widerspricht jedoch offenbar der Bestimmung des § 556 Abs 1 S 1, nach dem die Abwälzung der **Betriebskosten** auf den Mieter ebenso wie bei den sonstigen Lasten einer besonderen Vereinbarung bedarf, woraus folgt, dass im Sinne des § 535 Abs 1 S 3 zu den Lasten auch die Betriebskosten gehören (die eben mangels abweichender Vereinbarung vom Vermieter zu tragen sind).¹⁸¹ Zu den Lasten im Sinne des Gesetzes gehören somit grundsätzlich gleichermaßen die auf der Sache selbst **ruhenden** privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen **Verbindlichkeiten** wie die durch den Gebrauch der Sache entstehenden **Betriebskosten**.¹⁸² Eine partielle gesetzliche Regelung haben die **Betriebskosten** mittlerweile für den preisfreien Wohnraum in den §§ 556 und 556a sowie für den preisgebundenen Wohnraum in § 20 NMV gefunden. 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).¹⁸³ Die Einzelheiten regelt die fortgeltende **BetriebskostenVO** (BetrKV) vom 25. November 2003¹⁸⁴, die freilich unmittelbar nur für den preisgebundenen Wohnraum im Sinne des § 1 NMV vom 12. Oktober 1990 gilt.¹⁸⁵ – Weitere **Beispiele** für Lasten im Sinne des Gesetzes sind außer den Grundsteuern¹⁸⁶ die Reinigungs- und Streupflicht,¹⁸⁷ die Kosten der Müllabfuhr,¹⁸⁸ die sonstigen kommunalen Abgaben und Gebühren wie Kanalisations- und Straßenreinigungskosten¹⁸⁹ sowie schließlich die Kehr- und Schornsteinfegergebühren.¹⁹⁰ Alle genannten Lasten muss mithin nach § 535 Abs 1 S 3 grundsätzlich, dh wenn nichts anderes vereinbart ist, der **Vermieter**, der sie in die Miete einkalkulieren kann, (und nicht etwa der Mieter) tragen. Gesetzliche **Regel** ist mit anderen

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

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

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

180 S zB *Lehmann-Richter* ZMR 2012, 837, 838.

181 Ebenso zB BGH WuM 2012, 453 Tz 13 = NZM 2012, 608; unklar und missverständlich dagegen BGH WuM 2012, 27 Tz 19.

182 Ebenso ausdrücklich die Begr zum RegE BT-Drucks 14/4553, 50.

183 Ebenso § 1 Abs 1 BetrKV und § 27 Abs 1 der II. BV, s im Einzelnen u § 556 Rn 5ff.

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

185 BGBl I, 2203.

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

187 Dazu *Hurst* ZMR 1967, 67.

188 LG Marburg MDR 1978, 758, 759.

189 RG JW 1910, 105.

190 LG Aachen WuM 1976, 180.

Worten die so genannte **Bruttomiete**, sofern sich nicht im Einzelfall aus dem Gesetz (s die **HeizkostenVO**) oder den **Abreden** der Parteien etwas anderes ergibt.¹⁹¹

Eine **Aufzählung der wichtigsten Betriebskosten** findet sich in § 2 der BetriebskostenV. Den **Gegensatz** zu den Betriebskosten bilden danach neben den Finanzierungskosten und den Verwaltungskosten insbesondere die Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung der Anlage sowie einmalige Kosten, dies deshalb, weil § 556 Abs 1 S 2 zu den Betriebskosten nur „laufende“ Kosten rechnet, also zwar die Kosten der regelmäßigen Prüfung der Betriebssicherheit technischer Anlagen,¹⁹² nicht dagegen die so genannten Nutzerwechselgebühren, weil diese nur einmalig anfallen.¹⁹³

Hinsichtlich der Verteilung der Lasten zwischen den Parteien besteht selbst bei der Wohnraummiete (beschränkte) **Vertragsfreiheit** (§§ 311 Abs 1, 535 Abs 1 S 3 und 556). Vor allem die folgenden **drei Gestaltungsmöglichkeiten** kommen in Betracht: 1. die Vereinbarung einer Nettokaltmiete mit Vorauszahlungen auf die Betriebskosten oder mit einer Betriebskostenpauschale (§§ 556 Abs 2 und 560), 2. eine Teilklausivmiete sowie 3. eine Bruttomiete, soweit mit der HeizkV vereinbar.¹⁹⁴ Jedoch müssen mit Rücksicht auf die gesetzliche Regel des § 535 Abs 1 S 3 **Klauseln, durch die** auf die eine oder andere Weise einzelne oder alle **Lasten** auf den Mieter **abgewälzt** werden, grundsätzlich **eng ausgelegt** werden. Außerdem müssen die abgewälzten Lasten in dem Vertrag möglichst **eindeutig bezeichnet** werden.¹⁹⁵ Eine bloße **Bezugnahme auf** § 556 Abs 1 S 2 BGB in Verbindung mit **§ 2 BetrKV** wird aber als ausreichend angesehen, weil sich daraus eindeutig ergebe, welche Betriebskosten der Mieter tragen muss und welche nicht.¹⁹⁶ Übernimmt der Mieter die „Grundbesitzabgaben“, so gehört dazu auch die Grundsteuer,¹⁹⁷ nicht dagegen, wenn er nur die „üblichen Nebenkosten und Hausabgaben“ übernommen hat.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹ 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 unübersehbar ist.²⁰⁰ Dasselbe gilt zB für die in dem Formularvertrag eines Einkaufszentrums begründete Verpflichtung, „die Kosten des Managements oder des Center-Managements zu tragen“ oder, „(unbegrenzte) Beiträge zu einer Werbegemeinschaft“ zu leisten,²⁰¹ während die generelle Abwälzung der „Kosten der Hausverwaltung“ oder der „**Verwaltungskosten**“ vom BGH unter Hinweis auf

191 BGH NZM 2006, 655 = WuM 2006, 518.

192 BGH NJW 2007, 1356 Tz 10ff.

193 BGH NJW 2008, 575 Tz 17; dagegen *Langenberg* NJW 2008, 1268, 1270.

194 S *Gather* DWW 2012, 362; *Kinne*, in: FS Blank, 2006, S 249; *M Schultz* PiG 83 (2008), 39.

195 BGH GE 2005, 1185, 1187; NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 776 Tz 15; WuM 2012, 453 Tz 14 = NZM 2012, 608.

196 BGH LM Nr 35 zu § 9 (Bb) AGBG = NJW 1993, 1061, 1062; NZM 2004, 417, 418 = ZMR 2004, 430; GE 2005, 1185, 1187; WuM 2010, 214 Tz 5; zur Kritik s *Staudinger* Rn 66a.

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

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

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

200 BGH NJW 2006, 3057; 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.

201 BGH NJW 2006, 3057; NZM 2012, 422 Tz 15 ff; NJW 2013, 41 = WuM 2012, 662.

die gesetzlichen Definitionen in § 26 Abs 2 der II. BV sowie in § 1 Abs 2 Nr 1 der BetriebskostenV als hinreichend bestimmt und üblich eingestuft wurde.²⁰²

37 Die **konkludente Abwälzung** bestimmter Lasten durch eine langjährige Übung ist ebenfalls möglich; sofern der Mieter über mehrere Jahre hinweg widerspruchlos bestimmte Betriebskosten bezahlt, deren Abwälzung auf ihn an sich dem Mietvertrag widerspricht,²⁰³ vorausgesetzt freilich, dass sich aus dem Verhalten der Parteien ein entsprechender **Änderungswille** ergibt, so dass es letztlich ganz auf die Umstände des Einzelfalles ankommt.²⁰⁴ 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 haben, immer vorausgesetzt, dass sich aus dem Verhalten tatsächlich eine entsprechende Änderungswille ableiten lässt.²⁰⁵ Rechnet der Vermieter längere Zeit nur über **einzelne** an sich vom Mieter geschuldete Betriebskosten (im Gegensatz zu den anderen Betriebskosten) nicht ab, so hängt es danach gleichfalls von den Umständen ab, ob daraus auf den Willen der Parteien geschlossen werden kann dass diese Betriebskosten fortan vom Mieter nicht mehr geschuldet sein sollen; generelle Aussagen sind kaum möglich.²⁰⁶

38 **2. HeizkostenV.** Das Gesagte (o Rn 34ff) gilt grundsätzlich auch für die Heizkosten (s aber u Rn 39). Gesetzliche Regel ist folglich an sich die **Warm- oder Bruttomiete**, so dass eine Abweichung hiervon einer besonderen Vereinbarung bedarf,²⁰⁷ **vorbehaltlich** freilich der **HeizkostenVO** (VO) von 1981 in der Fassung von 1989,²⁰⁸ zuletzt geändert im Jahre 2008.²⁰⁹ Diese Verordnung, die grundsätzlich für die gesamte Raummiete einschließlich der gewerblichen Miete gilt, schreibt **zwingend** die **Kaltmiete** vor (§§ 2, 3ff VO), ohne freilich bei Verstößen der Parteien gegen diese Regel irgendwelche Sanktionen vorzusehen.

39 Welche Folgerungen aus dieser eigenartigen Regelung bei **Vereinbarung einer Warmmiete** zu ziehen sind, ist offen. Nach Meinung des **BGH**²¹⁰ **soll die Verordnung generell den Vorrang** vor dem BGB und entsprechenden Vereinbarungen der Parteien haben. Das würde bedeuten, dass in jedem Fall heute Vereinbarungen über eine Warmmiete der Verordnung angepasst werden müssten, indem der (fiktive) Heizkostenanteil aus der Miete herausgerechnet und anschließend verbrauchsabhängig auf die Mieter umgelegt wird.²¹¹ Nach wie vor ist indessen nicht zu erkennen, wieso einer Verordnung der Vorrang vor § 535 Abs 1 S 3 zukommen soll. Eine **Anpassung** ist daher, wenn überhaupt, so nur erforderlich, wenn eine Partei dies verlangt.

202 BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671; BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 16; BGH NZM 2010, 279 Tz 9, dagegen mN Staudinger Rn 66a.str.

203 BGH NZM 2000, 961, 962 = NJW-RR 2000, 1463; NZM 2004, 418, 419; WuM 2005, 774 = NZM 2006, 11; NJW 2009, 987 = WuM 2009, 134 Tz 10, 17; Staudinger Rn 67; Kappus NZM 2004, 411; Schmid NZM 2003, 55.

204 BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 30; BGH NJW 2008, 1302 Tz 10; 2008, 283, 284; 2010, 1065 Tz 13.

205 BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 30; BGH NJW 2008, 1302 Tz 10 = NZM 2008, 276.

206 BGH 184, 117 = NJW 2010, 1065, 1066 Tz 26ff.

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

208 BGBI I, 115, abgedruckt u im Anschluss an das AGG.

209 BGBI 2008 I 2375; 2009 I 435; s Staudinger Rn 69; Paschke WuM 2010, 14.

210 BGH NJW-RR 2006, 1305 = NZM 2006, 652 m Anm M. Schmidt ZMR 2007, 15; OLG Düsseldorf NZM 2008, 524.

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

3. Umlage der Kosten, Vorauszahlungen

a) Nach § 556a Abs 1 können die Parteien bei der Wohnraummiete vereinbaren, dass Betriebskosten als **Pauschale oder als Vorauszahlungen** 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 44ff), während bei **Pauschalen** solche Abrechnung grundsätzlich entfällt. Jedoch dürfen die Heizkosten nach hM nicht in die Pauschale einbezogen werden und müssen deshalb jedenfalls im Streitfall herausgerechnet werden. In § 560 ist ergänzend bestimmt, dass (nur) bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale der Vermieter berechtigt ist, **Erhöhungen** der Betriebskosten durch Erklärung in Textform anteilig auf den Mieter umzulegen, und auch dies lediglich dann, wenn es im Mietvertrag vereinbart ist. Hinsichtlich der **Höhe der Vorauszahlungen** ist bei der Wohnraummiete § 556 Abs 2 S 2 zu beachten; im Übrigen besteht Vertragsfreiheit. 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 Vertrages einen Anspruch auf Ausgleich. Umstritten ist, ob der Vermieter (auch) 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.²¹²

b) Über die Vorauszahlungen ist grundsätzlich **innen Jahresfrist abzurechnen** (so für die Wohnraummiete § 556 Abs 3 S 2). Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, so gestaltet sich die Rechtslage unterschiedlich, je nachdem, ob der Vertrag sein Ende findet oder nicht. Im ersten Fall, d.h. also bei **Beendigung** des Vertrages (nur dann), kann der Mieter sofort **Rückzahlung** aller schon erbrachten Vorauszahlungen verlangen.²¹³ Sobald aber der Vermieter, wenn auch verspätet, nach Vertragsende noch **abrechnet**, erlischt der (nach Meinung des BGH *aufschiebend bedingte*) Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Vorauszahlungen, und dies selbst dann, wenn der Mieter bereits aufgerechnet hatte oder wenn er inzwischen ein rechtskräftiges Urteil über diesen Anspruch erstritten hatte; § 767 Abs 2 ZPO findet hier keine Anwendung.²¹⁴

Anders gestaltet sich die Rechtslage dagegen, wenn der Mietvertrag fortbesteht: In diesem Fall steht dem Mieter kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Miete zu, wenn der Vermieter nicht rechtzeitig abrechnet.²¹⁵ Dagegen werden die **Vorauszahlungen** für die nächste Periode 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).²¹⁶ 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.²¹⁷

²¹² OLG Dresden NZM 2002, 437, 438; AG Neuss ZMR 1997, 305, 306f m Nachw.

²¹³ BGH NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 m Anm Neumann/Spangenberg NZM 2005, 576; NJW 2006, 2552 = WuM 2006, 383, 384 Tz 11ff; NZM 2010, 781 Tz 4; NJW 2011, 143 Tz 18.

²¹⁴ BGH WuM 2010, 631; 2010, 688, 691; 2011, 143.

²¹⁵ OLG Düsseldorf ZMR 2002, 37, 38; WuM 2000, 678.

²¹⁶ 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; WuM 2010, 630 Tz 3; GE 2010, 1534.

²¹⁷ OLG Düsseldorf ZMR 2001, 882, 884; OLG Brandenburg WuM 2006, 579.

- 43 c) Hinsichtlich des **Umlegungsmaßstabs** oder -schlüssels gilt Vertragsfreiheit (§§ 311 Abs 1, 556a). In Betracht kommt insbesondere eine Umlegung der Kosten nach der vermieteten Fläche (so genannter **Flächenmaßstab**) oder nach der Zahl der **Personen**, die auf der Mieterseite die Räume nutzt. Gesetzliche **Regel** ist mangels abweichender Vereinbarungen der Parteien und vorbehaltlich der HeizkV nach § 556a Abs 1 der Flächenmaßstab (s § 556a Rn 4, 18 und 21ff). Weicht im Falle der Maßgeblichkeit des Flächenmaßstabs die im Vertrag genannte Fläche von der tatsächlichen Mietfläche nach oben oder unten ab, so sind entsprechend die Regeln heranzuziehen, die für diesen Fall bei § 536 entwickelt wurden (u § 536 Rn 22). Soll dagegen die **Zahl der Personen** auf der Mieterseite für die Abrechnung maßgebend sein, so kommt bei einer Veränderung dieser Zahl während der Abrechnungsperiode wohl nur eine Stichtagsregelung in Betracht.²¹⁸

4. Abrechnung

- 44 a) 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** (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). Dies alles gilt im Kern, weil der Natur der Sache entsprechend, **auch** für die **gewerbliche Miete**.²¹⁹ Folglich ist eine Abrechnung für eine längere Periode als ein Jahr ist nicht statthaft.²²⁰ Entsprechendes gilt für unterjährige Teilabrechnungen.²²¹ Dagegen sind die besonderen Vorschriften des **§ 556 Abs 3 S 3** über den Ausschluss von Nachforderungen des Vermieters und des **§ 556 Abs 3 S 5 und 6** über den Ausschluss von Einwendungen des Mieters nach hM *nicht* auf die gewerbliche Miete übertragbar.²²² Die **Fälligkeit** des Anspruchs des Mieters auf **Abrechnung** tritt ein, sobald dem Vermieter die Abrechnung – innerhalb der Abrechnungsfrist – möglich und zumutbar ist (§§ 242, 271, 556).²²³ Die **Verjährung** der beiderseitigen Ansprüche aufgrund der Abrechnung beginnt erst Ende des Jahres, in dem aufgrund einer ordnungsmäßigen Abrechnung des Vermieters die beiderseitigen Ansprüche (auf Nachzahlung von Betriebskosten oder auf Rückzahlung von Vorauszahlungen) fällig werden (§§ 195, 199).²²⁴ Eine **Verwirkung** der Vermieteransprüche kommt nur unter engen Voraussetzungen in Betracht, etwa, wenn der Vermieter grundlos die Abrechnung über die Betriebskosten über mehrere Jahre hinweg verzögert.²²⁵
- 45 b) 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 nach **§ 259** (lediglich) erforderlich 1. eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, dh der Gesamtkosten, 2. die Angabe und Erläuterung des zugrunde

218 S Staudinger Rn 77b; Blank NZM 2008, 745, 755f; Langenberg NJW 2008, 1269, 1273f.

219 BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 36ff; BGH NZM 2009, 274; NJW 2011, 445 Tz 19f.

220 BGH LM Nr 21 zu § 259 BGB = NJW 1982, 573; WM 1991, 2069, 2071; OLG Düsseldorf WuM 2003, 387, 388 = GE 2003, 879; ZMR 2003, 569; WuM 2006, 381.

221 BGH GE 2010, 1191 Tz 18.

222 BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 18ff; KG NZM 2008, 128; NJW 2011, 445 Tz 12.

223 LG Berlin GE 2005, 1249ff.

224 S u § 556 Rn 74; BGH NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61; WuM 2006, 200, 202 Tz 20; LG Düsseldorf NJW 2011, 688.

225 BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Tz 32ff; BGH NZM 2010, 243 = WuM 2010, 36 Tz 4; NZM 2012, 677 Tz 6.

gelegten Verteilerschlüssels, 3. die Berechnung der Anteile der Mieter und 4. der Abzug der Vorauszahlungen der Mieter. 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.²²⁶ Eine **zusätzliche Erläuterung** der Abrechnung, zB hinsichtlich einer zwischenzeitlichen Kostensteigerung, ist entbehrlich.²²⁷ **Unschädlich** für die Einhaltung der Abrechnungsfrist sind dagegen **inhaltliche Mängel**, die somit immer auch noch nachträglich korrigiert werden können. Für die **Abgrenzung** ist darauf abzustellen, dass zu den **formellen Mängeln** (nur) gehört, was die **Verständlichkeit** der Abrechnung, dh ihre Nachvollziehbarkeit für den Mieter, beeinträchtigt, so dass der Mieter nicht mehr in der Lage ist, die Abrechnung rechnerisch nachzuvollziehen und zu überprüfen, insbesondere, weil er die gesamten Kosten und den Verteilungsschlüssel nicht mehr zu erkennen vermag.²²⁸ Formelle Mängel sind zB die fehlende Aufschlüsselung der Betriebskosten, ein unverständlicher Verteilungsschlüssel, fehlende Abzüge oder die fehlende Herausrechnung der nichtumlagefähigen Kosten.²²⁹ **Inhaltliche Fehler** sind dagegen zB der Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, der auch für die Gewerberaummieta zu beachten ist²³⁰, die Unterlassung eines Vorwegabzuges von Kosten für gewerblich genutzte Räume²³¹ oder die Verwendung eines vertragswidrigen Verteilerschlüssels²³². Bei dem Grundsatz der **Wirtschaftlichkeit**, der in der Diskussion über die Abrechnung der Betriebskosten immer größere Bedeutung erlangt, handelt es sich der Sache nach um eine **vertragliche Nebenpflicht** des Vermieters mit dem Inhalt, den Mieter nur mit solchen Betriebs- oder Nebenkosten zu belasten, die *vernünftig und angemessen* sind. Zur **Definition** dieses Grundsatzes wird meistens, und zwar auch in der Geschäftsraummieta, auf § 20 Abs 1 S 2 NMV (analog) zurückgegriffen.²³³ Bei einer Verletzung dieser Nebenpflicht kann der Mieter vom Vermieter **Schadensersatz** verlangen, wofür jedoch grundsätzlich den Mieter die **Beweislast** trifft (§ 280 Abs 1).²³⁴ Eine **Obergrenze** für die vom Mieter zu tragenden Betriebskosten besteht jenseits der verschiedenen Wucherverbote grundsätzlich nicht; der Mieter muss diese Kosten vielmehr grundsätzlich in der angefallenen Höhe tragen, vorbehaltlich des Wirtschaftlichkeitsprinzips.²³⁵

Für die **Erfassung der Kosten** in der Abrechnung gibt es vier verschiedene Methoden, zwischen denen der Vermieter grundsätzlich die Wahl hat, nämlich 1. die Abgrenzung nach dem Leistungsprinzip, 2. die Abgrenzung nach dem Abflussprinzip, ferner 3. die Abgrenzung nach der Fälligkeit der Rechnungen und schließlich 4. die nach dem Eingang der Rechnungen.²³⁶ Der Abrechnung sind grundsätzlich **Istzahlen**, nicht Sollzah-

45a

²²⁶ BGH NZM 2003, 196 = WuM 2003, 216 usw bis NJW 2009, 3575 = NZM 2009, 906 Tz 5; WuM 2010, 156 Tz 11; WuM 2010, 493 Tz 13; 2010, 688 Tz 40; GE 2010, 1261 Tz 10 = WuM 2010, 741; WuM 2011, 101 Tz 8 = NZM 2011, 401; WuM 2011, 367 Tz 6ff; NZM 2012, 416 Tz 27.

