

Miete

Blank / Börstinghaus

6., aktualisierte Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74869-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

von der räumlichen Nähe gleichartiger oder ähnlicher Geschäfte abhängt (Einzelhandelsgeschäfte, Gaststätten, Friseure etc.). Kein Konkurrenzschutz besteht, wenn die räumliche Nähe der Konkurrenzbetriebe keinen Einfluss auf die jeweilige Geschäftstätigkeit des Mieters hat (OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 848 betr. Vermietung einer Lagerhalle an eine Speditionsfirma zur Einlagerung von Wohn- und Büromöbeln). Aber auch die schutzbedürftigen Mieter haben keinen Anspruch darauf, dass jeder fühlbare oder unliebsame Wettbewerb von ihnen ferngehalten wird. Ein unzulässiger Wettbewerb liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Konkurrenzbetrieb als Hauptartikel die gleiche Ware wie der Mieter vertreibt, dagegen nicht, wenn das Angebot der Geschäfte sich nur in Nebenartikeln überschneidet. Als Hauptartikel sind dabei diejenigen Waren anzusehen, die den Stil des Geschäfts bestimmen und ihm das eigentliche Gepräge geben. Außerdem müssen die konkreten Betriebe nach der Verkehrsanschauung im Wesentlichen gleichartig sein. Hat der Vermieter beispielsweise Ladenräume zum Betrieb einer Bäckerei vermietet, so ist er aus Konkurrenzschutzgründen nicht gehindert, ein weiteres Mietverhältnis mit dem Betreiber eines Lebensmittelgeschäfts zu begründen; dies gilt auch dann, wenn in diesem Geschäft auch Brot angeboten wird (BGH LM § 536 BGB Nr. 3). Ebenso hat der Betreiber eines Milchgeschäfts keinen Anspruch auf Konkurrenzschutz gegenüber einem Feinkostgeschäft, auch wenn in beiden Betrieben Weine und Spirituosen vertrieben werden (BGH LM § 536 BGB Nr. 5). Im Bereich der Gastronomie genügt es für die Annahme einer Konkurrenzsituation, wenn durch die jeweiligen Lokale dieselbe Verbrauchergruppe angesprochen wird (OLG Brandenburg MDR 2015, 18). Ein Restaurant, das im Wesentlichen Mittags- und Abendmahlzeiten sowie Getränke umsetzt einerseits und ein Konditorei-Café andererseits sind nach der Verkehrsanschauung nicht gleichartig, so dass insoweit auch dann kein Konkurrenzschutz besteht, wenn beide Betriebe alkoholische Getränke führen (BGH LM § 536 BGB Nr. 2). Der Betreiber einer „Strumpfboutique“ genießt keinen Konkurrenzschutz gegenüber einem Laden, der in einem breiten Sortiment „günstige Gelegenheiten“ – darunter auch Strümpfe aus Überschuss und Fehlproduktionen – anbietet (OLG Köln WuM 1998, 342). Für das Verhältnis von Fachgeschäften zu Warenhäusern oder Supermärkten gilt, dass ein wechselseitiger Konkurrenzschutz nur dann besteht, wenn das Warensegment des Supermarkts als Hauptartikel angesehen werden kann. Dies ist der Fall, wenn es entsprechend seiner Präsentation dem eines Fachgeschäfts entspricht (OLG Hamm NZM 1998, 511; OLG Köln NZM 1998, 512). Nach diesen Grundsätzen hat der Betreiber eines Baumarkts, der unter anderem auch mit Bodenbelägen handelt, keinen Anspruch auf Schutz vor Konkurrenz gegenüber einem Mieter, der Orientteppiche verkauft (OLG Nürnberg NZM 2007, 567).

In **räumlicher Hinsicht** bezieht sich der Konkurrenzschutz grundsätzlich nur auf diejenigen Räume, die in demselben Gebäude wie die Mietsache gelegen sind, z. B. auch in einem Einkaufszentrum (BGH Urteil v. 26.2.2020 – XII ZR 51/19). Auf benachbarte Gebäude, die im Eigentum desselben Vermieters stehen, erstreckt sich der Anspruch auf Konkurrenzschutz nur dann, wenn der Mieter dies aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls erwarten konnte (abweichend: KG MDR 1999, 1375). Für weiter entfernt liegende Gebäude besteht kein Konkurrenzschutz (BGH LM § 536 BGB Nr. 11/12).

