

Emmerich – Sonnenschein, Mietrecht
2. Auflage

Sonderausgabe der §§ 535–580 a BGB
(2. Bearbeitung 1981) und des 2. WKSchG
aus J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
12., neubearbeitete Auflage

Mietrecht

Kommentar

**zu den mietrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches
und zum Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz**

2., neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage

Von

Dr. Volker Emmerich

o. Professor an der Universität Bayreuth
Richter am Oberlandesgericht Nürnberg

und

Dr. Jürgen Sonnenschein

o. Professor an der Universität Kiel

1981

J. Schweitzer Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin

Aufteilung der Bearbeitung

§§ 535–555	VOLKER EMMERICH
§§ 556–557 a	JÜRGEN SONNENSCHNEIN
§§ 558–563	VOLKER EMMERICH
§§ 564–565 e	JÜRGEN SONNENSCHNEIN
§§ 566–568	VOLKER EMMERICH
§§ 569–569 b	JÜRGEN SONNENSCHNEIN
§§ 570–580 a	VOLKER EMMERICH
Art 2 2. WKSchG	JÜRGEN SONNENSCHNEIN
Art 3 2. WKSchG §§ 1–3 MHRG	VOLKER EMMERICH
Art 3 2. WKSchG §§ 4–10 MHRG,	
Art 4–8 2. WKSchG	JÜRGEN SONNENSCHNEIN

Die Kommentierung der §§ 535–580 a entspricht der Kommentierung der §§ 535–580 a in **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** (12. Auflage, 2. Bearbeitung 1981). Die Kommentierung des 2. WKSchG ist erstmals in der jetzigen Fassung der Sonderausgabe auch in J. von Staudingers Kommentar enthalten.

Zitierweise

EMMERICH-SONNENSCHNEIN, Mietrecht (2. Aufl. 1981) Vorbem 1 zu §§ 535, 536
EMMERICH-SONNENSCHNEIN, Mietrecht (2. Aufl. 1981) §§ 535, 536 Rz 1
EMMERICH-SONNENSCHNEIN, Mietrecht (2. Aufl. 1981) Art 2 WKSchG Rz 1
EMMERICH-SONNENSCHNEIN, Mietrecht (2. Aufl. 1981) § 1 MHRG Rz 1

Stand der Bearbeitung

1. März 1981

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

<p><i>Emmerich, Volker:</i> Mietrecht : Kommentar zu d. mietrechtl. Vorschriften d. Bürgerlichen Gesetzbuches u. zum Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz / von Volker Emmerich ; Jürgen Sonnenschein. – 2., neubearb. u. wesentl. erw. Aufl. – Berlin : Schweitzer, 1981. Aus: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ISBN 3-8059-0584-X NE: Sonnenschein, Jürgen:</p>

© 1981 by J. Schweitzer Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. – Printed in Germany.
Satz und Druck: Georg Wagner, Nördlingen. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin. – Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

Inhaltsübersicht

	Seite*
Vorwort zur 1. Auflage	VII
Vorwort zur 2. Auflage	VIII
Abkürzungsverzeichnis	IX
Bürgerliches Gesetzbuch §§ 535–580 a	1
Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz)	815
Sachregister	1039

* Zitiert wird nicht nach Seiten, sondern nach Randziffern.

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch enthält mit der Kommentierung der §§ 535 bis 580 a BGB sowie des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetzes eine Gesamtdarstellung des geltenden Mietprivatrechts. Verzichtet wurde hingegen auf eine Darstellung des über viele Sondergesetze verstreuten Mietpreisrechts, das zunehmend an Bedeutung verliert. Die Kommentierung der §§ 535 bis 580 a BGB ist unverändert aus der unlängst erschienenen 12. Auflage von J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch übernommen worden und befindet sich dementsprechend im wesentlichen auf dem Stand vom März 1978. Hinzugefügt wurde eine eingehende Kommentierung des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetzes, deren Aufnahme in den STAUDINGER wegen möglicher Reformen dieses Gesetzes nicht in Betracht kam. Die Arbeit an diesem Teil des Buches haben wir im Sommer 1978 abgeschlossen, so daß auch die weitreichenden Änderungen durch das Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz vom 27. Juni 1978 noch berücksichtigt werden konnten.

Wie jeder Kommentar wendet sich auch das vorliegende Buch in erster Linie an die Praxis. Wir haben uns deshalb vor allem um eine möglichst lückenlose Erfassung der ausufernden Rechtsprechung bemüht. Darüber hinaus waren wir aber bestrebt, die übergreifenden systematischen Zusammenhänge herauszuarbeiten und das Mietrecht (wieder) als das erscheinen zu lassen, was es ist, nämlich als Teil unseres allgemeinen, auf Privatautonomie, Privateigentum und Wettbewerbsfreiheit aufgebauten Privatrechts. Daher haben wir uns auch nirgends gescheut, auf die Gefährlichkeit bestimmter mietrechtlicher Sonder- oder besser: Fehlentwicklungen hinzuweisen. Wir hoffen, damit auch einen Beitrag zu der nicht abreißenden Diskussion über die Reform des Mietrechts geleistet zu haben. Gerade deshalb sind wir für Kritik und Anregungen jederzeit dankbar.

Bielefeld und Kiel, im September 1978 VOLKER EMMERICH, JÜRGEN SONNENSCHN

Vorwort zur 2. Auflage

Die erste Auflage des Kommentars war so schnell vergriffen, daß schon im Jahre 1980 eine Neubearbeitung erforderlich wurde. Wir haben diese Gelegenheit ergriffen, um die Erläuterungen in sämtlichen Teilen gründlich zu überarbeiten und dabei auch erheblich zu erweitern. Literatur und Rechtsprechung sind, soweit uns das überhaupt möglich war, lückenlos bis Anfang 1981 erfaßt worden. Viele Fragen sind neu aufgenommen und eingehend behandelt worden. Große Teile des Kommentars sind ganz neu geschrieben. An dem Grundanliegen des Buches, wie es in dem Vorwort zur ersten Auflage umschrieben ist, haben wir jedoch nichts geändert: Auch in Zukunft soll der Kommentar in erster Linie der Praxis als möglichst zuverlässiger Leitfaden durch den Dschungel des Mietrechts dienen. Aber darüber hinaus bleibt es unser Bestreben, das Mietrecht überall in das allgemeine Privatrecht zu reintegrieren und mietrechtliche Sonderentwicklungen nach Möglichkeit zu verhindern.

Bayreuth und Kiel, im April 1981

VOLKER EMMERICH, JÜRGEN SONNENSCHNEIN

Abkürzungsverzeichnis

A	
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausführungsbestimmungen zum ... (zusätzlich zur Abkürzung des betreffenden Gesetzes)
AbbauG	Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. 6. 1960 (BGBl I 389, BGBl III 4 Nr 402–24)
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 6. 1811
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
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte (Abzahlungsgesetz) vom 16. 5. 1894 (RGBl 450, BGBl III 4 Nr 402–2)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (zitiert nach Band und Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 16./22. 4. 1861
aE	am Ende
Änd	Änderung
ÄndG	Änderungsgesetz (zum jeweils datierten Regelungskomplex)
aF	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. 6. 1969 (BGBl I 582)
AG	Amtsgericht (zitiert mit jeweiligem Ortsnamen); Aktiengesellschaft; in Verbindung mit einer Gesetzesabkürzung auch Ausführungsgesetz (zB AGBGB)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976 (BGBl I 3317)
AGBGB	Ausführungsgesetz zum BGB
AIZ	Allgemeine Immobilien-Zeitung. Grund, Haus, Wohnung. Offizielles Organ des Ring Deutscher Makler (zitiert nach Jahr und Seite)
AkDR	Akademie für Deutsches Recht
AKG	Gesetz zur allgemeinen Regelung der durch den Krieg und den Zusammenbruch des Deutschen Reiches entstandenen Schäden (Allgemeines Kriegsfolgengesetz) vom 5. 11. 1957 (BGBl I 1747, BGBl III 6 Nr 653–1)
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 (BGBl I 1089)
ALB	Allgemeine Lebensversicherungsbedingungen; Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransportes
allgM	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
AMVO	Altbaumietenverordnung vom 23. 7. 1958 (BGBl I 549, BGBl III 4 Nr 402–21)

Abkürzungsverzeichnis

AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens vom 20. 5. 1898 (RGBl 709, BGBl III 3 Nr 311–5)
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins (zitiert nach Jahr und Seite)
AO	Abgabenordnung vom 16. 3. 1976 (BGBl I 613, ber BGBl I 1977, 269)
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis – (zitiert nach Entscheidungsnummer, Gesetzesstelle und Stichwort)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz idF vom 2. 7. 1979 (BGBl I 853, 1036)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (zitiert nach Band und Seite)
ArchKommWiss	Archiv für Kommunalwissenschaften (zitiert nach Jahr und Seite)
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
AufwG	Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen (Aufwertungsgesetz) vom 16. 7. 1925 (RGBl I 117)
AuR	Arbeit und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB FernwärmeVO	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. 6. 1980 (BGBl I 742)
AVB WasserVO	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20. 6. 1980 (BGBl I 750)
AWD	s RiW/AWD
AWG	Außenwirtschaftsgesetz vom 28. 4. 1961 (BGBl I 481, BGBl III 7 Nr 7400–1)
Az	Aktenzeichen
B		
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BankArch	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (zitiert nach Jahr und Seite)
BAnz	Bundesanzeiger
BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) idF vom 15. 9. 1977 (BGBl I 1763)
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)
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (zitiert nach Jahr und Seite)
BB	Betriebs-Berater (zitiert nach Jahr und Seite)
BBauBl	Bundesbaublatt (zitiert nach Jahr und Seite)
BBauG	Bundesbaugesetz idF vom 18. 8. 1976 (BGBl I 2256)

Abkürzungsverzeichnis

Bd	Band
bearb	bearbeitet
Bearb	Bearbeitung
Begr	Begründung
Beil	Beilage
Bekl	Beklagte(r)
Bem	Bemerkungen
ber	berichtigt
betr	betreffend
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. 12. 1974 (BGBl I 3610)
Betrieb	Der Betrieb (zitiert nach Jahr und Seite)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972 (BGBl I 13)
BeurkÄndG	Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften vom 20. 2. 1980 (BGBl I 157)
BeurkG	Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 (BGBl I 1513)
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen (und Gutachten) des Bundesfinanzhofs (zitiert nach Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl 195, BGBl III Nr 400–2)
BGBI I; II; III	Bundesgesetzblatt Teil I; II; III
BGE	Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (zitiert nach Jahrgang, Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BGH WarnR	WARNEYER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zitiert nach Jahr und Nr)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BJagdG	Bundesjagdgesetz idF vom 29. 9. 1976 (BGBl I 2849)
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
BM	Bundesminister, Bundesministerium (mit Kürzel für das jeweilige Ressort)
BMietG (jeweils mit entsprechender Ordnungsziffer)	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete des Mietpreises (Bundesmietengesetz): BMietG I vom 27. 7. 1955 (BGBl I 458, BGBl III 4 Nr 402–19); BMietG II vom 23. 6. 1960 (BGBl I 389, BGBl III 4 Nr 402–24); BMietG III vom 24. 8. 1965 (BGBl I 969, 971); BMietG IV vom 11. 12. 1967 (BGBl I 1251); BMietG V vom 20. 12. 1968 (BGBl I 1411); BMietG VI vom 19. 12. 1969 (BGBl I 2358); BMietG VII vom 18. 6. 1970 (BGBl I 786); BMietG VIII vom 30. 10. 1972 (BGBl I 2052); BMietG IX vom 30. 10. 1972 (BGBl I 2054); BMietG X vom 17. 11. 1975 (BGBl I 2868); BMietG XI vom 24. 7. 1979 (BGBl I 1202)
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. 2. 1961 (BGBl I 98, BGBl III 3 Nr 303–1)
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von BOLZE (zitiert nach Band und Nr)
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. 8. 1959 (BGBl I 565, BGBl III 3 Nr 308–8)
BR-Drucks	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
BSG	Bundessozialgericht

Abkürzungsverzeichnis

BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BStBl I; II; III	Bundessteuerblatt Teil I; II; III
BT	Besonderer Teil; Bundestag
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht idF vom 3. 2. 1971 (BGBl I 105)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
II. BVO	Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (Zweite Berechnungsverordnung) idF vom 18. 7. 1979 (BGBl I 1077)
BW	Baden-Württemberg
bzw	beziehungsweise
C	
ca	circa
cic	culpa in contrahendo
D	
DAR	Deutsches Autorecht (seit 1956 vereinigt mit „Das Recht des Kraftfahrers“; zitiert nach Jahr und Seite)
DEMV	Deutscher Einheitsmietvertrag in der Bekanntmachung vom 7. 3. 1934 (DJ 1934, 304)
Denkschr	Denkschrift; auch Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Anlagen I bis III (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode – IV. Session 1895/97, Erster Anlagenband, RT-Drucks zu Nr 87; zitiert nach Seite)
ders	derselbe
dgl	desgleichen; dergleichen
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
dh	das heißt
Die AG	Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (zitiert nach Jahr und Seite)
dies	dieselbe(n)
Diss	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Spalte)
DNotZ (DNotV)	Deutsche Notarzeitschrift (früher Zeitschrift des Deutschen Notarvereins; zitiert nach Band und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)
DR (DRW)	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)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
DStZ (A, B)	Deutsche Steuerzeitung (seit 1948 geteilt in Ausgabe A und B; zitiert nach Ausgabe, Jahr und Seite)
dt	deutsch (e, r)

Abkürzungsverzeichnis

DuR	Demokratie und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung (zum jeweiligen Regelungskomplex, abgekürzt zitiert)
DWohnA	Deutsches Wohnungsarchiv (zitiert nach Jahr und Seite)
DWW (DWohnW)	Deutsche Wohnungswirtschaft. Organ des Zentralverbandes der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer (zitiert nach Jahr und Seite)
E	
E I; II; III	Entwürfe zum BGB (zitiert mit dem jeweiligen Paragraphen)
EG	Einführungsgesetz (zu einem unter seiner Abkürzung anschließend zitierten Gesetz), zB EGBGB
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl 604, BGBl III 4 Nr 400–1)
EheG	Ehegesetz vom 20. 2. 1946 (KRABl 77, BGBl III 4 Nr 404–1)
1. EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976 (BGBl I 1421)
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
einschr	einschränkend
EMV	Einheitsmietvertrag für Baugeräte in der Bekanntmachung vom 6. 6. 1940 (RAnz Nr 132)
EMW	s Glaser
entspr	entsprechend
Entw	Entwurf
EnWiG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13. 12. 1935 (RGBl I 1451)
ErbvVO (ErbvRVO)	Verordnung über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsverordnung) vom 15. 1. 1919 (RGBl 72, BGBl III 4 Nr 403–6)
Erl	Erlaß; Erläuterungen
ES	Entscheidungssammlung
ESTG	Einkommensteuergesetz idF vom 21. 6. 1979 (BGBl I 721)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
eV	eingetragener Verein
F	
f, ff	folgend(e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (zitiert nach Datum und Seite)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898 (RGBl 189, BGBl III 3 Nr 315–1)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
FWW	Die freie Wohnungswirtschaft. Informationsdienst des Verbandes Freier Wohnungsunternehmen eV (zitiert nach Jahr und Seite)
G	
G	Gesetz
GBA	Grundbuchamt
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung idF vom 5. 8. 1935 (RGBl I 1073, BGBl III 3 Nr 315–11)
GE	s GrundE

Abkürzungsverzeichnis

GebrMG	Gebrauchsmustergesetz idF vom 2. 1. 1968 (BGBl I 24, BGBl III 4 Nr 421–1)
Gedschr	Gedächtnisschrift; Gedenkschrift
gem	gemäß; gemeinsam
GemWW	Gemeinnütziges Wohnungswesen. Organ des Gesamtverbandes Gemeinnützigter Wohnungsunternehmen (vor 1950 Gemeinnützige Wohnungswirtschaft; zitiert nach Jahr und Seite)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften idF der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 (RGBl 810, BGBl III 4 Nr 4125–1)
GeschmMG	Gesetz über das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz) vom 11. 1. 1876 (RGBl 11, BGBl III 4 Nr 442–1)
GewO	Gewerbeordnung idF vom 1. 1. 1978 (BGBl I 97)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl 1, BGBl III 1 Nr 100–1)
ggf	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz idF vom 15. 12. 1975 (BGBl I 3047)
Glaser	Entscheidungssammlung für das gesamte Miet- und Wohnungsrecht, hrsg von GLASER (zitiert nach Sachgruppe und Seite)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 (RGBl 477, BGBl III 4 Nr 4123–1)
GmbH-Rdsch	GmbH-Rundschau mit Sonderfragen der GmbH & Co (zitiert nach Jahr und Seite)
GO	Gemeindeordnung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GrdstVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) vom 28. 7. 1961 (BGBl I 1091, BGBl III 7 Nr 7810–1)
GrdstW	Die Grundstückswarte (zitiert nach Jahr und Seite)
GRMG	Gesetz zur Regelung der Miet- und Pachtverhältnisse über Geschäftsräume und gewerblich genutzte unbebaute Grundstücke (Geschäftsraummietengesetz) vom 25. 6. 1952 (BGBl I 338, BGBl III 4 Nr 402–18)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von GRUCHOT (zitiert nach Band und Seite)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von GRÜNHUT (zitiert nach Band und Seite)
GrundE	Das Grundeigentum. Zeitschrift für die gesamte Grundstücks-, Haus- und Wohnungswirtschaft. Organ des Verbandes der Berliner Haus- und Grundbesitzervereine eV (zitiert nach Jahr und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
GS	Großer Senat (kennzeichnet im Anschluß an den Kürzel für das Reichsgericht oder ein Bundesgericht seine Urheberschaft für die Entscheidung); auch Gesetzsammlung
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt (mit Kürzel des jeweiligen [Bundes-]Staates)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz idF vom 9. 5. 1975 (BGBl I 1077)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF vom 24. 9. 1980 (BGBl I 1761)
GWV	s GemWW

Abkürzungsverzeichnis

H	
H	Heft
HannRpfl	Hannoversche Rechtspflege (bis 1. 7. 1947, dann Niedersächsische Rechtspflege; zitiert nach Jahr und Seite)
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (zitiert nach Jahr, Abteilung und Spalte)
HausratVO	Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz) vom 21. 10. 1944 (RGBl I 256); Überschrift geändert durch 1. EheRG vom 14. 7. 1976 (BGBl I 1421)
HdwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) idF vom 28. 12. 1965 (BGBl 1966 I 1, BGBl III 7 Nr 7110–1)
HeimG	Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (Heimgesetz) vom 7. 8. 1974 (BGBl I 1873)
HeizkostenVO	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung) vom 23. 2. 1981 (BGBl I 261, 296)
HessRspr	Hessische Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Seite)
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (zitiert nach Jahr und Seite)
HGA	Hypothekengewinnabgabe
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl 219, BGBl III 4 Nr 4100–1)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HMR	Handbuch des gesamten Miet- und Raumrechts, hrsg von FISCHER (zitiert nach Stichwort und Blatt, Rechtsprechungsbeilage nach Jahr und Nr)
HöfeO	Höfeordnung idF vom 26. 7. 1976 (BGBl I 1933)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Nr)
hrsg	herausgegeben
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
HuW	Haus und Wohnung (zitiert nach Jahr und Seite)
I	
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iE	im Ergebnis
insbes	insbesondere
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
J	
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JbAkDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
JB1	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

Abkürzungsverzeichnis

Jh	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
JMBI	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)
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)
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt (Jugendwohlfahrtsgesetz) idF vom 25. 4. 1977 (BGBl I 633, 795)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
K	
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 idF vom 20. 5. 1898 (RGBl 612, BGBl III 3 Nr 311–4)
Komm	Kommission
KRABl	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (zitiert nach Jahr und Seite)
KRG	Kontrollratsgesetz
krit	kritisch
KrVjschr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25. 8. 1969 (BGBl I 1317, BGBl III 8 Nr 800–2)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand-, und Schiedsgerichtswesen (zitiert nach Jahr und Seite)
L	
LAG	Landesarbeitsgericht; Gesetz über den Lastenausgleich (Lastenausgleichsgesetz) idF vom 1. 10. 1969 (BGBl I 1909, BGBl III 6 Nr 621–1)
LG	Landgericht (zitiert mit jeweiligem Ortsnamen)
Lit	Literatur
LM	LINDENMAIER-MÖHRING, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (zitiert nach Paragraph und Ordnungsziffer)
LPachtG	Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen (Landpachtgesetz) vom 25. 6. 1952 (BGBl I 343, BGBl III 7 Nr 7813–2)
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Spalte)
M	
m	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)

Abkürzungsverzeichnis

mE	meines Erachtens
MecklZ	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite, ab 1925 nach Band und Spalte)
MHRG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art 3 WKSchG II) vom 18. 12. 1974 (BGBl I 3604)
MietRÄndG I; II; III	Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften: I/ vom 29. 7. 1963 (BGBl I 505); II/vom 14. 7. 1964 (BGBl I 457); III/ vom 21. 12. 1967 (BGBl I 1248)
MietschAusnVO	Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. 11. 1951 (BGBl I 926)
MietSchG	Mieterschutzgesetz vom 15. 12. 1942 (RGBl I 712, BGBl III 4 Nr 402–12)
Mitt	Mitteilungen (zitiert in Verbindung mit der jeweils sie herausgebenden Körperschaft)
MMV	Mustermietvertrag 1976, hrsg vom Bundesminister der Justiz (Beil Nr 2 z BAnz Nr 22 v 3. 2. 1976)
ModEnG	Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und von Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie (Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz) idF vom 12. 7. 1978 (BGBl I 993); s WoModG
Mot	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888; zitiert nach Band und Seite)
MR	Militärregierung
MRVerbG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. 11. 1971 (BGBl I 1745)
mwN	mit weiteren Nachweisen
N	
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
NeubauMietVO	Verordnung über die Ermittlung der zulässigen Miete für preisgebundene Wohnungen (Neubaumietenverordnung) idF vom 18. 7. 1979 (BGBl I 1103)
nF	neue Fassung; neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NMVO	s NeubauMietVO
Nr	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
O	
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)

Abkürzungsverzeichnis

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten idF vom 2. 1. 1975 (BGBl I 80)
P	
Pr, pr	Preußen, preußisch (e, r)
Prot	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1897–1899; zitiert nach Band und Seite)
R	
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von RABEL (zitiert nach Jahr und Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
RAnz	Deutscher Reichsanzeiger (zitiert nach Jahr und Seite)
RAussch	Rechtsausschuß
RdA	Recht der Arbeit (zitiert nach Jahr und Seite)
RdL	Recht der Landwirtschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
Rdnr	Randnummer
RE	Rechtsentscheid in Wohnraummiet-sachen nach Art III Miet-RÄndG III idF des ÄndG vom 5. 6. 1980 (BGBl I 657)
Recht	Das Recht (zitiert nach Jahr und Nr der Entscheidung bzw Seite des Aufsatzes)
RechtsVO	Rechtsverordnung
REGAmZ	Rückertattungsgesetz Amerikanische Zone, Gesetz Nr 59: Rückertattung feststellbarer Vermögensgegenstände (ABIMR AmZ Ausgabe G, 1 = BayGVBl 1947, 221)
REGBrZ	Rückertattungsgesetz Britische Zone, Gesetz Nr 59: Rückertattung 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 Reichsfinanzhofs (zitiert nach Band und Seite)
RG	Reichsgericht
RGBI; II	Reichsgesetzblatt Teil I; II
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RG WarnR	WARNEYER, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Jahr und Nr)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes (zitiert nach Jahr und Seite)
RhNotZ	Rheinische Notarzeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
RiW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (zitiert nach Jahr und Seite)
RJA	Reichsjustizamt; Entscheidungssammlung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (zitiert nach Band und Seite)
RLG	Gesetz über Sachleistungen für Reichsaufgaben (Reichsleistungsgesetz) vom 1. 9. 1939 (RGBI I 1645); aufgehoben durch § 87 Bundesleistungsgesetz idF vom 27. 9. 1961 (BGBl I 1769)
RM	Reichsministerium; Reichsminister (mit Kürzel für das jeweilige Ressort)

Abkürzungsverzeichnis

RMBL	Reichsministerialblatt
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr und Seite)
Rspr	Rechtsprechung
RStBl	Reichssteuerblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RT	Reichstag
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RVO	Reichsversicherungsordnung idF vom 15. 12. 1924 (RGBI I 779, BGBI III 8 Nr 820–1)
Rz	Randziffer
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (bis 1960 monatliche Beilage zur NJW; zitiert nach Jahr und Seite)
S	
s	siehe
S	Satz; Seite
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß; ab 1906: Sächsisches Archiv für Rechtspflege; ab 1924: Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (zitiert nach Band und Seite)
ScheckG	Scheckgesetz vom 14. 8. 1933 (RGBI I 597)
SchiffsRegO	Schiffsregisterordnung vom 26. 5. 1951 (RGBI I 359, BGBI III 3 Nr 315–18)
SchiffsRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (Schiffsrechtegesetz) vom 15. 11. 1940 (RGBI I 1499, BGBI III 4 Nr 403–4)
SchlHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr und Seite)
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchlTermG I; II; III	Gesetz zur Änderung des Schlußtermins für den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Mietpreisrechts: I / vom 4. 8. 1965 (BGBI I 969); II / vom 19. 1. 1969 (BGBI I 2357); III / vom 30. 10. 1972 (BGBI I 2051)
SchwOR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. 3. 1911/18. 12. 1936
SeuffA	SEUFFERT'S Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (zitiert nach Band und Nr)
SeuffBl	SEUFFERT'S Blätter für Rechtsanwendung (zitiert nach Band und Seite)
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – vom 11. 12. 1975 (BGBI I 3015)
SGG	Sozialgerichtsgesetz idF vom 23. 9. 1975 (BGBI I 2535)
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	sogenannt
Sp	Spalte
StaatsGH	Staatsgerichtshof
StädtebaufördG	Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderungsgesetz) idF vom 18. 8. 1976 (BGBI I 2318)
StAnz	Staatsanzeiger

Abkürzungsverzeichnis

Sten Ber	Stenographische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch idF vom 2. 1. 1975 (BGBl I 1)
StPO	Strafprozeßordnung idF vom 7. 1. 1975 (BGBl I 129)
str	streitig
stRspr	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft (zitiert nach Jahr und Spalte oder Seite)
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 19. 12. 1952 (BGBl I 837, BGBl III 9 Nr 9233–1)
StVO	Straßenverkehrsordnung vom 16. 11. 1970 (BGBl I 1565; 1971 I 38)
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung idF vom 15. 11. 1974 (BGBl I 3193; 1975 I 848)
U	
u	und
ua	unter anderem; und andere
uä	und ähnliches
UmsTG	Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz) vom 20. 6. 1948 (WiGBI Beil Nr 5, 13 = VOBl BrZ 149)
UmwandlgG	Umwandlungsgesetz idF vom 6. 11. 1969 (BGBl I 2081)
Urt	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz idF vom 26. 11. 1979 (BGBl I 1953)
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 (RGBl 499, BGBl III 4 Nr 43–1)
V	
v	von; vom
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerglO	Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935 (RGBl I 321, BGBl III 3 Nr 311–1)
Verh	Verhandlungen
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. 6. 1901 (RGBl 217, BGBl III 4 Nr 441–1)
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (zitiert nach Jahr und Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VHG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe (Vertragshilfegesetz) vom 26. 3. 1952 (BGBl I 198, BGBl III Nr 402–4)
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen idF vom 25. 10. 1979 (BAnz 1979 Nr 208 vom 6. 11. 1979). Eingeführt durch gemeinsamen Erlaß des Bundesministeriums der Finanzen, für Verkehr und für das Post- und Fernmeldewesen vom 23. 4. 1953.
VOBl	Verordnungsblatt (in Verbindung mit der jeweiligen Körperschaft)
Vorbem	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 30. 5. 1908 (RGBl 263)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl I 17, BGBl III 3 Nr 340–1)
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zitiert nach Band und Nr)

Abkürzungsverzeichnis

W	
WährG	Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsge- setz) vom 20. 6. 1948 (WiGBl Beil Nr 5, 1, BGBl III 7 Nr 7600–1–a)
WarnJb	WARNEYERS Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts (wechselnde Titel; zi- tiert nach Jahr, Seite, Paragraph und Gesetz)
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg von WARNEYER (zitiert nach Jahr und Nr)
WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz idF vom 23. 6. 1960 (BGBl I 389, 418, BGBl III 2 Nr 234–1)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15. 3. 1951 (BGBl I 175, BGBl III 4 Nr 403–1)
WG	Wechselgesetz vom 21. 6. 1933 (RGBl I 399)
WHG	Wasserhaushaltsgesetz idF vom 16. 10. 1976 (BGBl I 3017)
WiGBl	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebie- tes (zitiert nach Jahr und Seite)
WiStrG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz) idF vom 3. 6. 1975 (BGBl I 1313)
WKSchG I; II	I/ Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. 11. 1971 (BGBl I 1839); II/ Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz) vom 18. 12. 1974 (BGBl I 3603)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (zitiert nach Jahr und Seite)
WobauÄndG	WobauÄndG 1965: Gesetz zur verstärkten Eigentumsbildung im Wohnungsbau und zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbauänderungsgesetz 1965) vom 24. 8. 1965 (BGBl I 945); WobauÄndG 1968: Gesetz zur Fortführung des sozialen Wohnungsbaues (Wohnungs- bauänderungsgesetz 1968) vom 17. 7. 1968 (BGBl I 821); WobauÄndG 1971: Gesetz zur Durchführung des langfristi- gen Wohnungsbauprogramms (Wohnungsbauänderungsgesetz 1971) vom 17. 12. 1971 (BGBl I 1993); WobauÄndG 1973: Gesetz zur Änderung des Wohnungsbindungsgesetzes 1965 und des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (Wohnungsbauände- rungsgesetz 1973) vom 21. 12. 1973 (BGBl I 1970); Wo- bauÄndG 1980: Gesetz zur Änderung des Wohnungsbin- dungsgesetzes und des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (Woh- nungsbauänderungsgesetz 1980) vom 20. 2. 1980 (BGBl I 159)
WobauG I; II	I/ Erstes Wohnungsbaugesetz idF vom 25. 8. 1953 (BGBl I 1047); II/ Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) idF vom 30. 7. 1980 (BGBl I 1085)
WobauGebG	Gesetz über Gebührenbefreiungen beim Wohnungsbau vom 30. 5. 1953 (BGBl I 273, BGBl III 3 Nr 364–2)
WoBesG	Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbe- sitz im sozialen Wohnungsbau vom 23. 3. 1976 (BGBl I 737)
WoG	Wohnungsgesetz vom 8. 3. 1946 (KRABl 117)
WoBindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwoh- nungen (Wohnungsbindungsgesetz) idF vom 30. 7. 1980 (BGBl I 1120)
WogeldG I; II; III	I/Wohngeldgesetz idF vom 1. 4. 1965 (BGBl I 177); aufgeho- ben durch § 38 Abs 1 Nr 1 des Zweiten Wohngeldgesetzes vom 14. 12. 1970 (BGBl I 1637); II/Zweites Wohngeldgesetz idF vom 29. 8. 1977 (BGBl I 1685); III/Wohngeldgesetz idF vom 21. 9. 1980 (BGBl I 1741)

Abkürzungsverzeichnis

WogeldVO	Wohngeldverordnung idF vom 8. 1. 1981 (BGBl I 35)
WoModG	Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen (Wohnungsmodernisierungsgesetz) vom 23. 8. 1976 (BGBl I 2429); s ModEnG
WoVermittlG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. 11. 1971 (BGBl I 1745, 1747)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (zitiert nach Jahr und Seite)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. 8. 1919 (RGBl 1383, BGBl III 1 Nr 100–2)
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)
WZG	Warenzeichengesetz idF vom 2. 1. 1968 (BGBl I 29, BGBl III 4 Nr 423–1)
Z	
z	zum
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
zB	zum Beispiel
ZBlFG	Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Notariat (zitiert nach Jahr und Seite)
ZBIHR	Zentralblatt für Handelsrecht (zitiert nach Band und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch (in Verbindung mit dem jeweils erlassenden Staat)
ZGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (zitiert nach Jahr und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, früher: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (zitiert nach Band bzw Jahr und Seite)
Ziff	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung idF vom 12. 9. 1950 (BGBl I 535, BGBl III 3 Nr 310–4)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (zitiert nach Jahr und Seite)
zT	zum Teil
zust	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz) vom 24. 3. 1897 (RGBl 97, BGBl III 3 Nr 310–14)
zw	zweifelhaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (zitiert nach Band und Seite)

Bürgerliches Gesetzbuch

vom 18. August 1896 (RGBl 195)

Dritter Titel

Miete. Pacht**I. Miete****Vorbemerkungen zu §§ 535, 536****Schrifttum**

Auswahl der allgemeinen Literatur zum Mietrecht: BReg, Bericht betr die Ermöglichung einer vermehrten Aufstellung von Mietspiegeln durch die Gemeinden, BT-Drucks 7 (1976)/5160; dies, Bericht über die Auswirkungen des 2. WKSchG, BT-Drucks 8 (1979)/2610; Bundesminister der Justiz, Mustermietvertrag 1976; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten v 12. 12. 1970 „Entwicklung der Wohnungsmieten und die geplanten Maßnahmen zur Begrenzung des Mietanstiegs“, in: Sammelband der Gutachten von 1948–1972, hg v Bundesministerium f Wirtschaft (1973) 583; ARNOLD, Die Wohnungsmiete nach dem BGB (2. Aufl 1900); BARTHELMSS, Kommentar zum 2. Wohnraum-Kündigungsschutzgesetz und zum Miethöhegesetz 2. Aufl 1980; BETTERMANN, Das Wohnungsrecht als selbständiges Rechtsgebiet, Recht und Staat 140, 1949; ders, Mieterschutzgesetz (1955); BRAXMAIER, Die Rechtsprechung des BGH zum Miet- und Pachtrecht, WM 1968, 202; 1970, 26; 1972, 122; 1976, 2; 1978, 158; BUB-GRAF VON WESTPHALEN, Das AGB-Gesetz und seine Auswirkungen auf das Mietvertragsrecht, insbes auf Formularverträge (1979); CROME, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB, JherJb 37 (1897) 1; DOWENDAG-BUCHER-EPPING-MRÖSEK, Wohnungsbedarfprognose für die Bundesrepublik Deutschland bis 1985 (1972); DULCKEIT, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat 158/159, 1951; EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen (1978); ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht (15. Bearb 1958) §§ 126–136; ERMAN, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6. Aufl 1975); ESSER-WEYERS, Schuldrecht II 1 (5. Aufl 1977); FIRGAU, Aufklärungspflichten im Mietverhältnis, Europ Hochschulschr Reihe II Bd 222 (1979); FISCHER-DIESKAU-PERGANDE-SCHWENDER, Wohnungsbaurecht; FLUME, Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (1972); GENIUS, Der Bestandsschutz in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen (1972); GITTER in: Vertragsschuldverhältnisse (1974) 1 ff; GUTEKUNST-FORSTER, ModEnG, Kommentar (1979); HÄMMERLEIN-JENKINS-KRAHE ua, Wettbewerb in der Wohnungswirtschaft (1972); HÄRING, Zur Geschichte und Wirkung staatlicher Interventionen im Wohnungssektor (1974); HANS, Das neue Mietrecht in den weißen Kreisen (1965 ff); HECK, Grundriß des Schuldrechts (1929/1958) §§ 96–101; HERPERS, Wohnraummietrecht (1980); HESSE, Die rechtliche Natur der Miete (1902); HOLTGRAVE, Neues Miet- und Wohnrecht (1960); HORT, Der unsoziale Wohnungsbau, FAZ Nr 43 v 20. 2. 1976, 13; JAUERNIG, Bürgerliches Gesetzbuch (1979); KERSTAN, Ein neuer Mustermietvertrag und die Möglichkeit seiner Einführung (1974); KIEFERSAUER-GLASER, Grundstücksmiete (11. Aufl 1965); KIMMINICH, Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (1973); LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts II (12. Aufl 1981) § 48 (180 ff); LEONHARD, Besonderes Schuldrecht des BGB (1931) 136 ff; LÖNING, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht (1930); LOEWE, Mietrecht des deutschen Reiches (1910); LUTZ, Das neue Mietrecht des BGB (1968); MAYROSE-ORGASS, Wohnungs- und Bodenpolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1973); MITTELSTEIN, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches (4. Aufl von STERN und MITTELSTEIN 1932); MOHNEN, Der Inhalt des Sozialbegriffs im neuen Mietrecht, in 2. FS Nipperdey I (1965) 605; Münch-Komm-VoELSKOW, BGB (1980); NIEDERBERGER, Mietspiegel (3. Aufl 1979); NIENDORFF, Mietrecht nach dem BGB (10. Aufl 1914); OLSHAUSEN-K SCHMIDT, Automatenrecht (1972); PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (40. Aufl 1981); PERGANDE, Wohnraummietrecht (1968); PICK, Das neue Recht des Wohnbesitzes, NJW 1976, 1049; Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (12. Aufl, 29. Lieferung 1977); ROQUETTE, Das Mietrecht des BGB (1966); ders, Neues soziales Mietrecht (1969); RUDELBERGER, Deutsches Wohnraummietrecht (1909); RUTH, Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume (1926); SCHADE-SCHUBART-WIENICKE, Wohn- und Mietrecht, WK Nr 116 (1980); SCHMIDT-FUTTERER-BLANK, Miete und Pacht (4. Aufl 1981); dies, Mietrecht von A–Z (9. Aufl 1980); dies, Wohnraumschutzgesetze (4. Aufl 1981); SCHNEIDER, Selbsthilfe, Staatshilfe, Selbstverwaltung, Theorie und Praxis der Wohnungspolitik (1973); SCHNEIDER-KORNEMANN, Soziale Wohnungswirtschaft (1977); SCHOPP, Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau, ZMR 1976, 161; SCHWERZ, Das Wohnungswesen unter dem Einfluß des

Bundes – Ein Labyrinth von Vorschriften und Maßnahmen, ZMR 1973, 33; SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd 2: Schuldrecht II (11. Aufl 1980); STERNEL, Mietrecht (2. Aufl 1979); STRAUSS, Die Mieta nach dem BGB (1908); THOSS-HÜBSCHLE ua, Prognosen für die Wohnungswirtschaft (1974); TODT, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln (1970); TRENK-HINTERBERGER, Internationales Wohnungsmietrecht (1977); VOGEL, Die Mieta von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB (1907); VOGEL WuM 1976, 187; WEIMAR, Die Sachmängelhaftung im Mietrecht (1957); GRAF VON WESTPHALEN, Der Leasingvertrag (1979); WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd 2 (9. Aufl 1906/1963) 717 ff; ZELLER-SPÄTH, Der Hausbesitzer (6. Aufl 1965); VON ZEJSCHWITZ, Die neuen Wohnungsaufsichtsgesetze der Länder und ihre verfassungsrechtliche Problematik, NJW 1977, 129; Wohnungswirtschaft und Gesellschaftspolitik – Der Auftrag der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, Eine Dokumentation, Schriftenreihe des Gesamtverbandes Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen H 6/7, 1972.

Systematische Übersicht

I. Die Entwicklung des Mietrechts

1. Die Entwicklung bis 1914 1
2. Die Entwicklung im 1. Weltkrieg 4
3. Die Weimarer Republik 6
4. Drittes Reich und 2. Weltkrieg 8
5. Die erste Nachkriegszeit bis 1960 9
6. Der Abbau der Zwangswirtschaft und die Einführung des sozialen Mietrechts ab 1960 12
 - a) Lücke-Plan 12
 - b) Soziales Mietrecht 15
7. Die Rückkehr zum Mieterschutz ab 1971 16
8. Kritik und Ausblick 18

II. Die Mieta im System des BGB

1. Die Mieta als Schuldverhältnis 20
2. Die verschiedenen Arten der Mieta 23
 - a) Überblick 23
 - b) Wohnraummietea 24
 - c) Mischmietverhältnisse 26
 - d) Errichtung eines Gebäudes 28
3. Die Abgrenzung der Mieta von anderen Verträgen 29
 - a) Definition der Mieta 29
 - b) Mieta und Pacht 31
 - c) Mieta und Leihea 34
 - d) Mieta und Verwahrung 35
 - e) Mieta und Werkvertrag 36
 - f) Mieta und Kauf 37
 - g) Dingliches Wohnrecht 40
4. Sonderformen und gemischte Verträge 44
 - a) Leasing 45
 - b) Automatenverträge 51
 - c) Tankstellenverträge 57
 - d) Beherbergungsverträge 58
 - e) Sonstige Verbindungen mit dienstvertraglichen Elementen 65
 - f) Gemeinschaften und Gesellschaften 74
 - g) Lizenzverträge und ähnliche Erscheinungen 76
 - h) Sonstige Einzelfälle 80
 - i) Die Verbindung von Mieta und Kauf 90

III. Abschluß und Inhalt des Mietvertrages

1. Das Zustandekommen des Vertrages 91
 - a) Abschluß 91
 - b) Beteiligung mehrerer Personen 98
 - c) Ehegatten 104
2. Vorvertrag, Anmietrecht, Vormietea und Option 114
 - a) Vorvertrag 114
 - b) Vormietrecht 118
 - c) Anmietrecht 119
 - d) Optionen 120
3. Mietvorauszahlungen und Baukostenzuschüsse 123
 - a) Die verschiedenen Arten von Finanzierungsbeiträgen 123
 - b) Ausschluß des Kündigungsrechts 126
 - c) Rückzahlung bei Vertragsbeendigung 127
 - d) Wirkung gegenüber Erwerbem 130
4. Abstand und Kautiona 135
 - a) Abstand und Nachfolgeklausel 135
 - b) Kautiona 137
5. Die Hausordnung 140
 - a) Bezugnahme im Vertrag 141
 - b) Einseitige Aufstellung und Änderung 142
 - c) Inhaltskontrolle 143
6. Formular- und Musterverträge 145
 - a) Das Unwesen der Formularverträge 145
 - b) Der Deutsche Einheitsmietvertrag von 1934 146
 - c) Soziales Mietrecht und mißbillige Klauseln 147
 - d) Sonstige Formularverträge 149
 - aa) Baugeräte 149
 - bb) Kraftfahrzeuge 150
 - cc) Fernsprechnebenanlagen 150 f
 - dd) EDV-Anlagen 150g
7. Die Sittenwidrigkeit von Mietverträgen 151
 - a) Allgemeines 151
 - b) Insbesondere Wucher 154
8. Wertsicherungsklauseln 157

3. Titel. Miete. Pacht

Alphabetische Übersicht

- Abschluß 91 f, 94
 Abstand 135
 Altenheime 134a
 ABGB 147b–150g
 Allgemeine Geschäftsbedingungen 147c ff
 Abzahlungsgeschäft 39, 49g ff
 Anmietrecht 119
 Auslegung 97
 Ausschließlichkeitsbindung 55 f
 Automatenverträge 51–56
 Automatenaufstellverträge 53–56a

 Baugeräte 149
 Baukostenzuschüsse 123, 134a
 –, verlorene, 128 ff
 Beförderungsverträge 85
 Beherbergungsverträge 58
 Belegarztvertrag 61
 Belegungsverträge 60
 Besitzschutz 24
 Beteiligung mehrerer 98–102
 Bordelle 151

 cic 54, 61, 91, 166, 168

 Definition 29
 Deutscher Einheitsmietvertrag v 1934 146 f
 Dienstbarkeiten 42
 Dienstwohnungen 66
 Dingliches Wohnrecht 40 f

 Ehegatten 104–113
 Einheitsmietverträge 146 f, 149 f
 Entwicklung des Mietrechts 1–5, 7–14
 Errichtung eine Gebäudes 28

 Fernsprechnebstellenanlagen 150 f
 Fernsprechverhältnis 88
 Filmverleihvertrag 78
 Filmverwertungsvertrag 79
 Finanzierungsbeiträge 123 f, 130, 134
 Finanzierungs-Leasing 46–49i
 Formularverträge 145–150g
 Franchising 77

 Gemeines Recht 2
 Gemeinschaften 74
 Genossenschaften 75
 Geschlechtsverkehr 152 f
 Geschichte 1 f
 Gesellschaften 74
 Gestattungsverträge 29, 76
 Grundstücksmiete 28

 Hausmeistervertrag 65
 Hausordnung 140–144
 Hersteller-Leasing 46

 Heimpflegeverträge 64
 Hotelaufnahmevertrag 59

 Immobilien-Leasing 50 ff
 Inhaltskontrolle 145–150g, 45b ff, 48 ff, 54b ff,
 63a, 80, 139, 141
 Internatsvertrag 62
 Instandhaltungspflicht 148e

 Kaiserreich 1 f
 Kauf 37 f, 90
 Kautions 137–139a
 Konkludenter Abschluß 96
 Konzessionsverträge 87
 Kraftfahrzeugmiete 150–150e
 Krankenhausaufnahmeverträge 62 f
 Kündigung 101 f
 Kündigungsausschluß 126
 Kündigungsschutz 17

 Lagervertrag 35
 Leasing 38, 45–50
 Leistungsvorbehalt 161
 Leihe 34
 Lizenzverträge 76
 Lücke-Plan 12

 Mehrheit von Mietern und Vermietern
 98–103
 Mietarten 23 f
 Mieterdarlehen 123 ff
 Mieterschutz ab 1971 16 f
 Mietkauf 37, 51
 Mietnotrecht 4 f, 18
 Mietzins 93
 Mietvorauszahlungen 123–134a
 Mischmietverhältnisse 26 f, 30, 36
 Mißbilligte Klauseln 147
 Mustermietvertrag 147a, 147c
 Musterverträge 145 ff

 Nachfolgeklausel 136
 Nebenkosten 92

 Objektförderung 19
 Operating-Leasing 47
 Optionen 120–122

 Pacht 31 f, 76
 Partiarisches Rechtsverhältnis 52 f
 Pensionsvertrag 59
 Preisgleitklauseln 164

 Rückzahlung bei Vertragsbeendigung 127

 Schenkung 34, 43
 Schönheitsreparaturen 148e

Schriftformerfordernis 53c ff, 76, 116	Verwahrung 35
Schuldverhältnis 20	Verzinsung der Kautions 139
Schutzwirkung zugunsten Dritter 107, 143	Vorausverfügungen und Mietzins 31, 131 f
Sittenwidrigkeit 54, 151 f	Vormietrecht 118
Sondernutzung öffentlicher Sachen 86	Vorvertrag 114–117
Soziales Mietrecht 14 f	
Spannungsklausel 162 f	Weimarer Republik 6 f
Stationärsvertrag 57	Werkförderungsvertrag 67–71
	Werkvertrag 36
Tankstellenverträge 57	Wertsicherungsklausel 157–171
Tresorvertrag 82	Wohnraummiete 24 f, 27, 170
	Wohnungsbindungsgesetz 14
Verdinglichung 21 f	Wucher 154–156
Verfallklauseln 49 ff	
Vergnügungseinrichtungen 81	Zölibatsklauseln 152
Verlängerungsklausel 121	Zustandekommen 91 f, 95
Verlängerungsoption 120	Zweckbestimmung 25, 33, 36, 38

I. Die Entwicklung des Mietrechts

1 1. Die Entwicklung bis 1914

Das Problem der ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum ist keineswegs neu, sondern so alt wie die soziale Frage selbst. Besonders dringliche Formen hatte dieses Problem in Deutschland mit der beginnenden Industrialisierung ab ungefähr 1850 angenommen. Für die in die Großstädte strömenden Arbeitermassen stand kein Wohnraum zu zumutbaren Bedingungen zur Verfügung, so daß es vielfach zu schlechthin katastrophalen Verhältnissen kam (vgl die Schilderungen bei HÄRING und SCHNEIDER aaO). Obwohl schon damals dringend nach einem Eingreifen des Staates gerufen wurde, scheute doch namentlich das Reich bis in die Zeit des 1. Weltkrieges hinein davor zurück, die Frage des Arbeiterwohnungsbaus aufzugreifen, weil man die ungeheuren finanziellen Konsequenzen fürchtete. So blieb die Wohnungsfrage während des ganzen Kaiserreichs ungelöst. Auch die Entwicklung des Mietrechts war in keiner Weise dazu angetan, etwas zur Lösung dieser Frage beizutragen.

- 2 Das gemeine Recht hatte im Anschluß an das römische Recht den Dienstvertrag und die Miete unter dem Oberbegriff der locatio conductio rei zusammengefaßt. Die Sachmiete wurde dabei rein schuldrechtlich konstruiert, so daß vor allem der Erwerber einer vermieteten Sache an Mietverträge des Veräußerers nicht gebunden war („Kauf bricht Miete“) (WINDSCHEID-KIPP aaO; ENNECERUS-LEHMANN § 126 I; LÖNING 76 ff). Im Gegensatz zum ALR wollte auch das BGB hieran zunächst festhalten (Mot II 380 ff); erst die Beratungen in der 2. Kommission brachten den Umschwung zugunsten eines stärkeren Mieterschutzes (s im einzelnen § 571 Rz 1). Die zum Schutz der Mieter bestimmten Vorschriften waren indessen, von wenigen Ausnahmen abgesehen (zB § 544), dispositiv.
- 3 Diesen Umstand machten sich sofort nach Inkrafttreten des BGB die großen Vermieterverbände allenthalben dadurch zunutze, daß sie Mietvertragsformulare entwarfen, die die Rechte der Mieter bis an die äußerste, zulässige Grenze und häufig noch weit darüber hinaus beschränkten. Besonders beliebt waren der totale Ausschluß sämtlicher Gewährleistungsrechte und die Schaffung zahlreicher, zusätzlicher Kündigungsgründe selbst bei den unbedeutendsten Vertragsverletzungen. Die Mieter waren gegen diese Entwicklung angesichts der Verbreitung derartiger Formularverträge nahezu hilflos. Wieder einmal hatte sich erwiesen, daß der Vertragsmechanismus befriedigend nur funktionieren kann, wenn der Gesetzgeber

für einen Ausgleich von Angebot und Nachfrage sorgt, zugleich alle Wettbewerbsbeschränkungen, hier die Konditionenkartelle der Vermieter, energisch bekämpft und außerdem durch die Schaffung zwingenden Gesetzesrechtes zugunsten des wirtschaftlich Schwächeren auf dem Markt interveniert.

2. Die Entwicklung im ersten Weltkrieg

4

Die eben angedeuteten Nachteile des Mietrechts des BGB mußten in Notzeiten zu einer Katastrophe führen. Diese Katastrophe ließ denn auch nach Ausbruch des ersten Weltkrieges nicht lange auf sich warten. Nachdem es zunächst infolge des Kriegsausbruchs zu einem Überangebot von Wohnungen gekommen war, führte ungefähr ab 1916 der starke Rückgang des Mietwohnungsbaus zu einer außerordentlichen Verknappung des Angebots und in Verbindung damit zu starken Mietzinserhöhungen.

Die durch eine Bekanntmachung v 15. 12. 1914 (RGBl 511) geschaffenen sog Mieteinigungsämter (MEA) konnten hiergegen den Mietern keinen Schutz bieten, da sie zunächst keinerlei Entscheidungsbefugnisse besaßen. Die Situation änderte sich erst mit Erlaß der ersten MieterschutzVO v 26. 7. 1917 (RGBl 659), durch die die Landeszentralbehörden erstmals die Befugnis erhielten, ihrerseits die Mieteinigungsämter zu ermächtigen, eine Kündigung für unwirksam zu erklären. Durch die zweite MieterschutzVO v 23. 9. 1918 (RGBl 1135) wurde dieser Mieterschutz weiter ausgebaut. Damit war das *Mietnotrecht* geboren (zur Entwicklung des Mietnotrechts vgl insbes HANS Einf A; HOLTGRAVE Einl Rz 1 ff (= S 71 ff); KIEFERSAUER-GLASER Vorbem 1 ff (= S 1 ff); ENNECCERUS-LEHMANN § 136; LÖNING 187 ff; ROQUETTE Einl vor § 535; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK A 1 ff).

