Zur Gleichbehandlung von Groß- und Kleinvermietern

Dr. Jonas Brinkmann, Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

Inhalt

I.	Einleitung.....	1
II.	Verbraucher und Unternehmer im Mietrecht	4
1.	Wohnraummieter als Verbraucher	4
2.	Wohnraumvermieter als Unternehmer	5
III.	Ungleichbehandlung von Groß- und Kleinvermietern de lege lata	8
1.	Schutz des Wohnraummieters nach § 312 ff BGB.....	8
a)	Widerrufsrecht bei Vertragsänderungen im laufenden Mietverhältnis	9
b)	Neubegründung eines Wohnraummietverhältnisses.....	11
c)	Die Informationspflicht über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Widerrufsrecht ...	13
2.	Verbraucherschutz bei Wohnraummietverträgen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	14
a)	§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB	15
b)	§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB	17
c)	§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB	18
3.	Das Wirtschaftlichkeitsgebot	23
IV.	Ungleichbehandlung von Groß- und Kleinvermietern de lege ferenda	26
V.	Fazit.....	28

I. Einleitung

Sowohl dem deutschen Wohnraummietrecht als auch dem Verbraucherprivatrecht liegt die Annahme einer gestörten Vertragsparität zugrunde. Es wird in typisierender Weise davon ausgegangen, dass der Verbraucher bzw. Mieter in seiner Verhandlungsposition gegenüber dem Unternehmer bzw. Vermieter unterlegen ist. Materielle Vertragsfreiheit muss im Wege der Kompensation gestörter Vertragsparität sichergestellt werden.

Im Wohnraummietrecht folgt die strukturelle Ungleichheit aus der unterstellten abweichenden Relevanz des Vertragsabschlusses für die Vertragsparteien. Wohnen bedeutet die Nutzung des Raums zum Zwecke des privaten Aufenthalts als Lebensmittelpunkt.¹ Der Mieter will durch

¹ Wiederhold, BeckOK § 549 BGB Rn. 8.

den Mietvertrag sein „elementares soziales Bedürfnis“² an Wohnraum befriedigen.³ Der Vermieter hat dagegen „nur“ ein monetäres Interesse an der Vermietung der Wohnung. Anders ausgedrückt: Einen Mieter trifft es oftmals härter, für einen Monat keine Wohnung zu haben, als einen Vermieter, auf die monatliche Einnahme zu verzichten. Indikator der gestörten Vertragsparität ist hier die Qualifikation des Vertrags als Wohnraummietvertrag. Die grds. Schutzbedürftigkeit des Mieters folgt somit bereits aus dem Umstand, dass es sich bei dem Vertrag um einen Wohnraummietvertrag handelt.⁴

Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers wird im Verbraucherprivatrecht durch zwei Faktoren bestimmt.⁵ Einerseits müssen bestimmte situative bzw. gegenständliche Umstände vorliegen.⁶ Es muss entweder eine besondere Vertragsschlusssituation – wie etwa ein Außergeschäftsraumvertrag oder ein Fernabsatzvertrag – vorliegen, oder ein bestimmter Vertragstyp – wie etwa ein als komplex und wirtschaftlich relevant eingestuftes Darlehensvertrag⁷ – zugrunde liegen.

Die bloße Gefahr aus der Vertragsschlusssituation bzw. dem Vertragsgegenstand ist allein indes nicht ausreichend, um eine aus Gesetzessicht relevante Unterlegenheit der einen Vertragspartei gegenüber der anderen Vertragspartei anzunehmen.⁸ Vielmehr muss darüber hinaus noch ein Verbrauchergeschäft vorliegen, also ein Verbraucher und ein Unternehmer als Vertragsparteien beteiligt sein. Im Hinblick auf die personelle Komponente der Schutzbedürftigkeit wird im Verbraucherprivatrecht oftmals hauptsächlich auf den Verbraucher geschaut. Ein Verbraucher lasse sich oft besonders überrumpeln oder sei besonders unerfahren in geschäftlichen Dingen. Tatsächlich liegt der besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers folgende Überlegung zugrunde: Handelt eine Person aus privater Motivation, ist das einzelne Geschäft nur eines aus einer Vielzahl verschiedenster Geschäfte, die zur privaten Lebensführung getätigt werden. Eine intensive Beschäftigung mit dem einzelnen Geschäft ist oft nicht möglich oder zumindest ökonomisch ineffizient.⁹ Der Verbraucher hat in der Regel also nur eine geringe Informationsbasis für seine Vertragsschlussentscheidungen.

² BT-Drucks. 17/12637 S. 48.

³ *Gsell*, NZM 2017, 305, 306.

⁴ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646.

⁵ *Hoffmann*, JZ 2012, 23, 24.

⁶ *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht Rn. 11 f.

⁷ *Blaurock*, JZ 1999, 801, 806.

⁸ *Hoffmann*, JZ 2012, 23, 24; *Fervers*, NZM 2018, 640, 646; *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, S. 229.

⁹ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 223.

Wie aber auch bei der Bezeichnung Verbraucherprivatrecht selbst, handelt es sich hierbei nur um die „halbe Miete“. Denn auch der Unternehmer, der auf der anderen Seite des fraglichen Geschäfts stehen muss, trägt dazu bei, dass der Verbraucher im jeweiligen Fall besonders schutzbedürftig sein soll:¹⁰ Der Unternehmer ist sogenannter „repeat player“.¹¹ Das heißt er tätigt die im Zusammenhang mit seiner unternehmerischen Tätigkeit stehenden Geschäfte grundsätzlich sehr häufig. Informationsbeschaffung ist für den Unternehmer deshalb wirtschaftlich sinnvoll (Stichwort „Skaleneffekte“).¹² Unternehmer tätigen ihre Vertragsschlussentscheidungen in der Regel also auf einer guten Informationsbasis.

Es wird somit davon ausgegangen, dass der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher einen Wissensvorsprung hat.¹³ So hat in Österreich der OGH bereits im Jahre 1980 formuliert, dass die typischen Umstände, die einen besonderen Schutz des Verbrauchers erforderlich machen, aus „dessen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer an wirtschaftlicher Macht und an Wissen durch die Spezialisierung auf eine besondere Art von Geschäften [folgt]. Zu diesem Wissen gehört auch die Erfahrung aus der Vielzahl von Geschäften, das Wissen um die dabei vorkommenden Zwischenfälle und die rechtlichen Möglichkeiten, wie für solche Zwischenfälle die eigene rechtliche Stellung möglichst günstig gestaltet werden kann.“¹⁴ Dabei kommt es indes nicht darauf an, ob eine Partei der Anderen tatsächlich überlegen ist, oder nicht – vielmehr wird dies in typisierter Weise angenommen.¹⁵ Im Verbraucherprivatrecht wird die strukturelle Ungleichheit im Kern also aus einer unterstellten Informationsasymmetrie wegen einer unterschiedlichen geschäftlichen Beschlagenheit der Vertragsparteien in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft geschlossen.¹⁶ Indikator für diese Informationsasymmetrie ist die jeweilige Rolle, in der die Vertragsparteien mit Blick auf den konkreten Vertragsschluss aufeinanderstoßen.¹⁷

Mit Blick auf den situativ begründeten Verbraucherschutz kommt es grds. nicht auf den zugrundeliegenden Vertragstyp an, sodass es hier zu Überschneidungen zwischen dem Verbraucherprivatrecht und dem Mietrecht kommt.¹⁸

¹⁰ Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, Rn. 9.

¹¹ Mankowski, Beseitigungsrechte, 7.

¹² Mankowski, Beseitigungsrechte, 263.

¹³ Mankowski, Beseitigungsrechte, 262.

¹⁴ OGH 8. Juli 1980, 5 Ob 570/80, ECLI:AT:OGH0002:1980:00500B00570.8.0708.000.

¹⁵ Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, Rn. 6; zur Begründung dieser Typisierung *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, S. 233 f.

¹⁶ Mankowski, Beseitigungsrechte, 262.

¹⁷ Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, Rn. 54.

¹⁸ Gsell, WuM 2014, 375.

Andererseits kennt das Mietrecht selbst – anders als etwa das Kaufrecht, das zwischen „normalen“ Kaufverträgen und Verbrauchsgüterkaufverträgen unterscheidet – nur ein Rechtsregime für alle Wohnraummietverträge. An Kleinvermieter stellt das Recht hier die gleichen Anforderungen wie an Großvermieter. Zwar lassen sich in den Regelungen in § 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowie § 573a BGB Tendenzen einer Differenzierung zwischen Groß- und Kleinvermietern erkennen. Der dem Verbraucherprivatrecht zugrunde liegende Gedanke, dass es für einen privaten Akteur in der Regel wirtschaftlich weniger effizient ist, sich mit komplexen rechtlichen Fragen des Vertrags auseinanderzusetzen, als es für eine unternehmerisch handelnde Person der Fall ist, wird im Mietrecht aber nicht berücksichtigt. Groß- und Kleinvermieter werden hier gleichbehandelt.

Im Folgenden soll zunächst einen Blick auf die nach geltendem Recht bestehenden Unterschiede zwischen Groß- und Kleinvermietern geworfen werden. Danach wird kurz dargelegt, dass eine rechtliche Differenzierung zwischen „einfachen“ Wohnraummietverträgen und „Verbrauchermietverträgen“ in bestimmten anderen Bereichen – nämlich im Mietrecht selbst – sinnvoll wäre.

II. Verbraucher und Unternehmer im Mietrecht

1. Wohnraummietverträge als Verbraucherverträge

Nach § 13 BGB ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Ein Mietvertrag über Wohnraum zeichnet sich dadurch aus, dass die vermieteten Räumlichkeiten nach dem Vertrag zum Wohnen – also wie bereits erwähnt zum Zwecke des privaten Aufenthalts – bestimmt sind.¹⁹ Mischmietverträge über Wohn- und Gewerberäume werden als Wohnraummietverträge qualifiziert, sofern der Wohnzweck überwiegt (sog. Überwiegenstheorie).²⁰

¹⁹ *Wiederhold*, BeckOK § 549 BGB Rn. 8.

²⁰ BGH NZM 2014, 626.