Bei der Vermietung von Ladenräumen in einem sog. „**Einkaufszentrum**“ besteht im Allgemeinen ebenfalls kein Konkurrenzschutz (BGH NJW 1979, 1404). Hier gilt die Besonderheit, dass die Attraktivität der Einkaufsstätte jedenfalls in den umsatzstarken Marktbereichen mit der Repräsentanz konkurrierender Anbieter

steigt. Der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache wird hier nur dann beeinträchtigt, wenn das wirtschaftliche Überleben eines Anbieters durch die Konkurrenzsituation gefährdet wird. Nur in diesem Fall kann der Mieter Konkurrenzschutz verlangen (OLG Dresden MDR 1998, 211).

- 313 Im Grundsatz haben auch die Angehörigen der **freien Berufe** wie Ärzte, Anwälte und Steuerberater Anspruch auf Konkurrenzschutz, soweit sie zumindest auch auf sog. „Laufkundschaft“ angewiesen sind und sich deshalb in einer ähnlichen Situation wie die Gewerbetreibenden befinden (BGHZ 70, 79). Dabei spricht eine Vermutung dafür, dass die Konkurrenzsituation eine umso größere Bedeutung hat, je breiter das Tätigkeitsfeld des Freiberuflers ist. So wird beispielsweise ein praktischer Arzt oder Internist verlangen können, dass der Vermieter in demselben Haus keine weiteren Räume an praktische Ärzte oder an Internisten vermietet. Für den hochspezialisierten Arzt, der ausschließlich oder fast ausschließlich Überweisungspatienten behandelt, ist demgegenüber der Gesichtspunkt der lagebedingten Konkurrenz von nachrangiger Bedeutung; deshalb wird er keine Konkurrenzschutzansprüche geltend machen können. Nach einer Entscheidung des OLG Hamm (ZMR 1991, 295) verbietet der zugunsten eines Arztes mit allgemeinchirurgischer Praxis vereinbarte Konkurrenzschutz vor Ärzten der Fachrichtung „Chirurgie/Orthopädie“ auch die Vermietung an einen Arzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie. Dagegen hat ein Radiologe keinen Anspruch auf Konkurrenzschutz gegen einem Internisten mit fachbezogener Röntgenberechtigung (OLG Düsseldorf GuT 2006, 306 = NZM 2007, 357). S. auch § 536 Rdn. 74.

- 314 In einer **Wohnungseigentumsanlage** sind die Wohnungs-/Teileigentümer nur dann zu wechselseitigem Konkurrenzschutz verpflichtet, wenn dies vereinbart ist; aus § 14 Nr. 1 WEG kann kein Konkurrenzschutz abgeleitet werden (OLG Brandenburg NZM 2010, 43). Mangels einer solchen Verpflichtung hat der Mieter eines Teileigentums keinen Anspruch auf Konkurrenzschutz, wenn durch das Verhalten eines anderen Sondereigentümers eine Konkurrenzsituation entsteht.

- 315 **h) Vertraglicher Konkurrenzschutz.** Die Parteien können Art und Dauer des Konkurrenzschutzes vertraglich regeln. Aus einer solchen Vereinbarung sollte sich die örtliche (bezogen auf das Haus/auf mehrere Gebäude/auf alle vermietereigenen Grundstücke im Stadtgebiet), sachliche (Konkurrenzschutz nur für Hauptartikel oder auch für Nebenartikel) und zeitliche (für die gesamte Mietzeit oder nur für eine geringere Zeit) Komponente ergeben. Bei unklaren Vereinbarungen ist die Reichweite des Konkurrenzschutzes durch Auslegung zu ermitteln. Es gilt der Grundsatz, dass Konkurrenzschutzvereinbarungen eng auszulegen sind. Der Vermieter ist nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist (BGH NJW 2013, 44; OLG Hamm NZM 2016, 202). **Beispiele:** Die Klausel: „Kein weiteres Optik- und Hörgerätegeschäft in Objekten der Vermieterin“ gewährt keinen Schutz gegenüber der Tätigkeit eines HNO – Arztes im Rahmen des Vertriebs von Hörgeräten im sog. „verkürzten Versorgungsweg“ (BGH NJW 2012, 844). Eine Vereinbarung wonach dem Betreiber eines „Bäckereicafés“ Konkurrenzschutz zusteht umfasst nicht generell einen Schutz gegenüber allen gastronomischen Vereinbarungen (BGH NJW 2008, 3210 unter Ziff. II 2a). Die Klausel: „Der Vermieter verpflichtet sich, während der Mietdauer Verkaufsflächen nicht an ein Unternehmen zu vermieten, das den Vertrieb von Waren zum Gegenstand hat, die vom Mieter geführt werden“ be-