Das Mietnotrecht umfaßte seitdem drei Gebiete, nämlich den Schutz des Mieters gegen Kündigungen, den sog Bestandsschutz, außerdem den Schutz des Mieters gegen Mietzinserhöhungen und schließlich die eigentliche Wohnungszwangswirtschaft, gekennzeichnet durch eine hoheitliche Erfassung und Verteilung der vorhandenen Wohnungen. Alle drei Formen des Mietnotrechts fanden ihre erste abschließende Ausprägung bereits in den ersten Jahren der Weimarer Republik.

3. Die Weimarer Republik

6

Die totale staatliche Lenkung des Wohnungsmarktes beruhte ab 1923 auf dem Reichsmietengesetz (RMG) v 24. 3. 1922 (RGBl 273), dem Mieterschutzgesetz (MSchG) v 1. 6. 1923 (RGBl I 355) und dem Wohnungsmangelgesetz (WMG) v 26. 7. 1923 (RGBl I 754).

Jedoch konnte sich schon damals schließlich auch der Gesetzgeber nicht der Erkenntnis verschließen, daß dem dringend notwendigen Neubau von Wohnungen nichts so wenig förderlich ist wie eine staatliche Zwangswirtschaft. Ab 1925 wurde deshalb die Wohnungszwangswirtschaft wieder zunehmend gelockert. Die NotVO v 1. 12. 1930 (RGBl I 517) sah schließlich als Zeitpunkt, zu dem das RMG und MSchG spätestens außer Kraft treten sollten, den 1. 4. 1936 und als entsprechenden Zeitpunkt für das WMG den 1. 4. 1934 vor. Voraussetzung sollte jedoch eine vorherige soziale Ausgestaltung des Rechts des BGB sein.

Die NotVO v 8. 12. 1931 (RGBl I 699) brachte eine erneute Änderung der Fristen. Als Zeitpunkt für das endgültige Außerkrafttreten aller 3 Gesetze wurde jetzt der 1. 4. 1933 bestimmt, jedoch mit dem Vorbehalt, daß das RMG und MSchG nur dann außer Kraft treten sollten, wenn das BGB bis dahin unter sozialen Gesichtspunkten umgestaltet sein sollte. Dementsprechend trat am 1. 4. 1933 auch nur das WMG außer Kraft.

8 4. Drittes Reich und Zweiter Weltkrieg

Da eine soziale Ausgestaltung des BGB nicht gelungen war, blieben zunächst das RMG und das MSchG in Kraft. Durch ein Gesetz v 18. 4. 1936 (RGBl I 371) wurden beide jedoch in wichtigen Punkten geändert. Dieses Gesetz bezeichnete zugleich den Punkt einer erneuten Wende in der Entwicklung des Mietnotrechts. War bis 1936 ein deutlicher Abbau des Mietnotrechts festzustellen gewesen, so wurde von jetzt ab der Mieterschutz wieder nach allen Richtungen ausgebaut und verstärkt.

Nachdem zahlreiche Verordnungen den Kündigungsschutz immer weiter ausgedehnt hatten, wurde schließlich am 15. 12. 1942 ein neues MSchG erlassen (RGBl I 70; s dazu Vorauf. Vorbem 40 ff). Daneben entwickelte sich gleichzeitig seit dem PreisstoppG v 1936 ein selbst für den Fachmann zuletzt nicht mehr durchschaubares Gestrüpp von VOen über die Mietzinsbindung, durch die jedenfalls im Ergebnis eine totale Mietzinsbindung eingeführt wurde. An dieser Preisbindung für Mieten wurde auch nach 1948 zunächst uneingeschränkt festgehalten (s die Anordnung über Preisbildung und Preisüberwachung nach der Währungsreform v 25. 6. 1948, WiGBl 61).

Die Not des Krieges, vor allem die Zerstörung der Städte durch den Luftkrieg und das Hereinströmen von Millionen von Flüchtlingen in die Kerngebiete des Reichs zwangen schließlich auch wieder zur Einführung einer totalen Wohnraumbewirtschaftung. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang vor allem die WohnraumlenkungsVO v 27. 2. 1942 (RGBl I 127) und die VO zur Wohnraumversorgung der luftkriegsbetroffenen Bevölkerung v 21. 6. 1943 (RGBl I 355). Weitere Möglichkeiten zu Zwangseingriffen ergaben sich daneben aus dem RLG, so daß auch insoweit der Rechtszustand zuletzt kaum mehr durchschaubar war.

9 5. Die erste Nachkriegszeit bis 1960

Die unvorstellbare Not der ersten Nachkriegsjahre verhinderte zunächst jede Freigabe des Wohnungsmarktes. Deshalb erließ der Kontrollrat am 8. 3. 1946 das sog. Wohnungsgesetz (WG), das eine Erfassung und Zuweisung von Wohnräumen ermöglichte. Damit war infolge der Verbindung von umfassendem Kündigungsschutz (MSchG 1942), totalem Preisstopp und Zwangsbewirtschaftung aller Wohnungen der Höhepunkt in der Entwicklung des Mietnotrechts erreicht. Die folgenden Jahre sind durch einen fortlaufenden Abbau der Wohnungszwangswirtschaft gekennzeichnet. Hier genügt es, die wichtigsten Stadien dieser in ihren Grundzügen allgemein bekannten Entwicklung nachzuzeichnen.

- 10** Den ersten wichtigen Schritt zur Lockerung der Wohnungszwangswirtschaft brachten das erste Wohnungsbaugesetz (1. WoBauG) v 24. 4. 1950 (BGBl I 83) und die VO über Ausnahmen vom Mieterschutz v 27. 11. 1951 (BGBl I 926), an deren Stelle später das GeschäftsraummietenG (GRMG) v 25. 6. 1952 (BGBl I 338) trat. Durch diese Gesetze wurden im wesentlichen sämtliche nach dem 21. 6. 1948 neu gebauten und frei finanzierten Wohnungen sowie alle Geschäftsräume von der staatlichen Bewirtschaftung, dem Mieterschutz und der Mietpreisbindung ausgenommen. Weitere Ausnahmen brachten dann vor allem das erste BundesmietenG (1. BMG) v 27. 7. 1955 (BGBl I 458) und das 1953 an die Stelle des WG getretene WohnraumbewirtschaftungsG (WBG) v 31. 3. 1953 (BGBl I 97; s dazu Vorauf. Vorbem 204 ff; ENNECCERUS-LEHMANN § 136).
- 11** Mit dem fortschreitenden Abbau der Wohnungszwangswirtschaft ging eine umfassende staatliche Förderung des Wohnungsbaus einher. Durch die weiteren Bundesmietengesetze wurde zugleich ab 1960 eine Entschädigung der nach wie vor von der

Zwangswirtschaft betroffenen Althausbesitzer versucht, indem ihnen genau begrenzte Mietzinserhöhungen erlaubt wurden.

Der partielle Abbau der Wohnungszwangswirtschaft hatte zunächst dazu geführt, daß die Rechtslage noch unübersichtlicher geworden war. Namentlich das Mietpreisrecht war zuletzt selbst für den Fachmann kaum mehr durchschaubar (vgl zB HOLTGRAVE Einl Rz 146 ff; SCHWERZ aaO). Im Ergebnis waren schließlich jedenfalls die meisten sog Neubauwohnungen von der Wohnungszwangswirtschaft weitgehend freigestellt; sie unterlagen jedoch teilweise noch in beschränktem Umfang der Preisbindung. Hingegen galt für den gesamten Althausbesitz nach wie vor der Bestandsschutz aufgrund des MSchG, die Bewirtschaftung aufgrund des WBG und der Preisstopp von 1936, gelockert durch die verschiedenen BMG. Diese Marktpaltung konnte nicht auf Dauer beibehalten werden, sondern verlangte dringend nach Abänderung durch Entlassung des gesamten Wohnungsmarktes in die freie Marktwirtschaft. Deshalb setzte sich der Gesetzgeber ab 1960 das Ziel, den gesamten Wohnungsmarkt aus der staatlichen Bewirtschaftung in die Wettbewerbsordnung zu entlassen.

6. Der Abbau der Zwangswirtschaft und die Einführung des sozialen Mietrechts ab 1960 12

a) Aufgrund von Anfang an lebhaft umstrittener, statistischer Erhebungen kam die Bundesregierung 1960 zu dem Ergebnis, daß spätestens Ende 1965 der Wohnungsmarkt ausgeglichen sein werde. Die Bundesregierung folgerte daraus, daß sich in den Jahren 1960 bis 1965 ein Abbau der Wohnungszwangswirtschaft in Verbindung mit der Einführung eines sozialen Mietrechts rechtfertigen lasse (sog **Lücke-Plan**). Trotz heftigen Widerstandes der damaligen Opposition erging daraufhin am 23. 6. 1960 das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht (BGBl I 389). Dieses Gesetz brachte neben zahlreichen Gesetzesänderungen ein 2. BMG, das 1. Gesetz über die Gewährung von Miet- und Lastenbeihilfen, die ersten Änderungen des Mietrechts des BGB unter sozialen Vorzeichen und vor allem die Bestimmung des 31. 12. 1965 als Endtermin des MSchG (§ 54 nF MSchG). Der Abbau der Wohnungszwangswirtschaft sollte ab 1. 7. 1963 stufenweise durch VOen der Landesregierungen durchgeführt werden.

Die bei Erlaß des AbbauG gehegten Erwartungen bestätigten sich jedoch nicht, so daß durch das SchlußterminsänderungsG v 24. 8. 1965 (BGBl I 1969) der Schlußtermin auf den 1. 1. 1968 hinausgeschoben wurde. Eine weitere Hinausschiebung auf den 31. 12. 1968 brachten sodann für die Ballungszentren Bonn, Freiburg, Göttingen, Hamburg, München und Berlin die Gesetze v 3. 4. 1967 und v 21. 12. 1967 (BGBl I 339; 1251 ff). Für Berlin wurde später durch das Gesetz v 19. 12. 1969 (BGBl I 2357) der Schlußtermin erneut auf den 31. 12. 1972 und durch das Gesetz v 30. 12. 1972 (BGBl 2051) auf den 31. 12. 1975 hinausgeschoben. Damit ist erst an diesem Tag das MSchG endgültig außer Kraft getreten. 13

Auch die Mietpreisbindung wurde nur sehr viel langsamer als geplant abgebaut. Denn durch ein Gesetz v 20. 12. 1968 (BGBl I 1411) wurde die Mietpreisbindung zunächst zum größten Teil aufrechterhalten. Eine weitere Verschiebung des Schlußtermins enthielt für Hamburg und München dann das Gesetz v 18. 6. 1970 (BGBl I 786). Als endgültiger Schlußtermin der Mietpreisbindung wurde nunmehr der 31. 12. 1972 bestimmt. Aber auch damit hatte es noch nicht sein Bewenden. Die Mietpreisbindung für München und Hamburg wurde nämlich durch Gesetz v 30. 10. 1972 (BGBl I 2054) bis zum 31. 12. 1974 verlängert (vgl außerdem die Übergangsregelung bis zum 31. 12. 1976 in Art 6 des 2. WRKSchG). Zusammen mit der Aufrechterhaltung der Mietpreisbindung wurden in den genannten Gebieten durch zahlreiche weitere BMG

Mietzinserhöhungen zugelassen. Schließlich wurde noch durch ein Gesetz v 17. 11. 1975 (BGBl I 2867) die Mietpreisbindung für Berlin bis Ende 1980 und dann bis 1982 verlängert. Damit ergibt sich folgender augenblicklicher Rechtszustand (vgl zB PALANDT-PUTZO Einf 12 f vor § 535):

- 14** Die alte Wohnraumbewirtschaftung, gekennzeichnet durch Mieterschutzgesetz und Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, ist endgültig beseitigt. An ihre Stelle ist das soziale Mietrecht getreten. Lediglich die Mietpreisbindung besteht in Berlin auf Grund des 10. BMG, das verfassungsmäßig ist (BGH NJW 1979, 2559 = ZMR 1979, 264), bis Ende 1982 fort. Daneben ergeben sich für sie sog Sozialwohnungen im gesamten Bundesgebiet Beschränkungen der Mietzinshöhe aus dem sog WohnungsbindungsG v 31. 1. 1974 (BGB I 137). Eine entsprechende Regelung gilt für Bedienstetenwohnungen aufgrund des § 87 a des 2. WoBauG v 1. 9. 1965 (BGBl I 1617) sowie für andere öffentlich geförderte Wohnungen aufgrund der §§ 88, 88 b und 111 des genannten Gesetzes (vgl auch PALANDT-PUTZO Einf 13 c vor § 535; GLASER Betrieb 1979, 2311). Für die Berechnung dieser gebundenen Mieten sind vor allem die NeubaumietenVO v 1970 idF v 21. 2. 1975 (BGBl I 595) und die 2. BerechnungsVO v 21. 2. 1975 (BGBl I 570) in der Fassung v 18. 7. 1979 (BGBl I 1103 = ZMR 1979, 358) heranzuziehen. Ein danach preisrechtlich unzulässiger Mietzins wird auch nach Aufhebung der Mietpreisbindung nicht automatisch wirksam (LG Hamburg MDR 1976, 402 f Nr 55).
- 15 b)** Parallel zu dem schrittweisen Abbau der Wohnungszwangswirtschaft vollzog sich die Einführung des **sozialen Mietrechts** in das BGB. Das AbbauG v 1960 hatte sich aus Zeitnot zunächst nur auf die Einführung der sog Sozialklausel (§ 556 a) beschränkt. Weitere Verbesserungen des Mieterschutzes brachte dann das 1. MietRÄndG v 29. 7. 1963 (BGBl I 505). Durch das (sehr wichtige) 2. MietRÄndG v 14. 7. 1964 (BGBl I 457) wurde schließlich (endlich) auch die Position des Mieters bei Abschluß und während des Laufs des Vertrags entscheidend verstärkt. Vor allem die meisten sog mißbilligten Klauseln wurden durch dieses Gesetz endgültig verboten. Durch das 3. MietRÄndG v 21. 2. 1967 (BGBl I 1248) wurde später vor allem noch die Sozialklausel abermals zugunsten des Mieters erheblich verschärft. Aber wer geglaubt hatte, daß damit die Entwicklung des Mietrechts endlich zum Abschluß gekommen wäre, wurde alsbald eines Besseren belehrt.

16 7. Die Rückkehr zum Mieterschutz ab 1971

Im Jahre 1970 gelangte die Bundesregierung zu dem Schluß, daß die immer noch bestehende Mangellage in Verbindung mit den starken Baupreiserhöhungen zu einem unerträglichen Anstieg der Mietzinsen geführt habe, so daß vorübergehend bis zum endgültigen Ausgleich von Angebot und Nachfrage erneut ein verstärkter Mieterschutz geboten sei (vgl die Begr z RegE, BT-Dr VI/1549). Die Bundesregierung legte deshalb dem Bundestag einen umfangreichen Entwurf vor, durch den vor allem der Schutz der Mieter gegen Kündigungen und Mietzinserhöhungen verbessert werden sollte (sog ArtikelG). Der Entwurf wurde wegen des heftigen Widerstandes diesmal der CDU in zwei Gesetze aufgespalten, nämlich in das (inzwischen außer Kraft getretene) 1. WRKSchG v 25. 11. 1971 (BGBl I 1839) sowie in das MietRVerbesserungsG v 4. 11. 1971 (BGBl I 1745; s im einzelnen unten Vorbem zu 2. WKschG Rz 1 ff; Vorbem zu § 1 MHRG Rz 1 ff).

Das 1. WRKSchG beseitigte zunächst das freie Kündigungsrecht des Vermieters; eine Kündigung war fortan nur noch möglich, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hatte. Die Gründe, in denen ein derartiges berechtigtes Interesse vorliegen sollte, lehnten sich dabei eng an das alte

MSchG an. Außerdem wurde die Kündigung zum Zwecke der Erhöhung des Mietzinses ausgeschlossen. Statt dessen wurde dem Vermieter das Recht gegeben, höchstens einmal im Jahr eine Erhöhung des Mietzinses auf das Niveau der sog Vergleichsmiete zu verlangen.

Die Verfassungsmäßigkeit der Wiedereinführung des Mieterschutzes war von Anfang an lebhaft umstritten (dagegen insbes KIMMINICH aaO). Der Streit wurde durch den Beschl des BVerfG v 23. 4. 1974 (BVerfGE 37, 140) entschieden. Das BVerfG bejahte hierin die grundsätzliche Zulässigkeit der Wiedereinführung des Mieterschutzes und der Beschränkung der Mietzinserhöhungen, hob jedoch eine Reihe landgerichtlicher Entscheidungen auf, die übertriebene Anforderungen an die vom Vermieter nachzuweisenden Voraussetzungen für sein Erhöhungsverlangen gestellt hatten (vgl außerdem BVerfG ZMR 1975, 210; NJW 1980, 1617 = JuS 1980, 755 Nr 1; BVerfGE 49, 244 = JuS 1979, 514 Nr 4; Vorbem zu § 1 MHRG Rz 6; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK A 24 ff; GRAF NJW 1976, 1480).

Das 1. WRKSchG war ursprünglich nach den Behauptungen der BReg als vorübergehende Maßnahme gedacht gewesen; die Geltungsdauer des Gesetzes war deshalb bis zum 31. 12. 1974 befristet worden. Es stellte sich jedoch sehr bald heraus, daß die BReg in Wirklichkeit die Absicht gehabt hatte, den Mieterschutz wieder als Dauerrecht einzuführen. Deshalb wurde noch vor Ende 1974 das 2. WRKSchG v 18. 12. 1974 (BGBl I 3603) verkündet. Durch Art 1 wurde nunmehr der Kündigungsschutz als Dauerrecht im BGB verankert (§ 564 b). Außerdem wurde durch Art 3 ein neues Gesetz zur Regelung der Miethöhe eingeführt (MHRG), aufgrund dessen der Vermieter jetzt nach dem Vorbild des 1. WRKSchG unter bestimmten Voraussetzungen eine Anpassung des vertraglichen Mietzinses an das Niveau der sog Vergleichsmiete verlangen kann. Entsprechend einer verbreiteten Forderung sind damit Mietpreisbindung und Bestandsschutz als Kern des sog sozialen Mietrechts als Dauerrecht wieder eingeführt worden (zu den Auswirkungen s den Bericht der BReg BT-Drucks 8/2610; unten Vorbem zu § 1 MHRG).

8. Kritik und Ausblick

18

Auf- und Abbau des Mietnotrechts haben sich in Wellen vollzogen. Im Augenblick befinden wir uns wieder in einer Phase des unaufhörlichen Ausbaus des Mietnotrechts. Konnte man noch 1960 hoffen, daß in absehbarer Zeit auch der gesamte Wohnungsmarkt von den Fesseln der Zwangswirtschaft befreit sein werde, so muß man jetzt befürchten, daß auch auf diesem Markt in absehbarer Zeit die so mühsam erkämpfte Freiheit bald wieder verloren sein wird. Diese Entwicklung war und ist jedoch nicht zwangsläufig (aM zu Unrecht SCHMIDT-FUTTERER-BLANK aaO m Nachw). Wenn es tatsächlich auf dem Wohnungsmarkt zu unterträglichen Spannungen gekommen ist, so doch nur aus zwei Gründen, die durchaus selbst verschuldet sind. Der eine Grund ist die unsinnige Marktpaltung, dh die Tatsache, daß nach wie vor ein großer Teil der Wohnungen außerhalb des Marktes und zu manipulierten Preisen vergeben wird (Problem der Sozialwohnungen). Dadurch kommen zahllose Mieter vor allem der alten Sozialwohnungen ständig in den Genuß staatlicher Geschenke in Milliardenhöhe, obwohl sie schon längst nicht mehr bedürftig sind, während für die wirklich Bedürftigen nicht genügend Sozialwohnungen vorhanden sind, so daß der Staat ständig neue Sozialwohnungen bauen muß, obwohl – statistisch gesehen – der Markt schon längst ausgeglichen ist (vgl HÄRING aaO).

Hieran wird deutlich, daß das System der Objektförderung, wie es in Deutschland 19 trotz aller Kritik nach wie vor praktiziert wird, auf die Dauer nicht mehr haltbar ist. Das System der Objektförderung muß vielmehr zugunsten des Systems der Subjekt-

förderung aufgegeben werden. Der Wohnungsbau ist maW uneingeschränkt dem Markt zu überlassen. Der Staat sollte nur zugunsten der bedürftigen Mieter durch Wohnungsbeihilfen intervenieren. Der einzige richtige Schritt auf diesem Weg war das 1. Wohngeldgesetz v 1965, an dessen Stelle jetzt das 2. WohngeldG v 14. 12 1973 (BGBl I 1863) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. 8. 1977 (BGBl I 1685) getreten ist. Die daneben trotzdem weiter praktizierte Objektförderung hat im Grunde nur zu einer unerträglichen Konzentration des Wohnungsbesitzes in der Hand der großen Wohnungsbaugesellschaften geführt. An diesem in jeder Hinsicht unbefriedigenden Zustand wird auch das Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau v 23. 3. 1976 (BGBl I 737) nichts ändern (vgl dazu PICK und SCHOPP aaO; BRAMBRING NJW 1976, 1439; OSWALD WM 1976, 806).

Denn der zweite Umstand, der zu den allseits beklagten Verzerrungen auf dem Wohnungsmarkt geführt hat, kann auch durch das Gesetz nicht geändert werden. Es ist dies die sich seit 1969 ständig beschleunigende inflationäre Entwicklung (vgl dazu insbes das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats aaO). Der einzig richtige Weg zur Bekämpfung der bedrohlichen Entwicklung auf dem Wohnungsmarkt wäre deshalb neben dem Übergang von der Objektförderung zur Subjektförderung die energische Bekämpfung der Inflation in Verbindung mit der allgemeinen Freigabe der Sozialwohnungen gewesen. Nach allen Erfahrungen, die wir über Wettbewerbsmärkte besitzen, wäre es dann sehr schnell auch zu einem Ausgleich von Angebot und Nachfrage bei einem erträglichen Mietzinsniveau auf dem Wohnungsmarkt gekommen, da die Versorgung Deutschlands mit Wohnungen schon längst ausreichend ist. Dementsprechend plant die BReg neuerdings auch wieder eine partielle Rückkehr zur Marktwirtschaft insbes durch Auflockerung des § 2 MHRG.

II. Die Miete im System des BGB

20 1. Die Miete als Schuldverhältnis

Schon nach der Stellung des Mietrechts im BGB kann kein Zweifel darüber bestehen, daß nach der Vorstellung der Verfasser des BGB der Mietvertrag ein normaler, gegenseitiger, schuldrechtlicher Vertrag ist, durch den ein Dauerschuldverhältnis begründet wird. Solange dem Mieter die vermietete Sache nicht übergeben ist, hat er kein irgendwie geartetes Recht an dieser Sache, sondern ist auf seinen Erfüllungsanspruch gegen den Vermieter beschränkt. Drittwirkungen scheiden aus.

- 21 Die Situation ändert sich indessen, sobald dem Mieter die vermietete Sache übergeben wird, so daß er den Besitz an der Sache erlangt. Denn von diesem Zeitpunkt ab genießt er zunächst umfassenden Besitzschutz gegen alle Dritte einschließlich des Vermieters aufgrund der §§ 858 ff. Außerdem ist er gegen schuldhaft eingriffe Dritter weitgehend durch § 823 Abs 1 geschützt. All dies gilt gleichermaßen für die Grundstücksmietete wie für die Fahrnismietete. Bei der Fahrnismietete kommt darüber hinaus noch der besondere Schutz des Besitzers aufgrund der §§ 986 Abs 2 und 1007 hinzu. Doch ändert dies nichts an der schuldrechtlichen Natur der Mietete. Was hierin zum Ausdruck kommt, ist nichts anderes als die bekannte, weitgehende Verdinglichung aller obligatorischen Besitzrechte durch die Besitzerlangung seitens des Berechtigten (s hierzu insbes DULCKEIT aaO).

Schwieriger ist die Situation bei der Grundstücksmietete. Denn hier genießt der Mieter nach Überlassung des Grundstücks aufgrund des § 571 umfassenden Schutz gegen eine Veräußerung des Grundstücks durch den Vermieter. Die Mietete ist dadurch unbestreitbar in einzelnen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert (s im

einzelnen § 571 Rz 5 ff; vgl insbes auch § 577). Jedenfalls in Ausnahmefällen kann zudem auch § 1007 auf die Grundstücksmietete entsprechend angewandt werden (BGHZ 7, 208, 217 ff). Eine gewisse Drittwirkung ergibt sich ferner aus den §§ 541 und 538 Abs 2, da hiernach der Mieter unter bestimmten Voraussetzungen das Recht hat, Rechte Dritter, durch die sein Mietbesitz beeinträchtigt wird, auf Kosten des Vermieters abzulösen.

Das RG hat aus dieser Regelung einmal gefolgert, daß die Miete als Last auf dem Grundstück ruhe, so daß die Vermietung eines Grundstückes durch einen Dritten mit Zustimmung des Eigentümers gemäß § 182 auch den Eigentümer binde (RGZ 80, 395, 397 ff); auf der anderen Seite hat es die Praxis jedoch stets abgelehnt, die Vermietung eines Grundstückes durch einen Nichteigentümer als Verfügung iS der §§ 892 und 893 anzusehen, da eben die Miete kein dingliches Recht ist (RGZ 106, 109, 111 ff; 124, 325, 327; KG JW 1929, 2893, 2894 Nr 6). Es kommt hinzu, daß der Mieter auch in der Zwangsversteigerung nur einen ganz schwachen Stand hat (§§ 57 ff ZVG). Insgesamt sind deshalb die dinglichen Züge der Miete im BGB, das die Miete prinzipiell als Schuldverhältnis konstruiert hat, nur ganz schwach ausgeprägt (vgl im einzelnen noch BAUR, Sachenrecht [11. Aufl 1981] § 29 E; CROME aaO; ENNECCERUS-LEHMANN § 127 I 6; ESSER-WEYERS II 1 § 18, 4; DULCKEIT, HESSE u LÖNING aaO, alle m Nachw).

2. Die verschiedenen Arten der Miete

23

a) Das BGB behandelte ursprünglich die Grundstücksmietete nahezu genauso wie die Fahrnismiete. Für die Grundstücks- und Raummiete enthielt es nur wenige Sondervorschriften. Die Einführung des sozialen Mietrechts hat hierin einen grundlegenden Wandel gebracht. Da die zahlreichen Schutzvorschriften des sozialen Mietrechts nur für die Miete von Wohnräumen gelten, muß man heute zunächst zwischen der Miete von beweglichen und der von unbeweglichen Sachen unterscheiden. Innerhalb der Grundstücksmietete muß man weiter zwischen der Wohnraummiete und der Miete sonstiger Räume, namentlich der Geschäftsraummiete, trennen.

b) Unter einem Raum versteht man einen allseits umschlossenen Teil eines festen Gebäudes, der so groß ist, daß sich ein Mensch darin aufhalten kann. Gebäude in diesem Sinne ist jedes unbewegliche, mit dem Erdboden fest verbundene Bauwerk, das zum Aufenthalt von Menschen bestimmt und geeignet ist. Keine Raummiete stellt daher die Vermietung von Räumen in beweglichen Sachen wie Schiffen, Wohnwagen oder Eisenbahnwagen dar (s § 580 Rz 2).

Einen Sonderfall der Raummiete bildet die besonders wichtige Wohnraummiete. Die Abgrenzung zwischen Wohnräumen und sonstigen Räumen, namentlich den Geschäftsräumen, richtet sich in erster Linie nach der Zweckbestimmung der Räume aufgrund der Abreden der Parteien. Wohnräume sind hiernach alle Einzelräume und Wohnungen, die zum privaten Aufenthalt von Menschen bestimmt sind und zu diesem Zwecke vermietet werden (BGH BB 1979, 16 = WM 1979, 148; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK B 5 f; § 580 Rz 3; ROQUETTE ZMR 1963, 161). Wohnraummiete wird auch angenommen, wenn eine juristische Person Räume mietet, um sie an ihre Mitarbeiter weiter zu vermieten (LG München ZMR 1974, 49, 51). Sind hingegen Räume zu anderen als Wohnzwecken vermietet worden, so ändert sich die Natur des Vertrages nicht dadurch, daß später einzelne Räume entgegen dem Vertrag doch zu Wohnzwecken verwandt werden (BGH LM Nr 1 zu § 554 b BGB; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 21 zu 535).

Liegt keine ausdrückliche Abrede der Parteien darüber vor, zu welchen Zwecken die Räume vermietet sind, so ist von der **objektiven** Zweckbestimmung der Räume

auszugehen. Handelt es sich eindeutig um zum Wohnen bestimmte Räume, so liegt mithin grundsätzlich Wohnraummiete vor. Nur wenn sich aus den Umständen klar ergibt, daß die Räume von den Parteien zu anderen als Wohnzwecken bestimmt waren, kann Geschäftsraummiete angenommen werden.

- 26 c)** Von **Mischmietverhältnissen** spricht man, wenn durch einen Vertrag Wohnräume und sonstige Räume zusammen vermietet werden wie zB bei der Vermietung von Läden oder Gastwirtschaften mit der dazugehörigen Wohnung (vgl hierzu insbes ROUETTE § 535 Rz 150 ff; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 212 ff; ders NJW 1966, 583; ders Mietrecht, s v Mischräume; ders BLANK B 14 f; STERNEL Rz II 30; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 22 zu § 535).

Für diese Fälle gibt es keine Einheitslösung; vielmehr muß man je nach dem Willen der Parteien unterscheiden: Sind die Verträge über die Wohnräume und die Geschäftsräume nur äußerlich verbunden, so daß sich beide mühelos trennen lassen, so folgt jeder Vertrag den für ihn geltenden Vorschriften (OLG Hamburg ZMR 1979, 279; LG Mannheim BB 1976, 531). Bildet hingegen der Vertrag eine Einheit, so ist zu prüfen, was für die Parteien im Vordergrund stand. Dafür kommt es entscheidend auf den Mietwert der Räume sowie auf deren Größe an. Liegt danach das Schwergewicht bei den Geschäftsräumen, so liegt ein einheitlicher Mietvertrag über Geschäftsräume vor, so daß kein Raum für die Anwendung der besonderen Schutzvorschriften für Wohnräume ist (BGH LM Nr 1 zu § 554 b BGB; BB 1979, 16; OLG Hamburg aaO; LG Mannheim ZMR 1966, 107; OLG Hamm, Urt v 1. 6. 1976–7 U 30/76, S 6). Anders nur, wenn die Vereinbarungen der Parteien im klaren Widerspruch zu den objektiven Verhältnissen stehen und damit als Umgehung der Schutzvorschriften für die Miete von Wohnräumen erscheinen (OLG Hamburg MDR 1969, 846 Nr 39; ZMR 1979, 279; LG Wiesbaden ZMR 1964, 310 f; LG Mannheim MDR 1974, 935 Nr 53). Überwiegt hingegen der Wohnraumanteil, so gilt einheitlich § 564 b BGB (LG Mannheim BB 1976, 531 = MDR 1976, 581 f).

- 27** Stehen jedoch Geschäftsraummiete und Wohnraummiete gleichberechtigt nebeneinander, so ist entgegen einer verbreiteten Meinung (LG Mannheim ZMR 1966, 107 Nr 11; 1968, 190; GITTER 8 f) entsprechend dem Schutzzweck des neuen sozialen Mietrechts von dem Vorliegen einer Wohnraummiete auszugehen (OLG Hamburg ZMR 1979, 279, 280; LG Kiel WuM 1976, 132). Mithin untersteht dann der gesamte Vertrag einheitlich den Schutzvorschriften für die Miete von Wohnräumen (BRÜHL FamRZ 1964, 541; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK B 19; STERNEL Rz II 30; AG Schwetzingen BB 1977, 1274).

- 28 d)** Errichtet der Mieter eines Grundstücks auf diesem zu einem vorübergehenden Zweck ein Gebäude, so verwandelt sich der Vertrag nicht in einen Wohnraummietvertrag, sondern bleibt Grundstücksmitiete, da das Gebäude im Eigentum des Mieters steht (§ 95; LG Mannheim MDR 1971, 223; BGH NJW 1976, 1539; OLG München MDR 1979, 939 f; ROUETTE § 535 Rz 162). Grundstücksmitiete ist außerdem jede Vermietung von Grundstücksteilen, daher namentlich auch die Vermietung von Außenwänden oder Dächern von Gebäuden etwa zur Anbringung von Reklameschriften oder Automaten (s § 571 Rz 14 ff, § 580 Rz 1 ff).

29 3. Die Abgrenzung der Miete von anderen Verträgen*

- a)** Miete, Pacht und Leihe bilden die im BGB geregelten Grundformen der sog Gestattungsverträge. Von einem Gestattungsvertrag spricht man, wenn eine Partei

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 207 ff zu § 535; MITTELSTEIN 22 ff; NIENDORFF 8 ff; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 39 ff; Mot II 369 ff.

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 Miete iS des BGB (s BGHZ 19, 85, 93; PERGANDE § 535 Anm 1 a; ROQUETTE § 535 Rz 166 f).

Reine Gestattungsverträge sind viele Lizenzverträge, besonders deutlich bei der Warenzeichenlizenz, im Kern aber auch bei zahlreichen anderen Schutz- und Urheberrechten. Die Miete ist demgegenüber die Grundform für die entgeltliche Überlassung von *Sachen* zum *Gebrauch*. Sie steht damit vor allem im begrifflichen Gegensatz zu allen Veräußerungsverträgen, die auf die entgeltliche Übertragung des Eigentums an Sachen gerichtet sind. Sonderformen der Miete sind die Pacht und die Leihe.

Pacht und nicht Kauf ist hiernach zB bei allen Verträgen über die Ausbeutung von Bodenschätzen anzunehmen (s § 571 Rz 14 ff). Ebenso handelt es sich um Miete bei Verträgen über die Ablagerung von Müll auf einer Müllkippe (BGHZ 63, 119). Hingegen liegt kein Mietvertrag mehr vor, wenn der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses in der Gestattung des Betriebes eines Gewerbes in den Räumen eines anderen besteht. Deshalb sind namentlich Verträge über die Gestattung des Betriebs einer Wechselstube oder einer Buchhandlung in Bahnhofsräumen oder in einer Hotelhalle keine Miete, sondern gemischte Verträge, deren Kern eine Rechtspacht ist (RGZ 108, 369; RG JW 1924, 1962 Nr 2; Gruchot 68 [1927] Nr 14, 310 f; s im einzelnen § 571 Rz 14 ff).

b) Miete und Pacht unterscheiden sich vor allem in zwei Punkten: Einmal darf der Pächter im Gegensatz zum Mieter auch die Früchte ziehen, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag der Sache anzusehen sind. Zum andern können Gegenstand der Pacht auch Rechte und nicht nur Sachen sein.

Im Einzelfall kann die Abgrenzung sehr schwierig sein (Einzelheiten s Vorbem zu § 581 Rz 45 ff). So ist die Überlassung von Maschinen oder Fahrzeugen zum Gebrauch grundsätzlich Miete und nicht Pacht (BGH LM Nr 7 u 18 zu § 196 BGB). Besonders umstritten ist die Abgrenzung von Miete und Pacht bei Verträgen über die Überlassung von Räumen mit Einrichtungsgegenständen, durch deren bestimmungsgemäßen Gebrauch Früchte aus der Sache gezogen werden können. Zu denken ist hier vor allem an die Überlassung von eingerichteten Fabrikgebäuden, Geschäftsräumen und namentlich von Gastwirtschaften mit Inventar (s hierzu Vorbem zu § 581 Rz 47 ff; insbes MITTELSTEIN 32 ff; NIENDORF 12 ff).

Gegenstand eines Pachtvertrages kann auch ein Unternehmen als unkörperliche Einheit von Sachen, Rechten und Chancen sein. Dementsprechend ist ein Pachtvertrag anzunehmen, wenn Gegenstand des Vertrages in erster Linie das (potentielle) Unternehmen ist, das in den voll eingerichteten Räumen betrieben werden kann. Daher nimmt die Praxis zu Recht einen Pachtvertrag an, wenn die überlassenen Räume derart ausgestattet sind, daß sie jederzeit die Aufnahme eines Unternehmens, das Erträge abwerfen kann, gestatten (zuletzt zB BGH ZMR 1969, 206; 1979, 238; OLG Hamm, Urt v 1. 6. 1976 – 7 U 7/76, S 5). Hauptbeispiel ist die Überlassung einer Gastwirtschaft mit dem hauptsächlichen Inventar oder einer im wesentlichen eingerichteten Fabrik, immer vorausgesetzt, daß die Räume und die Einrichtung speziell für den betreffenden Betrieb geeignet und bestimmt sind. Stammt jedoch das Inventar nicht vom Verpächter, sondern von einem Dritten oder ist es erst vom Pächter selbst nachträglich erworben worden, so kann man keinen Pachtvertrag mehr annehmen, da hier Gegenstand des Vertrages allein die Räumlichkeiten und nicht das darin zu betreibende Unternehmen sind (aA zB RGZ 114, 243, 244 f).

- 33** 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 ausschlaggebend 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 (RGZ 108, 369; OLG Braunschweig OLGE 5, 23; OLG Breslau JW 1927, 1947). Dadurch wird es jedoch nicht ausgeschlossen, in einzelnen Beziehungen auf den Vertrag auch die Vorschriften von Miete und Pacht nebeneinander anzuwenden.
- 34 c)** Von der Leihe (§ 598) unterscheidet sich die Miete vor allem durch ihre Entgeltlichkeit. Nur die unentgeltliche Überlassung von Sachen zum Gebrauch ist Leihe. In Ausnahmefällen kann in einer solchen unentgeltlichen Überlassung von Sachen aber auch eine Schenkung liegen (LG Köln NJW 1973, 1880; BGH WM 1970, 638; LM Nr 45 zu § 535 BGB; BRAXMAIER WM 1972, 123). Auch eine Ausstattung kann hier ausnahmsweise anzunehmen sein (RG LZ 1917, 801 Nr 5).

Wenn der Mietzins unverhältnismäßig niedrig angesetzt worden ist (Fall der sog. Gefälligkeitsmiete), ist Miete zu bejahen, sofern der geringe Mietzins ernstlich als Entgelt vereinbart worden ist. Stellt er hingegen eine bloße Anerkennungsgebühr dar, so liegt Leihe oder in Ausnahmefällen je nach der Willensrichtung der Parteien auch gemischte Schenkung vor (OLG Hamburg OLGE 20, 211; OGHZ 2, 170 = NJW 1949, 623; BGH LM Nr 45 zu § 535 BGB; MITTELSTEIN 55 ff).

- 35 d)** Enge Berührungspunkte weist die Miete auch zur **Verwahrung** (§§ 688 ff) bzw. zum Lagervertrag auf. Denn äußerlich liegt auch bei der Verwahrung die Überlassung eines Raums gegen Entgelt zum Gebrauch vor. Jedoch ist die Interessenlage bei der Verwahrung völlig anders als bei der Miete (BGHZ 3, 200 = NJW 1951, 957; LG Hamburg ZMR 1979, 246). Während nämlich der Mieter den Mietzins dafür zahlt, daß ihm der Vermieter vorübergehend bestimmte Räume zum Gebrauch überläßt, zahlt der Hinterleger im deutlichen Gegensatz hierzu das Entgelt gerade dafür, daß der Verwahrer in seinen Räumlichkeiten bewegliche Sachen des Hinterlegers in seine Obhut nimmt. Hauptleistungspflicht des Vermieters ist maW die Überlassung von Sachen zum vorübergehenden Gebrauch, Hauptleistungspflicht des Verwahrers hingegen die Übernahme der Obhut über bewegliche Sachen des Hinterlegers auf Zeit. Dementsprechend sind auch die Besitzverhältnisse typischerweise ganz unterschiedlich: Während bei der Miete der Mieter in aller Regel unmittelbarer Besitzer der Räume wird, erlangt bei der Verwahrung der Verwahrer typischerweise den unmittelbaren Besitz an den in Verwahrung genommenen, beweglichen Sachen des Hinterlegers.

Danach liegt vor allem Miete vor, wenn Räumlichkeiten zu dem Zweck dem Vertragspartner überlassen werden, darin Sachen unterzubringen wie zB bei der Überlassung einer Pferdebox (LG Hamburg ZMR 1979, 246; OLG Hamm Urt v 11. 12. 1979 – 7 U 129/79, S 5 f). Denn hier übernimmt der Vermieter keinerlei Obhutspflichten über die Sachen des Mieters. Ebenso grundsätzlich bei Überlassung von Park- oder Garagenplätzen, und zwar selbst bei einer Sammelgarage (LG Mannheim DAR 1958, 328). Auch hier liegt Verwahrung nur vor, wenn zusätzlich Bewachung des Fahrzeugs geschuldet wird.

- 36 e)** In Ausnahmefällen kann auch die Abgrenzung zum **Werkvertrag** Schwierigkeiten bereiten, namentlich wenn eine Sache überlassen wird, um damit gemeinsam einen bestimmten Erfolg zu erzielen. idR wird in solchen Fällen ein gemischter Vertrag aus Elementen der Miete und des Werkvertrags vorliegen.

Besonders schwierig ist die Einordnung der verbreiteten Verträge auf **Überlassung von Maschinen oder Fahrzeugen mit Bedienungspersonal**. Ob solche Verträge (überwiegend) Miet- oder Werkverträge sind, hängt von den von den Parteien verfolgten Zwecken ab (BGH LM Nr 40 zu § 535 BGB, Bl 2). Beschränkt sich die Vertragspflicht des Überlassenden auf die Überlassung der Maschine und die Stellung des Bedienungspersonals, so ist Miete anzunehmen. Ein besonders deutliches Anzeichen dafür ist es, wenn der Besteller den Einsatz der Maschine zu bestimmen hat. In diesem Fall schuldet der Vermieter nur die Auswahl einer ordnungsmäßigen Maschine und des geeigneten Personals; die Beweislast für die Erfüllung dieser Pflicht trifft den Vermieter (BGH LM Nr 40 zu § 535 BGB; VersR 1970, 930; WM 1978, 620 f; KG NJW 1965, 976 f; HILGENDORF VersR 1972, 127; SCHMIDT VersR 1966, 24 f). Streitig ist, ob in diesen Fällen das vom Vermieter gestellte Personal bei Einsatz der Maschine Erfüllungsgehilfe des Vermieters (so BGH aaO) oder des Mieters ist (so KG aaO). Werkvertrag ist jedenfalls nur anzunehmen, wenn außerdem gerade ein bestimmtes Werk geschuldet wird, wenn maW auch die Betriebstätigkeit der überlassenen Maschine Vertragsinhalt geworden ist (s außer BGH u KG aaO insbes RGZ 82, 427, 429; RG LZ 1916, 235; JR 1926 Nr 11; Gruchot 61, 633; OLG Hamburg HansGZ 1926, 106; MDR 1965, 491; OGH MDR 1950, 24).

f) Auch die Abgrenzung zum **Kauf** kann in Ausnahmefällen außerordentliche Schwierigkeiten bereiten. Nicht nur daß Miete und Kauf beliebig kombiniert werden können (s MITTELSTEIN 81 ff); sondern der einheitliche Vertrag kann auch von vornherein Elemente der Miete und des Kaufs in sich aufnehmen (sog Mietkauf).

Freilich gibt es keinen einheitlichen Typus des **Mietkaufs**, so daß die Einordnung letztlich stets ganz von den Umständen des Einzelfalles abhängt (vgl zB PALANDT-PUTZO Einf 3 a vor § 535; REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse [1974] 55 f; GRAF VON WESTPHALEN, Leasingvertrag [1979] 14 f). Besonders schwierig ist die Qualifizierung des Vertrages, wenn dem Mieter eine bestimmte Sache zum Gebrauch gegen ein wesentlich überhöhtes Entgelt überlassen wird und ihm zugleich befristet oder unbefristet ein sog Ankaufsrecht eingeräumt wird, bei dessen Ausübung die bisher bezahlten Mietzinsraten ganz oder teilweise auf den dann geschuldeten Kaufpreis angerechnet werden.

Derartige Verträge können reine Miete, gemischte Verträge aus Kauf und Miete, Kaufverträge oder Leasing sein. Liegt von vornherein während der ganzen Vertragsdauer die Sach- und Preisgefahr ausschließlich beim sog Mieter, so handelt es sich eindeutig um einen sog Leasing-Vertrag. Folgt hingegen die Regelung der Gefahrtragung zunächst bis zu dem Augenblick, an dem der sog Mieter von seinem Ankaufsrecht Gebrauch macht, der Regelung beim Mietvertrag, so kann jedenfalls kein Leasing angenommen werden (KOCH-HAAG BB 1968, 93, 95). Zu entscheiden bleibt dann jedoch noch, ob es sich um eine reine Miete oder um einen (Miet-)Kauf handelt.

Insoweit ist vor allem entscheidend, ob der Vertragszweck der Parteien letztlich vorwiegend auf die Eigentumsübertragung oder auf die vorübergehende Gebrauchsüberlassung gerichtet war. Wichtigster Anhaltspunkt für die Entscheidung dieser Frage ist die Relation zwischen Kaufpreis und Mietzinsraten. Ist der Mietzins so hoch bestimmt, daß nach einer gewissen Zeit der sog Mieter bei rationalem Handeln gar keine andere Wahl hat, als von dem Ankaufsrecht Gebrauch zu machen, so handelt es sich eindeutig (überwiegend) um einen Kaufvertrag, wodurch es jedoch nicht ausgeschlossen ist, auf den Vertrag bis zur Ausübung des Ankaufsrechts ergänzend Mietrecht anzuwenden (vgl hierzu eingehend BFHE 65, 550, 552 f; 78, 107, 108 f = BStBl 1957 III, 455; 1964 III, 44; BFH BStBl 1971 II, 133 ff = BB 1971, 424 ff; ESSER-WEYERS II 1 § 24 II).

- 39** Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei § 6 AbzG. Hier wird ein verhülltes Abzahlungsgeschäft jedenfalls dann angenommen, wenn demjenigen, dem die Sache zunächst gegen ein in Raten zu zahlendes Entgelt zum Gebrauch überlassen ist, ein festes Recht auf den Erwerb eingeräumt wird oder doch zumindest die Übertragung des Eigentums das eigentliche Endziel des Geschäfts ist und wenn sich für diesen Fall die ratenweise erbrachten Leistungen zumindest wirtschaftlich als Abschlagszahlungen auf den endgültigen Kaufpreis darstellen (grdleg BGHZ 62, 42, 45 = JuS 1974, 527 f Nr 7 m Nachw).
- 40 g)** Schließlich kann auch durch die Bestellung dinglicher Rechte wirtschaftlich im Ergebnis dasselbe Ziel wie durch den Abschluß eines Mietvertrages erreicht werden. In Betracht kommt hier vor allem die Bestellung eines Wohnungsrechtes iS des § 1093, da die Parteien hier wie bei allen anderen Dienstbarkeiten durchaus auch einen obligatorischen Vertrag über die Bestellung des Rechts abschließen können, in den dann dieselben Abreden wie in einen Mietvertrag aufgenommen werden können. Auf diese Weise kann das Wohnungsrecht namentlich auch entgeltlich bestellt werden, freilich immer nur obligatorisch, dh eben immer nur durch das Kausalgeschäft (BGH LM Nr 22 zu § 1018 BGB; WM 1965, 649, 651).

Ob im Einzelfall die Bestellung eines Wohnungsrechts oder der Abschluß eines Mietvertrages gewollt ist, hängt vor allem von dem Willen der Parteien ab. Geht ihr Wille in erster Linie auf die Bestellung eines dinglichen Rechts, um dem Berechtigten eine möglichst umfassend geschützte Position zu verleihen, so ist ein dingliches Wohnrecht anzunehmen (insbes RG HRR 1929 Nr 907; BGH WM 1965, 649, 650 f; LM Nr 20 zu § 398 BGB = ZMR 1970, 11 ff; OLG Hamm Rpfleger 1975, 357, 358; LG Aachen WuM 1979, 9 f; ROQUETTE NJW 1957, 525; HAEGELE Rpfleger 1973, 349 ff; HURST ZMR 1969, 97 f). Unzulässig ist hingegen die sog Verdinglichung der Miete durch die zusätzliche Eintragung eines Wohnrechts (OLG Hamm DNotZ 1957, 314 ff; LG Wuppertal NJW 1961, 320 f). Jedoch werden derartige Abreden der Parteien, selbst wenn sie von einer Verdinglichung der Miete sprechen sollten, in aller Regel dahin ausgelegt werden können, daß sie sich über die Bestellung eines Wohnungsrechts geeinigt haben (LG Wuppertal aaO).

- 41** Umstritten und wenig geklärt ist das Verhältnis eines Wohnungsrechts zu einem vor oder nach dessen Bestellung zusätzlich abgeschlossenen Mietvertrag. Kann in diesen Fällen in der Abrede über die Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts nicht, wie in aller Regel, zugleich die stillschweigende Aufhebung des Mietvertrages jedenfalls für die Zeit des Bestandes des Wohnungsrechts gesehen werden (BGH LM Nr 20 zu § 398 BGB), so ist darauf abzustellen, in welcher Reihenfolge Besitzüberlassung und Wohnungsrecht aufeinander folgen.

Wird der Mietvertrag erst nach Bestellung des Wohnungsrechts abgeschlossen, so ist er gemäß § 306 BGB nichtig, weil er auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichtet ist (ROQUETTE aaO; EMMERICH, Leistungsstörungen 20 f). Wenn hingegen schon im Mietvertrag die zusätzliche Bestellung eines Wohnungsrechts vorgesehen ist und dieses tatsächlich nach der Überlassung der Mieträume an den Mieter bestellt wird, erlischt das Mietverhältnis gemäß den §§ 577 und 571, weil dann der Wohnungsberechtigte zu seinem eigenen Vermieter wird. Problematisch ist daher die Rechtslage nur, wenn das Wohnungsrecht zugunsten des Mieters schon vor der Besitzüberlassung an den Wohnräumen, aber nach Abschluß des Mietvertrages bestellt wird. Da hier § 577 nicht anwendbar ist, liegen an sich die Voraussetzungen der §§ 541 und 538 vor. Jedoch wird gerade in solchen Fällen in aller Regel in der Abrede über die Bestellung des Wohnungsrechts zugleich eine stillschweigende Aufhebung des Mietvertrages liegen.

Mit Mietverträgen können zur Sicherung der Rechte des Mieters in einzelnen Beziehungen im übrigen durchaus Dienstbarkeiten verbunden werden; Hauptbeispiel sind die bekannten Tankstellendienstbarkeiten (BGH LM Nr 10 zu § 1018 BGB; Nr 5 zu § 1 KO). Jedoch wird neben einer Dienstbarkeit über die Ausbeutung von Kies in aller Regel nicht noch zusätzlich ein Pachtvertrag vorliegen (BGH LM Nr 22 zu § 1018 BGB).

Schließlich kann ein sog schuldrechtliches Wohnungsrecht auch noch schenkweise begründet werden. Die Schenkung ist dann mit der Überlassung der Wohnung zum unentgeltlichen Gebrauch vollzogen (LG Köln NJW 1973, 1880 f).