Insofern handelt jeder Wohnraummietter als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB.²¹ Denn Wohnen ist per Definition private Nutzung.²² Zwischen den Begriffen des Wohnraummieters und des Verbrauchers besteht also grundsätzlich ein Gleichlauf – in beiden Fällen kommt es selbst bei der Mischnutzung darauf an, dass der private Wohnzweck überwiegt.²³

2. Wohnraumvermieter als Unternehmer

Die Unternehmereigenschaft ist nach § 14 BGB gegeben, wenn eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwar hat der BGH sich noch nicht ausdrücklich zu der Frage, ab wann ein Vermieter als Unternehmer einzuordnen ist, geäußert. Generell differenziert der BGH mit Blick auf § 14 BGB aber zwischen privater Vermögensverwaltung und unternehmerischer Tätigkeit. Maßgeblich sei dabei der Umfang der Tätigkeit. Unternehmerisch sei eine Tätigkeit erst, wenn der Umfang der Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordere.²⁴

Was die Qualifikation des Vermieters als Unternehmer betrifft werden in der Literatur und instanzgerichtlichen Rechtsprechung verschiedene Maßstäbe herangezogen. Teilweise wird vertreten, dass der Vermieter stets als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB einzustufen ist.²⁵ In diesem Fall wäre jeder Wohnraummietvertrag immer ein Verbrauchervertrag iSd § 310 Abs. 3 BGB.

In einem Urteil hat das AG Freiburg für die Qualifikation des Vermieters als Unternehmer auf das zur Gewinnerzielung eingesetzte Vermögen abgestellt.²⁶ *Hau* möchte – in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH – auf den Umfang des Geschäftsbetriebs unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände abstellen.²⁷ Überwiegend wird anhand der Anzahl der vom Vermieter vermieteten Wohnungen differenziert. Bezieht man die Ansicht mit ein, dass jeder Vermieter als Unternehmer anzusehen ist, reicht das Spektrum hier von einer bis 10 Wohnungen.²⁸

²¹ *Harsch*, WuM 2008, 201; *Hau*, NZM 2015, 435, 441; *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1647; *Mediger*, NZM 2015, 185, 187.

²² *Pfeilschifter*, WuM 2003, 543, 548.

²³ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1647.

²⁴ BGH NJW 2002, 368.

²⁵ *Pfeilschifter*, WuM 2003, 543, 545; *Harsch* WuM 2008, 201, 202 f.

²⁶ WuM 2013, 728.

²⁷ *Hau*, NZM 2015, 435, 441.

²⁸ AG Stuttgart: eine Wohnung, BeckRS 1996, 11511; OLG Düsseldorf: zweier Mietshäuser, NJOZ 2004, 35 bzw. zwei Einfamilienhäuser und einer Einliegerwohnung, NZM 2004, 866; AG Köln; LG Frankfurt a. M.:

Führt man sich den Zweck des Verbraucherschutzes vor Augen, kann man zweierlei feststellen: Einerseits scheint die Differenzierung anhand der Anzahl der Wohnungen überzeugend. Zum anderen kann es nicht richtig sein, dass jeder Vermieter Unternehmer iSd § 14 BGB ist.

Der Verbraucherschutz soll eine gestörte Vertragsparität ausgleichen, die ihre Ursache in einer unterschiedlichen geschäftlichen Beschlagenheit der Vertragsparteien hat.²⁹ Unter Berücksichtigung dieser Überlegung scheint die Anzahl der vermieteten Wohnungen ein geeigneter Maßstab für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft des Vermieters zu sein.³⁰ Denn je mehr Mietverhältnisse der Vermieter „managen“ muss, desto eher ist eine intensive Beschäftigung mit dem Thema Vermietung wirtschaftlich vernünftig und zu erwarten.³¹ Insofern handelt es sich auch – entgegen der Kritik von *Hau*³² – um mehr als „unzuverlässige Abzählreime der Instanzgerichte“. Letztlich ist die Anzahl der Wohnungen Indikator für die vom BGH geforderte Planmäßigkeit des Geschäftsbetriebs. Anders als die von *Hau* propagierte einzelfallabhängige Beurteilung der Gesamtumstände bietet das Kriterium – jedenfalls sobald sich die Rspr. auf eine konkrete Zahl geeinigt hat – auch die für das Verbraucherprivatrecht erforderliche Rechtssicherheit.³³

Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks kann es auch nicht überzeugen den Vermieter per se als Unternehmer einzuordnen.³⁴ Denn ein Vermieter der etwa eine einzelne Wohnung vermietet, tätigt die damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte ungefähr so häufig wie es auch ein Mieter tut. Mit Blick auf den Umfang, indem die Beschäftigung mit den jeweiligen Geschäften für den Vermieter effizient ist, gibt es keine Unterschiede zum Mieter.³⁵ Auf die

sechs Wohnungen (WuM 1998, 418; WuM 2007, 123); LG Köln: jedenfalls 7 Wohnungen, WuM 2009, 730; noch nicht bei 8 Wohnungen: LG Waldshut-Tiengen, [ZMR 2009, 372](#); Horst: 8 – 10 Wohnungen, DWW 2015, 2; *Börstinghaus*: 10 Wohnungen, ZGS 2002, 5.

²⁹ S.o., I.

³⁰ *Mediger*, NZM 2015, 185, 188.

³¹ *Mediger*, NZM 2015, 185, 188.

³² *Hau*, NZM 2015, 435, 441.

³³ Zum besonderen Stellenwert der Rechtssicherheit im Verbraucherprivatrecht bereits *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S, 267.

³⁴ So auch *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1648; *Hau*, NZM 2015, 435, 441.

³⁵ In diesem Sinne auch *Harsch*, WuM 2008, 201, 203, der gleichwohl dafür plädiert, dass der Vermieter stets als Unternehmer einzustufen ist, weil der Überrumpelungseffekt im Haustürgeschäft unabhängig von der Anzahl der Wohnungen die der Vermieter vermietet der Gleiche sei. Zwar ist der Feststellung, dass es für den insoweit überrumpelten Mieter keinen Unterschied macht, ob sein Vermieter Klein- oder Großvermieter ist, zuzustimmen (hierzu unter III. 1. a)). Indes ist der Schluss, dass der Vermieter deshalb generell als Unternehmer einzustufen ist gleichwohl falsch. Denn auch wenn das Ergebnis im Bereich des Außergeschäftsraumvertrags rechtspolitisch überzeugend scheint, wird übersehen, dass eine derartige Qualifikation „vom Ergebnis her“ in vielen anderen Bereichen zu Verwerfungen führt. Dies fängt bei der Frage an, wo dann der „Geschäftsraum“ des Vermieters verortet werden sollte, in welchem ihn ein Vertragsschluss ohne Belastung mit dem Widerrufsrecht aus § 312b BGB vornehmen könnte. Wie *Harsch* selbst feststellt, mag die Privatwohnung des Vermieters hier nicht in Betracht kommen (WuM 2008, 201,

dem Wohnraummietrecht immanente Störung der Vertragsparität wegen der unterschiedlichen Relevanz des Vertrags für die Parteien darf insoweit nicht abgestellt werden, da diese Störung im Rahmen des sozialen Mietrechts ausgeglichen wird.

Bei der Vermietung einer einzelnen Wohnung wird man weder einen planmäßigen Geschäftsbetrieb noch relevante Informationsasymmetrien zwischen den Vertragsparteien annehmen können. Es stellt sich allerdings die Frage, ab welcher Anzahl von vermieteten Wohnungen regelmäßig ein relevanter Wissensvorsprung des Vermieters mit Blick auf mietrechtliche Geschäfte unterstellt werden kann.

Was die Unterschiede zwischen den einzelnen instanzgerichtlichen Urteilen betrifft, hat *Fervers*³⁶ eine interessante Feststellung gemacht: So könnten die Differenzen seiner Ansicht nach auf Unterschiede zwischen den im jeweiligen Sprengel liegenden Mietmarkt zurückzuführen sein. In angespannten Mietmärkten scheinen die Gerichte die Schwelle zur unternehmerischen Tätigkeit schneller überschritten zu sehen, als in entspannten Mietmärkten. Die Überlegung ist naheliegend. In angespannten Mietmärkten sind die Vermieter in einer besonders starken Verhandlungsposition. Als Reflex auf diese oftmals krass gestörte Vertragsparität könnten die Richter versucht sein, den Schutz der Mieter möglichst umfassend zu gewährleisten und hierzu eben auch das Verbraucherprivatrecht früh in Stellung zu bringen.³⁷ Indes ist diese Herangehensweise verfehlt. Denn nochmal: Die Störung der Vertragsparität wegen des unterschiedlichen Interesses am konkreten Vertrag ist nicht Aufgabe des Verbraucherschutzrechts, sondern Aufgabe des sozialen Wohnraummietrechts. Das Verbraucherschutzrecht dient grds. dem Ausgleich von Informationsasymmetrien und ist deshalb nicht geeignet die besonderen Probleme von angespannten Wohnungsmärkten zu lösen.

Die Beurteilung, ab wann ein Vermieter Unternehmer ist, kann deshalb auch nicht davon abhängen, ob der Wohnungsmarkt angespannt ist oder nicht.³⁸ Die Frage ob der Vermieter – neben der mehr oder weniger ausgeprägten stärkeren Marktmacht aus der Natur des Wohnraummietvertrages – zudem noch besser informiert ist als der Mieter, ist vom Wohnungsmarkt unabhängig. Die Grenze ab wieviel Wohnungen der Vermieter als

203). Zudem würde man dem „Kleinvermieter“ hier denklogisch auch den Verbraucherschutz verwehren, wenn er seinerseits mit Unternehmern bezüglich der Mietwohnung kontrahiert. Man denke etwa an die Beauftragung eines Handwerkers, der in der vermieteten Wohnung arbeiten vornehmen soll. Wenn der Vermieter bezüglich der Vermietung Unternehmer ist, ist es schwer zu rechtfertigen, warum er bei der Instandhaltung der Wohnung Verbraucher sein sollte.

³⁶ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646.

³⁷ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646.

³⁸ So im Ergebnis auch *Fervers*, NZM 2018, 640, 647.

Unternehmer einzustufen ist, muss in ganz Deutschland gleich sein. Wo die Grenze indes konkret zu ziehen ist, scheint letztlich etwas willkürlich. Jedenfalls bei der Vermietung von fünf bis sechs Wohnungen dürfte eine intensivere Beschäftigung mit dem Thema Vermietung wirtschaftlich vernünftig sein.³⁹ Zwingende Argumente für die eine oder andere Zahl scheint es indes nicht zu geben, sodass hier letztendlich der BGH oder der Gesetzgeber für Klarheit sorgen muss.

III. Ungleichbehandlung von Groß- und Kleinvermietern de lege lata

Davon ausgehend, dass nicht jeder Vermieter Unternehmer ist, wird bereits nach der geltenden Rechtslage zwischen unternehmerischen Großvermietern und privaten Kleinvermietern differenziert. Denn verbraucherschützende Regelungen kommen nur im ersteren Fall zur Anwendung. Hier sind insbesondere die Regelungen in §§ 312 ff. BGB (hierzu unter 1.) sowie die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB (hierzu unter 2.) zu nennen. In beiden Fällen setzt der Verbraucherschutz voraus, dass der Wohnraummietvertrag einen Verbrauchervertrag darstellt – also der Vermieter unternehmerisch tätig ist. Ein weiterer Fall, indem eine Differenzierung bereits de lege lata vorgenommen wird betrifft das Wirtschaftlichkeitsgebot (hierzu unter 3.).