inhalte dagegen einen umfassenden Konkurrenzschutz (BGH NJW-RR 1986, 9; OLG Celle WuM 1992, 538). Wird mit dem Betreiber eines medizinisch-therapeutisch orientierten Fitnessstudios Konkurrenzschutz vereinbart, so umfasst diese Vereinbarung auch den Schutz gegen solche Konkurrenten die keine therapeutischen Leistungen anbieten (OLG Frankfurt MDR 2012, 515). Ist in einem Mietvertrag über Räume zum Betrieb eines „Fitnessstudios“ vereinbart, dass der Vermieter „keine weiteren Räumlichkeiten im Objekt zur Einrichtung und zum Betrieb eines Fitnesscenters ... vermieten“ darf, so ist der auch vor der Konkurrenz eines „Kickbox-Studios“ und eines „Reha- und Gesundheitssport-Studios“ geschützt (OLG Hamm NZM 2016, 202). Ist in einem Mietvertrag über Räume zum Betrieb einer Arztpraxis vereinbart, dass dem Mieter Schutz vor Konkurrenz durch Ärzte „gleicher Fachrichtung“ gewährt wird, so hat sich die Auslegung des Begriffs der „gleichen Fachrichtung“ an der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses jeweils geltenden Weiterbildungsordnung zu orientieren. Chirurgen und Orthopäden gehören nicht zur gleichen Fachrichtung. Dies gilt sowohl nach der bis 13. April 2006 geltenden Weiterbildungsordnung 1994 als auch für die ab diesem Zeitpunkt maßgeblichen Weiterbildungsordnung 2004 (KG, Urteil vom 2.9.2013 – 12 U 101/12, juris). Es spielt hierbei keine Rolle, dass sich die Tätigkeitsbereiche der jeweiligen Ärzte überschneiden. Soll auch dieser Bereich vom Konkurrenzschutz erfasst werden, so bedarf es einer ausdrücklichen und eindeutigen Regelung (KG a. a. O.). Hiervon abweichend hat das OLG Frankfurt (NZM 2018, 977) entschieden, dass eine Konkurrenzschutzklausel zugunsten eines Zahnarztes, wonach sich der Vermieter verpflichtet „keine Praxisflächen an einen weiteren Zahnarzt oder einen Kieferchirurgen“ zu vermieten, auch die Vermietung an einen Kieferorthopäden umfasst.

Vertragliche **Wettbewerbsverbote** oder -beschränkungen für eine Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses sind grundsätzlich zulässig. Sie dürfen allerdings örtlich, zeitlich und gegenständlich das unter Berücksichtigung der schützenswerten Interessen des Vermieters notwendige Maß nicht überschreiten (BGH NJW 1997, 3089; OLG Celle NZM 2000, 550). 316

Verstößt der Vermieter gegen eine Konkurrenzschutzklausel, so stehen dem Mieter **Auskunfts- und Unterlassungsansprüche** zu. Hat der Vermieter bereits einen Mietvertrag mit dem Konkurrenten abgeschlossen, so ist er auf Verlangen des geschützten Mieters verpflichtet, im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten auf eine Auflösung des Mietvertrags mit dem Konkurrenten oder auf eine entsprechende Änderung des Vertragszwecks hinzuwirken (OLG Frankfurt MDR 2012, 515). Davon abgesehen sind beide Verträge gleichwertig; der Grundsatz der Priorität gilt nicht. Nach anderer Ansicht kann der Konkurrenz keine Erfüllung, sondern nur noch Schadensersatz verlangen (KG NZM 2003, 439). Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine vertragswidrige Konkurrenzsituation als **Mangel der Mietsache** zu bewerten (s. § 536 BGB Rdn. 74). Die Ersatzpflicht kann entfallen, wenn dem Mieter ein gewichtiges Mitverschulden an dem Vertragsverstoß zur Last fällt. Weiß der Mieter von den Vertragsverhandlungen zwischen dem Vermieter und dem Konkurrenten, so ist der Mieter verpflichtet, den Vermieter auf den bevorstehenden Vertragsverstoß und die daraus resultierenden Schadensersatzpflichten hinzuweisen (OLG Düsseldorf DWV 2000, 158 = ZMR 2000, 451). Der Verletzte kann sich nicht auf eine vertragswidrige Konkurrenzsituation berufen, wenn er gegenüber dem Vermieter erklärt hat, dass er gegen die Vermietung von Räumen an den Konkurrenten nichts einzuwenden habe (KG GE 2008, 541). 317