4. Sonderformen und gemischte Verträge

Die Miete ist die Grundform der entgeltlichen, vorübergehenden Gebrauchsüberlassung einer Sache. Daher rührt es, daß in überaus zahlreichen, gemischten und atypischen Verträgen auch mietrechtliche Elemente enthalten sind (vgl im einzelnen MITTELSTEIN 59 ff; ENNECERUS-LEHMANN § 127 I 3; ESSER-WEYERS II 1 § 24). In solchen Fällen stellt sich stets die Frage, ob und ggf in welchem Umfang auf derartige Verträge (auch oder allein) Mietrecht angewendet werden kann.

a) Leasing*

Unter der Sammelbezeichnung Leasing werden in der Praxis sehr unterschiedliche Vertragsformen zusammengefaßt (vgl insbes EBENROTH JuS 1978, 588 f; ders, Vermögenszuwendungen 176 ff; GRAF VON WESTPHALEN 1 f). Die meisten dabei

* **Schrifttum:** § 9 AGBG Rz 134 ff (SCHLOSSER); BGB-RGRK-GEHLHAAR Vorbem 275 ff zu § 535; BAUMGARTE, Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs (1980); BERTHOLD, Gefahrtragung beim Finanzierungsleasing beweglicher Sachen nach deutschem und französischem Recht, Diss Göttingen 1975; BINDER, Rechtsnatur und Inhalt des Leasing-Vertrages, Diss Köln 1967; J BLOMEYER, Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des AbzG, NJW 1978, 973; BRAXMAIER, Die Rechtsprechung des BGH zum Miet- und Pachtrecht, WM 1976, 2; BORDEWIN, Leasing im Steuerrecht (1975); BORGGRÄFE, Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut (1976); COESTER-WALTJEN JurA 1980; DOLLERER, Leasing – Wirtschaftliches Eigentum oder Nutzungsrecht? BB 1971, 535; EBENROTH, Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäft zwischen Miete und Kauf, JuS 1978, 588; ders, Inhaltliche Schranken für Leasing-Formularverträge auf Grund des AGBG, Betrieb 1978, 2109; ders, Die verdeckten Vermögenszuwendungen (1979) 176 ff; ESSER-WEYERS II 1 § 24 II; FIKENTSCHER § 71 V 7; FLUME, Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (1972) = Betrieb 1972, 1, 53, 105, 152; GIGER, Der Leasingvertrag (1977); GOLDMANN, Das Leasinggeschäft mit beweglichen Sachen, Diss Würzburg 1970; HIDDENMANN, Die Rechtsprechung des BGH zum Leasingvertrag, WM 1978, 834; HAGENMÜLLER, Leasing-Handbuch (3. Aufl 1973); HÜBSCH, Zivilrechtliche Probleme des Leasing-Vertrages, DRiZ 1977, 339; KAEMPF, Finanzleasing beweglicher Anlagegüter nach dt u franz Zivilrecht, Diss Münster 1975; KIRST-KLOTZ-BERTHOLD, Leasing bleibt aktuell, Betrieb 1976 Beilage 9 zu Heft 19; KLAAS, Die Risikoverteilung bei neueren Finanzierungsmethoden, NJW 1968, 1502; KRAUSE, Leasing, NJW 1973, 791, 1260; LANGER BB 1969, 610; LARENZ II § 63 III; LEIFERT, Finanzierungs-Leasing in Deutschland (1973); LWOWSKI, Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge, Diss Hamburg 1967; PLATHE, Zur rechtlichen Beurteilung des Leasinggeschäfts, BB 1970, 601; QUITTNAAT, Unwirksamkeit von Verfallklauseln in Leasing-Formularverträgen, BB 1979, 1530; RAISCH, Unternehmensrecht Bd 1 (1973) 52 ff; REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse, Vahlens Rechtsbücher Zivilrecht Bd 3 (1974) 49 ff; ders, Leasingverträge, Abzahlungsrecht und Sittenwidrigkeit, JuS 1973, 480; ders, Anm NJW 1973, 1613; RUNGE-BREMSE-ZÖLLER, Leasing (1977); SPITTLER, Leasing (1977). SEEGER, Die zivilrechtliche u steuerrechtliche Behandlung von Finanz-Leasing-Verträgen über bewegliche Sachen, Diss Berlin 1972; ders, Die konkursrechtliche Behandlung von Finanz-Leasing-Verträgen über bewegliche Sachen, KTS 1974, 6; GRAF VON WESTPHALEN, Der Leasingvertrag (1979); ders, Leasing als Umgehungsgeschäft? MDR 1980, 441; ders, Insolvenzrisiko des Lieferanten beim Finanzierungsleasing, WM 1980, 942; VON MARSCHALL, Leasingverträge im Handelsverkehr (1980).

üblicherweise verwandten Unterscheidungen haben jedoch nur betriebswirtschaftliche Bedeutung und interessieren daher hier nicht weiter. Unter rechtlichen Gesichtspunkten ist nur die Unterscheidung zwischen dem Operating-Leasing und dem Finanzierungsleasing relevant; eine Sonderform stellt schließlich noch das Immobilien-Leasing dar.

- 45a aa)** Unter **Operating-Leasing** versteht man gemeinhin die entgeltliche Überlassung von Investitionsgütern entweder für eine im voraus bestimmte, kurze Vertragsdauer oder auf unbestimmte Zeit mit der Möglichkeit der Kündigung seitens des Leasing-Nehmers, zumindest nach Ablauf einer kurzen Grundmietzeit (OLG Hamm ZMR 1980, 109; EBENROTH JuS 1978, 588, 589; GRAF VON WESTPHALEN 11 f). Über die rechtliche Qualifizierung dieser Verträge besteht Einigkeit: Es handelt sich bei ihnen um (normale) Mietverträge über bewegliche Sachen (EBENROTH JuS 1978, 588, 590; GRAF VON WESTPHALEN 117 f).
- 45b)** Für die Inhaltskontrolle gegenüber den auch beim Operating-Leasing üblichen Geschäftsbedingungen ist daher uneingeschränkt vom Leitbild der §§ 535 ff auszugehen. Alle Klauseln, die ohne sachliche Notwendigkeit hiervon abweichen, stellen im kaufmännischen und nichtkaufmännischen Verkehr eine unangemessene Benachteiligung des Leasing-Nehmers und Mieters dar und sind unwirksam (§§ 9, 24 AGBG). Dies gilt insbes für die mit dem gesetzlichen Leitbild der Miete schlechthin unvereinbare Überwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer (BRANDNER, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG (3. Aufl 1978) Anh §§ 9-11 Rz 461; EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2111; GRAF VON WESTPHALEN 119 f). Aus denselben Gründen kann der Leasing-Geber beim Operating-Leasing auch nicht entgegen § 326 seine Haftung für die rechtzeitige Lieferung der Sache ausschließen (EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2112).
- 45c)** Unklar und umstritten ist die Frage, ob der Leasing-Geber beim Operating-Leasing seine Haftung für Sach- und Rechtsmängel völlig ausschließen und stattdessen den Leasingnehmer auf die ihm abgetretenen Ansprüche gegen den Hersteller oder Lieferanten verweisen kann. Diese Frage ist auf jeden Fall für den nichtkaufmännischen Verkehr zu verneinen, da auch Operating-Leasingverträge unter § 11 Nr 10 AGBG fallen (str; wie hier EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2113 f). Für den kaufmännischen Verkehr folgt daraus, daß der Haftungsausschluß des Leasing-Gebers jedenfalls dann unwirksam, weil unangemessen ist, wenn der Hersteller oder Lieferant in Konkurs fällt oder wenn sonst dem Leasing-Nehmer die Durchsetzung der ihm abgetretenen Gewährleistungsrechte unzumutbar erschwert wird (so auch GRAF VON WESTPHALEN 125 f).
- 45d)** Für Verfallklauseln gelten hier (zumindest) dieselben Schranken wie beim Finanzierungs-Leasing (s unten Rz 49 ff). Daher scheidet insbes die Kumulation von Kündigung und Fälligkeitsstellung aller restlichen Leasing-Raten bei Zahlungsverzug des Leasing-Nehmers aus (BGHZ 71, 196, 204 f = JuS 1978, 632 Nr 6; BGH WM 1979, 1385, 1387).
- 46 bb)** Für das sog **Hersteller-** oder **Händler-Leasing** gelten dieselben Grundsätze wie für das Operating-Leasing (oben Rz 45 a, f), weil auch bei ihm der besondere Finanzierungsaspekt fehlt, der für das Finanzierungs-Leasing charakteristisch ist (GRAF VON WESTPHALEN 117 f).
- 47 cc)** Beim **Finanzierungs-Leasing** beschränkt sich der Leasing-Geber (im Gegensatz zu den bisher behandelten Leasing-Formen, oben Rz 45 a, 46) auf eine reine Finanzierungsfunktion, wobei jedoch aus steuer- und bilanzrechtlichen Gründen ein Erwerb des Gegenstandes durch den Leasing-Nehmer vermieden werden soll (s zuletzt OLG Hamm ZMR 1980, 109 = Betr 1980, 343 = OLGZ 1980, 364;

EBENROTH JuS 1978, 588, 589; HIDDEMANN WM 1978, 834; GRAF VON WESTPHALEN 4 f, 17 f). Dadurch erklärt sich die übliche Ausgestaltung dieser Verträge, die zur Folge hat, daß sich beim Leasing-Nehmer im Ergebnis die Nachteile von Kauf und Miete kumulieren (so richtig J BLOMEYER NJW 1978, 973).

α) Die Praxis richtet sich bei der Vertragsgestaltung in erster Linie nach den steuerrechtlichen Richtlinien (Erlaß des BMF v 19. 4. 1971, BStBl 1971 I S 264 f = BB 1971, 506; Erlaß v 22. 12. 1975, BB 1976, 72), die ihrerseits auf dem Urteil des BFH v 26. 1. 1970 (BFHE 97, 466 = JuS 1970, 361 Nr 13) beruhen. Auf ihrer Grundlage haben sich folgende Vertragsgestaltungen in der Praxis herausgebildet:

Der Vertragsgegenstand, das sog Leasing-Gut, wird idR vom Leasing-Nehmer selbst beim Hersteller oder Lieferanten ausgesucht und anschließend vom Leasing-Geber bei dem letzteren gekauft (vgl dazu BGH WM 1980, 79 f). In dem sich anschließenden Leasing-Vertrag überläßt sodann der Leasing-Geber dem Leasing-Nehmer den Gegenstand zur entgeltlichen Nutzung für eine bestimmte feste Grundmietzeit (idR 3 bis 6 Jahre), die (aus steuerlichen Gründen) höchsten 90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Gegenstandes beträgt, bei den sich immer mehr durchsetzenden Teilamortisationsverträgen („non-full-pay-out-Verträgen“, zB BGHZ 71, 196) häufig aber auch deutlich unter dieser Obergrenze liegt. Während der Grundmietzeit ist für beide Teile eine ordentliche Kündigung nicht möglich.

Während dieser festen Grundmietzeit bezahlt der Leasing-Nehmer mit den Leasing-Raten dem Leasing-Geber den Anschaffungspreis zuzüglich aller Kosten und Zinsen sowie eines Risiko- und eines (erheblichen) Gewinnzuschlags (Zahlen bei SEEGER KTS 1974, 6, 7). Gleichzeitig wälzt der Leasing-Geber die Sach- und Preisgefahr auf den Leasing-Nehmer ab. Die Sach- und Rechtsmängelhaftung wird durch die Abtretung der Ansprüche des Leasing-Gebers gegen der Lieferanten ersetzt. Üblich sind schließlich noch sog Verfallklauseln.

Sehr unterschiedlich sind die Regelungen für die Zeit *nach Ablauf* der Grundmietzeit (vgl zB EBENROTH JuS 1978, 588, 589). Auf der Grenze zum Mietkauf stehen die früher verbreiteten, heute aber offenbar nur noch seltenen Verträge, die dem Leasing-Nehmer nach Ablauf der Grundmietzeit eine *Kaufoption* unter Anrechnung der Leasing-Raten auf den Kaufpreis gewähren (s zB BFHE 97, 466 = JuS 1970, 361 Nr 13; BGHZ 71, 189 = JuS 1978, 705 Nr 3).

Neben solchen Kaufoptionen finden sich auch sog *Verlängerungsoptionen*, aufgrund derer sich der Leasing-Nehmer nach Ablauf der Grundmietzeit einseitig für die Verlängerung des Leasing-Vertrags (zu idR erheblich reduzierter Leasing-Raten) entscheiden kann (Beispiel in BGHZ 71, 189). In anderen Verträgen ist vorgesehen, daß der Leasing-Geber vom Leasing-Nehmer nach Ablauf der Grundmietzeit die Übernahme der Sache zu einem im voraus bestimmten Preis verlangen kann (sog *Erwerbspflicht*; Beispiel in BGHZ 71, 196 = JuS 1978, 632 Nr 6). Namentlich bei Teilamortisationsverträgen kommt daneben auch die Bestimmung vor, daß der Leasing-Nehmer in bestimmter Höhe an dem Erlös der Veräußerung der Sache beteiligt wird. Schließlich können die Parteien auch auf jede besondere Regelung verzichten, so daß der Leasing-Nehmer die Sache nach Ablauf der Grundmietzeit einfach zurückzugeben hat (§ 556).

β) Die *rechtliche Einordnung* der Finanzierungs-Leasingverträge als (eigenartige) Kauf- oder Mietverträge ist nach wie vor umstritten (vgl die Überblicke über die Diskussion bei EBENROTH JuS 1978, 588, 590 f; GRAF VON WESTPHALEN 25 f). Der Streit rührt daher, daß sich beim Finanzierungs-Leasing offenkundig kauf- und mietrechtliche Elemente verbinden, und zwar mit der schon betonten Folge, daß sich aufgrund der Geschäftsbedingungen der Leasing-Geber in aller Regel die Nachteile

beider Verträge bei dem Leasing-Nehmer kumulieren, während der Leasing-Geber die Vorteile beider Vertragsformen für sich beansprucht (J BLOMEYER NJW 1978, 973). Der Frage der zutreffenden, rechtlichen Einordnung der Finanzierungs-Leasingverträge kommt daher vor allem für die unerläßliche Inhaltskontrolle gegenüber der Geschäftsbedingungen der Leasing-Geber zentrale Bedeutung zu.

- 47g** Die Praxis betont idR den vorwiegend auf entgeltliche Gebrauchsüberlassung gerichteten Charakter der Finanzierungs-Leasingverträge und sieht in ihnen deshalb, jedenfalls „in erster Linie“, Mietverträge,* so daß für die Inhaltskontrolle von dem gesetzlichen Leitbild der Miete (und nicht des Kaufs) auszugehen ist (so ausdrücklich BGHZ 71, 196 = JuS 1978, 632 Nr 6; zust zB HIDDENMANN WM 1978, 834, 836; GRAF VON WESTPHALEN 38 f, 63 f). Auch das Schrifttum teilt überwiegend diese mietrechtliche Qualifikation des Finanzierungs-Leasings.**
- 47h** Hierbei wird jedoch übersehen, daß das Finanzleasing im wirtschaftlichen Ergebnis in jeder Hinsicht einem finanzierten Kauf gleichsteht, so daß es auch stets durch die Geschäftsbedingungen der Leasing-Geber sehr stark dem Kauf angenähert wird; dies gilt insbes. für die zentralen Fragen der Gefahrtragung und der Haftung für Mängel. Dementsprechend läßt sich auch der Leasing-Geber in aller Regel während der „Grundmietzeit“ ebenso wie ein Verkäufer von dem Leasing-Nehmer voll bezahlen (Ausnahmen nur bei den Teilamortisationsverträgen). Hieraus folgt mit Notwendigkeit, daß in Zukunft, und zwar namentlich bei der Inhaltskontrolle, die *kaufrechtlichen* Aspekte des Leasings weit stärker als bisher üblich berücksichtigt werden müssen, wenn man verhindern will, daß das Leasing zivilrechtlich nur zur Folge hat, daß tatsächlich alle Nachteile von Kauf und Miete zu Lasten des Leasing-Nehmers kombiniert werden können (ebenso EBENROTH JuS 1978, 588 f, bes 592 f; ders Betrieb 1978, 2109; EMMERICH, Schuldrecht § 8 I 4; FIKENTSCHER § 71 V 7; PLATHE BB 1970, 601; wieder anders KLAAS NJW 1968, 1502; KOCH-HAAG BB 1968, 95; LARENZ II § 63 III).
- 48 γ)** In zahlreichen Leasing-Verträgen ist bestimmt, daß der Leasing-Geber nicht für die *rechtzeitige Lieferung* des Gegenstandes hafte und daß von einem etwaigen Verzug des Lieferanten die Verpflichtung des Leasing-Nehmers zur Zahlung der Leasing-Raten unberührt bleibe (s oben Rz 45 b). Diese Bestimmung ist mit dem für Kauf und Miete gleichermaßen zentralen § 326 schlechthin unvereinbar und daher im kaufmännischen wie im nichtkaufmännischen Verkehr stets unwirksam.***
- 48a δ)** Zu dem Inhalt jedes Finanzierungs-Leasingvertrages gehört die Abwälzung der sog „Sach- und Preisgefahr“ auf den Leasing-Nehmer (oben Rz 47 c). Gemeint ist damit, daß der Leasing-Nehmer selbst bei einer von ihm nicht zu vertretenden

* Insbes BGHZ 68, 118; 71, 189; 71, 196 = JuS 1977, 760 Nr 4; 1978, 705 Nr 3; 1978, 632 Nr 6; BGH WM 1977, 473; BGH LM Nr 21 zu § 537 BGB = NJW 1977, 195 = JuS 1976, 119 f Nr 5; OLG Frankfurt NJW 1977, 200 = JuS 1977, 189 f Nr 2; OLG Köln NJW 1973, 1615 = JuS 1973, 780 f Nr 5; OLG Nürnberg NJW 1977, 152 f; LG Koblenz NJW 1973, 706 m zust Anm REICH 1614; einschränkend aber zB BGH LM Nr 20 zu § 249 (Hd) BGB = Betrieb 1977, 395 = JuS 1977, 406 Nr 4 m Anm EBENROTH JuS 1978, 588; OLG Hamm ZMR 1980, 109/111; Urt v 19. 2. 1980 – 7U 118/79 S 7.

** **Schrifttum:** J. BLOMEYER NJW 1978, 973 f; ESSER-WEYERS II 1 § 24 II (S 210 f, aber mit Vorbehalten); HIDDENMANN WM 1978, 834, 835 f; FLUME, Leasing; MEILICKE BB 1964, 691; PALANDT-PUTZO Einf vor § 535 Anm 4 b; REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse 49, 67 f; ders JuS 1973, 480; ders NJW 1973, 1613; GRAF VON WESTPHALEN 25 f, 41.

*** **Schrifttum:** §§ 9, 10 Nr 2, 11 Nr 8 u 9, 24 AGBG; OLG Hamm ZMR 1979, 109, 111; SCHLOSSER § 9 Rz 135; EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2112; MünchKomm-EMMERICH (1979) § 326 Rz 173 f; ders, Leistungsstörungen 142 f; GRAF VON WESTPHALEN 101 f, 114 f (auch unter Berufung auf § 542).

Verschlechterung oder Vernichtung der Sache zur Fortzahlung der Leasing-Raten verpflichtet bleiben soll, ohne Lieferung eines neuen Gegenstandes verlangen zu können. Vor allem in dieser Regelung der Gegenleistungsgefahr kommt die starke Annäherung des Finanzleasings an den (Vorbehalts-) Kauf (§ 446) in Abweichung von der Miete (§ 323) zum Ausdruck.

Die hM, die den Finanzierungs-Leasingvertrag in erster Linie als Miete qualifiziert **48b** (oben Rz 47 g), müßte nach dem Gesagten an sich erhebliche Vorbehalte gegen die Gültigkeit der fraglichen Klausel über die Gefahrtragung haben. Tatsächlich ist dies jedoch nicht der Fall; vielmehr wird der dem § 446 entsprechende, vorzeitige Übergang der Gegenleistungsgefahr auf den Leasing-Nehmer ganz überwiegend als sachgemäß angesehen und daher hingenommen*; nur im Einzelfall kann einmal eine solche Regelung als überraschende Klausel unwirksam sein (BGH LM Nr 21 zu § 537 BGB = NJW 1977, 195 = JuS 1976, 119 Nr 5; HIDDEMANN WM 1978, 836). Der Sache nach ist hiermit die zumindest auch kaufrechtliche Natur des Finanzleasings akzeptiert. Das muß dann jedoch auch Auswirkungen bei der Haftung für Mängel haben.

Aus dieser „kaufrechtlichen“ Gefahrverteilung beim Finanzleasing folgt vor allem, **48c** daß bei einer Zerstörung des Leasingobjektes durch einen Dritten der *Ersatzanspruch* des Leasingnehmers (§ 823 Abs 1) nur die ihm entgehenden Gebrauchsvorteile des Leasingobjektes umfaßt, weil die Belastung mit der fortlaufenden Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten schon unabhängig davon auf dem Vertrag beruht (§ 249; BGH BB 1976, 1194; Betrieb 1977, 395 = LM Nr 20 zu § 249 [Hd] b (BGB = VersR 1977, 227 = JuS 1977, 406 Nr 4 m Anm EBENROTH JuS 1978, 588; HIDDEMANN WM 1978, 834, 840).

ε) Besonders umstritten ist die Frage, ob beim Finanzleasing der völlige *Ausschluß* **48d** jeglicher Haftung des Leasing-Gebers für Sach- und Rechtsmängel und deren Ersetzung durch die Abtretung der Ansprüche des Leasing-Gebers gegen den Hersteller aus den §§ 459 f (651) zulässig ist. Das ist bei Qualifizierung des Finanzleasings als Miete (oben Rz 47 g) deshalb so zweifelhaft, weil bei der Miete die Übergabe und Erhaltung der Sache in mangelfreiem Zustand (§§ 536 f) zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters gehört, die durch AGB allenfalls in einzelnen Beziehungen eingeschränkt, aber nie völlig ausgeschlossen werden können (§§ 9, 11 Nr 10, 24 AGBG; zu den – ganz selten – Individualverträgen s GRAF VON WESTPHALEN 45 f).

αα) Die *Praxis* hat die geschilderte Regelung der Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel beim Finanzleasing bisher idR gebilligt; grundsätzlich wird es als ausreichend angesehen, wenn der Leasing-Geber dem Leasing-Nehmer seine sämtlichen Gewährleistungsrechte einschließlich des Wandlungsrechts überträgt oder ihn doch wenigstens zu ihrer Geltendmachung ermächtigt. Wandelt dann der Leasing-Nehmer auf Grund der ihm übertragenen Rechte den Kaufvertrag zwischen dem Leasing-Geber und dem Lieferanten der Sache, so soll zugleich die „Geschäftsgrundlage“ für den Leasing-Vertrag zumindest für die Zukunft entfallen, so daß der Leasing-Nehmer frei wird. Entsprechend soll eine Minderung zu einer verhältnismäßigen Herabsetzung der Leasing-Raten führen. Macht hingegen der Leasing-Nehmer von den ihm abgetretenen Rechten keinen oder einen verspäteten Gebrauch (§ 477),

* BGHZ 71, 196 = JuS 1978, 632 Nr 6; BGH WM 1978, 511; BB 1976, 1194 f; Betrieb 1977, 395 = JuS 1977, 406 Nr 4; OLG Frankfurt NJW 1977, 200 = JuS 1977, 189 f Nr 2; OLG Hamm, Urt v 19. 1. 1978 – 7 U 63/77, S 9; EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2111 f; HIDDEMANN WM 1978, 834, 840; GRAF VON WESTPHALEN 45 f, 67 f; SCHLOSSER § 9 Rz 138.

so bleibt er trotz der Mängel des Gegenstandes zur Zahlung der Leasing-Raten verpflichtet.*

- 48f** Ungeklärt ist in der Praxis noch, wer das Risiko der Insolvenz des Lieferanten oder des sonstigen Fehlschlagens der abgetretenen Gewährleistungsrechte tragen soll; zT wird auch dieses Risiko dem Leasing-Nehmer auferlegt (LG Frankfurt BB 1979, 289 f). Es findet sich aber auch die gegenteilige Auffassung (LG Hanau MDR 1979, 315 Nr 63).
- 48g ββ)** Der Praxis kann nicht in allen Punkten zugestimmt werden, da sie zT dem AGBG widerspricht. § 24 AGBG macht es vor allem nötig, den kaufmännischen und den nichtkaufmännischen Verkehr zu unterscheiden. Im letzteren steht der zwingende § 11 Nr 10 AGBG dem Gewährleistungsausschluß entgegen, da auch Finanzierungs-Leasingverträge auf die Lieferung von Sachen gerichtet sind, auf jeden Fall aber Verträge über Leistungen darstellen.**
- 48h** Hieraus folgt, daß im (verbreiteten) *nichtkaufmännischen* Verkehr die Gewährleistungsansprüche gegen den Leasing-Geber nicht ausgeschlossen und durch die Abtretung der korrespondierenden Ansprüche des Leasing-Gebers gegen den Lieferanten ersetzt werden können (§ 11 Nr 10 lit a AGBG); ebenso wenig ist eine über § 11 Nr 10 lit b AGBG hinausgehende Beschränkung der Gewährleistungsansprüche des Leasing-Nehmers möglich, so daß diese namentlich bei Fehlschlagern der Nachbesserung wieder voll aufleben (ebenso J BLOMEYER NJW 1978, 973, 975; EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2113; PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 4 c; PALANDT-HEINRICHS § 11 AGBG Anm 10; GRAF VON WESTPHALEN 106 f).
- 48i** Auch die §§ 540 und 541 sind stets anwendbar (PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 4 c). Der Gewährleistungsausschluß ist mithin unwirksam, wenn der Leasing-Geber den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dasselbe gilt bei Rechtsmängeln; der Leasing-Geber haftet daher zB für eine Wegnahme der Sache durch seine Gläubiger, denen er die Sache zur Sicherheit übereignet hatte.
- 48k** Im *kaufmännischen* Verkehr kommt es nach den §§ 9 Abs 2, 24 AGBG darauf an, ob der Leasing-Nehmer durch den Gewährleistungsausschluß unangemessen benachteiligt wird. Dies ist bei Berücksichtigung der Wertungen der §§ 537 f und des § 11 Nr 10 AGBG jedenfalls dann zu bejahen, wenn *nachträglich* Mängel der Sache auftreten (s §§ 536, 537), wenn der Lieferant die (abgetretenen) Gewährleistungsansprüche auf ein Nachbesserungsrecht beschränkt hat und die *Nachbesserung fehlschlägt* oder abgelehnt wird (§ 11 Nr 10 lit b AGBG) sowie wenn der Lieferant in *Konkurs* fällt oder sonst nicht leistungsfähig ist. Alle diese Risiken muß der Leasing-Geber tragen, wenn man beim Finanzierungs-Leasing eine ganz einseitige Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien verhindern will.***

* **Schrifttum:** So BGHZ 68, 118 = JuS 1977, 760 Nr 4; BGH NJW 1977, 847; OLG Hamm ZMR 1980, 109, 112; Urt v 19. 1. 1978 – 7 U 63/77, S 9 ff m Nachw; BRANDNER, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN AGBG, §§ 9–11 Anh Rz 464; HIDDEMANN WM 1978, 834, 839 f; PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 4 c; GRAF VON WESTPHALEN 71 f, 106 f.

** **Schrifttum:** EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2113; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, AGBG, § 11 Nr 10 Rz 4; PALANDT-HEINRICHS § 11 AGBG Anm 10; SCHLOSSER § 9 Rz 136; GRAF VON WESTPHALEN 110 f; aMzB ULMER-BRANDNER-HENSEN § 11 Nr 10 Rz 3, §§ 9–11 Anh Rz 464; KOCH-STUBING, AGBG § 11 Rz 13 f (mit Einschränkungen); OLG Hamm ZMR 1980, 109, 112.

*** **Schrifttum:** Ebenso oder ähnlich J BLOMEYER NJW 1978, 973; BRANDNER, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 464; EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2113; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, AGBG § 11 Nr 10 a Rz 31; SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA, AGBG § 9 Rz 98; GRAF VON WESTPHALEN 71 f; für den Fall, daß der Leasing-Nehmer eine Kaufoption hat, auch KOCH-STUBING, AGBG § 11 Nr 10 Rz 14.

- γ) Verfallklauseln kommen vor allem in zwei Formen vor. Beide sind in der in der Leasingpraxis üblichen Ausgestaltung mit dem BGB und dem AGBG unvereinbar und daher *unwirksam*, wobei im einzelnen wiederum zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Verkehr zu unterscheiden ist. **49**
- αα) Bei Zahlungsverzug des Leasing-Nehmers (Mieters) kann der Leasing-Geber nach § 554 unter bestimmten Voraussetzungen kündigen. Da § 554 nicht zwingend ist, kann auch vereinbart werden, daß hierfür schon der Verzug mit einer Rate genügen soll (s § 554 Rz 44). Mit Rücksicht auf die §§ 9 Abs 2 und 11 Nr 6 AGBG wird man solche Abreden jedoch nur im kaufmännischen Verkehr zulassen können (§ 554 Rz 45; GRAF VON WESTPHALEN 175). Außerdem muß der Leasing-Geber vor der Kündigung den Leasing-Nehmer stets mahnen (OLG Frankfurt BB 1976, 857). **49a**
- Macht der Vermieter von dem Kündigungsrecht des § 554 Gebrauch, so kann er außerdem von dem Mieter Ersatz des ihm durch dessen Verzug entstandenen Schadens verlangen (§ 286). Eine Pauschalierung dieses Anspruchs ist im kaufmännischen wie im nichtkaufmännischen Verkehr nur in den engen Grenzen des § 11 Nr 5 AGBG möglich (§§ 9 Abs 2, 24 AGBG), wobei sich der Leasing-Gebers auf seinen Ersatzanspruch auch noch stets den Wert der zurückgenommenen Sache anrechnen lassen muß, weil anderenfalls der Schadensersatz zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Leasing-Gebers führte (vgl BRANDNER, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 466). **49b**
- Gegen diese Regelung verstößt die Klausel, daß im Falle der Kündigung wegen Zahlungsverzugs des Leasing-Nehmers die gesamten, restlichen Leasing-Raten fällig sein sollen. Der Leasing-Geber muß sich zwischen Fortsetzung des Vertrages und dessen Auflösung entscheiden; beides zugleich kann er nicht verlangen (vgl auch §§ 10 Nr 7, 11 Nr 6 AGBG).* **49c**
- ββ) Die Parteien können durchaus vereinbaren, daß der Leasing-Geber bei Zahlungsverzug des Leasing-Nehmers zur Rücknahme der Sache bis zur Bezahlung der Rückstände berechtigt sein soll, während der Leasing-Nehmer die fälligen Leasing-Raten weiterzahlen muß (BGH BB 1978, 523; OLG Hamm ZMR 1980, 109, 112 f gegen OLG Hamm BB 1976, 1049). Das folgt schon aus § 320. **49d**
- Weitergehende Absprachen sind aber auch hier nicht möglich (§§ 7, 9, 10 Nr 7, 11 Nr 5 und 6, 24 AGBG). Insbes kann es nicht hingenommen werden, daß der Leasing-Geber zusätzlich die Fälligkeit aller restlichen Leasing-Raten vereinbart – trotz Fortbestands des Vertrages. Eine solche Abrede ist für den Leasing-Nehmer schlechthin unzumutbar (QUITTNAT BB 1979, 1530, 1532 f; GRAF VON WESTPHALEN 164 f). **49e**
- η) Da das Finanzleasing – jedenfalls nach hM – der Miete näher steht als der Kauf, richtet sich seine Behandlung im Konkurs grundsätzlich nach den §§ 19 und 21 KO. Folglich wird der Vertrag von dem Konkurs des Leasing-Gebers nicht berührt (§ 21 Abs 1 KO; SEEGER KTS 1974, 6, 13). Hingegen können im Konkurs des Leasing-Nehmers beide Teile mit der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 565 Abs 4) kündigen. Die bis zur Wirksamkeit der Kündigung noch anfallenden Leasing-Raten sind dann Masseforderungen (§ 59 Abs 1 Nr 2 KO). Wegen seines weitergehenden Schadens ist der Leasing-Geber hingegen auf den Ersatzanspruch des § 19 S 3 KO **49f**

* **Schrifttum:** Grdleg BGHZ 71, 196, 204 f = JuS 1978, 632 Nr 6; BGH WM 1979, 1385, 1387 = NJW 1980, 234, 235; OLG Hamm ZMR 1980, 109; Urt v 19. 2. 1980 – 7 U 118/79, S 10; v 4. 11. 1980 – 7 U 94/80, S 11; OLG Stuttgart BB 1978, 122; BLOMEYER NJW 1978, 973, 976; HIDDEMANN WM 1978, 834, 840 f; QUITTNAT BB 1979, 1530; GRAF VON WESTPHALEN 164 f, 168 f, 174 f; anders nur für den kaufmännischen Verkehr EBENROTH Betrieb 1978, 2109, 2114 f; aM früher auch insbes OLG Frankfurt NJW 1977, 200 = JuS 1977, 189 f Nr 2.

verwiesen, der den kapitalisierten (abgezinsten) Wert der noch ausstehenden Raten abzüglich des anderweitigen Verkaufserlös der Sache umfaßt.*

- 49g dd)** Ein zentrales Problem im nichtkaufmännischen Verkehr ist die **Anwendbarkeit des AbzG** auf das Finanzleasing (s §§ 6, 8 AbzG). Für dessen weitgehende Geltung für Finanzierungs-Leasingverträge spricht dabei vor allem der Umstand, daß solche Verträge für den Leasing-Nehmer wirtschaftlich idR einem (teuren) Abzahlungskauf unter Eigentumsvorbehalt sehr nahekommen, zumal auch § 6 AbzG ausdrücklich die Anwendbarkeit des AbzG auf alle ähnlichen Verträge einschließlich der Mietverträge anordnet. Dementsprechend war auch die zumindest früher durchaus hM davon ausgegangen, daß es allein darauf ankomme, ob die Vertragsdauer so bemessen ist, daß der Leasing-Nehmer während des Vertrags an den Leasing-Geber den gesamten Preis einschließlich Zinsen und Gewinn zahlt.**
- 49h)** Dem ist der *BGH* jedoch nicht gefolgt. Um zu operationalen Kriterien zu gelangen, an Hand derer alle Beteiligten von Anfang an eindeutig die Frage der Geltung des AbzG mit seinen weitreichenden Folgen (vgl insbes §§ 1 a, 1 b und 5 AbzG) beurteilen können, stellt er allein darauf ab, ob dem Leasing-Nehmer von vornherein, und zwar namentlich durch ein Kaufoption, ein festes *Erwerbsrecht* eingeräumt worden ist oder nicht.*** Hingegen genügt es nicht, wenn der Leasing-Nehmer lediglich verpflichtet ist, bei Ablauf der Grundmietzeit die Sache auf Verlangen des Leasing-Gebers zu erwerben, oder wenn ihm nur eine Beteiligung am Verkaufserlös eingeräumt wird;**** wohl aber, wenn für beide Parteien von vornherein feststeht, daß die Sache bei Ablauf der Grundmietzeit wertlos sein wird (*HIDDEMANN WM* 1978, 834, 840; *LG Freiburg BB* 1980, 963 = *MDR* 1980, 759).
- 49i)** Soweit hiernach die Anwendung des AbzG in Betracht kommt, ist auch Raum für die Heranziehung der von der Praxis zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelten, neuerdings wieder zunehmend verschärften Regeln über den sog. Einwendungsdurchgriff (*BGHZ* 68, 118 = *JuS* 1977, 640 Nr 3; s *EMMERICH JuS* 1971, 273).
- 50 ee) α)** Das **Immobilien-Leasing** ist eine sich in letzter Zeit zunehmend verbreitende Sonderform des Finanzleasing (s *FAHLMEISTER-SCHRÖDER*, in: *Hagenmüller, Leasing-Handbuch* 145; *REICH*, in: *Vertragsschuldverhältnisse* 83; *GRAF VON WESTPHALEN* 128). Seine steuerliche „Regelung“ hat es in einem Erlaß des *BMF v* 21.

* **Schrifttum:** Grdleg *BGHZ* 71, 189 = *JuS* 1978, 705 f Nr 3; *OLG Frankfurt Betrieb* 1979, 2125 f; *HIDDEMANN WM* 1978, 834, 836; *SEGER KTS* 1974, 6, bes 11 f (mit berechtigten Einschränkungen für den Fall, daß der Leasing-Nehmer die Sache schon im wesentlichen bezahlt hat).

** *OLG Köln NJW* 1973, 1615 = *JuS* 1973, 780 f Nr 5; *OLG Düsseldorf NJW* 1973, 1612; *LG Augsburg NJW* 1973, 709 f m abl Anm *REICH*; *LG Münster NJW* 1975, 2070; *LG Zweibrücken NJW* 1974, 193; *AG Lüdenscheid NJW* 1972, 2090 m abl Anm *REICH JuS* 1973, 480 ff; *J BLOMEYER NJW* 1978, 973, 976; *EHLKE BB* 1979, 1001; *LARENZ II* § 63 III.

*** *BGHZ* 62, 42, 68, 118; 71, 196 = *JuS* 1974, 527 f Nr 7; 1977, 760 Nr 4; 1978, 632 Nr 6; *BGH NJW* 1977, 195 = *JuS* 1976, 119 f Nr 5; *NJW* 1977, 1066 = *WM* 1977, 473; *NJW* 1979, 758, 758; *WM* 1979, 1385, 1386 = *BB* 1979, 1789 = *NJW* 1980, 234; *OLG Hamm Urt v* 19. 2. 1980 7 U 118/79, S 9 f; *LG Freiburg BB* 1980, 962; *LG Duisburg Betrieb* 1980, 1934; *OLG Hamm BB* 1980, 1719; *Urt v* 4. 11. 1980 – 7 U 94/80, S 10 f; zust *HIDDEMANN WM* 1978, 834, 836 f; *PALANDT-PUTZO* § 6 AbzG Anm 2 b, bb; noch enger *GRAF VON WESTPHALEN* 182 f, bes 190 f.; ders *MDR* 1980, 441; *SCHREINER BB* 1980, 294 f.

**** *BGHZ* 71, 196 = *JuS* 1978, 632 Nr 6; *BGH NJW* 1979, 758, 759; 1980, 234; *OLG Hamm BB* 1980, 1719.

3. 1972 (BB 1972, 433) gefunden, nach dem sich die Vertragspraxis richtet, um die Anerkennung des Leasing-Gebers als Bauherrn zu erreichen.

Im einzelnen unterscheidet man hier das *Netto-* und das *Brutto-Leasing* je nachdem, ob sich der Leasing-Geber auf die bloße Finanzierung beschränkt oder noch zusätzliche Leistungen übernimmt. Entscheidend ist aber immer, daß der Leasing-Geber als Bauherr auftritt, wodurch es nicht ausgeschlossen wird, daß er seinerseits wieder den Leasing-Nehmer mit dem Bau beauftragt. Die Vertragsdauer schwankt idR zwischen 20 und 30 Jahren; für die Zeit nach Ablauf der Grundmiete erhält der Leasing-Nehmer meistens eine (durch Vormerkung gesicherte) Kaufoption. Die Regelung der Gefahrtragung und Gewährleistung entspricht durchweg der bei sonstigen Finanzierungs-Leasingverträgen (s oben Rz 48 a f); zusätzlich wird hier stets die Pflicht des Leasing-Nehmers zur Erhaltung und Versicherung der Gebäude besonders betont.

β) Auch das Immobilien-Leasing ist vorwiegend *Miete*, freilich mit starkem, kaufvertraglichen Einschlag, namentlich wenn dem Leasing-Nehmer eine Kaufoption eingeräumt ist (REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse 84; GRAF VON WESTPHALEN 140 f). Daher bestehen grundsätzlich ebenso wenig wie beim sonstigen Finanzleasing Bedenken dagegen, dem Leasing-Nehmer die sog Sach- und *Preisgefahr* aufzubürden (GRAF VON WESTPHALEN 143 f), dh den Gefahrübergang in Abweichung von § 323, aber in Übereinstimmung mit den §§ 446 und 644 auf den Zeitpunkt der Abnahme vorzuverlegen (s oben Rz 48 a f).

Die *Haftung* des Leasing-Gebers für Sachmängel darf wegen der besonderen Schutzwürdigkeit des Leasing-Nehmers beim Immobilien-Leasing auf keinen Fall hinter der Haftung bei sonstigen Finanzierungs-Leasingverträgen zurückbleiben (oben Rz 48 d, 48 g f; s REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse 85; GRAF VON WESTPHALEN 148 f; wegen der Rechtsmängelhaftung s oben Rz 48 i). Das bedeutet vor allem, daß bei jedem Fehlschlagen der abgetretenen Gewährleistungsrechte gegen den Bauunternehmer zwingend die subsidiäre Eigenhaftung des Leasing-Gebers wiederauflebt (§§ 9, 11 Nr 10, 24 AGBG). Diese Haftung äußert sich zumindest in einer automatischen Minderung der Leasing-Raten bei Fehlschlagen namentlich eines Nachbesserungsversuchs des Unternehmers (§ 537). Auch das Risiko einer *Insolvenz* des Unternehmers kann der Leasing-Geber daher nicht auf den Leasing-Nehmer abwälzen (str). Darüber hinaus wird man hier dem Leasing-Nehmer bei *nachträglich* auftretenden Mängeln (für die der Bauunternehmer nicht haftet) zwingend zumindest auch einen Nachbesserungsanspruch gegen den Leasing-Geber und bei dessen Fehlschlagen wiederum ein Minderungsrecht zubilligen müssen, wenn anders man eine ganz unbillige Verteilung der Rechte und Pflichten der Parteien verhindern will (oben Rz 48 k).

ff) Die *steuerrechtliche* Behandlung des Leasings, zu der hier nicht weiter Stellung zu nehmen ist, richtet sich nach drei Erlassen des BMF, die ihrerseits auf dem grundlegenden Urteil des BFH v 26. 1. 1970 (BFHE 97, 466 = BStBl 1970 II, 264 = JuS 1970, 361 Nr 13) beruhen (Erlaß v 19. 4. 1971, BStBl 1971 I, 264 = BB 1971, 506; v 21. 3. 1972, BB 1972, 433; v 22. 12. 1975, BB 1976, 72; auch abgedruckt in: GRAF VON WESTPHALEN, Leasingvertrag 201 f). Soweit die fraglichen Verträge den in diesen Erlassen aufgestellten Anforderungen genügen, wird das Leasing-Gut steuerrechtlich dem Leasing-Geber und nicht dem Leasing-Nehmer zugerechnet (s im einzelnen FLUME 39 f; REICH, in: Vertragsschuldverhältnisse 61 f; GRAF VON WESTPHALEN 4 f, 21 f). Ganz entsprechend wird dann auch bilanzrechtlich verfahren (s EBENROTH JuS 1978, 588, 594 m Nachw).

51 b) Automatenverträge*

Große praktische Bedeutung haben in den letzten Jahren Verträge über Automaten gewonnen (s bes VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT, Automatenrecht). Es ist jedoch nicht möglich, diese Verträge einem einheitlichen Typus zuzuweisen. Das Spektrum reicht hier vielmehr von normalen Kaufverträgen über Mietkauf und Miete bis hin zu den eigenartigen Automatenaufstellverträgen, deren rechtliche Qualifizierung nach wie vor unklar und umstritten ist.

51a aa) Automaten können mit und ohne Stellplatz *verkauft* werden. Mietrechtliche Probleme tauchen hier nicht auf. Je nach den Umständen des Falles sind statt dessen die Regeln über Unternehmenskaufverträge anzuwenden (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 8 f).

51b) Ein *Mietkauf* liegt hingegen vor, wenn der sog Automatenaufsteller einem Gastwirt einen Automaten gegen einen überhöhten Mietzins überläßt und dem sog Mieter zugleich das Recht einräumt, in einer bestimmten Frist das Gerät zu kaufen, wobei dann die schon bezahlten Mietzinsraten auf den Kaufpreis ganz oder teilweise angerechnet werden sollen. Sind hier die Mietzinsraten so hoch, daß für den Mieter letztlich praktisch keine andere Wahl bleibt, als das Gerät zu kaufen, so handelt es sich um nichts anderes als um einen Abzahlungskauf, auf den jedoch bis zur Ausübung der Kaufoption auch Mietrecht angewendet werden kann (vgl § 6 AbzG).

52 bb) Automaten können auch Gegenstand normaler *Mietverträge* sein (s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 27 f; PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 2 e). So verhält es sich namentlich, wenn ein Automatenhersteller einem Geschäftsinhaber entgeltlich auf Zeit Automaten überläßt, damit der letztere daraus *seine* Waren verkaufen kann. Hierin liegt auch der wesentlichste Unterschied zu den Automatenaufstellverträgen (unten Rz 53 f). Lieferant der Waren können dabei sowohl der Automatenvermieter (als Großhändler) wie auch Dritte sein (s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 28, 36).

52a) Der Mietzins kann von vornherein fest bestimmt sein oder sich (ganz oder teilweise) nach den Umsätzen des Mieters richten. Solche Verträge können bei übermäßig hohen Mietzinsen oder bei sonstigen drückenden Bedingungen wie zB der Überwälzung der Gefahr des zufälligen Unterganges des Automaten auf den Mieter durchaus gegen § 138 verstoßen (s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 29 f m Nachw).

52b cc) Reine **Raummiete** ist anzunehmen, wenn ein Automatenaufsteller einen Raum mietet, um dort seine Automaten aufstellen zu können, zB um dort einen Automatenspielsalon einzurichten (BGHZ 47, 202, 206). Ebenso zu beurteilen sind Aufstellverträge, bei denen der Automat in keinem Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb des Grundstückseigentümers steht; in einem solchen Fall besteht auch keine Verpflichtung des Vermieters zur Fernhaltung von Konkurrenz (OLG München OLGZ 1971, 346). An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn die Gegenleistung des Aufstellers in einer Umsatzbeteiligung des Grundstückseigentümers besteht. Es handelt sich dann vielmehr um eine partiarische Platzmiete.

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 243 ff zu § 535; R DALLY, Rechtsfragen des Automatenaufstellvertrages, Diss Köln 1969; ERMAN-SCHOPP Vorbem 39 ff zu § 535; ESSER-WEYERS II 1 § 24 III; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 140 f; HUFFER NJW 1971, 1433; V MÜLLER, Der Automatenaufstellvertrag, Diss Hamburg 1969; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT, Automatenrecht (1972); PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 2 e; RAISCH BB 1968, 526; SCHOPP ZMR 1972, 197; SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA, AGBG § 9 Rz 65 f.

Schließlich handelt es sich um einen Mietvertrag über eine *Wandfläche*, wenn dem Automatenbesitzer lediglich das Recht eingeräumt wird, an einer Wand seine Automaten anzubringen und daraus **seine** Waren zu verkaufen (sog Automatenanbringungsvertrag, s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 37 ff). Solche Verträge fallen unter § 580 und sind deshalb nach den Vorschriften über die Grundstücksmietze zu behandeln (§ 571 Rz 14, § 580 Rz 2); anwendbar sind namentlich die §§ 566 und 571. Für die ordentliche Kündigung solcher Verträge gilt § 565 Abs 1 Nr 3 (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 45).

dd) Wird nach Vertragsschluß eine etwa zur Anbringung der Automaten erforderliche, behördliche *Genehmigung* verweigert, so handelt es sich um einen Fall nachträglicher Unmöglichkeit, deren Rechtsfolgen sich grundsätzlich nach den §§ 275 und 323 richten; § 324 ist hingegen anzuwenden, wenn die Genehmigung gerade mit Rücksicht auf die Person des Automatenbesitzers und Mieters versagt wird (EMMERICH, Leistungsstörungen 22; ders, in: MünchKomm § 275 Rz 28; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 43 f).

Für die Verpflichtung des Vermieters der Wandfläche, dem Mieter die Konkurrenz anderer Automaten fernzuhalten, gilt dasselbe wie bei der sonstigen Geschäftsraum-miete (§§ 535, 536 Rz 35 f; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 42).

ee) Von einem **Automatenaufstellvertrag** spricht man, wenn ein Gewerbetreibender, in aller Regel ein Gastwirt, einem Automatenbesitzer das Recht einräumt, in seinem Betrieb, im Regelfall also in seiner Gastwirtschaft, einen oder mehrere Automaten aufzustellen und daraus Waren des *Automatenaufstellers* (und nicht solche des Wirts) zu verkaufen bzw Musik- oder Vergnügungsleistungen zu erbringen (s eingehend VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 47 ff). Die Gegenleistung des Automatenaufstellers für die Gestattung der Aufstellung besteht idR in einer Umsatzbeteiligung des Wirts. Wegen des Übergewichts der Aufsteller enthalten diese Verträge meistens eine Fülle überaus drückender Bedingungen zu Lasten der Wirte. Besonders hervorzuheben sind neben der Vereinbarung einer sehr langen Vertragsdauer die Abwälzung aller Risiken auf die Wirte und die sog Nachfolgeklausel. Üblich sind außerdem Ausschließlichkeitsbindungen zu Lasten der Wirte, so daß Automatenaufstellverträge durchweg unter die §§ 18 Abs 1 Nr 2 und 34 GWB fallen; gegen das hieraus folgende Schriftformerfordernis wird in der Praxis vielfach verstoßen (unten Rz 53 d f).

α) Die **Rechtsnatur** der Automatenaufstellverträge ist unklar und umstritten. Jedenfalls handelt es sich nicht um einen partiarischen Mietvertrag (so aber ERMAN-SCHOPP Vorbem 42 zu § 535; HENSEN, AGBG, §§ 9–11 Anh Rz 140); dagegen spricht vor allem der auf ein enges und ständiges Zusammenwirken der Parteien ausgerichtete Gesamtcharakter dieser Verträge, weshalb sie vielfach auch als gesellschaftsähnlich angesehen werden (OLG Hamm NJW 1964, 2021; JMBINRW 1965, 29; OLG Hamburg MDR 1976, 577; auch schon OLG Frankfurt OLGE 33, 289 f).

Aber die Vorschriften der §§ 705 f passen offenkundig hier ebenfalls nicht. Im Grunde handelt es sich bei den Automatenaufstellverträgen um einen nicht geregelten *Gestattungsvertrag* (ROQUETTE § 535 Rz 166 f), auf den immer nur von Fall zu Fall einzelne Vorschriften des Besonderen Schuldrechts entsprechend angewandt werden können (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 48; RAISCH BB 1965, 26). In dieselbe Richtung tendiert der BGH, der ebenfalls die Heranziehung mietrechtlicher Vorschriften ablehnt und das Wesen der fraglichen Verträge in der Eingliederung der Automaten in den fremden, gewerblichen Betrieb sieht, in dem sie aufgestellt sind (BGHZ 47, 202; 51, 55 = JuS 1969, 237 Nr 3 m Anm DAUBLER JuS 1971, 398; BGHZ 71, 80; ebenso OLG Hamburg OLGE 45, 168; OLG Frankfurt

NJW 1964, 256; OLG Celle NJW 1967, 1425; OLG Köln JMBINRW 1962, 269; ESSER-WEYERS II 1 § 24 III; PALANDT-PUTZO Einf von § 535 Anm 2 e).

