

Anwalts-Handbuch Mietrecht

Bearbeitet von
Herausgegeben von: Klaus Lützenkirchen, Rechtsanwalt

6., völlig neu bearbeitete Auflage 2018. Buch. 2512 S. . Gebunden
ISBN 978 3 504 18067 6
Format (B x L): 17 x 24 cm

[Recht > Zivilrecht > Mietrecht, Immobilienrecht > Mietrecht, Pachtrecht, Leasing,
Immobilienverwaltung](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Lützenkirchen

Anwalts-Handbuch Mietrecht

6., völlig neu bearbeitete Auflage, 2018, 2512 Seiten, gebunden, Handbuch, 170x240 mm

ISBN 978-3-504-18067-6

159,00 €

was zu gelten habe, wenn der Vertrag vor Ablauf der üblichen Renovierungsfristen aufgelöst wird – einen unmittelbaren Ausgleichsanspruch in Geld zu¹³⁹.

Beispiel 2: Sieht der Gewerberaummietvertrag die Zahlung der Umsatzsteuer auf die Grundmiete vor, ist unter Berücksichtigung von Abschnitt 29 Abs. 3 UStR, wonach vertragliche Nebenleistungen das Schicksal der Hauptleistung teilen, Umsatzsteuer auch auf die Nebenkosten zu leisten.

Auch in einem solchen Fall sollte zunächst der Mandant befragt werden, wie er sich denn verhalten hätte, wenn er die Lücke erkannt hätte, bevor ihm ein Ergebnis präsentiert wird. 146

V. Verbraucherrechterichtlinie

Mit Wirkung zum 13.6.2014 wurde die Verbraucherrechterichtlinie RL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (VRRRL)¹⁴⁰ durch das Umsetzungsgesetz vom 20.9.2013¹⁴¹ in die §§ 312 ff. BGB integriert. Das hat zu **wesentlichen Änderungen** des Verbraucherschutzes geführt, der auch in der Wohnraummiete gilt und zwar für den (erstmaligen) **Abschluss von Mietverträgen** als auch **Vereinbarungen während der Mietzeit**, § 312 Abs. 4 BGB. Auch wenn der **Widerruf** vom Mieter zu erklären ist und es sich um Verbraucherschutzvorschriften handelt, beginnt die erste Befassung mit diesem Rechtsgebiet auf Seiten des Vermieters. Denn bevor der Widerruf erklärt wird, ist dort zu fragen, inwieweit eine Situation besteht, in der über den Widerruf aufzuklären ist, § 312g BGB. 147

1. Vermieterberatung

Für den Vermieter ist die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB insbesondere auf die **Vereinbarungen**, die **während der Mietzeit** geschlossen werden problematisch. Denn er gewinnt – jedenfalls bei gehöriger Aufklärung, §§ 355, Abs. 2, 356 Abs. 3 BGB – Rechtssicherheit erst mit Ablauf von vierzehn Tagen. Dies kann z.B. bei Vereinbarungen nach § 555f BGB nicht nur zu **organisatorischen Problemen** führen. Umso mehr sollte der Vermieter frühzeitig in die Problematik eingeführt werden, damit er seine Planungen und seine Organisation den rechtlichen Gegebenheiten anpasst. 148

a) Verbraucherverträge

Die Bedeutung des Verbraucherschutzes wird deutlich, wenn dem Vermieter vor Augen geführt wird, dass er als Ausnahme vom dem Grundsatz der Wirksamkeit von Einigungen ausgestaltet ist. Diese Ausnahme gilt für „Haustür“- und Fernabsatzgeschäfte i.S.d. §§ 312b, 312c BGB, die auf Mietverträge über Wohnraum ausdrücklich anwendbar sind, § 312 Abs. 4 BGB. Bei einem solchen Geschäft ist die zum Abschluss des Mietvertrages abgegebene Willenserklärung des Mieters mindestens vierzehn Tage widerruflich (§§ 312g, 355 Abs. 2, 356 Abs. 3 BGB), sofern er Verbraucher i.S.v. § 13 BGB und der Vermieter ein Unternehmer i.S.v. § 14 BGB ist = Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB). Insoweit kommt es nicht darauf an, ob dem Mandanten bei Abschluss der maßgeblichen Vereinbarung von der in der Person des Verhandlungsführers (z.B. Hausverwalter) bestehenden Haustürsituation Kenntnis hat¹⁴². Voraussetzung ist aber zunächst, dass der Vermieter als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB angesehen werden kann. 149

aa) Vermieter als Unternehmer

Unabhängig von der rechtlichen Organisation seiner Vermietertätigkeit sollte der Mandant zunächst einfach nach der Anzahl seiner (verwalteten) Wohnungen gefragt werden. Denn Unternehmer nach § 14 BGB ist der Vermieter dann, wenn er bei Abschluss des Vertrages **gewerblich oder selbständig** 150

139 BGH v. 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84, MDR 1985, 400 = ZMR 1985, 84.

140 ABl. EU Nr. L 304, 64.

141 BGBl. I, 3642.

142 BGH v. 12.12.2005 – II ZR 327/04, MDR 2006, 679 = WuM 2006, 109.

beruflich tätig wird. Der Begriff des Unternehmers ist, als Gegenstück zum Verbraucher, weit auszulegen. Deshalb muss ein Unternehmer nicht Kaufmann sein, gewerblich und/oder mit Gewinnerzielungsabsicht handeln¹⁴³. Es genügt, dass der Vermieter im Wettbewerb mit anderen planmäßig Leistungen gegen ein Entgelt anbietet¹⁴⁴, was auch nebenberuflich geschehen kann. Dies wäre an sich schon der Fall, wenn der Eigentümer seine einzige Mietwohnung durch Inserate oder auf sonstige Weise bewirbt; immerhin setzt er sich damit in Konkurrenz zu seinen Mitbewerbern.