1. Schutz des Wohnraummieters nach § 312 ff BGB

Der Umfang, in dem die §§ 312 ff. BGB auf Wohnraummietverträge anwendbar sind ergibt sich aus § 312 Abs. 4 BGB. Nach dessen S. 1 treffen einen unternehmerischen Vermieter grds. die allgemeinen Pflichten nach § 312a Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 BGB sowie die Informationspflichten nach § 312d BGB iVm Art. 246a § 1 Abs. 2 und 3 EGBGB. Ferner steht dem Verbraucher unter den Anwendungsvoraussetzungen der besonderen Vertriebsformen – also des Außergeschäftsraum- oder des Fernabsatzvertrags – ein Widerrufsrecht gem. § 312g BGB zu. Auf Verträge zur Begründung eines Mietverhältnisses über Wohnraum sind Informationspflichten nach § 312d BGB und das Widerrufsrecht nach § 312g BGB jedoch nur anwendbar, wenn der Mieter die Wohnung nicht zuvor besichtigt hat, § 312 Abs. 4 S. 2 BGB.

³⁹ In diese Sinne auch OGH 8. Juli 1980, 5 Ob 570/80, ECLI:AT:OGH0002:1980:00500B00570.8.0708.000.

Die anwendbaren Vorgaben des § 312a BGB dürften im Rahmen des Wohnraummietrechts von geringer praktischer Relevanz sein.⁴⁰ Was die Informationspflichten sowie das Widerrufsrecht bei Vertragsschlüssen mittels besonderer Vertriebsformen anbelangt, wird wie bereits erwähnt, zwischen der Neubegründung eines Mietverhältnisses und der Änderung eines laufenden Mietverhältnisses differenziert.

a) Widerrufsrecht bei Vertragsänderungen im laufenden Mietverhältnis

Im laufenden Mietverhältnis kommen die §§ 312d und 312g BGB ohne Weiteres zur Anwendung, sofern die situativen und personellen Voraussetzungen der besonderen Vertriebsformen erfüllt sind. Hier geht es etwa um Mieterhöhungsvereinbarungen, Verträge über Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen oder Aufhebungsverträge.⁴¹ Werden solche Vereinbarungen zwischen den Mietparteien im Rahmen eines Besuchs des unternehmerischen Vermieters beim Mieter oder mittels Fernkommunikationsmitteln geschlossen, steht dem Verbraucher grds. ein Widerrufsrecht bezüglich seiner auf die Vertragsänderung abgegebenen Willenserklärung zu und der Unternehmer ist verpflichtet ihn diesbezüglich aufzuklären. Die Gesetzesbegründung stellt dabei auf die Schutzbedürftigkeit des Mieters ab, für den insbesondere bei der Änderung von geschlossenen Mietverträgen die Gefahr einer Überrumpelung oder physischen Drucks bestehe.⁴² Deshalb sei ein Widerrufsrecht des Mieters gegenüber dem unternehmerischen Vermieter „sachgerecht“⁴³. Wie bereits *Fervers* festgestellt hat, überzeugt dies im Ergebnis allerdings nicht.⁴⁴

Die von der Gesetzesbegründung genannte Druck- und Überrumpelungssituation spielt auf die Außergeschäftsraumkonstellation an.⁴⁵ Sofern der Vermieter den Mieter etwa in der Mietwohnung aufsucht um eine Mieterhöhung zu vereinbaren, scheint es allerdings keinen Unterschied zu machen, ob der Vermieter Unternehmer ist oder nicht.⁴⁶ Der Mieter dürfte in beiden Fällen im selben Maße überrumpelt und psychisch unter Druck sein.⁴⁷ Auch hinsichtlich des Informationsgefälles zwischen dem Mieter und seinem Vermieter besteht insoweit kein Unterschied. Denn dieses rührt gerade aus der Überrumpelung selbst – der Mieter hat hier keine Möglichkeit sich zunächst seiner Handlungsmöglichkeiten zu

⁴⁰ *Gsell*, WuM 2014, 375, 381.

⁴¹ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1643; *Hau*, NZM 2015, 435, 439 ff.

⁴² BT-Drucks. 817/12, 77.

⁴³ BT-Drucks. 817/12, 77.

⁴⁴ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646 f.

⁴⁵ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1644.

⁴⁶ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646.

⁴⁷ *Fervers*, NZM 2018, 640, 646.

vergewissern. Dabei wird der private Kleinvermieter dieses Informationsgefälle ebenso vorsätzlich zu seinem Vorteil herbeigeführt haben, wie ein institutioneller Großvermieter es tut. Es ist demnach keine plausible Begründung ersichtlich, warum der Mieter, der von seinem Vermieter spontan Zuhause „besucht“ wurde um eine Vertragsänderung vorzunehmen, in dem Fall, dass der Vermieter unternehmerisch tätig ist, widerrufen können sollte, nicht jedoch in dem Fall, dass der Vermieter privat tätig ist. Da die Unternehmereigenschaft des Vermieters in Bezug auf die gestörte Vertragsparität insoweit keine Auswirkungen hat, erscheint eine Differenzierung zwischen Klein- und Großvermietern beim Außergeschäftsraumwiderrufsrecht des Mieters insoweit nicht zweckmäßig.

Das Gleiche gilt auch für das Fernabsatzwiderrufsrecht bei Vertragsänderungen. Hier verfährt bereits die generelle Begründung des Widerrufsrechts mit Blick auf die im Mietrecht relevanten Vertragsänderungen nicht.⁴⁸ Grundsätzlich wird das Fernabsatzwiderrufsrecht damit begründet, dass der Verbraucher wegen des Distanzgeschäfts keine Kenntnis von der Leistung hat, ihm der Ansprechpartner für Rückfragen fehlt und er zudem nicht in der Lage ist die Seriosität seines Vertragspartners einzuschätzen.⁴⁹ Mit Blick auf Änderungen im laufenden Mietvertrag bestehen diese Informationsdefizite allerdings weder im Bereich der privaten Kleinvermieter noch im Bereich der unternehmerischen Großvermieter.⁵⁰ Die relevante Leistung, nämlich die Gebrauchsüberlassung der Wohnung, erhält der Mieter bereits und kann sie deshalb ohne Weiteres beurteilen.⁵¹ Auch was die Einschätzung der Seriosität seines Vertragspartners, nämlich des Vermieters, anbelangt, existieren für den Mieter wegen der bereits bestehenden vertraglichen Bindung keinerlei Schwierigkeiten.⁵² Schließlich steht der Vermieter dem Mieter auch als Ansprechpartner im selben Umfang zur Verfügung, wie in jedem anderen Fall in dem der Mieter bezüglich des Mietverhältnis klärungsbedarf hat. Da hier also bereits mit Blick auf den unternehmerischen Vermieter kein Grund für ein Widerrufsrecht des Mieters besteht, besteht auch keine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zwischen unternehmerischen Großvermietern und privaten Kleinvermietern.

⁴⁸ A.A. *Rolfs/Möller*, die das Widerrufsrecht hier mit der Gefahr von unüberlegten Zustimmungen wegen eines „bereits bestehenden Vertrauensverhältnis[ses]“ zu rechtfertigen versuchen, NJW 2017, 3275, 3276. Aber selbst wenn man dieser Begründung folgt, wäre jedenfalls nicht ersichtlich, warum diese Gefahr bei unternehmerischen Großvermietern größer sein sollte als bei privaten Kleinvermietern. Vielmehr dürfte das Vertrauensverhältnis zwischen Mieter und Kleinvermieter oftmals deutlich ausgeprägter sein als das zwischen Mieter und Großvermieter.

⁴⁹ BGH NJW 2004, 3699, 3700.

⁵⁰ *Fervers*, NZM 2018, 640, 647.

⁵¹ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1645.

⁵² *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1645.

b) Neubegründung eines Wohnraummietverhältnisses

Im Falle der Neubegründung eines Wohnraummietverhältnisses gilt als zusätzliche Voraussetzung, dass der Mieter die Wohnung vor Vertragsschluss nicht besichtigt hat. Im Blick dürfte der Gesetzgeber hier vornehmlich den Abschluss eines Mietvertrags im Fernabsatz gehabt haben.⁵³ Denn Hinsichtlich des Direktvertriebs dürfte es hier an einem praktischen Anwendungsbereich fehlen.⁵⁴ In Betracht kommt zwar ein Vertragsschluss im Büro des Vermieters oder in der fraglichen Mietwohnung. Im Büro des Vermieters fehlt es i.d.R. bereits an der Außergeschäftsraumsituation. Die zwar theoretisch denkbare Möglichkeit, dass der Mieter etwa kurz zuvor auf der Straße angesprochen wurde um den Mietvertrag zu schließen, wird praktisch nicht vorkommen.⁵⁵ Soweit der Vertrag in der fraglichen Mietwohnung geschlossen wird, sind zwar die situativen Voraussetzungen des Außergeschäftsraumvertrags erfüllt – hier wird die Wohnung dann aber in aller Regel auch besichtigt worden sein, sodass die §§ 312b, 312c, 312d und 312g BGB nach § 312 Abs. 4 S. 2 BGB bereits nicht anwendbar sind.⁵⁶

Zwar dürfte auch der Abschluss eines Mietvertrags im Fernabsatz – das heißt ohne vorangegangene persönliche Vertragsverhandlung und unter Rückgriff auf ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem – tatsächlich eher selten vorkommen.⁵⁷ Zudem wird es – jedenfalls heutzutage noch – auch beim Abschluss eines Mietvertrags im Fernabsatz üblich sein, dass der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt.⁵⁸ Zwingend ist dies indes nicht.⁵⁹ Insbesondere bei Personen die etwa berufsbedingt ihren Haupt- oder auch Zweitwohnsitz in eine weiter entfernte Stadt verlegen müssen, wird eine Anmietung ohne vorherige Besichtigung wegen den damit verbundenen logistischen Schwierigkeiten mitunter interessant sein. Dies dürfte mit dem technischen Fortschritt weiter zunehmen⁶⁰ – man denke nur an die Möglichkeiten, die die „Virtual Reality“ mit Blick auf Wohnungsbesichtigungen bieten könnte.⁶¹

⁵³ So auch *Fervers*, NZM 2018, 640, 642.

⁵⁴ In diesem Sinne auch *Hau*, NZM 2015, 435, 438.

⁵⁵ In diesem Sinne auch *Hau*, NZM 2015, 435, 438.

⁵⁶ *Hau*, NZM 2015, 435, 438.

⁵⁷ *Mediger*, NZM 2015, 185, 187; *Hau*, NZM 2015, 435, 438.

⁵⁸ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1641; *Fervers*, NZM 2018, 640, 643.

⁵⁹ *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275 f.