²²⁷ BGH NJW 2008, 2260 Tz 11f; NJW 2010, 1198 Tz 21.

²²⁸ BGH WuM 2010, 742 Tz 18f = NZM 2010, 895; WuM 2012, 22, 24 Tz 18 f = NJW 2012, 603.

²²⁹ BGH NJW 2007, 1059, 1060 Tz 8 = NZM 2007, 244 = WuM 2007, 116; NZM 2007, 770 = WuM 2007, 575, 576; WuM 2007, 700, 702 Tz 24; WuM 2009, 42, 43 Tz 22f = NJW 2009, 283 = NZM 2009, 78; GE 2010, 1191 Tz 14; LG Berlin GE 2008, 737; 2010, 1203.

²³⁰ BGH WuM 2010, 296; 2010, 363; NJW 2010, 3645 Tz 23 = WuM 2010, 741.

²³¹ BGH GE 2010, 1261 Tz 13 = WuM 2010, 741.

²³² BGH NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61; OLG Düsseldorf WuM 2006, 381.

²³³ BGH NJW 2010, 3648 Tz 18, *Gather* DWW 2012, 362, 367; *Milger* NZM 2012, 657.

²³⁴ BGH WuM 2011, 513 Tz 13, 16ff = NZM 2011, 705 = NJW 2011, 3028, sehr streitig.

²³⁵ BGH NJW 2013, 84 Tz 11.

²³⁶ BGH NJW 2008, 620 Tz 14f = NZM 2008, 520; NJW 2008, 1300 = NZM 2008, 277; NJW 2008, 1801 = NZM 2008, 403.

len zugrunde zu legen.²³⁷ Die Kosten, die auf **leerstehende Räume** entfallen, muss der Vermieter tragen.²³⁸ In diesem Zusammenhang bleibt zu beachten, dass bei der Abrechnung auch Gesichtspunkte der **Praktikabilität** berücksichtigt werden müssen, zumal eine absolute (punktgenaue) Verteilungsgerechtigkeit bei den Betriebskosten ohnehin nicht erreichbar ist.²³⁹ Deshalb können z.B. Messgeräte auch dann noch verwandt werden, wenn sie nicht mehr geeicht sind. Außerdem beeinträchtigen einzelne **formelle oder materielle Fehler** die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung *nicht insgesamt*, wenn sie unschwer **herausgerechnet** werden können und sich aus den im übrigen einwandfreien Posten ein zumindest teilweise fälliger Anspruch des Vermieters ergibt.²⁴⁰

- 46 c) 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;²⁴¹ **Ausnahmen** sind aber denkbar, etwa, wenn der Mieter berufsbedingt im Ausland weilt.²⁴² Kommt der Vermieter seiner Vorlagepflicht nicht nach, so wird dem Mieter häufig ein **Zurückbehaltungsrecht** hinsichtlich der offenen Betriebskostenforderungen des Vermieters zugebilligt,²⁴³ freilich nur in den Grenzen der §§ 320 Abs 2 und 242.²⁴⁴ Die **Beweislast** für die Richtigkeit der einzelnen Posten der Abrechnung trifft den Vermieter, außer bei der Verwendung geeichter Meßgeräte.²⁴⁵ 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.²⁴⁶ **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.²⁴⁷ Für die Wohnraummiete gilt dies jedoch nicht.²⁴⁸

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

238 BGH NZM 2006, 655 und 652; NJW 2010, 3645 Tz 23.

239 BGH NJW 2010, 3643 Tz 17 = NZM 2010, 855 = WuM 2010, 685; NJW 2011, 598.

240 BGH NZM 2011, 118 Tz 14; NJW 2011, 842 Tz 13 = NZM 2011, 240; OLG Köln ZMR 2010, 850.

241 BGH NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 Tz 21ff; NZM 2006, 926; WuM 2006, 616, 617; NZM 2007, 35 = NJW 2007, 428 Tz 10.

242 BGH WuM 2010, 296; 2010, 363.

243 BGH NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 Tz 21ff; NZM 2006, 926; NZM 2006, 200 Tz 21ff; NJW 2006, 1419; NZM 2006, 926; 2007, 35 Tz 10.

244 KG GE 2002, 129.

245 BGH WuM 2011, 21 Tz 13; LG Berlin GE 2003, 121, 122.

246 OLG Düsseldorf GE 2006, 1230, 1231; AG Spandau WuM 2006, 566.

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

248 S dazu u § 556 Rn 85; BGH WuM 2011, 108 Tz 18 = NJW 2011, 843 = NZM 2011, 242.

VII. Miete

1. Die **Zahlung der Miete** ist die **Hauptleistungspflicht** des Mieters. Besteht die 47
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.²⁴⁹ Bei periodischer Zahlung der Miete handelt es sich bei dem Anspruch des Vermieters auf die Miete grundsätzlich um eine **befristete**, nicht nur um eine betagte **Forderung**, die folglich erst zu Beginn oder zum Ende der jeweiligen Zahlungsperiode entsteht (§§ 158 und 163).²⁵⁰ Die **Fälligkeit** der Miete richtet sich mangels besonderer Vereinbarungen der Parteien nach den §§ 271, 556b und 579, die **Verjährung** nach den §§ 195 und 199 (und nicht etwa nach § 548). Eine **Verwirkung** des Anspruchs des Vermieters auf die Miete ist ebenfalls möglich, wird aber mit Rücksicht auf die kurzen Verjährungsfristen nur selten in Betracht kommen²⁵¹.

Die **§§ 320ff** sind grundsätzlich anwendbar. Umstritten ist, ob sich daraus die 47a
Berechtigung des Vermieters ergibt, bei Zahlungsverzug des Mieters die von ihm geschuldete Versorgung des Mieters mit Wasser oder Strom einzustellen (so genannte **Versorgungssperre**).²⁵² In dieser Frage muss man die Zeit vor und nach Beendigung des Mietvertrages unterscheiden. Während des Laufs des Mietvertrages (**vor Vertragsbeendigung**) wird ein Recht des Vermieters zur Versorgungssperre bei Zahlungsverzug des Mieters aus **§ 320 Abs 1** bisher überwiegend **verneint**, insbesondere deshalb, weil die Einrede des § 320 nur verzögerlichen Charakter hat und daher ausscheidet, wenn ein *endgültiger Zustand* herbeigeführt wird, wie es bei der Versorgungssperre des Vermieters der Fall ist.²⁵³ Anders zu beurteilen ist dagegen die Zeit **nach wirksamer Vertragsbeendigung**. Da der Vermieter jetzt nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist (§ 535 Abs 1), muss er jetzt auch **nicht mehr** die **Versorgung** des Mieters mit Wasser, Strom und Wärme sicherstellen; vielmehr ist der Mieter jetzt nur noch zur Räumung verpflichtet (§ 546). Kommt der Mieter dieser Pflicht nicht nach und verbleibt in den Räumen, so kann sich nur aus einer **nachwirkenden Treuepflicht (§ 242)** des Vermieters vorübergehend etwas anderes ergeben, wenn aufgrund einer umfassenden **Interessenabwägung** dem Vermieter für eine Übergangszeit die weitere Versorgung des Mieters zumutbar ist, ihm insbesondere keine weiteren Schäden drohen, weil jedenfalls die Bezahlung der weiteren Leistungen gewährleistet ist.²⁵⁴

Da Mietverträge über Grundstücke grundsätzlich von der **Umsatzsteuer befreit** sind 47b
(§ 4 Nr 12 S 1 lit a UmsStG), kann der Vermieter idR keine Umsatzsteuer auf die Miete fordern.²⁵⁵ Bei der gewerblichen Miete ist der Vermieter jedoch berechtigt, für die Umsatzsteuer zu optieren (§ 9 UmsStG), und zwar nach freiem Ermessen, sofern der Mieter ebenfalls umsatzsteuerpflichtig ist.²⁵⁶ Die **Abwälzung der Umsatzsteuer** auf den Mieter setzt aber auch in diesem Fall eine besondere Vereinbarung voraus, da der vereinbarte Preis

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

250 BGHZ 182, 264, 267 Tz 10 = NZM 2010, 164; BGH WM 2010, 368 Tz 21; NJW-RR 2010, 483 Tz 19.

251 OLG Düsseldorf NZM 2010, 820.

252 S dazu *Staudinger* Rn 82a; *Herrlein* NZM 2006, 527; *Neuner*, in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 267; *Mummenhoff* DWW 2005, 312; *Scheidacker* NZM 2005, 281; 2007, 592; 2010, 437.

253 KG ZMR 2005, 951 = GE 2005, 1429; GE 2010, 60; OLG Köln NZM 2005, 67 = NJW-RR 2005, 99 = ZMR 2005, 124; OLG Celle NZM 2005, 741 = NJW-RR 2005, 1383.

254 BGHZ 180, 300, 304 ff Tz 16 ff = NJW 2009, 1947; KG NZM 2011, 778 = WuM 2011, 519; LG Koblenz WuM 2012, 140.

255 OLG Rostock NZM 2006, 898; LG Mannheim WuM 1976, 92, 93; s im Einzelnen *Staudinger* Rn 85; *Blank/Börstinghaus* § 535 Rn 400ff; *Weitemeyer* DWW 2006, 150 = NZM 2006, 881.

256 BGH LM Nr 3 zu HeizkostenVO = NJW-RR 1991, 647; NZM 2009, 237 Tz 13f.

grundsätzlich der Bruttopreis (einschließlich MWSt) ist.²⁵⁷ Das kann auch durch Formularvertrag geschehen.²⁵⁸

- 48 2. Die Miete kann in einer **einmaligen Leistung** des Mieters **oder in wiederkehrenden Leistungen** in beliebigen Zeitabschnitten bestehen.²⁵⁹ Die Vereinbarung einer einmaligen Mietschuld kommt vor allem bei der so genannten **Gelegenheitsmiete** vor.²⁶⁰ 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.²⁶¹ Aufgrund des Vertrages hat der Vermieter dann im Zweifel einen Anspruch gegen den Mieter auf **Auskunft** und Rechnungslegung über die Höhe seiner Umsätze.²⁶² Stellt der Mieter den Gebrauch ein, so muss er nach § 537 zumindest die durchschnittliche bisherige Miete fortzahlen.²⁶³
- 49 3. Die Miete wird in der Regel in **Geld** bestehen. Jedoch kommen als Gegenleistung des Mieters auch beliebige **sonstige Leistungen** in Betracht.²⁶⁴ Beispiele sind Dienst- und Werkleistungen des Mieters.²⁶⁵ Paradigma sind die sog Hausmeisterverträge. Der Vertrag bildet auch in diesen Fällen eine **Einheit**, so dass der Vermieter nicht etwa die Leistungen des Mieters einseitig kündigen und statt dessen eine Geldleistung verlangen kann.²⁶⁶
- 50 4. Der Vermieter kann von dem Mieter ohne besondere Absprache *nicht* die Erteilung einer **Einzugsermächtigung** verlangen.²⁶⁷ Durch Formularvertrag kann der Mieter außerdem nur zur Teilnahme am Einzugsermächtigungsverfahren verpflichtet werden, weil allein bei diesem eine Widerspruchsmöglichkeit besteht.²⁶⁸ In allen diesen Beziehungen dürfte das neue SEPA-Lastschriftverfahren aufgrund der §§ 675f und 675x i.V.m. den neuen Sonderbedingungen der Banken für den Lastschriftverkehr im Ergebnis keine substantiellen Änderungen bringen.²⁶⁹ Für die Verrechnung von **Teilleistungen** des Mieters gilt § 366, und zwar auch, wenn der Mieter mit mehreren Mietraten in Verzug ist.²⁷⁰ Die Mietschuld ist grundsätzlich **Schickschuld**, nicht Bringschuld (§ 270). Der Mieter trug daher nach bisher hM zwar die Transportgefahr, *nicht* aber die **Verzögerungsgefahr**, so dass er bereits rechtzeitig geleistet hatte, wenn er den geschuldeten Betrag nur fristgemäß *abgesandt* hatte, während es keine Rolle spielte, wann der Betrag bei dem Vermieter

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

258 BGH (vorige Fn).

259 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.

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

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

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

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

264 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.

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

266 LG Aachen WuM 1989, 382.

267 *M Schmid* ZMR 1996, 585; *Sterne! PiG* Bd 60 (2001) 31, 43f.

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

269 *Horst* NZM 2011, 337.

270 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.

eintrifft.²⁷¹ Die Frage ist aber neuerdings streitig geworden (s § 543 Rn 34f). Abweichende Vereinbarungen sind jedenfalls möglich und häufig, auch bei der Wohnraummiete. Wenn der Vermieter die rückständige **Miete einklagt**, muss er diese im einzelnen substantiiert vortragen; eine bloße **Saldoklage** ist unzulässig.²⁷² Ebenso wenig kann der **Hausverwalter** die Rückstände im Wege der Prozessstandschaft geltend machen.²⁷³

5. Erfüllungsort ist grundsätzlich (§ 269) der Wohnsitz oder der Ort der gewerblichen 51
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.²⁷⁴ Im Falle der **Insolvenz** einer der beiden Vertragsparteien gelten die **§§ 108 bis 112 InsO**.²⁷⁵ Danach **bleibt** das **Mietverhältnis** grundsätzlich **bestehen**, sofern die Räume dem Mieter bei Eröffnung des Verfahrens bereits übergeben waren; andernfalls haben beide Parteien ein **Rücktrittsrecht**.²⁷⁶ Bei **Insolvenz des Vermieters** besteht das Mietverhältnis somit fort (§ 108 InsO); der Mieter hat kein Kündigungsrecht, etwa nach § 543.²⁷⁷ Bei **Insolvenz des Mieters** folgt aus § 112 InsO ebenfalls eine Kündigungssperre; Mietrückstände aus der Zeit *vor Eröffnung* des Verfahrens sind bloße Insolvenzforderungen.²⁷⁸ Dagegen kann der Vermieter kündigen, wenn der Mieter *nach* der Eröffnung des Verfahrens erneut in Verzug gerät (§ 543 Abs 2 Nr 3).²⁷⁹ Bei der **Wohnraummiete** kann der Verwalter das Mietverhältnis aber auch freigegeben, so dass es dann nur mit dem Schuldner persönlich fortzuführen ist (§ 109 Abs 1 S 2 InsO). Die Regelung bedeutet der Sache nach, dass der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis vom Insolvenzverfahren abtrennen, dh **freigeben** kann, so dass es dann nur mit dem Schuldner persönlich fortzuführen ist. Die **Enthaftungserklärung** des Insolvenzverwalters ist gegenüber dem Mieter und Schuldner abzugeben. Die Freigabemöglichkeit verdrängt insofern das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters.²⁸⁰ Die Masse haftet dann nicht mehr für die neuen Rückstände. Bei gewerblichen Mietverhältnissen bleibt es bei der gewohnheitsrechtlich anerkannten Möglichkeit zur **Freigabe** des von dem Mieter betriebenen Unternehmens (vgl § 35 Abs. 2 InsO). Die Rechtsfolgen sind streitig. Teilweise wird angenommen, dass die Masse dann auch nicht mehr für die Mietzinsansprüche des Vermieters der Räume haftet, in denen das Unternehmen betrieben wird.²⁸¹ **Rückgabe** der Mietsache kann der Vermieter vom Insolvenzverwalter nur verlangen, wenn dieser überhaupt Besitz

271 RGZ 99, 257; BGH LM Nr 3 zu § 270 BGB = NJW 1959, 1176; LM Nr 1 zu § 36 VVG = NJW 1964, 499; *Derleder* WuM 2007, 599, 600.

272 AG Köln NZM 2009, 737.

273 AG Köln NZM 2009, 737.

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

275 *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); *Jablonski* GE 2008, 716; *Kirchhof* WM 2008 Sonderbeil zu H 50–52, S 15; *Lüke* in: PiG Bd 70 (2005) S 165; *Marotzke* KTS 1999, 269; *Pape* WuM 2004, 645 = NZM 2004, 401; *ders* ZMR 2009, 885.

276 BGHZ 173, 116, 121ff = NJW 2007, 3715; AG Köln NZM 2010, 423; *Dahl* NZM 2008, 585.

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

278 BGH GE 2009, 322 Tz 3.

279 BGHZ 151, 353, 370ff = NJW 2002, 3326.

280 BGH NZM 2012, 638 Tz 10ff; *Priebe* NZM 2010, 801, 804, 806.

281 LG Krefeld NZM 2010, 816, 817.

an der Mietsache begründet hat.²⁸² Lösungsklauseln für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters sind unwirksam (§ 119 InsO).²⁸³

VIII. Nebenleistungspflichten des Mieters

1. Abnahme- und Betriebspflicht

52 a) Den Mieter trifft grundsätzlich **keine Abnahme- und Gebrauchspflicht**.²⁸⁴ 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 allein in Annahmeverzug, jedoch nicht in Schuldnerverzug gerät. An seiner Verpflichtung zur Mietzahlung ändert sich dadurch indessen nichts (§ 537). Der Mieter ist außerdem jederzeit berechtigt, die Mietsache **vor** dem ursprünglich vorgesehenen **Vertragsende zurückzugeben**.²⁸⁵ Ebenso wenig trifft den Mieter eines Geschäftslokals eine Verpflichtung, das **Geschäft** tatsächlich offen zu halten und zu **betreiben**.²⁸⁶

53 b) **Abweichende Vereinbarungen** sind möglich,²⁸⁷ indessen für den Mieter erheblich belastend und deshalb ungewöhnlich, so dass bei ihrer Annahme Zurückhaltung geboten ist. Gleichwohl wird es verbreitet als zulässig angesehen, dem Mieter eines Geschäfts ausdrücklich durch den Vertrag für eine **Betriebspflicht** aufzuerlegen, und zwar sogar durch **Formularvertrag**²⁸⁸ und einschließlich der Verpflichtung, ein Geschäft an bestimmten Tagen und zu bestimmten Stunden, zB in einem **Einkaufszentrum**, unter allen Umständen offen zu halten.²⁸⁹ Das soll selbst dann gelten, wenn zugleich ein Konkurrenzschutz zugunsten des Mieters ausgeschlossen ist.²⁹⁰ Diese ganze Praxis ist durchaus problematisch, weil mit dem Leitbild der Miete kaum zu vereinbaren (§§ 138, 242, 307, 310 und 535 Abs 1).²⁹¹ Der Mieter wird nach hM von der Betriebspflicht selbst **durch die mangelnde Rentabilität** des Geschäfts **nicht befreit**.²⁹² Die Einzelheiten sind streitig;²⁹³ jedenfalls bei schwerer **Krankheit** des Mieters sollte man nicht zögern, die §§ 275 Abs 3 und 313 zu Gunsten des Mieters anzuwenden.²⁹⁴ Die vertragswidrige Einstellung des Geschäfts berechtigt den Vermieter zur fristlosen Kündigung (§ 543) sowie zur Forderung von Schadensersatz (§ 280).