- 151 Allerdings wird für ein **geschäftsmäßiges Handeln i.S.v. § 14 BGB** ein gewisser **organisatorischer Mindestaufwand** gefordert¹⁴⁵. Dazu reicht die gelegentliche Vermietung eines Werbetafelstandplatzes nicht aus¹⁴⁶. Für einen Vermieter von Wohnraum wird gefordert, dass ihm **mehrere Wohnungen gehören**¹⁴⁷. Wie viele es sein müssen, wird nicht einheitlich bewertet. Denn einerseits sollen **acht Wohnungen** noch nicht ausreichen, weil deren Verwaltung noch keine professionelle Tätigkeit erfordert¹⁴⁸. Andererseits wird die Unternehmereigenschaft bejaht, wenn dem Vermieter **sieben Wohnungen** gehören, die er vermietet¹⁴⁹, zwei Wohnungen sollen aber noch nicht ausreichen¹⁵⁰. Daraus wird geschlossen, dass geschäftsmäßiges Handeln bei **mehr als zwei Wohnungen** vorliegt¹⁵¹ und schon der Regelungszweck der §§ 312 ff. BGB gebiete, **Kleinvermieter als Unternehmer** anzusehen¹⁵². Das soll erst recht gelten, wenn der Eigentümer zwar nur zwei Wohnungen hat, sich bei der Vermietung aber von einer **professionellen Hausverwaltung** vertreten lässt¹⁵³, was zweifelhaft ist. Denn nur wegen der Einschaltung einer professionellen Verwaltung als solcher ist der Vermieter nicht als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB zu behandeln¹⁵⁴. Dies gilt erst recht, wenn der Verwalter nur als Hilfe z.B. für kaufmännische Angelegenheiten beauftragt wird¹⁵⁵. Maßgeblich ist in solchen Fällen darauf abzustellen, inwieweit die übernommene Tätigkeit der Hausverwaltung als unternehmerische Leistung i.S.v. § 14 BGB anzusehen ist. Übernimmt sie alle Aufgaben des Vermieters und agiert nach außen wie der Eigentümer, insbesondere bei der Vermietung, ist schon im Hinblick auf §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312b Abs. 1 BGB nur auf den Hausverwalter bei der Beurteilung, ob ein Verbrauchervertrag entstanden ist, abzustellen.
- 152 Tatsächlich verbietet sich eine **generalisierende Betrachtungsweise**. Denn nach Sinn und Zweck der §§ 312 ff. BGB soll der Verbraucher vor der Gefahr geschützt werden, durch Ausnutzung des Überraschungseffektes oder einer besonderen psychologischen Situation zu einem an sich nicht gewünschten Vertragsschluss veranlasst zu werden¹⁵⁶. Damit sind derartig viele Fallkonstellationen er-

143 Palandt/Ellenberger, § 14 BGB Rz. 1 f.

144 Palandt/Ellenberger, § 14 BGB Rz. 2 m.w.N.

145 Vgl. Erman/Saenger, § 14 BGB Rz. 11 m.w.N.

146 KG v. 10.1.2011 – 5 U 1353/10, GE 2011, 1552.

147 Vgl. OLG Düsseldorf v. 7.10.2004 – 10 U 70/04, ZMR 2005, 187 (191) (Vermieter hat zwei Einfamilienreihenhäuser und eine Einliegerwohnung vermietet); OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 – 10 U 46/03, WuM 2003, 621 (Unternehmer bei zwei Mietshäusern); AG Frankfurt v. 13.2.1998 – 33 C 3489/97-13, WuM 1998, 418 (6 Wohnungen sind jedenfalls genug); LG Görlitz v. 23.8.2000 – 2 S 190/99, WuM 2000, 542 (543) (11 Wohnungen genügen); AG Köln v. 28.10.2004 – 210 C 248/04, WuM 2007, 123 (1 Haus mit 6 Wohnungen).

148 LG Waldshut-Tiengen v. 30.4.2008 – 1 S 27/07, DWW 2008, 259.

149 LG Köln v. 12.3.2009 – 1 S 202/07, WuM 2009, 730.

150 BayObLG v. 13.4.1993 – REMiet 3/93, MDR 1993, 754 = WuM 1993, 384 (zum HausTWG).

151 LG Köln v. 26.1.1999 – 12 S 256/98, WuM 2000, 194.

152 AG Freiburg v. 1.10.2013 – 53 C 1059/13, WuM 2013, 728; Harsch, WuM 2008, 201.

153 LG Wiesbaden v. 1.7.1996 – 1 S 434/95, WuM 1996, 699; AG Waiblingen v. 5.5.1995 – 13 C 631/95, WuM 1996, 137.

154 Gsell, Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht, S. 8 (abrufbar: <http://www.mietgerichtstag.de/programme-früherer-mietgerichtstage/mietgerichtstag-2014-1/>).

155 KG v. 11.12.2014 – 10 U 62/14, GE 2016, 57 (58); AG Neukölln v. 3.3.2016 – 16 C 135/15, DWW 2016, 301.

156 Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 2.

fasst, dass die Unternehmereigenschaft vom Einzelfall abhängig ist. Umso mehr sollte unter Beachtung des Grundsatzes des sichersten Weges in der Beratungssituation stets davon ausgegangen werden, dass der Mandant Unternehmer ist, sofern er über mehr als zwei Wohnungen verfügt.

bb) Mieter als Verbraucher

Ob der Wohnraummieter Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, dem ein Widerrufsrecht zusteht, lässt sich 153 auf der Vermieterseite manchmal nicht sicher ermitteln. Denn findet z.B. eine **Beratung des Mieters durch einen Rechtsanwalt** oder Mieterverein, ist der Verbraucher nicht schutzwürdig¹⁵⁷. Denn dann ist er vor einer situativ übereilten Entscheidung geschützt¹⁵⁸. Ob dies aber der Fall ist/war, lässt sich von außen jedenfalls dann nicht erkennen, wenn der Mieter ohne Hinweis auf eine derartige **rechtliche Absicherung** handelt (vgl. z.B. B Rz. 200). Im Zweifel sollte daher bei der Beratung des Vermieters auf den Mietvertrag abgestellt werden. Denn zunächst ist der Wohnraummieter Verbraucher, wenn er als **natürliche Person** (im Gegensatz zur juristischen Person wie z.B. einer GmbH) eine Wohnung für private Zwecke gemietet hat. Auf bestimmte intellektuelle Fähigkeiten kommt es nicht an¹⁵⁹. Auch der Akademiker und Jurist sind Verbraucher. Das Gleiche gilt für eine **Eigentümergemeinschaft**, der mindestens ein Verbraucher angehört, wenn der abgeschlossene Mietvertrag weder einer selbständigen noch einer gewerblichen Tätigkeit dient¹⁶⁰. Auch der **Kieferorthopäde**, der selbst fünf Wohnhäuser mit je ca. 20 Wohnungen besitzt, die von einer Hausverwaltung betreut werden, soll als Erwerber (im schuldrechtlichen Verhältnis zu einem Makler) eines Mehrfamilienhauses Verbraucher sein¹⁶¹.

Allerdings liegt kein Verbraucher-, sondern Unternehmerhandeln vor, wenn der Abschluss des Mietvertrages auf Mieterseite im Zuge der **Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit** (sog. Existenzgründung) erfolgt¹⁶². Schließt der Mieter also einen Mietvertrag über Räume, die er beruflich und privat nutzt (Mischnutzung), kann er nicht als Verbraucher behandelt werden, wenn die überwiegende Nutzung gewerblich erfolgt (vgl. B Rz. 96). Erst recht liegt ein Unternehmerhandeln einer Privatperson vor, wenn nach dem Zweck des Vertrages der Mieter die Räume **weitervermieten** will/soll. Dafür müssen nicht die Voraussetzungen des § 565 BGB vorliegen. Indessen reicht es auch nicht aus, dass dem als Verbraucher handelnden Mieter eine Untervermietungserlaubnis erteilt wurde. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Mieter die Wohnung ausschließlich bzw. überwiegend zur Untervermietung oder (auch) selbst zum Wohnen nutzen soll. Deshalb liegt kein Verbraucherhandeln vor, wenn sich die Untervermietungserlaubnis z.B. auf kurzfristige **Vermietungen an Touristen** bezieht, die Wohnung also vom Mieter überwiegend quasi als fremdgenutzte **Ferienwohnung** genutzt werden darf. 154