Für die **Streitwerte** gilt folgendes: (1) **Unterlassungsanspruch**: Der Streitwert richtet sich nach §§ 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO. Maßgeblich ist der Reingewinn 318

der dem Kläger infolge der vertragswidrigen Konkurrenzsituation entgeht. Der Erstattungsanspruch ist bei unbefristeten Verträgen beschränkt auf die Zeit zu der das Mietverhältnis durch den Vermieter durch Kündigung beendet werden kann. Bei befristeten Verträgen ist die restliche Vertragszeit maßgeblich, höchstens aber der auf drei Jahre hochgerechnete Schadensbetrag (BGH NJW 2006, 3060). (2) **Auskunftsanspruch:** Der Streitwert ist nach einem Bruchteil des Wertes des entgangenen Gewinns zu bemessen; i. d. R. wird 1/5 dieses Wertes angemessen sein (BGH a. a. O.). (3) **Schadensersatzanspruch:** wie Unterlassungsanspruch.

319

Der Mieter von Ladenräumen ist grundsätzlich nicht kraft Gesetzes verpflichtet, sein Geschäft zu betreiben. Eine **Betriebspflicht** bedarf der Vereinbarung (Gomille NZM 2018, 809). Die Angabe des Vertragszwecks im Mietvertrag besagt nur, dass der Mieter berechtigt ist, die Mietsache zu dem vereinbarten Zweck zu nutzen; eine Betriebspflicht kann hieraus nicht abgeleitet werden (OLG Hamm Urteil vom 14.9.2016 – 30 U 9/16, ZMR 2016, 868 m. Anm. Burbulla ZMR 2017, 42). Es ist zwar nicht erforderlich, dass die Vereinbarung ausdrücklich getroffen wird. Es genügt, wenn sich aus der Auslegung des Mietvertrags ergibt, dass beide Parteien eine Betriebspflicht wollten. Dies gilt auch für formbedürftige Verträge. Das für den Mieter erkennbare Interesse des Vermieters an einer Betriebspflicht allein reicht für das Zustandekommen einer Vereinbarung allerdings auch dann nicht aus, wenn die Ladenräume Teil eines Einkaufszentrums sind. Erforderlich ist vielmehr, dass sich der übereinstimmende Wille der Parteien an einer Betriebspflicht zumindest andeutungsweise aus der schriftlichen Vertragsurkunde, z. B. aus einer dazu gehörenden Planskizze oder Grundrisszeichnung ergibt und weitere außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände, z. B. mündliche Erklärungen, die Annahme einer Betriebspflicht rechtfertigen (KG ZMR 2015, 707). Eine Betriebspflicht kann auch in einem **Formularmietvertrag** wirksam vereinbart werden (BGH NJW-RR 1992, 1032; KG GE 2011, 1484; OLG Dresden ZMR 2016, 26; OLG Hamm Urteil vom 9.8.2017 – 30 U 53/17; LG Kassel ZMR 2016, 36 m. zust. Anm. Burbulla). Nach anderer Ansicht ist zu unterscheiden: Eine formularvertragliche Vereinbarung ist möglich, wenn das Mietobjekt Teil eines umfassenden Vermarktungskonzepts ist. Dies gilt etwa für Ladenräume in einem Einkaufszentrum. Bei Einzelobjekten kann die Betriebspflicht grundsätzlich wirksam nur individuell vereinbart werden (Gomille NZM 2018, 809, 813); eine Ausnahme soll bei der Vermietung voll ausgestatteter Räume (etwa einer Gaststätte) gelten, weil hier künftige Vermietungschancen vom durchgängigen Betrieb der jeweiligen Objekte abhängen (Gomille a. a. O.). Wird die Betriebspflicht mit anderen für den Mieter nachteiligen Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Miete verbunden, kann ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB vorliegen (Gomille NZM 2018, 809, 813). Der Umstand, dass dem Mieter kein Konkurrenzschutz gewährt wird, genügt hierfür nicht. In einem **Einkaufszentrum** dient die Betriebspflicht dem Interesse des Vermieters an einer belebenden Wirkung des Geschäftsbetriebs für das Umfeld der Mieträume. Sind die Räume Teil eines Einkaufszentrums, werden die Kundenströme maßgeblich durch die Ein- und Ausgänge der jeweiligen Geschäfte gesteuert. Für die Attraktivität des Einkaufszentrums ist der Verlauf der Kundenströme von maßgeblicher Bedeutung. Deshalb kann sich aus der Auslegung des Mietvertrags ergeben, dass der Mieter nicht berechtigt ist, einen von mehreren Ein- und Ausgängen zu schließen (KG GE 2018, 1149). Umgekehrt kann vereinbart werden, dass zeitweise Schließungen des Geschäfts (Mittagspause, Betriebsferien) von der Zustimmung des Vermieters abhängen (KG GE 2013, 681). Eine solche Regelung umfasst allerdings nicht betriebsbedingte Schließungen, die auf Grund von Schönheits- oder sonsti-