282 BGH NJW 2008, 2580; GE 2009, 322 Tz 3.

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

284 BGH WuM 2011, 98.

285 LG Mannheim WuM 1982, 298.

286 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; NZM 2010, 361 Tz 13ff.

287 RGZ 138, 192, 197f; 138, 202, 207f; BGH WM 1983, 531, 532; NJW-RR 1992, 1032 = ZMR 1993, 57; s *Gather*, in: FS Blank, 2006, S 169; kritisch *Lehmann-Richter* PiG 83 (2008), 181, 192ff.

288 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; NZM 2010, 361 Tz 13ff; OLG Düsseldorf NZM 1999, 124 = NJW-RR 1999, 305.

289 BGH NJW-RR 1992, 1032 = WM 1992, 1582; NZM 2010, 361 Tz 13ff.

290 BGH NZM 2010, 361 Tz 13ff; KG ZMR 2005, 47 = NZM 2005, 620.

291 S mN *Staudinger* Rn 92a.mN.

292 OLG Düsseldorf ZMR 2004, 508; anders für den Fall der Zahlungsunfähigkeit auch OLG Karlsruhe GE 2007, 218.

293 S *Günter* WuM 2012, 587; *Gather*, in: FS Blank, 169, 173; *Lehmann-Richter* PiG 83 (2008), 181, 195ff; *Würtenberger* NZM 2013, 12.

294 OLG Dresden NZM 2008, 131.

2. Obhutspflicht. Sobald dem Mieter die Mietsache übergeben wurde, muss er mit 54 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.²⁹⁵ Sie erstreckt sich auch auf die **mitvermieteten Sachen und Räume** einschließlich der Flure und Treppen, Böden und Keller.²⁹⁶ Inhaltlich geht die Obhutspflicht vor allem dahin, die genannten Sachen sorgfältig und pfleglich zu behandeln und nach Möglichkeit **vor Schäden zu bewahren**.²⁹⁷ Besondere Sorgfaltspflichten bestehen bei der Aufstellung neuer technischer Geräte, zB bei dem Anschluss einer Waschmaschine.²⁹⁸ Der Mieter ist ferner verpflichtet, für eine ausreichende **Lüftung und Säuberung** der Räume zu sorgen (s u § 536 Rn 36f). Wenn der Mieter für längere Zeit **verreist**, muss er dafür Sorge tragen, dass in der Zwischenzeit auftretende Mängel erkannt und behoben werden können.²⁹⁹ Die Wohnungsschlüssel muss er deshalb einer vertrauenswürdigen Person oder dem Vermieter übergeben, vor allem, wenn Frost droht.³⁰⁰

Aus der Obhutspflicht des Mieters ergibt sich grundsätzlich nur eine **Anzeigespflicht** 55 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, 538 und 541).³⁰¹ In schwerwiegenden Fällen kann der Vermieter außerdem kündigen (§ 543).

3. Besichtigungsrecht. Die Frage, wann der Mieter eine Besichtigung der gemieteten 56 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 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 Positionen der Parteien aus den Art 13 Abs 1 und 14 Abs 1 GG.³⁰² Im einzelnen hat man das bloße Recht des Vermieters zum *Betreten* der vermieteten Räume von dem weitergehenden *Besichtigungsrecht* zu unterscheiden. Der Vermieter hat zunächst ein Recht zum **Betreten** der Räume, wenn er dort aufgrund Gesetzes (insbesondere § 4 HeikostenV) oder nach dem Vertrag bestimmte Handlungen vornehmen muss, wenn er zB Messgeräte anbringen (§ 4 Abs 2 S 1 Halbs 2 HeikostenV) oder, um über die Betriebskosten abrechnen zu können (§ 556a), die Messgeräte ablesen muss oder wenn er Maßnahmen der Instandhaltung oder Instandsetzung vornehmen muss, die der Mieter zu dulden hat (§ 555a).³⁰³ Der Vermieter muss dabei auf die Interessen des Mieters Rücksicht nehmen (§ 241 Abs 2), so daß er den Termin mit dem Mieter vorher abzustimmen hat. Das weitergehende **Besichtigungsrecht** des Vermieters umfasst dagegen die gesamten vermieteten Räume. In der Rechtspre-

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

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

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

298 LG Mannheim ZMR 1991, 441.

299 OLG Hamm WuM 1996, 470.

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

301 BGH LM Nr 2 zu § 556 BGB = NJW 1967, 1803; Kraemer, in: FS Blank, 2006, S 281.

302 BVerfGE 89, 1, 13 = NJW 1993, 2035; s Blank, in: FS Seuß, 2007, S 271, 287ff; Herrlein ZMR 2007, 247; Lützenkirchen NJW 2007, 2152; Schlüter NZM 2006, 681.

303 Blank, in: [3.] FS Seuß [2007] 277, 278 ff; M Schmid WuM 2011, 331, 332.

chung wird dem Vermieter teilweise ein generelles Besichtigungsrecht zumindest in langen Abständen zugebilligt, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich vom Zustand der Mietsache zu überzeugen.³⁰⁴ Dieser Meinung ist *nicht* zu folgen, wie § 545 zeigt. Eine Pflicht des Mieters, Besichtigungen des Vermieters zu dulden, kommt vielmehr immer **nur im Einzelfall aus besonderem Gründen** in Betracht,³⁰⁵ insbesondere, wenn der Sache schwere **Gefahren** drohen,³⁰⁶ wenn der Verdacht eines vertragswidrigen Gebrauchs der Räume besteht, etwa durch die nach dem Vertrag verbotene Haltung großer Hunde³⁰⁷, wenn der Mieter Mängel behauptet, da der Vermieter diese überprüfen können muss,³⁰⁸ sowie wenn der Vermieter Reparatur- oder Modernisierungsmaßnahmen durchführen will (§ 554).³⁰⁹ Kein Besichtigungsrecht besteht jedoch für Personen, die für den Mieter unzumutbar sind.³¹⁰ Abweichende Klauseln in **Formularverträgen** sind unwirksam.³¹¹

- 57 Der Vermieter ist ferner berechtigt, **Kaufinteressenten** das Grundstück zu zeigen. Dasselbe gilt für **Mietinteressenten**, sobald der Mieter gekündigt hat,³¹² freilich nur in engem Rahmen, dh höchstens zwei- bis dreimal monatlich, und zu vertretbaren Zeiten sowie nach vorheriger Ankündigung, nach Möglichkeit am vorausgehenden Tag.³¹³ Der Mieter ist jedoch berechtigt, die Interessenten auf etwaige Mängel der Wohnung sowie auf seinen Wunsch hinzuweisen, wohnen zu bleiben.³¹⁴ Mit Gewalt darf sich der Vermieter in keinem Fall Zugang zu den Räumen verschaffen (§ 123 StGB).

IX. Schönheitsreparaturen³¹⁵

- 58 **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. Zur näheren Umschreibung der Schönheitsreparaturen 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.³¹⁶ 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.³¹⁷ Erfasst werden schließlich auch nur Schäden an den dem Mieter zum ausschließlichen

304 BVerfG NZM 2004, 186 = NJW-RR 2004, 440; LG Tübingen NZM 2008, 1055, 1057; LG Oldenburg ZMR 2012, 956.

305 LG München II NZM 2009, 277; AG Bonn NZM 2006, 618; AG Coesfeld WuM 2009, 112; Stx 98f.

306 LG Bremen BIGBW 1964, 159; AG Bonn NZM 2006, 618.

307 AG Rheine WuM 2003, 315.

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

309 AG Schöneberg GE 1987, 629.

310 AG Hamburg WuM 1987, 379.

311 LG München II NZM 2009, 277; AG Münster WuM 2009, 288; AG Coesfeld WuM 2009, 112; *Staudinger* Rn 98f.

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

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

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

315 S *Emmerich*, in: FS Graf v Westphalen, 2010, S 127.

316 BGHZ 92, 363, 368 = NJW 1985, 480 usw bis BGH NZM 2009, 126 = NJW 2009, 519; NJW 2009, 1408 Tz 10 = NZM 2009, 353; NJW 2010, 674 = NZM 2010, 157; WuM 2010, 231 Tz 16.

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

Gebrauch überlassenen Räumen, nicht dagegen Schäden an Keller- und Wirtschaftsräumen oder an den **mitvermieteten Räumen** einschließlich der Zu- und Abgänge.³¹⁸

Die genaue **Abgrenzung** der Schönheitsreparaturen von sonstigen Reparaturen ist 59 in zahlreichen Fallgestaltungen umstritten.³¹⁹ 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,³²⁰ der Innenanstrich von Doppelfenstern, die Beseitigung einer ungewöhnlichen oder eigenwilligen Dekoration des Mieters, zB die Beseitigung ungewöhnlicher Farben der Tapeten³²¹ sowie die Erneuerung einer Wandbespannung anstelle einer Tapete,³²² – dagegen **nicht** mehr der Außenanstrich der Fenster und Türen,³²³ die *Beseitigung von Mängeln* einschließlich der Reparatur von Substanzschäden,³²⁴ sowie die *Erneuerung* des Bodenbelages, zB die Erneuerung eines verschlissenen Teppichbodens oder das Abschleifen und Neuversiegeln des Fußbodens oder Parketts.³²⁵ Umstritten ist insbesondere die zutreffende rechtliche Einordnung der **Reinigung von Teppichböden**. Sie wird zum Teil der Obhutspflicht des Mieters, zum Teil den Schönheitsreparaturen und schließlich teilweise auch der allgemeinen Instandsetzungspflicht des Vermieters aufgrund des § 535 Abs 1 S 2 zugeordnet.³²⁶ Der **BGH** begreift die übliche oder *laufende Reinigung* von Teppichböden als Teil der Obhutspflicht des Mieters, eine *Grundreinigung* dagegen als Bestandteil der **Schönheitsreparaturen**, jedenfalls bei der Geschäftsraummiete, nicht anders aber wohl auch bei der Wohnraummiete.³²⁷ Dies alles 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.³²⁸ Die Unwirksamkeit der Erweiterungsklausel zieht dann auch die der gesamten Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in dem Formularvertrag nach sich.³²⁹

2. Schuldner

a) Die Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten 60 Zustand **obliegt** während der gesamten Vertragsdauer an sich dem **Vermieter** (§ 535 Abs 1 S 2), so dass er grundsätzlich **auch** die **Schönheitsreparaturen** tragen muss, sobald die Wohnung infolge des normalen Verschleißes Mängel aufweist.³³⁰ § 535 Abs 1 S 2 ist jedoch kein zwingendes Recht, so dass die Parteien **abweichende Vereinbarungen** treffen

318 AG Langen WuM 1997, 40.

319 S im Einzelnen *Staudinger* Rn 103; *Langenberg* NZM 2000, 1125.

320 *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 8f.

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

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

323 BGH NJW 2009, 1408 Tz 10; 2010, 674 Tz 12.

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

325 BGH NJW 2010, 674 Tz 12 = ZM 2010, 157.

326 S *Lehmann-Richter* NZM 2009, 349; *Gellwitzki* NZM 2009, 881; *Langenberg*, Schönheitsreparaturen 8, 25; *Schoenemeyer* WuM 2011, 148.

327 BGH NJW 2009, 510 Tz 13, 25 ff = NZM 2009, 126 = WuM 2009, 224.

328 Rn 63; BGH WuM 2010, 231 Tz 16f.

329 BGH WuM 2010, 231 Tz 11.

330 S o Rn 10ff; *Emmerich* in: FS Bärmann und Weitnauer, 1990, S 233ff.

können. Voraussetzung ist freilich mit Rücksicht auf das abweichende gesetzliche Leitbild (§ 535 Abs 1 S 2) eine **eindeutige Vereinbarung**, für die der Vermieter beweispflichtig ist.³³¹ Eine **konkludente Abwälzung** der Schönheitsreparaturen auf den Mieter kommt nicht in Betracht, auch nicht bei der gewerblichen Miete.³³² **Klauseln**, die im Kern auf eine bloße Verpflichtung des Mieters **zur Rückgabe** der Sache in vertragsgemäßem Zustand hinauslaufen, enthalten gleichfalls **keine** wirksame **Überwälzung** der Schönheitsreparaturen auf den Mieter, weil sie nur wiederholen, was ohnehin aus § 538 folgt.³³³ Ausreichend sind dagegen, jedenfalls nach Meinung des BGH,³³⁴ Klauseln, die dem Mieter die Verpflichtung auferlegen, 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).³³⁵

- 61 b)** Nach überwiegender Meinung³³⁶ können die Schönheitsreparaturen **auch durch Formularvertrag** unter bestimmten Voraussetzungen auf den Mieter **abgewälzt** werden.³³⁷ Richtlinie hat dabei zu sein, daß die Schönheitsreparaturen – als besondere Ausprägung der Erhaltungspflicht des Vermieters – durch Formularvertrag **nicht in weiterem Umfang** auf den Mieter abgewälzt werden können, **als ohne** solche **Abwälzung** den **Vermieter** die Erhaltungspflicht und damit die Schönheitsreparaturen träfen.³³⁸ Für die **Fälligkeit** der Schönheitsreparaturen folgt daraus, dass sie – mangels besonderer Abreden der Parteien – immer erst dann durchzuführen sind, wenn **Renovierungsbedarf** besteht, maW: wenn sich die **Räume in** einem **mangelhaften**, dh nicht mehr zur Weitervermietung geeigneten **Zustand** befinden, und zwar ganz ohne Rücksicht darauf, ob eine sog Substanzgefährdung droht oder nicht. Der Mieter kann danach insbesondere verpflichtet werden, während der Vertragsdauer entsprechend einem üblichen Wirtschaftsplan die turnusmäßig notwendigen Schönheitsreparaturen durchzuführen. 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 „kostenparender Eigenleistung“ gegebenenfalls selbst durchzuführen.³³⁹
- 61a** Die Schönheitsreparaturen sind, nach dem Gesagten (Rn 61) grundsätzlich durchzuführen, **wenn** sich die Räume in einem **mangelhaften**, dh nicht mehr zur Weitervermietung geeigneten **Zustand befinden**.³⁴⁰ Denn erst dadurch würde auch – ohne Abwälzung

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

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

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

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

335 LG Berlin NJW-RR 1997, 265; *Gellwitzki* NZM 2009, 881, 883f; enger KG NZM 2009, 661.

336 S aber o Rn 58; anders deshalb *Emmerich* in: FS Bärnmann und Weitnauer, 1990, S 233, 239ff; *ders*, in: FS Graf v Westphalen, 2010, S 127; *Kappus* in: Gedschr Sonnenschein (2003) 263ff.

337 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 WuM 2010, 36 usw.

338 BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 = WuM 2004, 463, 464; NJW 2006, 2115 = WuM 2006, 308, 309 Tz 11; WuM 2006, 310, 311 Tz 11.

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

340 Vgl BGH WuM 1982, 296, 297 = WM 1982, 333, 334; NJW 2005, 1962 = NZM 2005, 450.

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.³⁴¹ Für den Regelfall gehen die Gerichte insoweit – entsprechend dem „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.³⁴² Bei diesen Fristen handelt es sich indessen um **bloße**, als solche unverbindliche **Richtlinien**, die im Einzelfall sowohl unterschritten als auch überschritten werden können,³⁴³ wobei hinzukommt, dass die Fristen, die aus den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts stammen, ohnehin **längst überholt** sind.³⁴⁴ Eine **Abkürzung** dieser Fristen durch Formularvertrag ist daher grundsätzlich **unzulässig**.³⁴⁵ **Unzulässig** ist ferner die **Vereinbarung starrer Renovierungsfristen**, dh die vertragliche Fixierung (beliebiger) Fristen, zu denen (spätestens) die Renovierung durchgeführt werden muss.³⁴⁶ Das soll auch bei der gewerblichen Miete gelten.³⁴⁷ Deshalb muss die fragliche Klausel so abgefasst sein, dass für den durchschnittlich 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.³⁴⁸ 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.³⁴⁹ 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.³⁵⁰

Unzulässig sind so genannte **Anfangs- und Endrenovierungsklauseln**, nach denen der Mieter formularmäßig **zusätzlich** zu den ohnehin schon auf ihn abgewälzten laufenden Schönheitsreparaturen auch noch die Anfangs- oder Endrenovierung tragen soll, und zwar – mit Rücksicht auf den so genannten **Summierungseffekt** – selbst dann, wenn die fragliche Klausel **individualvertraglich** begründet ist.³⁵¹ Gleich stehen **Bedarfsklauseln**, da solche Klauseln ebenfalls darauf hinauslaufen, dass der Mieter letztlich auch den vorvertraglichen Renovierungsaufwand tragen muss.³⁵² Etwas **anderes** gilt jedoch nach Meinung des BGH, wenn die genannten Klauseln **unabhängig** von dem Formularvertrag

341 BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653; NJW 2006, 2115; WuM 2006, 310, 311 Tz 11.

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

343 BGH NJW 2004, 2586; NJW 2006, 2113, 2114.

344 S BGH NJW 2007, 3632 Tz 13; *Staudinger* Rn 108.

345 BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653.

346 BGH NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 usw bis BGH NJW 2006, 2113; NJW 2006, 2115; 2007, 3682 Tz 12; 2008, 1439 Tz 17; 2008, 936 Tz 11; 2009, 62 Tz 11.

347 OLG Düsseldorf NZM 2006, 462 = ZMR 2006, 521, 522.

348 So BGH NJW 2006, 2113, 2114 Tz 12 = WuM 2006, 377; NJW 2008, 936 Tz 11 = WuM 2008, 722.

349 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.

350 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.

351 BGH NJW 2003, 2234; 2003, 3192; 2005, 2006; NZM 2009, 313.

352 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.

auf einer („**selbstständigen**“) **Individualvereinbarung** beruhen.³⁵³ Dies alles gilt jedenfalls für die **Wohnraummiete**, während bei der **gewerblichen Miete** nach überwiegender Meinung dem Mieter (formular-)vertraglich auch die Anfangs- und die Endrenovierung auferlegt werden kann.³⁵⁴ Unzulässig sind dagegen wohl auch hier die Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen in Verbindung mit einer Endrenovierungsklausel oder die Vereinbarung starrer Renovierungsfristen.³⁵⁵

- 62 c) **Quotenklauseln** gelten als grundsätzlich unbedenklich. 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.³⁵⁶ Quotenklauseln sind dagegen **unzulässig**, wenn die **Fristen starr** sind³⁵⁷, wenn die Klausel auch eine vollständige Haftung des Mieters vor Ablauf der Fristen (100 %) vorsieht³⁵⁸ oder wenn die Klausel **intransparent** ist sowie richtiger Meinung nach bei Übergabe einer nicht renovierten Wohnung bei Vertragsanfang.³⁵⁹ Die unvermeidliche Folge dieser zudem ständig weiter verschärften Restriktionen ist, dass die **Formulierung** einer Quotenklausel auf der Basis flexibler (oder weicher) Fristen – bei strenger Beachtung des Transparenzgebotes – kaum mehr möglich ist, so dass das **Ende** der Quotenklauseln absehbar ist. 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).³⁶⁰ Gleich steht die Verpflichtung, bei Vertragsende ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparaturen alle Tapeten zu beseitigen (sog **Makulaturklausel**).³⁶¹ Ebenso wenig darf der **vorvertragliche** Renovierungsaufwand ausdrücklich oder konkludent, dh durch das Zusammenwirken mit anderen Klauseln, formularvertraglich auf den Mieter abgewälzt werden.³⁶²
- 63 d) Der Vermieter kann dem Mieter *nicht* vorschreiben, wie er *während* der Laufzeit des Vertrags zu dekorieren hat; so genannte **Farbwahlklauseln** sind unzulässig.³⁶³ Beispiele sind die Verpflichtung, die Decken, Wände oder Fenster zu „weißen“ oder „weiß zu lackieren“,³⁶⁴ sowie das Verbot einer Abweichung von der bisherigen Ausführungen oder

353 BGH NJW 2009, 1075 = NZM 2009, 233; NZM 2009, 397 = NJW-RR 2009, 947.

354 BGH NZM 2009, 397 = NJW-RR 2009, 947 Tz 19; KG GE 1995, 1011; NZM 2004, 424; 2005, 181; dagegen *Staudinger* Rn 112.

355 BGH NJW 2005, 2006; 2008, 377 Tz 2; *Emmerich* NZM 2009, 16.

356 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; s auch Rn 63.