Aus der vereinbarten Gegenleistung wird in der Regel kein Schluss auf die Verbrauchereigenschaft des Mieters gerechtfertigt sein. Denn grundsätzlich verliert ein Mieter seinen Status als Verbraucher nicht dadurch, dass im Mietvertrag **eine atypische Gegenleistung** vereinbart ist. Das kommt z.B. in Betracht, wenn der Mietvertrag über eine Wohnung als Teil der Gegenleistung des Mieters eine Vergütung für Hausmeistertätigkeiten vorsieht. Selbst wenn diese Tätigkeit als selbständiger Unternehmer durchgeführt wird, handelt der Hauswart noch als Privatperson, wenn er die Räume jedenfalls **überwiegend zum Wohnen** nutzen soll. Denn allein durch die Gestaltung der Entgeltabrede, also die Vereinbarung der Gegenleistung, wird das Handeln des Hauswarts als Privatperson nicht berührt. 155

157 Vgl. BGH v. 2.5.2000 – XI ZR 150/99, MDR 2000, 1121 = NJW 2000, 2268 (Handeln eines Treuhänders für den Verbraucher); Erman/Saenger, § 13 BGB Rz. 11.

158 Hinz, WuM 2016, 76 (78); Mediger, NZM 2015, 185 (189); a.A. Hau, NZM 2015, 435 (441); Gsell, WuM 2014, 375 (378).

159 Palandt/Ellenberger, § 13 BGB Rz. 2.

160 BGH v. 25.3.2015 – VIII ZR 360/13.

161 KG v. 11.12.2015 – 10 U 62/14, GE 2016, 57.

162 Vgl. dazu BGH v. 15.1.2007 – III ZR 295/06, MDR 2008, 131 = GuT 2007, 433 = NJW 2008, 435.

cc) Verbraucherschutz

- 156 Im nächsten Schritt muss geprüft werden, wie die Vereinbarung zustande gekommen ist. Denn wie sich schon aus § 312g Abs. 1 BGB ergibt, besteht das Widerrufsrecht nur, wenn der Mietvertrag oder die spätere Vereinbarung als **Außergeschäftsraumvertrag i.S.v. § 312b BGB** oder **Fernabsatzgeschäft nach § 312c BGB** zustande gekommen ist. Zum Zwecke der Orientierung während der Beratung können die beiden Fälle danach unterschieden werden, ob ein Vertragsschluss unter Anwesenden oder Abwesenden stattgefunden hat. Waren beide Vertragspartner anwesend, kommt ein Haustürgeschäft in Betracht, andernfalls ist von einem Fernabsatzgeschäft auszugehen.
- 157 Die **Art der Vereinbarung** ist grundsätzlich unerheblich (vgl. B Rz. 183). Denn zu den von §§ 312b, 312c BGB erfassten Vereinbarungen gehören im Mietrecht neben dem Abschluss von Mietverträgen alle bis zur vollständigen Abwicklung des Mietvertrages getroffenen Vereinbarungen, also Vertragsänderungen (z.B. **Mieterhöhungen** oder **Aufhebungsvereinbarungen**) ebenso wie Vereinbarungen anlässlich von Abnahmen bei der **Wohnungsrückgabe**¹⁶³.
- 158 Eine Ausnahme muss für die **Mieterhöhung nach § 558 BGB** gelten, jedenfalls soweit sie im Fernabsatzgeschäft zustande kommt. Zwar handelt es sich dabei ebenfalls um eine Vereinbarung, wie sich aus den §§ 558b + c BGB ergibt. Indessen greift hier der Zweck des Verbraucherschutzes i.S.v. § 312 BGB nicht ein. Denn dieser soll dem Verbraucher die Möglichkeit geben eine vorschnelle Entscheidung z.B. an der Haustür oder im Internet nach kurzer Überlegung rückgängig zu machen¹⁶⁴. Mit seiner Zustimmung nach § 558b BGB kann sich der Mieter aber zwei Monate Zeit lassen und daher auch die Konsequenzen seines Handelns abwägen. Deshalb bedarf es keiner zusätzlichen Widerrufsmöglichkeit. Dafür besteht nur ein Bedürfnis, wenn die Parteien z.B. anlässlich eines **Zusammentreffens außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters** auf der Grundlage des Mieterhöhungsbegehrens eine Vereinbarung über die künftige Miete abschließen. Dies gilt auch, wenn diese Vereinbarung kurz vor oder nach dem Ablauf der Zustimmungsfrist des § 558b Abs. 2 BGB begründet wird. Denn ist eine vom üblichen Verfahren der §§ 558 ff. BGB abweichende Situation gegeben, in der der **mit § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB verfolgte Schutz vorrangig** ist.

(1) Verträge außerhalb von Geschäftsräumen

- 159 Von den in § 312b Abs. 1 Nr. 1–4 BGB beschriebenen Situationen erscheinen für die Fälle der Wohnraummiete allein praxisrelevant **Vertragsschlüsse**, die bei **gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit** des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist, § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Denn die Fälle des § 312 Abs. 1 Nr. 2 + 3 BGB behandeln für die Anbahnung von Mietverträge oder deren Änderung/Erweiterung nicht typische Situationen. Sie verlangen, dass der Verbraucher unter den in § 312 Abs. 1 Nr. 1 genannten Umständen ein Angebot abgegeben hat, oder bei Mietverträgen, die in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, bei denen der Verbraucher jedoch unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde. Dass Mietverträge über Wohnraum auf Ausflügen (§ 312b Abs. 1 Nr. 4 BGB) vermittelt werden, ist – soweit ersichtlich – bisher noch nicht Praxis.
- 160 Zwar wird in der mietrechtlichen Praxis der **Hauptanwendungsbereich** bei Geschäften liegen, die der Mieter **im Bereich seiner Privatwohnung** abschließt. Hier sollte er bereits vor dem 13.6.2014 vor überraschend eingefädelt Geschäften geschützt werden¹⁶⁵. Nunmehr wird aber allein darauf abgestellt, dass der Ort nicht innerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers/Vermieters (oder seines Vertreters) liegt. Insoweit kommt es allein auf den **Vertragsschluss** an. Ein Haustürgeschäft liegt

163 AG Köln v. 18.8.2005 – 222 C 82/05, KM 31 Nr. 52; *Löfflad*, MietRB 2004, 87.

164 Erman/Koch, § 356 BGB Rz. 10.

165 OLG Koblenz v. 9.2.1994 – 4 W RE 456/93, MDR 1994, 475 = WuM 1994, 257.

daher nicht vor, wenn die **Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume** oder durch Einsatz telekommunikativer Mittel begonnen wurden, die konstitutive Vertragsunterzeichnung aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet¹⁶⁶.