⁶⁰ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1641

⁶¹ Die Besichtigung mittels „Virtual Reality“ in der Fernkommunikation erfüllt insofern nicht die Voraussetzungen der Besichtigung, vgl. *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276.

Aber auch mit Blick auf im Fernabsatz geschlossene Neuverträge ohne vorherige Besichtigung ist das Widerrufsrecht des Mieters letztlich unangebracht. Teilweise wird bereits die generelle Schutzwürdigkeit des Mieters in Frage gestellt, da der Umstand, dass er die Wohnung nicht besichtigt hat, in der Regel auf seiner Entscheidung beruhe und in seinem Interesse gewesen sei.⁶² Allerdings lässt sich dies beim Fernabsatz generell sagen. Denn anders als das Direktmarketing handelt es sich beim Fernabsatz um ein sogenanntes „Pull-Medium“ und nicht um ein „Push-Medium“ wie das Direktmarketing.⁶³ In anderen Worten ist die Fernkommunikation immer nur ein Angebot des Unternehmers, welches zu nutzen der Verbraucher sich frei entscheiden kann.⁶⁴ Entscheidet er sich für den Vertragsschluss im Fernabsatz, tut er dies regelmäßig weil es auch in seinem Interesse liegt – etwa weil das „Onlineshopping“ von Zuhause für ihn bequemer ist, als im stationären Handel nach dem gewünschten Produkt zu suchen. Anders gesagt, nimmt der Verbraucher das Informationsdefizit im Fernabsatz letztlich in aller Regel bewusst in Kauf, weil er sich anderweitige Vorteile davon verspricht.⁶⁵ Insofern ist der Mieter der auf eine Besichtigung der Wohnung vor Vertragsschluss verzichtet, generell nicht mehr oder weniger schutzwürdig, als jeder andere Verbraucher, der auf den Fernabsatz zurückgreift.

Mit dieser Erkenntnis muss man aber auch die rechtsethische Rechtfertigung des Fernabsatzwiderrufsrechts generell hinterfragen. Denn wenn man feststellt, dass der Unternehmer mit der Eröffnung des Fernkommunikationskanals lediglich den Kreis der Optionen des Verbrauchers erweitert und der Verbraucher, der diese Option wählt, dann letztlich selbst für sein Informationsdefizit verantwortlich ist, stellt sich die Frage, warum der Verbraucher hier überhaupt geschützt werden soll.⁶⁶ Ohne vertieft auf diese Problem eingehen zu wollen, liegt die Antwort in dem europarechtlichen Ursprung des Fernabsatzwiderrufsrechts: Der Fernabsatz ist ein besonders geeignetes Mittel zur Verwirklichung des Binnenmarktes, weil sich die Distanzen zwischen den Parteien – die beim mitgliedstaatenübergreifendem Handel zu Hemmnissen führen können – hier besonders leicht überwinden lassen.⁶⁷ Dem Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen liegt deshalb vereinfacht gesagt folgende Überlegung zugrunde: Der Fernabsatz ist für Unternehmer per se attraktiv, da er hierdurch ohne größeren Aufwand seinen Kundenkreis erweitern kann.⁶⁸ Den Verbraucher

⁶² *Fervers*, NZM 2018, 640, 643.

⁶³ *Lederer*, NJOZ 2011, 1833, 1836.

⁶⁴ *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, S. 257.

⁶⁵ *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, S. 259.

⁶⁶ Ausführlich hierzu *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, S. 259 ff.

⁶⁷ Erwägungsgrund 5 der Verbraucherrechte-Richtlinie.

⁶⁸ *Mankowski*, ZMR 2002, 317.

– für den der Fernabsatz wegen des Informationsdefizits nicht nur Vorteile bringt – muss man aber letztlich in den Fernabsatz „locken“. ⁶⁹ Der Ausgleich des (selbstverschuldeten) Informationsdefizits durch das Widerrufsrecht stellt dabei das Lockmittel dar. ⁷⁰ Die Verwirklichung des Binnenmarkts dient dem Allgemeinwohl. ⁷¹ Im Kern ist das Fernabsatzwiderrufsrecht also durch das Gemeinwohlinteresse am Binnenmarkt gerechtfertigt. ⁷²

Der Mietmarkt ist indessen ohnehin stationär. Einem Mieter ist es nicht egal wo seine Mietwohnung gelegen ist. Der Belegenheitsort der Mietwohnung ist für ihn vielmehr ein wesentlicher Faktor. Einen relevanten Beitrag zur Verwirklichung des Binnenmarktes kann ein Widerrufsrecht bei im Fernabsatz geschlossenen Wohnraummietverträgen deshalb nicht leisten. ⁷³ Damit fehlt dem Widerrufsrecht dort allerdings die rechtsethische Rechtfertigung. ⁷⁴ Auch hier ist somit eine Ungleichbehandlung zwischen privaten Kleinvermietern und dem unternehmerischen Großvermietern mangels genereller Rechtfertigung des Widerrufsrechts unangebracht. ⁷⁵

c) Die Informationspflicht über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Widerrufsrecht

Eine Ungleichbehandlung zwischen privaten Kleinvermieter und unternehmerischen Großvermieter ist demnach nur bezüglich der Informationspflichten nach § 312d BGB iVm Art. 246a Abs. 2 und 3 EGBGB gerechtfertigt. Der Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht liegt die Überlegung zugrunde, dass der Unternehmer als „repeat player“ eine genaue Kenntnis der Rechtslage hat, diese dem Verbraucher aber oftmals fehlt. ⁷⁶ Zur Sicherstellung der Effektivität des Widerrufsrechts kann dem unternehmerischen Vermieter

⁶⁹ Gsell, WuM 2014, 375, 376.

⁷⁰ Brinkmann, Rücktritt und Verbraucherschützer Widerruf, S. 260.

⁷¹ Gsell, WuM 2014, 375.

⁷² Pfeiffer, NJW 2001, 1.

⁷³ Gsell, WuM 2014, 375, 376.

⁷⁴ Dies dürfte auch der Grund sein, warum die Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/83/EU) Wohnraummietverträge ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen hat, vgl. Erwägungsgrund 26 der Verbraucherrechterichtlinie.

⁷⁵ Diese Argumentation trifft zwar grds. auch auf alle Dienstleistungen zu, die beim Verbraucher vor Ort vorgenommen werden müssen, sodass auch diesbezüglich die rechtsethische Rechtfertigung fraglich ist. Indes fallen diese Verträge in Anwendungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie, sodass es jedenfalls dem deutschen Gesetzgeber hier nicht möglich war auf ein Widerrufsrecht zu verzichten. Im Bereich des Wohnraummietrechts hat der deutsche Gesetzgeber hingegen ohne Not nicht durch das europäische Recht vorgegebene Widerrufsrechte eingeführt, ohne dass diese ausreichend gerechtfertigt wären.

⁷⁶ Brinkmann, Rücktritt und Verbraucherschützer Widerruf, S. 241.

deshalb eine Aufklärung des Mieters über die Widerruflichkeit zugemutet werden.⁷⁷ Vom privaten Kleinvermieter ist hingegen nicht zu erwarten, dass er rechtlich besser bewandert ist als der Mieter. Insofern ist es auch nicht gerechtfertigt vom privaten Kleinvermieter zu erwarten, dass er seinen Mieter über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts aufklärt.

2. Verbraucherschutz bei Wohnraummietverträgen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Des Weiteren genießt der Wohnraummieter *de lege lata* gegenüber dem unternehmerischen Vermieter gem. § 310 Abs. 3 BGB einen besonderen Schutz im AGB-Recht. Demnach gelten AGB, sofern sie nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, als vom Unternehmer gestellt (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB), eine vorformulierte Vertragsbedingung des Unternehmers unterliegt grds. auch bereits bei der einmaligen Verwendung der Inhaltskontrolle (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) und bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 3 Nr.3 BGB).

Die Regelung in § 310 Abs. 3 BGB dient der Umsetzung der Klauselrichtlinie.⁷⁸ Bereits vor Inkrafttreten dieser Richtlinie hatte der deutsche Gesetzgeber die durch AGB entstehenden Probleme im Rahmen des AGB-Gesetzes (AGBG) von 1977 geregelt. Aufgrund seiner historischen Entwicklung wich das deutsche AGB-Recht allerdings in einigen Bereichen von den Vorgaben der Klauselrichtlinie ab.⁷⁹ Anders als die Klauselrichtlinie war das AGB-Gesetz nicht auf Verbraucherverträge beschränkt.⁸⁰ Zudem zielte das AGB-Gesetz auf die Regelung von für die Serienverwendung vorgesehener Klauseln.⁸¹ Nach der Klauselrichtlinie kommt es hingegen wesentlich auf die Frage der Vorfomuliertheit an, sodass auch Klauseln aus Einzelverträgen, sofern sie nicht individuell ausgehandelt wurden, der Inhaltskontrolle unterworfen werden.⁸² Schließlich hat das AGBG einen anderen Maßstab der Kontrolle vorgesehen, als die Klauselrichtlinie.⁸³ Während nach der Klauselrichtlinie auch das Kräfteverhältnis der Parteien und die Umstände des Vertragsschlusses bei der Beurteilung der

⁷⁷ A.A. wohl *Fervers*, der die Informationspflichten nur bei Großvermietern wie Wohnungsunternehmen angebracht findet, NZM 2018, 640, 644.

⁷⁸ Um genau zu sein entspricht die Regelung dem früheren § 24a AGBG, welcher wiederum zur Umsetzung der Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG) geschaffen wurde, MüKo/*Basedow*, § 310 Rn. 25.

⁷⁹ BeckOK/*Becker*, § 310 BGB Rn. 10.

⁸⁰ *Gsell*, WuM 2014, 375, 378.

⁸¹ BeckOK/*Becker*, § 310 BGB Rn. 10.

⁸² *Gsell*, WuM 2014, 375, 379.

⁸³ MüKo/*Basedow*, § 310 Rn. 26.