- 53c β)** Zivilrechtlich bestehen für den Vertrag mangels Anwendbarkeit des § 566 keine besonderen Formerfordernisse (BGHZ 47, 202; 51, 55). Bei Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung ist jedoch nach § 34 *GWB* schriftliche Abfassung des Vertrages erforderlich; andernfalls ist der Vertrag nichtig (§ 125; s im einzelnen EMMERICH, KartellR (3. Aufl 1979) 135 f; ders NJW 1980, 1363).
- 53d** Das Schriftformerfordernis des § 34 *GWB* gilt für den *gesamten* Vertrag, nicht nur für die Ausschließlichkeitsbindung und umfaßt namentlich die beiderseitigen Hauptleistungspflichten (grdl BGHZ 53, 304; 54, 154; EMMERICH, Kartellrecht 135 m Nachw). Folglich müssen in Automatenaufstellverträgen stets *Zahl und Art der Geräte* sowie die Höhe der Gegenleistung ganz genau schon in dem schriftlichen Vertrag selbst festgelegt werden; insbes ist es nicht möglich, daß sich der Aufsteller die Auswahl der Geräte bei Vertragsschluß noch vorbehält. Lediglich Absprachen über den Aufstellplatz können ergänzend formlos getroffen werden (BGH WuW/E BGH 1521; WM 1979, 234; 1979, 976; OLG Celle WuW/E OLG 1571; 2014; OLG Hamburg BB 1979, 64; EMMERICH, Kartellrecht 136; ders NJW 1980, 1363, 1365).
- 53e** Das Schriftformerfordernis des § 34 *GWB* gilt auch für *Vertragsänderungen*. Ändern die Parteien zB nachträglich die Absprachen über Art und Zahl der aufzustellenden Automaten formlos ab, so hat dies die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge (EMMERICH NJW 1980, 1363, 1365).
- 54 γ)** Den Automatenaufsteller trifft bei Vertragsschluß eine weitgehende *Aufklärungspflicht*. Er muß deshalb den Gastwirt namentlich über die mit dem Vertragsschluß verbundenen Risiken sowie über die tatsächlichen Gewinnaussichten informieren. Jeder schuldhafte Verstoß des Aufstellers gegen diese Pflicht führt zu seiner Haftung aus *cic*, so daß der Wirt Befreiung von dem Vertrag verlangen kann (MünchKomm-EMMERICH Vorbem 113 zu § 275 m Nachw; HARTWIG JuS 1973, 733).
- 54a δ)** Durch die **Geschäftsbedingungen** der Automatenaufsteller wird den Gaststätteninhabern häufig eine Fülle überaus drückender Verpflichtungen auferlegt. Automatenaufstellverträge sind deshalb schon häufig ganz oder teilweise für nichtig erklärt worden (§§ 138, 242; BGHZ 51, 55 = JuS 1969, 237 f Nr 3 m Nachw; BGH BB 1973, 496 = Betrieb 1973, 764; BGH LM Nr 8 zu § 138 [Bc] BGB; KG NJW 1964, 1475; OLG Frankfurt NJW 1964, 254; LG Frankfurt NJW 1964, 255; OLG Nürnberg NJW 1973, 1974). Besonderer Betrachtung bedürfen unter diesem Gesichtspunkt stets die Abreden über die Vertragsdauer und die Vertragsbeendigung sowie über die Haftung und die Gefahrtragung. Dabei müssen stets alle Klauseln im Zusammenhang gewürdigt werden; einzelne Klauseln, die, für sich genommen, gerade noch vertretbar erscheinen mögen, können doch durchaus beim Zusammentreffen mit anderen, ebenso bedenklichen Abspachen zur Nichtigkeit des Vertrages, und zwar insgesamt, führen (§ 6 Abs 3 AGBG; grdleg BGHZ 51, 55 = JuS 1969, 237 f Nr 3). Anders aber, wenn Art und Zahl der Geräte frei ausgehandelt ist (BGH MDR 1980, 50).
- 54b αα)** Aufstellplätze sind sehr begehrt, angesichts der großen Fluktuation im Gastgewerbe aber kaum auf Dauer zu sichern. Deshalb enthalten die meisten Verträge Abreden über eine fünf- oder zehnjährige, feste *Mindestdauer*. Trotz des § 11 Nr 12 AGBG hat die überwiegende Meinung keine Bedenken gegen solche Klauseln, jedenfalls solange sie nicht mit weiteren, bedenklichen Absprachen zusammentreffen (HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN §§ 9–11 Anh Rz 142; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, AGBG § 11 Nr 12 Rz 5; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B

53, 90; aM mit guten Gründen SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA, AGBG § 9 Rz 68). Auch der BGH hat eine Abrede gebilligt, auf Grund derer der Gastwirt verpflichtet war, 10 Jahre (!) den Charakter seines Betriebes nicht zu ändern (BGHZ 71, 80).

Fehlen Abreden über eine feste Vertragsdauer, so ist lebhaft umstritten, mit welcher **54c** Frist eine ordentliche *Kündigung* des Vertrages möglich ist. Überwiegende Gründe sprechen für eine analoge Anwendung des § 565 Abs 1 Nr 3 (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 92 f m Nachw).

Ohne Rücksicht auf die Absprachen über die Vertragsdauer kann jede Partei **54d** außerdem den Vertrag stets bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der ihr die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht, *fristlos kündigen* (HENSEN, AGBG §§ 9-11 Anh Rz 142; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 94 f). Als wichtiger Grund kommen dabei sowohl schwere Vertragsverletzungen des anderen Teils als auch von keiner Partei zu vertretende, unvorausehbare Umstände in Betracht. Beispiele sind eine nicht zu vertretende, schwere Erkrankung des Wirtes oder der Tod seines Partners (OLG Hamburg MDR 1976, 577). Das ist zwingendes Recht und kann nicht durch Geschäftsbedingungen geändert werden.

ββ) Wenn der Wirt seinen *Betrieb aufgibt*, ändert dies grundsätzlich nichts an seiner **54e** Verpflichtung aus dem Aufstellvertrag; es kommt lediglich bei Verträgen auf unbestimmte Zeit eine ordentliche Kündigung und sonst eine fristlose Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in Betracht (oben Rz 54 d).

Es ist deshalb unbedenklich, wenn die Parteien auch noch ausdrücklich vereinbaren, **54f** daß der Wirt selbst bei Beendigung des Pachtvertrages über seinen Betrieb an den Aufstellvertrag gebunden sein soll. Jeder schuldhafte Verstoß gegen diese Pflicht macht den Wirt dann ersatzpflichtig. Ein solcher Fall ist namentlich anzunehmen, wenn der Verpächter dem Wirt wegen Zahlungsverzugs kündigt (BGH LM Nr 31 zu § 138 [C] BGB; Nr 8 zu § 138 [Bc] BGB; Nr 14 zu § 157 [A] BGB; OLG Düsseldorf OLGZ 1973, 11 f). Hingegen sind solche Abreden sittenwidrig, wenn durch sie der Wirt an den Aufstellvertrag auch für den Fall gebunden werden soll, daß ihn an der Beendigung des Pachtvertrages über seinen Betrieb keine Schuld trifft (BGH LM Nr 8 zu § 138 [Bc] BGB; BB 1973, 496). Es muß sich dabei aber um außergewöhnliche Umstände handeln, die nicht im Risikobereich des Wirtes liegen (BGH MDR 1980, 50 f).

γγ) Trotz der somit grundsätzlich möglichen Bindung des Wirts auch für die Zeit nach **54g** Betriebsaufgabe ist der Bestand des Aufstellvertrages in einem solchen Fall naturgemäß rein tatsächlich stets erheblich gefährdet. Gegen den damit drohenden Verlust des Aufstellplatzes versuchen sich die Automatenaufsteller vor allem durch die sog Erweiterungs- und Nachfolgeklauseln zu schützen (s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 99 f).

Inhalt der **Erweiterungsklausel** ist die Verpflichtung des Gastwirts, auch bei **54h** Übernahme eines neuen Betriebs (nur) Automaten des Vertragspartners aufzustellen. Soweit sich diese Klausel auf zusätzlich übernommene Betriebe bezieht, ist sie bedenklich und kann im Einzelfall durchaus zu einer unangemessenen Benachteiligung des Wirts führen (§§ 9, 24 AGBG). Anders jedoch, wenn die Klausel lediglich den Fall des Betriebswechsels erfaßt (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 100).

Durch die **Nachfolgeklausel** wird dem Wirt auferlegt, im Falle der Betriebsaufgabe **54i** seinen Nachfolger zum Eintritt in den Aufstellvertrag zu verpflichten. Im einzelnen können solche Klauseln freilich eine sehr verschiedene Bedeutung haben (s VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 101 f). Für den Regelfall dürfte jedoch davon auszugehen sein, daß der Wirt auf Grund der Klausel (nur) verpflichtet ist, seinen

Betrieb allein einem solchen Nachfolger zu übergeben, der zum Eintritt in den Aufstellvertrag bereit ist; jeder schuldhafte Verstoß gegen diese Pflicht kann ihn dann ersatzpflichtig machen. Eine weitergehende Garantiehafung des Wirtes für den Eintritt des Nachfolgers kann durch Geschäftsbedingungen ebensowenig begründet werden wie etwa eine gesamtschuldnerische Mithaftung des Wirts neben seinem Nachfolger (HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 143 f; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 101 f m Nachw).

- 55 ε αα)** Der **Wirt** ist vor allem **verpflichtet**, den Automaten an dem dafür vorgesehenen Platz aufzustellen, dem Publikum und dem Aufsteller den Zugang zu diesem Platz zu ermöglichen, den Automaten pfleglich zu behandeln, seinen Betrieb regelmäßig und dauernd offen zu halten und keine Konkurrenzautomaten aufzustellen (oben Rz 53 d; s im einzelnen VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 59–66 m Nachw).
- 55a** Hingegen trifft den **Aufsteller** vor allem die **Pflicht**, den Automaten aufzustellen und regelmäßig zu warten (VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 67–73). Defekte Automaten muß er unverzüglich instandsetzen und gegebenenfalls austauschen; auch eine Freizeichnungsklausel kann hieran nichts ändern (§§ 9, 24 ABGB). Verstößt der Aufsteller gegen diese unabdingbare Hauptleistungspflicht, so kann der Wirt nicht nur Erfüllung verlangen, sondern stets auch fristlos kündigen (oben Rz 54 d).
- 55b ββ)** Verstößt eine Partei schuldhaft gegen ihre vertraglichen Pflichten (oben Rz 55 f), so kann die andere *Schadensersatz* verlangen (BGHZ 71, 80; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 74 f). Beispiele sind Verstöße des Wirtes gegen die Pflicht, den Charakter der Wirtschaft zehn Jahre nicht zu verändern (BGH aaO), sowie vor allem jede Verletzung der Ausschließlichkeitsbindung durch Abschluß eines Vertrages mit einem anderen Aufsteller (OLG Hamm NJW 1964, 2021; OLG Köln WuM 1976, 178).
- 55c** Beendet der Aufsteller den Vertrag wegen der Vertragsverletzung des Wirtes (oben Rz 54 d) oder wird dem Wirt die Erfüllung des Vertrages unmöglich, so kann der Aufsteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 325; s EMMERICH, Leistungsstörungen 85 f, 165 f). Sein *Schaden* wird in aller Regel vorwiegend in dem ihm entgangenen Gewinn bestehen (OLG Hamm und Köln o Rz 55 b). Bei dessen Berechnung (§ 252) müssen jedoch die voraussichtliche Vertragsdauer sowie ein etwaiger, anderweitig mit den zurückgenommenen Automaten erzielter Ertrag berücksichtigt werden; auch kann der Aufsteller Zahlung der einzelnen Schadensraten grundsätzlich nicht vor den vertraglich vorgesehenen Fälligkeitsterminen verlangen (BGH ZMR 1979, 351, 352 = WM 1979, 1105, 1106; s im einzelnen VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 79–83). Die *Verjährungsfrist* beträgt gem § 195 grundsätzlich 30 Jahre (BGHZ 71, 80).
- 56 γγ)** In den Geschäftsbedingungen der Automatenaufsteller wird der Ersatzanspruch idR *pauschaliert*. Hierbei sind die Grenzen der §§ 9, 11 Nrn 5 und 6 sowie 24 ABGB zu beachten. Deshalb müssen Vertragsstrafen grundsätzlich auf den Ersatzanspruch angerechnet werden; außerdem müssen bei der Schadenspauschale die vom Aufsteller ersparten Kosten, anderweitig erzielte Erträge und die Abzinsung des sofort fälligen Betrages berücksichtigt werden, so daß die Schadenspauschale idR höchstens die Hälfte bis zwei Drittel der bisherigen, durchschnittlichen oder der vertraglich vorgesehenen Bruttoerlöse betragen darf (HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 145 f).
- 56a ζ)** Ein Automatenaufsteller, der einen Wirt in Kenntnis dessen Bindung an einen anderen Aufsteller zum Vertragsbruch durch Abschluß eines neuen Vertrages verleitet, kann sich damit des unlauteren Wettbewerbs gegenüber dem ersten Aufsteller schuldig machen (§ 1 UWG; BGH LM Nr 261 zu § 1 UWG;

BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht [13. Aufl 1981] § 1 UWG Rz 571–576; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT Rz B 56 f).

c) Tankstellenverträge*

57

Bei den Tankstellenverträgen gibt es verschiedene Gestaltungsformen, die auch eine unterschiedliche, rechtliche Qualifizierung erforderlich machen. Normale Grundstücksmitte liegt zunächst vor, wenn ein Grundstückseigentümer einer Mineralölgesellschaft ein Grundstück überläßt, damit die Gesellschaft auf diesem Grundstück eine Tankstelle errichten und betreiben kann. Abgrenzungsprobleme entstehen deshalb erst, wenn die Mineralölgesellschaft die von ihr errichtete Tankstelle dem Grundstückseigentümer oder einem Dritten zum Betrieb überläßt (sog Stationärsvertrag). Derartige Verträge enthalten miet- und dienstvertragliche Elemente. Dabei überwiegen zwar die dienstvertraglichen Elemente, jedoch nicht in einem solchen Ausmaß, daß auf die Verträge ausschließlich Dienstvertragsrecht angewendet werden könnte (BGHZ 52, 171, 175). Deshalb wird es überwiegend auch abgelehnt, auf die Stationärsverträge § 624 entsprechend oder unmittelbar anzuwenden (BGHZ 52, 171, 174; OLG Stuttgart NJW 1964, 2255 m Anm RITTNER; LG Hamburg NJW 1963, 1550 m Anm WÜRDINGER; DUDEN und BOLDT aaO; differenzierend SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, HGB [5. Aufl 1973] § 89 Rz 41a; aA nur OLG Hamm Rpfleger 1962, 343; HEYER NJW 1965, 1573).

An dieser Beurteilung ändert es nichts, daß die Verwalter oder Stationäre durchweg als Handelsvertreter, dh im Namen der Mineralölgesellschaften, tätig werden. Bedeutung hat dieser Umstand allenfalls für die kartellrechtliche Beurteilung der den Stationären durchweg auferlegten Ausschließlichkeits- und Preisbindungen: Da die Stationäre als Handelsvertreter tätig werden, will eine verbreitete Meinung auf ihr Verhältnis zu den Mineralölgesellschaften § 15 GWB nicht anwenden, um Preis- und Konditionenbindungen zu ermöglichen (bes RITTNER ZHR 135, 289). Diese Meinung ist jedoch nicht haltbar, da die Stationäre tatsächlich ihrem ganzen Erscheinungsbild nach eigenunternehmerisch tätig werden (EMMERICH, Kartellrecht [3. Aufl 1979] 122 m Nachw). Soweit die Stationäre außerdem noch auf eigene Rechnung Reparaturwerkstätten betreiben, müssen ihnen die Mineralölgesellschaften obendrein erlauben, wenigstens im Rahmen der Werkstatt auch andere Öle zu vertreiben (BGH LM Nr 19 zu Art V MRVO [BrZ] Nr 78 = NJW 1959, 1679 f Nr 8; insbes BGH LM Nr 53 zu § 242 [Ba] BGB = JuS 1968, 185 Nr 4).

d) Beherbergungsverträge**

58

Bei den Beherbergungsverträgen kommen die unterschiedlichsten Gestaltungsformen vor, die folglich eine verschiedenartige Behandlung erfordern.

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 237 f zu § 535; BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung – Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel (1957); BOLDT BB 1962, 906; DUDEN, Kündigung von Tankstellenverträgen nach § 624 BGB, NJW 1962, 1326; ERMAN-SCHOPP Vorbem 24 ff zu § 535; RITTNER, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung (1957); ders ZHR Bd 135 (1971) 289; SCHÜLLER ORDO Bd XIX (1968), 171.

** **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 255 ff zu § 535; ERMAN-SCHOPP Vorbem 10 ff zu § 535; GANSCHEZIAN-FINK, Rechtsverhältnis zwischen Gast und Gastwirt (1971); JOSEF, Die Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung, der Pensionsvertrag und die Einwirkung des Zuschlags auf das Zubehör des Mietgrundstücks, Gruchot 49, 737; MITTELSTEIN 67 ff; NIENDORFF 21 ff; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 39 ff; WEIMAR, Die Haftung des Hoteliers und des Hotelgastes bei Ausbruch ansteckender Krankheiten, MDR 1963, 551; ders, Rechtsfragen bei Miete eines Hotelzimmers, ZMR 1971, 202.

- aa)** Mietvertrag mit anderstypischer, untergeordneter Nebenleistung ist die Miete eines Raumes mit gewissen, zusätzlichen Dienstleistungen des Vermieters wie Reinigung oder Bereitung des Frühstücks. Derartige Verträge werden grundsätzlich nach Mietrecht behandelt; nur im Einzelfall kann es angemessen sein, für die anderstypische Nebenleistung die dafür maßgeblichen Vorschriften ergänzend heranzuziehen (EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts I [1974] 288).
- 59** Ebenso zu behandeln ist der **Hotelaufnahmevertrag**. Auch er ist in seinem Kern Wohnungsmietvertrag, wenn auch häufig gemischt mit verschiedenen, anderen Verträgen wie Kauf, Verwahrung, Dienst- und Werkvertrag. Diese Einordnung der Hotelaufnahmeverträge ist schon durch das dringende Interesse des Gastes an der umfassenden Haftung des Hoteliers aus § 538 gerechtfertigt (RG JW 1907, 705 Nr 8; RGZ 169, 84 m Anm ROQUETTE DR 1942, 972; BGHZ 63, 333 ff [bes 336 f]; 71, 175, 177; BGH LM Nr 10 zu § 537 BGB; OLG München HRR 1941 Nr 925; LG Hamburg NJW 1973, 2254; AG Garmisch-Partenkirchen ZMR 1968, 43; OLG Braunschweig NJW 1976, 570 m abl Anm MENDEN 970 = JuS 1976, 534 f Nr 2; aA nur MITTELSTEIN 67 ff). Dasselbe gilt folglich für Pensionsverträge (BGHZ 71, 175; OLG Kiel HRR 1941 Nr 588). Für das Zustandekommen derartiger Verträge genügt grundsätzlich das bloße telefonische Reservieren von Zimmern (OLG Hamburg OLGE 22, 260; OLG Braunschweig aaO). Fällt später der Anlaß der Reservierung fort, so bedeutet dies keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage und gibt dem Mieter auch kein Rücktrittsrecht (OLG Braunschweig aaO). Jedoch kann sich uU aus einer Verkehrssitte ein Rücktrittsrecht ergeben (BGH NJW 1977, 385 ff).
- 60 bb)** Die **Belegungsverträge** der Sozialversicherungsträger mit privaten Kurheimen, Gasthöfen oder Sanatorien sind ebenfalls Mietverträge, die idR jedes Jahr erneuert werden. Nach § 242 müssen jedoch die Sozialversicherungsträger ihre Absicht, die Verträge nicht mehr zu erneuern, rechtzeitig ihren Vertragspartnern anzeigen, um diesen eine Einstellung auf die neue Situation zu ermöglichen; andernfalls haften sie aus cic (OLG Hamm, Urt v 15. 6. 1976 – 7 U 174/75, S 10 ff; OLG Stuttgart, Urt v 26. 10. 1966 – 10 U 50/66).
- 61 cc)** Die **Belegarztverträge** sind hingegen atypische Dauerrechtsverhältnisse mit Elementen der Miete oder Leihe, je nachdem ob sie entgeltlich sind oder nicht. Eine fristlose Kündigung dieser Verträge ist wie bei allen Dauerrechtsverhältnissen nur aus wichtigem Grunde möglich (BGH LM Nr 11 zu § 305 BGB m Anm HEPP NJW 1972, 1514 ff).
- 62 dd)** Bei **Verträgen über die Aufnahme von Patienten** in Sanatorien und Kliniken und namentlich bei den Krankenhausaufnahmeverträgen steht 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 (RG JW 1938, 1246 Nr 12; BGHZ 2, 94, 96; OLG Braunschweig OLGE 22, 255; OLG Hamm MDR 1954, 166 Nr 126; DANIELS NJW 1972, 305; MUSIELAK JuS 1977, 87; UHLENBRUCK NJW 1964, 431; 1973, 1399). Bei der Einweisung Pflichtversicherter kommt dieser Krankenhausaufnahmevertrag zwischen dem Krankenhaus und der Krankenkasse zustande. Er wird allgemein als Vertrag zugunsten des eingewiesenen Patienten angesehen, so daß der Krankenhausträger auch dem aufgenommenen Patienten vertraglich haftet (BGHZ 4, 138, 148 ff m Anm PAGENDARM LM Nr 4 zu § 278 BGB). Ebenso zu beurteilen sind Internatsverträge (LG Bonn MDR 1977, 313 m Anm WESTHELLE 841). Insbes sind auch sie Verträge zugunsten der Kinder (BGH NJW 1980, 1744).

Für die Gestaltung der hier zustande kommenden Rechtsverhältnisse sind jetzt **63** maßgeblich vor allem das Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze v 29. 7. 1972 (BGBl I 1009) und die dazu ergangene BundespflegesatzVO v 25. 4. 1973 (BGBl I 333, 419; dazu zB ELSHOLZ, Kommentar zum Krankenhausfinanzierungsg und zur BundespflegesatzVO [1974]). Durch die genannten Gesetze ist der sog totale Krankenhausaufnahmevertrag zur Regel geworden. Aufgrund dieses Vertrages, der Elemente des Beherbergungs-, Kauf-, Werk- und Dienstvertrages umfaßt, schuldet das Krankenhaus sowohl die Krankenhausversorgung als auch die ärztlichen Leistungen, die im Wege zulässiger Substitution durch vom Krankenhaus angestellte Ärzte erbracht werden. Daneben können die Patienten jedoch mit den Ärzten einen Zusatzvertrag abschließen, wenn sie eine private Behandlung wünschen. In diesem Fall müssen die Krankenhauspflegesätze entsprechend ermäßigt werden, um eine doppelte Bezahlung der ärztlichen Leistungen durch die privaten Patienten zu verhindern (hierzu insbes GITTER, Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte [1975]; UHLENBRUCK NJW 1973, 1399; ders arztrecht 1973, 59; BUSSE arztrecht 1973, 185; WEISSAUER arztrecht 1974, 285; MUSIELAK JuS 1977, 87).

Die Haftung für das Abhandenkommen von Geld- oder Wertsachen der Patienten **63a** können die Krankenhäuser durch ihre Geschäftsbedingungen nur wirksam einschränken, wenn sie dafür die Möglichkeit anbieten, die Gegenstände sicher zu verwahren; für grobe Fahrlässigkeit haften sie in jedem Fall (§§ 9, 11 Nr 7 AGBG; OLG Karlsruhe NJW 1975, 597; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG [3. Aufl 1978] §§ 9–11 Anh Rz 897).

ee) Heimpflegeverträge sind gemischte Verträge aus Elementen der Miete und des Dienstvertrages, wobei die dienstvertraglichen Elemente überwiegen (BGH NJW 1981, 341). Folglich können derartige Verträge bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626, jedoch nur innerhalb der Fristen des § 626 Abs 2 fristlos gekündigt werden. Bei einer dadurch bewirkten, vorzeitigen Beendigung des Vertrages kann der aufgenommene Patient Rückzahlung des noch nicht abgewohnten Teils der von ihm geleisteten Einstandssummen verlangen (OLG Hamburg MDR 1973, 758 Nr 43; PALANDT-PUTZO Einf 3 a vor § 535). Unanwendbar ist hingegen § 624 (OLG Köln NJW 1980, 1395 ff).

e) Sonstige Verbindungen mit dienstvertraglichen Elementen

65

aa) Der **Hausmeistervertrag** ist grundsätzlich ein Dienstvertrag (NIENDORFF 8 ff), bei dem die Gegenleistung für die in erster Linie geschuldeten Dienste zT nicht in Geld, sondern in der Gewährung von Wohnung und Unterkunft besteht (sog doppeltypische oder Zwitterverträge, dh Austauschverträge mit anderstypischer Gegenleistung). Bei solchen Verträgen wird grundsätzlich jede einzelne Leistung nach den für sie maßgebenden Vorschriften beurteilt; ergänzend muß aber nach dem Gesamtinhalt der Abreden der Parteien stets noch geprüft werden, ob die danach zunächst maßgebliche Regelung auch auf den Vertrag als Ganzes angewendet werden kann (EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts [1974] 289).

bb) Auch bei den sog **Dienstwohnungen** wird die Überlassung der Wohnung häufig **66** nichts anderes als ein besonderes, zusätzliches Entgelt für die in erster Linie geschuldeten Dienstleistungen sein. Für diese Verträge enthalten jetzt die §§ 565 b bis 565 e eine Sonderregelung (für Beamte anders BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 252 zu § 535, zu den Heuerlingsverträgen s Vorbem zu § 581 Rz 70 f).

67 cc) Werkförderungsverträge*

Unter Werkförderungsverträgen versteht man Abreden zwischen privaten oder öffentlichen Arbeitgebern und privaten Bauherren, durch die die Arbeitgeber den Bauherrn Mittel zur Errichtung von Wohnungen gegen das Recht zur Verfügung stellen, die damit errichteten Wohnungen mit ihren Arbeitnehmern zu belegen (LG Hamburg ZMR 1976, 332). Werkförderungsverträge sind keine Mietverträge, sondern Darlehen mit werkvertraglichen Elementen. Deshalb ist auf sie § 571 nicht anwendbar mit der Folge, daß bei Veräußerung des Grundstücks das Belegungs- oder Besetzungsrecht nicht gegen den Erwerber geltend gemacht werden kann (BGHZ 48, 244, 246 m Anm SÜLLNER JZ 1968, 183).

68 Werkförderungsverträge stellen grundsätzlich Verträge zugunsten der zukünftigen Mieter, der Arbeitnehmer des fördernden Arbeitgebers, dar (BGH NJW 1967, 2260 ff; OLG Köln ZMR 1971, 339; LG Düsseldorf ZMR 1971, 179; HENSELER, ROQUETTE u OTTO aaO; STERNEL Rz III 59, IV 39). Folglich ist eine Vereinbarung zwischen dem fördernden Dritten und dem Vermieter, nach der eine Erhöhung der Miete auch für den Fall ihrer preisrechtlichen Zulässigkeit ausgeschlossen sein soll, auch im Verhältnis zwischen dem Vermieter und Mieter selbst dann wirksam, wenn die Form des § 566 nicht gewahrt ist (BGH WarnR 1965 Nr 222).

69 Die Werkförderungsverträge enthalten in aller Regel zugunsten der Mieter neben solchen Beschränkungen der Miethöhe auch Kündigungsbeschränkungen. Jedoch enden diese Beschränkungen, sofern nicht ausdrücklich und unmißverständlich das Gegenteil vereinbart ist, grundsätzlich mit Ablauf des Belegungsrechts, nicht jedoch mit einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehns (BGH LM Nr 4 zu § 157 [Gg] BGB; WarnR 1970 Nr 196; STERNEL Rz IV 39). Nach Erlöschen des Belegungsrechts besteht die Kündigungsbeschränkung nur ausnahmsweise fort, wenn aufgrund einer unmißverständlichen Abrede die Kündigung auch weiterhin der Zustimmung des Darlehnsgebers bedürfen soll (BGH WarnR 1971 Nr 46).

Bei der Beurteilung der Mietpreisbindung muß man im übrigen im einzelnen zwischen Förderungsverträgen der öffentlichen Hand und Werkförderungsverträgen mit privaten Geldgebern unterscheiden.

70 Bei Förderungsverträgen der *öffentlichen* Hand ist Art X § 3 AbbauG 1960 zu beachten. Hiernach wird eine im Werkförderungsvertrag vereinbarte Mietpreisklausel bei öffentlich gefördertem Wohnraum kraft Gesetzes in dem Sinne umgestaltet, daß statt der vereinbarten Miete die preisrechtlich zulässige Miete als vereinbart gilt. Bei anderem Wohnraum muß hingegen die fördernde Dienststelle einer Erhöhung des Mietzinses zustimmen, wenn andernfalls die Wirtschaftlichkeit des Wohnraums gefährdet wäre. Diese Regelung ist jedoch nicht auf Werkförderungsverträge privater Geldgeber anzuwenden (BGH LM Nr 2 zu AbbauG 1960; bestätigt durch BGH NJW 1967, 2260).

70a Seit Inkrafttreten des § 87 a des 2. WohnungsbauG ist Art X § 3 AbbauG in den dort genannten Fällen nicht mehr anzuwenden. Folglich kann seit 1. 8. 1968 in diesen Fällen der Vermieter durch einseitige schriftliche Erklärung gegenüber dem Mieter die Miete bis zur Kostenmiete erhöhen, deren Berechnung sich nach § 87 a Abs 2 des 2. WohnungsbauG richtet (s BGH LM Nr 25 zu § 18 1. BMG = ZMR 1970, 277;

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 193 ff zu § 535; BRAXMAIER, Die Rechtsprechung des BGH zum Miet- und Pachtrecht, WM 1968, 202, 207 f; 1970, 26, 28; HENSELER MDR 1964, 364; OTTO Betrieb 1974, 2289; PALANDY-PUTZO Einf 11 b, ee vor § 535; ROQUETTE, Werkförderungsverträge als Verträge zugunsten Dritter, NJW 1967, 2239; STERNEL Rz II 133, III 59, IV 39 (S 102, 227, 481).

STERNELE Rz III 59). An diese Kostenmiete bleibt der Vermieter auch bei vorzeitiger Darlehenstilgung gebunden, weil sich der Vermieter grundsätzlich von den vertraglichen Bindungen im Werkförderungsvertrag nicht durch vorzeitige Rückzahlung des Darlehens befreien kann (BGH WarnR 1970 Nr 196). Die Regelung des § 87 a des 2. WohnungsbauG verstößt nicht gegen die Art 3, 14, 72 u 74 GG (BGH WarnR 1971 Nr 97).

Haben die Parteien vereinbart, daß den Mietverträgen stets die gesetzlich zulässige Kostenmiete zugrunde zu legen ist, so ist der Vermieter an die jeweilige Fassung der 2. BerechnungsVO gebunden (BGH NJW 1975, 731 = WuM 1976, 44). Verlangt er von den Mietern eine danach unzulässige Miete, so kann der öffentliche Darlehensgeber Unterlassung verlangen (BGH aaO). **70b**

Bei Werkförderungsverträgen mit *privaten* Geldgebern, die Mietpreisbindungen enthalten, ist dem Vermieter nach § 19 Abs 1 des 1. BMG grundsätzlich jede Mieterhöhung verwehrt. Auch bei vorzeitiger Rückzahlung der Förderungsmittel erlischt also weder ein auf bestimmte Zeit eingeräumtes Besetzungsrecht des Geldgebers noch die vertraglich vereinbarte Mietpreisbindung (BGH LM Nr 17 zu § 607 BGB m Nachw). Gegen ein derartiges auf 20 Jahre befristetes Besetzungsrecht bestehen keine Bedenken; aber auch länger dauernde Bindungen des Vermieters sind möglich (BGH aaO). Verstößt der Bauherr gegen das ihn hiernach bindende Verbot einer Mietzinserhöhung und sind künftige Zuwiderhandlungen zu befürchten, so kann auch der private Darlehensgeber Unterlassung verlangen (BGH NJW 1967, 2260 ff; LG Nürnberg-Fürth NJW 1967, 2264).

Mieter, die mit dem Vermieter eine höhere als die hiernach zulässige Miete vereinbart haben, können Rückzahlung der nicht geschuldeten Mietzinsteile verlangen, außer wenn sie wußten, daß der Vermieter von ihnen den höheren Mietzins nicht fordern darf (§§ 812 Abs 1, 814; BGH NJW 1967, 2260, 2262). Den Bereicherungsanspruch kann auch der private Darlehensgeber geltend machen. **72**

Bei Nichterfüllung der Pflichten aus dem Werkförderungsvertrag stehen dem Darlehensgeber gegen den Vermieter Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu (OLG Düsseldorf NJW 1965, 918 m Anm HENSELER; LG Wuppertal NJW 1965, 919). Übernimmt der Darlehensgeber eine Mietausfallgarantie, so erstreckt sich diese grundsätzlich nur auf Ausfälle durch Leerstehen der Wohnung, nicht auf solche durch Zahlungsunfähigkeit des Mieters (BGH BB 1977, 66). **73**

f) Gemeinschaften und Gesellschaften*

74

aa) Gesamthandsgemeinschaften und Bruchteilsgemeinschaften können die gemeinsame Sache durchaus an ihre Mitglieder vermieten. Folglich kommt, wenn eine Sache aufgrund eines Beschlusses der Gemeinschaft einem der Mitglieder gegen Entgelt auf Zeit zum Gebrauch überlassen ist, dadurch stets konkludent ein Mietvertrag zwischen der Gemeinschaft und dem Mitglied zustande (so insbes BGH LM Nr 42 zu § 535 BGB; Nr 9 zu § 745 BGB; Nr 22 zu § 538 BGB). Anders jedoch, wenn einer der Miteigentümer die Sache allein gebraucht, ohne daß hierüber ein Beschluß der Gemeinschaft vorläge: Dann bestimmt sich das Rechtsverhältnis allein nach den §§ 741 ff (BGH LM Nr 2 zu § 745 BGB; Nr 3/4 zu § 743 BGB).

bb) Besonderheiten gelten für die Beziehungen zwischen Genossenschaften und ihren Mitgliedern, namentlich für die Beziehungen zu Wohnungsbaugenossenschaften. Die Überlassung von Wohnungen durch diese an ihre Mitglieder kann sowohl auf

* **Schrifttum:** MITTELSTEIN 78 f; ROQUETTE § 535 Rz 82 ff, 95 ff, 103 ff, 108 ff; ders, Der Rechtscharakter des genossenschaftlichen Nutzungsvertrages, ZGenW 1958, 180.

der Satzung beruhen und deshalb ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis darstellen als auch – so idR – auf dem Abschluß eines Mietvertrages zwischen Gesellschaft und Mitglied beruhen (ROQUETTE aaO; LG Wiesbaden NJW 1962, 2352; LG Essen ZMR 1972, 11). Im letzteren Fall ist der Vertrag grundsätzlich so lange unkündbar, wie der Mieter Mitglied der Genossenschaft ist. Auch die Tatsache, daß der Ehegatte nicht Mitglied ist, gibt der Genossenschaft kein Kündigungsrecht (STERNEL Tz I 70). Endet die Mitgliedschaft, so hat dies nur dann die Beendigung des Mietvertrages zur Folge, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist (§ 158 Abs 2); in diesem Falle ist außerdem § 565 a Abs 2 zu beachten. Andernfalls kann die Genossenschaft nur nach § 564 b kündigen (STERNEL Rz IV 100). Auch ist § 571 anwendbar, so daß bei Veräußerung des Grundstücks durch die Genossenschaft der Erwerber in die bestehenden Mietverträge eintritt (§ 571 Rz 24; LG Wiesbaden aaO; LG Hagen NJW 1960, 1468, 1469 f m abl Anm BETTERMANN; LG Waldshut NJW 1959, 154 m abl Anm BETTERMANN; LG Kassel WuM 1968, 45; ROQUETTE aaO). Schließlich hat jeder Mieter Anspruch auf Gleichbehandlung (BGH LM Nr 2 u 3 zu § 18 GenG).

76 g) Lizenzverträge und ähnliche Erscheinungen

aa) *Lizenzverträge* über gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte sind im Kern Rechtspachtverträge (Vorbem 73 ff zu § 581), nicht Mietverträge, da ihr Gegenstand Rechte und nicht Sachen sind. Enthalten die Lizenzverträge über gewerbliche Schutzrechte oder know how Lizenznehmerbeschränkungen, so sind sie nur in den Grenzen der §§ 20 und 21 GWB zulässig; außerdem bedarf dann stets der ganze Vertrag nach § 34 GWB der Schriftform (s eingehend EMMERICH, Kartellrecht [3. Aufl 1979] 145 f; ders NJW 1980, 1363).

77 Keine Berührung mit der Miete hat auch das sog *Franchising*, bei dem es sich im Kern um die Lizenzierung einer bestimmten Vertriebsidee handelt (s hierzu eingehend LOEWENHEIM, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung [1970] 99 ff; GROSS-SKAUPY, Das Franchise-System [1968]; BEHR, Der Franchisevertrag [1976]; MACK, Neuere Vertragssysteme in Deutschland [1975]).

78 bb) Die sog *Filmleihverträge* zwischen Verleiher und Kinobesitzer sind urheberrechtliche Nutzungsverträge (s Vorbem 78 ff zu § 581) und Mietverträge nur insoweit, als es um den Gebrauch der überlassenen Filmkopie geht (BGH LM Nr 8 zu § 325 BGB; OLG Hamburg Recht 1914 Nr 759; s dazu im einzelnen BRUGGER Ufita Bd 27 [1959] 189, Bd 31 [1960] 1; ESSER-WEYERS II 1 § 24 III; KOPPENSTEINER ZHR Bd 129 [1969] 256; LAUFKE, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Filmwirtschaft usw [1962]; LOEWENHEIM Ufita Bd 79 [1977] 175). Der Herausgabeanspruch des Verleihers richtet sich folglich nach § 556; seine Ersatzansprüche wegen Beschädigungen der Kopien verjähren in der Frist des § 558 (OLG Celle NJW 1965, 1667). Das Einspielrisiko trägt der Mieter (KG Ufita Bd 67 [1973] 220, 227; BGH aaO). Für Wettbewerbsbeschränkungen in solchen Verträgen gelten uneingeschränkt die §§ 1 bzw 15 und 18 GWB; die §§ 20, 21 und 34 GWB finden keine Anwendung (s Vorbem 82 f zu § 581 mN).

79 Der sog *Filmverwertungsvertrag* zwischen dem Hersteller und dem sog Verleiher ist ebenfalls ein urheberrechtlicher Lizenzvertrag (RGZ 106, 362; 118, 288, 290; BGHZ 2, 331, 333 ff). Und Werkvertrag ist schließlich der zwischen Kinobesitzer und Dritten geschlossene Kinowerbevertrag (LG München NJW 1965, 1533).

80 h) Sonstige Einzelfälle

aa) Bei Besuchen von Restaurants und sonstigen Vergnügungsstätten tritt das Mietvertragsselement gegenüber dem Kauf- oder Werkvertragsselement ganz in den Hintergrund (LEONHARD II 138; MITTELSTEIN 69 f). Eine Einschränkung der

3. Titel. Miete. Pacht

Haftung des Wirts für Garderobe ist nur noch in engen Grenzen möglich (HENSEN in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG [3. Aufl 1978] §§ 9–11 Anh Rz 386).

bb) Verträge über die Benutzung von *Vergnügungseinrichtungen* wie Schiffschaukeln, Kegelbahnen oder Autoscooter sind in erster Linie Miete, so daß vor allem die Benutzer den umfassenden Schutz des § 538 genießen (BGH LM Nr 5 zu § 538 BGB = JuS 1962, 285 Nr 7; LM Nr 19 zu § 537 BGB m Anm TRENCK-HINTERBERGER JuS 1975, 501; OLG Köln NJW 1964, 2020; ESSER-WEYERS II 1 § 24 I). Schließt eine Gesellschaft von Keglern einen Mietvertrag mit einem Gastwirt ab, so sind sämtliche Kegler in die Schutzwirkungen dieses Mietvertrages einbezogen (BGH LM Nr 19 zu § 537 BGB m Anm TRENCK-HINTERBERGER aaO).

cc) Miete und nicht Verwahrung sind die *Tresor-* oder Schrankfachverträge, weil die Bank hierdurch ihren Kunden in erster Linie den Gebrauch einer bestimmten Sache gewährt; freilich handelt es sich nicht um eine Raummiete iS des § 580 (RGZ 141, 99; MITTELSTEIN 20; aM ENNECCERUS-LEHMANN § 127 I 3; LEONHARD II 138). Unabhängig von diesem Streit steht fest, daß die Bank verpflichtet ist, dem Kunden die Benutzung des Schrankfaches zur Aufbewahrung von Gegenständen zu gestatten und darüber zu wachen, daß Unbefugte keinen Zugang erhalten. Bei Verletzung dieser Pflichten ist die Bank ersatzpflichtig. Zusätzliche persönliche Verwahrungs- und Sorgfaltspflichten übernimmt die Bank hingegen nicht. Dementsprechend ist der Kunde idR Alleinbesitzer des Schrankfachinhalts (OLG Oldenburg NJW 1977, 1780 f m abl Anm O WERNER JuS 1980, 175).

dd) Mietvertrag ist auch ein Vertrag über die Benutzung fremder Anschlußgleise oder der Vertrag, durch den der Grundstücksinhaber einem Dritten das Campieren auf seinem Grundstück erlaubt (OLG Koblenz NJW 1966, 2017 m Anm HOFFMANN NJW 1967, 50; WEIMAR Versicherungswirtschaft 1973, 950). Bei einer unebenen Spielwiese trifft jedoch den Grundstückseigentümer keine zusätzliche Verkehrssicherungspflicht (LG Verden VersR 1976, 299 m Anm GAISBAUER VersR 1977, 144).

ee) Bei Verträgen über die Benutzung von Verpackungsmaterial kommen sowohl Kauf wie Miete als auch atypische Verträge oder unregelmäßige Verwahrung in Betracht (s ENNECCERUS-LEHMANN § 127 I 1; MITTELSTEIN 57 f).

ff) Bei allen Beförderungsverträgen steht das Werkvertragsselement ganz im Vordergrund, so daß auch nicht ergänzend Mietrecht auf sie anzuwenden ist. Das gilt auch bei den Verträgen über die Benutzung eines Schlafwagens oder einer Schiffskabine (MITTELSTEIN 69 f). Hingegen ist die vorübergehende Nutzung einer Wohnung oder eines Hauses aufgrund eines Träger-Bewerbvertrages Miete (BGHZ 56, 136 ff) oder Pacht (Vorbem 72 zu § 581). Ebenso die Bereitstellung eines Gerüsts (OLG Düsseldorf VersR 1974, 113).

gg) Die Sondernutzung öffentlicher Sachen, zB zur Aufstellung von Ständen und zu ähnlichen Zwecken, ist heute durch die neuen Wege- und Straßengesetze des Bundes und der Länder ausschließlich ins öffentliche Recht verwiesen worden, so daß insoweit Mietverträge nicht mehr angenommen werden können. Dadurch wird es jedoch nicht ausgeschlossen, auf das öffentlich-rechtliche Nutzungsverhältnis ergänzend schuldrechtliche und namentlich mietrechtliche Vorschriften anzuwenden. Insbesondere die Haftung des Eigentümers wird bei diesen öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnissen ebenso wie im Privatrecht zu beurteilen sein (BGHZ 21, 214; 54, 299; 59, 303; 61, 7 = JuS 1971, 214 Nr 14; 1973, 113 Nr 4; 1974, 48 Nr 1; BGH NJW 1973, 2103; 1964, 456; BREHM JuS 1975, 90; GÖTZ JuS 1971, 349; OSSENBUHL DVBl 1973, 289; RUFNER DÖV 1973, 808; SCHWARZE JuS 1974, 640; STURNER JuS 1973, 749; ZULEEG JuS 1973, 37).

- 87 hh)** Nur die Konzessionsverträge über die Verlegung von Schienen und Leitungen in öffentlichen Straßen sind durch § 8 Abs 10 BFernStrG und die entsprechenden Vorschriften der neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder ins Privatrecht verwiesen (EMMERICH BB 1973, 1269 ff; MALZER, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung [1966] 38 ff). Derartige Konzessionsverträge sind gemischte Verträge mit vorwiegend mietvertraglichen Elementen (RGZ 88, 14; 108, 204; aM OLG Hamburg MDR 1976, 142 bei einmaliger Zahlung von lediglich DM 100,-). Wirtschaftlich gesehen bilden den Kern der Konzessionsverträge jedoch die von den Gemeinden gegen Zahlung sehr hoher Konzessionsabgaben durchweg übernommenen Ausschließlichkeitsbindungen zugunsten der Versorgungsunternehmen, denen jeweils die Verlegung von Leitungen oder Schienen gestattet wurde (s EMMERICH aaO; ders, Kartellrecht [3. Aufl 1979] 296 f m Nachw).
- 88 ii)** Das Fernsprechverhältnis ist heute ausschließlich öffentlich-rechtlich konstruiert (BGHZ 39, 35, 36: mietähnliches öffentlich-rechtliches Wiederkehrschuldverhältnis; eingehend AUBERT, Fernmelder Bd I [3. Aufl 1974] 152 ff, 184 ff). Auch der Vertrag über die Überlassung eines Fernsprechanschlusses ist kein Mietvertrag mehr.
- 89 jj)** Verträge über die Überlassung von Flächen zur Anbringung von Reklametafeln sind Mietverträge. Handelt es sich um Wand- oder Dachflächen von Gebäuden, so liegt eine Grundstücksmiet vor (s § 571 Rz 14 ff, § 580 Rz 1 ff; zB OLG Frankfurt BB 1970, 731; OLG Hamm MDR 1976, 143 f). Handelt es sich jedoch um Fahrzeuge, zB um Straßenbahnen oder Omnibusse, deren Außenflächen vermietet werden, so kommen werkvertragliche Elemente hinzu; das mietvertragliche Element dürfte indessen eindeutig überwiegen. Ein langfristiger Vertrag über die Überlassung aller zukünftigen derartigen Reklamemöglichkeiten ist grundsätzlich nicht sittenwidrig (BGH LM Nr 5 zu § 138 [Bc] BGB; s auch BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 263 zu § 535).

90 i) Die Verbindung von Miete und Kauf

Miete und Kauf können in beliebiger Weise miteinander kombiniert werden oder aufeinander folgen (s insbes MITTELSTEIN 81 ff). So kann der Vermieter als Nebenleistung die Verpflichtung zur Lieferung von **Wasser oder Energie** wie zB Dampf übernehmen. Ist hier nichts anderes vereinbart, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß diese Nebenleistungen schon mit dem Mietzins abgegolten sind (s ROQUETTE NJW 1953, 573). Anders jedoch, wenn die zusätzlichen Leistungspflichten zur weiteren Hauptleistungspflicht des Vermieters werden. Dann muß der Mieter hierfür auch ein zusätzliches Entgelt zahlen.

III. Abschluß und Inhalt des Mietvertrages

91 1. Das Zustandekommen des Vertrages*

a) Abschluß

aa) Für die Haftung der Parteien aus **cic** gelten keine Besonderheiten (s EMMERICH, Leistungsstörungen 32 f; ders, in: MünchKomm Vorbem 85 f zu § 275; SCHMIDT-FUTTERER aaO; BRAXMAIER WM 1968, 202; 1976, 2). Folglich trifft den Vermieter

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 26 ff zu § 535; MITTELSTEIN 89 ff, 134 ff; NIENDORFF 48 ff; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 25 ff; ders, Mietrecht, s v Mietvertrag und Vorverhandlungen; STERNEL Rz I 7 ff (S 4 ff).

eine Aufklärungspflicht hinsichtlich derjenigen Eigenschaften und Rechtsverhältnisse, die für den Mieter erkennbar von besonderer Bedeutung sein können (BGH LM Nr 14 zu § 276 [Fa] BGB = JuS 1963, 411 Nr 1; WM 1980, 1365 f; LG Mannheim DWV 1977, 186 f; OLG Hamm, Urt v 31. 1. 1978 – 7 U 92/77, S 8 ff). Dazu gehört insbes die Höhe der zu erwartenden Nebenkosten (LG Frankfurt WuM 1979, 24). Außerdem ist der Vermieter schon während der Vertragsverhandlungen gegenüber dem Mieter und dessen Angehörigen zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, so daß er namentlich bei einer Verletzung seiner Verkehrssicherungspflicht dem Mieter und dessen Angehörigen nicht nur aus Delikt, sondern auch vertragsähnlich aus *cic* haftet. In jedem Fall beschränkt sich jedoch die Ersatzpflicht des Vermieters grundsätzlich auf das negative Interesse, so daß der Mieter nur verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob keine Verhandlungen erfolgt wären (LG Mannheim MDR 1971, 49 Nr 46 = ZMR 1971, 133; DWV 1976, 88 = ZMR 1976, 243 f). Umgekehrt treffen den Mieter bei Übergabe der Sache vor Vertragsschluß dieselben Obhuts- u. Fürsorgepflichten wie nach Vertragsschluß (BGH LM Nr 39 zu § 278 BGB; BB 1977, 121). Schließlich kann auch ein Makler aus *cic* haften, wenn er im Interesse des Vermieters den Mieter über die angemessene Höhe des Mietzinses täuscht (LG Hamburg MDR 1978, 493 = WuM 1978, 118). Soweit es sich aber um Mängel der Mietsache handelt, enthalten die §§ 537 ff eine die *cic* ausschließende Sonderregelung (grdleg BGH NJW 1980, 777 = WM 1980, 312, 316).

bb) Der Mietvertrag ist erst zustande gekommen, wenn sich die Parteien über **92** sämtliche Punkte geeinigt haben, über die nach dem Willen auch nur einer Partei eine Einigung herbeigeführt werden soll (STERNEL Rz I 30). Dafür genügt jedoch grundsätzlich die Einigung über die sog *essentialia* des Geschäfts, dh über Gegenstand und Dauer des Vertrags sowie über den Mietzins (BGHZ 55, 248, 249; BGH ZMR 1963, 82; OLG Hamburg ZMR 1974, 242). Eine wirksame Bindung der Parteien liegt also nur vor, wenn zumindest diese Punkte bestimmt oder doch bestimmbar sind. Dies gilt auch für Verlängerungsverträge. Fehlt eine Einigung über die Nebenkosten, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß diese mit dem Mietzins abgegolten sein sollen. Bleibt jedoch nur deren Höhe offen, während Einigkeit über ihre gesonderte Vergütung besteht, so gelten die §§ 315 ff (LG Mannheim WuM 1976, 92 f; LG Osnabrück WuM 1976, 93 f).

Haben sich die Parteien nur darauf geeinigt, daß ein Gegenstand entgeltlich **93** vorübergehend zum Gebrauch überlassen werden soll, während eine Abrede über die Höhe des Mietzinses nicht getroffen worden ist, so ist (entsprechend den §§ 612 Abs 2 und 632 Abs 2) davon auszugehen, daß die ortsübliche Vergütung gelten soll (KG NJW 1955, 949; GITTER 13; ROQUETTE § 535 Rz 238 m Nachw; nach anderen sind hingegen die §§ 315 und 316 anzuwenden: so RG LZ 1914, 1027; MITTELSTEIN 143 ff; STERNEL Rz I 25). Behalten die Parteien hingegen die Höhe des Mietzinses ausdrücklich einer späteren Einigung vor, so muß diese Vertragslücke im Wege der ergänzenden Auslegung geschlossen werden, wenn sich die Parteien tatsächlich später nicht zu einigen vermögen (aM RG JW 1913, 1102, wonach in diesem Fall der Vertrag gemäß § 154 nichtig sein soll).

cc) Ist eine Sache vorübergehend zum Gebrauch ohne Vertragsschluß überlassen **94** worden, so ist das Verhältnis nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Der Bereicherungsanspruch (§§ 812 Abs 1 S 1, 818 Abs 2) geht auf Wertersatz und wird deshalb idR dem objektiven Mietwert der Sache entsprechen (vgl zB zuletzt OLG Köln MDR 1976, 398 f Nr 46). Ausnahmen müssen jedoch bei Minderjährigen zur Vermeidung von Vertragsfallen gemacht werden (s EMMERICH, Schuldrecht BT [2. Aufl 1976] §§ 16–18).