Mit den **Geschäftsräumen des Vermieters** wird gem. § 312b Abs. 2 BGB zunächst der Ort bezeichnet, an dem der Vermieter in der Regel seine Vermietung organisiert, also seine Verwaltung unterhält. Das kann auch das Wohn- oder Arbeitszimmer in der Privatwohnung des Vermieters sein. Bei **institutionalisierten Vermietern** kommt neben dem (Haupt-)Geschäftssitz auch das örtliche Verwaltungs- oder Hausmeisterbüro in Betracht, selbst wenn es **mobil** (z.B. in einem Container) aufgestellt ist, sofern der Vermieter/Verwalter in diesen Räumen seine (einzelne) Tätigkeit (z.B. Abschluss von Mietverträgen, Fertigung von Rückgabeprotokollen) ständig (= dauerhaft) ausübt. Letzteres ist auch der Fall, wenn im Hausmeisterbüro ein Arbeitsplatz für einen Mitarbeiter der Verwaltung eingerichtet ist, der dort z.B. regelmäßige Sprechzeiten abhält. Dies gilt jedenfalls dann, wenn in dem (ausgelagerten Büro) mehr als die von § 2 Nr. 14 BetrKV beschriebene Hausmeistertätigkeit betrieben wird. Entscheidend ist, dass die mit dem Abschluss der jeweiligen Vereinbarung verbundene Tätigkeit gewöhnlich an dem außerhalb des Hauptgeschäftssitzes befindlichen Ort gewöhnlich stattfindet. Deshalb ist bei der **Vermietung vom Reißbrett** der Vertragsschluss im **Baucontainer**, der z.B. am Wochenende regelmäßig vom Vermieter/Makler genutzt wird und in dem Musterverträge vorgehalten werden, als Geschäftsraum anzusehen. 161

Ist für den Vermieter ein **Hausverwalter** tätig, liegt der Geschäftsraum in dessen Büro, § 312b Abs. 2 S. 2 BGB. Kommt es trotz Einschaltung einer Verwaltung zu einem **Vertragsschluss in der Privatwohnung des Vermieters**, weil der Verwalter z.B. die Unterlagen dahin übersendet, besteht ein Widerrufsrecht. Zwar hat der Verwalter die Verhandlungen geführt. Der maßgebliche Vertragsschluss findet aber in den Privaträumen des Vermieters und damit außerhalb der Geschäftsräume statt. Dennoch kann auch der Vertragsschluss im Wohnzimmer des Vermieters vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ausgenommen sein. Dafür muss der Vermieter eine gewisse Organisation vorhalten und die Geschäfte (Vermietung) üblicherweise in seiner Wohnung abwickeln. 162

Im Umkehrschluss aus § 312b BGB entsteht kein Widerrufsrecht, wenn der Mietvertrag in den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen wird, sofern nicht – ausnahmsweise – der Fall des § 312b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB vorliegt, dem Vertragsschluss also ein Angebot des Verbrauchers vorausgegangen ist, dass unter den in § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB beschriebenen Umständen abgegeben wurde, oder auf einem unmittelbar zuvor **außerhalb der Geschäftsräume erfolgten Ansprechen** beruhen. Zwar ist mit dem Vertragsschluss die Einigung der Parteien gemeint, die nach § 535 BGB wirksam auch mündlich getroffen werden kann. Dem Vermieter sollte aber im Hinblick auf § 154 Abs. 2 BGB empfohlen werden, im Stadium der Vertragsverhandlungen stets zum Ausdruck zu bringen, dass alles erst dann verbindlich ist, wenn ein **schriftlicher Vertrag** geschlossen ist. Dies kann z.B. auch als Hinweis in die Selbstauskunft des Mieters aufgenommen werden. Insoweit kommt es allein auf den Vertragsschluss an, der durch das Datum des schriftlichen Mietvertrages dokumentiert wird. Haustür- oder Fernabsatzgeschäft liegen nicht vor, wenn die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume i.S.v. § 312b BGB oder durch Einsatz telekommunikativer Mittel i.S.v. § 312c BGB begonnen wurden, die konstitutive Vertragsunterzeichnung aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet¹⁶⁷. 163

Für § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB müssen **die unterschriftsberechtigten Personen** gleichzeitig körperlich außerhalb der Geschäftsräume anwesend und bei diesem Anlass die Einigung erzielt worden sein. Deshalb kommt dem **§ 154 Abs. 2 BGB** besondere Bedeutung zu. Haben die Parteien die Wirksamkeit ihrer Einigung unter den Vorbehalt der schriftlichen Dokumentation gestellt, kommt eine Anwendung des § 312b BGB nur in Betracht, wenn der schriftliche Einigungsakt außerhalb der Geschäftsräume stattfindet und beide Parteien bzw. ihre Vertreter gleichzeitig körperlich anwesend 164

166 Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 16.

167 Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 16.

sind. Das ist nicht der Fall, wenn der Mieter seine vertragsbegründende Unterschrift in den Geschäftsräumen des Vermieters/Verwalters leistet. Unterschreibt der Mieter z.B. den Vertragsentwurf nur einseitig außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters/Verwalters und versendet der Verwalter den Mietvertrag an den Vermieter an dessen Privatanschrift, findet der Vertragsschluss nicht bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit außerhalb der Geschäftsräume statt. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter den Vertrag an den Verwalter zurücksendet und dieser dem Mieter den vollzogenen Vertrag übersendet. In diesem Fall hat der Vertragsschluss allenfalls im Fernabsatzgeschäft stattgefunden.

- 165 Ergibt die Beschreibung des Mandanten über die äußeren Umstände, dass die Vereinbarung jedenfalls nicht in den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen wurde und beide Parteien bzw. auf Seiten des Vermieters ein Vertreter/Mitarbeiter gehandelt hat, sollte von einer durch § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB erfassten Situation und damit dem Bestehen eines Widerrufsrechts des Mieters ausgegangen werden.

(2) Fernabsatzgeschäft

- 166 Für Fernabsatzverträge gem. § 312c BGB zu unterscheiden. Für sie besteht grundsätzlich das in §§ 312g Abs. 1, 355 BGB geregelte Widerrufsrecht, wenn ein **Unternehmer** oder **eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person** und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich **Fernkommunikationsmittel** verwenden. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312c Abs. 2 BGB alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie

- Briefe,
- Kataloge,
- Telefonanrufe,
- Telekopien,
- E-Mails,
- über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie
- Rundfunk und
- Telemedien.

Diese Aufzählung ist **nicht abschließend**¹⁶⁸. Bei einer **stillschweigenden Änderung der Umlagevereinbarung** zu Betriebskosten erfolgt die Annahme z.B. oftmals durch die Zahlung der Nachforderung zustande. Erfolgt diese Zahlung durch banktechnische Überweisung, bedient sich der Mieter ebenfalls eines Fernkommunikationsmittels. Denn auf dem Überweisungsträger werden die notwendigen Informationen transportiert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Überweisung in herkömmlicher Weise oder elektronisch im Internet-Banking vom Mieter veranlasst wird. Nur wenn der Mieter die Zahlung in bar leistet, kann die Annahme eines Verbrauchervertrages i.S.d. § 312c BGB gehindert. Dann ist aber zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen des § 312b BGB vorliegen.

