

Unterlassungsansprüche bei rechtswidrigem Verhalten des Vermieters

I. Einführung

Die mietrechtlichen Zeitschriften und Kommentare sind voll von Entscheidungen zu Ansprüchen der Mietvertragsparteien auf Zahlung, Vornahme von Handlungen, von Renovierungen angefangen bis zur Räumung. Bei all diesen Verfahren geht es um die Durchsetzung eines Anspruchs, der bekanntlich nach der - etwas versteckt im Verjährungsrecht untergebrachten - Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB nicht nur ein positives Tun zum Gegenstand haben kann, sondern auch ein Unterlassen, zu dem man sich auch vertraglich verpflichten kann, § 241 Abs. 1 S. 2 BGB. Das kommt etwa zum Tragen, wenn es um die (ungeschriebene) Konkurrenzschutzverpflichtung des Vermieters geht. Das Thema des Einführungsreferats weist nun aber nicht in die Richtung ausdrücklich oder stillschweigend in einem Vertrag übernommener Unterlassungspflichten, sondern auf die Unterlassungsansprüche, die geltend gemacht werden können, wenn der Vermieter „über die Stränge schlägt“. Dabei kommen ganz unterschiedliche Anknüpfungspunkte in Betracht, und es würde den zeitlichen Rahmen sprengen, alle in Betracht kommenden Unterlassungsansprüche auch nur anzureißen. Nach einem gerafften Überblick über die Unterlassungsansprüche „im Allgemeinen“ soll es im Schwerpunkt des Vortrags um Unterlassungsansprüche gehen, die nach den Regeln des Unterlassungsklagegesetzes¹ durchzusetzen sind. Hier wiederum wird nicht das Konkurrenzverhältnis zum UWG thematisiert, das angesprochen ist, wenn und weil die Verwendung unzulässiger AGB zugleich einen Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 11 UWG, also einen Verstoß gegen solche gesetzlichen Vorschriften darstellt, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.²

II. Ausgangsfälle

¹ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG) v. 26.11.2001 in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.8.2002, BGBl. I, S. 3422, 4346, zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22.7.2014, BGBl. I, S. 1218, geändert.

² Dazu etwa *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl., Vor § 307 Rn. 90a.; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 6. Aufl., § 4 Rn. 11/78 f.; *Köhler*, GRUR 2010, 1047.

Nähern wir uns dem Thema anhand eines Ausgangsfalls, der durch verschiedene Konstellationen „durchdekliniert“ werden soll:

1. Der Vermieter V, ein Mensch mit deutlichen Neigungen zum Kontrollzwang, hält in seinen Mietvertragsbedingungen, die er für seine beiden vermieteten Wohnungen, die in seinem erbten elterlichen Haus belegen sind, einheitlich und seit Jahren ständig verwendet, folgende Regelung vor: „Im Hinblick auf das Eigentum des Vermieters an den gemieteten Wohnräumen und die Verkehrssicherungspflichten des Vermieters ist es diesem und seinem Beauftragten gestattet, die Besichtigung der Mieträume von 8.00 bis 18.00 Uhr zur Prüfung ihres Zustandes vorzunehmen, sofern er dem Mieter die Besichtigung in der Regel mindestens 24 Stunden vorher angekündigt hat.“³

2. Wie wäre es, wenn der V das nicht im Formularvertrag geregelt hat, sondern einfach so macht, indem er ohne Anlass, dafür aber in einigermaßen pünktlich eingehaltenem Jahresturnus erscheint, um die beiden vermieteten Wohnungen zu inspizieren. Die Mieter haben sich das bereits verboten, indes ohne Erfolg: Lässt ein Mieter den Vermieter nicht in die Wohnung, kehrt der Vermieter in der Abwesenheit des Mieters zurück, um auf eigene Faust das „Terrain zu sondieren“.

3. Wie wäre es, wenn Vermieter die V GmbH, ein Großvermieter, ist und dieselbe Klausel wie die in Nr. 1 zitierte verwendet?

4. Wie wäre es, wenn V GmbH keine Klausel im Mietvertrag vorhält, aber das, was in der zuvor zitierten Klausel geregelt ist, einfach durchführt (wie in Nr. 2)?