357 BGH NJW 2006, 3778 Tz 20 = ZMR 2007, 28; NZM 2007, 355 Tz 13ff; NJW 2007, 3632 Tz 24ff; 2008, 1438 = NZM 2008, 363 Tz 15ff.

358 BGH NJW 2006, 2113.

359 S mN *Staudinger* Rn 110a.

360 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.

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

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

363 BGH NZM 2010, 236 = WuM 2010, 142 Tz 9ff; WuM 2011, 96 = NJW 2011, 514.

364 BGH WuM 2010, 142 Tz 9 ff = NZM 2010, 236 mNw; WuM 2011, 96 Tz 3; 2011, 618 Tz 8; GE 2012, 1031 Tz 11; WuM 2012, 662 Tz 2; *D Beyer* NZM 2009, 137; *Blank* NJW 2009, 27.

ein Vorbehalt der Zustimmung des Vermieters für solche Abweichung,³⁶⁵ und zwar auch bei der Geschäftsraummiete. Ausgenommen werden jedoch idR so genannte **Rückgabeklauseln**, die die Dekoration *bei Vertragsende* regeln, jedenfalls, soweit sie dem Mieter einen „gewissen Spielraum“ belassen.³⁶⁶ Richtig ist daran nur, dass der Mieter bei Vertragende nach Treu und Glauben bei der Durchführung der Schönheitsreparaturen auf den **allgemeinen Geschmack** Rücksicht nehmen muss, so dass er jetzt keine ungewöhnliche Dekoration mehr wählen darf, die eine Weitervermietung der Räume erschwerte.³⁶⁷ Der Mieter kann außerdem verpflichtet werden, die Schönheitsreparaturen „**fachgerecht**“, dh in mittlerer Art und Güte durchzuführen;³⁶⁸ **unzulässig** sind dagegen in Formularverträgen so genannte (auch versteckte) **Facharbeitsklauseln**, weil sie dem Mieter die grundsätzlich klauselfeste Möglichkeit zu Eigenleistungen nehmen.³⁶⁹

Ohne Rücksicht auf die Abwälzung der Schönheitsreparaturen obliegt die erstmalige Dekoration der Räume, etwa nach einem Umbau, in jedem Fall dem Vermieter als Teil seiner Überlassungspflicht.³⁷⁰ Erweist sich die formularvertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter als unwirksam, so tritt an die Stelle der unwirksamen Klausel wieder die gesetzliche Regelung des § 535 Abs 1 S 2, dh die Verpflichtung des Vermieters zur Tragung der Schönheitsreparaturen.³⁷¹ Der Vermieter kann auch nicht „zum Ausgleich“ eine Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete bei Tragung der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter verlangen, schon, weil sich solcher Zuschlag überhaupt nicht berechnen lässt.³⁷² Anders soll es sich freilich nach Meinung des BGH schon wieder im sozialen Wohnungsbau gem. § 28 Abs 4 der II. BV verhalten.³⁷³ **Führt der Mieter die Schönheitsreparaturen selbst durch, ohne** hierzu vertraglich **verpflichtet** zu sein, so kann er vom Vermieter Aufwendungsersatz 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.³⁷⁴ 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 nach Meinung des BGH auf die übliche oder angemessene Vergütung für die erbrachten Schönheitsreparaturen und hilfsweise auf den Wert der Eigenleistungen des Mieters belaufen sollen.³⁷⁵ Auf die Verjährung dieser Ansprüche findet § 548 Anwendung.³⁷⁶

3. Erfüllungsanspruch. Auslegungsfrage ist es, ob der Vermieter bereits **während des Laufs** des Vertrags einen **Erfüllungsanspruch** gegen den Mieter auf Durchführung der Schönheitsreparaturen hat. Im Zweifel ist die Frage nach herrschender Meinung zu **bejahen**, so dass der Vermieter notfalls auch im Klagewege vom Mieter die Durchführung

³⁶⁵ BGH WuM 2011, 96 Tz 6; WuM 2012, 662 Tz 3; KG NJW 2011, 1085 = NZM 2011, 246.

³⁶⁶ BGH NJW 2007, 1743 Tz 8f; 2008, 2499 Tz 17ff; 2009, 62 Tz 13ff; 2009, 3716; NZM 2009, 313 Tz 12; WuM 2011, 96 = NJW 2011, 514.

³⁶⁷ KG NJW 2005, 3150 = NZM 2005, 663; LG Lübeck NZM 2002, 485.

³⁶⁸ BGHZ 105, 71, 78 = NJW 1988, 2790; BGH NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466, 467; *Langenberg* Schönheitsreparaturen, 18ff; s u Rn 64.

³⁶⁹ BGH WuM 2010, 476 Tz 18ff; OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422 = WuM 1993, 528; LG München I NJW 2010, 161; anders freilich (ohne Begründung) für die Klausel „handwerksgerecht“ BGH NJW 2009, 62.

³⁷⁰ BGHZ 65, 359, 364 = NJW 1976, 515; OLG Nürnberg WuM 1993, 122, 123.

³⁷¹ BGH NZM 2006, 691; WuM 2006, 677, 679 Tz 27; NJW 2006, 3778 = NZM 2006, 924; *Staudinger* Rn 111; str.

³⁷² BGHZ 177, 186, 189ff = NJW 2008, 2840; BGH WuM 2008, 487; 2010, 296; NJW 2009, 1410.

³⁷³ BGH NJW 2010, 1510 = NZM 2010, 396; WuM 2010, 750 Tz 3; 2011, 112.

³⁷⁴ BGHZ 181, 188, 194ff = NJW 2009, 2590; *Staudinger* Rn 104a.

³⁷⁵ BGHZ 181, 188, 198 = NJW 2009, 2590; fraglich, s *Emmerich* NZM 1998, 49, 52f; 2000, 761.

³⁷⁶ BGH NJW 2011, 1866 Tz 13ff; NJW 2012, 3031 Tz 13; *Strey* WuM 2010, 603.

der jeweils fälligen Schönheitsreparaturen (o Rn 61f) verlangen kann, selbst wenn noch kein Substanzschaden droht.³⁷⁷ Dagegen wird dem Vermieter meistens 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, letztlich um sicherzustellen, dass die Leistungen des Mieters auch tatsächlich der Wohnung zugute kommen und nicht einfach das Vermögen des Vermieters erhöhen.³⁷⁸

66 Wenn der Mieter die geschuldeten Schönheitsreparaturen verspätet oder mangelhaft durchführt, steht seine **Ersatzpflicht** außer Frage (§§ 276, 280, 281).³⁷⁹ Für den vom Mieter **geschuldeten Standard** gilt das bereits Gesagte (o Rn 63).

67 **4. Rechtslage bei Vertragsende.** Der Mieter hat alles getan, wozu er verpflichtet ist, wenn er die Schönheitsreparaturen innerhalb der vereinbarten oder angemessenen Fristen ordnungsgemäß 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) Dekoration inzwischen bereits wieder (zum Teil) abgewohnt ist.³⁸⁰

68 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.³⁸¹ 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.³⁸² Der Anspruch besteht auch bei Vereinbarung einer Quotenklausel³⁸³ sowie bei zulässiger Abwälzung der Reparatur- oder Instandsetzungspflicht auf den Mieter³⁸⁴, ist jedoch auf der anderen Seite zu kürzen, soweit infolge des Umbaus der Renovierungsaufwand, zB infolge des Wegfalls von Mauern, verringert würde.³⁸⁵ Der Ausgleichsanspruch **verjährt** in

377 BGHZ 111, 301, 304 = NJW 1990, 2376; LG Hamburg WuM 2007, 69; *Staudinger* Rn 113.

378 BGHZ 111, 301, 305ff = NJW 1990, 2376; BGH NZM 2005, 450 = WuM 2005, 383; NJW 2006, 1588 Tz 17; – zur Kritik s. *Staudinger* Rn 113; *Börstinghaus* DWW 2005, 92, 94; *Derleder* in: FS Blank, 2006, S 311; *Emmerich* NZM 2006, 761; *Kraemer* PiG Bd 67 (2003) S 175, 183ff; *Weitemeyer* NZM 2005, 646.

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

380 OLG Hamm MDR 1965, 548; OLG Karlsruhe WuM 1982, 291, 292f; OLG Bremen WuM 1982, 317, 318; LG Saarbrücken NZM 2000, 1179f; weitergehend offenbar früher 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; dagegen *Emmerich* PiG Bd 60 (2001) 105, 111f = NZM 2000, 1155; *Staudinger* Rn 114 m Nachw.

381 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; GE 2009, 111 Tz 30; KG NZM 2009, 661.

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

383 LG Berlin GE 2004, 821.

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

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

den Fristen des § 548³⁸⁶ und **entfällt** ganz, wenn der Vermieter nach Auszug des Mieters das Gebäude abreißen lässt³⁸⁷, wenn der Vertrag von vornherein mit Rücksicht auf die vom Vermieter geplanten späteren Umbauten befristet war³⁸⁸ oder wenn sich die vermieteten Räume in einem derart desolaten Zustand befanden, dass der Vermieter selbst schwerwiegend gegen seine Erhaltungspflicht verstoßen hatte.³⁸⁹ Anders wird die Rechtslage ferner bei sonstigen vom Mieter zu beseitigenden Umbauten³⁹⁰ sowie von Fall zu Fall bei der gewerblichen Miete beurteilt.³⁹¹ Diese ganze Praxis ist sachlich durch nichts zu rechtfertigen.

Die **Beendigung des Mietverhältnisses** ändert ebensowenig wie ein vorzeitiger **69** 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.³⁹² Soweit es um vom Mieter nicht durchgeführte, fällige Schönheitsreparaturen geht, wird der Vermieter jedoch in der Regel versuchen, zum **Schadensersatzanspruch** überzugehen. Die Voraussetzungen dafür ergeben sich aus den **§§ 280 und 281**.³⁹³ Der Schadensersatzanspruch des Vermieters setzt folglich eine vom Mieter zu vertretende **Pflichtverletzung** (§§ 280 Abs 1, 276, Rn 70) sowie die erfolglose Bestimmung einer angemessenen **Frist** zur Leistung durch den Vermieter voraus (§§ 280 Abs 3, 281 Abs 1 S 1, Rn 71). Die **Fristsetzung** ist nur **entbehrlich**, wenn die Voraussetzungen des § 281 Abs 2 vorliegen (Rn 72). In aller Regel wird sich der Mieter dann außerdem in **Verzug** befinden, weil und sofern die Fristsetzung zugleich eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs 1 enthält.³⁹⁴ Dies bedeutet im Einzelnen:

Der Mieter muss als erstes die **Pflichtverletzung** durch Unterlassung der fälligen **70** 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),³⁹⁵ 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.³⁹⁶

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

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

388 LG Hamburg WuM 1998, 663.

389 AG Frankfurt WuM 1996, 332.

390 KG GE 1998, 354.

391 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.

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

393 *Staudinger* Rn 118ff; *Emmerich* NZM 2002, 362, 366; *Horst* DWW 2002, 6; *Kraemer* in: *Vermieterleistungen* PiG Bd 67 (2003), S 175ff.

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

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

396 LG Berlin GE 1998, 245.

- 71 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**. Die Frage, wann der Vermieter erstmals nach § 281 dem Mieter eine Frist zur Durchführung der Schönheitsreparaturen setzen kann, ist noch nicht endgültig geklärt. Die Fristsetzung ist jedenfalls spätestens **nach Fälligkeit** der Schönheitsreparaturen zum Vertragsende möglich.³⁹⁷ In der Fristsetzung müssen die vom Mieter **geschuldeten Arbeiten** so **genau beschrieben** werden, dass der Mieter bereits auf den ersten Blick eindeutig zu erkennen vermag, was von ihm konkret verlangt wird.³⁹⁸ Die dem Mieter gesetzte Frist muss außerdem **angemessen** sein (§ 281 Abs 1 S 1), wofür eine Frist von zwei Wochen gewöhnlich ausreicht.³⁹⁹ 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.⁴⁰⁰
- 72 Eine **Fristsetzung** (o Rn 71) ist nach **§ 281 Abs 2 entbehrlich**, so dass der Vermieter 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 Anforderungen an die Annahme einer Erfüllungsverweigerung sind gewöhnlich streng.⁴⁰¹ Erforderlich ist deshalb idR, dass der Vermieter dem Mieter zunächst eindeutig mitgeteilt hat, welche Arbeiten er von ihm überhaupt noch erwartet, und dass der Mieter daraufhin klar zu erkennen gegeben hat, dass er genau diese Arbeiten unter keinen Umständen mehr freiwillig durchführen wird.⁴⁰² Nach hM soll dafür freilich in aller Regel bereits der bloße **Auszug** des Mieters ohne vorherige Durchführung der Schönheitsreparaturen genügen.⁴⁰³ Nach dem Gesagten trifft dies 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 wie zB die Zurücklassung der Wohnung in einem völlig verwahrlosten Zustand.⁴⁰⁴
- 73 Liegen die genannten Voraussetzungen (o Rn 69–72) 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 (Rn 74), die Kosten eines

397 S Kraemer in: Vermieterleistung, PiG Bd 67/2003), S 171, 189ff.

398 BGH WuM 2006, 306, 308 Tz 21; OLG Düsseldorf WuM 2004, 603, 606; KG GE 2003, 952; NZM 2007, 356 = WuM 2007, 71; NJW-RR 2007, 1601; WuM 2008, 592, 593.

399 LG Berlin GE 1989, 413, 415.

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

401 Staudinger Rn 122.

402 KG NZM 2007, 356 = WuM 2007, 71; NJW-RR 2007, 1601 = ZMR 2007, 533; WuM 2008, 592 = ZMR 2008, 956.

403 BGHZ 49, 56, 59f = NJW 1968, 491; BGHZ 104, 6, 14 = NJW 1988, 1778; BGH LM Nr 45 zu § 558 BGB = NJW 1991, 2416, 2417; LM Nr 11 zu § 326 (Dc) BGB (Bl 2) = NJW 1998, 1303 = NZM 1998, 147, 148; anders aber nach den Umständen des Einzelfalls BGH NJWE-MietR 1996, 266 = WuM 1997, 217; LG Berlin GE 2002, 1199f.

404 KG WuM 2008, 592 = ZMR 2008, 956.

Sachverständigengutachtens⁴⁰⁵ sowie die verbleibende **Wertminderung** der Wohnung.⁴⁰⁶ Die (objektiv erforderlichen) Renovierungskosten können auf der Basis eines Kostenvoranschlags oder auf der Grundlage der Rechnung für die tatsächlich durchgeführten Arbeiten liquidiert werden. 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).⁴⁰⁷

Hauptschadensposten wird in der Regel der **Mietausfall** des Vermieters sein.⁴⁰⁸ Dazu 74 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 in den meisten Gegenden Deutschlands, von einigen Großstädten wie etwa München abgesehen, ein Mietausfall nicht mehr einfach unterstellt werden kann.⁴⁰⁹ Eine **abstrakte Schadensberechnung** scheidet – ebenfalls entgegen einer verbreiteten Meinung⁴¹⁰ – schon deshalb aus, weil Räume keine marktgängigen Waren sind, auf die sich die abstrakte Schadensberechnung beschränkt.⁴¹¹ Der Ersatzanspruch des Vermieters **entfällt** – wiederum entgegen der hM⁴¹² –, wenn es dem Vermieter gelingt, die vom ersten Mieter bei seinem Auszug pflichtwidrig nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen **auf den Nachmieter abzuwälzen**.⁴¹³

X. Reparaturpflicht

1. Überblick. Die Schönheitsreparaturen bilden an sich nur einen beliebigen **Aus-** 75 **schnitt** aus den dem Vermieter nach dem Gesetz (§ 535 Abs 1 S 2) grundsätzlich insgesamt obliegenden Reparaturen der Mietsache. Beide Teile der Reparaturpflicht des Vermieters werden jedoch heute – aus rein historischen, längst überholten Gründen – ganz unterschiedlich behandelt (zur Abgrenzung s schon oben Rn 58ff). Außerdem muss man hier genau zwischen der bloßen Instandhaltung und der wesentlich weitergehenden Instandsetzung der Mietsache unterscheiden (s schon o Rn 14). Die Begriffsbildung lehnt sich an verschiedene preisrechtliche Vorschriften an (s insbesondere §§ 26 Abs 2 und 28 Abs 1 S 2 der II. BV). Zu den Kosten der **Instandhaltung** gehören danach die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch bloße *Abnutzung*, *Alterung* und *Witterungseinwirkung* entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen, während es bei den **Instandsetzungskosten** um die Kosten der Reparatur und Wiederbeschaffung

405 BGH NJW 2004, 3042 = NZM 2004, 615.

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

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

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

409 BGH LM Nr 11 zu § 326 (Dc) BGB = NZM 1998, 147, 148; NJW-RR 2010, 1521 Tz 4; OLG Frankfurt ZMR 1997, 522, 526; LG Singen WuM 2000, 18; AG Kerpen WuM 2000, 19.

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

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

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

413 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.

der vermieteten Sache, insbesondere durch die *Beseitigung sonstiger Mängel* geht.⁴¹⁴ Die **Grenze** zwischen beiden Kostenformen ist flüchtig, die Grenzziehung entsprechend schwierig (Rn 28). Im Kern geht es dabei um den Gegensatz zwischen der regelmäßigen Wartung und der im Einzelfall erforderlich gewordenen Reparatur eines Gegenstandes einschließlich dessen Erneuerung, wenn eine Reparatur nicht mehr lohnt.⁴¹⁵ Die regelmäßig durchzuführenden Maßnahmen zur **Überprüfung der Funktionsfähigkeit** von Anlagen wie zB die regelmäßige Prüfung der Elektroanlagen oder die regelmäßige Reinigung eines Öltanks gehören nicht dazu, sondern stellen laufende *Betriebskosten* dar.⁴¹⁶ Den Gegensatz bilden außerdem **Verwaltungs- oder Gemeinkosten** im Sinne des § 26 Abs 2 der II. BV und des § 1 S 2 Nr 1 BetriebsKV.⁴¹⁷

76 **2. Gewerbliche Miete.** Bei der gewerbliche Miete bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, dass der Mieter **individualvertraglich** die **Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht** ganz oder teilweise übernimmt, selbst wenn dies im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Mieters führt.⁴¹⁸ Eine generelle Abwälzung der **Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht** durch **Formularvertrag** stößt dagegen auch bei der gewerblichen Miete auf Bedenken.⁴¹⁹ Die Einzelheiten sind umstritten und noch nicht endgültig geklärt, einmal wegen der großen Vielfalt der hier in Betracht kommenden Klauseln, zum andern aber auch, weil offenbar in der Geschäftsraummiete insoweit individualvertragliche Regelungen überwiegen, so dass die Rechtsprechung noch nicht häufig Gelegenheit hatte, sich zu dem Fragenkreis zu äußern.⁴²⁰ Die Abwälzung durch Formularvertrag ist aber jedenfalls zulässig, soweit es um Schäden geht, die dem Mietgebrauch oder der **Risikosphäre** des Mieters zuzuordnen sind.⁴²¹ Klauseln, durch die die Reparaturpflicht oder die Reparaturkosten ganz oder partiell auf den Mieter abgewälzt werden, sind zudem im Zweifel wegen der damit verbundenen erheblichen Belastung des Mieters **eng** auszulegen.⁴²² Deshalb bedeutet die bloße Übernahme der *Instandhaltungspflicht* durch den Mieter nicht zugleich die Übernahme der weitergehenden *Instandsetzungspflicht*.⁴²³

77 **3. Wohnraummiete.** 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).⁴²⁴ **Schranken** können sich hier jedoch im Einzelfall aus zwingenden gesetz-

414 BGH NZM 2005, 863, 864 = NJW-RR 2006, 84; NZM 2010, 79 = WuM 2010, 34 Tz 12.

415 S im einzelnen *Lehmann-Richter* ZMR 2012, 837; *J Schmidt* NZM 2011, 680.

416 BGH NZM 2010, 79 = WuM 2010, 34 Tz 12.

417 BGH NZM 2010, 279 Tz 9.

418 BGHZ 151, 53, 62f = NJW 2002, 2383; BGH LM Nr 32 zu § 3 AnfG = NJW-RR 1990, 142; OLG Stuttgart NZM 2009, 32; OLG Rostock NJW-RR 2010, 442.