- 96 ee)** Ein **konkludenter** Abschluß des Mietvertrages ist namentlich anzunehmen, wenn ein Gegenstand zum Gebrauch unter Umständen überlassen wird, die die Annahme der Unentgeltlichkeit des Geschäfts ausschließen (vgl zB RG Gruchot 68, 62). Hingegen ist diese Annahme ausgeschlossen, wenn eine Partei ausdrücklich erklärt, die Überlassung erfolge nur vorläufig bis zum endgültigen Abschluß des Mietvertrages (OLG Königsberg HRR 1942 Nr 625), oder wenn der Mieter entgegen dem Willen des Vermieters eingezogen ist und der Vermieter sofort dem Einzug widersprochen hat (OLG Königsberg HRR 1941 Nr 19). Haben die Parteien Schriftform vereinbart, so ist jedenfalls nach Überlassung der Sache an den Mieter grundsätzlich davon auszugehen, daß die Wirksamkeit des Vertrages von dessen Beurkundung nicht abhängen soll (s AG Itzehoe WuM 1979, 259).
- 97 ff)** Für die *Auslegung* von Mietverträgen gelten keine Besonderheiten (§§ 133, 157, 242; im einzelnen MITTELSTEIN 233 ff; NIENDORFF 88 ff). Einen Grundsatz, daß Mietverträge in der Regel gegen den Vermieter auszulegen seien, gibt es (selbstverständlich) nicht. Verwendet indessen der Vermieter Formularverträge, so greifen ergänzend die Grundsätze über die Auslegung und Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen ein, wie sie sich aus dem AGB-Gesetz von 1976 ergeben (vgl zB BUB-GRAF VON WESTPHALEN, Das AGB-Gesetz und seine Auswirkungen auf das Mietvertragsrecht; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG [3. Aufl 1978] §§ 9–11 Anh Rz 500 f).
- 98 b)** Sowohl auf der Seite des Vermieters als auch auf der Seite des Mieters können **mehrere** Personen beteiligt sein. Vermieter oder Mieter sind dann Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger (§§ 427 und 432; s SOERGEL-MEZGER §§ 535–536 Rz 27–48; ENNECERUS-LEHMANN § 127 III; ERMAN-SCHOPP § 535 Rz 14–16; SCHOPP ZMR 1976, 321; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 288 ff zu § 535; STERNEL Rz I 7 f).
- 99 aa)** Die mehreren **Vermieter** können in einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft stehen. Immer bilden Abschluß und Kündigung eines Mietvertrages grundsätzlich eine Verwaltungshandlung iS der §§ 2038 und 745, so daß hierüber durch Mehrheitsbeschluß zu entscheiden ist. Nach hM haben derartige Mehrheitbeschlüsse nicht nur Innen-, sondern auch Außenwirkung, so daß die Mehrheit aufgrund des wirksamen Beschlusses über die Verwaltungsmaßnahme die Minderheit auch vertreten und folglich den Mietvertrag abschließen oder kündigen kann; die Mehrheit braucht maW nicht zuvor gegen die Minderheit auf Mitwirkung bei Abschluß des Mietvertrages oder bei dessen Kündigung zu klagen (BGHZ 56, 47, 49 ff m Nachw; BGH LM Nr 1 zu § 2038 BGB; PALANDT-THOMAS § 745 Anm 1; PALANDT-KEIDEL § 2038 Anm 1 a, 3 b u bes 3 c m Nachw; SCHOPP ZMR 1967, 193 ff m Nachw; aM zB LG Mannheim ZMR 1966, 178; LG Berlin WuM 1979, 25; STERNEL Rz I 12, SIEGELMANN ZMR 1966, 293). Hingegen kann ein Mieter allein die gemeinsame Sache auf keinen Fall vermieten; ein solcher Vertrag begründet daher kein Besitzrecht für den Mieter (AG Stuttgart ZMR 1979, 117). Bilden die mehreren Vermieter hingegen eine Gesellschaft, so richtet sich die Zuständigkeit zum Abschluß und zur Kündigung des Mietvertrages allein nach der jeweiligen Regelung von Geschäftsführung und Vertretung (s ROQUETTE § 535 Rz 82 ff m Nachw). Auch wenn die Vermieter eine Bruchteilsgemeinschaft bilden, ist die Mietzinsforderung auf eine im Rechtssinne unteilbare Leistung gerichtet, so daß nicht ein einzelner Teilhaber vom Mieter die Zahlung des Teiles des Mietzinses fordern kann, der seinem Anteil entspricht; jeder Teilhaber kann also nur Leistung an die Gemeinschaft verlangen (BGH LM Nr 1 zu § 743 BGB; Nr 46 zu § 387 BGB; aM KG OLGE 5, 26; 12, 66).
- 100** Hinsichtlich der Vermieterpflichten sind die mehreren Vermieter in jedem Fall Gesamtschuldner (RGZ 89, 176; BGH LM Nr 4 zu § 425 BGB; KG JW 1932, 3008

Nr 9; OLGE 17, 1; 20, 107). Dies gilt auch dann, wenn die Vervielfältigung der Vermieterstellung dadurch eingetreten ist, daß das vermietete Grundstück nach Vertragsschluß erst an mehrere Miteigentümer veräußert worden ist (§ 571; BGH LM Nr 2 zu § 427 BGB). Eine Kündigung des Mieters muß allen Vermietern gegenüber erklärt werden und daher allen zugehen; sonst ist sie unwirksam (OLG Hamm Urt v 21. 5. 1974 – 4 U 213/73).

bb) Auch mehrere **Mieter** sind **Gesamtschuldner** und Gesamtgläubiger (LG Kassel 101 WuM 1977, 255; §§ 427 u 431). Untereinander werden sie idR eine BGB-Gesellschaft bilden (SCHOPP aaO; STERNEL Rz I 14; OLG Hamm BB 1976, 529; Urt v 6. 4. 1976 – 7 U 65/75, S 15 ff; LG Berlin NJW 1952, 30; aM LG Heidelberg WuM 1977, 31 f). Das Mietverhältnis bildet hier eine Einheit, so daß es vom Vermieter stets nur einheitlich gegenüber allen Mietern, niemals nur gegenüber einem einzigen Mieter gekündigt werden kann; eine **Kündigung** zB nur gegenüber einem der mehreren Mieter, der in Konkurs gefallen ist (§ 19 KO), ist nicht zulässig (RGZ 90, 328, 331; 97, 79, 81; 138, 183, 186; 150, 193, 204; BGHZ 26, 102, 103 ff; BGH LM Nr 5 zu § 539 BGB; Nr 6 zu § 425 BGB; WM 1972, 136). Davon muß die andere Frage unterschieden werden, ob sich die Mieter einen Kündigungsgrund, der nur in der Person eines von ihnen vorliegt, zurechnen lassen müssen, so daß auch ihnen gegenüber die (stets nur einheitlich mögliche) Kündigung zulässig ist. Diese Frage läßt sich nicht einheitlich beantworten; vielmehr kommt es auf die Auslegung der jeweiligen Kündigungsvorschrift und vor allem auf die des Vertrages an. IdR ist die Frage jedoch zu verneinen (s RGZ 90, 328, 331; 138, 183, 186; 141, 391, 393; BGHZ 26, 102, 104 ff). Folglich ist die Kündigung grundsätzlich nur wirksam, wenn sie auch allen Mietern zugeht (BGH LM Nr 6 zu § 425 BGB).

Aus der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses folgt weiter, daß grundsätzlich auch der einzelne Mitmieter nicht für sich allein kündigen kann; das gilt auch, wenn die Mieter zB Miterben sind (SCHOPP ZMR 1967, 193, 196). Eine Ausnahme wird nur zugunsten des Konkursverwalters anerkannt, um im Konkurs eines Mitmieters dem Konkursverwalter die Möglichkeit zu geben, die Konkursmasse von der Belastung mit dem Mietvertrag zu befreien (OLG Celle Betrieb 1974, 1109; vgl auch BGHZ 26, 102, 107). Unberührt hiervon bleibt das Recht jedes einzelnen Mitmieters, allein auf Feststellung der Wirksamkeit des Mietvertrages zu klagen (RG LZ 1915, 518, 519 Nr 7).

Hinsichtlich der Mieterpflichten sind die Mitmieter Gesamtschuldner, so daß Vertragsverletzungen grundsätzlich nur für und gegen den Mitmieter wirken, der sie begangen hat. Wenn jedoch die Rückgabepflicht der Mitmieter vertragsgemäß nur durch Mitwirkung eines von ihnen erfüllt werden kann, so haftet dieser als Gesamtschuldner auch für die schuldhafte Verletzung der Rückgabepflicht durch einen der anderen Mitmieter (BGHZ 65, 226, 228 f).

c) Das Gesagte gilt uneingeschränkt auch für den Fall, daß **Ehegatten** gemeinsam eine Wohnung vermieten oder mieten. Die früher vielfach vertretene Sonderbehandlung der Ehefrau als Mitmieterin ist heute unhaltbar (SIEGELMANN ZMR 1968, 260; HOPPMANN BiGBW 1967, 94; WEIMAR ZMR 1964, 129; NOACK WuM 1970, 2; 1969, 2; MITTELSTEIN 89 ff, 97 ff; LEONHARD II 139 ff; STERNEL Rz I 11).

aa) Ist die Ehe erst geschlossen worden, nachdem einer der Ehegatten die Wohnung gemietet hatte, so ist der Mieter berechtigt, seinen Ehegatten und dessen Kinder ebenso wie sonstige Angehörige in die Wohnung aufzunehmen. Dies ist kein Fall des § 549, sondern fällt in den Rahmen des vertragsmäßigen Gebrauchs, so daß der Vermieter der Aufnahme der Angehörigen nicht widersprechen kann (§ 550; s § 549 Rz 3 m Nachw; HUMMEL ZMR 1975, 291; LG Aachen ZMR 1968, 307). Eine Ausnahme kommt jedoch in Betracht, wenn es sich um Ein-Zimmer-Appartements

handelt, die bestimmungsgemäß allein an ledige Personen abgegeben werden (LG Hamburg JZ 1951, 720). Ebenso büßen die Angehörigen jedes Recht zur weiteren Benutzung der Wohnung ein, wenn der mietende Ehegatte ausgezogen ist (LG Stuttgart ZMR 1956, 274; LG Mainz NJW 1953, 1207; KÜRZEL ZMR 1965, 97 f).

- 106** Der Eintritt des Ehegatten in den Mietvertrag bedarf stets eines besonderen Vertragsschlusses mit dem Vermieter. Die Ehegatten sind von diesem Augenblick an Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger, so daß für ihr Verhältnis zum Vermieter das oben über die Rechtsstellung mehrerer Mieter Gesagte gilt (Rz 101 ff, u Rz 109 f).
- 107 bb)** Schließt nur einer der beiden Ehegatten den Mietvertrag ab, so wird er auch allein Mieter. Der andere Ehegatte und die Kinder sind aber in den *Schutzbereich* des Mietvertrages einbezogen, so daß auch ihnen vertragliche Ersatzansprüche gegen den Vermieter zustehen, insbes aufgrund des § 538 bei Körperverletzungen infolge von Mängeln der gemieteten Wohnung oder Räume (zuletzt OLG Hamm FamRZ 1977, 318 ff; SCHOPP ZMR 1962, 257; WEIMAR ZMR 1954, 65; EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrecht [1974] 312 ff; ders, Schuldrecht BT [2. Aufl 1976] § 7 III).
- 107a** Der Gleichberechtigung der Ehepartner entspricht es in diesem Fall allein, auch dem anderen Ehepartner Besitz an der Ehwohnung zuzusprechen (BGHZ 12, 388, 399 f; 71, 216, 222 f; LG Mainz NJW 1953, 1107, 1108). Auch hat der andere Ehegatte stets bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils ein Besitzrecht an der gemeinsamen Wohnung (BGHZ 71, 216, 222 f = NJW 1978, 1529). Aus dem Gesagten folgt mit Notwendigkeit, daß – entgegen der hM (GITTER 8; OLG Hamm NJW 1956, 1681; LG Tübingen NJW 1964, 2021 f; OLG Köln NJW 1958, 598 f) – für die Räumungsvollstreckung gegen die Eheleute ein Titel gegen den Mieter-Ehegatten allein nicht genügt (OLG Hamburg MDR 1970, 769; HOPPMANN aaO m Nachw). Aufgrund seines Mitgewahrsams kann der andere Ehegatte vielmehr, wenn gegen ihn kein Titel vorliegt, gegen die Zwangsvollstreckung nach § 766 ZPO Erinnerung einlegen (BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 290 zu § 535; STERNEL Rz I 11).
- 108** Das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten ist bei dieser Fallgestaltung umstritten. Der natürlichen Anschauung entspricht es jedoch allein, ein rein familienrechtliches Verhältnis aufgrund der ehelichen Lebensgemeinschaft anzunehmen.
- 109 cc)** Wenn beide Ehegatten zusammen den Mietvertrag abgeschlossen haben, wurde früher vielfach ein bloßer Schuldbeitritt der Ehefrau oder ein sog akzessorisches Mietverhältnis hinsichtlich der Ehefrau angenommen, so daß eine Kündigung nur durch oder gegen den Ehemann zu erfolgen brauchte und ein Titel allein gegen den Ehemann für die Räumungsvollstreckung genügte (so zuletzt OLG Frankfurt MDR 1969, 852 f = ZMR 1970, 177; OLG Köln NJW 1958, 598 f; MITTELSTEIN 105 ff). Diese Konstruktionen, für die schon früher jede Grundlage fehlte, sind spätestens seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes unhaltbar geworden. Wenn die Ehegatten gemeinsam den Mietvertrag abschließen, so gilt nichts anderes als bei sonstigen Vertragsschlüssen durch mehrere Mieter (LG Kassel WuM 1977, 255; aM GELHAAR aaO). Vor allem eine Kündigung kann daher nur gegenüber beiden Ehepartnern gemeinsam erfolgen (LG Frankfurt NJW 1958, 592 m Anm BREETZKE). Eine Kündigung nur durch einen oder nur gegenüber einem der Ehegatten ist nicht möglich. Die übliche gegenseitige Bevollmächtigung der Ehegatten in den Mietvertragsformularen dürfte hieran nichts ändern, da sie sich grundsätzlich nicht auf so grundlegende Entscheidungen wie die Kündigung des Mietvertrages erstreckt (AG Mannheim WuM 1976, 184; AG Hamburg WuM 1977, 165; LG Hamburg WuM 1977, 184 f; aM zu Unrecht LG Berlin MDR 1970, 54 Nr 69).

3. Titel. Miete. Pacht

Doch darf natürlich die besondere Art des Verhältnisses der beiden Mieter nicht unberücksichtigt bleiben, so daß die Auslegung des Vertrages im Einzelfall durchaus ergeben kann, daß Kündigungsgründe, die nur in der Person eines der Mieter vorliegen, zur Kündigung des Mietverhältnisses insgesamt berechtigen. Das gilt nicht nur zugunsten des Vermieters, sondern ggf auch zugunsten der Mieter, so daß diese zB nach § 570 kündigen können, auch wenn nur einer von ihnen Beamter ist und versetzt wird (s § 570 Rz 17 ff m Nachw). Entsprechend kann der Konkursverwalter im Falle des Konkurses eines der Ehepartner nach § 19 KO den gesamten Mietvertrag kündigen; der andere Ehepartner haftet dann aber nicht auf Schadensersatz nach § 19 Abs 2 KO; dieser Ersatzanspruch richtet sich vielmehr allein gegen den in Konkurs gefallenen Ehepartner (OLG Celle NJW 1974, 2012 f).

Aus der gesamtschuldnerischen Haftung der Ehegatten für alle Schulden aus dem Mietverhältnis folgt außerdem, daß der eine Ehegatte, selbst wenn er ausgezogen ist, nach § 557 dem Vermieter weiter haftet, wenn der andere wohnen bleibt, ohne Rücksicht auf die Frage, ob die Ehe geschieden ist oder nicht (LG Mannheim DWW 1973, 19 = ZMR 1973, 303 Nr 38). Für die Zwangsvollstreckung ist in diesen Fällen stets ein Titel gegen beide Ehegatten erforderlich (OLG Köln NJW 1954, 1895).

Das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten, die gemeinsam gemietet haben, ist umstritten. Es findet sich die Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses, einer Gemeinschaft iS der §§ 741 ff und eines rein familienrechtlichen Verhältnisses (s insbes ROQUETTE § 535 Rz 61 ff). Haltbar dürfte jedoch allein die Annahme eines rein familienrechtlichen Verhältnisses sein (so auch die hM, zB KG MDR 1960, 586).

dd) Besonders umstr war früher die Rechtslage nach Scheidung der Ehe (s insbes MITTELSTEIN 109 ff). Nachdem hier der Große Senat des RG eine erste Klärung gebracht hatte (DR 1944, 69 = DJ 1944, 59), erging am 21. 10. 1944 als 6. DVO zum EheG die sog HausratsVO (RGI I 256), durch die die Gerichte ermächtigt wurden, die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung nach der Scheidung der Ehe rechtsgestaltend zu regeln (s hierzu ROQUETTE § 535 Rz 74 ff; PALANDT-DIEDERICHSEN, Anhang zu § 1587 p; HOFFMANN-STEPHAN, EheG [2. Aufl 1968] 795 ff; HOPPMANN BIGBW 1967, 36; LG Kassel WuM 1977, 255).

2. Vorvertrag, Anmietrecht, Vormiete und Option*

a) Als **Vorvertrag** bezeichnet man einen Vertrag, durch den sich die Parteien zum Abschluß eines anderen Vertrages verpflichten. Aus dem Vorvertrag kann daher jede Partei gegen die andere auf Abgabe der zum Abschluß des Hauptvertrages erforderlichen Willenserklärungen klagen (§ 894 ZPO; vgl BGH WM 1971, 44). Jedoch ist zweifelhaft, ob die Kategorie des Vorvertrages überhaupt selbständige Bedeutung hat. In allen denkbaren Fällen können dieselben Zwecke auch durch einen aufschiebend bedingten Vertrag oder durch einen Vertrag, bei dem lediglich die Fälligkeit hinausgeschoben ist, erreicht werden (s FLUME AT Bd 2 [3. Aufl 1978] § 33, 7).

aa) Trotz dieser Bedenken hält die Praxis auch Vorverträge zu Mietverträgen für möglich. Für die Annahme eines Mietvorvertrages müssen jedoch besondere Gründe vorliegen, aus denen heraus die Parteien noch vor Zustandekommen eines Haupt-

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 303 ff zu § 535; GEORGIADIS, in: FS Larenz (1973) 409 ff; HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965); HEROLD GE 1971, 339; 1974, 480; KANIA ZMR 1976, 1; LORENZ, in: FS Dölle I, 103; ROQUETTE nach § 535 Rz 1 ff; SCHMIDT-FUTTERER DWW 1963, 274; STERNEL Rz I 43, 50, 51 f.

vertrages bereits die Bindung zum Abschluß des künftigen Vertrages gewollt haben (BGH NJW 1980, 1577 f; OLG Braunschweig NJW 1976, 570; LG Mannheim MDR 1974, 48 Nr 45). Als ein derartiger Grund kommt vor allem in Betracht, daß im Augenblick dem Abschluß des Hauptvertrages noch irgendwelche Gründe entgegenstehen, die Parteien sich aber gleichwohl schon jetzt binden wollen (BGH LM Nr 40 zu § 256 ZPO; Nr 11 zu § 566 BGB; WM 1969, 919; LG Essen ZMR 1979, 143; BRAXMAIER WM 1970, 26 f). Grundsätzlich ist deshalb davon auszugehen, daß die Parteien bereits einen Hauptmietvertrag abschließen wollten, wenn sie sich gebunden haben, und daß es, wenn dieser Vertrag nicht zustande gekommen ist, an der auch für einen Vorvertrag erforderlichen Bindung fehlt; insbes genügt es für die Annahme eines Vorvertrages nicht, daß ein beabsichtigter Hauptmietvertrag nicht unterschrieben worden ist (BGH WM 1959, 1196; 1969, 686; 1969, 919).

- 116 bb)** Liegt doch einmal ausnahmsweise ein Vorvertrag vor, so kann aus ihm auf Abschluß des Hauptmietvertrages geklagt werden. Die Gerichte halten sich in diesem Fall zu weitgehenden Ergänzungen des Parteiwillens für befugt; fehlt eine Abrede über den Mietzins, so gilt der übliche Mietzins als vereinbart. Bei Fehlen einer Abrede über die Vertragsdauer gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (s insbes BGH WM 1964, 1216, 1217 f; ZMR 1961, 326, 327; LM Nr 9 zu Vorbem zu § 145 = JuS 1962, 483 f Nr 3; krit FLUME aaO).
- 117 cc)** Die Praxis zu Mietvorverträgen ist vor allem deshalb bedeutsam, weil sie aus dem Zweck des § 566 gefolgert hat, daß Mietvorverträge abweichend von der allgemeinen Regel **nicht** der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form des § 566 bedürfen (RGZ 86, 30, 32 ff; 103, 381, 384; RG JW 1938, 1247 Nr 14; 1929, 3226, 3227 Nr 3; LZ 1930, 840, 843; BGH LM Nr 1, 6, 11 u 19 zu § 566 BGB; Nr 1 zu § 242 [Ca] BGB; WM 1964, 1216, 1217; 1973, 238; ZMR 1961, 326, 327; NJW 1980, 1577, 1578; OLG Stuttgart ZMR 1959, 325, 327; statt aller MITTELSTEIN 170; STERNEL Rz I 44; aM jedoch FIKENTSCHER § 74 I 5; LARENZ II § 48 I; LEONHARD II 142 f; NIENDORFF 69; WEIMAR MDR 1961, 289 f; abweichend auch BGHZ 61, 48 für Jagdpachtverträge). Die Folge dieser Praxis ist, daß die Parteien trotz des Abschlusses eines formlosen Vertrages entgegen § 566 aufgrund des formlos wirksamen Mietvorvertrages an den langfristigen Vertrag gebunden sind, da jede Partei aufgrund des Vorvertrages einen Anspruch auf schriftlichen Abschluß des Hauptvertrages hat. Diesen Anspruch kann dann auch jede Partei einer auf § 566 gestützten Kündigung der anderen Partei entgegensetzen, so daß den Parteien hierdurch ein Weg eröffnet wird, auch formlos langfristige Mietverträge abzuschließen (s § 566 Rz 55 m Nachw). Freilich genügt, selbst wenn der Vorvertrag seinerseits schriftlich abgefaßt worden ist, die bloße Einigung, daß der Vorvertrag fortan als Hauptvertrag gelten solle, noch nicht für einen formgemäßen Abschluß des Hauptvertrages (BGH LM Nr 19 zu § 566 BGB). Auf der anderen Seite kann sich eine Partei der Bindung an den Mietvertrag nicht dadurch entziehen, daß sie bei Vorliegen eines Vorvertrages nur den Hauptvertrag anfecht; vielmehr muß in diesem Fall auch der Vorvertrag anfechtbar sein und tatsächlich angefochten worden sein, damit die Partei frei wird (BGH WM 1973, 238).
- 118 b)** Unter einem **Vormietrecht** versteht man das Recht einer Person, in den von dem Vermieter mit einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag einzutreten (BRAXMAIER WM 1972, 122 f; SCHMIDT-FUTTERER, MietR, s v Vormietrecht). Das Vormietrecht ist im BGB nicht geregelt, wird aber in allen Beziehungen nach den entsprechend anwendbaren Vorschriften über den Vorkauf (§§ 504 ff) behandelt. Es handelt sich hier also 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 (RGZ 123, 265; 125, 123; BGHZ 55,

71, 75 ff; BGH ZMR 1958, 153; LM Nr 27 zu § 535 BGB; WM 1967, 935, 936 f). Aus der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 504 ff folgt vor allem, daß der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages unverzüglich mitteilen muß und daß nach der Mitteilung das Recht im Falle einer Grundstücksmietete binnen einer Ausschußfrist von 2 Monaten ausgeübt werden muß (§ 510; BGHZ 55, 71, 75 ff; BGH LM Nr 4 zu § 554 a BGB; Nr 9 zu § 510 BGB). Diese Ausschußfrist läuft jedoch nicht, wenn der Vertrag nach seiner Mitteilung abgeändert wird; in diesem Fall setzt erst die Mitteilung der Änderung die Ausschußfrist in Lauf (BGH LM Nr 9 zu § 510 BGB). Weder die Begründung eines Vormietrechts noch dessen Ausübung durch den Berechtigten bedürfen der Form des § 566 (§ 505 Abs 1 S 2; BGHZ 55, 71, 76 f). Ungeklärt ist noch, ob der durch die Ausübung des Vormietrechts mit dem Begünstigten zustandekommende Mietvertrag seinerseits der Form des § 566 bedarf, wenn es sich um einen langfristigen Vertrag handelt (bejahend HANS § 566 Anm B 3 c); jedenfalls kann der Vermieter diesen Vertrag nicht früher als den ursprünglich mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag kündigen (BGHZ 55, 71, 77).

c) Dasselbe Ergebnis wie mit einem Vormietrecht kann auch mit einem sog **119 Anmietrecht** erreicht werden, durch das der Vermieter die Verpflichtung übernimmt, unter bestimmten Bedingungen die Mietsache zuerst dem Berechtigten anzubieten, wobei die Vertragsbedingungen erst nach Annahme dieses Angebots festgelegt werden sollen. Die Konstruktion derartiger Anmietrechte ist ebenso umstr wie diejenige der Ankaufrechte. IdR dürfte hier ein Vorvertrag vorliegen, der unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen ist, daß der Vermieter sich überhaupt zur Vermietung entschließt. Gegen eine derartige Potestativbedingung bestehen hier keine Bedenken (s BGHZ 71, 276; BGH LM Nr 16 zu § 433 BGB; RG OLGE 17, 26 Fn 1; SeuffA 81 [1927] Nr 217; HRR 1933 Nr 913; WarnR 1919 Nr 157; RGZ 126, 123, 124 f; 79, 156, 158; 154, 355, 358 ff; HENRICH 296 ff; NIPPERDEY ZBIHR 1930, 300 ff).

d) Von den Vormietrechten und den Anmietrechten werden schließlich noch **120 Optionen** unterschieden. Doch verbergen sich unter diesem Sammelbegriff im einzelnen sehr unterschiedliche Gestaltungen.

aa) Im Mietrecht denkt man bei Optionen in erster Linie an sog **Verlängerungsoptionen**, dh an das Recht des Mieters, einen auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag durch einseitige Erklärung für eine weitere bestimmte Frist oder auch auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Derartige Optionen sind Gestaltungsrechte (BGH LM Nr 18 zu § 18 1. BMG; ROQUETTE § 535 Rz 187 ff; STERNEL Rz I 51), die grundsätzlich vor Ablauf des Mietvertrages ausgeübt werden müssen (RGZ 99, 155; BGH WM 1967, 935, 936). Für die Ausübung der Option ist in aller Regel in dem Vertrag eine bestimmte Frist vorgesehen. Fehlt es hieran, so ist die Option grundsätzlich in der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist auszuüben (RGZ 92, 417, 422; OLG Düsseldorf OLGZ 1973, 13 = NJW 1972, 1674). Nach Ablauf des Vertrages kann die Option jedenfalls nicht mehr ausgeübt werden, weil dann der Vertrag, auf dem das Recht beruht, bereits erloschen ist. Die Ausübung muß außerdem ausdrücklich erfolgen; die bloße Weiterzahlung der Miete genügt nicht, weil sie auch in Erfüllung der sich aus § 557 ergebenden Verpflichtungen erfolgen kann. Wenn durch die Ausübung des Rechts der Vertrag insgesamt länger als 1 Jahr läuft, bedarf die Vereinbarung des Rechts der Form des § 566 (KANIA ZMR 1976, 1, 2 f). Die Ausübung des Rechts hat zur Folge, daß der alte Vertrag weiterläuft (BGH LM Nr 18 zu § 18 1. BMG; Nr 57 zu § 535 BGB). – Aus § 242 folgt die Pflicht des Mieters, dem Vermieter auf dessen Verlangen binnen angemessener Frist rechtzeitig vor Vertragsende mitzuteilen, ob er von seinem Verlängerungsrecht Gebrauch machen will (STERNEL Rz I 52).

- 121 bb)** Von den Verlängerungsoptionen müssen die sog **Verlängerungsklauseln** unterschieden werden. Man versteht darunter die Abrede, daß sich ein auf feste Zeit abgeschlossener Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängern soll, wenn nicht eine Partei der Verlängerung rechtzeitig vor Ablauf widerspricht. Die rechtliche Konstruktion ist umstr. Nach hM wird in diesen Fällen stillschweigend je ein *neuer* Vertrag abgeschlossen, wenn nicht eine Partei rechtzeitig ihre Ablehnung erklärt; eine Kündigung soll darin nicht zu sehen sein.*
- 121a)** Die Vorschrift des § 565 a Abs 1 zeigt jedoch die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion. Tatsächlich handelt es sich hier um die Kombination eines auf feste Zeit abgeschlossenen Vertrages mit einem auf längere oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag unter der Bedingung, daß keiner fristgemäß und ggf mit Grund kündigt.** Ebenso ist die Rechtslage, wenn sich die Parteien nach einer wirksamen Kündigung über die Fortsetzung des Vertrages einigen: Wiederum wird einfach der alte Vertrag fortgesetzt, nicht etwa ein neuer abgeschlossen (BGH LM Nr 22 zu § 566 BGB).
- 122 cc)** Optionen können schließlich denselben Sinn wie Vorverträge oder Anmietrechte haben; sie begründen dann ein Recht des Mieters, durch einseitige Erklärung einen Mietvertrag herbeizuführen. In einer derartigen Vereinbarung kann zunächst natürlich ein Vorvertrag liegen. Die Begründung der Option kann aber auch durch einen langfristig bindenden Antrag des Vermieters auf Abschluß eines Mietvertrages erfolgen. Außerdem steht den Parteien der Weg offen, sofort einen aufschiebend bedingten Mietvertrag abzuschließen, wobei die Bedingung in dem Entschluß des Mieters zum endgültigen Vertragsschluß besteht (zulässige Potestativbedingung; vgl BGHZ 47, 387, 388 f; BGH LM Nr 19 zu § 313 BGB; insbes Nr 16 zu § 433 BGB; Nr 25 zu § 433 BGB; WM 1966, 78; 1969, 859, 861; 1970, 493). Der BGH (aaO) neigt dabei idR zur Annahme eines **aufschiebend bedingten Vertrages**. Daneben kommt nach dem Schrifttum noch als weitere Möglichkeit der Abschluß eines sog, im BGB nicht geregelten Optionsvertrages in Betracht, durch den der Mieter das Gestaltungsrecht erhält, durch seine einseitige Erklärung zwischen den Parteien den Mietvertrag in Kraft zu setzen (s insbes GEORGIADIS 409 ff; HENRICH aaO). Die Annahme eines solchen Vertrages liegt besonders nahe, wenn die Parteien die Bedingungen des zukünftigen Mietvertrages schon jetzt gemeinsam festgelegt haben.

123 3. Mietvorauszahlungen und Baukostenzuschüsse***

a) Die große Wohnungsnot nach dem 2. Weltkrieg hatte die Vermieter weithin in die glückliche Lage versetzt, die Finanzierung des Wiederaufbaus in großem Umfang auf

* RGZ 86, 60, 62; BGH LM Nr 3 zu § 193 BGB; LG Wuppertal MDR 1976, 495 f; NJW 1976, 2215; LG Detmold NJW 1974, 242; LG Kaiserslautern NJW 1975, 1325 f.

** §§ 565 a Abs 1, 565, 564 b; KG OLGE 4, 42 f; 39, 93 f; LG Gießen NJW 1976, 1455 m zust Anm GUNDLACH ZMR 1977, 134; LG Memmingen WuM 1979, 255; AG Würzburg WuM 1978, 191, 192; AG Büdingen WuM 1979, 255 f; GOCH ZMR 1978, 135; SCHMIDT-FUTTERER B 23 ff; STERNEL Rz II 41, IV 175, 194; LUTZ Anm NJW 1974, 651; LEHMANN NJW 1974, 2117; ROESCH WuM 1977, 177.

*** **Schrifttum:** BACHMANN ZMR 1961, 33; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 184 ff zu §§ 535; BRAXMAIER WM 1968, 208 f; 1970, 32 f; 1972, 127 f; CRANZ JR 1960, 452; ERMAN-SCHOPP Vorbem 5 ff zu § 573; FROTZ AcP 164 (1964) 309; GLASER MDR 1962, 85; LORENZ JZ 1959, 467; MAETZEL ZMR 1962, 33; MATTHIAS MDR 1954, 649; MITTELSTEIN MDR 1950, 584; MOLDERS NJW 1955 777; OTTO Betrieb 1974, 2289; ders ZMR 1974, 225; PATZER DWW 1975, 157; PERGANDE NJW 1951, 737; 1970, 1171; ders Betrieb 1961, 937; PALANDT-PUTZO Einf 11 vor § 535; PFEIFFER WuM 1961, 53; PFLUG AcP 169 (1969) 34; ROQUETTE nach § 557 Rz 1 ff; ders NJW 1962, 129; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 61 ff; STERNEL Rz II 122 f, V 106 ff; STRUTZ NJW 1968, 1955; WUNNER NJW 1966, 2285.

3. Titel. Miete. Pacht

die Mieter abwälzen zu können. Die von den Mietern zu diesem Zwecke gewährten Finanzierungsbeiträge wurden vor allem als Mieterdarlehen, Mietvorauszahlungen, anrechenbare Baukostenzuschüsse und verlorene Baukostenzuschüsse gewährt.

Ein **Mieterdarlehen** liegt vor, wenn neben dem Mietvertrag, wenn auch im wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesem, ein Darlehensvertrag zwischen Mieter und Vermieter abgeschlossen wird. IdR wird zugleich vereinbart, daß die einzelnen Darlehensraten mit den Mietzinsraten verrechnet werden sollen. Wird das Darlehen zu dem übereinstimmenden Zweck gegeben, dem Vermieter damit die Finanzierung des Wohnungsbaus zu ermöglichen, so handelt es sich der Sache nach um einen anrechenbaren Baukostenzuschuß (BGHZ 53, 35, 37; 6, 202, 204).

Anrechenbare Baukostenzuschüsse sind alle Leistungen des Mieters (oder eines 124
Dritten für den Mieter) im Zusammenhang mit dem Mietvertrag, die zum Aufbau oder zur Wiederherstellung der Mieträume verwendet werden sollen **und** die in bestimmtem Umfang auf den Mietzins zu verrechnen sind. Als **verlorene** Baukostenzuschüsse bezeichnet man hingegen alle entsprechenden Leistungen des Mieters, bei denen eine Anrechnung auf den Mietzins nicht vorgesehen ist. Verlorene Baukostenzuschüsse können jedoch auch eine verdeckte Mietzinsvorauszahlung sein.

Mietzinsvorauszahlungen sind sämtliche im voraus bezahlten Mietzinsleistungen, die 125
die Besonderheit aufweisen, daß ihre Verwendung dem Vermieter grundsätzlich frei steht. Im Zweifel ist eine solche Vorauszahlung und nicht ein Darlehen in Verb mit einem Aufrechnungsvertrag anzunehmen (BGH LM Nr 6 zu § 157 [A] BGB).

Alle derartigen Vereinbarungen sind zulässig. Einschränkungen bestehen nur für die sog Sozialwohnungen aufgrund des § 9 WoBindungsG v 31. 1. 1974 (BGBl I 137).

b) Soweit es sich um auf den Mietzins anrechenbare Finanzierungsbeiträge des 126
Mieters handelt, wird überwiegend angenommen, daß i Zw für den Zeitraum der Anrechnung das ordentliche **Kündigungsrecht** des Vermieters vertraglich ausgeschlossen sein soll. Der Vertrag gilt also für den Anrechnungszeitraum fest geschlossen; danach läuft er auf unbestimmte Zeit (LG Kassel WuM 1960; 6; OLG München DWW 1964, 158; LG Stuttgart NJW 1960, 1255 f m Anm ROQUETTE; wohl auch BGH LM Nr 33 zu § 535 BGB [Bl 2]). Fehlt eine ausdrückliche Abrede über den Zeitraum, während dessen das Kündigungsrecht ausgeschlossen sein soll, so gilt ein Betrag in Höhe einer Jahresmiete als in 4 Jahren abgewohnt (AG Essen ZMR 1960, 263, 264). Es spielt auch keine Rolle, wann der Baukostenzuschuß gewährt worden ist: Auch bei nachträglicher Vereinbarung eines abwohnbaren Zuschusses wird das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen (LG Mannheim ZMR 1967, 271; ebenso zB GITTER 14; PERGANDE NJW 1970, 1171, 1172; SCHERER WuM 1956, 66; STERNEL Rz II 122; aM jedoch bes OLG Celle NJW 1956, 1281 f; AG Hamburg-Harburg ZMR 1960, 264 f; insbes CRANZ aaO m Nachw).

c) Wird der Mietvertrag vorzeitig beendet, so stellt sich die Frage, ob und in welchem 127
Umfang der Mieter **Rückzahlung** seiner Finanzierungsbeiträge verlangen kann. Für Mietzinsvorauszahlungen und anrechenbare Baukostenzuschüsse ist diese Frage heute in § 557 a geregelt. Entsprechend wird man bei einem Mieterdarlehen anzunehmen haben, daß der noch nicht verrechnete Darlehensrest stets insgesamt im Augenblick der Beendigung des Mietvertrages zur Rückzahlung fällig ist.

aa) Besondere Probleme wirft somit allein die Rückzahlung der sog verlorenen 128
Baukostenzuschüsse auf. Insoweit gilt heute für die Wohnraummiete Art VI des Gesetzes zur Änderung des 2. WoBauG usw v 21. 7. 1961 (BGBl I 1041), zuletzt geändert durch das Gesetz v 24. 8. 1965 (BGBl I 969) (vgl dazu die Kommentierung von PERGANDE, WohnraummietR [1968]; STERNEL Rz V 130 f). Durch dieses Gesetz

sind der Sache nach bei der Wohnraummiete verlorene Baukostenzuschüsse verboten worden. Hiergegen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerfGE 18, 70, 81; BGH LM Nr 3 zu 2. WoBauG/ÄndG = NJW 1967, 561 f).

- 128a** Nach § 1 des genannten Gesetzes muß der Vermieter den verlorenen Baukostenzuschuß, soweit er nicht durch die Dauer des Mietverhältnisses als getilgt anzusehen ist (s dazu die §§ 2 und 3 aaO), nach § 347 zurückerstatten; erfolgt jedoch die Beendigung des Vertrages wegen eines Umstandes, den der Vermieter nicht zu vertreten hat, so richtet sich der Rückzahlungsanspruch des Mieters nach den §§ 812 ff. Nach § 2 aaO gilt dabei grundsätzlich ein Betrag in Höhe einer ortsüblichen Jahresmiete durch eine Mietdauer von 4 Jahren von der Leistung an als getilgt. Der Anspruch verjährt binnen eines Jahres nach der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 4 aaO). Die Regelung ist zwingend (§ 5 aaO). Anspruchsberechtigt ist stets derjenige, der die Leistung erbracht hat, also entweder der Mieter oder ein Dritter, der für den Mieter den verlorenen Baukostenzuschuß gezahlt hat (BGH NJW 1967, 561). Nach Veräußerung des Grundstückes trifft die Rückzahlungspflicht aufgrund des § 571 den Erwerber (SOERGEL-MEZGER Vorbem 56 zu § 535). Umgekehrt kann auch ein zweiter Mieter, der dem Vormieter den verlorenen Baukostenzuschuß erstattet hatte, bei Beendigung des Verhältnisses von dem Vermieter Rückzahlung aufgrund des genannten Gesetzes verlangen (BGH LM Nr 5 zu § 543 BGB).
- 129 bb** Unklar ist die Rechtslage in allen Fällen, in denen das genannte Gesetz von 1961 nicht eingreift, namentlich also bei der Geschäftsraummiete. Maßgebend für die Rückzahlung sind hier in erster Linie die Abreden der Parteien (BGH LM Nr 13 zu § 339 BGB; Nr 5 zu § 29 1. BMG; Nr 62 zu § 812 BGB). Eine Verfallklausel bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages ist dabei als Vertragsstrafe anzusehen, so daß der Verzicht nach § 343 eingeschränkt werden kann (BGH LM Nr 13 zu § 339 BGB). Soweit freilich der Baukostenzuschuß bei Vertragsende überhaupt noch nicht geleistet war, erlischt der Anspruch des Vermieters auf dessen Zahlung einfach (BGHZ 71, 243, 249 f).
- 129a** Fehlen Abreden der Parteien und kommt es zu einer vorzeitigen Kündigung des Vertrages durch den Vermieter oder Mieter, so gibt die Praxis dem Mieter einen Bereicherungsanspruch gegen den Vermieter wegen nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes der Zahlung, wobei die Bereicherung des Vermieters in der vorzeitigen Zurückerlangung des „Nutzungsrechtes“ an der Wohnung bestehen soll. Die Höhe der Bereicherung soll grundsätzlich dem Betrag entsprechen, um den die von dem nächsten Mieter gezahlte Miete den von dem ersten Mieter geleisteten Mietzins übersteigt (grdleg BGHZ 29, 289 ff [bes 298 ff]; 71, 243, 248 f; BGH LM Nr 34, 41, 62 und 75 zu § 812 BGB; Nr 8 zu § 818 II BGB; Nr 13 zu § 339 BGB; WM 1960, 497; 1968, 799; NJW 1967, 2255; OLG Hamburg MDR 1964, 509; 1974, 584; OLG Karlsruhe NJW 1956, 1280).
- 129b** Im Schrifttum ist diese Praxis überwiegend auf Ablehnung gestoßen (vgl insbes BACHMANN, FROTZ, PLUG und WUNNER aaO; zust aber STERNEL Rz V 124 f). Hier wird vor allem eingewandt, daß der Vermieter das sog Nutzungsrecht an der Wohnung nicht ohne Rechtsgrund, sondern infolge der Kündigung aufgrund seines Eigentums und daher mit Rechtsgrund zurückerlange. Die Bereicherung des Vermieters kann daher nur in dem noch nicht abgewohnten Teil des Baukostenzuschusses bestehen.
- 129c** Aber auch gegen die vom BGH herangezogene Anspruchsgrundlage bestehen Bedenken. Denn der verlorene Baukostenzuschuß des Mieters kann einmal eine Leistung sein, durch die der Vermieter zum Abschluß des Mietvertrages bestimmt werden soll. Kommt es dann zum Abschluß, so ist die Leistung mit Rechtsgrund erfolgt und kann später nicht mehr kondiziert werden. In aller Regel aber dürfte der

Mieter die Leistung außerdem zu dem Zweck erbracht haben, für eine bestimmte Zeit die Sache gebrauchen zu dürfen. Dieser Zweck ist auch für den Vermieter ohne weiteres erkennbar, so daß bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages der Mieter den noch nicht abgewohnten Teil des Baukostenzuschusses nach § 812 Abs 1 S 2 Fall 2 kondizieren kann. Für die Frage, in welchem Umfang der Baukostenzuschuß abgewohnt ist, kann dabei ohne weiteres auf die Regelungen des Art VI § 2 des genannten Gesetzes von 1961 zurückgegriffen werden, da andere Maßstäbe nicht zur Verfügung stehen (alles sehr str).

d) Bei Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten tritt der **Erwerber** an sich nach § 571 in alle Abreden über die Rückzahlung oder Verrechnung der Finanzierungsbeiträge des Mieters ein (OLG Frankfurt NJW 1964, 453). Probleme ergeben sich aber hier daraus, daß Vorausverfügungen an sich nur in beschränktem Umfang gegenüber dem Erwerber wirksam sind (§§ 573 f; §§ 57 a ff ZVG). Die Praxis wendet diese Vorschriften jedoch auf Finanzierungsbeiträge des Mieters nicht an. Über die §§ 574 und 57 b ZVG hinaus sind vielmehr Mietzinsvorauszahlungen und Mieterdarlehen zum Ausbau des Vertragsobjektes, die durch Verrechnung mit dem Mietzins zu tilgen sind, unter folgenden Voraussetzungen auch gegen den Erwerber wirksam (vgl OLG Hamm, Urt v 12. 11. 1974 – 7 U 104/74, S 12 ff m Nachw): (1) Es muß tatsächlich von dem Mieter mit dem Vermieter eine Abrede über die Vorauszahlung des Mietzinses durch Erbringung der fraglichen Leistungen und durch deren Anrechnung auf die eigentliche Mietzinsforderung getroffen worden sein, und zwar grundsätzlich vor Erbringung der Leistungen. (2) Die Leistungen müssen von vornherein zum Auf- oder Ausbau des Mietgrundstückes bestimmt gewesen sein, da der eigentliche, sachliche Grund für die Anrechnung der fraglichen Leistungen in der durch sie bewirkten Werterhöhung besteht, die auch dem Erwerber des Grundstückes zugute kommt. (3) Der Wert des Grundstückes muß noch im Augenblick des Eigentumsübergangs tatsächlich erhöht sein (BGHZ 6, 202, 206 f; 15, 296, 303 f; 16, 31, 35; 37, 346, 349 f; 53, 35, 38; BGH LM Nr 3 zu § 57 b ZVG; Nr 2 zu § 547 BGB).

Keine anrechenbaren Vorauszahlungen liegen somit vor, wenn sie ohne jeden Zusammenhang mit Verwendung auf das Grundstück erbracht worden sind (BGHZ 37, 346, 350) oder wenn die fraglichen Leistungen zwar für den Auf- oder Ausbau des Grundstückes gemacht, jedoch noch vor Abschluß des Mietvertrages und ohne jeden Bezug auf diesen erbracht worden sind (BGH LM Nr 2 zu § 547 BGB). Dasselbe gilt schließlich für sämtliche Leistungen, durch die der Wert des Grundstückes tatsächlich nicht erhöht wurde, etwa weil der Vermieter oder Verpächter sie bestimmungswidrig verwandt hat (BGH LM Nr 3 zu § 57 b ZVG). Hingegen spielt es keine Rolle, ob die Abrede über die Erbringung oder Anrechnung der Mietzinsvorauszahlung schon bei Abschluß des Mietvertrages oder erst später, jedoch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag getroffen wurde (BGHZ 15, 296, 304; BGH LM Nr 2 zu § 574 BGB). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen des Mieters handelt, die an sich als Verwendungen unter § 547 fallen. Denn auch Sachleistungen können von den Parteien als Baukostenzuschüsse behandelt werden (ERMAN-SCHOPP Vorbem 16 ff zu § 573). Ihre rechtliche Behandlung folgt dann uneingeschränkt den Grundsätzen über abwohnbare Baukostenzuschüsse, so daß daneben für die Anwendungen des § 547 kein Raum mehr ist (BGHZ 54, 347, 349 ff).

Nur wenn alle diese Voraussetzungen zusammen erfüllt sind, gilt, daß die Abrede sowohl gegen den Erwerber des Grundstücks wie gegen einen etwaigen **Zwangsverwalter** wirkt, so daß auch über die §§ 574 BGB und 57 b ZVG hinaus Vorausverfügungen über den Mietzins wirksam sind und bleiben (§ 57 c ZVG). Nur dann sind außerdem der Erwerber bzw der Zwangsverwalter im Falle einer Kündigung des

Vertrages im selben Umfang zur Rückzahlung der noch nicht abgewohnten Teile der Mietzinsvorauszahlung verpflichtet (vgl im einzelnen BGHZ 6, 202, 206 f; 15, 296, 298 ff; 16, 31 ff; 37, 346, 349 ff; 53, 35, 38 ff; 54, 347, 349 ff; BGH LM Nr 1 und 3 zu § 57 b ZVG; Nr 2 zu § 57 a ZVG; Nr 2 zu § 557 a BGB; Nr 2 zu § 574 BGB; BGH WM 1960, 1125 ff; OLG Hamm ZMR 1971, 56; zusammenfassend OLG Hamm Urt v 12. 11. 1974 – 7 U 104/74 S 12 ff). Der Mieter trägt dabei die volle *Beweislast* für das Vorliegen sämtlicher genannten Voraussetzungen anrechenbarer Mietzinsvorauszahlungen. Das gilt auch für die Frage, ob die betreffenden Leistungen den Wert des Grundstücks tatsächlich erhöht haben (BGH LM Nr 3 zu § 57 b ZVG).

- 133** **Abweichende** Vereinbarungen sind jedenfalls bei der Wohnraummiete nicht möglich (§ 557 a Abs 2; BGHZ 53, 35, 39 ff). Namentlich kann (entgegen einer verbreiteten Praxis) nicht vereinbart werden, daß im Falle der Zwangsversteigerung der Baukostenzuschuß in ein bloßes Darlehen verwandelt wird, das nicht gegen den Ersteher wirkt (BGH NJW 1970, 93 m abl Anm PERGANDE NJW 1970, 1171, 1172 f).
- 134** Hiernach gilt für die einzelnen Finanzierungsbeiträge folgendes: Anrechenbare Baukostenzuschüsse sind unter den genannten Voraussetzungen stets gegen den Grundstückserwerber wirksam. Dasselbe gilt für Mieterdarlehen, soweit sie vereinbarungsgemäß als Finanzierungsbeiträge bestimmt waren und auch so verwandt worden sind (BGHZ 16, 31 ff; OLG Frankfurt NJW 1964, 453), nicht jedoch, wenn das Darlehen zur freien Verfügung des Vermieters bestimmt war oder von diesem abredewidrig nicht zum Auf- oder Ausbau des Mietobjekts verwandt worden ist. Ebenso sind zu behandeln Mietzinsvorauszahlungen. Auch sie wirken nur gegen den Erwerber, wenn sie als Finanzierungsbeiträge bestimmt waren und auch so verwandt worden sind. Verlorene Baukostenzuschüsse wirken hingegen gegen den Erwerber nur unter den Voraussetzungen des Art VI 2. WoBauG/ÄndG v 1961 (ERMAN-SCHOPP Vorbem 11, 15 zu § 573), sonst jedoch grundsätzlich nicht (BGH WM 1960, 1125, 1127 f).
- 134a e)** Bei Mietverträgen über Wohnplätze in Altenheimen usw muß ergänzend das Heimgesetz v 7. 8. 1974 (BGBl I 1873) in Verbindung mit der HeimsicherungsVO v 24. 4. 1978 (BGBl I 553) berücksichtigt werden (s STERNEL Rz II 132, V 134). Danach sind Einmalleistungen, Darlehen und Vorauszahlungen grundsätzlich verboten; eine Ausnahme gilt nur in engen Grenzen für solche Leistungen, die zum Bau, Erwerb oder Betrieb der Einrichtung gewährt werden. Auch diese Leistungen sind bei Vertragsende zu erstatten, wenn und soweit sie nicht mit dem Entgelt verrechnet sind.

135 4. Abstand und Kaution

Unter Abstand versteht man eine Zahlung, die ein neuer Mieter an den früheren Mieter für dessen Bereitschaft erbringt, die betreffende Wohnung zugunsten des neuen Mieters aufzugeben. Derartige Zahlungen sind grundsätzlich zulässig (LG München II WuM 1976, 254 f; Ausnahmen für Sozialwohnungen in § 9 WoBindungsG). Jedoch ist der Vermieter trotz Zahlung eines derartigen Abstandes grundsätzlich nicht verpflichtet, einen neuen Mietvertrag mit dem Nachfolgemietler abzuschließen (BGH LM Nr 2 zu § 30 MSchG).