gen Reparaturen erforderlich werden (BGH NZM 2010, 361). Sind dem Mieter nach dem Wortlaut der Klausel auch „zeitweise Schließungen“ untersagt, so soll sich aus der Auslegung der Regelung ergeben, dass der Mieter gleichwohl zur Durchführung von Schönheitsreparaturen und Instandhaltungen berechtigt ist (OLG Hamm Urteil vom 9.8.2017 – 30 U 53/17). Die **Betriebspflicht endet** regelmäßig mit dem betroffenen Mietverhältnis. Nur in Ausnahmefällen ist eine isolierte vorherige Beendigung in Erwägung zu ziehen (Gomille NZM 2018, 809, 815). Die Betriebspflicht entfällt nicht, wenn deren Einhaltung unwirtschaftlich ist (KG GE 2013, 681). Zur Kündigung wegen eines Verstoßes gegen die Betriebspflicht s. § 543 Rdn. 464.

Die Betriebspflicht kann im Wege der **einstweiligen Verfügung** durchgesetzt werden (KG a. a. O.; GE 2013, 681; OLG Rostock NZM 2016, 769; OLG Hamm Urteil vom 9.8.2017 – 30 U 53/17). Die **Vollstreckung** erfolgt nach § 888 Abs. 1 ZPO, also durch Zwangsgeld oder Zwangshaft. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise die Ansicht vertreten, dass eine Betriebspflicht nicht vollstreckt werden kann, wenn sämtliche Arbeitsverhältnisse mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern zwischenzeitlich aufgekündigt worden sind. Dies gelte auch dann, wenn die Lieferanten und Arbeitnehmer bereit sein sollten, entsprechende Verträge zu schließen. Auch in diesem Fall sei der Betrieb des Ladengeschäfts nicht mehr nur von Umständen abhängig, die ausschließlich im Willensbereich des Schuldners liegen (OLG Naumburg NZM 1998, 575). Nach richtiger Ansicht entfallen die Voraussetzungen des § 888 ZPO erst dann, wenn dem Vollstreckungsschuldner die Erlangung der Mitwirkungshandlung des Dritten objektiv oder subjektiv eindeutig unmöglich ist. Es muss feststehen, dass der Schuldner erfolglos alle ihm zumutbaren Maßnahmen einschließlich eines gerichtlichen Vorgehens unternommen hat, um den Dritten zu seiner Mitwirkung zu veranlassen, wofür den Vollstreckungsschuldner die Vortrags- und Beweislast trifft (OLG Hamburg NZM 2014, 273; OLG Celle NJW-RR 1996, 585; OLG Rostock NZM 2016, 769).

Dem Mieter kann untersagt werden, die Räume zu anderen als den vertraglich vereinbarten Zwecken zu nutzen (**Sortimentsbindung**). Die Vereinbarung einer Sortimentsbindung ist für sich betrachtet auch dann wirksam, wenn zugleich der Ausschluss von Konkurrenzschutz vereinbart ist (BGH NZM 2010, 361; OLG Hamm Urteil vom 9.8.2017 – 30 U 53/17). Ob sowohl eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung als auch der Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch Formularvertrag vereinbart werden kann ist streitig (dagegen OLG Schleswig NZM 2000, 1008; dafür OLG Hamburg ZMR 2003, 254; OLG Rostock NZM 2004, 460; KG NZM 2005, 620; KG Urteil vom 11.4.2019 8 U 147/17; OLG Naumburg NZM 2008, 772). Der BGH hat diese Frage in einem Fall bejaht, in dem die Sortimentsbezeichnung so weit gefasst wurde, dass damit keine fassbare Sortimentsbeschränkung verbunden war (BGH NZM 2010, 361). Nach der Ansicht des OLG Hamm (Urteil vom 9.8.2017 – 30 U 53/17) gilt dieser Grundsatz nur, wenn der Mietvertrag ein neu gegründetes und noch nicht in Betrieb befindliches Einkaufszentrum betrifft. Der Umstand, dass der Leerstand in einem EKZ infolge des Rückgangs der Einwohnerzahl seit Vertragsschluss gestiegen ist, gibt dem Mieter keinen Anspruch auf Freistellung von den genannten Bindungen (BGH a. a. O. bei einem Anstieg der Leerstandsquote von 20% auf 40%). Dies beruht auf der Erwägung, dass das Verwendungsrisiko vom Mieter zu tragen ist. Hierzu gehört unter anderem die Erwartung, dass mit der Nutzung des Mietobjekts ein Gewinn zu erzielen ist. Hängt dies von einer bestimmten Belegungsdichte in einem EKZ