419 KG GE 2002, 1266; NZM 2003, 395 = NJW-RR 2003, 586; OLG Hamm ZMR 2002, 822; OLG Düsseldorf ZMR 2009, 45, 46; *Dose* NZM 2009, 381.

420 S im einzelnen *Dose* NZM 2009, 381; *Emmerich* PiG 35 [1992] 167; *Lehmann-Richter* ZMR 2012, 837, 840ff; *J Schmidt* NZM 2011, 680; *Strauch* NZM 2011, 392.

421 BGH NZM 2005, 863 = ZMR 2005, 844 m Anm *Joachim* NZM 2006, 368; OLG Rostock NJW-RR 2010, 442, 443; OLG Frankfurt ZMR 2013, 29, 30.

422 OLG Koblenz NJW-RR 1990, 20 = WuM 1990, 16 = ZMR 1990, 464; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1229f; OLG Düsseldorf WuM 2002, 545, 2.

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

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

lichen Regelungen ergeben. 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,⁴²⁵ sowie **§ 28 Abs 3 der II. BV.**⁴²⁶ Noch engere Grenzen bestehen für **Reparaturklauseln in Formularverträgen.**⁴²⁷ Danach kann die Instandhaltungs- und die Instandsetzungspflicht des Vermieters als Hauptleistungspflicht grundsätzlich **nicht** durch Formularvertrag auf den Mieter **abgewälzt** werden (§ 307 Abs 2). 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 (Rn 78). 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,⁴²⁸ an Glasscheiben⁴²⁹ oder an erst nachträglich angeschafften Gegenständen.⁴³⁰

Auch die Bagatellschäden (o Rn 77) sind außerdem nur **bis** zu einer **Obergrenze** von **78** 50 bis 100 € abwählbar.⁴³¹ Zusätzlich muss noch eine **Höchstgrenze** für das gesamte Jahr festgelegt werden, für die unterschiedliche Beträge in einer Größenordnung von 6 bis 8 % einer Jahresbruttomiete oder absolut 500 € genannt werden.⁴³² Ohne ausdrückliche Festlegung derartiger Obergrenzen ist die Abwälzung der Bagatellschäden auf den Mieter in Formularverträgen *insgesamt* unwirksam.⁴³³ 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,⁴³⁴ sowie **Vornahmeklauseln**, die den Mieter dazu verpflichten, etwaige Schäden oder Mängel selbst zu beseitigen.⁴³⁵

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

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

427 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.

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

429 LG Hamburg WuM 1990, 416, 417.

430 AG Charlottenburg GE 1990, 281.

431 LG Berlin GE 1993, 159, 161f; LG Landau WuM 2005, 720 = ZMR 2005, 871, 872; LG Dortmund NZM 2007, 245, 246; AG Essen NZM 2008, 247; AG Brancenburg GE 2008, 483 ff; AG Würzburg WuM 2010, 561.

432 AG Braunschweig GE 2005, 677; AG Hannover WuM 2008, 721; Bayer NZM 2011, 697, 700f.

433 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.

434 BGHZ 108, 1, 11ff = NJW 1989, 2247; LG Potsdam ZMR 2009, 618, 619.

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

Vorbemerkungen zu § 536

Systematische Übersicht

- | | |
|--|--|
| 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 In den so genannten Gewährleistungsregeln der §§ 536 bis 536d regelt das Gesetz – vornehmlich unter dem Blickwinkel des gerade hier gebotenen, umfassenden Mieterschutzes – einzelne Aspekte der Leistungsstörungsproblematik bei der Miete, zum Teil übereinstimmend, zum Teil aber auch abweichend von den allgemeinen Leistungsstörungsregeln. Die sich daraus ergebende Konkurrenzproblematik ist noch nicht vollauf befriedigend gelöst. Im Vordergrund des Interesses stehen die Fälle der anfänglichen Leistungsstörungen (Rn 2f) sowie die Fälle der übermäßigen Leistungerschwerung (Rn 4–6).
- 2 **1. Anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen.**¹ In den Fällen der anfänglichen objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit geht das Gesetz heute in den §§ 275 und 311a – anders als früher (s § 306 aF) – grundsätzlich von der **Wirksamkeit** des Vertrages aus. Dieselbe Wertung liegt den §§ 536 und 536a für anfängliche Rechts- und Sachmängel zu Grunde. Jedoch unterscheiden sich beide Regelungen in charakteristischer Weise hinsichtlich der **Haftungsvoraussetzungen**: Während § 311a Abs 2 S 1 *für alle Fälle* des anfänglichen Unvermögens und der anfänglichen Unmöglichkeit zur **Verschuldenshaftung** übergegangen ist, bleibt es im Mietrecht aufgrund des § 536a Abs 1 (nur) bei anfänglichen Rechts- und Sachmängeln bei der herkömmlichen **Garantiehftung** des Vermieters. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass nach überwiegender Meinung entsprechend dem Wortlaut des § 536 Abs 1 S 1 die Gewährleistungsregeln der §§ 536ff und damit auch die **Garantiehftung** 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 Garantiehftung des Vermieters beginnt, dh gegebenenfalls auch schon *vor* Überlassung der Mietsache, während es bei anfänglichen **Sachmängeln** ebenso wie generell im Falle der Nichtexistenz der Mietsache (zunächst) bei der Verschuldenshaftung des § 311a Abs 2 bliebe.
- 3 Zur Auflösung dieser offenkundigen Wertungswidersprüche werden im Schrifttum unterschiedliche Wege diskutiert. Man wird unterscheiden müssen: In Fällen der **anfänglichen (objektiven oder subjektiven) Unmöglichkeit der Übergabe** der Mietsache an den Mieter kommt es zunächst auf den Grund der Unmöglichkeit an. Handelt es sich um einen **anfänglichen Rechtsmangel** (Paradigma: Unvermögen des Vermieters infolge der mehrfachen Vermietung derselben Sache), so ergibt sich die Lösung bereits unmittelbar aus § 536a Abs 1 iVm § 536 Abs 3, so dass den Vermieter eine **Garantiehftung** gegenüber denjenigen Mietern trifft, denen er die bereits anderweitig vermietete oder übergebene

¹ 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.

Sache nicht (nochmals) übergeben kann. Kritisch sind dagegen die Fälle der **Unmöglichkeit** der Übergabe der Sache **aus tatsächlichen Gründen**, zB infolge der Zerstörung der Sache bereits vor Vertragsabschluss, sowie der **anfänglichen Sachmängel**. In dem zuerst genannten Fall (Zerstörung der vermieteten Sache bereits vor Abschluss des Vertrages) ist der Vertrag jedenfalls wirksam (§ 311a Abs 1). Nach § 311a Abs 2 ist der Vermieter dem Mieter jedoch nur zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Unmöglichkeit der Übergabe bei Vertragsabschluss kannte oder kennen musste. Hält man dieses Ergebnis für unvereinbar mit der vom Gesetz ausdrücklich angeordneten Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche *Rechtsmängel* (§§ 536 Abs 3, 536a Abs 1), so kommt als Ausweg in erster Linie die Annahme der **konkludenten Vereinbarung einer Garantiehaftung** des Vermieters in Betracht (§ 276 Abs 1 S 1). Ungelöst ist aber auch dann immer noch das Problem der Haftung des Vermieters für **anfängliche Sachmängel**, dh bereits in der Zeit vor Übergabe der Mietsache. Am meisten spricht hier dafür, auch auf diesen Fall, gegebenenfalls analog, die **§§ 536a Abs 1 und 536 Abs 1** anzuwenden. Der Wortlaut des Gesetzes steht, genau besehen, nicht entgegen.

2. Nachträgliche Unmöglichkeit

a) Die §§ 536ff enthalten **nur** insoweit eine **Sonderregelung** der Leistungsstörun- 4
 problematik, als es um die Folgen von **Sach- und Rechtsmängeln** geht. Davon zu unterscheiden ist der Fall der **Unmöglichkeit der Erfüllung** des Mietvertrages, so dass es insoweit bei der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen, insbesondere also der **§§ 275, 283 und 326** verbleibt. Die Rechtsfolgen richten sich daher in erster Linie danach, wer jeweils die Unmöglichkeit zu vertreten hat (u Rn 7f). Wichtigster Fall der Unmöglichkeit ist die ganze oder partielle („teilweise“) **Zerstörung** der Mietsache, die somit zur Folge hat, dass das Mietverhältnis einfach erlischt, wenn keine der beiden Parteien die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§§ 275 Abs 1 und 326 Abs 1).²

Von der Unmöglichkeit der Erfüllung infolge der Zerstörung der Mietsache muss ferner 5
 die bloße **Beschädigung** der Mietsache unterschieden werden, weil diese grundsätzlich die **Reparaturpflicht** des Vermieters nach § 535 Abs 1 S 2 auslöst. Lange Zeit umstritten waren – jenseits der Fälle der Unmöglichkeit – die **Grenzen** der Reparaturpflicht des Vermieters, da eine gesetzliche Regelung des Fragenkreises bis 2001 fehlte, so dass in der Mehrzahl der Fälle nicht anderes übrig blieb, als eine Grenzziehung aufgrund des **§ 242** zu versuchen.³ 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, weil zwischen dem Reparaturaufwand und dem Nutzen für den Mieter sowie dem Wert des Objekts ein krasses Missverhältnis bestand; gleich stand der Fall, dass die Beschädigung der Sache wirtschaftlich ihrer vollständigen Zerstörung gleichkam.⁴ Ein Fall der **Teilunmöglichkeit** war zB anzunehmen, wenn (nur) einzelne von mehreren vermieteten Gebäuden abbrennen, so dass dann die Wiederaufbaupflicht des Vermieters entfiel.⁵ Die Folge war (und ist), dass der Vermieter

2 LG Karlsruhe NZM 2005, 321; LG Dresden NZM 2008, 165.

3 S mN *Emmerich* NZM 2010, 497.

4 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.

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

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.⁶ Jenseits derartiger Grenzfälle wurde jedoch eine Überschreitung der Opfergrenze durch den Reparaturaufwand bei einer Beschädigung der Mietsache von der Rechtsprechung **nur in seltenen Fällen** angenommen.⁷

- 6 Heute richtet sich die Lösung dieser Fälle (o Rn 5) nach **§ 275 Abs 2**,⁸ 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 (Rn 5). Abzustellen ist folglich in erster Linie auf das **Verhältnis zwischen dem Verkehrswert** der Mietsache **und dem Reparaturaufwand**; übersteigt dieser den Verkehrswert der Mietsache um das Dreifache oder mehr (so genannter **Extremfall**), so ist grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 275 Abs 2 zu Gunsten des Vermieters auszugehen, sofern nicht besondere Umstände wie ein schuldhaftes oder sonstiges illoyales Verhalten des Vermieters eine andere Beurteilung erzwingen,⁹ etwa, weil der Mangel letztlich auf einer unsachgemäßen Modernisierung des Gebäudes seitens des Vermieters beruht oder weil der Vermieter vertraglich eine bestimmte Beschaffenheit, zB einen bestimmten Trittschallschutz zugesagt hat, selbst wenn der Aufwand zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes dann sehr hoch sein sollte.¹⁰
- 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.¹¹ So verhält es sich zB, wenn die Kinder des Mieters infolge mangelnder Beaufsichtigung einen Wohnungsbrand verursachen,¹² wenn das Versorgungsunternehmen die Stromversorgung unterbricht, weil der Mieter den Strom nicht bezahlt oder wenn die Arbeitnehmer des Mieters die Zerstörung der Sache zu vertreten haben (§ 278).¹³ Der Mieter kann in diesem Fall weder mindern noch kündigen, da die §§ 536 und 543 nicht anwendbar ist.¹⁴ Außerdem besteht keine Verpflichtung des Vermieters zum Wiederaufbau der zerstörten Sache.¹⁵
- 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**. Der Mieter kann dann **Schadensersatz** statt der Leistung ohne Fristsetzung verlangen (§§ 280, 281 und 283) oder

6 LG Berlin GE 2003, 125.

7 S mN *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rn VII 97.

8 S schon o § 535 Rn 16 sowie BGH NJW 2005, 3284 = NZG 2005, 820; NJW 2010, 2050 = NZM 2010, 597; s dazu *Emmerich* JuS 2006, 81, 82 und NZM 2010, 497; *Staudinger* Rn 8; *Blank* PIG Bd 67 (2003), 21, 34ff; *Oechsler* NZM 2004, 881, 886ff.

9 BGH NJW 2010, 2050 = NZM 2010, 507 Tz 22ff; OLG Naumburg NZM 2011, 35, 36; AG Hamburg-Blankenese ZMR 2012, 631; LG Dresden NZM 2008, 165; *Emmerich* NZM 2010, 497, 499.

10 OLG Naumburg NZM 2011, 35, 36; AG Hamburg-Blankenese ZMR 2012, 631.

11 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; WuM 2011, 96, 98f; LG Frankfurt ZMR 2006, 776.

12 LG Frankfurt ZMR 2006, 776.

13 RGZ 157, 363, 367; BGH BB 1969, 601f; WuM 2011, 96, 98f.

14 S u § 536 Rn 36ff.

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

nach § 323 zurücktreten bzw – nach Überlassung der Sache – fristlos **kündigen**,¹⁶ während der Vermieter weder ein Kündigungsrecht hat noch sich auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann.¹⁷ 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 Wichtigster Anwendungsfall der Haftung des Vermieters aus den §§ 280, 281 und 283 ist jedoch die **Kündigung des Erstehers** in der Zwangsversteigerung (§ 57 ZVG) oder des Erwerbers vom Insolvenzverwalter.¹⁹

3. Verzögerung der Vermieterleistung. 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 gelten die **§§ 280ff und 323 bis 326, wenn** der Vermieter die Sache dem Mieter **nicht rechtzeitig übergibt**.²⁰ 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, dh, ob es sich bei dem Vertrag um ein **absolutes Fixgeschäft** handelt, da nur bei derartigen Verträgen die Verzögerung der Leistung ohne weiteres (Teil-)Unmöglichkeit der Zeit nach zur Folge hat.²¹ 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.²² **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.²³ Die Rechtsfolgen richten sich mithin nach den Regeln über die anfängliche Unmöglichkeit.²⁴

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), eine grundlose Kündigung sowie die Belastung des Mieters mit unbegründeten Forderungen; gleich steht der Fall, dass der Vermieter, der das Mietobjekt eben-

¹⁶ 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.

¹⁷ BGH ZMR 2004, 248, 249.

¹⁸ BGH ZMR 2004, 248.

¹⁹ RGZ 63, 66, 68; BGH WM 1959, 120; 1960, 1125, 1128; LM Nr 33 zu § 535 BGB (Bl 2) = NJW 1966, 1703.

²⁰ S ausführlich *Kraemer* PiG Bd 70 (2005), S 249, 258ff = NZM 2004, 721.

²¹ S *Emmerich* Leistungsstörungen § 4 Rn 5ff (S 52ff).

²² S BGH NJW-RR 1988, 1396 = WM 1988, 1451; OLG Frankfurt BB 1977, 13.

²³ 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; *Oechsler* NZM 2004, 881, 886.

²⁴ S o Rn 2f; *Staudinger* Rn 12.

falls nutzt, dabei nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgeht, so dass der Mieter geschädigt wird.²⁵ **Beispiele** sind Hochwasserschäden des Mieters, die nicht auf einem Mangel der vermieteten Räume, sondern auf einer mangelhaften Aufsicht des Vermieters beruhen²⁶, die Verletzung von Aufklärungspflichten, vor allem bei der Vermietung gefährlicher Apparate oder Maschinen,²⁷ das Verlangen auf Durchführung der Schönheitsreparaturen trotz Unwirksamkeit der entsprechenden Klauseln in dem Mietvertrag²⁸ sowie die vom Vermieter zu vertretenden **grundlose Kündigung** des Vertrages,²⁹ insbesondere unter **Vorspiegelung des Eigenbedarfs** nach § 573 Abs 2 Nr 2,³⁰ wobei der BGH aber neuerdings offenbar bei bloßen formellen Mängeln, insbesondere also bei Verstößen gegen die §§ 568 und 573 Abs 4 eine Ausnahme machen will, weil es sich bei den genannten Vorschriften um bloße Obliegenheiten und nicht um echte Schuldnerpflichten des Vermieters handele.³¹

10a Eine Pflichtverletzung stellt es außerdem dar, wenn der Vermieter den nachträglichen Wegfall des Eigenbedarfs (der zunächst die Kündigung gerechtfertigt hatte) nicht rechtzeitig dem Mieter mitteilt.³² Gleich steht (erst recht) ein nachfolgender, **unberechtigter Räumungsversuch** des Vermieters.³³ Der Vermieter haftet außerdem nach § 280 Abs 1, wenn er den Mieter schuldhaft durch eine Vertragsverletzung veranlasst, seinerseits den Vertrag zu kündigen.³⁴ Ersatz für seine frustrierten **Aufwendungen**, zB für die Anmietung oder die Herrichtung der Räume, erhält der Mieter dagegen nach **§ 284** nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 282, die hier freilich in der Regel erfüllt sein dürften.³⁵ Die **Beweislast** für die Pflichtverletzung des Vermieters und für die Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden trägt der Mieter (§ 280 Abs 1 S 1).³⁶ Wenn jedoch die Schadensursache **im Obhuts- und Gefahrenbereich** des Vermieters liegt wie etwa bei einem Brandschaden infolge von Reparaturarbeiten des Vermieters in dessen Räumen, ist es Sache des Vermieters, sich auch hinsichtlich der objektiven Pflichtverletzung zu entlasten.³⁷

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**.³⁸ An eine Anwendung des **§ 280** wird in erster Linie bei vom Mieter zu vertretenden **Beschädigungen** der Mietsache unter Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs (§ 538) sowie bei Verletzungen der Anzeige- und Obhutspflicht des Mieters (§ 536c) zu denken

25 BGH NJW 2009, 142 Tz 12.

26 OLG Frankfurt WuM 1984, 78.

27 BGH VersR 1976, 1084, 1085f.

28 KG NJW 2009, 2688 = NZM 2009, 616; *Thole* AcP 209 (2009), 493.

29 BGHZ 89, 296, 302ff = NJW 1984, 1028; BGHZ 179, 238, 244f = NJW 2009, 1262 Tz 15ff; BGH LM Nr 53 zu § 91a ZPO = WuM 1988, 118 = WM 1988, 553; OLG Düsseldorf ZMR 1996, 436; 1997, 596 = WuM 1997, 556, 557; *Hinz* WuM 2009, 331; *Horst* DWW 2002, 6, 15f.

30 S dazu u § 573 Rn 92ff; BGH NJW 2005, 2395 = NZM 2005, 580; BGHZ 165, 75, 79ff = NZM 2006, 50; NJW 2009, 2059 Tz 11–14; NJW 2010, 1068 = NZM 2010, 273 Tz 12.

31 BGH NZM 2011, 119 Tz 9 ff = WuM 2011, 33; dagegen zutreffend *Sternel* NZM 2011, 688.

32 BGHZ 165, 75, 79ff = NZM 2006, 50 m Anm *Emmerich* JuS 2006, 369, 370.

33 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.

34 OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 660 = NZM 2004, 502.

35 S *Staudinger* Rn 14; *Emmerich* in: FS Otte (2005), S 101, 107; *ders* in: FS Blank (2006), S 145; ebenso iErg BGHZ 163, 381, 386 = NJW 2005, 2848, 2850.