- 136** Eine Ausnahme gilt nur, wenn im ersten Mietvertrag eine sog **Nachfolgeklausel** vereinbart war, nach der der Mieter vorzeitig ausscheiden darf, wenn er dem Vermieter einen Nachfolgemietler vorschlägt. In diesem Fall darf der Mieter sich vorzeitig von dem Vertrag lösen, wenn er dem Vermieter mehrere, geeignete, neue Mieter zur Auswahl vorschlägt (BGH WM 1976, 876 = DWW 1976, 259; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK B 100 f; ders, Mietrecht, s v Ersatzmieter; STERNEL Rz II

48, IV 214 f m Nachw). Die Auswahl unter den vorgeschlagenen, neuen Mietern steht dem Vermieter zu. Alle vorgeschlagenen Mieter darf er jedoch nur ablehnen, wenn er dafür sachliche Gründe hat, namentlich wenn die Zahlungsfähigkeit der vorgeschlagenen Mieter zweifelhaft ist oder diese nicht bereit sind, uneingeschränkt in den alten Mietvertrag einzutreten. Die bloße Tatsache, daß der Ersatzmieter Ausländer ist, genügt nicht als Ablehnungsgrund, sofern gegen dessen Zahlungsfähigkeit keine begründeten Bedenken bestehen (BGH LM Nr 44 zu § 535 BGB). Lehnt der Vermieter – bei Bestehen einer Nachfolgeklausel – ohne sachlich gerechtfertigten Grund den Abschluß eines Vertrages mit einem der vorgeschlagenen, neuen Mieter ab, so wird der alte Mieter entsprechend § 162 frei (OLG Frankfurt ZMR 1970, 49 f; OLG Hamm Urt v 9. 5. 1978 – 7 U 2/78 S 9; LG Hannover ZMR 1971, 135; LG Mannheim DWW 1977, 186 f; LG Köln WuM 1971, 92). Gemäß § 571 bindet die Nachfolgeklausel auch den Grundstückserwerber (BGHZ 48, 244, 248; vgl außerdem RÖHRMANN NJW 1971, 787; ROESCH WuM 1970, 142; WEIMAR MDR 1969, 631; zur Rechtslage bei Fehlen einer Nachfolgeklausel s im einzelnen § 552 Rz 31 ff).

b) Kautions*

137

aa) Vor allem bei langfristigen Verträgen sichern sich die Vermieter häufig durch die Forderung einer Kautions für ihre Forderungen gegen den Mieter. Die Kautions kann durch Zahlung eines Geldbetrages, Hinterlegung von Wertpapieren, Verpfändung beweglicher Sachen, Stellung eines Bürgen oder Übereignung von Sachen zur Sicherheit geleistet werden. Die regelmäßige Form ist die Zahlung eines Geldbetrages. Ist nichts anderes vereinbart, so genügt in diesem Falle der Mieter seiner Leistungspflicht schon durch Einzahlung des Betrages auf ein Sperrkonto, über das beide nur gemeinsam verfügen können (LG Mannheim ZMR 1970, 271, 272; AG Starnberg ZMR 1974, 243). Die Behandlung der Kautions richtet sich grundsätzlich nach den Abreden der Parteien. Nur wenn Abreden fehlen, ist von den folgenden Grundsätzen auszugehen:

Während des Laufs des Vertrages darf der Mieter nicht mit dem noch gar nicht **138** fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Kautions gegen etwaige Zahlungsansprüche des Vermieters aufrechnen (BGH LM Nr 50 zu § 535 BGB). Hingegen kann sich der Vermieter jederzeit aus der Kautions wegen seiner offenstehenden unbestrittenen Forderungen befriedigen, ohne freilich hierzu verpflichtet zu sein. Nimmt er die Kautions in Anspruch, so kann er grundsätzlich außerdem Auffüllung der Kautions auf die vereinbarte Höhe verlangen (aM zB PALANDT-PUTZO Einf 11 b, hh vor § 535). Verschlechtern sich die Vermögensverhältnisse des Vermieters erheblich, so ist § 321 entsprechend anzuwenden (STERNEL Rz II 120). Im Konkurs des Vermieters ist der Rückzahlungsanspruch des Mieters bloße Konkursforderung (LG Hannover DWW 1978, 123 f). Der Vermieter kann Leistung der Kautions grundsätzlich auch noch nach Vertragsende verlangen (BGH WM 1981, 253).

* **Schrifttum:** ANDEREGG WuM 1971, 197; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 202 ff zu § 535; BRAXMAIER WM 1974, 90; DEMUTH ZMR 1976, 195; FREUND-BARTHELMESS NJW 1979, 2121; GLASER ZMR 1977, 162; ders FWW 1977, 227; HERPERS WuM 1973, 129; KÖHLER ZMR 1971, 3; MITTELSTEIN 207 f; OTTO ZMR 1974, 225; PALANDT-PUTZO Einf 11 b, hh vor § 535; PATZER DWW 1975, 157; RÜDDING BB 1968, 934; ROESCH WuM 1975, 65; 1976, 113; SCHMIDT-FUTTERER, Mietrecht, s v Kautions; VON SCHOENEBECK WuM 1976, 141; SCHOPP ZMR 1969, 1; STERNEL Rz II 115, V 136 f; WEIMAR WuM 1970, 1; ders Betrieb 1976, 1212; ZEUNER ZMR 1980, 197.

- 138a** Der Rückzahlungsanspruch des Mieters entsteht aufschiebend bedingt durch die Vertragsbeendigung sofort mit Leistung der Kaution; *fällig* wird der Anspruch erst nach Ablauf einer angemessenen Überlegungs- und Prüfungsfrist für den Vermieter nach Vertragsende (BGH WM 1978, 1326; OLG Celle OLGZ 1966, 6, 7; LG Köln ZMR 1977, 178; LG Stuttgart NJW 1977, 1885 f; AG Zehlendorf WuM 1973, 121). Diese Frist ist aber auf jeden Fall kürzer als ein halbes Jahr (LG Saarbrücken WuM 1979, 140, 141; LG Mannheim Justiz 1974, 374). Sobald der Rückzahlungsanspruch hiernach fällig ist, kann der Mieter damit auch gegen noch offene Vermieteransprüche *aufrechnen*. Zu Unrecht wird verschiedentlich eine Ausnahme gemacht, sofern der Vermieter substantiiert darlegt, daß ihm möglicherweise doch noch weitere Ansprüche gegen den Mieter zustehen. Der Rückzahlungsanspruch ist vielmehr stets fällig, wenn der Vermieter nach Ablauf der genannten Frist nicht im einzelnen genau darlegt, welche Ansprüche gegen den Mieter noch offen sind (BGH LM Nr 51 zu § 535 BGB, Bl 3 R; WM 1967, 515, 518; LG Köln WuM 1978, 105 f). Schließlich versteht es sich von selbst, daß der Vermieter die Kaution nicht als Druckmittel zur Anerkennung umstrittener Forderungen mißbrauchen darf (LG Mannheim WuM 1975, 118; OLG Hamm WM 1970, 698).
- 138b** Nach Vertragsende *haftet* die Kaution auch für etwaige Ansprüche des Vermieters aus § 557; dasselbe gilt für eine Bankbürgschaft, die an Stelle einer Kaution gestellt wurde (OLG Frankfurt WM 1979, 1318). Zieht nur ein Ehegatte aus, so haftet die Kaution außerdem für Ersatzansprüche des Vermieters wegen unterlassener Schönheitsreparaturen weiter (LG Hannover WuM 1979, 150 f).
- 139 bb)** Entsprechend § 1214 ist der Vermieter auch ohne besondere Abrede für verpflichtet zu erachten, die Kaution verzinslich anzulegen und die Zinsen dem Mieter gutzubringen.* In AGB und Formularverträgen kann nichts Abweichendes bestimmt werden (§ 9 AGBG; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, AGBG § 9 Rz 72; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG, §§ 9–11 Anh Rz 504). Trotz der Verpflichtung zur Verzinsung darf jedoch der Vermieter die Kaution verbrauchen, namentlich wenn er nur so daraus Zinsen ziehen kann; es muß lediglich sichergestellt sein, daß er bei Vertragsende die Kaution nebst Zinsen zurückzahlen kann (OLG Düsseldorf NJW 1978, 2511 = WM 1978, 1112). Bei Veräußerung des Grundstücks ist § 572 zu beachten.
- 139a cc)** Eine gesetzliche Regelung gilt seit dem 1. 5. 1980 für alle Wohnungen, die dem WoBindG unterliegen (§ 9 Abs 5 WoBindG idF des ÄndG v 20. 2. 1980, BGBl I 159). Eine Kaution ist danach zulässig in Höhe des dreifachen Ausgangsmietzinses für Ansprüche des Vermieters aus Schäden an der Wohnung oder aus unterlassener Schönheitsreparaturen; die Kaution ist gesondert anzulegen und zu verzinsen. (s SONNENSCHNEIN NJW 1980, 2059; WIENICKE WuM 1980, 141 146).

* LG Kassel NJW 1976, 1544; LG Karlsruhe NJW 1976, 2166; AG Schwetzingen NJW 1975, 1746; LG Mannheim BB 1977, 417; WuM 1977, 208 f; LG Frankfurt WuM 1977, 95; AG Hamburg WuM 1976, 72; ZMR 1979, 272 = WuM 1979, 187; AG Mainz WuM 1978, 178; AG Köln ZMR 1977, 179; AG Langen WuM 1977, 51; DEMUTH, KÜHLER und WEIMAR aaO; ESSER-WEYERS II 1, § 20 IV 1; PALANDT-PUTZO Einf 11 b, hh vor § 535; STERNEL Rz 118; aM LG Hamburg MDR 1976, 1022 f; LG Essen ZMR 1977, 175 = NJW 1977, 253; LG Berlin WuM 1977, 34; LG München DWW 1977, 185; ZMR 1977, 330 m Anm GLASER; AG Dachau NJW 1977, 1067; LG Düsseldorf WuM 1977, 49; ZMR 1979, 11 f m Anm GLASER; LG Frankfurt BB 1978, 934; AG Hannover WuM 1978, 131; AG Köln ZMR 1977, 177 f; FREUND-BARTHELMESS NJW 1979, 2121 f; GLASER ZMR 1977, 162. – Wie hier jetzt grdleg BayObLG WuM 1981, 82; AG Pinneberg WuM 1981, 21.

5. Die Hausordnung*

140

Vor allem in größeren Mietshäusern, in denen mehrere Mietparteien zusammenwohnen, wird von dem Vermieter häufig eine sog Hausordnung aufgestellt, durch die das Zusammenleben der Mieter geregelt werden soll. Typischer Inhalt derartiger Hausordnungen sind Anordnungen über die Benutzung der Mieträume sowie insbes über die Benutzung derjenigen Räume und Einrichtungen, die allen Hausbewohnern zur gemeinschaftlichen Benutzung zur Verfügung stehen. Außerdem wird in Hausordnungen durchweg die Reinigung der Treppen, Flure und Zugänge geregelt.

a) Die Verbindlichkeit derartiger Hausordnungen für den Mieter ist unproblematisch, wenn der Mietvertrag auf die Hausordnung Bezug nimmt, wie es die „Mustermietverträge“ vorsehen (§ 2 AGBG; STERNEL Tz II 399; vgl zB § 17 Abs 2 des vom BMJ hg sog „Mustermietvertrages 1976“). Wird dabei in dem Mietvertrage auf eine noch gar nicht aufgestellte Hausordnung verwiesen, so ist der Vermieter sogar zum einseitigen „Erlaß“ der Hausordnung berechtigt, muß sich dann freilich strikt an den Rahmen des Vertrages halten. Jede Einschränkung des vertragsmäßigen Gebrauchs und jede Begründung neuer Pflichten für den Mieter durch die Hausordnung sind unwirksam (AG Friedberg WuM 1980, 85); dasselbe gilt für alle sonstigen überraschenden Klauseln, mit denen der Mieter nicht zu rechnen brauchte. Insoweit gelten dieselben Regeln wie hinsichtlich der Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen (vgl LG Düsseldorf ZMR 1958, 10; LG Köln MDR 1963, 54; s unten Rz 145 f).

b) Nach hM soll der Vermieter auch ohne entsprechende mietvertragliche Abrede berechtigt sein, **einseitig** eine Hausordnung aufzustellen sowie die einmal in Übereinstimmung mit dem Mieter erlassene Hausordnung einseitig zu ändern (ROQUETTE § 535 Rz 22, § 554 a Rz 20 m Nachw; GITTER 7; HECK § 97, 6; MÜLLER ZMR 1970, 289, 292; HANS § 535 Anm B 4 h; MITTELSTEIN 149; LG Duisburg ZMR 1957, 343). Allerdings darf auch in diesem Fall der Vermieter keineswegs einseitig den vertragsmäßigen Gebrauch des Mieters einschränken (zB durch das strikte Verbot jeder Tierhaltung) oder dem Mieter zusätzliche Pflichten wie die Pflicht zur Reinigung der Bürgersteige auferlegen (LG Duisburg aaO; LG Darmstadt MDR 1973, 53; LG Bonn NJW 1958, 145 f; LG Düsseldorf ZMR 1958, 10; AG Castrop-Rauxel WuM 1977, 97; AG Köln WuM 1980, 255)

Diese Praxis ist unhaltbar. Kein Vermieter hat die Befugnis zur Rechtsetzung. Damit fehlt auch jede Grundlage für den einseitigen „Erlaß“ oder für die einseitige Änderung einer schon bestehenden Hausordnung. Durch eine solche einseitig aufgestellte Hausordnung könnte äußerstenfalls das „geregelt“ werden, was sich aus jedem Mietvertrag ohnehin nach Treu und Glauben (§ 242) unter Berücksichtigung der Rspr von selbst ergibt (vgl § 10 Nr 4 AGBG; ESSER-WEYERS II 1 § 20 I 4; STERNEL Rz II 400 f; aM BUB DWW 1977, 76, 78 f).

c) Ebensowenig wie der Mietvertrag ist die Hausordnung (als dessen Teil) ein Vertrag **143** zugunsten der anderen Mieter (KG OLGE 25, 14).

d) In Zukunft ist es geboten, Hausordnungen wesentlich kritischer als bisher zu **144** beurteilen. Die Grundgedanken des sozialen Mietrechts zwingen dazu, an Hausordnungen die denkbar strengsten Maßstäbe anzulegen. Jede auch noch so geringfügige Einschränkung des vertragsmäßigen Gebrauchs, jede zusätzliche Auferlegung von

* **Schrifttum:** KOENIG WuM 1968, 105; MITTELSTEIN 148 ff; NIENDORFF 246 ff; ROQUETTE § 535 Rz 20 ff; SCHMIDT-FUTTERER, MietR, s v Hausordnung; ders, Miete und Pacht 34 f; STERNEL Rz II 398 f; WEIMAR MDR 1962, 189.

Pflichten, jede Beschneidung der Mieterrechte sind als einseitige Vertragsänderungen ohne weiteres nichtig (ebenso STERNEL Rz II 402; aM BUB-GRAF VON WESTPHALEN, AGBG, S 8).

145 6. Formular- und Musterverträge*

a) Die wohl wichtigste Ursache für die verbreiteten Mißstände auf dem Wohnungsmarkt schon kurz nach Inkrafttreten des BGB war die allseitige Durchsetzung überwiegend geradezu skandalöser Formularverträge seitens der Vermieterverbände. Der Gesetzgeber hat dieser Entwicklung über Jahrzehnte hinweg völlig tatenlos zugesehen. Erst durch die verschiedenen Mietänderungsgesetze im Zuge des Abbaus der Wohnungszwangswirtschaft ist hier wenigstens teilweise ein Wandel eingetreten. Ein wirklich umfassender Schutz der Mieter wird aber erst erreicht sein, wenn ausnahmslos alle dem Mieter nachteiligen Abweichungen von den mietrechtlichen Vorschriften des BGB jedenfalls in Muster- und Formularverträgen sowie durch AGB verboten werden. Eine solche Maßnahme ist schon lange überfällig.

146 b) Der erste Versuch des Gesetzgebers, die Mieter auch jenseits des Mietnotrechts gegen sie benachteiligende Formular- und Musterverträge der Vermieterverbände zu schützen, datiert aus dem Jahre 1934. Auf Druck des Reichsjustizministeriums einigten sich damals die Spitzenverbände der Vermieter und Mieter auf einen „Mustervertrag“, den sog Deutschen Einheitsmietvertrag (DEMV) (DJ 1934, 304; dazu bes ENNECCERUS-LEHMANN § 135), der zwar immer noch die Vermieter erheblich begünstigte, jedoch die schlimmsten Benachteiligungen der Mieter beseitigte. Die Spitzenverbände hatten sich gleichzeitig verpflichtet, ihren Mitgliedern die Anwendung dieses Mustervertrages zu empfehlen und keine anderen Formularverträge mehr zu verwenden. Zugleich war ein Katalog sog mißbilligter Klauseln aufgestellt worden, die auf keinen Fall mehr zum Nachteile der Mieter vereinbart werden sollten (abgedr PERGANDE aaO).

147 aa) Für die tatsächliche Anwendung des DEMV gab es keinerlei Garantie. Deshalb konnte es nicht verwundern, daß sofort nach Kriegsschluß von den Vermieterverbänden wieder zahlreiche andere Mietvertragsformulare in Umlauf gesetzt wurden, durch die die Mieter erneut erheblich benachteiligt wurden. Auch war die Praxis nicht bereit, alle mißbilligten Klauseln ohne weiteres als sittenwidrig zu behandeln; vielmehr sollte es insoweit stets ganz auf die Umstände des Einzelfalles ankommen (BGH LM Nr 3 zu § 547 BGB; NJW 1967, 1223; PERGANDE aaO; aM zB SCHMIDT-FUTTERER aaO). Angesichts dieser Entwicklung kann man es nur begrüßen, daß der Gesetzgeber inzwischen die meisten mißbilligten Klauseln ausdrücklich verboten hat. Die übrigen Klauseln verstoßen heute durchweg gegen die §§ 9–11 AGBG (s unten Rz 148 f), so daß fortan in der Tat von der generellen Ungültigkeit aller mißbilligten Klauseln ausgegangen werden kann.

* **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 79–110 zu § 535; BUB DWW 1977, 76; ders-GRAF VON WESTPHALEN, Das AGBG und seine Auswirkungen auf das Mietvertragsrecht, insbes auf Formalmietverträge; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG (3. Aufl 1978) §§ 9–11 Anh Rz 500 f; SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA, AGBG (1977) § 9 Rz 141; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK Rz C 228 f; ERMAN-SCHOPP Vorbem 74 ff vor § 535; PERGANDE Einf II vor § 535; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 31 ff; SOERGEL-MEZGER Vorbem 63 ff vor § 535; STERNEL Tz II 6 ff; SONNENSCHNITZ NJW 1980, 1489, 1713; STAUDINGER-SCHLOSSER, AGBG (1980); WIEK WuM 1980, 237; zum Mustermietvertrag 1976 des BMJ s BUB DWW 1977, 76; OTTO ZMR 1977, 129; SCHMIDT-FUTTERER NJW 1976, 921; WEIMAR ZMR 1976, 65; STERNEL Rz II 18 f; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK Rz A 36 f.

An die Stelle des DEMV ist 1976 nach jahrelangen Vorarbeiten der vom BMJ 147a herausgegebene sog. Mustermietvertrag '76 getreten (Text ZMR 1976, 68; dazu zB SCHMIDT-FUTTERER, OTTO u WEIMAR aaO; BUSCHMANN BIGBW 1975, 241; STERNEL Tz II 18 f). Dieses Vertragsmuster hat sich jedoch bisher angesichts des Widerstandes der Vermieterseite nicht durchzusetzen vermocht. Nach Inkrafttreten des AGBG am 1. April 1977 kommt zudem solchen „amtlichen“ Vertragsmustern ohnehin keinerlei Bedeutung mehr zu (aM zu Unrecht STERNEL aaO). Maßgebend für die Beurteilung von Geschäftsbedingungen und Formularverträgen ist vielmehr fortan allein das AGBG. Überaus zahlreiche, nach wie vor sehr verbreitete Klauseln sind hiernach in Wirklichkeit unwirksam (eingehend SONNENSCHNEIN aaO).

bb) Zum **AGBG** ist hier nicht umfassend Stellung zu nehmen; vielmehr sind im 147b Folgenden nur einige Punkte eingehender zu behandeln, die erfahrungsgemäß bei der Beurteilung von Mietformularverträgen besonders bedeutsam sind; im übrigen ist für die Frage, inwieweit vom BGB und vom 2. WKSchG abweichende Klauseln zulässig sind, auf die Erläuterungen zu den einzelnen, mietrechtlichen Vorschriften zu verweisen (s im übrigen STAUDINGER-SCHLOSSER, AGBG).

a) Der **sachliche Anwendungsbereich** des AGBG ergibt sich in erster Linie aus dessen 147c § 1. Danach ist das Gesetz auf alle Mietverträge anzuwenden, die Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten oder Formularverträge darstellen. Den Gegensatz bilden die zwischen den Parteien im einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen (§ 1 Abs 2 AGBG). Solche Formularverträge sind in der Mietvertragsparaxis überaus verbreitet. Die meisten Formulare stammen von den Vermieterverbänden. Hierher gehört aber zB auch der sog. Mustermietvertrag von 1976 (s im einzelnen BUB-GRAF VON WESTPHALEN 15 f; HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 500; STERNEL Rz II 5 f).

Der **zeitliche Anwendungsbereich** des AGBG ist in § 28 geregelt. Uneingeschränkt 147d erfaßt das Gesetz danach nur die nach dem 1. 4. 1977 abgeschlossenen Verträge. Gem § 28 Abs 2 AGBG ist jedoch auch auf die sog. Altverträge ab dem 1. 4. 1977 die Generalklausel des § 9 AGBG anzuwenden, so daß der Sache nach heute alle Mietverträge der Inhaltskontrolle nach dem AGBG unterliegen (BUB-GRAF VON WESTPHALEN 30 f; STERNEL Rz II 6; ULMER[-BRANDNER-HENSEN], AGBG § 28 Rz 3 f; SCHLOSSER § 28 Rz 3).

Hinsichtlich des **persönlichen Anwendungsbereiches** muß man nach dem sehr 147e wichtigen § 24 AGBG zwischen dem kaufmännischen und dem nichtkaufmännischen Verkehr unterscheiden. Uneingeschränkte Geltung besitzt das Gesetz hiernach nur im nichtkaufmännischen Verkehr, wozu namentlich die gesamte Wohnraummiete gehört. Hingegen sind die §§ 2, 10–12 AGBG von der Anwendung auf Kaufleute (einschließlich der Minderkaufleute des § 4 HGB) ausgeschlossen. Unberührt hiervon bleibt jedoch auch im sog. kaufmännischen Verkehr die Geltung der alles überragenden Generalklausel des § 9, und zwar selbst dann, wenn sie im Einzelfall zu denselben Ergebnissen wie die an sich unanwendbaren §§ 10 und 11 AGBG führt (§ 24 S 2 HS 1 AGBG). Ohnehin ist davon auszugehen, daß zumindest kleine und mittlere Gewerbetreibende in der Frage der Inhaltskontrolle von Formularmietverträgen kaum weniger schutzbedürftig sind als Privatleute, so daß eine möglichst einheitliche Behandlung beider Personengruppen anzustreben ist (ebenso BUB-GRAF VON WESTPHALEN 20 f; SCHLOSSER § 24 Rz 8).

ß) Nach der **Generalklausel** des § 9 Abs 1 AGBG (die ohne jede Ausnahme für alle 147f Mietverträge gilt, oben Rz 147 d) sind Bestimmungen in Formularverträgen (o Rz 147 c) unwirksam, wenn sie den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies ist nach § 9 Abs 2 AGBG iZw anzunehmen, wenn die fragliche Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken des BGB oder des

2. WKSchG unvereinbar ist oder wenn sie wesentliche Rechte des Mieters oder wesentliche Pflichten des Vermieters, die sich aus der Natur der Miete ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Die Einzelheiten regeln hierbei die beiden, umfangreichen Kataloge der §§ 10 und 11 AGBG.

- 147g** Bei der Anwendung der §§ 9–11 AGBG auf Formularmietverträge ist davon auszugehen, daß die gesetzliche Regelung der Miete im BGB und im 2. WKSchG grundsätzlich eine unter sozialen Gesichtspunkten angemessene und ausgewogene Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien darstellt, so daß hiervon durch Formularverträge zum Nachteil des Mieters **nur** abgewichen werden darf, wenn es sich dabei um untergeordnete Punkte mehr technischer Art handelt oder wenn für die Abweichung zwingende, sachliche Gründe aus den Beziehungen der Parteien bestehen (BUB-GRAF VON WESTPHALEN 7 f, 21 f; EMMERICH JuS 1972, 361, 366 f; HENSEN, AGBG §§ 9–11 Anh Rz 500–516; STERNEL Rz II 17 ff; SCHLOSSER § 9 Rz 146). Abweichungen von der gesetzlichen Regelung sind daher i Erg nur noch in ganz engen Grenzen möglich, wie im folgenden zu zeigen sein wird.
- 148** **γ)** Der Abschluß des Mietvertrages kann nicht mit dem Kauf von Einrichtungsgegenständen oder der Übernahme von Versicherungen *gekoppelt* werden (HENSEN Rz 502). Bei mehreren Mietern kann nicht eine generelle, gegenseitige *Bevollmächtigung* der Mieter vorgeschrieben werden (HENSEN Rz 504, 920 f; SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA § 9 Rz 139). Ebenso unzulässig sind Zugangsfiktionen und besondere *Formvorschriften* zB für Kündigungen (§§ 10 Nr 6, 11 Nr 16 AGBG). Die *Fiktion* von Willenserklärungen, zB der Billigung der Nebenkostenabrechnung bei Unterlassung sofortigen Widerspruchs, verstößt gegen § 10 Nr 5 AGBG (BUB-GRAF VON WESTPHALEN 8, 30). Ebenso unzulässig ist die formularmäßige Erklärung, der Mieter habe die Räume in einwandfreiem Zustand vorgefunden (§§ 9 Abs 2 Nr 2, 11 Nr 15 lit b AGBG; u § 539 Rz 102; AG Kaiserslautern WuM 1980, 100; LG Mannheim FWW 1977, 94; BUB DWW 1977, 76, 80; ders – GRAF VON WESTPHALEN 12, 27; HENSEN Rz 502). Dasselbe gilt überhaupt für jede Abweichung von der gesetzlichen *Beweislastverteilung* (§ 11 Nr 15 AGBG; BUB-GRAF VON WESTPHALEN 26).
- 148a** Der Vermieter kann sich grundsätzlich nicht vorbehalten, statt der vereinbarten eine *andere Wohnung* zu leisten (§ 10 Nr 4 AGBG; BUB-GRAF VON WESTPHALEN 29). Auch die **Haftung** des Vermieters für die rechtzeitige Überlassung der Wohnung kann mit Rücksicht auf das elementare Interesse des Mieters gerade an diesem Punkt weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden; ohnehin ist eine Beschränkung der Vermieterhaftung nur noch in ganz engen Grenzen möglich (§ 537 Abs 3; §§ 9, 11 Nr 7, 8 und 10 AGBG; dazu unten § 537 Rz 60 ff; BUB-GRAF VON WESTPHALEN 12, 21 f; HENSEN Rz 502, 508).
- 148b** Umgekehrt kann auch die **Mieterhaftung** grundsätzlich nicht mehr durch Formularverträge über den gesetzlichen Rahmen hinaus erweitert werden (§ 9 AGBG iVm § 276); insbes kann dem Mieter weder unmittelbar noch mittelbar eine Haftung für von ihm nicht zu vertretende Schäden auferlegt werden. Dagegen verstößt insbes die verbreitete Klausel, daß alle Mieter gesamtschuldnerisch haften sollen, wenn sich nicht aufklären läßt, worauf eine Verstopfung von Röhren zurückzuführen ist (unten § 548 Rz 14; BUB-GRAF VON WESTPHALEN 25; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER § 9 Rz 50; SCHLOSSER-COESTER-WALTJEN-GRABA § 9 Rz 141; LG Karlsruhe MDR 1980, 230 Nr 73).
- 148c** Auch die **Rechtsfolgen** etwaiger Vertragsverletzungen des Mieters können nur in engen Grenzen über den gesetzlichen Rahmen hinaus verschärft werden. Vertragsstrafenversprechen sind ohnehin generell verboten (§ 550 a; § 11 Nr 6 AGBG). Aber auch der nicht weniger gefährlichen Pauschalierung der Schadensersatzansprüche des

Vermieters zieht das AGBG in § 11 Nr 5 engen Grenzen, mit denen zB die Forderung hoher sog Bearbeitungsgebühren und weit über den Rahmen des § 288 Abs 1 S 1 hinausgehender Zinsen bei Zahlungsverzug des Mieters unvereinbar ist (BUB-GRAF VON WESTPHALEN 25; HENSEN Rz 502). Schließlich kann durch Formularverträge auch nicht das Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung über den gesetzlichen Rahmen hinaus erweitert werden (§§ 554 a, 554 b; § 9 AGBG; HENSEN Rz 509; SCHLOSSER § 9 Rz 149).

Unbedenklich ist hingegen zB die Bestimmung, daß der Vermieter bei Zahlungsverzug des Mieters die Sache zur Sicherheit bis zur Bezahlung der Rückstände an sich nehmen darf (vgl § 320; BGH BB 1978, 523 = ZMR 1978, 178 gegen OLG Hamm BB 1976, 1049). Hingegen ist es nach dem Gesagten ausgeschlossen, durch Formularvertrag zu bestimmen, daß der Vermieter bei Zahlungsverzug des Mieters trotz Kündigung Fortzahlung des Mietzinses bis zu dem vertraglich vorgesehenen Vertragsende verlangen kann (BGHZ 71, 196, 204 f = JuS 1978, 632 Nr 6 für Leasingverträge; SCHLOSSER § 9 Rz 147).

Die **Instandhaltungs-** und **Instandsetzungspflicht** des Vermieters gehört zu den das gesetzliche Wesen der Miete bestimmenden Hauptleistungspflichten iS des § 9 Abs 2 Nr 2, wie unmittelbar aus § 536 folgt. Daher kann diese Pflicht (entgegen einer verbreiteten Meinung) durch Formularverträge weder eingeschränkt noch gar ganz oder teilweise auf den Mieter abgewälzt werden (s §§ 535, 536 Rz 151d; WICK WuM 1980, 237). Das gilt auch und gerade für die Pflicht zur Vornahme der sog *Schönheitsreparaturen*. Namentlich in diesem Punkt ist eine grundlegende Änderung der Mietvertragspraxis schon längst überfällig.*

Das Zurückbehaltungs- und *Aufrechnungsrecht* des Mieters bei Vertragsverletzungen des Vermieters wird gegen seine Beseitigung oder Einschränkung durch Formularverträge sowohl durch § 552 a als auch durch die §§ 9 und 11 Nr 2 und 3 AGBG umfassend geschützt (s dazu im einzelnen § 537 Rz 51a, § 551 Rz 6–9, § 552 a Rz 12; BUB-GRAF VON WESTPHALEN 10, 23; HENSEN Rz 502; STERNEL Rz II 101 f).

d) Formularverträge sind auch außerhalb der Wohnraummiete außerordentlich **149** verbreitet. Bekannt geworden sind vor allem der Einheitsmietvertrag für Baugeräte sowie die Überlassungsbedingungen für Fernsprechnebenstellenanlagen und die Formularverträge der Vermieter von Kraftfahrzeugen.

aa) Der Einheitsmietvertrag (EMV) für **Baugeräte** (RAnz 1940 Nr 132) war während des Krieges für allgemein verbindlich erklärt worden (zuletzt BGHZ 2, 176; 2, 192). Diese Verordnung ist jedoch 1948 außer Kraft getreten (BGH LM Nr 1 zu § 558 BGB). Der genaue Zeitpunkt ist str (ROQUETTE § 535 Rz 131 m Nachw). An die Stelle des EMV sind seitdem wieder die in sich sehr unterschiedlichen Geschäftsbedingungen der einzelnen Vermieter getreten (vgl zB ERMAN-SCHOPP Vorbem 76 zu § 535; zur Rechtslage, wenn der Vermieter gleichzeitig das Bedienungspersonal stellt, s oben Vorbem 36).

* **Schrifttum:** s unten §§ 535, 536 Rz 143 f; SONNENSCHNEIN NJW 1980, 1713; ebenso AG Tempelhof-Kreuzberg ZMR 1979, 242, 243; LOWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER § 9 Rz 72; etwas enger LG Köln WuM 1980, 255; AG Köln WuM 1980, 50 f; HENSEN Rz 503 f; aM zB LG Berlin ZMR 1979, 244 m abl Anm Wolf = FWW 1979, 250; LG Wuppertal WuM 1979, 72 f m Anm FRITZ; AG Köln WuM 1979, 164 f; BUB DWW 1977, 76, 78; W KOHLER NJW 1979, 2505; KRAPPEN ZMR 1978, 193; SCHLOSSER § 9 Rz 148; vermittelnd LG Frankfurt WuM 1979, 151, 152, nach dem dem Mieter zumindest der Gegenbeweis möglich bleiben muß, daß die Wohnung tatsächlich nicht renovierungsbedürftig war; AG Krefeld ZMR 1980, 241 m Anm WICK. Wie hier für die Renovierungspflicht bei Vertragsende grdlg OLG Hamm WuM 1981, 77; LG Mannheim WuM 1981, 87.

- 150 bb)** In den Geschäftsbedingungen der Vermieter von **Kraftfahrzeugen** finden sich häufig in meistens ganz verwirrender Anordnung überaus belastende Haftungs- und Beweislastregeln zum Nachteil der Mieter. Im Ergebnis ist die Haftung typischerweise so geregelt, daß der Mieter grundsätzlich für alle im einzelnen aufgeführten Schäden an dem Fahrzeug und für die damit verbundenen Folgeschäden haften soll, sofern er sich nicht zu entlasten vermag. Der Mieter kann sich jedoch eine Haftungsbefreiung durch die zusätzliche Zahlung der Prämien für eine Kaskoversicherung erkaufen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vermieter tatsächlich eine Kaskoversicherung abgeschlossen hat oder nicht. Entsprechend § 61 VVG entfällt die Haftungsbefreiung jedoch wieder, wenn der Mieter vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat (vgl zB OLG Nürnberg VersR 1973, 1076; HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG [3. Aufl 1978] §§ 9–11 Anh Rz 512 f; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, AGBG [1977] § 9 Rz 50).
- 150a α)** Wegen ihrer Unübersichtlichkeit, Unklarheit, Unverständlichkeit und Widersprüchlichkeit verstoßen die Geschäftsbedingungen der Kraftfahrzeugvermieter (AGB) sehr häufig schon gegen die §§ 2 Abs 1 Nr 2, 3 und 5 AGBG, so daß sie von vornherein gar nicht Vertragsbestandteil werden (HENSEN Rz 512). Aber auch wenn sie (ausnahmsweise) Eingang in den einzelnen Vertrag gefunden haben, halten sie vielfach einer Inhaltskontrolle an Hand des AGBG nicht stand.
- 150b β)** Eine vollständige **Freizeichnung** des Vermieters verstößt in jedem Fall gegen die §§ 9, 11 Nr 7 und 24 AGBG. Ebensowenig kann umgekehrt durch die AGB des Vermieters eine vom Verschulden unabhängige Haftung des Mieters begründet werden (§ 9 AGBG; LG Berlin VersR 1969, 164; HENSEN Rz 513; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER § 9 Rz 50).
- 150c** Hingegen ist es grundsätzlich zulässig, eine (begrenzte) **Haftungsbefreiung des Mieters** bei Übernahme der Kaskoversicherungsprämien vorzusehen. Schon die bloße Abwälzung dieser Prämien auf den Mieter hat daher konkludent eine derartige Haftungsbefreiung zur Folge.* Die Haftungsbefreiung wirkt in diesem Falle auch zu Gunsten des berechtigten Fahrers, selbst wenn er nicht Vertragspartner ist.**
- 150d** Entsprechend § 61 VVG kann auch vorgesehen werden, daß die Haftungsbefreiung wieder *entfällt*, wenn der Mieter vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat. Die Beweislast hierfür trifft aber stets den Vermieter und kann nach § 11 Nr 15 AGBG nicht auf den Mieter abgewälzt werden (BGHZ 65, 118; BGH VersR 1976, 880; LG Frankfurt NJW 1978, 952; HENSEN Rz 513; LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER § 9 Rz 50, § 11 Nr 15 Rz 8). Hingegen ist eine weitergehende Einschränkung der Haftungsbefreiung, die über das vom VVG vorgezeichnete Bild der Kaskoversicherung hinausgeht, durch AGB nicht möglich (BGHZ 70, 304, bes 310 f = NJW 1978, 945; HENSEN Rz 513). Insbes kann nicht bestimmt werden, daß die Haftungsbefreiung entfallen soll, wenn der Mieter bei einem Unfall nicht die Polizei zwecks Unfallaufnahme hinzuzieht (OLG Frankfurt NJW 1965, 588; LG Frankfurt NJW 1978, 952; HENSEN Rz 513; aM BGH NJW 1968, 2099) oder wenn er das Fahrzeug einem Dritten überläßt (BGH WM 1981, 201).
- 150e γ)** Auch eine Klausel, nach der der Mieter mit der Übernahme des Fahrzeugs dessen Mangelfreiheit bestätigt, ist mit § 11 Nr 15 unvereinbar (HENSEN Rz 513). Eine Schadenspauschalierung ist nach § 11 Nr 5 nur möglich, wenn dem Mieter der Nachweis offen bleibt, daß tatsächlich nur ein weit geringerer Schaden entstanden ist

* BGHZ 22, 109, 113 f; 26, 282; 43, 295, 299 f; 70, 304, 306 f = NJW 1978, 945, 946; BGH LM Nr 12 zu § 157 (Gf) BGB; VersR 1976, 688; WM 1976, 210, 211.

** BGHZ 22, 109, 122; 43, 295, 299; KG Betrieb 1974, 1571; OLG Hamm VersR 1971, 242; OLG Nürnberg VersR 1971, 259.

(BGHZ 67, 312; BGH WM 1976, 210 = JuS 1976, 676 Nr 7); bedenklich ist schließlich auch die Klausel, daß für jeden Reparaturtag Ersatz des vollen Mietausfalls verlangt werden kann (HENSEN Rz 513).

cc) Zahlreiche gegen das AGBG verstoßende Klauseln enthalten auch die von allen Herstellern nach dem Vorbild der Bundespost verwandten sog „Allgemeinen Überlassungsbedingungen für die Vermietung von **Fernsprechnebenstellenanlagen**“ (s HENSEN, in: ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGBG [3. Aufl 1978] §§ 9–11 Anh Rz 515 f). Bedenken bestehen hier vor allem gegen die Schadenspauschalierung, gegen den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts des Mieters sowie gegen die Ausdehnung des Kündigungsrechts des Vermieters und der Haftung des Mieters über den gesetzlichen Rahmen hinaus (s § 550a Rz 13; KG OLGZ 1966, 4; OLG Hamm WM 1973, 526).

dd) Die bei der Vermietung von **EDV-Anlagen** üblichen AGB sind abgedruckt im BANz v 2. 2. 1973 Beilage Nr 2/1973 (dazu CAMPICHE-KIRSCH BB 1973, 1287).

7. Die Sittenwidrigkeit von Mietverträgen

151

a) Mietverträge können wie alle anderen Verträge wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, so insbes wenn der Vertragszweck auf eine sittenwidrige Verwendung der vermieteten Sache gerichtet ist (§ 138; s im einzelnen MITTELSTEIN 208 ff).

aa) Als sittenwidrig wurden früher vor allem Miet- oder Pachtverträge über **Bordelle** behandelt (BGHZ 41, 341; BGH BB 1969, 1106 = Betrieb 1969, 1742). Mit Rücksicht auf die gewandelten sexuellen Anschauungen hat der BGH jedoch diese Praxis inzwischen aufgegeben. Miet- oder Pachtverträge über Bordelle gelten heute nur noch als sittenwidrig, wenn der Mieter oder Pächter von den Dirnen einen überhöhten Mietzins verlangt, sie also wirtschaftlich ausbeutet oder wenn er die Prostituierten in ihrer Selbständigkeit beeinträchtigt und sie zu ihrer Betätigung anhält, sowie schließlich dann, wenn der vereinbarte Pacht- oder Mietzins in einem auffälligen Mißverhältnis zu dem objektiven Pachtwert steht.* Letzteres dürfte freilich in aller Regel der Fall sein, so daß sich die Ergebnisse der neueren Praxis nicht wesentlich von denen der früheren Praxis unterscheiden werden.

bb) Sittenwidrig sind hingegen zweifelsfrei (Art 6 GG) die auch heute noch (oder wieder) in Mietverträgen anzutreffenden Zölibats- oder Kinderlosigkeitsklauseln oder etwa ein Verbot des Geschlechtsverkehrs (AG Köln WuM 1962, 221; AG Tübingen WuM 1979, 77 f; PERGANDE NJW 1964, 1925, 1928; SCHNEIDER ZMR 1973, 325; WEIMAR WuM 1961, 101). Genausowenig wie den Mieter das Privatleben des Vermieters etwas angeht, geht auch den Vermieter das Privatleben des Mieters etwas an. Jedes Eindringen in die Intimsphäre des Mieters ist ihm verwehrt.

cc) Daher kann auch die Ansicht, die Vermietung von Räumen an Paare, die in wilder Ehe leben, oder an Personen mit häufig wechselnden Partnern sei sittenwidrig, nur als

* BGHZ 63, 365 = JuS 1975, 396 Nr 7 m Anm HONSELL JZ 1975, 439; ebenso schon BGH LM Nr 6 zu § 138 (Ce) BGB; WM 1974, 750; OLG Hamm NJW 1975, 693; Urt v 4. 5. 1976 – 7 U 77/75; ROTHER AcP 172 (1972) 498, 508 ff.

** BERGFELDER WuM 1977, 45, 46; SCHNEIDER ZMR 1973, 131 f; TONDORF WuM 1974, 229; WEIMAR WuM 1974, 49; MÜLLER ZMR 1970, 289, 290 f; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 96 ff; GITTER 16; unhaltbar OLG Hamm FamRZ 1977, 318, 320; AG Emden NJW 1975, 1363; s dazu die Kontroverse von BEER JuS 1977, 374; SCHNEIDER WuM 1975, 221; SCHICKEDANZ und PETERS NJW 1975, 1890; HANDEL NJW 1976, 521; LEENEN MDR 1980, 353.

folglich niemals kündigen (s § 554 a Rz 17 f). Eine ganz andere Frage ist es hingegen, ob durch solche Vorgänge die anderen Mieter belästigt werden, so daß der Vermieter deshalb nach den §§ 550 und 553 vorgehen kann.

154 b) Zum Schutze der Mieter gegen Ausbeutung durch überhöhte Mietzinsen sind in den letzten Jahren die Strafvorschriften gegen **Wucher** ständig verschärft worden.

aa) Nach § 302 a StGB macht sich strafbar, wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen einen Vermögensvorteil versprechen oder gewähren läßt, der in einem auffälligen Mißverhältnis zu seiner Leistung steht; ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn der Täter durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt, wenn er die Tat gewerbsmäßig begeht oder wenn er sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen läßt.* Entsprechendes gilt auch für die Vermittlung solcher Leistungen. Maßstab für die wucherische Überhöhung des Mietzinses ist dabei die ortsübliche Vergleichsmiete iS des § 2 MHRG, zu deren Ermittlung die Gerichte auch in Strafverfahren in erster Linie auf Mietspiegel der Gemeinden zurückgreifen.

155 bb) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen läßt oder annimmt; unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte für vergleichbare Räume nicht unwesentlich übersteigen (§ 5 WiStG, sog Sozialwucher). Maßstab ist hier ebenso wie bei § 302 a StGB (oben Rz 154) die ortsübliche Vergleichsmiete iS des § 2 MHRG, zu deren Ermittlung hier ebenfalls wenn irgend möglich auf kommunale Mietspiegel zurückgegriffen wird. Dabei begnügt sich die Praxis idR schon mit einer Überschreitung dieses Mietpreisniveaus um 20 bis 25% zur Bejahung des Tatbestandes des § 5 WiStG.**

155a) Neben den beiden erwähnten Straftatbeständen ist natürlich stets die Anwendbarkeit des § 138 zu erwägen, der ohnehin 1976 dem § 302 a StGB weitgehend angepaßt worden ist (s STERNEL Rz III 24 f). § 138 II kann jedoch idR nur angewandt werden, wenn der übliche Mietzins um 50% überschritten wird (LG Wiesbaden ZMR 1980, 236 f).

156 cc) Die genannten Strafvorschriften gegen den Wucher sind gesetzliche Verbote iS des § 134 BGB, so daß bereits der objektive Verstoß gegen sie zur Nichtigkeit der entsprechenden Abreden führt (LG Hamburg NJW 1971, 1411 f WuM 1979, 63; LG Köln NJW 1965, 157 ff Nr 8 m zust Anm ROQUETTE; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK D 17 f). Angesichts des Schutzzweckes dieser Vorschriften ist jedoch anzunehmen, daß sich die Nichtigkeit auf den über das zulässige Maß hinausgehenden Teil der

* Vgl hierzu zB OLG Köln NJW 1976, 119 f m Nachw; OLG Frankfurt ZMR 1978, 286, 287; LG Köln ZMR 1975, 367; 1977, 148 Nr 11; SCHMIDT-FUTTERER, *Miete und Pacht* 74 ff; insbes ders – BLANK D 106 ff; STERNEL Rz III 24 f; GALLAS-SCHIRMEISTER WuM 1978, 81; BUSCHMANN BIGBW 1964, 199; HOPPMANN BIGBW 1965, 153.

** BReg, Bericht, BT-Drucks 8/2610, 10 f; OLG Frankfurt ZMR 1978, 286, 287; OLG Köln WuM 1979, 85; LG Duisburg WuM 1979, 221; LG Hamburg ZMR 1979, 208; WuM 1979, 63, 64; 1979, 199; LG Mannheim ZMR 1979, 62; WuM 1976, 68 = MDR 1976, 316; 1977, 581 f Nr 54; 1978, 55 Nr 52; NJW 1977, 1729; BayObLG ZMR 1977, 339; LG Heidelberg ZMR 1976, 334 = WuM 1977, 32; LG Hamburg MDR 1977, 582 Nr 55 = DWW 1977, 164 f; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK D 22 ff; HANS § 535 Anh; ESSER-WEYERS II 1 § 20 III 1 a. BayObLG WuM 1981, 69; LG Essen WuM 1981, 70.

Mietzinsvereinbarung beschränkt, im übrigen aber der Vertrag wirksam bleibt; der zuviel gezahlte Mietzins kann deshalb nach den §§ 812, 817 kondiziert werden.*

8. Wertsicherungsklauseln**

157

In Mietverträgen finden sich sehr häufig Wertsicherungsklauseln iS des § 3 WährG. Wegen aller Einzelheiten ist insoweit auf die umfangreiche Literatur und Rechtsprechung zu verweisen.*** Im Folgenden ist nur zu einigen Fragen, die speziell für die Miete bedeutsam sind, näher Stellung zu nehmen.

- a) Eine Wertsicherungsklausel liegt nach § 3 WährG vor, wenn der Betrag einer DM-Schuld, dh die Höhe des Mietzinses durch den Kurs einer fremden Währung oder durch den Preis von Gold oder anderen Gütern oder Leistungen **bestimmt** werden soll. Solche Wertsicherungsklauseln sind grundsätzlich verboten, können aber im Einzelfall von der Bundesbank genehmigt werden. Die Bundesbank verfährt hierbei mit Billigung der Rspr (BVerwGE 41, 1) nach von ihr bekannt gemachten sog **Grundsätzen**, deren letzte Fassung vom 9. 6. 1978 stammt (s den Abdruck u Rz 171; dazu zuletzt WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973). **158**
- b) § 3 WährG bedeutet eine sehr erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien. Die Vorschrift wird deshalb vom BGH sehr *restriktiv* interpretiert (grdl BGHZ 14, 306); außerdem schränken die Gerichte die Folgen eines Verstoßes der Parteien gegen § 3 WährG für den restlichen Vertrag soweit wie irgend möglich ein. **159**
- aa) Eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel wird vom BGH nur angenommen, wenn der Schuldbetrag durch eine (außerhalb des Schuldverhältnisses liegende) Vergleichsgröße fest **bestimmt** ist, dh wenn der Betrag in unmittelbare **Abhängigkeit** zu der Veränderung der fraglichen Vergleichsgröße gebracht ist, so daß eine Veränderung der letzteren **automatisch** eine Änderung des Schuldbetrages nach sich zieht; gleich steht dabei der Fall, daß der Schuldner verpflichtet ist, der im voraus genau festgelegten Veränderung des Betrages zuzustimmen. Entsprechendes gilt, wenn die Neufestsetzung des Betrages einem Dritten übertragen ist (BGH WuM 1981, 66). **160**
- α) Keine Wertsicherungsklauseln sind hiernach die verbreiteten **Leistungsvorbehalte**, bei denen die Parteien lediglich vereinbaren, daß im Falle einer bestimmten Veränderung der Vergleichsgröße die Höhe der Gegenleistung durch die Parteien oder einen Dritten neu festgesetzt werden soll (§§ 315 f), weil und sofern hier die das **161**

* LG Hamburg, LG Heidelberg o Rz 155; LG Mannheim WuM 1975, 172, 173 f; 1976, 68, 69; NJW 1977, 1729; LG Duisburg WuM 1979, 221; AG München WuM 1978, 164; AG Stuttgart WuM 1980, 253 f; SCHMIDT-FUTTERER-BLANK D 18; STERNEL Rz III 22, 38; WEIMAR Betrieb 1963, 439; aM zB ROQUETTE § 535 Rz 269.

** **Schrifttum:** BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 65 ff zu § 535; BULLA JuS 1976, 19; EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (1974) 332 ff; PATZER DWW 1975, 231; ROQUETTE § 535 Rz 255 ff; WEDEMEYER Betrieb 1969, 1925; WEIMAR WuM 1975, 161; DÜRKES, Wertsicherungsklauseln (8. Aufl 1972) Rz C 23, D 172, F 116 (S 57, 220, 352 ff); ders BB 1979, 805; WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973; VON MAYDELL, Geldschuld und Geldwert (1974); BILDA, Anpassungsklauseln in Verträgen (2. Aufl 1973); STERNEL Rz II 73 f (S 77 f).

*** Aus der Praxis zuletzt BGHZ 63, 132, 134 ff; BGH WuM 1974, 253; 1975, 48; 1976, 3; 1976, 47; MDR 1976, 310; NJW 1976, 142 f; 1976, 422; WM 1975, 1131 = JuS 1976, 119 Nr 4; WM 1977, 1330; 1979, 784; 1979, 1308 f; LM Nr 20/21 zu § 3 WährG = NJW 1973, 1498; LM Nr 27, 29 zu § 3 WährG; WM 1980, 1456; WuM 1981, 66.

Wesen der Wertsicherungsklausel ausmachende Automatik fehlt (oben Rz 160). Ohne Rücksicht auf die von den Parteien gewählte Formulierung kann daher ein Leistungsvorbehalt nur angenommen werden, wenn den Parteien bzw dem Dritten tatsächlich ein echter Ermessensspielraum bei der Neufestsetzung bleibt. Sind sie hingegen der Sache nach strikt an die Veränderung der Vergleichsgröße gebunden, so handelt es sich in Wirklichkeit doch um eine (genehmigungsbedürftige) Wertsicherungsklausel.* Bei langfristigen Verträgen können Leistungsvorbehalte im übrigen durchaus auch mehrfach zur Anwendung kommen (OLG Hamburg MDR 1980, 848 f).