Klausel von Bedeutung sind,⁸⁴ sah das AGBG eine vom Einzelfall unabhängige Beurteilung der Klauseln anhand der rollenspezifischen Interessen typischer Vertragspartner vor.⁸⁵ Anstatt die insofern bestehenden konzeptionellen Abweichungen vollständig aufzugeben, hat der deutsche Gesetzgeber sich bei der Umsetzung der Richtlinie dazu entschlossen, die Anpassung auf das zur Umsetzung der Klauselrichtlinie erforderliche zu beschränken.⁸⁶ Während er also im überschießenden Bereich – also außerhalb des Verbrauchervertrags – an den Grundsätzen des urspr. AGBG festgehalten hat, hat er mit § 310 Abs. 3 BGB eine auf den Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie beschränkte Anpassung an die europarechtlichen Vorgaben vorgenommen. Insbesondere mit Blick auf die Besonderheiten im Mietrecht überzeugt die Differenzierung zwischen Verbraucherverträgen und sonstigen Verträgen indes nicht vollumfänglich.

a) § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB

Dies betrifft zunächst die Beschränkung der Fiktion nach § 310 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wonach der Unternehmer eine Klausel gestellt hat, sofern sie nicht durch den Verbraucher eingeführt wurde. Die Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB lässt sich allgemein damit rechtfertigen, dass der Unternehmer als „repeat player“ ein Interesse an der Rationalisierung⁸⁷ des Rechtsverkehrs hat. Indem er die Vertragsbedingungen vorformuliert, erspart er sich eine individuelle Aushandlung von Verträgen. Bei einer großen Masse an Verträgen ergibt dies Sinn. Bei einer geringen Anzahl von Verträgen wäre es hingegen oftmals nicht ökonomisch sinnvoll sich die „Arbeit“ zu machen, standardisierte Vertragsbedingungen vorzuformulieren. Unternehmer haben im Vergleich zu Verbrauchern also in der Regel ein gesteigertes Interesse an der Verwendung von vorformulierten Vertragsbedingungen, was dafür spricht, dass die AGB in Verbraucherverträgen von Seiten des Unternehmers eingeführt wurden.

Im Mietrecht ist die Verwendung von vorgefertigten Mietverträgen die absolute Regel.⁸⁸ Hierbei wird es oftmals der Vermieter sein, der das Vertragsformular stellt.⁸⁹ Denn dieser hat häufig nicht nur ein Interesse daran, zu seinen Gunsten von den gesetzlichen Vorgaben des (sozialen) Mietrechts abzuweichen. Wegen des im Mietrecht generell bestehenden Machtgefälles zwischen den Parteien ist er Gegensatz zum Mieter zudem auch grds. eher in

⁸⁴ Erwägungsgrund 16 RL 93/13/EWG.

⁸⁵ Gsell, WuM 2014, 375, 379.

⁸⁶ RegE, BT-Drs. 13/2713 S. 6.

⁸⁷ Zur Rationalisierung des Rechtsverkehr als Zweck von AGB vgl. MüKo/*Basedow*, § 310 BGB Rn. 77.

⁸⁸ Beyer, NZM 2011, 697, 699.

⁸⁹ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 4; Börstinghaus, WM 2005, 675, 679.

der Position seine Interessen durchzusetzen.⁹⁰ Insofern scheint die widerlegbare Vermutung, dass der Vermieter einen Formularymietvertrag gestellt hat, im Mietrecht unabhängig davon gerechtfertigt, ob es sich bei dem Vermieter um einen unternehmerischen Großvermieter oder einen privaten Kleinvermieter handelt. Nun mag man einwenden, die praktische Bedeutung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB sei im Rahmen des Mietrechts eher gering. Schließlich sei die Fiktion vornehmlich für die Fälle relevant, in denen die Klausel von einem neutralen Dritten – wie etwa einem Notar – stammt.⁹¹ Derartige Konstellationen dürften im Bereich der Vermietung einer Wohnung durch einen privaten Kleinvermieter indes nur sehr selten vorkommen. Denn auch wenn die Formularyklauseln von einem Dritten stammen, gelten sie schließlich bereits dann als vom Vermieter gestellt, wenn der Vermieter den Dritten eingeschaltet hat und ihm dieser deshalb zuzurechnen ist.⁹² Von Relevanz ist die Fiktion allerdings auch in Bezug auf die Beweislast.⁹³ Während der Mieter außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB darlegen und beweisen muss, dass eine Klausel einseitig vom Vermieter festgelegt und ihm – dem Mieter – ihre Einbeziehung abverlangt wurde, muss er im Anwendungsbereich von § 310 Abs. 3 BGB lediglich die Tatbestandsvoraussetzungen von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB beweisen.⁹⁴ Im letzteren Fall muss dann der Vermieter beweisen, dass die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde⁹⁵. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB kann es für den Mieter, der sich auf die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel beruft, allerdings schwierig sein darzulegen, dass ihm die Einbeziehung vom Vermieter abverlangt wurde, der Vermieter die Vertragsbedingungen also gestellt hat.⁹⁶ Das gilt insbesondere, weil aus dem Inhalt einer AGB nicht auf die Verwendereigenschaft geschlossen werden kann.⁹⁷ Ist nicht auszuschließen, dass der Mieter die Zugrundelegung des Vertragsformulars veranlasst hat, geht dies zu seinen Lasten.⁹⁸ Dies scheint, da es faktisch in aller Regel der Vermieter ist der den Mietvertrag stellt,⁹⁹ auch bei privaten Kleinvermietern unangebracht.¹⁰⁰

⁹⁰ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 19.

⁹¹ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 62.

⁹² BGH WuM 2011, 96.

⁹³ Fervers, NZM 2018, 640, 650.

⁹⁴ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 66.

⁹⁵ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 66.

⁹⁶ So etwa in dem Fall, der dem BGH-Urteil vom 8.05.2018 (NJW-RR 2018, 843) zugrunde lag, bei dem der Vermieter darauf bestanden hat, dass der Mieter einen Mustervertrag von Haus und Grund besorgt und zu den Vertragsverhandlungen mitbringt.

⁹⁷ BGH NJW 1995, 2034.

⁹⁸ BGH NJW 1995, 2034.

⁹⁹ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 19.

¹⁰⁰ Fervers, NZM 2018, 640, 650.

b) § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB

Auch was die Regelung in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB anbelangt scheint auf den ersten Blick die Beweislastverteilung von wesentlicher praktischer Bedeutung. Nach der Vorschrift findet die Inhaltskontrolle grds. auch auf vorformulierte Vertragsbedingungen Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Insofern wird der Mieter im Rahmen eines Verbrauchervertrags davon befreit, die mehrfache Verwendungsabsicht der Vertragsbedingung beweisen zu müssen.¹⁰¹ Dies kann für den Mieter – der schließlich selbst nur einen Vertrag bekommen hat – eine erhebliche Erleichterung sein.¹⁰² Indes geht die Regelung in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB über eine bloße Beweislastverteilung hinsichtlich der Mehrfachverwendungsabsicht hinaus. Denn durch die Bestimmung wird der Kreis der Vertragsklauseln die der Inhaltskontrolle unterworfen werden erweitert. Auch Klauseln die tatsächlich nur zur einmaligen Verwendung vorgesehen sind, können demnach überprüft werden. Anders als § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB fußt die Regelung also nicht auf dem typisierten Rationalisierungsinteresse von Unternehmern, aus dem geschlossen wird, dass diese in der Regel bei Geschäften mit Verbrauchern diejenigen sind, die AGB verwenden. Denn bei vorformulierten Einzelverträgen besteht gerade keine Gleichförmigkeit, aus der ein Rationalisierungsmehrwert gewonnen werden könnte.¹⁰³ Die Rechtfertigung von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB besteht vielmehr in einer zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher bestehenden Informationsasymmetrie.¹⁰⁴ Hat der Unternehmer, dem eine größere rechtliche Beschlagenheit unterstellt wird, eine Vertragsklausel vorformuliert, wird diese oftmals einseitig zu seinen Gunsten sein. Da der Verbraucher – wie § 310 Abs. 3 Nr. 2 voraussetzt – keine Einflussmöglichkeit hinsichtlich der Klausel hatte, ist auch die Richtigkeitsgewähr der Privatautonomie¹⁰⁵ beschränkt.

Da die Rechtskenntnisse des privaten Kleinvermieters grds. ungefähr denjenigen des Mieters entsprechen, lässt die Vorformulierung einer Vertragsklausel hier nicht im gleichen Umfang auf eine einseitige Bevorzugung des Formulierenden schließen. Insofern scheint eine Ungleichbehandlung von privaten Kleinvermietern und unternehmerischen Großvermietern gerechtfertigt.¹⁰⁶ Dies gilt letztlich auch mit Blick auf die Beweislast bezüglich der Mehrfachverwendungsabsicht. Zwar muss der Mieter bei Mietverträgen mit einem privaten Kleinvermieter darlegen und beweisen, dass der zugrunde gelegte Mietvertrag zur mehrfachen

¹⁰¹ Pfeilschifter, WuM 2003, 543, 548.

¹⁰² Fervers, NZM 2018, 640, 650.

¹⁰³ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 68.

¹⁰⁴ EuGH C-8/14 (BBVA/Peñalva López ua) EuZW 2016, 147 Tz. 17.

¹⁰⁵ Zur Richtigkeitsgewähr der Privatautonomie ausführlich Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 155 f.

¹⁰⁶ A.A. Fervers, NZM 2018, 640, 650.

Verwendung vorgesehen war. Indes kommt es bei von Dritten erstellten Verträgen insoweit nicht auf die Verwendungsabsicht des jeweiligen Vermieters an, sondern diejenige des Erstellers.¹⁰⁷ Sofern der Vermieter also auf einen Formularymietvertrag zurückgreift, handelt es sich selbst dann um AGB, wenn der Vermieter diesen nur für dieses einzige Mal benutzt.¹⁰⁸ Denn der Verfasser des Formularymietvertrags hat die mehrfache Verwendung beabsichtigt. Für gewerbliche Vermieter kann es wirtschaftlich vernünftig sein eigene (Formular-)Mietverträge zu entwerfen. Hier mag es dann für den einzelnen Mieter unter Umständen schwierig sein, darzulegen und zu beweisen, dass der konkrete Mietvertrag vom Vermieter auch anderweitig benutzt wurde oder werden sollte. Insofern wäre auch die Beweislastverteilung zugunsten des Mieters angebracht. Private Kleinvermieter werden indes regelmäßig auf von Dritten vorformulierte Musterverträge zurückgreifen.¹⁰⁹ In diesem Fall dürfte es dem Mieter nicht schwerfallen nachzuweisen, dass der zugrundeliegende Mustervertrag für eine Vielzahl von Fällen konzipiert wurde. Eine Beweiserleichterung in Bezug auf eine mehrfache Verwendungsabsicht ist dementsprechend nicht notwendig.

c) § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB

§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB betrifft den Maßstab der AGB-Kontrolle.¹¹⁰ Während AGB grds. ähnlich wie Rechtsnormen – also unabhängig von den individuellen Vorstellungen der Parteien und den Besonderheiten des einzelnen Vertragsschlusses – objektiv beurteilt werden, sollen im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB auch das Kräfteverhältnis der Parteien und Ähnliches berücksichtigt werden.¹¹¹ Ausgangspunkt des Grundsatzes der objektiven Beurteilung von AGB ist der ursprüngliche Zweck von AGB.¹¹² Diese sollen aus Sicht des Verwenders die Gleichförmigkeit seiner Verträge gewährleisten und damit Rationalisierungsvorteile bringen.¹¹³ Aus Sicht des Klauselerstellers ist der einzelne Vertrag nur einer von vielen Anwendungsfällen und die Interessen der anderen Vertragspartei können – um die gewünschten Rationalisierungsvorteile zu verwirklichen – nicht individuell sondern allenfalls als Vertreter der durch sie repräsentierten Gruppe berücksichtigt werden.¹¹⁴ Da bei der Formulierung von AGB auch nur die typischen Interessen der Beteiligten berücksichtigt

¹⁰⁷ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 13 f.