- 167 Nichts anderes gilt für **Mieterhöhungsvereinbarung i.S.d. § 557 Abs. 1 BGB** unter Verwendung von Kommunikationsmitteln. Hier kommt in der Regel das Widerrufsrecht in Betracht. Maßgeblich ist aber auch hier der Vertragsschluss. Ein Fernabsatzgeschäft liegt nicht vor, wenn die Verhandlungen durch Einsatz telekommunikativer Mittel begonnen wurden, die konstitutive Vertragsunterzeichnung aber in den Geschäftsräumen des Vermieters stattfindet¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Erman/Koch, § 312c BGB Rz. 11.

¹⁶⁹ Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 16.

Für das Fernabsatzgeschäft ist **zusätzlich Voraussetzung**, dass der Vertragsschluss im Rahmen eines **für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems** erfolgt. Aus der Formulierung in § 312 Abs. 1 BGB wird deutlich, dass diese Voraussetzung vermutet wird. also muss der **Vermieter darlegen und ggf. beweisen**, dass seine Organisation die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. 168

Die von § 312c Abs. 1 BGB vorgesehene **Organisation** ist eingerichtet, wenn der Vermieter in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um **regelmäßig Geschäfte im Fernabsatz** zu bewältigen¹⁷⁰, also in dieser Form Mietverträge über Wohnraum (oder Vertragsänderungen) abzuschließen. Davon kann ausgegangen werden, sobald der Vermieter oder auch nur sein Verwalter als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB angesehen werden können. Denn es ist nicht nur eine weite Auslegung angezeigt¹⁷¹, sondern auch auf die Struktur des anbietenden Unternehmens abzustellen¹⁷². Der Umfang der sachlichen und personellen Mittel ist dabei unbedeutend. Im Vordergrund steht das **planmäßige Handeln**. Zwar wird in der Regel keine „Bestellung“ über das Internet möglich sein¹⁷³. Indessen bietet schon die Werbung im Internet auf der eigenen Homepage oder einschlägigen Portalen durch wiederholte Inserate die Gelegenheit, im Fernabsatz einen Mietvertrag abzuschließen. Insoweit kann nicht gefordert werden, dass der Hauptgegenstand des Vertriebs im Fernabsatz organisiert ist¹⁷⁴. Ein organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem scheidet allenfalls aus, wenn der Unternehmer seine Geschäfte nur gelegentlich (sporadisch) mithilfe von Fernkommunikationsmittel tätigt¹⁷⁵. 169

Im Hinblick auf die **Darlegungs- und Beweislast des Vermieters** für das fehlende Vertriebs- oder Dienstleistungssystem, sollte dem Vermieter, jedenfalls wenn er (ggf. über die Hauverwaltung) mit geschultem Personal arbeitet, nicht allzu viel Hoffnung gemacht werden, dass er über diese Voraussetzung den Ausstieg schafft. Denn schon das Versenden mehrerer Mieterhöhungen, Betriebskostenabrechnung etc. und die Entgegennahme und Weiterleitung von Mängelanzeigen erfordert einen gewissen Organisationsgrad, dass relativ schnell als Vertriebssystem angesehen werden kann. 170

(3) Ausnahme: vorherige Besichtigung und Begründung des Mietvertrages

Unabhängig davon, wie der Mietvertrag zustande gekommen ist, kommt ein Widerruf nicht in Betracht, wenn zuvor eine Besichtigung stattgefunden hat. Dies gilt aber allein für die **Begründung des Wohnraummietvertrages**, § 314 Abs. 2 S. 2 BGB. Ein einschlägiges Rechtsgeschäft wird durch die Einigung der Parteien i.S.v. § 535 BGB herbeigeführt, wenn Gegenstand des Mietvertrages eine Wohnung ist oder bei gemischter Nutzung jedenfalls die Wohnraumnutzung überwiegt (vgl. B Rz. 94). 171

(a) Begründung von Mietverträgen

Bei der Begründung des Mietvertrages über Wohnraum muss es sich nicht um den **erstmaligen Abschluss** handeln. Erfasst wird auch der Fall, dass das Mietverhältnis beendet ist – egal auf welche Weise (z.B. Kündigung des Mieters, Kündigung des Vermieters, Aufhebungsvertrag) – und sich die Parteien zeitlich danach entscheiden, das Mietverhältnis fortzusetzen. War der alte Mietvertrag beendet, ist jede nachfolgende Vereinbarung über eine Vertragsfortsetzung dogmatisch die (ggf. konkludente) Begründung eines neuen Mietverhältnisses. In den denkbaren Konstellationen ist in der Regel aber die **Kenntnis des Mieters über die räumlichen Zustände der Wohnung** als Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB zu werten. Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Mieter in der Zwi- 172

170 BT-Drucks. 14/2658, 30.

171 Staudinger/Thüsing, § 312b BGB Rz. 53.

172 Bülow/Artz, NJW 2000, 2049 (2053).

173 Vgl. dazu Erman/Koch, § 312 BGB Rz. 66.

174 Hinz, WuM 2016, 76 (80); Hau, NZM 2015, 435 (439); a.A. Mediger, NZM 2015, 185 (190); Horst, DWW 2015, 2 (9).

175 Hinz, WuM 2016, 76 (81).

schenzeit ausgezogen ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Wohnung in der Zwischenzeit nicht baulich verändert wurde.

- 173 Auch beim **Mieterwechsel** oder **Beitritt** kommt eine Begründung des Mietvertrages in Betracht. Letzteres findet allerdings statt, wenn ein Schuldbeitritt oder gewillkürter Mieterwechsel vereinbart wird. Denn dadurch wird mit dem hinzutretenden bzw. dem neuen Mieter jedenfalls in personeller Hinsicht (erstmal) ein Mietverhältnis begründet. Für die Annahme einer Begründung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB ist maßgeblich, ob der **alte Mietvertrag fortgesetzt** werden soll oder die Parteien die Gelegenheit erfasst haben, um ein neues Vertragsverhältnis zu begründen. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Auch wenn derartige Situationen in der Regel nicht ohne „Besichtigung“ von Statten gehen, sollte der Rechtsanwalt die Umstände vollständig ermitteln. Denn die Einigung zwischen Mieter und Nachmieter bzw. Beitretendem kann auch in Fernkommunikation zustande gekommen sein. Gleiche Konstellationen sind denkbar, wenn der Vermieter und der Dritte gehandelt haben. Wenn die Schilderungen jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine Besichtigung ergeben, kann ein Widerrufsrecht schon deshalb begründet sein, weil der **darlegungs- und beweispflichtige Vermieter** den Ausnahmetatbestand des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB nicht beweisen kann.
- 174 In dem durch § 545 BGB geregelten Fall ist § 312 Abs. 4 BGB nicht anwendbar. Denn hier wird aufgrund seiner Fiktion der (alte) **Mietvertrag fortgesetzt** und kein neues Mietverhältnis begründet. Das Gleiche gilt, wenn eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB unwirksam wird. Zwar kann auch beim gewillkürten oder i.S.d. § 566 BGB gesetzlichen **Vermieterwechsel** ein neues Mietverhältnis mit dem Erwerber entstehen¹⁷⁶. Allerdings ist in diesen Fällen die Kenntnis des Mieters von der Wohnung als Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB anzusehen.