36 BGH LM Nr 65 zu § 535 BGB = NJW 1978, 2197.

37 BGH NJW 2009, 142 Tz 14–17 = NZM 2009, 29.

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

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 wird³⁹ oder wenn der Mieter, obwohl ihm nur eine teilgewerbliche Nutzung der Wohnung gestattet ist, diese vollgewerblich nutzt,⁴⁰ ferner dann, wenn der Mieter wiederholt nachts einen derartigen Lärm verursacht, dass die anderen Mieter des Hauses wegen der Störung der Nachtruhe mindern können,⁴¹ oder wenn der Mieter in einem modernisierten Altbau so mangelhaft heizt und lüftet, dass sich Schimmel bildet. Der **Schaden** des Vermieters umfasst dann auch die Kosten für Rechtsanwälte und Sachverständige zur Abwehr der unberechtigten Schadensersatzansprüche des Mieters oder seiner grundlosen Minderung.⁴²

5. Wegfall der Geschäftsgrundlage

a) Überblick. Auch bei der Miete kommt unter den in § 313 genannten Voraussetzungen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.⁴³ Die wichtigsten Fälle sind die so genannte Zweckvereitelung (Rn 14ff) sowie die Äquivalenzstörung (Rn 18). **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 sein Bewenden.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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.⁴⁶ Die Folge ist zB, dass der Vermieter, wenn der Mieter wegen eines Mangels mindern kann, nicht „zum Ausgleich“ über § 313 Abs 1 eine Anpassung der Vertragsdauer verlangen kann.⁴⁷

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** (insbes § 543), jedenfalls nach hM, gleichfalls den **Vorrang** vor dem Kündigungsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage haben.⁴⁸ Die Frage ist freilich umstritten; tatsächlich dürften sich die

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

40 LG Berlin NZM 1999, 503f.

41 AG Bremen NZM 2012, 383 f.

42 AG Nürtingen NZM 2011, 547.

43 Wegen der Einzelheiten s *Staudinger* Rn 17ff; *Emmerich* Leistungsstörungen §§ 27–29 (S 407ff); *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003; *Hirsch* ZMR 2007, 1; *Lobinger*, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004.

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

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

46 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; NZM 2008, 462; WuM 2010, 480 Tz 12; *Hirsch* ZMR 2007, 1, 3f; *Horst* DWW 2002, 6, 16f.

47 BGH NZM 2008, 462 = ZMR 2008, 523.

48 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.

Vorschriften der §§ 313 und 543 auf unterschiedliche Tatbestände beziehen, so dass sich die Konkurrenzfrage in aller Regel gar nicht stellt.⁴⁹

- 14 **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 maW **grundsätzlich der Mieter** und nicht der Vermieter **tragen**, selbst wenn dieser die speziellen Ziele oder Verwendungszwecke des Mieters kennt.⁵⁰
- 15 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,⁵¹ wenn zB andere Räume in dem Gebäude, in dem er Geschäftsräume gemietet hat, entgegen seinen Erwartungen nicht ebenfalls gewerblich genutzt werden,⁵² wenn der von ihm gepachtete Kiesabbau nicht Gewinn bringend möglich ist⁵³ oder wenn sich das gepachtete Hotel infolge einer Änderung des Publikumsgeschmacks, auf den sich der Pächter nicht rechtzeitig eingestellt hatte, als völlig unrentabel erweist.⁵⁴
- 16 Im Mittelpunkt des Interesses standen insoweit in den letzten Jahren **Mietverträge über Geschäfte in großen Einkaufszentren**, die sich später als unrentabel herausstellten, 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.⁵⁵ In derartigen Fallgestaltungen waren die Gerichte zunächst wiederholt den Mietern über die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu Hilfe gekommen.⁵⁶ 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

49 Hirsch ZMR 2007, 1, 3f.

50 BGH 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; NZM 2003, 62 = NJW-RR 2003, 152; NZM 2006, 54, 56 Tz 30ff; NZM 2010, 364 = WM 2010, 995 Tz 17; NZM 2010, 361 Tz 23ff; OLG Düsseldorf WuM 2003, 138, 141f; Günter WuM 2012, 587, 593 f; 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.

51 BGH NZM 2010, 364 = WM 2010, 995 Tz 17; NZM 2010, 361 Tz 23ff; OLG Düsseldorf ZMR 2011, 118; Hirsch ZMR 2007, 1, 8; Horst DWW 2002, 6, 17.

52 BGH NZM 2010, 364 = WM 2010, 995 Tz 17f.

53 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.

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

55 S dazu Emmerich JuS 2000, 918; ders Anm LM Nr 51 zu § 537 BGB, Bl 6 Rf; Eusani ZMR 2003, 473; Fritz, in: FS Blank, 2006, S 153, 163 = NZM 2008, 825, 829f; Hirsch ZMR 2007, 1, 8; Keckemeti NZM 1999, 115; Kluth/Freigang NZM 2006, 41; Waas ZMR 2001, 493.

56 S Staudinger Rn 24.

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.⁵⁷ Genauso wenig dürfte in aller Regel bei **Gaststättenmiet-** oder Pachtverträgen die nachträgliche Einführung des **Rauchverbots** zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen.⁵⁸ Ebenso ist es schließlich zu beurteilen, wenn infolge der Einrichtung einer verkehrsberuhigten Zone oder durch den Umbau einer Straße in eine Fußgängerzone der **Publikumsverkehr** in einem Geschäft zurückgeht.⁵⁹

Eine Entlastung des Mieters von dem Verwendungsrisiko kommt folglich nur in **17** 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.⁶⁰

c) Äquivalenzstörungen⁶¹. In den Fällen der Äquivalenzstörung geht es um die **18** besonders bei langfristigen Mietverträgen häufig auftauchende Frage, ob der Mieter mit der weiteren Zahlung (nur) der vereinbarten Miete noch vertragsgemäß handelt, obwohl dieser Betrag mittlerweile (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. Im ersten Fall kommt durchaus ein Ausgleichsanspruch des Vermieters in Betracht (§ 313 Abs 1), so, wenn sich zB nachträglich herausstellt, dass eine Wohnung entgegen den Annahmen der Parteien doch nicht der gesetzlichen Preisbindung unterliegt, so dass der Vermieter dann einen Ausgleich durch Erhöhung der Miete auf das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen kann (§ 313 Abs 1).⁶² Dagegen wurde im zweiten Fall eine gerichtliche Aufwertung der Miete lange Zeit grundsätzlich abgelehnt,⁶³ während sich in jüngster Zeit auch insoweit ein Wandel abzuzeichnen beginnt, insbesondere bei langfristigen Verträgen, die ausgesprochenen Versorgungscharakter tragen.⁶⁴

⁵⁷ S u § 536 Rn 3; 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 2000, 1535; NZM 2000, 1008 Nr 6; NZM 2004, 618 = NJW-RR 2004, 1236; NZM 2006, 54, 56f Tz 30ff; NZM 2010, 361 Tz 23ff; OLG Düsseldorf NZM 2010, 477; ZMR 2011, 118; OLG Naumburg NZJM 2008, 772, 774ff.

⁵⁸ Im Einzelnen str, s § 536 Rn 14 sowie *Günter WuM* 2012, 587, 593; *Leo/Ghassemi-Tabar* NZM 2008, 271; *Pascke* MZM 2008, 265, 270.

⁵⁹ OLG Celle NJW-RR 1996, 1099; OLG Düsseldorf NZM 1998, 481.

⁶⁰ OLG Saarbrücken NJW 2012, 3731; *Hirsch* ZMR 2007, 1, 8; *Köhler* Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971, S 140ff.

⁶¹ S dazu *Staudinger* Rn 27f; *Canaris* in: FS Wiedemann (2001), S 1; *Emmerich* Leistungsstörungen § 28 Rn 29ff (S 441ff); *Hirsch* ZMR 2007, 1, 8f; *Nauen* Leistungser schwerung und Zweckvereitelung (2001), S 42, 72ff; *Rösler* JuS 2004, 1058.

⁶² BGH NJW 2010, 1663 = NZM 2010, 398 Tz 16ff.

⁶³ BGH LM Nr 134 zu § 242 (Bb) BGB = NJW 1991, 1478.

⁶⁴ 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.

§ 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.

(1a) Für die Dauer von drei Monaten bleibt eine Minderung der Tauglichkeit außer Betracht, soweit diese aufgrund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nummer 1 dient.

[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.

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

Systematische Übersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Mangel — 1 <ul style="list-style-type: none"> 1. Begriff — 1 2. Baumängel — 6 3. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen — 11 4. Umweltfehler — 14 5. Fahrnismiete — 18 II. Zugesicherte Eigenschaften — 19 <ul style="list-style-type: none"> 1. Begriff — 19 2. Insbesondere Fläche — 21 III. Rechtsmängel — 23 <ul style="list-style-type: none"> 1. Rechte Dritter — 23 | <ul style="list-style-type: none"> 2. Gebrauchsentziehung — 26 3. Doppelmiete — 27 4. Rechtsfolgen — 28 IV. Minderung — 29 V. Zurückbehaltungsrecht — 34 VI. Ausschlussstatbestände — 36 VII. Vertragliche Beschränkung — 40 <ul style="list-style-type: none"> 1. Wohnraummiete — 40 2. Gewerbliche Miete — 41 VIII. Prozessuales — 42 <ul style="list-style-type: none"> 1. Beweislast — 42 2. Urkundenprozess — 43 |
|--|---|

Alphabetische Übersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> Abweichende Vereinbarungen — 40f Ausschluss der Minderung — 5, 36ff <ul style="list-style-type: none"> - vom Mieter zu vertretende Mängel — 36 - Kenntnis des Mieters — 38 Baumängel — 6ff Beweislast — 37, 42 Doppelmiete — 27 Eigenschaften — 19 Erheblichkeit — 3, 19 Fahrnismiete — 18 Fehlen zugesicherter Eigenschaften — 19 | <ul style="list-style-type: none"> - Abgrenzung zu Beschaffenheitsangaben — 20 - Eigenschaften — 21 - Größe der vermieteten Räume — 22 - Zusicherung — 20 Fläche — 10, 21f Gesundheitsgefahren — 7 Größe der Räume — 10, 22 Heizung — 8, 36 Immissionen — 14f Lärm — 14f Lüftung — 36 |
|---|--|

¹ Richtig: derer

- Mangel — 1ff
- Baumängel — 6ff
- Bauverbote — 11ff
- Benutzungsverbote — 11ff
- Begriff — 1ff
- Beispiele — 6ff
- Erheblichkeit — 3, 18
- Fahrnismiete — 17
- Feuchtigkeitsschäden — 36f
- Fläche — 10, 18, 21f
- Gesundheitsgefahren — 7
- Heizungs­mängel — 8
- Immissionen — 14f
- Lärm — 14
- Maßstab — 1f, 14
- Naturkatastrophen — 9
- öffentlich-rechtliche Beschränkungen — 11ff
- Reichmängel — 23ff
- Umweltfehler — 2, 14ff
- vom Mieter zu vertretende Mängel — 5, 36
- Zeitpunkt — 4
- Mehrfache Vermietung — 27
- Minderung — 29
- Angemessene Herabsetzung der Miete — 29f, 33
- Ausschluss kraft Gesetz — 36
- automatische Minderung — 30
- Befreiung von der Entrichtung der Miete — 31
- Berechnung — 32f
- Fortzahlung der Miete — 38
- Umfang — 32
- vertragliche Beschränkungen — 40
- Minderungsausschluß — 5a
- Öffentlich-rechtliche Beschränkungen — 11ff
- Prozessuales — 42f
- Rechtsmangel — 23ff
- Anfängliches Unvermögen — 28
- Doppel­miete — 28
- Entziehung des Gebrauchs — 24f
- Erfüllungsanspruch — 24
- Eviktionshaftung — 24
- Gebrauchs­entziehung — 26f
- Leistungsansprüche Dritter gegen den Vermieter — 25
- mehrfache Vermietung — 27
- Nichtgewährung des Gebrauchs — 26
- öffentlich-rechtliche Verbote — 24
- Privatrechte — 24
- Rechte Dritter — 24
- Rechte, obligatorische — 25
- Rechtsfolgen — 28
- Standard, geschuldeter — 6f
- Umweltfehler — 2, 14f
- Unerhebliche Minderung — 3
- Urkundenprozess — 43
- Zurückbehaltungsrecht — 34f
- Zusicherung — 19f

I. Mangel

1. Begriff

a) Nach § 536 wird die Miete ganz oder zT gemindert, wenn die Mietsache bei Überlassung an den Mieter mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert (so genannter Sachmangel, § 536 Abs 1), wenn ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (Abs 2 aaO, Rn 19ff) oder wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch durch das Recht eines Dritten entzogen wird (so genannter Rechtsmangel, Abs 3 aaO, Rn 23ff). **Maßstab** für das Vorliegen eines **Sachmangels** ist mithin nach § 536 Abs 1 der Zustand der Sache, der erforderlich ist, um dem Mieter den ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauch (s o § 535 Rn 18ff) zu ermöglichen. 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 (§§ 311 Abs 1, 535 Abs 1). Das kann ausdrücklich oder **konkludent** geschehen, Letzteres zB, wenn der Mieter dem Vermieter seine Vorstellungen über den geschuldeten Zustand zu erkennen gibt und der Vermieter nicht widerspricht; bloße einseitige Vorstellungen des Mieters reichen dagegen nicht aus. **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. In diesem Zusammenhang sind auch **technische und DIN-Normen** zu berücksichtigen, jedenfalls, soweit durch sie die Verkehrssitte, dh die

Anschauungen vernünftiger und billig denkender Mietvertragsparteien geprägt werden.² Jede **negative Abweichung** des tatsächlichen Zustandes der Sache **von** der so definierten **Sollbeschaffenheit**, durch die der Mieter in der Ausübung des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht nur unerheblich behindert wird, stellt einen Mangel dar (so genannter **subjektiver Fehlerbegriff**).³ Kein Unterschied wird dabei zwischen der Mietsache und den **mitvermieteten Sachen und Räumen** gemacht.⁴ Es spielt maW keine Rolle, ob der Mangel der vermieteten Sache selbst oder den mitvermieteten Räumen, Treppen, Fluren, Böden, Kellern oder Zugängen anhaftet.⁵ Es stellt folglich zB einen Mangel dar, wenn dem Mieter entgegen dem Vertrag die Nutzung eines **Keller- oder Abstellraumes entzogen** wird.⁶

- 2 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.⁷ 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.⁸ 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 (o Vor § 536 Rn 16). Für die 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.⁹ Es ist nicht erforderlich, dass der Mieter von dieser Gefahr Kenntnis hat oder dass der Fehler überhaupt erkennbar ist.¹⁰ Die Grenzziehung ist schwierig, weil Gefahren überall lauern, weshalb zum Teil nur aktuell drohende Gefahren als relevant angesehen werden.¹¹ **Bei-**

2 BGH WuM 2010, 482; NJW 2012, 2725 Tz 9 f; *Eisenschmid* WuM 2012, 658; *Gsell* WuM 2011, 491; *Rodegra* WuM 2009, 151.

3 BGH NJW 2005, 2152 = NZM 2005, 500; NJW 2006, 899 = NZM 2006, 54, 55 Tz 19; NZM 2006, 582, 583 Tz 9f; NZM 2006, 626, 627 Tz 12f; NJW 2009, 664 Tz 34; NJW 2009, 2441 Tz 9; NJW 2010, 1133 = NZM 2010, 855 Tz 11, 14; WuM 2010, 482 Tz 12; NJW 2011, 514 Tz 12; 2013, 44 Tz 30 f; NZM 2013, 27 Tz 17 f; NJW 2013, 680; *Staudinger* Rn 5ff m Nachw.

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

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

6 AG Hamburg NZM 2007, 802; AG Menden NJW-RR 2008, 25.

7 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; NJW 2013, 44.

8 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; NJW 2009, 664 Tz 34 = NZM 2009, 124; NJW 2013, 44 Tz 30; NZM 2013, 27 Tz 19; OLG Rostock GE 2009, 322, 323; *Fritz* NZM 2008, 825.

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

10 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; anders aber LG Heidelberg ZMR 2012, 950.

11 KG GE 2012, 1636.

spiele sind die Gefahr, dass die Decke einbricht¹² oder dass Steine aus der Decke herunter fallen,¹³ sowie etwa noch Schäden an der elektrischen Installation in den Räumen des Vermieters, die sich auf den Mieter auswirken können.¹⁴

Bei der Konzeption des § 536 hat sich der Gesetzgeber durchweg von dem Gedanken **3** eines umfassenden Mieterschutzes leiten lassen. Zu Recht wird deshalb der **Begriff** des Mangels in § 536 allgemein sehr **weit ausgelegt**. Lediglich eine **unerhebliche Minderung der Tauglichkeit** bleibt nach § 536 Abs 1 S 3 außer Betracht. Dadurch sollen Streitigkeiten der Mietparteien über belanglose Kleinigkeiten verhindert werden. Eine unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache liegt folglich (nur) 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, so dass die Geltendmachung einer Minderung gegen Treu und Glauben verstieße, wenn zB die Zugangskontrolle zu einem Bürogebäude ohne nachweisliche Auswirkungen auf den Mietgebrauch nur geringfügig verschlechtert wird.¹⁵ Weitere Beispiele sind bloße Sprünge in einzelnen Fenstern¹⁶ oder das Fehlen einer blauen Tonne.¹⁷ Gleich steht nach Meinung des BGH¹⁸ sogar der Fall, dass der Mieter eine vorübergehende Belästigung durch Baustellenlärm bereits durch das bloße Schließen der Fenster erheblich reduzieren kann. Die **Beweislast** für diesen Ausnahmefall trägt der Vermieter.¹⁹

b) § 536 Abs 1 ist gleichermaßen **anwendbar, wenn** der Fehler bereits **bei Überlas-** **4** **sung** 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 (s o Vor § 536 Rn 16). 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.²⁰ Außerdem kann der Mieter nach § 320 vorgehen.

c) Die **Haftung** des Vermieters **entfällt insbesondere** in den Fällen der **§§ 536b und 5** **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. 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.²¹ Dasselbe gilt schließlich, wenn der Mieter vertraglich die Beseitigung des Mangels übernommen hatte.²²

12 KG GE 2012, 1636.

13 KG GE 2012, 1636.

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

15 BGH NZM 2004, 767 = NJW-RR 2004, 1450; NJW 2009, 664 Tz 18ff; LG Berlin GE 2010, 547.

16 BGH WuM 2010, 679 Tz 11.

17 AG Hamburg-Blankenese WuM 2011, 312.

18 NZM 2012, 456 Tz 6.

19 BGH NJW 2009, 664, 665 Tz 20; OLG Celle ZMR 1985, 10, 12 = WuM 1985, 9.

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

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

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

- 5a d)** Nach § 536 Abs 1a, der durch das Mietrechtsänderungsgesetz von 2013 in das Gesetz eingefügt wurde, bleibt eine Minderung der Tauglichkeit (der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch) für die Dauer von drei Monaten außer Betracht, soweit diese, dh die Minderung der Tauglichkeit aufgrund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nr 1 dient. Durch diese (erstaunliche) Vorschrift sollen **energetische Modernisierungen gefördert** und erleichtert werden, während andere Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen das Minderungsrecht des Mieters unberührt lassen. Die Folge ist, dass bei einer **Verbindung verschiedener Erhaltung- und Modernisierungsmaßnahmen** die Minderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch *nur insoweit keine* Mietminderung nach sich zieht, als sie gerade auf der *energetischen* Modernisierung beruht, während die Minderung der Tauglichkeit der Mietsache, die die Folge der anderen Maßnahmen ist, durchaus eine Minderung der Miete bewirkt, soweit erheblich. Die Unterscheidung wird häufig nur aufgrund eines Sachverständigengutachtens im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO möglich sein, außer wenn die energetische Modernisierung selbst zugleich der Erhaltung der Mietsache dient, wie etwa bei der Dämmung und Erneuerung der Fassade. Ausgeschlossen wird auch nur das Minderungsrecht des Mieters bei einer (bloßen) Minderung der Tauglichkeit der Mietsache, während die Minderung wieder eingreift, wenn durch die fragliche Maßnahme die **Tauglichkeit** völlig **aufgehoben** wird. Unberührt bleiben ferner **Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche** des Mieters nach den §§ 280 und 536a Abs 1 sowie Aufwendungsersatzansprüche aufgrund der §§ 555a Abs 3 und 555d Abs 5.
- 5b** Der Minderungsausschluss setzt voraus, dass der Mieter die fragliche Maßnahme überhaupt nach § 555d **dulden** muss. Daran fehlt es insbesondere, wenn ihm die Maßnahmen nicht ordnungsgemäß vom Vermieter **angekündigt** werden (§ 555c), so dass er in diesem Fall Unterlassung der Maßnahmen verlangen kann (§ 535 Abs 1 S 2). Wird der Vermieter gleichwohl tätig, so hat der Mieter außerdem ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete, und zwar (mindestens) in der dreifachen Höhe des Minderungsbetrages (Rn 34ff). Daneben ist dann offenkundig für einen Minderungsausschluss nach § 536 Abs 1a kein Raum mehr.²³ Dasselbe gilt, wenn der Mieter die Maßnahme nach § 555d Abs 2 nicht zu dulden braucht.²⁴
- 5c** Der Minderungsausschluss **beginnt** mit dem Beginn der energetischen Modernisierung (die dem Mieter nach § 555c Abs 1 S 2 Nr 2 vom Vermieter angekündigt werden muss) und gilt **nur für die folgenden drei Monate**. Die **Berechnung** der Frist richtet sich nach den §§ 187 Abs 1 und 188 Abs 2. Die **Fortsetzung** der Arbeiten **über** den Zeitraum von **drei Monaten** hinaus, etwa infolge mangelhafter Arbeit des beauftragten Unternehmens oder wegen des Umfangs der Arbeiten, gehört allein zum Risikobereich des Vermieters, so dass das Minderungsrecht des Mieters nach Ablauf der Frist dadurch nicht mehr tangiert wird, ebensowenig wie etwa durch Umstände, aufgrund derer es, aus welchen Gründen immer, während der Frist von drei Monaten zu einem vorübergehenden Baustillstand kommt, während es an dem Minderungsausschluss wohl nichts ändert, wenn die Arbeiten während der Frist von drei Monaten höchst zögerlich und damit unnötig lange, aber eben immer noch *innerhalb* der Frist von drei Monaten durchgeführt werden. Nur wenn es infolge einer **Pflichtwidrigkeit** des Vermieters zu derartigen **Verzögerungen** kommt, kann der Mieter **Schadensersatz** für den Verlust seines Minderungsrechts verlangen, wenn er dieses bei ordnungsmäßigem Vorgehen des Vermieters behalten hätte

²³ Anders *Hinz* NZM 2012, 777, 779 [analog § 559b Abs 2 S 2]; NZM 2013, 209, 212; wegen aller Einzelheiten s. im übrigen *Staudinger* Rn 10a–10g mN.