- 162 β)** Genehmigungsfrei sind außerdem die sog **Spannungsklauseln**, bei denen die Bewertung im wesentlichen gleichartiger oder vergleichbarer Leistungen miteinander gekoppelt wird, bei denen also die eine Leistung anhand einer anderen, vergleichbaren oder gleichartigen Leistung eingestuft wird. Voraussetzung für die Annahme einer genehmigungsfreien Spannungsklausel ist maW, daß ein im Schuldverhältnis bereits angelegter Bezugswert zum Anpassungsmaßstab gewählt wird, zB durch die Koppelung von Ruhegeldern an die Beamtenbezüge. Werden hingegen Leistungen miteinander gekoppelt, die nicht in diesem Sinne vergleichbar oder gleichwertig sind, so handelt es sich in Wirklichkeit um eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel.**
- 163** Die Genehmigungsfreiheit von Spannungsklauseln gilt auch für *Mietverträge* (grdleg BGH LM Nr 29 zu § 3 WährG = NJW 1976, 422). Eine genehmigungsfreie Spannungsklausel liegt namentlich vor, wenn Wertmesser für den Mietzins der vom Mieter seinerseits erzielte Mietzins ist (BGH aaO). Hingegen handelt es sich nicht mehr um eine Spannungsklausel, wenn der Mietzins an die Entwicklung der Hypothekenzinsen oder der Beamtengehälter gekoppelt wird (BGH LM Nr 20/21 zu § 3 WährG = NJW 1973, 1498; MünchKomm-von MAYDELL § 244 Rz 25; WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973, 974; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 b, bb; DÜRKES, Wertsicherungsklauseln Rz D 11 [S 125]); dasselbe gilt für eine Koppelung des Mietzinses an die Entwicklung des Grundstückwertes (grdleg BGH NJW 1979, 1545, 1546; PALANDT-HEINRICHS aaO; DÜRKES, Wertsicherungsklausel Tz D 25, 164). Ebenso wenig ist schließlich eine Koppelung des Mietzinses an die Entwicklung des Baukostenindex möglich (DÜRKES, Wertsicherungsklausel Rz D 25).
- 164 γ)** Umstritten ist nach wie vor die Behandlung der sog **Kostenelementeklauseln** oder Preisgleitklauseln, auch Preisvorbehalte genannt, die sich auch in Mietverträgen namentlich über EDV-Anlagen häufig finden. Nach diesen Klauseln soll der Vermieter der Anlage berechtigt sein, den Mietzins zu erhöhen, wenn sich die Kosten einzelner für die Herstellung der Anlage maßgeblicher Faktoren ändern. Sicher zulässig ist jedenfalls die offene Überwälzung tatsächlich entstandener Mehrkosten

* Zu den im einzelnen schwankenden Kriterien für die Abgrenzung der Leistungsvorbehalte von den Wertsicherungsklauseln s insbes BGHZ 53, 315, 318; BGH LM Nr 11, 13, 14, 15 und 18 zu § 3 WährG; ZMR 1980, 83 f; NJW 1979, 1545 f; BB 1958, 1120; 1963, 497; 1971, 288; 1971, 289; 1974, 1506; 1978, 581; NJW 1970, 2103 (m Anm BILDA 372 und THIELE JZ 1971, 292); WM 1968, 470; 1968, 617; BGHZ 62, 314 = JuS 1974, 797 f Nr 3; BVerwGE 41, 1 = NJW 1973, 529; EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts 333; MünchKomm-von MAYDELL § 244 Rz 23 f; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 b, aa; WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973, 974; STERNEL Tz II 75 f.

** BGHZ 14, 306, 310 ff; BGH LM Nr 2 zu 133 (A) BGB; Nr 11, 20/21, 23, bes 29 zu § 3 WährG; BGH NJW 1979, 1545, 1546; 1979, 1888, 1889; EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts 333; MünchKomm-von MAYDELL § 244 Rz 25; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 b, bb; STERNEL Rz II 77, 84 f; WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973, 974.

auf den Mieter, zB der erhöhten Kosten der Müllabfuhr oder der Fremdfinanzierung, wobei aber bei Wohnraummietverhältnissen die Sonderregelung des § 4 MHRG zu berücksichtigen ist (BGH LM Nr 20/21 zu § 3 WährG = NJW 1973, 1498; WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973, 975). Im übrigen ist jedoch die Behandlung dieser Klauseln umstritten. Während die Bundesbank an ihrer Genehmigungsbedürftigkeit festhält (s WILLMS-WAHLIG aaO), geht die hM im Schrifttum von ihrer unbeschränkten Zulässigkeit aus (zuletzt MünchKomm-von MAYDELL § 244 Rz 26; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 b, cc; insbes DÜRKES BB 1979, 805). Dieser Meinung hat sich jetzt auch der BGH ausdrücklich angeschlossen (BB 1979, 1213, 1214), so daß auch in Mietverträge Preisgleitklauseln ohne weiteres aufgenommen werden können.

c) Soweit hiernach Wertsicherungsklauseln einer Genehmigung der Bundesbank auf Grund des § 3 WährG bedürfen, richtet sich die Bundesbank im Augenblick nach den **Grundsätzen vom 9. 6. 1978** (Mitteilung Nr 1015/78 abgedr unten Rz 171; dazu zB WILLMS-WAHLIG BB 1978, 973, 975 f). Danach werden Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen über Gebäude oder Räume grundsätzlich nicht genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen besonders langfristigen Vertrag handelt (Nr 1 lit b der Grundsätze v 9. 6. 1978). Unter dieser Voraussetzung kann der Mietzins auch an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten gekoppelt werden (Nr 3 lit a, aa der Grundsätze; vgl hierzu auch PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 a). Eine nachträglich von der Bundesbank erteilte Genehmigung wirkt stets auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück (BGH Betrieb 1979, 1502). **165**

d) Bis zur Genehmigung der Wertsicherungsklausel durch die Bundesbank ist der Vertrag schwebend *unwirksam* (MünchKomm-EMMERICH § 275 Rz 27; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 d). Jede Partei muß die andere über die Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages aufklären, widrigenfalls sie aus cic haftet (MünchKomm-EMMERICH Vorbem 97 zu § 275). Außerdem muß jede Partei bei der Herbeiführung der Genehmigung mitwirken und alles unterlassen, was eine Erteilung der Genehmigung verhindern könnte (EMMERICH aaO 135). **166**

Erweist sich eine Klausel als *nicht genehmigungsfähig*, so hat dies keinesfalls notwendig oder auch nur im Regelfall die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge; vielmehr ist zunächst zu versuchen, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die unwirksame Klausel durch eine nicht genehmigungsbedürftige, wirksame Klausel zu ersetzen, vorausgesetzt daß eine solche Vertragsanpassung erkennbar den Interessen beider Parteien entspricht. Diese ergänzende Vertragsauslegung wird idR zu einem Leistungsvorbehalt führen, der im wesentlichen denselben Inhalt wie die nicht genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel hat, aber ergänzend auf die Billigkeit der Miet- oder Pachtzinserhöhung abstellt, um die gegen § 3 WährG verstoßende Automatik zu vermeiden. Können sich die Parteien über eine solche neue Klausel nicht einigen, so hat nach der Rechtsprechung der Vermieter oder Verpächter außerdem das Recht, den Mietzins einseitig nach den §§ 315 und 316 zu bestimmen, wobei ihn dann aber die volle Beweislast für die Billigkeit der Leistungsbestimmung trifft. Stellte die fragliche Klausel zB auf die Erhöhung eines bestimmten Beamtengehaltes ab, so ist sowohl bei ergänzender Vertragsauslegung als auch im Rahmen der §§ 315 und 316 von der Erhöhung dieses Gehaltes auszugehen; ergänzend muß dann aber der Vermieter oder Verpächter darlegen, daß sich eine entsprechende Miet- oder Pachtzinserhöhung auch tatsächlich im Rahmen der Billigkeit hält. Hierzu ist zB die Entwicklung der allgemeinen Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen, wenn der Vertrag erkennbar dem Lebensunterhalt des Vermieters diene. Ergänzend wird stets die Entwicklung des allgemeinen Mietzinsniveaus zu berücksichtigen sein. Hingegen kann im Rahmen der Billigkeitsprüfung die Umsatz-

entwicklung des Mieters oder Pächters nur berücksichtigt werden, wenn darauf auch schon bei Vertragsschluß abgestellt wurde.*

- 168** Führt keiner dieser Wege zur Aufrechterhaltung des Vertrages mit verändertem Inhalt, so kann sich immer noch aus der Verpflichtung des Mieters ergeben, zu einer Änderung des Vertrages mitzuwirken, wenn nur so der Vertrag genehmigungsfähig oder genehmigungsfrei gemacht werden kann, vorausgesetzt daß ihm diese Änderung zumutbar ist (BGHZ 67, 34; MünchKomm-EMMERICH Vorbem 136 zu § 275). In aller Regel bedarf es jedoch dieses Umweges nicht, da schon die ergänzende Vertragsauslegung zum Ziel führen wird.
- 169** Läßt sich der Vertrag weder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung noch durch seine Änderung aufrechterhalten, so führt nach § 139 die Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages; jedoch wird häufig anzunehmen sein, daß die Parteien den Vertrag dann auch ohne die Wertsicherungsklausel abgeschlossen hätten, so daß er im übrigen wirksam bleibt (BGH NJW 1974, 2233; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 d).
- 170 e)** Das Gesagte (oben Rz 157–169) gilt uneingeschränkt nur für die Fahrnismiete sowie für die gewerbliche Miete von Grundstücken und Räumen, nicht jedoch für die **Wohnraummiete**, da für die letztere die §§ 1 und 10 MHRG eine Sonderregelung des Fragenkreises enthalten. Danach sind im Anwendungsbereich des MHRG (dazu Vorbem 39 f zu § 1 MHRG) nicht nur Wertsicherungsklauseln, sondern darüber hinaus auch Spannungsklauseln und Leistungsvorbehalte generell verboten (BGH WM 1980, 1456), da ihre Folge durchweg über das MHRG hinausgehende Mietzinserhöhungen sein können (s im einzelnen § 10 MHRG Rz 11 m Nachw). Dementsprechend lehnt auch die Bundesbank ausnahmslos die Genehmigung von Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen über Wohnraum ab (Fußn 1 zu Nr 1 lit b der Grundsätze vom 9. 6. 1978, unten Rz 171). Unberührt hiervon bleiben lediglich Ansprüche auf Mietzinserhöhungen auf Grund wirksamer Wertsicherungsklauseln, die schon vor Inkrafttreten des MHRG am 1. 1. 1975 entstanden waren (BGH LM Nr 32 zu WährG = MDR 1977, 572).
- 171 f)** Die **Grundsätze der Bundesbank** bei der Entscheidung über Genehmigungsanträge nach § 3 des WährG vom 9. Juni 1978 (Mitteilung Nr 1015/78, BAAnz Nr 109 vom 15. 6. 1978 S 4) haben folgenden Wortlaut:

Die Deutsche Bundesbank weist zur Unterrichtung der Öffentlichkeit auf folgendes hin:

1. Klauseln, nach denen ein in Deutscher Mark geschuldeter Betrag durch den künftigen Kurs einer anderen Währung oder durch den künftigen Preis oder Wert von Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll (§ 3 Satz 2 des Währungsgesetzes, Nummer 2 c Satz 2 der Währungsverordnung für Berlin), werden nicht genehmigt
 - a) bei Zahlungsverpflichtungen aus Darlehen, auch aus in Darlehen umgewandelten Schuldverhältnissen anderer Art, aus Schuldverschreibungen, Kapital- und Rentenversicherungen, Bankguthaben oder Abmachungen anderer Art, die die Rückzahlung eines Geldbetrages zum Gegenstand haben (Zahlungsverpflichtungen aus dem Geld- und Kapitalverkehr);

* Vgl. insbes BGHZ 63, 132, 134 ff; BGH LM Nr 51 zu § 139 BGB = WM 1976, 384 = ZMR 1976, 138; LM Nr 20/21 zu § 3 WährG; NJW 1979, 1545 1546; 1979, 2250; WuM 1980, 83 f; PALANDT-HEINRICHS § 245 Anm 5 d; STERNEL Rz II 80 f.

3. Titel. Miete. Pacht

- b) in Miet- und Pachtverträgen über Gebäude oder Räume¹⁾, es sei denn, daß der Vertrag
- für die Lebenszeit einer der Parteien,
 - für die Dauer von mindestens 10 Jahren,
 - mit dem Recht des Mieters oder des Pächters, die Vertragsdauer auf mindestens 10 Jahre zu verlängern oder
 - in der Weise abgeschlossen ist, daß er vom Vermieter oder Verpächter durch Kündigung frühestens nach Ablauf von 10 Jahren beendet werden kann.
2. Unabhängig von der Art des Schuldverhältnisses werden solche Klauseln nicht genehmigt, wenn
- a) einseitig ein Kurs-, Preis oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Kurs-, Preis oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirken oder nur der Gläubiger das Recht haben soll, eine Anpassung zu verlangen oder die Bezugsgröße zu bestimmen (Mindestklauseln, Einseitigkeitsklauseln);
 - b) der geschuldete Betrag an den künftigen Goldpreis gebunden sein soll;
 - c) der geschuldete Betrag allgemein von der künftigen „Kaufkraft“ der Deutschen Mark oder einem anderen Maßstab abhängig sein soll, der nicht erkennen läßt, welche Preise oder Werte dafür bestimmend sein sollen;
 - d) der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße überproportional ändern kann (zB durch Gleichsetzung von Indexpunkten mit dem Prozentsatz der Änderung der Geldschuld).
3. Außerdem werden Klauseln nicht genehmigt, nach denen der geschuldete Betrag
- a) von der künftigen Entwicklung der Lebenshaltungskosten (einem Preisindex für die Lebenshaltung) abhängig sein soll, es sei denn, daß es sich um
 - aa) wiederkehrende Zahlungen handelt, die
 - auf Lebenszeit des Gläubigers oder des Schuldners,
 - bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungszieles des Empfängers,
 - bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers,
 - für die Dauer von mindestens 10 Jahre (gerechnet vom Vertragsschluß bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung) oder
 - auf Grund von Verträgen zu entrichten sind, die die Laufzeitvoraussetzungen von Nummer 1 Buchstabe b erfüllen,
- oder
- bb) Zahlungen handelt, die
 - auf Grund einer Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung zwischen Miterben, Ehegatten, Eltern und Kindern
 - auf Grund einer letztwilligen Verfügung oder

¹⁾ Klauseln in Mietverträgen über Wohnraum, auf die das MHRG Anwendung findet, werden nicht genehmigt.

- von dem Übernehmer eines Betriebes oder eines sonstigen Sachvermögens zur Abfindung eines Dritten zu entrichten sind,
sofern zwischen dem Entstehen der Verbindlichkeit und der Endfälligkeit ein Zeitraum von mindestens 10 Jahren liegt oder die Zahlungen nach dem Tode eines Beteiligten zu erbringen sind,
 - b) von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Löhnen, Gehältern, Ruhegehältern oder Renten abhängig sein soll, es sei denn,
 - aa) daß es sich um regelmäßig wiederkehrende Zahlungen handelt, die
 - für die Lebensdauer,
 - bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungszieles oder
 - bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers zu entrichten sind oder
 - bb) daß der jeweils noch geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung von Löhnen oder Gehältern abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen,
 - c) vom künftigen Preis oder Wert sonstiger verschiedenartiger Güter oder Leistungen (zB vom Baukostenindex oder einem anderen die Preis- oder Wertentwicklung von einer Anzahl von Gütern oder Leistungen bezeichnenden Index) abhängig sein soll, es sei denn, daß der jeweils noch geschuldete Betrag
 - aa) von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, die der Schuldner in seinem Betriebe erzeugt, veräußert oder erbringt, oder
 - bb) insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen,
 - d) durch den künftigen Kurs einer anderen Währung bestimmt werden soll, es sei denn, daß es sich handelt um
 - aa) Einfuhrverträge, Einfuhranschlußverträge zwischen Importeuren und Erstabnehmern, Ausfuhr-Zulieferungsverträgen zwischen Exporteuren und ihren unmittelbaren Zulieferern oder Kaufverträge des „gebrochenen“ Transithandels, sofern die Waren von den Importeuren oder den Transithändlern unverändert weiterveräußert wird oder
 - bb) Passage- oder Frachtverträge im grenzüberschreitenden Verkehr,
 - e) von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung des Preises oder Wertes von Grundstücken abhängig sein soll, es sei denn, daß sich das Schuldverhältnis auf die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung eines Grundstücks beschränkt.
4. Soweit nach den vorstehenden Grundsätzen eine nach § 3 Satz 2 des Währungsgesetzes (Nummer 2 c Satz 2 der Währungsverordnung für Berlin) erforderliche Genehmigung nicht ausgeschlossen ist, kann im allgemeinen mit ihrer Erteilung gerechnet werden.
5. Bei Verträgen der in Nummer 3 Buchstabe d bezeichneten Art kann auch mit der Genehmigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten in fremder Währung (§ 3 Satz

3. Titel. Miete. Pacht

- 1 des Währungsgesetzes, Nummer 2 c Satz 1 der Währungsverordnung für Berlin) gerechnet werden.
6. Diese Grundsätze treten an die Stelle der im Bundesanzeiger Nr 160 vom 29. August 1964 (durch die Mitteilung der Deutschen Bundesbank Nr 1018/64) bekanntgegebenen und durch die Mitteilung der Deutschen Bundesbank Nr 1006/69 (BAnz Nr 169 vom 12. September 1969) geänderten Grundsätze. Soweit sie abweichend von den bisherigen Grundsätzen eine Genehmigung ausschließen, werden sie auf Vereinbarungen angewandt, die nach dem 30. September 1978 getroffen werden. Im übrigen werden diese Grundsätze bei allen Genehmigungsanträgen angewandt, über die nach der Bekanntgabe dieser Grundsätze entschieden wird.
7. Eine Änderung dieser Grundsätze bleibt vorbehalten.
8. Genehmigungsanträge nach § 3 des Währungsgesetzes (Nummer 2 c der Währungsverordnung für Berlin) sind bei der zuständigen Landeszentralbank einzureichen.

§ 535

Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten.

E I § 503; E II § 480 Abs 1; E III § 528; Mot II 369 ff; Prot II 130 ff.

§ 536

Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten.

E I § 504; E II § 481; E III § 529; Mot II 372 f; Prot II 130 f.

Schrifttum

Veröffentlichungen zu Einzelfragen s auch bei den einzelnen Erläuterungen; vgl außerdem zunächst die Vorbem zu §§ 535, 536.

BETTERMANN, Darf der Mieter zur Ölheizung übergehen? ZMR 1960, 354; BRONSCH, Die Schönheitsreparatur, JR 1970, 125; FRICKE, Konkurrenzschutzpflicht bei der Vermietung gewerblicher Räume, ZMR 1979, 227; GLASER, Gemeinschaftsantenne und Mietrecht, Betrieb 1974, 125; ders, Die Sammelheizung in Rechtsprechung und Schrifttum (7. Aufl 1978); ders, Rechtsfragen zur Ölheizung im Mietwohnhaus (1964); ders, Gewerbliche Nutzung von Wohnräumen, NJW 1956, 1265; ders, Der Waschautomat in der Mietwohnung, Betrieb 1964, 982; 1973, 2176; ders MDR 1969, 539; ders, Das Recht der Schönheitsreparaturen (2. Aufl 1977); GAISBAUER, Der Fernsprechanschluß des Mieters, DWW 1970, 7; 1970, 43; GUNDLACH, Vor- und Nachmieter als Gesamtschuldner? NJW 1976, 787; HADDING, Die unterlassenen Schönheitsreparaturen, JuS 1969, 407; HAMANN, Das Wahlplakat im Fenster einer Mietwohnung, ZMR 1974, 323; ders, Hundertwasser's Fensterrecht, ZMR 1974, 3; ders, Grundrechtsverwirklichung auf der Außenwand einer gemieteten Wohnung, Ufita 74 (1975) 261; HEROLD, Radio- und Fernsehgeräte in der Mietwohnung, WuM 1969, 142; HOLLENBERG, Das Recht der Heizung im Miethaus, ZMR 1961, 38; HUMMEL, Zur Grundrechtswahrung in Mietverhältnissen, ZMR 1971, 265; ders, Die Abrechnung der Nebenkosten, ZMR 1975, 65; HURST, Umstellung auf Erdgas und Mieterhöhung, ZMR 1970, 321; ders, Nichtüberlassung bzw nicht rechtzeitige Überlassung der Wohnung an den Mieter, WuM 1971, 26; ders, Die Reinigungs- und Streupflicht des Anlegers und Erdgeschoßbewohners in rechtlicher Sicht, ZMR 1967, 67; KLEIN, Die Tierhaltung in Mietwohnungen, ZMR 1959, 189; KOENIG, Hausmusik in

der Mietwohnung, GE 1970, 117; KÜRZEL, Zum Mangel der Mietsache und zu ihrem vertragswidrigen Gebrauch, ZMR 1974, 321; KUNKEL, Umfang und Grenzen des Gebrauchs der Mietsache, NJW 1958, 123; LAU, Zur Umlegung von Mietnebenkosten, ZMR 1978, 357; LEENEN, Der „vertragsmäßige Gebrauch“ der Mietsache als Problem der Rechtsgeschäftslehre, MDR 1980, 353; MEZGER, Gibt es für die Mietzinszahlung eine Karenzzeit? NJW 1972, 2071; MITTELSTEIN, Die Mietsache nach dem Rechte des deutschen Reiches (4. Aufl 1932) 214 ff; MÜLLER, Der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache bei der Vermietung von Räumen zu Wohnzwecken, ZMR 1970, 289; NIENDORFF, Mietrecht nach dem BGB (10. Aufl 1914) 96 ff, 175 ff; OSWALD, Unter welchen Voraussetzungen darf der Vermieter die Räume des Mieters betreten? ZMR 1960, 129; OTTO, Schönheitsreparaturen in Mieträumen, ZMR 1974, 33; ders, Die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen während der Mietzeit, MDR 1973, 14; ders, Schönheitsreparaturen in Mieträumen, Betrieb 1974, 875; ders, Rechtsanspruch auf Trockenraum, DWW 1971, 120; ders, Zur Tierhaltung in der Mietwohnung, GE 1973, 496; RATHJEN, Gleichbehandlung und Mietrecht, MDR 1980, 713; RAU, Zur Rechtsprechung über die Tierhaltung des Mieters, ZMR 1965, 130; ROQUETTE, Gesamthaltung der Mieter bei Verstopfung der Abfluebleitung, ZMR 1973, 195; ders, Instandhaltung und Verbesserung von Wohnraum, NJW 1963, 1288; VON ROESGEN, Vorübergehende Räumung der Mietwohnung wegen Bauarbeiten, NJW 1956, 1264; SCHMIDT-FUTTERER, Der Mietzinsanspruch bei vorzeitiger Räumung des Mieters, NJW 1970, 917; ders, Veränderungen der Mietsache während der Mietzeit, MDR 1970, 375; ders, Hat der Mieter die Anschaffungskosten und Betreuungskosten von Wärmemeßgeräten zu tragen? ZMR 1971, 172; ders, Die Verjährung und Verwirkung der Ansprüche auf Heizungskosten, BB 1971, 943; ders, Die Umlage der Mietnebenkosten nach neuem Recht, BB 1972, 68; SCHMIDT-MARLOH, Zur Reinigungspflicht, ZMR 1964, 355; SCHMUDLACH, Gesamtschuld von Vor- und Nachmieter bei Schönheitsreparaturen, NJW 1974, 257; STERNEL, Mietrecht (2. Aufl 1979) passim; WEIMAR, Inwieweit kann der Mieter vom Vermieter Modernisierung verlangen? BIGBW 1976, 63; ders, Die Rechte des Mieters bei nicht fertiggestellten Zufahrtswegen und Außenanlagen, ZMR 1965, 353; ders, Erhaltungs- und Modernisierungsarbeiten bei Miethäusern, ZMR 1976, 33; ders, BIGBW 1974, 25; ders, Darf der Mieter den Zustand von Mieträumen verändern? ZMR 1970, 4; ders, Trifft den Vermieter eine Haftung bei Unfällen auf mitvermieteten Kinderspielplätzen? ZMR 1974, 228; ders, Hellhörigkeit einer sozialgeförderten Neubauwohnung als Sachmangel? Betrieb 1974, 1657; ders, Die Haftung des Hoteliers und des Hotelgastes bei Ausbruch ansteckender Krankheiten, MDR 1963, 551; ders, Rechtsfragen bei Mietsache eines Hotelzimmers, ZMR 1971, 202; ders, Die Drittwirkung der Grundrechte auf Wohnraummietverträge, WuM 1974, 49; ders, Die Vermietung von Hauswand- und Dachflächen, MDR 1960, 195; ders, Darf ein Vermieter in demselben Haus an Konkurrenzbetriebe Räume vermieten? WuM 1972, 118; ders, Die Pflichten des Mieters bei Abwesenheit in den Ferien, ZMR 1969, 291; WIETHAUP, Rechtsfragen des Schallschutzes im Verhältnis des Wohnungsvermieters zu seinem Mieter, ZMR 1975, 257; ders, Rechtliche Möglichkeiten der Bekämpfung des Wohnungslärms, MDR 1960, 632.

Systematische Übersicht

Vorbemerkung 1

I. Der Gegenstand des Mietvertrages 2

1. Nur Sachen und Sachteile 2
2. Vermietung fremde und mieter eigene Sachen 6
3. Die mehrfache Vermietung derselben Sache 9
4. Die mitvermieteten Teile, Sachen und Räume 10
 - a) Bestandteile und Zubehör 10
 - b) Nebenräume, Treppen, Höfe und dgl 11

II. Überblick über die Pflichten der Parteien

1. Die Mietsache als gegenseitiger Vertrag 13
2. Die Pflichten des Vermieters 14
3. Die Pflichten des Mieters 15
4. Vertragliche Abänderungen 16

III. Die Hauptleistungspflichten des Vermieters 17

1. Die Überlassung der Sache 18
 - a) Allgemeines 18
 - b) Der Umfang der Überlassungspflicht 21
 - c) Ansprüche des Mieters bei Nichterfüllung 25
2. Die Erhaltungspflicht 32
 - a) Allgemeines 32
 - b) Der Umfang der Erhaltungspflicht 33
 - c) Insbesondere die Instandhaltungspflicht 41
 - aa) Die Verkehrssicherungspflicht uam 42
 - bb) Die Reinigungs- und Beleuchtungspflicht 45
 - cc) Weitere Einzelfälle 46
 - dd) Grenzen 47
 - d) Die Dauer der Erhaltungspflicht 51

3. Titel. Miete. Pacht

3. Insbes der Umfang des vertragsmäßigen Gebrauchs 54
- a) Allgemeines 54
 - b) Bauliche Veränderungen 59
 - c) Anlagen des Mieters 64
 - d) Die Unterbringung der Sachen des Mieters 70
 - e) Die Musikausübung in den Mieträumen 73
 - f) Die Tierhaltung des Mieters 74
 - g) Die Heizung 77
 - aa) Beteiligung des Mieters 77
 - bb) Heizpflicht des Vermieters 79
 - cc) Umlage der Kosten 82
 - dd) Umlegungsmaßstab 85
 - ee) Abrechnung 86
 - ff) Heizkostenpauschale 88
 - gg) Kündigung 90
 - hh) Ähnliche Fälle 91
 - h) Die Aufnahme Dritter 92
 - i) Die Benutzung der Nebenräume und der gemeinsamen Anlagen 94
 - k) Tod und Krankheit des Mieters 95

IV. Die sog Nebenleistungspflichten des Vermieters

1. Die Fürsorge- und die Verkehrssicherungspflicht 96
2. Die Lieferung von Energie und Wasser 97

V. Die Hauptleistungspflicht des Mieters 98

1. Art und Höhe des Mietzinses 99
2. Die Nebenkosten 106
3. Die Erhöhung des Mietzinses 108
4. Der Erfüllungsort 112
5. Die Aufrechnung 116
6. Verzug und Konkurs 118
7. Verjährung und Verwirkung 124

VI. Die Nebenleistungspflichten des Mieters 126

1. Die Abnahmepflicht des Mieters 126
2. Die Obhutspflicht des Mieters 129
3. Die Duldungspflichten des Mieters 138
4. Die Übernahme zusätzlicher Pflichten durch den Mieter 141
 - a) Die Reinigungspflicht 141
 - b) Die Schönheitsreparaturen 142
- aa) Begriff 142
- bb) Der Verpflichtete 143
- cc) Grenzen 143 d
- dd) Umfang 144
- ee) Fälligkeit 145
- ff) Die Rechtslage bei Vertragsende 146
- gg) Der Schadensersatzanspruch 147
 - c) Die Übernahme sonstiger Pflichten durch den Mieter 150

VII. Beweislast 152**VIII. Anhang: Das Verhältnis zwischen mehreren Mietern 155****Alphabetische Übersicht**

Abweichende Vereinbarungen 16, 27, 45 a, 46, 50, 57 a, 63 a, 64, 74 f, 79, 92, 92 b, 137, 142 ff, 150 ff, 153

Abnahmepflicht 126

Angehörige 92

Anlagen des Mieters 64

Antenne 66 ff

Anzeigespflicht 133

Aufrechnung 116 f

Aufnahme Dritter 42 ff

Außenflächen 3, 11 c, 22

Bauliche Veränderungen 59–63

Beleuchtungspflicht 45

Besichtigungsrecht 138 f

Besitz 22

Besucher 93

Bestandteile 10

Beweislast 86 b, 148, 148 a, 152–154

Doppelmiete 9, 20, 22

Duldungspflicht 138–140

Energie und Wasser 97

Erfüllungsgehilfen 31, 136, 156

Erfüllungsort 112 f

Erhaltungspflicht 32 ff

– abweichende Vereinbarungen 50, 142 ff, 150 ff

– Dauer 51

– Grenzen 47 ff

– Instandhaltungspflicht 41 ff

– Konkurrenzschutz 35 ff

– Schutz gegen Lärm 40 ff

– Schutz gegen Störungen 34, 40 ff, 157

– Umfang 33 ff

– Verbesserungen 49

– Verkehrssicherungspflicht 42 ff, 150

– Zerstörung 48

Fahrstühle 12

Fernsprechananschluß 66

Fixgeschäft 26, 121

Fremde Sachen 6

Fürsorgepflicht 24, 96

- Gebrauchspflicht 101, 126, 128
 Gegenseitiger Vertrag 13
 Geschirrspülautomat 65
 Gewerbliche Zwecke 56 f
- Hauptleistungspflichten des Vermieters 17
 Heizung 77 ff
 – Abrechnung 86 ff, 87 b
 – Abstellen der Heizung 90
 – Belege 86 a, 112
 – Beschaffung des Heizmaterials 79 f
 – Beteiligung des Mieters 77 f, 131
 – Betriebspflicht des Vermieters 81, 84 b, 84 c
 – Beweislast 86 c
 – Duldung des Einbaues 78
 – Etagenheizung 78
 – Fälligkeit 86, 86 d
 – Fernwärmekosten 84 d, 91
 – Heizpflicht des Vermieters 79 ff
 – Investitionskosten 84 c
 – Kaltmiete 84 ff
 – Kündigung 87 d, 90
 – Mängel der Heizung 79 c, 81
 – Nachprüfungsrecht des Mieters 86 a f
 – Pauschale 88 f
 – Umfang 79 d f
 – Umlage der Kosten 82 ff
 – umlagefähige Kosten 84 a ff
 – Umlegungsmaßstab 85 ff
 – Umstellung der Heizung 46, 62 f, 79 b
 – Verletzung der Heizpflicht 79 c
 – Verwirkung 87, 125
 – Vorauszahlungen 87 a ff
 Hofbenutzung 11 b
- Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht
 41 ff
 – abweichende Vereinbarungen 50, 137, 142 ff, 150 ff
 – Beleuchtungspflicht 45 f
 – Gefahrenabwehr 42, 44
 – Grenzen 47 ff
 – Prüfungspflicht 43 f
 – Reinigungspflicht 45
 – Schönheitsreparaturen 50, 142 ff
 – Verkehrssicherungspflicht 42 ff
- Kaltmiete 84
 Konkurrenzschutz 35–38
 Konkurs 122 f
 Krankheit des Mieters 95
 Kraftfahrzeuge 11 b, 71 f
- Lärmbelästigungen 40
 Lüftung
- mehrere Mieter 155 f
 mehrfache Vermietung derselben Sache 9
- Mehrwertsteuer 102
 Mieteranlagen 64–69
 mietereigene Sachen 7 f
 Mieterpflichten 15, 98 ff
 – Abnahmepflicht 126 ff
 – abweichende Vereinbarungen 137 f, 151 f
 – Anzeigepflicht 133
 – Besichtigungsrecht des Vermieters 138 ff, 144 c
 – Duldungspflicht 138 ff
 – Erfüllungsgehilfen 136
 – Gebrauchspflicht 126 ff
 – Höchstbetrag 151 f
 – Instandsetzungspflicht 151 ff
 – Mietzins 99 ff
 – Mitwirkungspflichten 134
 – Nebenkosten 82 ff, 106
 – Nebenleistungspflichten 15 a, 126 ff
 – Obhutspflicht 129 ff
 – Reparaturpflicht 133, 151 ff, 151 e
 – Reinigungspflicht 141
 – Überblick 15
 – Übernahme zusätzlicher Pflichten 141 ff, 150 ff
 – Schönheitsreparaturen 142 ff
 – Verkehrssicherungspflicht 150
 – Verletzung 135 ff
- Mietzins
 – Annahmeverzug des Mieters 121
 – Aufrechnung 116 f
 – Aufrechnungsverbot 117
 – Art des Mietzinses 100, 103
 – Einmalmiete 100
 – Erfüllungsort 112 ff
 – Erhöhung 108 ff
 – Festmiete 105
 – Geldmietzins 103
 – Höhe 99, 101 b
 – Konkurs 122 ff
 – Mehrwertsteuer 102
 – Nebenkosten 82 ff, 106 f
 – Quittung 119
 – Rechtsnatur 100
 – Schickschuld 113
 – Staffelmiete 101 a
 – Teilleistungen 105 a, 120
 – Umsatzmiete 101, 128
 – Verjährung 124
 – Verwirkung 87, 125
 – Verzug 118 ff
 mitvermietete Sachen und Teile 10 ff, 22 f
 Mitmieter 31, 44, 73, 155 ff
 Musikausübung 73
- Namensschilder 69
 Nebenkosten 82 ff, 106 f
 Nebenleistungspflichten 96 f, 126 f
 Nebenräume 11, 94

3. Titel. Miete. Pacht

- Obhutspflicht 129 ff
- Parkplatz 12 a
- Plakate 11 c
- Pflichten der Parteien 133 ff
- Prüfungspflicht 43 f

- Reinigungspflicht 45, 132, 141
- Reklameschilder 3
- Rundfunk und Fernsehen 67 f

- Sachteile 2
- Schadensersatzanspruch des Mieters 27 f, des Vermieters 135 ff
- Schlüssel 10, 131
- Schönheitsreparaturen
 - Abwälzung auf den Mieter 143 a ff
 - Abwälzung auf den Mietnachfolger 149 a
 - Auszug des Mieters 147 a ff, 147 e
 - Begriff 142 ff
 - Beseitigung von Mängeln 142 b
 - Beweislast 148 a
 - Erfüllungsanspruch des Vermieters 144 b ff, 147 f
 - Erlöschen der Pflicht 146 f, 146 g, 149, 149 a
 - Fälligkeit 145 ff
 - Formularvertrag 143 f, 147 b, 147 e, 148 b
 - Fristsetzung 147 e
 - Grenzen 143 d ff
 - Hauptleistungspflicht 147 b
 - Mitverschulden des Vermieters 148 a
 - Schaden des Vermieters 148
 - Schadensersatzanspruch des Vermieters 147 ff
 - Umfang 144 ff, 146 a ff
 - Vermieterpflicht 143
 - Vertragsende 146 ff
 - Vertragstreue des Vermieters 147 d
 - Verzug des Mieters 147 c
 - Verjährung 148 a
 - Wirtschaftsplan 145 a f
 - Zeitplan 145
- Staffelmiete 101 a
- Störungen des Mieters 34 ff, 40 ff
- Sukzessivmiete 20

- Tierhaltung 74–76
- Tod des Mieters 95
- Treppen 11

- Übergabe 19
- Überlassungspflicht 18 ff
 - Inhalt 19 ff
 - Schadensersatzanspruch des Mieters 27, 28
 - Umfang 21 ff
 - Verletzung 25 ff
 - vertragsmäßiger Gebrauch 54 ff
 - Verzug 26 ff
- vorzeitige Überlassung 29, 51, 129 a
- Umsatzmiete 101
- Umstellung der Heizung 46, 62 f, 79 b
- Unterbringung der Mietersachen 70–72

- Verbesserungen 49
- verbrauchbare Sachen 5
- Verjährung 124
- Verkehrssicherungspflicht 42 f, 44, 58, 96, 150
- Vermieterpflichten 14, 17 ff
 - Abwälzung in Formularverträgen 143 f, 151 d
 - Beleuchtungspflicht 41, 45 ff
 - Erfüllungsgehilfen 31
 - Erhaltungspflicht 32 ff
 - Fürsorgepflicht 40 b, 43, 96
 - Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs 54 ff
 - Hauptleistungspflichten 17
 - Heizung 77 ff
 - Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht 41 ff
 - Konkurrenzschutz 35 ff
 - Lieferung von Energie und Wasser 97
 - nach Vertragsende 30, 52
 - Nebenleistungspflichten 96 ff
 - Reinigungspflicht 45 ff, 141
 - Schönheitsreparaturen 142 ff
 - Schranken für Abwälzung auf den Mieter 143 b ff, 151 b ff
 - Überblick 14
 - Überlassung der Sache 18 ff
 - Verletzung 25 ff
 - vorzeitiger Einzug des Mieters 29
- vertragsmäßiger Gebrauch 54 ff
 - abweichende Vereinbarungen 63 a
 - Anlagen des Mieters 64 ff
 - Antenne 66 ff
 - Anspruch auf Zustimmung des Vermieters zu baulichen Veränderungen 63
 - Aufnahme Dritter 92 ff
 - bauliche Veränderungen 59 ff
 - berufliche Tätigkeit 55
 - Betrieb eines Gewerbes 55
 - Erweiterung des Betriebs 57
 - Fahrräder 71
 - Funksprechanlage 66
 - gewerbliche Räume 56 ff
 - Grenzen 54 a ff
 - Haushaltsmaschinen 64 f
 - Heizung 77 ff
 - Kraftfahrzeug des Mieters 72
 - Krankheit des Mieters 95
 - Leitungen 60
 - Musikausbildung 73 ff
 - Namensschilder 69
 - Schaukel 69

- Tod des Mieters 95	Verwirkung 125
- Telefon 66	Verzug 118 ff
- Umstellung des Betriebs 57	vorzeitiger Einzug 29, 51
- Unterbringung der Mietersachen 70 ff	
- Tierhaltung 74 ff	Werkmiete 83 f
- Verkehrssicherheit 42 ff, 58	Wettbewerbsverbote 39
- Verwendungen 60 f	Waschmaschine 64
- Wohnräume 55	Wohnräume 55
- Waschmaschinen 64	
- Wäsche 64	
- Zutritt für Besucher 93	Zerstörung 48
Vertragsmäßiger Gebrauch 54, 98	Zubehör 10
vertretbare Sachen 4	Zu- und Abgang 11 f

1 Vorbemerkung

Die §§ 535 und 536 regeln den Inhalt der Hauptleistungspflichten der beiden Vertragsparteien. Sie stehen daher in unmittelbarem Zusammenhang. Erst aus § 536 ergibt sich der genaue Inhalt der in § 535 bestimmten Pflicht des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Schon bei den Beratungen des BGB bestand deshalb Übereinstimmung, daß § 536 nur eine nähere Erläuterung des § 535 bringt (Mot II 373: Klarstellung, daß der Mieter insoweit auch den Erfüllungsanspruch hat).

I. Der Gegenstand des Mietvertrages*

2 1. Nur Sachen und Sachteile

a) Gegenstand des Mietvertrages können, wie der Gegensatz zwischen § 535 und § 581 zeigt, nur **Sachen** iS des § 90, dh nur körperliche Gegenstände und deren **Teile** sein. Mietverträge über Rechte wurden nicht zugelassen, weil man davon eine Verwirrung befürchtete (Mot II 369). Handelt es sich um bewegliche Sachen, so spricht man von der Fahrnismiete, sonst von der Grundstücksmiet. Einen Sonderfall der Grundstücksmiet bildet die besonders wichtige Wohnraummiete (s Vorbem 24 ff zu §§ 535, 536). Auch Teile von Sachen können selbstverständlich vermietet werden, wenn ihr selbständiger Gebrauch möglich ist. Besondere Bedeutung hat das für die Vermietung von Wandflächen zu Reklamezwecken oder zur Anbringung von Automaten (Grundstücksmiet iS der §§ 566, 571, 580 [s § 580 Rz 1 ff; 571 Rz 14 f; dazu WEIMAR aaO]). Ebenso können auch einzelne Plätze in einem Gebäude, zB ein Fenster, zu nur ganz vorübergehendem Gebrauch vermietet werden (sog Platzmiete, s § 571 Rz 15).

* **Schrifttum:** Motive II 369, 371 f; BERTERMANN, Der Warenautomat am Ladenlokal des Mieters, NJW 1950, 814; DICKERTMANN, Der Warenautomat am Ladenlokal, NJW 1951, 16; GAISBAUER DWW 1970, 43; GLASER Betrieb 1973, 2176; KOENIG, Hat der Vermieter einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung an den Vorteilen des Mieters aus der Anbringung von Reklame an den Außenwänden der Mietsache? WuM 1964, 152; VON LÜPKE, Recht des Mieters auf Anbringung von Reklame an den Außenwänden von Geschäftsräumen? BB 1964, 869; MITTELSTEIN, Die Miete 114 ff, 145 f, 239 ff; VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT, Automatenrecht (1972) Rz B 110 f; REICHERT, Das Kfz des Mieters auf dem Grundstück des Vermieters, ZMR 1968, 281; STEGMAIER, Außenwandreklame an der Mietwohnung, ZMR 1968, 67; STERNEL Rz II 32 f, 301 f; WEIMAR, Das Recht des Geschäftsraummieters zur Außenwandreklame, Betrieb 1972, 1957; ders Die Vermietung von Hauswand und Dachflächen, MDR 1960, 195.

3. Titel. Miete. Pacht

b) Eine ganz andere Frage ist es hingegen, ob sich der Mietvertrag über gewerbliche Räume stets automatisch auch auf die **Außenfläche** des vermieteten Stockwerkes erstreckt, so daß der Mieter diese ohne weiteres für Reklamezwecke oder zur Anbringung von Automaten nutzen kann (s BERTERMANN, DICKERTMANN, VON LÜPKE, VON OLSHAUSEN-K SCHMIDT, STEGMAIER, WEIMAR aaO). Für einen Berliner Fall hatte das RG schon früh eine derartige Verkehrssitte bejaht (RGZ 80, 281 im Anschluß an KG OLGE 2, 32). Der BGH hat jedoch offengelassen, ob daraus auf eine allgemeine Verkehrssitte geschlossen werden kann; jedenfalls könne sich jederzeit eine abweichende örtliche Verkehrssitte bilden (BGH LM Nr 10 zu § 535 BGB; Nr 1 zu § 157 [B] BGB). Für Düsseldorf ist dementsprechend zB eine derartige Verkehrssitte verneint worden (OLG Düsseldorf NJW 1958, 1094), für zahlreiche andere Städte hingegen auch in jüngster Zeit wiederholt bejaht worden (s hierzu zB OLG Hamm NJW 1958, 1239; LG Düsseldorf BB 1951, 714; LG Berlin ZMR 1964, 307; GE 1971, 340). Im Zweifel sollte das Recht des Mieters zur Benutzung der Außenfläche stets bejaht werden; abweichende Vereinbarungen sind restriktiv zu interpretieren.

c) Auch **vertretbare** Sachen können Gegenstand eines Mietvertrages sein (s § 91). Sind diese Sachen zugleich nur der Gattung nach bestimmt, wie es sehr häufig vorkommt, so ist der Mietvertrag zugleich Gattungsschuld (so zB bei der Vermietung einer bestimmten Zahl von Stühlen oder Tischen für ein Fest oder eine Messe). Besonderheiten gelten hierfür nicht (s im einzelnen MünchKomm-EMMERICH § 243 Rz 3; MEDICUS, in: FS Felgentraeger [1969] 309).

d) Umstritten ist, ob auch **verbrauchbare** Sachen den Gegenstand eines Mietvertrages bilden können. Die Beantwortung dieser Frage hängt allein vom Vertragszweck ab. Sind nach dem Vertrag die verbrauchbaren Sachen tatsächlich zum Verbrauch bestimmt, so kann nur ein Veräußerungsvertrag, auf keinen Fall jedoch Miete vorliegen. Sollen hingegen die verbrauchbaren Sachen ausnahmsweise nur vom Mieter gebraucht und danach als solche wieder zurückgegeben werden, so liegt unbedenklich Miete vor; Beispiele für solche Fälle sind die Vermietung von Obst- oder Blumenkörben zu Dekorationszwecken für ein Fest, wobei jedoch im letzteren Fall, wenn die Blumen nach dem Fest nur noch beschränkt verwertbar sind, die Grenze zum Kauf flüssig wird.

2. Vermieterfremde und mieter eigene Sachen

6

a) Der Vermieter braucht **nicht** der **Eigentümer** der vermieteten Sache zu sein (statt aller BGH LM Nr 14 zu § 535 BGB). Im Falle eines Nießbrauchs oder eines Erbbaurechts werden Eigentum und Vermieterstellung sogar idR auseinanderfallen (BGH aaO). Aber auch wenn der Vermieter gar nicht in der Lage ist, dem Mieter den Gebrauch zu verschaffen, ist der Vertrag keineswegs nichtig; vielmehr handelt es sich dann um einen Fall anfänglichen Unvermögens oder des § 541, so daß der Vermieter auch ohne Verschulden dem Mieter zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist (§ 538 Abs 1; OLG Hamm Urt v 4. 4. 1978 – 7 U 137/77, S 6 f).

b) Dem Mieter kann grundsätzlich auch seine **eigene Sache** vermietet werden (Mot II 371 f, 402), und zwar namentlich dann, wenn der Vermieter als Nießbraucher oder Erbbauberechtigter oder aufgrund eines anderen Rechtstitels unter Ausschluß des Eigentümers zur Nutzung der Sache berechtigt ist (RGZ 104, 308, 310; RG WarnR 1912/13 Nr 315; BGHZ 12, 380, 392 ff). Hat in einem solchen Fall der Mieter das Eigentum erst nachträglich erworben, so gilt dasselbe, wenn dadurch das Nutzungsrecht des Vermieters nicht berührt wurde wie zB im Falle des Nießbrauchs oder des Erbbaurechts. Anders jedoch, wenn der Mieter zB vom Vermieter unbeschränktes

Eigentum an der Sache erwirbt, weil dann das Schuldverhältnis durch Konfusion erlischt; wieder anders freilich, wenn der Mieter nur Miterbe ist (LG Köln ZMR 1967, 209; vgl auch OLG Hamm ZMR 1971, 18; BGB-RGRK-GELHAAR Vorbem 143 zu § 535).

- 8 Hat der Mieter in Unkenntnis seines Eigentums die Sache von dem ihm gegenüber nicht nutzungsberechtigten Vermieter gemietet, so ist der Mietvertrag unwirksam, weil der Mieter die Rückgabe der Sache aufgrund seines Eigentums verweigern und aufgrund seines Eigentums außerdem die Rückzahlung etwaiger von ihm an den Vermieter geleisteter Mietzinszahlungen verlangen kann (§§ 812, 818, 987, 988, 990, 242 BGB).

9 3. Die mehrfache Vermietung derselben Sache

a) Dieselbe Sache kann gleichzeitig an mehrere Personen vermietet werden, sofern damit verschiedene Zwecke verfolgt werden und diese Zwecke nicht miteinander kollidieren (RG JW 1905, 46 Nr 13; RGZ 108, 204, 205).

b) Aber auch kollidierende Mietverträge über dieselbe Sache sind wirksam (Problem der Doppelmiete). Jeder Mieter kann Erfüllung verlangen und wird rechtmäßiger Besitzer, sobald ihm die Sache vom Vermieter überlassen wird (s § 541 Rz 16 ff).

10 4. Die mitvermieteten Teile, Sachen und Räume

a) Der Mietvertrag erstreckt sich, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder sich nicht etwas anderes aus der Verkehrssitte ergibt, grundsätzlich auf alle wesentlichen **Bestandteile** der Sache sowie (entspr § 314) außerdem auch auf das gesamte sog **Mietzubehör** (zB die Gondeln auf dem Teich einer Gastwirtschaft; RGZ 47, 197). Dazu gehören bei der Raummiete zunächst die Schlüssel, so daß der Vermieter dem Mieter mindestens 2 Schlüssel zur Verfügung stellen muß (GAISBAUER DWW 1970, 43; BIGBW 1969, 13; GLASER Betrieb 1973, 2176). Weitere Schlüssel darf der Mieter auf eigene Kosten in beliebiger Zahl anfertigen lassen (sehr str), muß diese jedoch bei Vertragsende entweder zurückgeben oder unbrauchbar machen. Klauseln über die Zahl der übergebenen Schlüssel, über deren Vernichtung bei Vertragsende und über den Schadensersatz bei Verlust sind nur in den Grenzen des § 11 Nr 5 und 15 AGBG zulässig (STERNEL Rz II 39 f). Mitvermietet sind außerdem sämtliche eingebauten Haushaltsgeräte wie zB Öfen, Wandschränke, Warmwasserbereiter und dgl mehr. Der Mieter hat Anspruch auf Übergabe dieser Sachen zusammen mit der vermieteten Wohnung.

- 11 b) Bei der Raummiete sind außerdem, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, mitvermietet sämtliche zu den Räumen gehörigen **Zu- und Abgänge** sowie die gemeinschaftlich benutzten **Räume** und Grundstücksteile. Der Vermieter muß dem Mieter und seinen Besuchern den jederzeitigen, sicheren Zugang zu dem Mietobjekt ermöglichen (STERNEL Rz II 238 f). Daher ist es zB unzulässig, den Mieter durch die Aufstellung eines Müllcontainers im Zugang zu behindern (AG Köln WuM 1978, 140).

- 11a Beispiele für mitvermietete Räume sind bei Mehrfamilienhäusern die Treppen und Flure (RG Gruchot 48 [1904], 901), die Eingänge und Ausgänge (LG Hamburg MDR 1957, 421), sämtliche Zugänge, Terrassen (AG Köln WuM 1974, 258), Böden, Speicher und Keller, Spielplätze und Sandkästen (LG Freiburg ZMR 1976, 210; WEIMAR ZMR 1974, 228) sowie Waschküchen (LG München I ZMR 1969, 15 Nr 11), hingegen nur aufgrund besonderer Vereinbarung oder aufgrund einer entsprechenden Verkehrssitte zusätzlich etwaige Trockenräume (LG Mannheim ZMR 1971, 22; OTTO DWW 1971, 120).

3. Titel. Miete. Pacht

Durchfahrten und Hofräume sind ebenfalls grundsätzlich zur gemeinsamen Benutzung mitvermietet (RG Recht 1909 Nr 245). Umstritten ist jedoch, ob und in welchem Umfang der Mieter derartige Flächen zur Abstellung von Fahrzeugen, Fahrrädern und Mopeds benutzen darf (s REICHERT ZMR 1968, 281; SCHNITZERLING DWW 1967, 36; KOENIG WuM 1970, 73). Die Praxis ist hier verhältnismäßig restriktiv: Der Hofraum darf grundsätzlich nur zum Be- und Entladen, zum Teppichklopfen und zum Abstellen eines Mülleimers, nicht hingegen als Kinderspielplatz oder zur Abstellung von Kraftfahrzeugen genutzt werden (LG Berlin WuM 1969, 59; ZMR 1964, 271; FWW 1977, 268; LG Dortmund ZMR 1960, 297; LG Oldenburg ZMR 1966, 208; AG Hannover ZMR 1964, 203 Nr 4; BIGWB 1961, 351; KOENIG WuM 1967, 59). Auch besteht kein Anspruch auf Anbringung einer Teppichstange (AG Hannover aaO).