(b) Besichtigung

- 175 Der **Zweck** besteht darin, die angebotene Wohnung hinsichtlich der maßgeblichen Merkmale für die Entscheidung zur Anmietung prüfen zu können. Sie soll die „Katze-im-Sack-Situation“ vermeiden, die ansonsten die Einräumung des Widerrufsrechts rechtfertigt. Mit Rücksicht darauf ist der Begriff der Besichtigung **eng auszulegen**. Immerhin handelt es sich um eine **Ausnahme**. Das erfordert zunächst, dass die Besichtigung der Wohnung **räumlich umfassend** ermöglicht wurde. Deshalb alleine wird die Besichtigung einer nicht oder nur teilgeräumten Wohnung aber noch nicht von der Ausnahme nach § 312 Abs. 4 S. 2 BGB ausgeschlossen. Im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, soll sich der Mieter ein **unmittelbares und authentisches Bild von der Mieteinheit** in ihren wesentlichen Ausmaßen (Lage, Anzahl, Größe und Ausstattung der Räume) machen können, um seine Entscheidung über die Anmietung treffen zu können.
- 176 Es ist unerheblich, ob die Besichtigung in Anwesenheit einer **Vielzahl anderer Interessenten** oder **zeitlich begrenzt** stattgefunden hat. Die Ausmaße der Räume kann der Mieter erkennen, sobald er sie durchschreitet. Deshalb fällt grundsätzlich auch die Besichtigung der Räume einer künftigen Wohnung während der **Errichtung des Gebäudes** im Rohbau unter die Ausnahme des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB. Dazu müssen jedoch die Decke gezogen und alle Wände errichtet sein. Allenfalls wenn es z.B. wegen des Mietpreises entscheidend auf die Ausstattung ankommt, muss zusätzlich zumindest eine Bemusterung der maßgeblichen Einrichtungsgegenstände (Fliesen, Armaturen, Türen, Klinken, Bodenbelag) stattgefunden haben.
- 177 Sind einzelne **Teile der Mieteinheit nicht zugänglich**, z.B. weil Räume verschlossen sind, kann grundsätzlich keine Besichtigung i.S.v. § 312 Abs. 4 S. 2 BGB angenommen werden¹⁷⁷. Das gilt auch für Nebenflächen (z.B. Keller), weil diese ebenfalls für den Vertragsschluss maßgeblich sein können. Denn das Phänomen von z.B. feuchten Kellern oder die freie Zugänglichkeit der einzelnen Keller-

¹⁷⁶ Vgl. *Lützenkirchen*, Mietrecht, § 566 BGB Rz. 52 m.w.N.

¹⁷⁷ *Hinz*, WuM 2016, 76 (81); *Schmidt-Futterer/Blank*, Vor § 535 BGB Rz. 79; a.A. *Mediger*, NZM 2015, 166 (190): Besichtigung wesentlicher Teile der Wohnung genügt.

abteile können ein ausschlaggebendes Kriterium für den Vertragsschluss sein. Die Besichtigung von **Gemeinschaftsflächen** (z.B: Waschküche) kann dagegen nicht gefordert werden¹⁷⁸.

Die Besichtigung muss tatsächlich stattgefunden haben. Ein (ausdrücklicher) **Verzicht des Mieters** 178 ist unwirksam, § 312k BGB. Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Mieter während der Besichtigung auf die Inspektion einzelner Räume oder sonstiger Teile der Mietsache (z.B. Keller) verzichtet, die Besichtigung also von sich aus abbricht und die Parteien den Vertrag (vor Ort) schließen. Dieser Vorgang begründet die Ausnahme des § 312 Abs. 4 S. 2 BGB. Denn es kommt nicht darauf an, dass der Mieter von der Besichtigungsmöglichkeit umfassend Gebrauch macht, sondern dass sie bestand und von ihm solange und soweit wahrgenommen wurde, wie er sich ein ausreichendes Bild verschaffen konnte, um seine Vertragsentscheidung treffen zu können. Wenn der Mieter sich aus freiem Willen nach einer Teilbesichtigung zum Vertragsschluss entscheidet, kann er nicht widerrufen.

Der **Zeitraum zwischen der (letzten) Besichtigung und dem Abschluss des Mietvertrages** ist in 179 der Regel ohne Bedeutung. Zwar ist auch hier der Fall denkbar, dass Vermieter und Mieter gleichzeitig körperlich anwesend sind und daher die von § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB mit einer Überrumpelungsvermutung versehene Fallgestaltung vorliegt. Eine Zäsur oder ein größerer Zeitraum zwischen Besichtigung und Abschluss des Mietvertrages kann dennoch nicht gefordert werden. Zwar steht dem Mieter im anderen Fall ein Widerrufsrecht zu, für dessen Ausübung ihm mindestens vierzehn Tage Zeit gelassen werden. Der Zweck dieser Einrichtung besteht gerade darin, dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, die Ware zu besichtigen¹⁷⁹. Abgesehen davon hat Art. 3 Abs. 3 lit. f) VRRRL die Vermietung von Wohnraum ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie ausgenommen. Deshalb stand es dem (Deutschen) Gesetzgeber frei, für den Vertragstyp des § 312 Abs. 4 BGB die Anwendung zu eröffnen. Wenn aber schon vom Ausgangspunkt kein Schutz erforderlich sein soll, kann der eingeräumte Schutz nicht weiter ausgelegt werden, als bei den von vornherein einschlägigen Verträgen. Deshalb ist es ausreichend, wenn der Mietvertrag anlässlich, also während einer Besichtigung geschlossen wird, also eine zeitliche Zäsur nicht festgestellt werden kann¹⁸⁰.

Grundsätzlich muss die **Person** die Mieteinheit besichtigt haben, die später **Mieter** wird. Im Hin- 180 blick auf den Zweck der Vorschrift reicht es aus, wenn von mehreren Mietern einer die Wohnung besichtigt hat, sofern dies zwischen ihnen absprachegemäß erfolgt. Auch wenn dem (einzelnen) Mieter als Vertragspartner durch den Widerruf ein „Reuerecht“ eingeräumt wird, kann er sich bei der Besichtigung nach den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB vertreten lassen. Zwar ist die Besichtigung kein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie dient aber der Vorbereitung des Vertragsschlusses, so dass die Kenntnis der Räume das entscheidende Kriterium ist. Insoweit greift die **Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB**¹⁸¹, sofern nicht bereits eine Besichtigungsvollmacht als ausreichend angesehen wird¹⁸². Dazu ist aber eine tatsächliche Entsendung des Vertreters zur Besichtigung erforderlich. Nur weil z.B. ein Bekannter/Verwandter die Wohnung besichtigt hat, selbst vom Vertragsschluss Abstand nimmt, danach aber dem Mieter die Wohnung beschreibt, so dass dieser ohne Besichtigung anmietet, ist die Ausnahme nach § 312 Abs. 4 S. 2 BGB nicht gegeben. Das ist anders, wenn z.B. die Tochter die Studentenwohnung besichtigt, der Mietvertrag aber auf Mieterseite vom Vater als Fernabsatzgeschäft geschlossen wird. Hier hat derjenige die Wohnung besichtigt, der sie nutzen sollte, und damit die für den Vertragsschluss ausschlaggebende Komponente geschaffen. Maßgeblich sind also der **Zweck der Besichtigung** und zumindest eine wirtschaftliche Identität zwischen dem vor der Besichtigung beabsichtigten und dem abgeschlossenen Mietvertrag. Liegen **nur in einer Person** die

178 *Hinz*, WuM 2016, 76 (82).