²⁴ Auch insoweit anders *Hinz* NZM 2013, 209, 213.

(§§ 241 Abs 2, 242, 249 und 280 Abs 1). Hinzukommen muss noch, dass die Minderung der Tauglichkeit **erheblich** ist (§ 536 Abs 1 S 3). Daran kann es bei den ersten Vorbereitungsmaßnahmen durchaus noch fehlen. Der Minderungsausschluss setzt dann erst ein, wenn die Minderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch infolge der Maßnahmen die Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Die **Beweislast** für sämtliche Voraussetzungen des Minderungsausschlusses trägt der Vermieter, der sich darauf beruft.

2. Baumängel

a) Vermietete Räume müssen sich in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befinden; andernfalls sind sie mangelhaft (o Rn 1f). Hieraus resultiert das Problem, von welchem **Standard** dabei auszugehen ist.²⁵ In dieser Frage hat sich mittlerweile für die Mehrzahl der Fälle (nicht für alle) 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**).²⁶ 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 werden kann.²⁷ Hinsichtlich des Standards eines Gebäudes ergibt sich daraus, dass im Zweifel von den **bei Errichtung** des Gebäudes **geltenden Maßstäben** auszugehen ist.²⁸ Führt der Vermieter umfassende **Modernisierungsmaßnahme** durch, so bedeutet dies zugleich, dass der Mieter jetzt nach Treu und Glauben erwarten darf, dass diese Maßnahmen den *heutigen* Maßstäbe genügen, widrigenfalls der neu geschaffene Zustand mangelhaft ist.²⁹ Das Gesagte gilt jedoch nur mit **zwei** wesentlichen **Einschränkungen**. Andere Maßstäbe sind zunächst anzuwenden, soweit es um konkrete **Gesundheitsgefahren** für den Mieter geht (vgl § 569 Abs 1). Denn der Mieter hat grundsätzlich **Anspruch auf einen den jeweils neuesten Gesundheitsstandards entsprechenden Zustand** der Mieträume, weil die Parteien in aller Regel der Auffassung sein werden, dass die Mieträume zu keinem Zeitpunkt, weder jetzt noch in Zukunft, 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).³⁰ Die zweite Einschränkung ergibt sich daraus, dass jeder Mieter einen **Mindeststandard** erwarten darf, der ein **zeitgemäßes Wohnen** überhaupt erst ermöglicht.³¹

²⁵ S *Staudinger* Rn 12ff; *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; *Fritz* *NZM* 2008, 825 = in: *FS Blank*, 2006, S 153; *Lames* *NZM* 2007, 465.

²⁶ *BGH* *NJW* 2004, 3174 = *NZM* 2004, 736; *NJW* 2005, 218 = *NZM* 2005, 60; *NZM* 2006, 582, 583; *NJW* 2009, 2441 Tz 10; *WuM* 2010, 482 = *NZM* 2010, 618 Tz 13 ff.

²⁷ *BGH* *NJW* 2004, 3174 = *NZM* 2004, 736.

²⁸ *BGH* *NJW* 2005, 218 = *NZM* 2005, 60; *NZM* 2006, 582, 583; *GE* 2006, 967; *WuM* 2010, 482 = *NZM* 2010, 618 Tz 13 ff; *NJW* 2013, 2417.

²⁹ *BGH* *NZM* 2005, 60; *NJW* 2009, 2441 Tz 11f; *LG Hamburg* *WuM* 2010, 147; *LG Wiesbaden* *NZM* 2012, 456 = *WuM* 2012, 201.

³⁰ *BVerfG* *NJW* 1999, 519 = *NZM* 1999, 302; *BayObLGZ* 1999, 220, 223ff = *NJW-RR* 1999, 1533 = *NZM* 1999, 899, 901; *OLG Hamm* *NZM* 2003, 395f; *OLG Dresden* *NZM* 2006, 865 (gefährliche Treppe); großzügiger dagegen *OLG Düsseldorf* *NZM* 2002, 737 = *ZMR* 2002, 819, 820.

³¹ *BGH* *NJW* 2004, 3174 = *NZM* 2004, 736; *NZM* 2009, 855 Tz 11; *NJW-RR* 2010, 737 = *NZM* 2010, 356 Tz 33f.

Es müssen deshalb wenigstens, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich vereinbart wird, in jeder Wohnung die nach heutigen Anschauungen unabdingbaren **Anschlüsse für Wasser und Strom** vorhanden sein, so dass ein Anschluss der üblichen Haushaltsgeräte möglich ist. Umstritten ist, ob hierher auch die energetischen Mindestanforderungen an die Ausrüstung von Gebäuden gehören, die sich heute in erster Linie aus der Energieeinsparverordnung (**EnEV**) von 2009 (BGBl I 954) ergeben.³² Tatsächlich handelt es sich jedoch bei dieser Verordnung um eine ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung, aus der sich keine Folgerungen für das Privatrecht ergeben.³³

- 7 **b)** Aus dem Gesagten (o Rn 6) werden in Literatur und Rechtsprechung durchaus unterschiedliche Folgerungen für die Frage gezogen, wann mit dem Mietgebrauch verbundene **konkrete Gesundheitsgefahren** für den Mieter tatsächlich die Annahme eines Mangels rechtfertigen. Besonders umstritten ist die Rechtslage, wenn die **Belastung der Räume mit Umweltgiften** nicht mehr bestimmten, in der Regel von Sachverständigen im Auftrag des Bundesumweltamtes festgelegten **Grenzwerten** oder sonstigen Standards entspricht.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ 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 1990 (BGBl I, 2612) idF von 2001 (BGBl I 2370, 3044) herangezogen wird,³⁷ bei einer nach heutigen Anschauungen nicht mehr tragbaren **Verseuchung der Luft durch Asbest**.³⁸ **Strenge Maßstäbe sind insbesondere bei einer drohenden Verseuchung der Luft durch Asbest** anzulegen, weil nach heutigen Anschauungen krebserregend.³⁹ Besonders große Krebsgefahren bestehen bei nur schwach gebundenen Asbestprodukten, so dass eine Wohnung dann durchaus unbenutzbar sein kann,⁴⁰ während eine

32 S Artz WuM 2008, 259, 262f; Eckardt/Schenderlein WuM 2008, 179, 182f; Schwintowski WuM 2008, 115, 118.

33 S Staudinger Rn 12a mN.

34 S Staudinger Rn 13f; Lames NZM 2007, 465; Selk/Hankammer NZM 2008, 65; Sternel in: FS Derleder, S 299.

35 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; LG Hamburg ZMR 2007, 198; WuM 2008, 692; Fritz NZM 2008, 825; Herkner WuM 2007, 662; Hitpaß ZMR 2007, 340; – wesentlich strenger dagegen LG Kassel ZMR 1996, 90; LG Hannover WuM 1997, 434; LG Frankfurt NJW-RR 2001, 522; LG Braunschweig NZM 2001, 582.

36 BGH NZM 2006, 504 Tz 9 = NJW-RR 2006, 879; LG Berlin NZM 2003, 60 = NJW-RR 2003, 300; GE 2005, 547, 548.

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

38 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; GE 2011, 205.

39 KG GE 1995, 697, 699; LG Dortmund ZMR 1994, 410 = WuM 1996, 141; LG Kassel ZMR 1996, 90; LG Mannheim WuM 1996, 338 = NJW-RR 1996, 776; LG Hannover WuM 1997, 434; LG Dresden NZM 2011, 743 = NJW 2011, 3106.

40 LG Dresden NZM 2011, 743 = NJW 2011, 3106.

abweichende Beurteilung von Fall zu Fall in Betracht kommen kann, wenn die Asbestprodukte stark gebunden sind und nur bei einer mechanischen Bearbeitung der Wände freigesetzt werden können.⁴¹ Gleich steht schließlich eine Luftverunreinigung durch eine überhöhte Perchlorethylen(PER)-, PAK-, Lindan- oder **Formaldehydkonzentration**.⁴² Auch Gesundheitsgefahren für den Mieter infolge der Verseuchung der Räume mit **Ungeziefer** oder Ratten führen zur Annahme eines Mangels.⁴³ Dasselbe gilt für die besonders umstrittenen Fälle der Belastung der Wohnung mit **Schimmelpilz** oder mit Schwarzstaubablagerungen, so genanntes **Fogging**. In diesen Fällen kommt es daher ebenfalls darauf an, ob mit den genannten Vorgängen eine *konkrete Gesundheitsgefahr* für die Bewohner der befallenen Räume verbunden ist. Das ist umso eher zu bejahen, je größer die befallene Fläche ist. Liegt danach in den genannten Fällen ein **Mangel** vor, so muss er vom Vermieter **beseitigt** werden (§ 535 Abs 1 S 2), selbst wenn er die Folge des vertragsgemäßen Gebrauchs des Mieters sein sollte (§ 538).⁴⁴ 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 (Rn 36f). Dies bedeutet, dass die Beweislast den Mieter erst dann trifft, wenn der Vermieter nachgewiesen hat, dass Baumängel und andere von ihm zu verantwortenden Mängel der Mietsache für die aufgetretenen Schäden, insbesondere das Fogging nicht ursächlich sein können. Solange er diesen Beweis nicht erbracht hat, braucht der Mieter sich nicht für Ursachen aus seinem Gefahrenbereich zu entlasten, sondern kann mindern und Beseitigung des Mangels fordern (§§ 535 Abs 1 S 2, 536 Abs 1).⁴⁵ Verlangt der Mieter **Schadensersatz** nach § 536a Abs 1 Fall 2, so muss sich der Vermieter dagegen nach § 280 Abs 1 S 2 nur entlasten, wenn *feststeht*, dass die Ursache des Foggings in seinem Herrschaftsbereich liegt.⁴⁶

c) Einen Mangel stellt ferner eine erhebliche **Überhitzung der Mieträume** dar, die 8
zur Folge hat, dass die Räume untauglich für den Vertragszweck, zB für den Betrieb einer ärztlichen Praxis sind; tritt der Mangel freilich nur periodisch, zB während der Sommermonate auf, während die Räume in der übrigen Jahreszeit mangelfrei sind, so ist auch die Miete nur während der kritischen Monate gemindert, im übrigen aber nicht.⁴⁷ Nach einer verbreiteten Meinung müssen deshalb **Arbeitsräume insbesondere** den Anforderungen der **Arbeitsstättenverordnung** von 2004 (BGBl I 2174) entsprechen.⁴⁸ Dabei wird indessen übersehen, dass sich die genannte Verordnung allein an den *Arbeitgeber* und damit an die *Mieter* wendet, so dass daraus keine Verpflichtungen für den *Vermieter*, etwa zum Einbau einer (sehr teuren) Klimaanlage gefolgert werden können.⁴⁹ – Wenn eine Wohnung

41 So jedenfalls LG Berlin NZM 2011, 481, zweifelhaft.

42 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.

43 KG GE 2001, 1671; AG Bremen NJW 1998, 3282 = ZMR 1998, 234; WuM 2002, 215; AG Prün ZMR 2001, 808; AG Dülmen WuM 2013, 35.

44 BGH WuM 2007, 319 Tz 30 = NZM 2007, 434; NJW 2008, 2432 Tz 9 = NZM 2008, 607; 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; *Isenmann* WuM 2001, 428; *Moriske* NZM 2000, 894; *Streyll* WuM 2007, 365.

45 BGH NJW 2008, 2432f Tz 10ff; LG Berlin NZM 2003, 434 = ZMR 2003, 489; GE 2003, 1019; 2005, 995, 997; LG Duisburg WuM 2003, 494 = ZMR 2003, 739; AG Siegburg ZMR 2005, 543, 544.

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

47 BGH NJW 2011, 514 Tz Z. 13–15 = NZM 2011, 153; OLG Naumburg NZM 2011, 35 mN.

48 OLG Köln NJW-RR 1993, 446; OLG Hamm NJW-RR 1995, 143; OLG Rostock NZM 2001, 425 = NJW-RR 2001, 802; OLG Düsseldorf ZMR 2006, 518, 520; KG GE 2003, 48; *Börstinghaus* WuM 2007, 253.

49 OLG Frankfurt NZM 2007, 330; OLG Karlsruhe GE 2010, 542, 544f; *Staudinger* Rn 14 mN.

mit **Heizung** vermietet ist, gehört die **ordnungsmäßige Beheizung** der Räume zu dem dem Mieter vom Vermieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch,⁵⁰ 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.⁵¹ Anders verhält es sich jedoch nach einer verbreiteten Meinung, wenn die Anlage, etwa wegen einer Überdimensionierung des Kessels, ganz **unwirtschaftlich** ist oder wenn der Mieter aus sonstigen Gründen, zB wegen einer mangelhaften Isolierung oder Lüftung der Räume, nur durch **übermäßiges** nicht mehr zumutbares **Heizen** Schäden vermeiden kann.⁵² Das ist indessen durchaus zweifelhaft, weil die Folge eine mit dem Gesetz nicht zu vereinbarende Modernisierungspflicht des Vermieters wäre. Auch eine ältere und damit weniger wirtschaftliche Anlage entspricht vielmehr grundsätzlich dem Gesetz, so daß der Mieter nicht allein deshalb mindern kann, weil ihm höhere Heizkosten als bei Einsatz einer modernen, besonders wirtschaftlichen Anlage entstehen.⁵³ Ein Mangel liegt dagegen in der Tat vor, wenn die **Heizung** ganz oder teilweise **ausfällt**⁵⁴, 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**.⁵⁵

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.⁵⁶ Solange er das nicht getan hat, trifft ihn bei drohender Hochwassergefahr zumindest eine **Warnpflicht** gegenüber dem Mieter, damit dieser noch rechtzeitig Schutzmaßnahmen ergreifen kann.⁵⁷ 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.⁵⁸ Dagegen braucht der Vermieter keine Vorkehrungen gegen ganz seltene und **ungewöhnliche Naturkatastrophen** wie zB das Eindringen von Wurzeln in die Wasserleitungen zu treffen.⁵⁹

10 e) **Gewerblich genutzte Räume** sind mangelhaft, wenn sie sich in einem Zustand befinden, der ihre bestimmungsgemäße Nutzung beeinträchtigt und zur behördlichen Schließung des Betriebs führt.⁶⁰ Werden gewerbliche Räume in einem umfangreichen **Gesamtprojekt** vermietet, so kann es ferner einen Mangel darstellen, wenn das Projekt nicht wie geplant verwirklicht wird, so dass das ursprünglich vorausgesetzte **intakte Umfeld fehlt**, die Zugänge erschwert und das Erscheinungsbild ebenso wie die Einbindung in die Infrastruktur verschlechtert werden.⁶¹ Dasselbe gilt im Ergebnis, wenn in

50 So § 535 Rn 31ff.

51 KG GE 2005, 1427; LG Hamburg NJW-RR 1988, 907 = ZMR 1989, 63; LG Konstanz WuM 1988, 353.

52 OLG Düsseldorf WuM 1984, 54; 1986, 16; LG Waldshut-Tiengen NJW-RR 1991, 592; LG Berlin GE 1996, 745; dagegen zutreffend OLG Düsseldorf GE 2011, 132.

53 KG GE 2005, 1427; ZMR 2012, 858, 859; OLG Düsseldorf GE 2011, 132.

54 OLG Dresden NZM 2002, 662; KG ZMR 2008, 790, 791f.

55 KG ZMR 2008, 790, 792; LG Heidelberg WuM 1997, 42, 43 *Staudinger* Rn 16.

56 BGH LM Nr 47 zu § 535 BGB = NJW 1971, 424; LG Köln WuM 1996, 335; LG Kassel NJW-RR 1996, 1355.

57 OLG Koblenz NJW-RR 1997, 331 = WM 1997, 470.

58 BGH ZMR 1962, 82, 84; LM Nr 33 zu § 328 BGB = NJW 1968, 402; Betrieb 1976, 817f; OLG München WuM 1991, 681, 682.

59 BGH LM Nr 47 zu § 535 BGB = NJW 1971, 424; LM Nr 33 zu § 328 BGB = NJW 1968, 402; LG Berlin GE 1999, 1497; LG Hamburg ZMR 2007, 170, 171.

60 BGH WM 1983, 660.

61 BGH NJW-RR 2004, 79, 80 = NZM 2004, 100.

einem hochpreisigen, **exklusiven Bürogebäude** nachträglich zahlreiche Räume an verschiedene Sozialbehörden vermietet werden, so dass die Zugangskontrolle wegfällt und in dem Gebäude ein nicht mehr kontrollierbarer Besucheransturm einsetzt, vorausgesetzt, daß sich daraus konkrete Unzuträglichkeiten und Störungen für die Mieter ergeben.⁶² Gewerblich genutzte Räume sind außerdem mangelhaft, wenn die Fundamente und Decken der vermieteten Räume nicht die **nötige Tragfähigkeit** aufweisen, um die Geräte des Mieters aufnehmen zu können.⁶³ **Baumängel** sind außerdem zB noch die **Undichtigkeit** des Daches oder eines Schornsteins,⁶⁴ die Undichtigkeit der Fenster und Türen,⁶⁵ der bauordnungswidrige Zustand einer Treppe oder der fehlende Brandschutz eines Gebäudes⁶⁶, die Verursachung eines Brandes durch vom Vermieter in Auftrag gegebene Bauarbeiten,⁶⁷ die ungenügende Leistung einer Abwasserpumpe,⁶⁸ ein **mangelhafter Verputz** oder Anstrich des vermieteten Hauses,⁶⁹ insbesondere, wenn davon Feuchtigkeitsschäden in der Wohnung drohen,⁷⁰ die mangelnde Isolierung der Wasserrohre mit der Folge, dass im Winter das Wasser abgestellt werden muss,⁷¹ sowie eine Abweichung der tatsächlichen **Fläche** der vermieteten Räume von der im Vertrag genannten Fläche um mehr als 10 % (u Rn 22). – Die (viel diskutierte) **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.⁷² Wird jedoch der Altbau von Grund auf und umfassend saniert oder **renoviert**, so muss fortan der Schallschutz den zur Zeit der Renovierung maßgeblichen Mindeststandards entsprechen.⁷³ Für die Annahme einer derartigen **Renovierung** genügt indessen der bloße Austausch des Bodenbelages in einer Wohnung nicht aus.⁷⁴

3. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen

a) Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen sind ein **Mangel, sofern** der 11 Mieter durch sie im vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache behindert wird *und* sie gerade **auf der Beschaffenheit oder der Lage** der Mietsache beruhen und nicht lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Mieters ihre Ursache haben.⁷⁵ **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.⁷⁶ Daran fehlt es zB,

62 OLG Stuttgart ZMR 2007, 272 = NZM 2007, 163; Fritz NZM 2008, 825, 830.

63 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.