und der Bevölkerungsentwicklung im Umfeld des Mietobjekts ab, so zählen die damit verbundenen Veränderungen zum Risikobereich des Mieters. Anders ist es nur, wenn der Vermieter dieses Risiko übernommen hat. Für eine solche Annahme müssen hinreichend klare Anhaltspunkte gegeben sein (BGH a. a. O.).

320 **i) Überlassung im vertragswidrigen Zustand.** Wird die Mietsache in vertragswidrigem Zustand angeboten, so kann der Mieter die **Übernahme ablehnen** und/oder den Vermieter auf Erfüllung (Herstellung des vertragsgemäßen Zustands) in Anspruch nehmen. Etwas anderes gilt, wenn es sich um einen geringfügigen Mangel handelt. Im Falle der berechtigten Ablehnung der Übernahme liegt Unmöglichkeit vor, weil die vergangene Zeit nicht nachgeholt werden kann.

321 Die **Zahlung der Kautions** (bei der Wohnraummiete: die Zahlung der 1. Kautionsrate) darf der Mieter auch dann nicht verweigern, wenn ihm die Mietsache in einem vertragswidrigen Zustand angeboten wird; dem Mieter steht kein Zurückbehaltungsrecht zu (für die Gewerbemiete vgl. BGH NZM 2007, 401). Wegen der Kündigung wegen Nichtzahlung der Kautions s. § 543 BGB Rdn. 22ff.

322 Hinsichtlich der **Beweislast** gilt folgendes: Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die Mietsache vertragsgemäß ist, wenn der Mieter hiervon den vertraglich vereinbarten Gebrauch machen kann. Bietet der Vermieter eine zum Vertragsgebrauch geeignete Mietsache an und behauptet der Mieter, dass ein besserer als der gegebene Zustand vereinbart worden sei, so muss der Mieter die ihm günstige Vereinbarung beweisen. Weicht die Mietsache vom allgemein üblichen Standard zum Nachteil des Mieters ab, so muss der Vermieter beweisen, dass der gegebene Zustand den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Hat der Mieter die Mietsache in dem gegebenen Zustand rügelos übernommen, so gelten die Beweisregeln des § 536b BGB (s. dort Rdn. 34ff.).

323 Hat der Mieter die Wohnung in vertragswidrigem Zustand angenommen, so gelten die mietrechtlichen Erfüllungs- und Gewährleistungsvorschriften (§§ 536ff BGB). Der **Mangelbeseitigungsanspruch** besteht auch dann, wenn eine **Eigen-tumswohnung** vermietet ist und die Mängel das Gemeinschaftseigentum betreffen. Hier ist der Vermieter verpflichtet, auf die Gemeinschaft einzuwirken, damit er seine mietrechtliche Pflicht erfüllen kann (KG RE 25.6.1990 WuM 1990, 376). Die Mängelbeseitigung muss so durchgeführt werden, dass keine optischen Nachteile entstehen.

324 **j) Nichterfüllung.** Vor der Überlassung hat der Vermieter keinen Mietzinsanspruch, da er – mangels abweichender Vereinbarung – vorleistungspflichtig ist. Wird die Überlassung verweigert, so kann der Mieter einen **Erfüllungsanspruch** geltend machen. Daneben stehen dem Mieter **Schadensersatzansprüche** zu. Diese Ansprüche ergeben sich aus dem Gesichtspunkt des Unvermögens oder der Unmöglichkeit. Außerdem hat der Mieter ein **Rücktrittsrecht**. Die Geltendmachung dieser Rechte setzt voraus, dass dem Vermieter eine Frist zur Übergabe der Mietsache gesetzt wird. Eine solche Fristsetzung ist allerdings entbehrlich, wenn der Vermieter die Erfüllung endgültig und bestimmt verweigert hat. Hiervon ist auszugehen, wenn der Vermieter den Mietvertrag kündigt (in einer unbegründeten Kündigung liegt zugleich eine positive Vertragsverletzung, BGH NJW 1984, 1028, 1029) oder seine auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung anfechtet oder wenn er vom Vertrag zurücktritt. Es genügt aber auch ein rein tatsächliches Verhalten, aus dem sich ergibt, dass der Vermieter fest entschlossen ist, den Vertrag nicht zu erfüllen (OLG München NJWE MietR 1996, 127).