¹⁰⁸ Pfeilschifter, WuM 2003, 543, 547.

¹⁰⁹ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 18.

¹¹⁰ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 76.

¹¹¹ Pfeilschifter, WuM 2003, 543, 548.

¹¹² Graf von Westfalen, NJW 2017, 2237.

¹¹³ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 77.

¹¹⁴ Staudinger/Coester, § 307 BGB Rn. 109.

werden konnten, habe auch die Beurteilung der Klauseln sich darauf zu beschränken, ob sie nach der typischen Interessenlage gerechtfertigt sind. Aus diesem Grund soll der Sinngehalt von AGB deshalb nach objektiven Maßstäben losgelöst von der zufälligen Gestaltung des Einzelfalls beurteilt werden.¹¹⁵

Diese Argumentation ist indes nicht mehr tragfähig.¹¹⁶ Denn für wesentliche Bereiche, indem der Rationalisierungsgedanke überhaupt trägt – nämlich der Bereich des unternehmerischen Klauselstellers – wurde aufgrund der Umsetzung der Klauselrichtlinie gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB eine Berücksichtigung der Einzelfallumstände vorgeschrieben. Allenfalls in Konstellationen, in denen ein Unternehmer gegenüber einem anderen Unternehmer auf AGB zurückgreift, mag man den Rationalisierungsgedanken als Rechtfertigung einer objektiven Beurteilung der Klauseln heranziehen. Sofern der Klauselsteller jedoch nicht unternehmerisch tätig ist, fehlt es bereits an der Vielzahl von Verträgen deren Vereinheitlichung mittels AGB Rationalisierungsvorteile bieten könnte. Der nichtunternehmerische Klauselverwender wird allerdings in aller Regel auch nicht Ersteller der fraglichen Klausel sein. Vielmehr wird er oftmals auf von einem Dritten erstellte Klauseln – insbesondere Formularverträge – zurückgreifen.¹¹⁷ Aus Sicht des klauselerstellenden Dritten ist der einzelne Vertrag allerdings ebenfalls nur einer von vielen Anwendungsfällen, sodass die Interessen der jeweiligen Vertragsparteien hier dementsprechend auch nicht individuell sondern nur als Vertreter der durch sie repräsentierten Gruppen berücksichtigt werden konnten. Dementsprechend könnte man auch hier eine objektive Beurteilung der AGB für angebracht halten.

Zur Rechtfertigung der objektiven Beurteilung einer Klausel im Bereich des privaten Klauselverwenders ist die begrenzte Möglichkeit des Dritterstellers, den Einzelfall zu berücksichtigen, bei näherer Betrachtung allerdings nicht geeignet. Dem privaten Verwender eines Formularmietvertrags geht es bei der Verwendung des Formulars gerade um die Regelung eines oder zumindest einiger weniger Verträge. Insofern wäre es dem privaten Vermieter in einem gewissen Umfang möglich, die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. Denn ist er es, der den jeweiligen Mustervertrag aus einer Vielzahl von möglichen Musterverträgen auswählt, wird er den Vertrag nehmen, der seiner Meinung nach am besten geeignet ist, seine konkreten Interessen zu wahren. Salopp formuliert, der Vermieter könnte an Stelle des Mustermietvertrags von Haus und Grund auch den Mustermietvertrag des Mieterbundes wählen. In der Regel wird er dies aber nicht tun, weil er

¹¹⁵ BGH NJW 1987, 487.

¹¹⁶ MüKo/Basedow, § 310 Rn. 80.

¹¹⁷ Artz/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, S. 11.

davon ausgeht, dass der Mustervertrag des Mieterbundes seine konkreten Interessen weniger gut wahrt als das Vertragsformular von Haus und Grund. Im unternehmerischen Bereich ist dem Klauselverwender die Feinsteuerung beim Ausgleich der konkreten Interessen wegen des Rationalisierungsgedankens nicht möglich. Aus verschiedenen Mustern für die jeweiligen Verträge zu wählen würde insofern das Gleichförmigkeitsinteresse konterkarieren. Diese Probleme stellen sich dem privaten Klauselverwender nicht. Er kann und wird bei der Auswahl der jeweiligen Klausel den individuellen Vertrag vor Augen haben. Warum hier – anders als im Verbrauchergeschäft – nicht auch die Einzelfallumstände zu berücksichtigen sein sollten, ergibt insofern keinen Sinn. Die aus § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB folgende Differenzierung zwischen unternehmerischen Großvermietern und privaten Kleinvermietern scheint dogmatisch nicht gerechtfertigt.

Allerdings ist auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB anerkannt, dass die Einzelfallumstände zu beachten sind, sofern sie im generellen Anwendungsbereich der AGB einen Sonderbereich mit gruppentypischen Interessen bezeichnen.¹¹⁸ Diesem Ansatz folgt auch der BGH. So kommt es etwa nach ständiger Rechtsprechung des 8. Zivilsenats grds. für die Wirksamkeit von sogenannten Schönheitsreparaturklauseln – allgemein und nicht nur im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB – darauf an, ob die fragliche Wohnung renoviert überlassen wurde oder nicht.¹¹⁹ Nach einer teilweise in der älteren Instanzrechtsprechung¹²⁰ und der Literatur¹²¹ vertretenen Auffassung sollte es für die Beurteilung von Schönheitsreparaturklauseln lediglich darauf ankommen, ob diese so formuliert seien, dass sie sowohl auf renovierte als auch auf unrenovierte Wohnungen Anwendung finden können. Sei dies der Fall, sei die Klausel – wegen der gebotenen objektiven Betrachtung – per se unwirksam, da sie geeignet sei den Mieter unverhältnismäßig zu benachteiligen.¹²² Denn – und insoweit stimmt diese Ansicht mit der Rechtsprechung des BGH überein – für den Fall, dass dem Mieter eine unrenovierte Wohnung überlassen wurde, vermag die Schönheitsreparaturklausel dem Mieter bei der verwenderfeindlichsten Auslegung letztlich bereits unmittelbar nach Mietbeginn zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet, obwohl die Abnutzung der Wohnung nicht auf ihn zurückzuführen ist.¹²³

¹¹⁸ Staudinger/*Coester*, § 307 Rn. 113.

¹¹⁹ BGH NJW 2015, 1594.

¹²⁰ AG Dortmund, NJW-RR 2014, 1482.

¹²¹ *Schach*, ZMR 2014, 944.

¹²² AG Dortmund, NJW-RR 2014, 1482.

¹²³ BGH NJW 2015, 1594.

Der Auffassung, dass es für die Frage nach der Unangemessenheit einer Schönheitsreparaturklausel unerheblich sei, ob die Wohnung renoviert überlassen wurde oder nicht, ist der BGH indes nicht gefolgt.¹²⁴ Stattdessen wurde im maßgeblichen Urteil festgestellt, dass die Inhaltskontrolle zwar auf Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise zu erfolgen habe, der konkrete Vertragsgegenstand jedoch nicht außer Acht bleiben dürfe.¹²⁵ Unter Berücksichtigung der Rechtfertigung des Grundsatzes der objektiven Klauselkontrolle erscheint dies allerdings inkonsequent. Denn soweit man die generalisierende Beurteilung von AGB mit der Unmöglichkeit der Berücksichtigung von Individualinteressen begründet, wäre letztlich die vom BGH abgelehnte Ansicht überzeugend, nach der es einzig darauf ankäme, ob die fragliche Klausel sowohl für unrenovierte als auch für renovierte Wohnungen formuliert wurde. Die im Rahmen der Rationalisierung beabsichtigte Gleichförmigkeit der Vertragsverhältnisse würde leerlaufen, wenn nun doch wieder anhand der Einzelfallumstände – hier der Frage, ob die einzelne Wohnung renoviert oder unrenoviert übergeben wurde – für die Wirksamkeit der Klausel zu berücksichtigen ist.

Auch in Bezug auf den Bereich der nichtunternehmerischen Verwender eines Formularvertrags wäre – sofern man auf die Intention des Erstellers für die Auslegung zurückgreift – letztlich nicht danach zu differenzieren, ob die jeweilige Wohnung renoviert oder unrenoviert ist. Denn der klauselerstellende Dritte hat die Klausel schließlich so formuliert, dass sie für beide Fälle anwendbar ist. Hier kann eine Differenzierung somit nur überzeugen, wenn man nicht auf den Klauselersteller, sondern auf den Klauselverwender abstellt und davon ausgeht, dass dieser bei der Verwendung der Klausel eben den konkreten Vertrag vor Augen gehabt hat.

Zudem geht der BGH davon aus, dass eine Schönheitsreparaturklausel auch bei einer unrenovierten Wohnung wirksam sein kann, „sofern die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung vorvertraglicher Abnutzungsspuren durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert wird, durch den der Mieter so gestellt wird, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden“.¹²⁶ Hierbei handelt es sich um eine Fortentwicklung der sogenannten Entgeltthese, nach der die Übernahme der Schönheitsreparaturlast durch den Mieter an die Stelle einer sonst höheren Miete tritt – der Mieter also anders formuliert einen Teil seiner Primärleistungspflicht hier nicht in Geld, sondern in Form von Sachleistungen

¹²⁴ BGH NJW 2015, 1594.

¹²⁵ BGH NJW 2015, 1594.