64 KG GE 1999, 569; OLG Düsseldorf GE 2008, 54, 55.

65 BGH ZMR 1962, 82, 83; LG Berlin WuM 1982, 184 = MDR 1982, 671.

66 OLG Dresden NZM 2006, 865 = ZMR 2006, 922; OLG Düsseldorf NZM 2004, 946, 947.

67 OLG Düsseldorf ZMR 2002, 41, 44f = NZM 2002, 21 „Flughafen Düsseldorf“.

68 BGH ZMR 1962, 82, 83.

69 LG Hamburg WuM 1983, 290.

70 LG Berlin WuM 2009, 175.

71 KG GE 2002, 131.

72 S Rn 14f; BGH NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60; NJW 2013, 2417; OLG Dresden NZM 2009, 703; LG Hamburg WuM 2010, 147.

73 BGH NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60; NJW 2009, 2441 Tz 11 = NZM 2009, 580; OLG Brandenburg ZMR 2003, 909, 913; LG Berlin GE 2003, 1612; 2004, 1028.

74 BGH NJW 2009, 2441 Tz 12 = NZM 2009, 580; LG Hamburg WuM 2010, 147.

75 BGHZ 68, 294, 296 = NJW 1977, 1285; BGH LM Nr 47 zu § 537 BGB = NJW 1991, 3226; NJW-RR 1992, 267 = WM 1992, 583; ZMR 2008, 274, 275; NJW 2011, 3151 Tz 8.

76 BGH LM Nr 92 zu § 242 (Bb) BGB = WM 1978, 760; LM Nr 25 zu § 536 BGB = NJW-RR 1987, 906.

wenn die für den Betrieb einer **Gastwirtschaft** bestimmten Räume den Vorschriften über die Belüftung oder die Trittschalldämmung in Gaststätten widersprechen.⁷⁷ Der Vermieter trägt dagegen nicht das Risiko solcher Umstände, die allein in den **persönlichen Verhältnissen** des Mieters ihre Ursache haben.⁷⁸ Es bleibt auch dabei, dass der Mieter das **Verwendungsrisiko** tragen muss. Deshalb begründet zB die nachträgliche Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit der gemieteten Räume durch die Gesetzgebung zum Schutze der Nichtraucher keinen Mangel, und zwar selbst dann nicht, wenn infolge des **Rauchverbotes** die Zahl der Gäste drastisch zurückgeht.⁷⁹

12 Die **Schaffung der Voraussetzungen** für die behördliche Erlaubnis des dem Mieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs **obliegt** grundsätzlich dem **Vermieter** (§ 535 Abs 1 S 2). Notfalls muss er deshalb die dafür von der Behörde vorgeschriebenen, baulichen Veränderungen durchführen.⁸⁰ Außerdem muss er sich selbst um die nötigen Genehmigungen bemühen.⁸¹ Durch **Formularvertrag** kann nichts anderes bestimmt werden.⁸² Individualvertraglich ist dagegen eine weitergehende Risikoabwälzung möglich, grundsätzlich aber eng auszulegen.⁸³

13 b) Eine vermietete **Wohnung** ist **mangelhaft**, wenn sie **ohne Bauerlaubnis** errichtet wurde, so dass die Gefahr einer Abrissverfügung besteht,⁸⁴ oder wenn die vermieteten Räume infolge erheblicher baulicher Auflagen für den Mieter zum Vertragszweck **ungeeignet** sind.⁸⁵ Es genügt, wenn nur die ernsthafte **Gefahr eines Verbotes** der Benutzung aufgrund eines noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes besteht.⁸⁶ Das polizeiliche **Verbot einer Fabrik** führt gleichfalls zur Annahme eines Mangels.⁸⁷ Gleich steht die Untersagung des Betriebs in den gemieteten Räumen mit der Begründung, die mit dem Betrieb verbundene **Nutzungsänderung** sei nicht genehmigt, insbesondere, wenn der Vermieter die Mitwirkung bei der Beantragung der erforderlichen neuen Genehmigung verweigert.⁸⁸ Weitere hierher gehörende Beispiele sind die **Verhinderung des Zutritts** des Publikums zu einem **Geschäft** durch behördliche Maßnahmen oder durch staatliche Baumaßnahmen, die der Vermieter nicht verhindern kann,⁸⁹ die behördliche Verweigerung der Genehmigung für einen **Steinbruch** oder für den geplanten Kiesabbau des Pächters⁹⁰ sowie das Fehlen der erforderlichen Stellplätze bei einem Restaurant oder Hotel.⁹¹ Ein **Mangel** ist dagegen zu **verneinen**, wenn sich das fragliche Verbot auf absehbare Zeit für den Mieter

77 KG GE 2004, 478; OLG Koblenz NJW 2010, 1297 = NZM 2010, 83 = NJW-RR 2010, 203.

78 S o Vorbem 14f vor § 536; *Staudinger* Rn 22.

79 S o Vorbem 16 vor § 536; BGH NJW 2011, 3151 Tz 11 ff; OLG Koblenz NJW 2010, 1297 = NJW-RR 2010, 203 = NZM 2010, 83; OLG München NZM 2010, 201.

80 RGZ 94, 138.

81 OLG Hamm ZMR 1982, 206, 207; OLG Köln WuM 1998, 152, 153 = ZMR 1998, 227, 228; OLG Düsseldorf NZM 2011, 550.

82 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.

83 BGH ZMR 1994, 253; OLG München ZMR 1995, 401, 402.

84 LG Hannover ZMR 1971, 135 Nr 20.

85 BGH BB 1973, 1236.

86 BGH LM Nr 17 zu § 537 BGB = WM 1971, 531; ZMR 2008, 274, 275; OLG Düsseldorf ZMR 2005, 707, 709.

87 RG JW 1913, 596f Nr 10.

88 BGH ZMR 2008, 274, 275.

89 Rn 17; BGH LM Nr 27 zu § 537 BGB = NJW 1981, 2405; KG NZM 2008, 526, 527 = NJW-RR 2008, 1042; *Fritz* NZM 2008, 825, 830.

90 BGH LM Nr 46 zu § 581 BGB = WM 1982, 595; NJW-RR 1992, 267 = WM 1992, 583.

91 OLG München ZMR 1995, 401, 402f.

überhaupt nicht nachteilig auswirken kann⁹² oder wenn die Behörde den rechtswidrigen **Zustand duldet**.⁹³ Sobald aber die Behörde Maßnahmen ernsthaft androht oder gar gegen den rechtswidrigen Zustand einschreitet, kommt durchaus wieder die Annahme eines Mangels in Betracht.⁹⁴

4. Umweltfehler

a) Unter Umweltfehlern versteht man **Störungen** des Mieters im vertragsgemäßen **14** Gebrauch **durch Einflüsse von außen**, die auf Naturereignissen oder Handlungen Dritter beruhen können. Die wichtigsten Erscheinungsformen sind neben den hier nicht weiter interessierenden Naturkatastrophen Störungen des Mieters durch Dritter in Form von **Lärmimmissionen** (Rn 15f) **oder Zugangsbehinderungen** (Rn 17). Die Abgrenzung von anderen Mängeln, insbesondere von Baumängeln ist flüssig, aber für das Ergebnis ohne Belang. Umso schwieriger gestaltet sich die **Grenzziehung zum allgemeinen Lebensrisiko** des Mieters, das nicht über § 536 auf den Vermieter abgewälzt werden darf. Zur Lösung dieses (dringenden) Problems sind im Schrifttum zahlreiche **Kriterien** entwickelt worden, deren Unterschiede zum guten Teil die Differenzen erklären, die hier in Literatur und Rechtsprechung herrschen. Nach dem **BGH** soll sich der Anwendungsbereich des § 536 grundsätzlich auf solche Umweltfehler beschränken, durch die die **Tauglichkeit** der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch **unmittelbar beeinträchtigt** wird.⁹⁵ Die **Kriterien**, anhand derer unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen der Tauglichkeit der Mietsache durch Umweltfehler unterschieden werden sollen, sind indessen **unklar** geblieben.⁹⁶ Soweit es speziell um Lärmimmissionen geht, zieht der BGH wohl deshalb heute häufig ergänzend die **TA Lärm von 1998** heran, so dass der Mieter mangels abweichender Abreden der Parteien immer nur einen Lärmschutz in diesem Rahmen verlangen kann, und zwar selbst dann, wenn bei Abschluss des Vertrages die Lärmbelastung noch geringer als jetzt war, aber immer noch im Rahmen der TA Lärm lag.⁹⁷ Maßgebend können jedoch tatsächlich nur **vertragsimmanente Kriterien** sein (§§ 311 Abs 1, 535 Abs 1). Entscheidend ist maW allein, **welcher Standard** dem Mieter nach den **Abreden der Parteien** geschuldet ist.⁹⁸ 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, 157, 536b). Ausschlaggebende Bedeutung erlangt dadurch im vorliegenden Zusammenhang insbesondere der **Grundgedanke des § 536b**, der die Gewährleistungsrechte des Mieters für den Regelfall ausschließt, wenn dem Mieter der fragliche Mangel bei Abschluss des Vertrages **bekannt** war oder **nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt** geblieben ist. Deshalb kann grundsätzlich, wer zB eine Wohnung an einer lauten Durchgangsstraße mietet, nur den bei einer *derartigen* Wohnung üblichen Standard des Lärmschutzes, nicht mehr verlangen, außer wenn

92 BGH WM 1968, 1306, 1307; OLG Naumburg NZM 2001, 100, 101; *Staudinger* Rn 25.

93 BGH NJW 2009, 3421 Tz 6 = NZM 2009, 815; KG GE 2002, 664; 2005, 1426, 1427.

94 OLG Düsseldorf NZM 2003, 556; ZMR 2011, 118, 865 und 867.

95 Vgl insbesondere BGH 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; NJW 2009, 664 Tz 34 = NZM 2004, 124; GE 2013, 261 Tz 8; OLG Düsseldorf NZM 2008, 524, 525; GE 2012, 827, 828; OLG Rostock NZM 2009, 545.

96 S *Emmerich* in: *Miete und Umwelt*, PiG Bd 31 (1989) 35, 41f; I *Koller* NJW 1982, 201.

97 BGH WuM 2009, 659 Tz 15ff = NZM 2009, 855; WuM 2012, 271 Tz 6 ff.

98 S o Rn 1, 10; *Staudinger* Rn 26 ff mN.

die Parteien ausdrücklich das Gegenteil vereinbaren.⁹⁹ Dabei ist vor allem zu beachten, dass den Mieter grundsätzlich **keine Prüfungspflicht** trifft, so dass an die Annahme einer Kenntnis des Mieters von Störungen aus dem Umfeld der gemieteten Räume ebenso wie an die Annahme grober Fahrlässigkeit *strenge Anforderungen* zu stellen sind (sehr str) – dies natürlich auch im Interesse eines weitgespannten Mieterschutzes. Aus den unterschiedlichen Anforderungen an die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters erklären sich zugleich die durchaus unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen bisher die einschlägigen Entscheidungen gelangt sind. Im **Rechtsstreit** dürfen an den substantiierten **Vortrag** solcher Immissionen keine übertriebenen Anforderungen, etwa durch das Erfordernis eines genauen „Lärmprotokolls“ gestellt werden. Es genügt vielmehr eine Beschreibung, aus der sich die Art der Belästigungen, ihre Frequenz und die Tageszeiten ergeben (Rn 42, im einzelnen str).

- 15 **b)** Das Zusammenleben mehrerer Menschen in einem Haus verursacht unvermeidlich gewisse Lärmbelästigungen, so dass geringfügige oder gelegentliche Beeinträchtigungen, zB durch Streitigkeiten oder Feiern, nach Meinung des BGH als „sozialadäquat“ hinzunehmen sind.¹⁰⁰ Erst die Überschreitung dieser **Grenze der „Sozialadäquanz“** führt mit anderen Worten in den Anwendungsbereich des § 536. Dies bedeutet zB, dass der Vermieter insbesondere für eine ordnungsgemäße **Schallisolierung** sorgen muss. Die vermietete Wohnung ist mangelhaft, wenn die Schallisolierung nicht dem Standard entspricht, auf den der Mieter nach dem Vertrag Anspruch hat (s schon o Rn 1f, 6, 10, 14). 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 verursacht¹⁰¹ oder wenn der Mieter ständig durch den Aufzug gestört wird.¹⁰² **Von Dritten ausgehende Lärmbelästigungen** können ebenfalls einen Mangel darstellen. Wichtigster Fall ist der von **Mitmietern** ausgehende übermäßige Lärm, wozu beispielsweise auch übermäßige Toilettengeräusche gehören,¹⁰³ nicht jedoch normaler Kinderlärm in einem Mehrfamilienhaus.¹⁰⁴ Weitere Beispiele sind Störungen durch ein **Bordell** im selben Haus oder in der Nachbarschaft,¹⁰⁵ der Lärm einer **Gastwirtschaft** im selben Haus¹⁰⁶ oder in der Nachbarschaft¹⁰⁷ sowie der Lärm eines benachbarten Gewerbebetriebs.¹⁰⁸ Das übermäßige **Bellen** von Hunden in der Nachbarschaft stellt gleichfalls einen Mangel dar.¹⁰⁹ Anders kann von Fall zu Fall der Lärm eines Kinderspielplatzes in der Nachbarschaft zu beurteilen sein.¹¹⁰

⁹⁹ Ebenso im Ergebnis LG Landshut NZM 1998, 761; LG Berlin GE 2003, 392; 2006, 1295 (für eine Baustelle; s Rn 16).

¹⁰⁰ BGH NJW 2012, 1647 Tz 11 f = NZM 2012, 381 = WuM 2012, 269.

¹⁰¹ LG Berlin NZM 2000, 490; LG Landshut WuM 2002, 307; AG Hamburg WuM 1996, 469 = NZM 1997, 551; WuM 1997, 551.

¹⁰² LG Hannover WuM 1994, 463f.

¹⁰³ LG Berlin GE 2007, 779; LG Hamburg WuM 2010, 143.

¹⁰⁴ AG Hamburg-Bergedorf ZMR 2009, 292.

¹⁰⁵ BGH WM 1967, 515, 517; LG Berlin GE 2008, 671; 2009, 453; AG Osnabrück WuM 2008, 84.

¹⁰⁶ LG Berlin GE 2005, 869f; 2005, 1126.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ BGH LM Nr 15 zu § 823 (Ef) BGB = WM 1970, 1292; AG Gifhorn WuM 2002, 215f; anders nach den Umständen LG Hamburg WuM 2010, 248.

¹⁰⁹ BGH NZM 2012, 760 = ZMR 2013, 24; OLG Hamm NJW-RR 1990, 335 = MDR 1990, 442; *Gaisbauer* NZM 1999, 982; *Horst* MDR 2012, 70, 74.

¹¹⁰ LG Berlin ZMR 1999, 763; LG Hamburg WuM 1998, 19; aM AG Frankfurt NJW 2005, 2628 = NZM 2005, 617.

Schwerwiegende Störungen des Mieters können insbesondere von **Baustellen** in 16 der Nachbarschaft ausgehen. In diesen besonders problematischen Fällen hängt letztlich alles auf die eine oder andere Weise von der in Literatur und Rechtspr. ganz unterschiedlich beantworteten Frage ab, **welcher Lärm** für den Mieter bei Abschluss des Vertrages nach den Umständen **ohne weiteres**, dh ohne grobe Fahrlässigkeit **erkennbar** war (§ 536b S 1 und 2).¹¹¹ Die Annahme eines Mangels scheidet aus, wenn der Baustellenlärm bereits bei Vertragsabschluss vorhanden oder doch unmittelbar absehbar war¹¹². Jenseits solcher noch verhältnismäßig eindeutiger Fälle muss es aber dabei bleiben, dass den Mieter grundsätzlich **keine Prüfungspflicht** trifft (Rn 14) und dass man von ihm auch keine hellseherischen Fähigkeiten verlangen darf, so dass eine bei Abschluss des Vertrages nicht ohne weiteres absehbare Zunahme des Verkehrslärms oder Einrichtung neuer Baustellen durchaus die Annahme eines Mangels zu rechtfertigen vermag.¹¹³ Dieses Ergebnis gilt vielfach als *unangemessen*, weil für den Vermieter unzumutbar, der auf die Einrichtung und den Betrieb von Baustellen in seiner Nachbarschaft nahezu keinen Einfluss hat (§ 906). Deshalb wird häufig **Kenntnis** des Mieters im Sinne des § 536b bereits angenommen, wenn der Mieter nach den Umständen nur in der (näheren oder ferneren) Zukunft mit der Einrichtung einer Baustelle *rechnen muss*, zB weil die Wohnung oder die Büroräume in einem Sanierungsgebiet oder in einem innerstädtischen Bereich mit großen Baulücken oder ständigem Sanierungsbedarf von Hochhäusern liegt.¹¹⁴ Oder es wird den Parteien einfach eine *konkludente Beschaffenheitsvereinbarung* im Sinne des § 535 Abs 1 S 1 *unterstellt*, die mit Rücksicht auf die Umstände einen Lärmschutz ausschließt (§§ 133, 157).¹¹⁵ Dieser Auffassung ist, weil **mit dem Gesetz** (§§ 535 Abs 1, 536 Abs 4 und 536b) **unvereinbar**, nicht zu folgen.¹¹⁶

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen – mit der Folge sehr unterschiedliche Ergebnisse – werfen schließlich noch **Zugangsbehinderungen** auf. Erhebliche und **andauernde** Zugangsbeschränkungen durch Maßnahmen des Verkehrswegebbaus sind jedenfalls ein **Mangel**, ohne Rücksicht darauf, dass der Vermieter diese Maßnahmen dulden muss (Rn 13). Dagegen gehören **vorübergehende Behinderungen**, mit denen jeder Anlieger einer Straße bei Straßenbauarbeiten rechnen muss, zum allgemeinen Lebensrisiko und müssen deshalb hingenommen werden, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben,¹¹⁷ während *erhebliche und andauernde Zugangsbeschränkungen* durch Maßnahmen des Verkehrswegebbaus sicher ein Mangel sind, ohne Rücksicht darauf, dass der Vermieter diese Maßnahmen dulden muss.¹¹⁸

¹¹¹ S *Staudinger* Rn 29; *Fritz* NZM 2008, 825, 826f, 832; *Horst* MDR 2012, 70; *Lehmann-Richter* NZM 2012, 849.

¹¹² 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.

¹¹³ Sehr str, s *Staudinger* Rn 29.

¹¹⁴ Insbesondere BGH GE 2013, 261 Tz 12; OLG Frankfurt ZMR 1964, 271; OLG München NJW-RR 1994, 654; KG NZM 2003, 718.

¹¹⁵ BGH GE 2013, 261 Tz 12; LG Gießen ZMR 2011, 284.

¹¹⁶ OLG Schleswig ZMR 2012, 726; *Blank* WuM 2012, 175, 177 f; *Lehmann-Richter* NZM 2012, 849, 852 f.

¹¹⁷ BGH NJW-RR 2004, 79 = NZM 2004, 100; OLG Düsseldorf NZM 1998, 481 = NJW-RR 1998, 1236; OLG Hamburg WuM 2003, 146; OLG Rostock NZM 2009, 545; LG Düsseldorf NZM 2003, 899; LG Berlin ZMR 2008, 844; *Kluth/Böckmann* NZM 2003, 882.

¹¹⁸ Anders ohne Begründung LG Düsseldorf ZMR 2012, 775, 776.