4. Die Gebrauchsgewährung

a) Besitzgewährung. Der Vertragsgebrauch ist dem Mieter während der gesamten Mietzeit zu gewähren. Als Besitzer genießt der Mieter den Schutz des § 858 BGB. Der Vermieter darf den Mieter nicht im Besitz stören. Dies gilt auch, wenn das Mietverhältnis beendet ist. Ein Auswechseln des Schlosses zur Wohnungseingangstür ist als verbotene Eigenmacht zu bewerten mit der weiteren Folge, dass der Mieter den Vermieter auf Wiedereinräumung des Besitzes und auf Unterlassung weiterer Störungen in Anspruch nehmen kann. Diese Ansprüche sind im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzbar; ein besonderer Verfügungsgrund ist nicht erforderlich (Hinz WuM 2005, 615).

Eine **Besitzstörung** im Sinne des § 862 BGB liegt auch dann vor, wenn der Mietgebrauch durch gravierende **Mängel** erheblich beeinträchtigt wird. Eine Besitzstörung ist bei jeder Beeinträchtigung der Sachherrschaft unterhalb der Schwelle des Sachentzugs gegeben. Zu den möglichen Eingriffen gehören Störungen der Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten aller Art (Beispiele: Lärm-, Staub- und Geruchsimmissionen, Einschränkungen des Zugangs durch Arbeiten im Eingangsbereich oder Treppenhaus, Einschränkungen der Belichtung und Privatheit der Wohnung durch das Aufstellen eines Baugerüsts (AG Berlin-Mitte GE 1999, 984), gesundheitsgefährdende Beschaffenheit der Mietsache (Hinz a. a. O.)). Die Widerrechtlichkeit ist ausgeschlossen, wenn das Gesetz die Störung gestattet (z. B. bei Gebrauchsbeeinträchtigung infolge von Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen). Bei widerrechtlichen Besitzstörungen durch den Vermieter oder andere Mieter kann der Mieter nach § 862 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen; sind weitere Störungen zu erwarten, kann er auf Unterlassung klagen. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt voraus, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung „wesentlich“ also schwerwiegend und nachhaltig ist; anderenfalls fehlt es an der Dringlichkeit (BGH WuM 2015, 478; LG Berlin GE 2016, 860).

b) Versorgungsleistungen und Versorgungssperre. aa) Einstellung der Versorgungsleistungen durch den Vermieter während der Mietzeit. Solange das Mietverhältnis dauert, ergibt sich der Anspruch des Mieters auf Versorgung mit Wärme, Wasser und Energie aus § 535 Abs. 1 BGB. Erfüllt der Mieter seine Zahlungsverpflichtungen nicht, so ist fraglich, ob der Vermieter die Versorgung der Mietsache mit Wasser und Energie einstellen kann. Die ältere Rechtsprechung und Literatur (Nachweise bei: Derleder NZM 2000, 1098; Ulrici ZMR 2003, 895; Scheidacker NZM 2005, 281) sah in der Versorgungssperre durchweg eine unzulässige Besitzstörung. Nach heute **h. M.** ist zwischen dem Besitz an der Mietsache und der Möglichkeit, diese ungestört zu gebrauchen zu unterscheiden. Eine Versorgungssperre lässt den Besitz als solchen unberührt, weil sich der Mieter weiterhin in den Räumen aufhalten kann. Durch die Versorgungssperre wird zwar der vertragsgemäße Gebrauch beeinträchtigt; dieser ist aber nicht nach § 858 BGB geschützt (BGH NJW 2009, 1947 = WuM 2009, 469 = NZM 2009, 482 = ZMR 2010, 263 KG NZM 2005, 65 m.zust.Anm. Lützenkirchen WuM 2005, 89 für Gewerberäume nach beendetem Mietverhältnis und Zahlungsverzug des Mieters; LG Berlin GE 2009, 518; Scheidacker NZM 2005, 281 und NZM 2010, 103; Mummenhoff DWW 2005, 312; Herrlein NZM 2006, 527; Scholz NZM 2008, 387, 388; Krause GE 2009, 484; Häublein in: MünchKomm § 535 Rdn. 81). In der Unterbrechung der Versorgungsleistungen liegt keine Besitzstö-

rung. Dies gilt auch für das bestehende Mietverhältnis (AG Ludwigslust ZMR 2014, 375).