¹²⁶ BGH NJW 2015, 1594.

erbringt.¹²⁷ Soweit es vom Vormieter verursachte Abnutzungen betrifft, kann der Vermieter diese jedoch mangels synallagmatischer Verknüpfung nicht in Form einer dauerhaft gesenkten Miete gegenüber dem neuen Mieter abgelten.¹²⁸ Deshalb, so die Überlegung, muss der Vermieter den Mieter im Fall einer unrenovierten Wohnung durch einen anderweitigen Ausgleich so stellen, wie er stünde, wenn er eine renovierte Wohnung übernommen hätte. Eine Klausel, mit der der Vermieter die Schönheitsreparaturlast auf den Mieter überwälzt soll hier also deshalb wirksam sein, weil der Vermieter dem Mieter für die Beseitigung von durch den Mieter selbst verursachte Abnutzung dauerhaft nur eine ermäßigte Miete verlangt und für die Beseitigung der vom Vormieter verursachten Abnutzung weitere monetäre Vorteile bietet. Beispielhaft nennt der BGH insofern die Möglichkeit, dass der zusätzliche Aufwand des Mieters dadurch kompensiert wird, dass er für eine bestimmte Zeit keine oder nur eine geminderte Miete zahlt.¹²⁹ Zwar ist die Überlegung des BGH, dass auch ein angemessener Ausgleich für den Renovierungsaufwand des Mieters bei unrenovierten Wohnungen zur Wirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel führen kann, folgerichtig. Denn wirtschaftlich gesehen ist der Mieter hier im Wesentlichen so gestellt, als wenn er eine renovierte Wohnung übernommen hätte. Indes lässt sich kaum sagen, dass die Frage der Kompensation den „konkreten Vertragsgegenstand“ betreffe, der nach den Ausführungen des BGH trotz des Grundsatzes der generalisierenden Betrachtungsweise nicht außer Acht gelassen werden dürfe. Denn daran, dass der Vertragsgegenstand eine unrenovierte Wohnung ist, ändert auch der Ausgleich insofern nichts. Demnach ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Bewertung von Klauseln außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB neben dem „konkrete Vertragsgegenstand“ auch eine etwaige monetäre Kompensationen zu berücksichtigen. Zweifelsohne handelt es sich bei monetären Kompensationen um Umstände des Einzelfalls. Dies gilt insbesondere, weil die Kompensation nach dem BGH auch „angemessen“¹³⁰ zu sein hat: Es muss schließlich ein bestimmtes Verhältnis zu dem konkreten Renovierungsaufwand des Vermieters berücksichtigt werden.¹³¹ Wenn aber die Berücksichtigung des „konkreten Vertragsgegenstands“ sowie einer „angemessenen monetären Kompensation“ bei der Klauselkontrolle generell zulässig sind, stellt sich die Frage warum die sonstigen Umstände des Einzelfalls grds. nicht zu berücksichtigen sein sollten.

¹²⁷ Pfeilschifter, WuM 2003, 543, 544.

¹²⁸ Artz, WuM 2017, 120.

¹²⁹ BGH NJW 2015, 1594.

¹³⁰ Artz, WuM 2017, 120, 122.

¹³¹ BGH NJW 2015, 1594.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass das Ergebnis des BGH, wonach bei der Klauselkontrolle insoweit auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 310 Abs. 3 BGB die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, zwar überzeugt. Eine generelle Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ist nach der derzeitigen Dogmatik des AGB-Rechts indes nicht zulässig. Die hierdurch bedingte Ungleichbehandlung von unternehmerischen Großvermietern und privaten Kleinvermietern ist aber nicht gerechtfertigt.

Das ist misslich, wie etwa das Beispiel der Angespanntheit des Mietmarktes zeigt. Dies scheint nämlich unabhängig davon, ob der Vermieter unternehmerisch tätig ist oder nicht, für die Beurteilung einer Klausel im Mietvertrag von Bedeutung zu sein. Denn in einem angespannten Mietmarkt liegt es nahe, dass eine vermietetfreundliche Klausel hier letztlich nur deshalb Eingang in den Vertrag finden konnte, weil der Vermieter die besondere Drucksituation, in der sich der Mieter wegen großen Nachfrage und dem geringen Angebot befand, ausgenutzt hat.¹³² Da dies auf Mietverträge mit privaten Kleinvermietern ebenso wie auf Mietverträge mit unternehmerischen Großvermietern zutrifft, scheint es gerechtfertigt, die Angespanntheit des Mietmarktes bei der Beurteilung einer Klausel auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen. Da die Angespanntheit des Mietmarktes indes eine Frage der Einzelfallumstände darstellt, scheint dies nach der derzeitigen Rechtslage dogmatisch unzulässig. Mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH zu den Schönheitsreparaturklauseln wäre es andererseits nicht fernliegend, dass es sich auch bei der Frage nach der Angespanntheit des Mietmarktes um Einzelfallumstände handelt, die einen Sonderbereich mit gruppentypischen Interessen bezeichnen. Darauf gestützt könnte man auch hier zu dem Ergebnis kommen, dass die Angespanntheit des Mietmarktes bei der Beurteilung von AGB auch außerhalb von § 310 Abs. 3 BGB zulässiger Weise berücksichtigt werden darf.

3. Das Wirtschaftlichkeitsgebot

Ein weiterer Bereich bei dem bereits unter dem geltenden Mietrecht mitunter zwischen Groß- und Kleinvermietern differenziert wird, liegt in der Anwendung des sogenannten Wirtschaftlichkeitsgebots. Nach § 556 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. BGB hat der Vermieter bei der jährlichen Betriebskostenabrechnung den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten. Entsprechendes gilt nach § 560 Abs. 5 BGB auch bei der Veränderung von Betriebskosten. Das an diesen Stellen ausdrücklich normierte Wirtschaftlichkeitsgebot soll aber nicht auf

¹³² In diesem Sinne auch *Fervers*, NZM 2018, 640, 651; vgl. auch *Gsell*, NZM 2017, 306.

diese Bereiche beschränkt sein, sondern das gesamte Betriebskostenrecht durchdringen.¹³³ Insofern soll der Vermieter verpflichtet sein, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um günstige Konditionen für die Bewirtschaftung des Mietobjekts zu erreichen.¹³⁴ Dabei ist der Maßstab eines wirtschaftlich vernünftigen Wohnungs Vermieters anzulegen.¹³⁵ Entsprechendes gilt auch mit Blick auf die Wohnungsmodernisierung.¹³⁶ Der Vermieter habe bei seinen Investitionen stets zu berücksichtigen, dass die andere Vertragspartei am Ende die entsprechenden Kosten zahlen wird.¹³⁷ Deshalb habe die Modernisierung – will der Vermieter die entsprechenden Kosten vollständig auf den Mieter umlegen – mit wirtschaftlichem Sachverstand zu erfolgen.¹³⁸

Wenig überraschend gilt das Wirtschaftlichkeitsgebot als in der Praxis oft schwer zu handhaben.¹³⁹ Verstößt der Vermieter im Rahmen der Betriebskosten gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, steht dem Mieter gegen ihn ein Schadensersatzanspruch auf Freihaltung von den unwirtschaftlich hohen Kosten zu.¹⁴⁰ Entsprechendes wird auch für den Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot im Rahmen der Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB vertreten¹⁴¹ – nach überzeugender Ansicht dürfte es hier allerdings schlicht zu einer Kürzung des Anspruchs auf Mieterhöhung kommen.¹⁴²

Welche Anforderungen man an den Vermieter in Bezug auf Anstrengungen zur Erreichung von günstigen Konditionen für die Bewirtschaftung stellt, ist wesentlich für die Frage, ob das Wirtschaftlichkeitsgebot für den Vermieter eine ernsthafte Belastung darstellt, oder nicht. Hierbei kann, sollte und wird bereits danach unterschieden werden, ob der Vermieter als privater Kleinvermieter oder institutioneller Großvermieter tätig ist.¹⁴³ Der unbestimmte Rechtsbegriff „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ lässt es zu, bei Kleinvermietern mitunter einen anderen Maßstab als bei Großvermietern anzulegen.¹⁴⁴ Einerseits hat der Großvermieter oftmals eine andere Marktmacht, die er zu Gunsten seiner Mieter beim Abschluss von Verträgen mit Bezug auf umlagefähige Kosten auch nutzen kann und muss: So hat etwa das

¹³³ Wall, Betriebskostenkommentar, Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rn. 1080.

¹³⁴ Wall, Betriebskostenkommentar, Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rn. 1084.

¹³⁵ OLG Karlsruhe WuM 1985, 17.

¹³⁶ BGH NJW 2009, 839.

¹³⁷ MüKo/Artz, § 559 BGB Rn. 17.

¹³⁸ MüKo/Artz, § 559 BGB Rn. 17.

¹³⁹ Wall, Betriebskostenkommentar, Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rn. 1083.

¹⁴⁰ Wall, Betriebskostenkommentar, Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rn. 1087.

¹⁴¹ Staudinger/Emmerich, § 559 BGB Rn. 25.

¹⁴² MüKo/Artz, § 559 BGB Rn. 17.

¹⁴³ Streyll, NZM 2006, 125, 126; a.A. Ricke, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn.1076b.

¹⁴⁴ A.A. wohl Schmidt-Futterer/Börstinghaus, der davon ausgeht, dass der Vermieter sich „wie ein ordentlicher Kaufmann“ zu verhalten habe, § 559 BGB Rn. 59. An den privaten Kleinvermieter indes die Anforderungen des ordentlichen Kaufmanns zu stellen, scheint jedoch unangemessen.

LG Berlin entschieden, dass der Vermieter, dem es möglich ist Mengenrabatte auszuhandeln, diese auch in Anspruch nehmen muss.¹⁴⁵ Den privaten Kleinvermieter wird es indes kaum möglich sein Mengenrabatte auszuhandeln bzw. Marktmacht auszuüben. Aber selbst, wenn bestimmte Kostenreduzierungsmaßnahmen auch für den privaten Kleinvermieter in Betracht kommen, sind diese aus wirtschaftlicher Sicht nicht zwangsläufig im gleichen Maße wie bei einem Großvermieter „vernünftig“.¹⁴⁶ So dürften die Fälle, in denen eine Ausschreibung eines bestimmten Auftrags wirtschaftlich angeraten ist, bei einem institutionellen Großvermieter durchaus in Betracht kommen.¹⁴⁷ Dass die durch die Ausschreibung zu erwartende Ersparnis zu dem Arbeitsaufwand einer solchen in einem angemessenen Verhältnis steht, wird bei Kleinvermietern hingegen kaum zu erwarten sein.¹⁴⁸ Andererseits mag das sogenannte Betriebskostenmanagement – also Konstellationen, in denen ein Drittunternehmen die Bewirtschaftung des Objekts übernimmt – gerade bei privaten Kleinvermietern sehr viel häufiger als wirtschaftlich vernünftig einzustufen sein als bei institutionellen Großvermietern. Der Vorteil des Betriebskostenmanagements liegt insbesondere in der Möglichkeit zur Erzielung von Mengeneffekten, der konsequenten Nutzung von Marktchancen und der Vornahme professioneller Preisvergleiche durch das Drittunternehmen.¹⁴⁹ Hierdurch lassen sich bei privaten Kleinvermietern durchaus Verringerungen von Betriebskosten erreichen, die die durch das Betriebskostenmanagement verursachten Kosten übersteigen.¹⁵⁰ Bei institutionellen Großvermietern darf man die Erzielung von Mengeneffekten, die Nutzung von Marktchancen und die Vornahme professioneller Preisvergleiche ohnehin erwarten.¹⁵¹ Zwar ist die Umlagefähigkeit der Kosten für das Betriebskostenmanagement nur unter dem Blickpunkt der Kostenersparnis umstritten,¹⁵² bei privaten Kleinvermieter kann es jedenfalls für den Mieter selbst dann noch zu einer Kostenreduzierung kommen, wenn ihm die durch die Einschaltung des Drittunternehmens verursachten Kosten auferlegt werden. Dem privaten Kleinvermieter die Umlage der Kosten für ein Betriebskostenmanagement zu gestatten, mag also im Interesse beider Vertragsparteien sein.¹⁵³ Bei institutionellen Großvermietern dürfte eine Umlage dieser Kosten hingegen nicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechen.¹⁵⁴

¹⁴⁵ LG Berlin, GE 1988, 436.