179 *Erman/Koch*, § 356 BGB Rz. 10.

180 *Erman/Koch*, § 312 BGB Rz. 66.

181 *Hau*, NZM 2015, 435 (439); *Horst*, DWW 2015, 2 (8).

182 *Hinz*, WuM 2015, 76 (82).

Voraussetzungen des Widerrufsrechts vor, wird im Zweifel der gesamte Vertrag durch einen Widerruf erfasst¹⁸³.

- 181 Der **Vermieter** muss bei der Besichtigung **nicht anwesend** sein. Maßgeblich ist, ob der Mieter sich ein Bild vom Vertragsgegenstand verschaffen konnte. Es kommt nicht darauf an, dass der Vermieter bei der Besichtigung zur Beantwortung von Fragen zur Verfügung steht oder ergänzende Erläuterungen geben kann. Das kann auch noch bei der Gelegenheit der Unterzeichnung des Mietvertrages erfolgen. Allerdings liegt **keine Besichtigung** vor, wenn der Mieter in der **Rohbauphase** oder als Besuch beim Vormieter die Räume zufällig von innen gesehen hat. Denn es kommt entscheidend darauf an, dass er die Besichtigung **zur Anmietung** durchführt, um prüfen zu können, ob die Räume für seine vertragsgemäße Nutzung geeignet sind. Eine solche zweckgerichtete Besichtigung kann auch ohne eine dritte Person, aber auch bloß in Anwesenheit des Vormieters, Verwalters, Maklers, Hausmeisters oder sonstiger Personen stattfinden, die ihm den Zugang zur Wohnung einräumen. Maßgeblich ist, dass der Mieter die Wohnung mit prüfenden Augen betreten hat. Gibt er zu verstehen, dass er die Wohnung kennt und es ihm auf eine gesonderte Besichtigung für seine Entscheidung nicht ankommt, kann ein Termin grundsätzlich unterbleiben. Dem Vermieter sollte dennoch geraten werden, dem Mieter einen Termin (schriftlich oder in Textform) anzubieten und sich vom Mieter schriftlich eine „Verzicht“ mit der Begründung der Vorkenntnis geben zu lassen.
- 182 Das gilt erst recht, wenn der **Mieter** die Wohnung **infolge eigener Nutzung** (ausreichend) **kennt**. Das trifft z.B. für den Untermieter oder ein sonstiger Dritter bzw. Nicht-Dritter i.S.v. § 553 BGB zu, die die Wohnung bisher oder bis vor kurzem genutzt haben. Denn hat der Mieter schon vor dem Vertragsschluss in der Wohnung gelebt, kann er sich ein ausreichendes Bild von den Räumen machen, was der Besichtigung gleichkommt.

dd) Erfasste Vereinbarungen Rechtsfolgen (Verträge über die Vermietung von Wohnraum)

- 183 Neben der Begründung von Mietverträgen, die § 312 Abs. 4 BGB ausdrücklich nennt, sollen auch Vereinbarungen erfasst werden, die während bzw. aus Anlass der Abwicklung des Mietverhältnisses über Wohnraum geschlossen werden. Dafür spielt die Qualität des Wohnraums, also z.B. ob er preisfrei finanziert oder öffentlich-gefördert wurde, keine Rolle¹⁸⁴. Der Vertragstyp wird in der Regel ein Mietvertrag über **Wohnraum** sein, bei einem gemischten Vertrag muss der Wohnraum also das Übergewicht bilden. Zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer können aber auch Mietverträge über **Gewerberäume** geschlossen werden (z.B. Mietvertrag über eine Garage oder einen Stellplatz). Diese werden bereits vom Wortlaut des § 312 Abs. 4 BGB nicht erfasst. Eine Analogie ist mangels planwidriger Lücke nicht zulässig¹⁸⁵.
- 184 Erfasst werden neben dem Vertragsschluss als solchem insbesondere das – auch stillschweigende – Zustandekommen von **Vereinbarungen** über
- die Änderung des Mietobjektes,
 - die Aufnahme/Beitritt eines weiteren Mieters,
 - die Entlassung eines von mehreren Mietern,
 - die Änderung/Erweiterung des Vertragszwecks (z.B. gewerbliche Teilnutzung),
 - die Durchführung baulicher Veränderungen,
 - eine Mieterhöhung nach § 557 BGB (zur Mieterhöhung nach § 558b BGB vgl. B Rz. 158),
 - eine Veränderung der Umlagevereinbarung,

183 Ähnlich: *Hinz*, WuM 2015, 76 (82).

184 *Erman/Koch*, § 312 BGB Rz. 66.

185 *Hinz*, WuM 2015, 76 (82); a.A. *Lindner*, ZMR 2015, 261 (263).

- eine Modernisierung gem. § 555f BGB,
- die Aufhebung des Mietverhältnisses,
- eine Vereinbarung im Zuge der Rückgabe (z.B. Verzicht auf Kautionsrückzahlung),
- sonstige Vertragsänderungen.

Neben der in § 312 Abs. 4 BGB für die Begründung des Mietvertrages ausdrücklich genannte Besichtigung, bilden für alle erfassten Vereinbarungen insbesondere folgende Tatbestände eine **Ausnahme** vom Widerrufsrecht: 185

- der Vermieter ist kein Unternehmer i.S.v. § 14 BGB,
- der Mieter ist kein Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, z.B. auch weil er rechtlich beraten ist,
- die Vereinbarung wird in den Geschäftsräumen des Vermieters i.S.v. § 312 Abs. 4 BGB geschlossen,
- die Vereinbarung wird notariell beurkundet, § 312g Abs. 1 Nr. 13g BGB,
- die Vereinbarung wird im Rahmen eines protokollierten Vergleichs vor Gericht geschlossen, § 127a BGB.