Bei Einfamilienhäusern gilt außerdem ein etwaiger Garten als mitvermietet (LG Köln HuW 1948, 254; AG Solingen WuM 1980, 112), ebenso eine etwaige Terrasse (AG Köln WuM 1974, 258) sowie ein vorhandener Heizungskeller (LG Mannheim ZMR 1978, 140). Bei allen Räumen darf der Mieter außerdem die Fensterbänke nutzen (WEIMAR ZMR 1964, 328). Auch an der Außenwand darf er Blumenkästen und Hinweisschilder anbringen; er darf die Außenwand jedoch nicht bemalen, weil er damit in die Substanz der vermieteten Sache eingriffe (s HAMANN ZMR 1974, 3). Ebenso wenig darf er an der **Außenwand** oder im Fenster Wahlplakate anbringen (BVerfGE 7, 230; LG Hamburg DWW 1954, 144; LG Essen NJW 1973, 2290 m abl Anm BUCHER; LG Hamburg WuM 1980, 247; AG Hamburg ZMR 1979, 139; aM AG Hamburg WuM 1979, 76; 1980, 175; STERNEL Rz II 308; HAMANN ZMR 1974, 323 f; ders Ufita 74, 261; KÜRZEL ZMR 1974, 321, 322 f; WEIMAR WuM 1974, 49, 50). Hingegen ist die Außenwand mitvermietet, soweit sie nach der Verkehrssitte bei der Geschäftsraummiete zur Anbringung von Automaten oder Reklameschriften genutzt werden darf (oben Rz 3).

Vorhandene **Fahrstühle** darf der Mieter benutzen; sie gelten insoweit als mitvermietet und müssen sich deshalb in einem verkehrssicheren Zustand befinden (RG Recht 1907 Nr 438; BGH BB 1961, 1302; KG OLGE 33, 306; LG Hamburg NJW 1976, 1320). Denn die Erhaltungspflicht des Vermieters erstreckt sich auf sämtliche mitvermieteten Räume und Grundstücksteile (BGH LM Nr 1 zu § 536 BGB; Nr 10 a zu § 538 BGB für mitvermietete Speicher und Treppen; KG WuM 1959, 136; OLGE 12, 70 f; STERNEL Rz II 239; WEIMAR Betrieb 1974, 2292 f).

Wenn einem Hotelgast ausdrücklich ein **Parkplatz** angewiesen wird, erstreckt sich der Beherbergungsvertrag auch auf diesen Parkplatz und damit auf das dort abgestellte Auto des Gastes (BGHZ 63, 333). Ebenso darf jeder Mieter sein Fahrrad oder Moped jedenfalls im Keller, nicht jedoch in Durchgängen und Treppenhäusern abstellen (KUNKEL NJW 1958, 123); er hat jedoch keinen Anspruch auf einen bestimmten Platz, so daß ihm der Vermieter jederzeit einen anderen Platz zuweisen kann (AG Miesbach WuM 1979, 213).

II. Überblick über die Pflichten der Parteien*

1. Die Miete als gegenseitiger Vertrag

a) Die Miete ist vom BGB als Schuldverhältnis geregelt worden, mag auch ein gewisser, dinglicher Einschlag nicht zu verkennen sein (s Vorbem 20 ff zu §§ 535,

* **Schrifttum:** FIKENTSCHER, Schuldrecht § 74 II; GITTER, in: Vertragsschuldverhältnisse (1974) 9 ff; LARENZ II § 48 II; ESSER-WYERS II 1 §§ 14 II, 16 I; ENNECCERUS-LEHMANN §§ 128, 129; MITTELSTEIN, Die Miete 214 ff, 238 ff; NIENDORFF, Mietrecht 96 ff; STERNEL Rz II 54 f, 171 f.

536). Hauptleistungspflicht des Vermieters ist die in § 536 näher umschriebene Gebrauchsgewährung während der ganzen Vertragsdauer, Hauptleistungspflicht des Mieters hingegen die Zahlung des Mietzinses (§ 535). Nur diese Hauptleistungspflichten stehen im Austauschverhältnis; der Mietzins wird folglich für die Überlassung und Erhaltung der Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand gezahlt (vgl. MünchKomm-EMMERICH § 320 Rz 11, 32).

b) Auf den Mietvertrag als Schuldverhältnis sind die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse und namentlich über Leistungsstörungen grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar. Gewisse Einschränkungen und Modifikationen ergeben sich erst in der Zeit nach Überlassung der Sache (s. Vorbem. zu §§ 537 ff.).

14 2. Die Pflichten des Vermieters

Den Vermieter treffen nach den §§ 535 und 536 zwei Hauptleistungspflichten. Er muß einmal dem Mieter die Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und zum andern die Sache während der ganzen Vertragsdauer in diesem Zustand erhalten. Aus dieser Erhaltungspflicht ergeben sich im einzelnen sowohl eine Instandhaltungs- als auch eine Instandsetzungspflicht.

Zu den genannten Hauptleistungspflichten können zahlreiche Nebenleistungspflichten hinzutreten, die sich jedoch mit den Hauptleistungspflichten vielfältig überschneiden. Hervorzuheben sind die Fürsorge- und die Verkehrssicherungspflicht des Vermieters. Weitere Nebenleistungspflichten kann der Vermieter im Vertrag übernehmen, zB die Pflicht zur Lieferung von Energie.

15 3. Die Pflichten des Mieters

Hauptleistungspflicht des Mieters ist die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses, der sowohl in Geld als auch in sonstigen Leistungen, zB in Dienstleistungen, bestehen kann (str.). Der Mietzins kann auf einmal oder in Raten zu erbringen sein; immer aber handelt es sich um eine einheitliche Schuld, niemals um ein sog. Wiederkehrschuldverhältnis.

15a Daneben treffen den Mieter noch eine Reihe von Nebenleistungspflichten, die nicht im Austauschverhältnis mit den Hauptleistungspflichten des Vermieters stehen. Hervorzuheben sind die Verpflichtung zur Einhaltung der Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs (§§ 550, 553), die Obhutspflicht (s. § 545) sowie unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht zur Duldung von Handlungen des Vermieters (s. zB § 541 a). Bei Verletzung jeder dieser Pflichten können den Mieter Schadensersatzpflichten treffen. Nach Beendigung des Mietvertrages ist er schließlich zur Rückgabe der Mietsache verpflichtet (§ 556). Hingegen trifft den Mieter grundsätzlich keine Abnahme- oder Gebrauchspflicht. Ausnahmen sind aber denkbar. Außerdem können die Parteien weitere Pflichten des Mieters vereinbaren wie zB die Pflicht zur Durchführung der sog. Schönheitsreparaturen.

16 4. Vertragliche Abänderungen

Das Mietrecht des BGB und namentlich die Vorschriften über die beiderseitigen Leistungspflichten sind überwiegend dispositiv. Die Parteien können also in allen Beziehungen auch abweichende Vereinbarungen treffen. Die Grenzen der Miete werden jedoch überschritten, wenn die vertragstypischen Hauptleistungspflichten abbedungen werden. Ein Vertrag, bei dem den Vermieter nicht mehr die Verpflich-

3. Titel. Miete. Pacht

zung zur Überlassung und zur Erhaltung der Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand trifft, ist möglicherweise ein nicht geregelter allgemeiner Gestattungsvertrag, auf keinen Fall jedoch mehr ein Mietvertrag. Dasselbe gilt umgekehrt, wenn die Verpflichtung des Mieters zur Mietzinszahlung entfällt.

Innerhalb der Miete sind jedoch weitgehende Abänderungen möglich. Namentlich kann die Erhaltungspflicht des Vermieters eingeschränkt und weitgehend auf den Mieter abgewälzt werden. Derartige Regelungen müssen jedoch klar und eindeutig sein. Vor allem gibt es keine entsprechenden Verkehrssitten. Bei Formularverträgen müssen außerdem die Schranken des AGBG beachtet werden (s dazu Vorbem 147 ff zu §§ 535, 536).

17 III. Die Hauptleistungspflichten des Vermieters

Hauptleistungspflichten des Vermieters sind die Überlassung und Erhaltung der Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand.

18 1. Die Überlassung der Sache*

a) Allgemeines

Aufgrund der §§ 535 S 1 und 536 umfaßt die Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache während der Mietzeit ua die Verpflichtung, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, dh dem Mieter die Sache zu überlassen. Die Formulierung „gewähren“ wurde bewußt gewählt, um zum Ausdruck zu bringen, daß der Vermieter nicht nur zu einer bloßen Duldung, sondern darüber hinaus zu einer positiven Tätigkeit verpflichtet ist, so daß er namentlich die Sache dem Mieter übergeben muß, soweit dies zur Durchführung des vertragsmäßigen Gebrauchs erforderlich ist (Mot II 369 f). Der Vermieter kann sich daher grundsätzlich nicht darauf beschränken, dem Mieter lediglich den Gebrauch zu gestatten oder zu dulden, sondern muß – viel weitergehend – seinerseits alles tun, was erforderlich ist, damit der Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch ausüben kann. Deshalb handelt es sich nicht mehr um Miete, wenn sich die Verpflichtungen einer Partei in der bloßen Duldung des Gebrauchs einer Sache durch die andere Vertragspartei erschöpfen; vielmehr ist dann ein nicht geregelter sog Gestattungsvertrag anzunehmen (s Vorbem 29 f zu §§ 535, 536; insbes BGHZ 19, 85, 93 f).

- 19 Der Vermieter muß die Sache dem Mieter in einer Weise zur Verfügung stellen, die es diesem erlaubt, ohne weiteres den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache auszuüben. Bei beweglichen Sachen wird dazu grundsätzlich die **Übergabe**, dh die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes iS des § 854 gehören (BGHZ 65, 137, 139 ff = JuS 1976, 120 f Nr 6); notwendig ist dies jedoch nicht. Die Annahme eines Mietvertrages setzt nicht voraus, daß der Mieter unter Ausschluß des Vermieters unmittelbarer und ausschließlicher Besitzer der Mietsache wird. Auch wenn zB dem Mieter nur gestattet wird, zu bestimmten Zeiten in der Wohnung des Vermieters ein Klavier zu benutzen, liegt ein normaler Mietvertrag vor (Mot II 369 f; BGH aaO; ROQUETTE § 535 Rz 214 f).

* **Schrifttum:** Motive II 369 ff; BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969) 83 ff; ESSER-WEYERS II 1 § 14 I 2; ENNECCERUS-LEHMANN § 128 I 1; GITTER 9 ff; HURST WuM 1971, 126; KÜHLER, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971) 31 ff; MITTELSTEIN, Die Miete 238 ff; NIENDORFF, MietR 97 ff; SCHMIDT-FUTTERER, MietR, s v Überlassung; STERNEL Rz II 171 f.

- 19a** Wozu der Vermieter verpflichtet ist, richtet sich mithin stets nur danach, welchen Gebrauch der Mieter nach dem Vertrag von der Sache machen soll. Setzt dieser Gebrauch den alleinigen Besitz des Mieters voraus, so ist Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch Besitzeinräumung, namentlich durch Übergabe der Schlüssel, erforderlich. Bei beweglichen Sachen muß in diesem Falle die Sache dem Mieter übergeben werden. In anderen Fällen genügt es jedoch, daß der Vermieter dem Mieter die Sache in einer Weise zugänglich macht und zur Verfügung stellt, daß dieser zu den vereinbarten Zeiten den vereinbarten Gebrauch von der Sache machen kann.
- 20** Der Gebrauch des Mieters braucht kein ausschließlicher zu sein, wenn die verschiedenen Gebrauchsberechtigungen verschiedener Personen nicht miteinander kollidieren (s oben Rz 9). Ebenso wenig braucht der Gebrauch ein dauernder zu sein. Es ist auch möglich, eine Sache nur zu einem wiederholten, vorübergehenden Gebrauch zu mieten (sog Sukzessivmiete; s insbes ROQUETTE § 535 Rz 192 ff).
- 21 b) Der Umfang der Überlassungspflicht**
- aa)** Mit der bloßen Überlassung hat der Vermieter seine Pflichten noch nicht erfüllt; vielmehr muß er außerdem dafür sorgen, daß sich die Sache zu diesem Zeitpunkt in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch durch den Mieter geeigneten Zustand befindet (§ 536; STERNEL Tz II 181 f). Deshalb muß er etwaige Mängel beseitigen, sonstige Störungen des Mietgebrauchs verhindern, zB öffentlich-rechtliche Hindernisse für die Ausübung des Mietgebrauchs durch bauliche Veränderungen beseitigen (RGZ 94, 138; s u § 537 Rz 21) sowie schließlich dem Mieter auch die gesamten mitvermieteten Sachen und Räumlichkeiten überlassen (s oben Rz 10 ff).
- 22 bb)** Durch die Überlassung dieser Sachen und Räume wird der Mieter idR unmittelbarer und der Vermieter mittelbarer **Besitzer** (§ 868). Manchmal genügt aber auch die bloße Übertragung des Mitbesitzes, wenn dem Mieter nur der Mitgebrauch eingeräumt wird. Umstr ist die Rechtslage insoweit vor allem bei der Vermietung von Wand- oder Dachflächen zu Reklamezwecken. Nach hM (RGZ 80, 281; BGH LM Nr 127 zu § 1 UWG; ROQUETTE § 535 Rz 212 f) soll der Mieter auch hier jedenfalls idR den unmittelbaren Besitz erlangen, so daß der Vermieter seiner Verpflichtung noch nicht dadurch genügt hat, daß er dem Mieter die betreffenden Wandflächen lediglich zugänglich gemacht hat (vgl auch für einen Sonderfall OLG Hamm BB 1975, 1182 f = MDR 1976, 143; aM aber MITTELSTEIN 239).
- 23 cc)** Von der Überlassung der vermieteten Sache muß die bloße Gestattung der Mitbenutzung weiterer Sachen unterschieden werden, wie sie zB vorliegt, wenn der Vermieter (über den Mietvertrag hinaus) dem Mieter erlaubt, zusätzliche Räumlichkeiten zu benutzen. Eine solche Gestattung ist grundsätzlich jederzeit widerruflich.
- 24 dd)** Umstr ist, ob die sog **Fürsorgepflicht** des Vermieters einen Teil der Überlassungspflicht oder eine selbständige Nebenleistungspflicht darstellt (für die Zurechnung zur Überlassungspflicht offenbar zu Recht BGH LM Nr 4 zu § 536 BGB; dagegen zB ROQUETTE § 535 Rz 205 ff). Die Fürsorgepflicht umfaßt vor allem die Verpflichtung des Vermieters, jede Störung des Mietgebrauchs zu unterlassen und Störungen Dritter abzuwehren; außerdem können sich aus ihr auch noch bestimmte Informations- und Aufklärungs- sowie Warnungspflichten ergeben (s unten Rz 96 f).
- 25 c) Ansprüche des Mieters bei Nichterfüllung**
- aa)** Der Vermieter ist grundsätzlich vorleistungspflichtig (§ 551). Selbst bei einer Abbedingung des § 551 kann der Vermieter nicht vor Überlassung der Mietsache den

3. Titel. Miete. Pacht

Mietzins verlangen (§ 320; s dazu im einzelnen MünchKomm-EMMERICH § 320 Rz 32), es sei denn, die Parteien hätten ausnahmsweise ausdrücklich das Gegenteil vereinbart. Erfüllt der Vermieter den Überlassungsanspruch des Mieters nicht, so hat der Mieter den **Erfüllungsanspruch**; außerdem kann er nach § 537 den Mietzins mindern, wenn ihm die Sache nicht in dem zum vertragmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen wird (BGH LM Nr 20/21 zu § 3 WährG).

bb) Die Raummiete ist grundsätzlich absolutes **Fixgeschäft**, so daß jede Verzögerung **26** der Überlassung zur Teilunmöglichkeit führt. Folglich kann der Mieter ohne weiteres nach § 325 Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen, zB wenn ihn der Vermieter am Einzug hindert (LG Köln WuM 1980, 100). Nur soweit ausnahmsweise eine Nachholung der Vermieterleistung möglich ist, ist hier Verzug anzunehmen mit der Folge, daß der Mieter nach § 326 vorgehen muß (s im einzelnen Vorbem 19 ff zu § 537).

Der **Schadensersatzanspruch** des Mieters aufgrund der §§ 325 und 326 setzt zwar **27** grundsätzlich voraus, daß der Vermieter die Verzögerung zu vertreten hat (BGH ZMR 1963, 107, 108). Bei der Raummiete wird man jedoch davon auszugehen haben, daß in der vertraglichen Festlegung eines Termins der Übergabe zugleich die Übernahme der Gewähr durch den Vermieter liegt, daß er dem Mieter die Sache auch tatsächlich rechtzeitig zur Verfügung stellen kann. Der Vermieter haftet deshalb auch dann, wenn ihm die Überlassung der Sache deshalb nicht möglich ist, weil der Vermieter wider Erwarten die Sache nicht rechtzeitig zurückgibt (ähnlich BGH LM Nr 24 zu § 242 [Be] BGB; aM zu Unrecht LG Bremen ZMR 1969, 282 f). Dieselbe Haftung des Vermieters ergibt sich aus den §§ 541 und 538 (LG Berlin FWW 1976, 24; § 541 Rz 10 ff m Nachw). Ein Ausschluß oder eine Einschränkung der Haftung des Vermieters für die rechtzeitige Übergabe der Sache ist in Formularverträgen nicht mehr möglich (s Vorbem 148 d zu §§ 535, 536; STERNEL Rz II 174).

Ist eine Wohnung nicht rechtzeitig fertig geworden, so steht es dem Verzug nicht **27a** entgegen, daß der Mieter, weil er keine andere Wahl hat, in die noch nicht bezugsfertige Wohnung einzieht (OLG Köln WuM 1967, 184).

cc) Der Schadensersatzanspruch des Mieters umfaßt vor allem die Kosten der Suche **28** nach einer anderen Wohnung einschließlich der Maklerkosten sowie die ggf für die Ersatzwohnung zu zahlende, höhere Miete (LG Mannheim MDR 1970, 54 Nr 68; ZMR 1970, 15 Nr 13). Hingegen kann der Mieter nach der neueren Rspr des BGH keinen Ersatz für die ihm (abstrakt) entgehenden Gebrauchsvorteile verlangen (grdleg BGHZ 66, 239; 66, 277; 70, 199 = JuS 1976, 813 Nr 3; 1977, 46 Nr 2; 1978, 564 Nr 6 m Nachw; aM zuletzt OLG Köln NJW 1974, 560 für die verspätete Überlassung eines Schwimmbades).

dd) Gestattet der Vermieter dem Mieter schon *vor* dem vereinbarten Zeitpunkt **29** einzuziehen, so ist der Mieter für diese Zeit mangels abweichender Vereinbarung grundsätzlich nicht zur Zahlung eines Mietzinses verpflichtet (KG JW 1937, 3029; WEIMAR WuM 1971, 180). Auch dann muß jedoch die Mietsache bereits in einem zum vertragmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand sein, so daß bei Mängeln der Mieter sowohl den Erfüllungsanspruch als auch die Rechte aus den §§ 537 ff hat; auf der anderen Seite trifft während dieser Zeit den Mieter auch schon seine Obhutspflicht, so daß er zB dafür sorgen muß, daß die Sammelheizung keine Frostschäden erleidet (KG DR 1940, 395 Nr 6; STERNEL Rz II 175; u Rz 51).

ee) Ähnlich ist die Rechtslage grundsätzlich in der Zeit *nach* Vertragsbeendigung. **30** Auch der Räumungsschuldner hat Anspruch auf einen gefahrlosen Zustand der vermieteten Räume, so daß auch er bei einer Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz verlangen kann (u Rz 52).

31 ff) Erfüllungsgehilfen des Vermieters sind alle Personen, deren er sich auch nur tatsächlich bedient, um seinen zahlreichen Pflichten nachzukommen, insbes der Hauswart (s NIENDORFF 8 ff), weiter sämtliche Handwerker, die der Vermieter für Arbeiten an dem Mietobjekt heranzieht, zB die mit der Reparatur oder Reinigung etwa der Heizung oder des Fahrstuhls beauftragten Unternehmen, sowie schließlich Mietinteressenten bei der Besichtigung der Wohnung (HANS § 535 Anm B 4 g, cc). Keine Erfüllungsgehilfen des Vermieters sind hingegen die Mitmieter (s unten Rz 156); anders nur, wenn ein Mieter ausnahmsweise bestimmte Vermieterpflichten (zB die Bedienung der Heizung) durch eine zusätzliche Abrede übernommen hat (BGH ZMR 1969, 271; SCHMIDT-FUTTERER DWW 1971, 289).

32 2. Die Erhaltungspflicht*

a) Allgemeines

Der Vermieter muß die Sache dem Mieter nicht nur in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen, sondern die Sache auch während der ganzen Vertragsdauer in diesem Zustand erhalten. Diese sog Erhaltungspflicht umfaßt zahlreiche Einzelpflichten, deren Einordnung im einzelnen umstr ist. Die Frage hat jedoch im wesentlichen nur systematische Bedeutung. Jedenfalls soweit es um die Erhaltung der Sache und um die Abwehr von Störungen geht, sollen hier die diesbezüglichen Pflichten des Vermieters als unselbständige Teile der allgemeinen Erhaltungspflicht behandelt werden.

33 b) Der Umfang der Erhaltungspflicht

aa) Aus der Erhaltungspflicht des Vermieters ergeben sich vor allem die folgenden Einzelpflichten: Nach Überlassung der Sache muß er sie dem Mieter belassen und darf ihn deshalb nicht in der Ausübung des vertragsmäßigen Gebrauchs stören. Außerdem muß er Störungen Dritter abwehren. Vor allem aber muß er während der ganzen Vertragsdauer die vermietete Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand erhalten. Diese Pflicht umfaßt sowohl eine Instandhaltungs- als auch eine Instandsetzungspflicht (vgl außerdem noch § 546).

34 bb) Der Vermieter darf den Mieter nicht im vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache **stören**. Deshalb hat bei der Raummiete der Vermieter grundsätzlich kein Recht, die Räume zu betreten oder zu besichtigen (str; s im einzelnen u Rz 138 f). Bewohnt er dasselbe Haus wie der Mieter, so darf er den Mieter auch nicht

* **Schrifttum:** FISCHER, Lärmbekämpfung, ZMR 1957, 397; 1958, 5; 1958, 110; FRICKE, Konkurrenzschutzpflicht bei der Vermietung gewerblicher Räume, ZMR 1979, 227; GLASER, Schutz des Gewerberaummieters vor Wettbewerb, NJW 1953, 330; ders, Wettbewerbsbeschränkungen in Geschäftsraummietverträgen, WRP 1963, 80; GROTH, Störung der Nachtruhe durch Tanzfeste in der Wohnung, GE 1968, 106; KUNZEL, Ruhestörender Lärm im Hause, BB 1958, 579; LASSALY, Ruhestörender Lärm im Hause, NJW 1959, 758; MÜLLER, Der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache bei der Vermietung von Räumen zu Wohnzwecken, ZMR 1970, 289; RAU, Musik als Belästigung des Mieters, ZMR 1966, 227; ROQUETTE, Rechtsschutz gegen Lärm im Miethause, DR 1940, 570; RUNGE, Ruhestörender Lärm im Hause, NJW 1958, 1997; SCHOPP, Vermietung von gewerblich genutztem Raum an Wettbewerber, ZMR 1953, 139; STERNEL Rz II 186,253, 263 f; WIETHAUP, Rechtsfragen zur Lärmbekämpfung in Gast- und Schankwirtschaften usw, ZMR 1959, 289; ders, Rechtsprechungsübersicht betreffend Lärmbeeinträchtigung durch Sportveranstaltungen, MDR 1969, 822; ders, Zur Bekämpfung des Wohnungslärms, BIGBW 1959, 151; ders, Rechtsfragen zum Baden oder Duschen in einer Mietwohnung, DWW 1974, 63; ders, Rechtliche Möglichkeiten der Bekämpfung des Wohnungslärms, MDR 1960, 632.

3. Titel. Miete. Pacht

durch übermäßigen Lärm stören (WIETHAUP aaO). Den Hausfrieden muß er soweit wie möglich erhalten. Bauliche Veränderungen, durch die der Mieter gestört werden könnte, sind nur im Rahmen des § 541 a gestattet, darüber hinaus verboten; bei sonstigen Baumaßnahmen muß er Störungen des Mieters verhindern (BGH LM Nr 1 und 5 zu § 906 BGB; LG Mannheim WuM 1976, 150; BGH LM Nr 39 zu § 278 BGB).

Hieraus wird überwiegend die Verpflichtung des Vermieters gewerblicher Räume **35** gefolgert, den Mieter gegen **Konkurrenz** im selben Haus zu schützen (zB GLASER aaO; WEIMAR WuM 1972, 118; SOERGEL-MEZGER §§ 535–536 Rz 105 ff; MITTELSTEIN 248 ff; FRICKE ZMR 1979, 227; STERNEL Rz II 268 f). Namentlich der BGH geht davon aus, daß es zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs gehöre, daß der Vermieter in anderen Räumen des Hauses kein Konkurrenzgeschäft zulasse. Der Mieter soll jedoch keinen Anspruch auf umfassenden Konkurrenzschutz haben; der Konkurrenzschutz soll vielmehr nur eingreifen, wenn es sich um Geschäfte mit denselben Hauptartikeln handelt, während Überschneidungen bei Nebenartikeln als unerheblich angesehen werden (BGH LM Nr 2, 3, 5, 6, 11/12 zu § 536 BGB; Nr 7 zu Vorbem zu § 253 ZPO, Bl 3; BGH WarnR 1973 Nr 57; NJW 1979, 1404 = LM Nr 17 zu § 536 BGB; BGHZ 70, 79 = JuS 1978, 348 Nr 6; ebenso schon RG DR 1941, 783; BGB-RGRK-GELHAAR § 535 Rz 38 ff).

Die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenartikeln bereitet natürlich im einzelnen **35a** erhebliche Schwierigkeiten. Die Überschneidung bei Hauptartikeln wird idR bejaht bei den verschiedenen Formen der Lebensmittelgeschäfte. Darüber hinaus ist in der Praxis in folgenden Fällen eine relevante Konkurrenzbeziehung angenommen worden: zwischen einem Café mit Konditorei und einem italienischen Eissalon (OLG Frankfurt Betrieb 1970, 46), sogar zwischen einer Kantine und einem Café mit Eisdiele (BGH LM Nr 6 zu § 536 BGB), schließlich auch zwischen einer Drogerie und einem Supermarkt mit ausgebauter Drogerieabteilung (BGH LM Nr 11/12 zu § 536 BGB). Dasselbe dürfte für das Verhältnis zwischen einer Drogerie und einer Apotheke gelten.

Die Verpflichtung zur Fernhaltung von Konkurrenz besteht aber grundsätzlich nur **36** für dasselbe Grundstück iS einer wirtschaftlichen Einheit (RGZ 131, 274; OLG Hamburg MDR 1964, 508), nur in Ausnahmefällen deshalb auch für demselben Vermieter gehörende Nachbargrundstücke (OLG Celle MDR 1964, 59), auf keinen Fall folglich, wenn der Abstand zwischen den Grundstücken 350 m beträgt (BGH NJW 1979, 1404 = LM Nr 17 zu § 536 BGB). Jedoch kann das einer OHG obliegende Wettbewerbsverbot auch deren Gesellschafter treffen (RGZ 119, 353; 136, 266, 271 f). Auch darf das Konkurrenzverbot nicht dadurch umgangen werden, daß der Vermieter einzelne Teile des einheitlichen Grundstücks abschreiben läßt und selbständig vermietet (OLG Koblenz NJW 1960, 1253 ff; vgl weiter BGH NJW 1974, 2317; BB 1978, 165 f = BGHZ 70, 79).

Dieselben Grundsätze gelten im Kern auch für die Vermietung von Praxisräumen an **37** Angehörige der freien Berufe wie Ärzte und Anwälte. Der Umfang des Konkurrenzschutzes hängt hier freilich ganz von den Umständen und insbes von der Lage und der Art des Hauses ab*. Er ist jedoch auch bei einem Bürohaus in der City keineswegs von vornherein ausgeschlossen, sondern im Gegenteil grundsätzlich zu bejahen (BGHZ 70, 79 = JuS 1978, 348 Nr 6 gegen OLG Karlsruhe NJW 1972, 2224).

* Grdleg BGHZ 70, 79 = JuS 1978, 348 Nr 6 m Nachw u Anm WOLF LM Nr 16 zu § 536 BGB; BGH Betrieb 1976, 2151; OLG Karlsruhe NJW 1972, 2224; LG Düsseldorf NJW 1963, 1678; HEROLD DWW 1964, 9; STERNEL Rz 274; aM zB ROQUETTE § 535 Rz 14.

- 38** Vertragliche Erweiterungen des Wettbewerbsverbots, zB auf Nachbargrundstücke, sind möglich (BGH LM Nr 11/12 zu § 536 BGB). Auf diese Weise kann das Wettbewerbsverbot sogar auf die Zeit nach Beendigung des Mietvertrages erstreckt werden. Doch darf das Verbot niemals über das hinausgehen, was zur Wahrung der schützenswerten Interessen des Mieters geboten ist; das Verbot muß deshalb vor allem zeitlich begrenzt sein (insbes OLG Zweibrücken OLGZ 1972, 208; BGH LM Nr 25 zu § 581 BGB). Ein schützenswertes Interesse an dem Verbot fehlt auch, wenn nach den örtlichen Verhältnissen jede Konkurrenz ausscheidet (OLG Hamm BB 1971, 1076). Zur Anwendbarkeit der §§ 18 Abs 1 Nr 2 und 34 GWB auf solche Vereinbarungen s unten Rz 39.
- 39** Diese ganze Praxis ist nicht unbedenklich (so mit Recht FIKENTSCHER § 74 II 1). Soweit es sich um zusätzliche, vertragliche Wettbewerbsverbote handelt, müssen auf jeden Fall die sich aus § 1 GWB ergebenden Schranken beachtet werden. Danach dürften solche Wettbewerbsverbote häufig unwirksam sein. Aber auch soweit das Wettbewerbsverbot aus den §§ 535 und 536 hergeleitet wird, kann im Einzelfall durchaus § 1 GWB eingreifen, wenn der Mietvertrag einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck darstellt. In diese Richtung tendiert eindeutig auch die neuere Praxis des BGH, nach der Austauschverträge wie die Miete ebenfalls durchaus zu einem gemeinsamen Zweck iS des § 1 GWB abgeschlossen sein können, sofern die Parteien damit nur gemeinsame Interessen verfolgen, wofür schon die Aufteilung der Kundenkreise zwischen potentiellen Konkurrenten genügt.* Soweit trotzdem § 1 GWB nicht eingreift, bleiben auf jeden Fall die §§ 18 Abs 1 Nr 2 und 34 GWB anwendbar, sofern beide Parteien (wie in aller Regel) Unternehmen iS des GWB sind; die Folge ist vor allem, daß der gesamte Vertrag dann der Schriftform nach § 34 GWB bedarf (dazu eingehend EMMERICH NJW 1980, 1363; aM zu Unrecht beiläufig BGHZ 53, 304, 307).
- 40 cc)** Der Vermieter muß den Mieter gegen alle **Störungen** durch Dritte, auch durch Mitmieter desselben Hauses (BGH LM Nr 8 zu § 536 BGB), schützen, jedoch nur insoweit, als auch der Mieter selbst aufgrund der §§ 862, 906 (analog) von dem Dritten Unterlassung der Störungen, zB durch Lärm oder sonstige Immissionen, verlangen könnte. Besondere Bedeutung hat dies für den Schutz des Mieters gegen **Lärmbelästigungen** durch Dritte einschließlich der Mitmieter desselben Hauses: Soweit derartige Immissionen nach § 906 verboten sind, braucht sie auch der Mieter als Besitzer nicht zu dulden (§ 862) und kann deshalb vom Vermieter Abstellung der Störung verlangen (BGH LM Nr 1, 5 u 36 zu § 906 BGB; Nr 9 zu § 18 I. BMG; Nr 15 zu § 823 [E f] BGB; OLG Dresden OLGE 17, 26; OLG Frankfurt ZMR 1964, 271; LG Köln ZMR 1964, 143; LG Hannover ZMR 1969, 281; insbes LG Braunschweig NJW 1954, 111). Derartige Lärmbelästigungen stellen zugleich einen Mangel der vermieteten Sache dar (s § 537 Rz 29 f; LG Hannover aaO; LG Köln MDR 1971, 396; LG Hamburg NJW 1973, 2254; ZMR 1971, 134). Die Einzelheiten sind lebhaft umstritten (s FISCHER, RUNGE, WIETHAUP aaO; außerdem insbes ROQUETTE § 535 Rz 218 STERNEL Tz II 263 f m Nachw; GLASER ZMR 1981, 1).
- 40a** Der unvermeidbare Lärm, der sich aus der Tatsache des Zusammenlebens mehrerer Menschen in einem größeren Mietshaus ergibt, muß hingenommen werden; ebenso in angemessenem Rahmen und außerhalb der üblichen Ruhestunden (von 13.00 bis 16.00 Uhr und von 22.00 bis morgens 8.00 Uhr) gelegentliches Klavierspiel, gelegentliche Familienfeiern, der übliche Kinderlärm und dergleichen mehr. Die

* Grdleg BGHZ 68, 6, 10 = JuS 1977, 622 Nr 7; BGH BB 1979, 1162; NJW 1979, 1605 = WuW/E BGH 1597, 1600 = JuS 1980, 67 f Nr 12; WuW/E BGH 1353; OLG Frankfurt WuW/E OLG 1877, 1878 f; EMMERICH, Kartellrecht (3. Aufl 1979) 53 f; K SCHMIDT BB 1979, 1173.

3. Titel. Miete. Pacht

Grenzen im einzelnen sind jedoch flüssig, wobei auch die ständig zunehmende Lärmempfindlichkeit der Bevölkerung berücksichtigt werden muß; ältere Entscheidungen, die dem Mieter selbst die Duldung erheblicher Lärmbelästigungen zumuten, sind überholt. Deshalb braucht es der Mieter nicht hinzunehmen, daß in einer Nachbarwohnung ein stellenloser Opernsänger Gesangsunterricht erteilt (aM zu Unrecht OLG Düsseldorf JW 1932, 3012) oder daß dort Klavierunterricht gegeben wird (LG Hannover GE 1931, 1238; OLG Dresden OLGE 17, 26).

dd) Die Verpflichtung des Vermieters zur Unterlassung und Abwehr von Störungen **40b** wird in der Praxis teilweise auch als Fürsorgepflicht des Vermieters bezeichnet (BGH LM Nr 4 und 6 a zu § 536 BGB; LM Nr 39 zu § 278 BGB; ZMR 1969, 271). Tatsächlich handelt es sich dabei indessen um nichts anderes als um eine besondere Erscheinungsform der Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch zu belassen und zu erhalten.

c) Insbesondere die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht **41**

Die wichtigsten aus der allgemeinen Erhaltungspflicht fließenden Einzelpflichten des Vermieters sind die Instandhaltungs- und die Instandsetzungspflicht. Ihnen entspricht die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter dessen notwendigen Verwendungen zu ersetzen (§ 547 Abs 1 S 1). Im einzelnen hat man hier die folgenden Pflichten des Vermieters zu unterscheiden:

aa) Die Verkehrssicherungspflicht **42**

Der Vermieter ist zunächst verpflichtet, die vermietete Sache einschließlich aller mitvermieteten Bestandteile, Räume, Flächen und Sachen (AG Hamburg WuM 1976, 95) während der ganzen Vertragsdauer in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch ermöglicht und durch den der Mieter und seine Angehörigen nicht gefährdet werden. Der Vermieter muß also stets schon vorbeugend sämtliche, erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um drohende **Gefahren** zu **verhindern**. Er ist deshalb zB verpflichtet, für die Sicherung der vermieteten Räume gegen das Eindringen Unbefugter durch die Anbringung von Schlössern zu sorgen (ebenso BGH LM Nr 2 zu § 535 BGB für den Besitzer eines Kühlhauses, der einzelne Zellen zur Aufbewahrung von Lebensmitteln vermietet hat). Hat das vermietete Haus eine Zentralheizung, so muß der Vermieter stets alles Erforderliche tun, um deren Betrieb sicherzustellen, damit nicht die Gesundheit der Mieter gefährdet wird (s unten Rz 77 ff). Ebenso muß der Vermieter alles Erforderliche tun, um die Sicherheit der Zu- und Abgänge, Treppen und Flure, Fahrstühle, Keller und Böden sicherzustellen (OLG Karlsruhe ZMR 1960, 306; LG Berlin WuM 1978, 230 f; AG München WuM 1978, 87; enger OLG Hamm FWW 1977, 270 für eine rückwärtige Kellertreppe). Der Mieter hat insoweit den Erfüllungsanspruch (AG Hamburg WuM 1976, 95).

Die Verkehrssicherungspflicht umfaßt auch die Verpflichtung des Vermieters, die **43** vermietete Sache in regelmäßigen Abständen daraufhin zu überprüfen, ob sie sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befindet oder ob dem Mieter von ihr Gefahren drohen (BGH VersR 1966, 81, 82; WM 1976, 537; STERNEL Rz II 259; BGB-RGRG-GELHAAR § 535 Rz 37). Deshalb müssen zB Gasleitungen und Rückstauschieber in regelmäßigen Abständen überprüft werden (BGH WM 1976, 537; OLG Stuttgart ZMR 1973, 144 f). Aber diese **Prüfungspflicht** darf auch nicht überspannt werden (BGH VersR 1966, 81, 82). So braucht eine im Erdboden liegende Wasserleitung nicht ausgegraben zu werden, um sie zu überprüfen (BGH LM Nr 3 zu § 538 BGB). Überhaupt ist die Prüfungspflicht bei allen Räumen, die sich im ausschließlichen Besitz des Mieters befinden, eingeschränkt (BGH WM 1969, 1011,

1012 f). Hier kann sich der Vermieter grundsätzlich darauf verlassen, daß ihm der Mieter etwaige Mängel anzeigen wird (§ 545), während sonst ein Verstoß des Mieters gegen die Anzeigepflicht den Vermieter nicht von seiner Prüfungs- und Instandsetzungspflicht befreit.

- 44 Bei einem Mietshaus erstrecken sich diese Pflichten auf **alle Teile** des Hauses, nicht nur auf die der gemeinsamen Benutzung unterliegenden Einrichtungen und Räume, sondern auch auf die in der Obhut der Mitmieter stehenden Wohn- und Geschäftsräume. Daher darf der Vermieter seine Pflicht, die Mieträume zu erhalten, nicht so vernachlässigen, daß daraus Gefahren für die Mitmieter entstehen (BGH LM Nr 4 und 6 a zu § 536 BGB; WM 1969, 1011, 1012). Wenn der Vermieter im selben Haus wohnt, muß er dementsprechend auch dafür Sorge tragen, daß von seiner Wohnung den Wohnungen der Mieter keine Gefahren drohen (BGH LM Nr 39 zu § 278 BGB); hiergegen verstößt er, wenn er es unterläßt, einen Wasserhahn abzudrehen, so daß Wasser in die anderen Wohnungen eindringt (BGH LM Nr 6 a zu § 536 BGB). Die Verkehrssicherungspflicht erstreckt sich sogar auf solche Teile des Hauses, deren Benutzung durch die Mieter der Vermieter lediglich duldet, ohne hierzu verpflichtet zu sein (KG HRR 1936 Nr 1271).

45 bb) Die Reinigungs- und Beleuchtungspflicht

Der Vermieter ist verpflichtet, bei Schnee oder Eis die Zu- und Abgänge zu **räumen** und zu **streuen** (RG HRR 1932 Nr 231; BGH VersR 1965, 364; KG NJW 1970, 2110; STERNEL Rz II 253 f). Außerdem muß er die Treppen und Flure in einem verkehrssicheren Zustand erhalten und beleuchten. Demgegenüber wird eine **Reinigungs- und Beleuchtungspflicht** des Vermieters vielfach ganz geleugnet (SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht 113 ff; ders, MietR, s v Reinigungspflicht; GAISBAUER DWW 1969, 278 m Nachw) oder doch wesentlich eingeschränkt (zB BGH ZMR 1959, 329, wonach dem Mieter die Benutzung einer Taschenlampe zumutbar sein soll; vgl auch RG HRR 1932 Nr 1126; AG Köln MDR 1957, 230). Indessen sind Beleuchtung und Reinigung der Flure, Treppen usw selbstverständliche, wesentliche Bestandteile der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters. Es gibt daher keinen Rechtssatz, daß die Mieter eines Mehrfamilienhauses ohne besondere Abrede zur Beleuchtung und Reinigung der gemeinsam benutzten Treppen und Flure verpflichtet seien (RG Gruchot 56 [1912] 934). Anders natürlich bei Einfamilienhäusern. Im übrigen kann eine Reinigungspflicht des Mieters aber nur für die vermieteten Räume anerkannt werden.

- 45a Wenn der Mieter vertraglich die Reinigungs- und Streupflicht übernommen hat, bleibt der Vermieter doch immer noch verpflichtet, die nötigen Geräte und das Streumaterial zu stellen (AG Solingen WuM 1979, 239; aM AG Essen ZMR 1980, 316 f). Ist der Schuldner vorübergehend verhindert, so muß er eine Ersatzkraft stellen. Bei Krankheit oder Alter kann er hingegen frei werden (STERNEL Rz II 256).

46 cc) Weitere Einzelfälle

Der Vermieter muß stets dafür sorgen, daß sich die vermieteten Räume in einem Zustand befinden, der den öffentlichen Bauvorschriften entspricht. Wird danach eine Umstellung der Heizung erforderlich, so muß der Vermieter diese auf eigene Kosten durchführen. Dasselbe gilt für alle sonstigen **Änderungen** der baulichen Anlage und insbes der Heizungsanlage. Folglich muß der Vermieter die Kosten einer Umstellung auf Erdgas tragen (AG Aachen NJW 1970, 1923; LG Aachen MDR 1970, 931; s dazu STORZ NJW 1971, 413; WEIMAR Betrieb 1970, 1776; HURST ZMR 1970, 321;

STERNEL Rz II 250 f). Abweichende Vereinbarungen in Formularverträgen werden idR gegen § 9 AGBG verstoßen. Nur aus § 3 MHRG kann sich im Einzelfall etwas anderes ergeben.

Im Falle der Vermietung beweglicher Sachen wie zB Maschinen muß der Vermieter auch für deren **Funktionsfähigkeit** und Sicherheit sorgen. Daneben besteht die Verpflichtung, den Mieter sachgerecht in der Bedienung zu unterrichten. 46a

dd) Grenzen 47

Keine Rolle spielt die finanzielle Belastung durch die Erhaltungspflicht (§ 279; LG Hamburg NJW 1976, 1320; LG Berlin WuM 1978, 230 f; STERNEL Rz II 190). Selbst hohe Kosten befreien den Vermieter nicht. Ebensowenig kommt es darauf an, ob er etwaige Schäden zu vertreten hat. Nur wenn es der Mieter ist, der die Schäden zu vertreten hat, entfällt die Instandsetzungspflicht des Vermieters. An ihre Stelle tritt die Ersatzpflicht des Mieters (Vorbem 10 und 31 zu §§ 537 ff).

Die Instandsetzungspflicht endet erst bei einer **Zerstörung** der vermieteten Sache 48 (§ 275). Schwierige Abgrenzungsfragen entstehen hier, wenn die vermietete Sache nur teilweise zerstört ist. Beschränkt sich die Zerstörung auf einen verhältnismäßig unbedeutenden Teil der Sache, so kann an der uneingeschränkten Instandsetzungspflicht des Vermieters kein Zweifel bestehen. Eine abweichende Beurteilung kommt erst in Betracht, wenn die zerstörten Teile die nicht zerstörten Teile deutlich überwiegen und die Kosten einer Wiederherstellung denen einer Neuherstellung gleichkommen (§ 242; Vorbem 8 ff zu §§ 537 ff).

Der Mieter hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf Wiederherstellung des zum 49 vertragsmäßigen Gebrauch erforderlichen Zustandes, nicht jedoch einen Anspruch auf mögliche **Verbesserungen** der vermieteten Sache (PERGANDE § 536 Anm 2 und 3). Hingegen ist der Vermieter im Rahmen des § 541 a und des § 20 ModEnG zu Verbesserungen berechtigt (s § 3 MHRG Rz 8 f). Die Kosten kann er im Rahmen des § 3 MHRG weitgehend auf die Mieter abwälzen.

Die gesetzliche Regelung der Erhaltungspflicht ist schließlich nicht zwingend, so daß 50 **abweichende Vereinbarungen** möglich und häufig sind. Besonders verbreitet ist die Abwälzung der sog Schönheitsreparaturen, die an sich auch dem Vermieter obliegen (KG ZMR 1963, 138; LG Mannheim ZMR 1969, 16), auf den Mieter (Rz 142 ff). Darüber hinaus werden heute häufig auch die sog kleinen Reparaturen (etwa bis zu einem Betrag von DM 50,- oder DM 60,-) vertraglich auf den Mieter abgewälzt (s unten Rz 150 f). Solche Abreden sind jedoch heute nur noch durch Individualvereinbarung möglich, nicht mehr hingegen durch Formularvertrag (§ 9 AGBG; s Vorbem 148 e zu §§ 535, 536).

d) Die Dauer der Erhaltungspflicht 51

Die Erhaltungspflicht besteht grundsätzlich nur während der Dauer des Mietverhältnisses. Überläßt jedoch der Vermieter dem Mieter die Sache schon *vor* dem vertraglich bestimmten Zeitpunkt, so gilt infolge der Erstreckung des Mietvertrages auf diesen zusätzlichen Zeitraum auch hierfür die Erhaltungspflicht (LG Mannheim WuM 1976, 150; o Rz 29).

Ebenso umfassend geschützt ist der **ausziehende** Mieter; auch er hat Anspruch auf 52 sichere Treppen, Flure und Zugänge. Bleibt jedoch der Mieter zu Unrecht wohnen, so muß eine Einschränkung der Erhaltungspflicht des Vermieters angenommen werden (s HANS § 536 Anm B 5). Auf der anderen Seite kann aber die Erhaltungspflicht auch gegenüber dem **Räumungsschuldner** nicht ganz entfallen, da der Mieter seinerseits nach § 557 zur Fortzahlung des Mietzinses verpflichtet bleibt (vgl auch § 568). Der

Vermieter muß deshalb zumindest dafür sorgen, daß keine ernsten Gefahren für Leben und Gesundheit des Mieters entstehen, so daß er zB im Winter die Wohnung beheizen muß (LG Mannheim MDR 1967, 130 Nr 54).

- 53 e) Wegen der Ansprüche des Mieters bei Nichterfüllung der Erhaltungspflicht seitens des Vermieters s oben Rz 25 ff.

54 3. Insbes der Umfang des vertragsmäßigen Gebrauchs*

a) Allgemeines

Der vertragsmäßige Gebrauch ist der Zentralbegriff, nach dem sich die Rechte und Pflichten des Vermieters und des Mieters richten. Der Vermieter hat während der ganzen Vertragsdauer alles zu tun, um dem Mieter diesen vertragsmäßigen Gebrauch zu ermöglichen; umgekehrt muß sich der Mieter strikt an die Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs halten. Jede Überschreitung der dadurch gezogenen Grenzen ist vertragswidrig und löst die Rechtsfolgen der §§ 550 und 553 aus.

- 54a aa) Die Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs sind im Einzelfall häufig nur schwer zu bestimmen, dies um so mehr, als die Anschauungen hierüber auch zeitlichen Schwankungen unterworfen sind, da namentlich technische Entwicklungen zu einer ständigen Erweiterung der dem Raumm Mieter erlaubten Formen des Gebrauchs führen. Jede Engherzigkeit ist hier fehl am Platz (ebenso im Erg BGH LM Nr 25 und 28 zu § 535 BGB).

- 54b) Was zu dem vertragsmäßigen Gebrauch gehört, richtet sich in erster Linie nach den Absprachen der Parteien. Ergänzend sind stets die gesamten Umstände, namentlich Art und Lage des Mietobjektes, zu berücksichtigen. Eine erhebliche Rolle spielt

* **Schrifttum:** BETTERMANN, Darf der Mieter zur Ölheizung übergehen? ZMR 1960, 354; ENNECERUS-LEHMANN §§ 128 I 2 und 129 I 4; ERDSIEK, Persönlichkeitsschutz und Tierhaltung in Mietwohnungen, NJW 1960, 1799; EWALD, Die Dachantenne, MDR 1965, 85; GITTER, in: Vertragsschuldverhältnisse (1974) 14 ff; GLASER, Abstellen von Kraftfahrzeugen auf dem Hofe des Miethauses, MDR 1962, 521; ders, Der Schlüssel zu den Betriebsräumen des Mieters, Betrieb 1973, 2176; ders, Gemeinschaftsfernsehantenne und Mietrecht, Betrieb 1974, 125; ders, Neuzeitliche Haushaltswaschmaschine in der Wohnung, ZMR 1958, 109; ders, Der Waschautomat in der Mietwohnung, Betrieb 1964, 982; ders, Rechtsfragen zur Sammelheizung, Betrieb 1966, Beil Nr 4; GRUND, Zur Rechtslage bei Sammelheizungen, NJW 1954, 499; GÜRTNER, Zur Rechtslage bei Sammelheizungen, NJW 1954, 59; HERMES, Darf der Mieter zur Ölheizung übergehen? ZMR 1961, 89; HOLLENBERG, Das Recht der Heizung im Miethaus, ZMR 1961, 38; HUMMEL, Die Abrechnung der Nebenkosten, ZMR 1975, 65; KLEIN, Die Tierhaltung in Mietwohnungen, ZMR 1959, 189; KÜRZEL, Grenzen der Haftung bei Schadensfällen auf mangelhaften Treppen, DWV 1968, 18; LARENZ II § 48 III a; LAU, Zur Umlegung von Mietnebenkosten, ZMR 1978, 357; LEENEN, Der vertragsmäßige Gebrauch, MDR 1980, 353; MITTELSTEIN, Die Miete 243 ff, 253 ff, 267 ff; MÜLLER, Der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache bei der Vermietung von Räumen zu Wohnzwecken, ZMR 1970, 289; NIENDORFF, Mietrecht 227 ff; RATHJEN, Gleichbehandlung und Mietrecht, MDR 1980, 713; RAU, Zur Rechtsprechung über die Haustierhaltung des Mieters, ZMR 1965, 130; ROQUETTE, Haushaltswaschmaschinen als Rechtsproblem, NJW 1963, 91; SCHMIDT-FUTTERER, Miete und Pacht (3. Aufl 1977) 82 ff; ders, Mietrecht (7. Aufl 1976) passim; ders, Veränderungen der Mieträume während der Mietzeit, MDR 1970, 375; STERNEL Rz II 286 ff (S 179 ff); WEIMAR, Die Rechte des Mieters bei nicht fertiggestellten Zufahrtswegen und Außenanlagen, ZMR 1965, 353; ders, Bedarf der Wohnraummieter zur Kleintierhaltung der Erlaubnis des Vermieters? BIGBW 1974, 149; ders, Die Rechte des Mieters bei unzureichender Beheizung der Mieträume, WuM 1973, 17; ders, Kann der vertragsmäßige Gebrauch bei einer Mietwohnung durch Vereinbarung beschränkt werden? WuM 1971, 89.