¹⁴⁶ *Streyll*, NZM 2006, 125, 126.

¹⁴⁷ *Streyll*, NZM 2006, 125, 126.

¹⁴⁸ In diesem Sinne auch *Streyll*, NZM 2006, 125, 126.

¹⁴⁹ *Wall*, Betriebskostenkommentar, Vor §§ 556, 556a, 560 BGB Rn. 1042.

¹⁵⁰ *Ricke*, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 1075.

¹⁵¹ In diesem Sinne wohl auch *Wall*, WuM 2005, 393.

¹⁵² Grds. gegen eine Umlagefähigkeit *Zehlein*, NZM 2014, 649; *Ricke*, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 1075; dafür wohl AG Mainz, WuM 2003, 450.

¹⁵³ WuM 2005, 393

¹⁵⁴ In diesem Sinne wohl auch AG Berlin Mitte, WuM 2005, 393.

IV. Ungleichbehandlung von Groß- und Kleinvermietern de lege ferenda

Während also die derzeit bestehenden Unterschiede in der Behandlung von Groß- und Kleinvermietern nur teilweise gerechtfertigt erscheinen, gibt es durchaus Bereiche in denen eine Differenzierung angebracht wäre. Wie zuvor bereits erwähnt, gibt es im deutschen Mietrecht – anders als im Kaufrecht – keine entsprechende Unterscheidung zwischen „einfachem“ Wohnraummietrecht und „Verbrauchermietrecht“, obwohl eine solche durchaus wünschenswert wäre. Dem Konzept eines „Verbrauchermietrechts“ dürften zunächst einige intuitiv widersprechen – der ein oder andere wird nun bezweifeln, ob ein noch weitergehender Schutz des Mieters generell erforderlich ist und selbst diejenigen, die dies grundsätzlich bejahen, werden sich – insbesondere mit Blick auf die zuvor erfolgten Ausführungen zu den besonderen Vertriebsformen – fragen ob, eine solche Differenzierung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzzwecke des Verbraucherprivatrechts und des Wohnraummietrechts der richtige Ansatz ist.

Aber eine Differenzierung zwischen „Verbrauchermietverträgen“ und sonstigen „Wohnraummietverträgen“ muss nicht zwingend nur einen über die derzeitige Rechtslage hinausgehenden Schutz des Mieters zur Folge haben, sondern kann ebenso zu einer Entlastung des privaten Kleinvermieters führen. Mir geht es vornehmlich um Letzteres. Mit einem Marktanteil von über 60% sind Privateigentümer – also natürliche Personen – die wichtigste Anbietergruppe in Deutschland.¹⁵⁵ In der Mehrzahl haben diese indes nur wenige Mietwohnungen – 57% der Privateigentümer vermieten lediglich eine Wohnung.¹⁵⁶ Die quantitative Bedeutsamkeit der privaten Kleinvermieter rechtfertigt es diesen Vermietern besondere Aufmerksamkeit zu schenken.¹⁵⁷

Wie erwähnt, das Verbraucherprivatrecht stützt sich auf die Annahme, dass der Unternehmer eine dem Verbraucher überlegene Verhandlungsposition hat.¹⁵⁸ In der Regel besteht zwischen den Vertragsparteien ein Informationsgefälle. Dabei folgt das Informationsgefälle grds. aus

¹⁵⁵ Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) (Hrsg.): Privateigentümer von Mietwohnungen in Mehrfamilienhäusern. BBSR-Online-Publikation 02/2015, S. 16. Abrufbar unter: https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BBSROnline/2015/DL_ON022015.pdf?_blob=publicationFile&v=5

¹⁵⁶ Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) (Hrsg.): Privateigentümer von Mietwohnungen in Mehrfamilienhäusern. BBSR-Online-Publikation 02/2015, S. 80.

¹⁵⁷ Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) (Hrsg.): Privateigentümer von Mietwohnungen in Mehrfamilienhäusern. BBSR-Online-Publikation 02/2015, S. 178.

¹⁵⁸ S.o. I.

der Häufigkeit mit der die Vertragsparteien die konkrete Art von Geschäften führen.¹⁵⁹ Der Unternehmer ist „repeat player“. Schließt jemand ein Geschäft im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit wird unterstellt, dass er diese Art von Geschäften häufig vornimmt. Eine intensive Beschäftigung mit der jeweiligen Art von Geschäften ist also aufgrund von „Skaleneffekten“ aus ökonomischer Sicht vernünftig und wird deshalb vom Unternehmer erwartet. Der Verbraucher tätigt entsprechende Geschäfte hingegen nicht in der gleichen Häufigkeit. Zudem wird das Geschäft nur eines von vielen sein, welche der Verbraucher zur Deckung seines privaten Konsums tätigen muss. Eine dem Unternehmer entsprechende intensive Beschäftigung mit der jeweiligen Art des Geschäfts wäre deshalb aus ökonomischer Sicht häufig nicht vernünftig und wird deshalb nicht vom Verbraucher erwartet.

Was für den Verbraucher gilt, lässt sich auch auf den nichtunternehmerischen Kleinvermieter übertragen. Auch für diesen stellen die im Rahmen der Vermietung anfallende Geschäfte jeweils nur „seltene“ Rechtsgeschäfte dar, welche zudem nur ein Teil von sehr vielen Rechtsgeschäften sind, die der Kleinvermieter zur privaten Lebensgestaltung tätigt. Anders als beim unternehmerischen Großvermieter ist eine umfassende Beschäftigung mit mietrechtlichen Fragen für den Kleinvermieter deshalb ökonomisch in der Regel nicht sinnvoll. Auch mit Blick auf Groß- und Kleinvermieter besteht insofern grds. ein Gefälle bezüglich der mietrechtlichen Beschlagenheit. Da diese allerdings nicht miteinander kontrahieren ist dies rechtlich nur mittelbar von Bedeutung – nämlich bei der Frage, inwieweit nicht eine unterschiedliche Behandlung dieser Vermietergruppen im Mietrecht geboten ist.

Das deutsche Mietrecht ist teilweise sehr komplex. Es stellt – zum Schutz des Mieters – mitunter hohe Anforderungen an den Vermieter. Diese zu erfüllen mag für den unternehmerischen Großvermieter aufgrund von Skaleneffekten wirtschaftlich vernünftig sein. Für den privaten Kleinvermieter kann es aber mitunter aus wirtschaftlicher Perspektive weniger attraktiv sein, sich mit bestimmten mietrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen.¹⁶⁰ Der fehlende Anreiz zur intensiven Auseinandersetzung mit mietrechtlichen Fragen in Kombination mit den hohen rechtlichen Anforderungen kann indes auch für den jeweiligen

¹⁵⁹ S.o., I.

¹⁶⁰ Insofern hat bereits der EuGH zutreffend festgestellt, dass es sich bei dem Mietrecht oftmals um komplexe nationale Regelungen handelt, die den Privaten oft kaum bekannt seien, EuGH NZM 2013, 453.

Mieter und sogar für die Gesellschaft als Ganzes negative Folgen haben. Eine Entlastung des privaten Kleinvermieters scheint insofern angemessen.¹⁶¹

Hier kämen etwa Entlastungen des privaten Kleinvermieters mit Blick auf die Mietanpassung nach §§ 557 ff. BGB, sowie im Bereich der Betriebskostenabrechnung nach §§ 556 ff. BGB in Betracht. Aber auch mit Blick auf die verschuldensunabhängige Haftung nach § 536a Abs. 1, 1. Fall BGB oder das Kündigungsrecht kann über Entlastungspotentiale nachgedacht werden.

V. Fazit

Ausgangspunkt des Mieterschutzes ist, dass der Mieter in der Regel ein stärkeres Bedürfnis an der Anmietung der Wohnung hat, als ein Vermieter an ihrer Vermietung. Die hierdurch hervorgerufene Störung der Vertragsparität wird insbesondere durch Beschränkungen der Vertragsfreiheit des Vermieters im Rahmen des Wohnraummietrechts ausgeglichen.

Das Verbraucherprivatrecht dient dem Ausgleich einer gestörten Vertragsparität, die durch eine unterschiedliche geschäftliche Beschlagenheit der Vertragsparteien verursacht wird. Der Ausgleich dieser Störung in der Vertragsparität erfolgt durch eine Differenzierung zwischen besonderem Verbraucherrecht und allgemeinem Recht.

Die derzeitige Rechtslage nimmt im Bereich des Mietrechts auf die unterschiedlichen Ursachen für die die Störung der Vertragsparität nur unzureichend Rücksicht. Soweit derzeit zwischen privaten Kleinvermietern und unternehmerischen Großvermietern differenziert wird, ist erweist sich die Differenzierung oftmals als ungerechtfertigt. Insbesondere das Widerrufsrecht im Bereich der besonderen Vertriebsformen scheint im Mietrecht unangebracht. Aber auch im Bereich der AGB ist die Differenzierung nach § 310 Abs. 3 BGB nur teilweise vernünftig. Andererseits wird im Bereich der mietrechtlichen Regelungen selbst grds. nicht zwischen privaten Kleinvermietern und unternehmerischen Großvermietern differenziert. Bestimmte Regelungen lassen sich allerdings mit der generell stärkeren Verhandlungsposition des Vermieters im Wohnraummietrecht nicht ausreichend rechtfertigen. Sie scheinen vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn man dem Vermieter zudem auch eine bessere (miet-)rechtliche Beschlagenheit bzw. eine informationelle Überlegenheit unterstellt. Der private Kleinvermieter ist dem Mieter indes grds. weder informationell überlegen, noch (miet-)rechtlich besser Beschlagen. Dies sollte im Mietrecht berücksichtigt

¹⁶¹ Ausführlich hierzu demnächst, *Brinkmann*, JZ 2018.

werden, indem hier legislativ zwischen einem „normalen“ Mietrecht für Mietverträge mit privaten Kleinvermietern und einem „Verbrauchermietrecht“ für Mietverträge mit unternehmerischen Großvermietern unterschieden wird. Hierzu sollte das derzeitige Wohnungsmietrecht in das „Verbrauchermietrecht“ überführt werden und für den Bereich des „normalen“ Mietrechts rechtliche Erleichterungen für private Kleinvermieter vorgesehen werden. Dies mag nicht nur für den Vermieter, sondern mitunter auch für den jeweiligen Mieter und sogar gesamtgesellschaftlich von Vorteil sein.