- 328 bb) Einstellung der Versorgungsleistungen durch den Vermieter nach Beendigung der Mietzeit.** Ist das Mietverhältnis beendet, so ist der Vermieter nach der Ansicht des BGH grundsätzlich nicht mehr verpflichtet, die Mietsache mit Wärme, Energie oder Wasser zu versorgen (BGH a. a. O.). Nur ausnahmsweise kann eine derartige Verpflichtung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet werden. Dies setzt voraus, dass das Interesse des Mieters an der Aufrechterhaltung der Versorgung das Interesse des Vermieters an der Versorgungseinstellung erheblich übersteigt. Bei der Wohnungsmiete kann ein besonderes Interesse des Mieters insbesondere dann angenommen werden, wenn die Einstellung der Versorgungsleistungen mit einer Gesundheitsgefährdung verbunden ist (BGH a. a. O.). Von den Instanzgerichten wird der Anwendungsbereich des § 242 BGB teilweise sehr weit gefasst (AG Wetzlar WuM 2015, 151: Danach ist der Vermieter auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht berechtigt, die Warmwasserzufuhr zu sperren, wenn die Wohnung vom Mieter und zahlreichen Familienangehörigen genutzt wird, die aus hygienischen Gründen auf Warmwasser angewiesen sind). Bei der Gewerbemiete kann eine Versorgungssperre unzulässig sein, wenn dem Mieter hierdurch ein besonders hoher Schaden droht (KG WuM 2011, 519 = NZM 2011, 778 m.abl.Anm. Streyl betr. Wasserversorgung für Friseurgeschäft; KG ZMR 2015, 224 betr. Versorgung einer Kfz-Werkstatt mit Strom). Allerdings setzt die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Versorgung voraus, dass dies dem Vermieter zugemutet werden kann; insbesondere darf dem Vermieter kein finanzieller Schaden entstehen. Der Mieter muss demnach zur Zahlung der Nutzungsentschädigung bereit und in der Lage sein (BGH a. a. O.; KG a. a. O.). Anderenfalls kann der Vermieter die Versorgungsleistungen einstellen. Ebenso kann ein Fall der Unzumutbarkeit vorliegen, wenn zu befürchten ist, dass die Mietsache bei Fortdauer der Wasserversorgung einen Schaden erleidet (AG Lahnstein WuM 2012, 140 betr. Gefahr des Einfrierens von Wasserleitungen bei unzuverlässigem Mieter).

- 328a** Besteht zwischen dem Mieter und einem Energielieferanten ein Vertrag über die Versorgung mit Strom oder Gas und erfolgt die Zuleitung dieser Energieträger über eine im Eigentum des Vermieters stehende Leitung so ist der Vermieter nach einer teilweise vertretenen Meinung berechtigt, den Mieter vom Mitgebrauch dieser Leitungen auszuschließen (Lehmann-Richter ZMR 2014, 188). Dies beruht auf der Erwägung, dass der Vermieter nach Beendigung der Mietzeit ist der Vermieter nicht mehr verpflichtet ist, dem Mieter den Mitgebrauch an Strom- und Gasleitungen zu gewähren. Nach dieser Meinung stehen dem Mieter auch keine Besitzschutzansprüche zu. Zwar habe der Mieter Besitz an den in seiner Wohnung befindlichen Stromleitungen; in der Trennung dieser Leitungen vom Versorgungsnetz liege aber keine Besitzstörung (Lehmann-Richter a. a. O.).

- 328b** Nach der hier vertretenen Ansicht folgt aus § 241 Abs. 2 BGB, dass eine Versorgungssperre immer dann ausscheidet, wenn der Vermieter hieran kein berechtigtes Interesse hat. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn dem Vermieter durch die Aufrechterhaltung der Versorgung keine finanziellen Nachteile drohen, sei es, weil die Versorgungsleistungen – wie in den Fällen Rdn. 329a – durch einen Dritten erbracht werden, sei es, weil der Mieter seine Zahlungsverpflichtungen in vollem Umfang erfüllt hat und auch während der übrigen Zeit der Vorenthaltung erfüllen wird. Ein Interesse des Vermieters, den Mieter durch den Entzug der Versorgungsleistun-