Nach § 312g Abs. 2 Nr. 13 BGB besteht ein Widerrufsrecht nicht, wenn der Vertrag **notariell beurkundet** wird. Die notarielle Beurkundung wird nach **§ 127a BGB** durch einen gerichtlich **protokollierten Vergleich** ersetzt. Mit Rücksicht darauf sind sowohl Vertragsänderungen als auch die Begründung von Mietverträgen im Rahmen des protokollierten Vergleichs nicht nach § 312g BGB widerruflich. 186

Ob die Ausnahme nach §§ 312g Abs. 2 Nr. 13, 127a BGB auch für den Vergleich gilt, der im Beschlusswege nach **§ 278 Abs. 6 ZPO** festgestellt wird, ist umstritten¹⁸⁶. Dieser Streit kann **im Regelfall dahinstehen**, weil der nicht professionell vertretene Mieter die Mietsache kennt und daher der Besichtigungsfall des § 312 Abs. 4 BGB jedenfalls für die Fälle der Begründung von Mietverträgen anzunehmen ist. Das gilt selbst dann fast ausnahmslos, wenn durch den Vergleich eine Person in den Mietvertrag aufgenommen wird, die bisher nicht Mieter ist. Ebenso kann die Streitfrage offen bleiben, wenn der **Mieter/Verbraucher** durch einen **Rechtsanwalt** oder sonstigen professionellen Berater (z.B. Mieterverein) **vertreten** ist. Ist der Vertreter nämlich nicht geschäftsunerfahren, ist schon wegen des Rechtsgedankens des § 166 BGB kein Raum für Verbraucherschutz¹⁸⁷. Für die verbleibenden Konstellation scheidet aber die Annahme eines – einzig in Betracht kommenden – Fernabsatzgeschäftes nach § 312c Abs. 1 BGB im Rahmen des Verfahrens nach § 278 Abs. 6 ZPO aus. Denn hier erfolgt der Vertragsschluss nicht unmittelbar zwischen den Parteien, sondern durch **Vermittlung des Gerichts**. 187

b) Belehrung über das Widerrufsrecht

Liegt keine Ausnahme vor, entsteht für jeden Mieter in der Regel ein Widerrufsrecht nach § 312g BGB, das er gem. § 355 Abs. 2 BGB innerhalb von **vierzehn Tagen seit dem Abschluss der Vereinbarung** ausüben kann. 188

Diese **Frist beginnt** nach § 356 Abs. 3 BGB aber nur, wenn der Vermieter den Mieter entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB unterrichtet hat. Ist eine solche Information – auch in der gehörigen Art und Weise – **unterblieben**, gilt eine absolute Widerrufsfrist von **einem Jahr und vierzehn Tagen**. 189

186 Erman/Arnold, § 127 BGB Rz. 5 m.w.N.

187 BGH v. 2.5.2000 – XI ZR 150/99, MDR 2000, 1121 = NJW 2000, 2268.

- 190 In der Beratung sollte alles darauf angelegt sein, den **Vermieter** darin **anzuleiten**, die kürzeste Frist in Gang zu setzen, wenn sich schon keine Ausnahme konstruieren lässt. Selbst wenn die Annahme einer **Ausnahme unsicher** ist, sollte auf eine Belehrung des Mieters hingearbeitet/gedrängt werden. Die Entscheidung, ob die Belehrung dann tatsächlich erfolgt, sollte dem Mandanten vorbehalten bleiben. Es kann gute Gründe geben, die Belehrung zu unterlassen. Allein schon der Gedanke, den Mieter durch die Belehrung erst auf die Idee zu bringen, dass ihm ein Widerrufsrecht zusteht, kann manche Vermieter aus der Fassung bringen zumal, wenn ein wirtschaftlicher **Verlust/Nachteil** droht. Dennoch sollte von Seiten des Rechtsanwalts immer die **Folge des Unterbleibens** aufgezeigt werden. Diese besteht in der Regel darin, dass eine Widerrufsfrist von einem Jahr und vierzehn Tagen besteht und der Mieter während dieser langen Zeit durch Dritte aufgeklärt werden kann. Das entscheidende Argument für die Belehrung ist die Tatsache, dass spätestens mit Ablauf der vierzehn Tage **Rechtssicherheit** eintritt.
- 191 Um die Belehrung in der **gehörigen Art und Weise** zu erteilen, muss der Vermieter den Mieter vor Abgabe seiner Erklärung, die zum Vertragsschluss führt, über das Widerrufsrecht informieren. Spätestens durch § 357 Abs. 3 BGB wird klar, dass die Belehrung **jederzeit nachgeholt** werden kann und, sofern die längste Frist noch nicht abgelaufen ist, die Vierzehn-Tage-Frist in Gang setzt. Bei **mehreren Personen** auf der Mieterseite besteht die Informationspflicht jedem Mieter gegenüber¹⁸⁸. Auf Seiten des Vermieters reicht es aus, wenn die Informationen durch eine der Personen erfolgt, die Vermieter werden sollen.
- 192 Welche **inhaltlichen Anforderungen** für die Belehrung gelten, legen für die hier einschlägigen Situationen § 312d BGB und Art. 246a EGBGB fest. Für die von Art. 246b § 4 Abs. 1 EGBGB geforderte Rechtzeitigkeit der Belehrung reicht es aus, dass sie zeitlich unmittelbar vor der Abgabe der Vertragserklärung des Mieters erfolgt, so dass er diese Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, sie auch widerrufen zu können. Sollte sich das Mandat nach Vertragsschluss mit (vermeintlicher) Belehrung abspielen und **Zweifel an der ausreichenden Erfüllung der Informationspflicht** entstehen, sollte die Belehrung vorsorglich nachgeholt werden.
- 193 Eine besondere **Form** sehen die Vorschriften über die Informationspflichten des Vermieters für den Fall vor, dass ein Vertrag **außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers** geschlossen wird. Dazu bestimmt Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB, dass der Vermieter die Informationen **auf Papier** zur Verfügung stellen muss. Davon kann nur abgewichen werden, wenn der Mieter zustimmt. In diesem Fall muss die Belehrung aber auf einem anderen dauerhaften Datenträger (z.B. **Mail, Stick**) lesbar gespeichert und dem Mieter dieser Datenträger übergeben worden sein. Für den Abschluss von Verträgen in Papierform bietet sich daher in der Praxis an, vor der Unterschriftenzeile die Belehrung zu platzieren und den Entwurf der Widerrufserklärung als Anlage beizuheften. Eine Mail sollte mit Lesebestätigung versendet werden. Die Übergabe eines Sticks muss ausreichend auch wegen des Inhalts dokumentiert werden.
- 194 Inhaltlich muss die **Information klar und verständlich** sein, Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB. Dazu muss sie die in dieser Vorschrift aufgestellten Mindestangaben enthalten, insbesondere die Adresse des Widerrufsempfängers, seine Telefon-¹⁸⁹ und ggf. Faxnummer, Mail-Account und die Beschreibung, wie der Widerruf auszuüben ist. Auf der Grundlage der Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB kann eine solche Belehrung z.B. wie folgt aussehen.

¹⁸⁸ Erman/Koch, § 312b BGB Rz. 4.

¹⁸⁹ Die Widerrufserklärung kann auch mündlich erfolgen: LG Bochum v. 6.8.2014 – I-13 O 102/14, MMR 2015, 111 (Ls) = GRUR-RR 2015, 70 = K + R 2014, 824.