III. Unterlassungsansprüche im Allgemeinen

1. Ausgangsüberlegungen

Die Erhebung eines Anspruchs ist immer auf ein künftiges Tun gerichtet, nämlich auf seine Erfüllung. Seinen Ursprung hat dieser Anspruch in der Regel in der Vergangenheit, sei es in Form der vertraglichen Verpflichtung, sei es in derjenigen einer Pflichtverletzung hieraus oder auch losgelöst von einer schon bestehenden schuldrechtlichen Sonderverbindung. Letzterenfalls machen Anspruchserhebung und Klage die Pflichtverletzung freilich nicht ungeschehen, sondern suchen nur eine rückwirkende Kompensation herbeizuführen. Soweit es sich um Pri-

³ Die Klausel war Gegenstand eines der wenigen Klauselkontrollverfahren nach dem UKlaG (siehe dazu noch unten bei Fußn. 54) und wurde vom OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 15697, mit vollem Recht kassiert; ebenso für eine im Kern ähnliche Klausel BGH, NZM 2014, 635 Rn. 16 ff. mit krit. Anm. *Rolfs*, LMK 2014, 361203; zu den Einzelheiten siehe BeckOGK-BGB/H. *Schmidt*, 1. Ed., § 535 Rn. 473 ff.; siehe auch BeckOK-BGB/*Ehlert*, 34. Ed., § 535 Rn. 218.

märrechte geht, also die Erfüllung, kann der tatsächlich geschuldete Zustand herbeigeführt werden, wenn auch in der Klagesituation in der Regel⁴ später als ursprünglich intendiert. Soweit es um die Kompensation einer Pflichtverletzung in Form des Schadensersatzes geht, sieht § 249 Abs. 1 BGB zwar als Regelanspruch die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, also die Naturalrestitution, vor, aber wir wissen alle, dass dies an rein tatsächliche Grenzen stößt: Wird der Körper eines Menschen durch eine deliktische Schädigung eines anderen verletzt, kann man dies bekanntlich nicht rückgängig machen, sondern nur heilen - und da möge Gott vor sein, dass der Schädiger dazu (erneut) „Hand anlegt“, was § 249 Abs. 2 BGB denn auch verhindert.

Nun gibt es Situationen, in denen der nachgelagerte Rechtsschutz als unzureichend angesehen wird oder es schlicht dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, zuerst die Rechtsgutsverletzung abzuwarten, um dann Schadensersatz geltend zu machen. Der Satz „Dulde und liquidiere!“ gilt eben nicht durchgehend. Schon die Römer kannten die „actio negatoria“, gerichtet auf die Abwehr unberechtigter Einwirkungen auf das Eigentum an einer Sache.⁵ Das ist auf uns in § 1004 BGB übergekommen, also den negatorischen dinglichen Abwehranspruch auf Beseitigung und, bei Besorgnis weiterer Störungen, auf deren Unterlassung. Bei der Begrenzung auf den Eigentumsschutz ist es nicht geblieben. Wie Sie alle wissen, gewährt die analoge Anwendung des § 1004 BGB jedenfalls auch einen „quasi-negatorischen“ Anspruch, gerichtet auf die Abwehr von Störungen und deren Unterlassung auch bei anderen (absoluten) Rechtsgütern,⁶ der damit auch die schuldrechtlichen Deliktsschutznormen flankiert.⁷

Ein besonders harsches Schutzregime hat eine Rechtsposition erlangt, die von sich aus gar kein Recht, sondern „nur“ eine tatsächliche Sachherrschaft meint, nämlich der Besitz. Wird er gegen den Willen des Inhabers und ohne gesetzliche Erlaubnis entzogen oder auch nur gestört, kann der Besitzer sich derartiger Eingriffe, die als verbotene Eigenmacht bekannt sind (§ 858 Abs. 1 BGB), in geeigneten Fällen auch mit Gewalt erwehren. Im Übrigen ist die verbotene Eigenmacht ebenfalls Zielobjekt von Klagen auf Wiedereinräumung des in verbotener Eigenmacht entzogenen Besitzes, § 861 BGB, von Störungsbeseitigungsklagen nach § 862 Abs. 1 S. 1 BGB

⁴ Von Klagen auf künftig fällig werdende Leistungen oder bei Besorgnis nicht rechtzeitiger Erfüllung, §§ 257 ff. ZPO, abgesehen.

⁵ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., § 27 Rn. 23.

⁶ Seit RGZ 60, 6 (7), in der noch auf eine Gesamtanalogie zu §§ 12, 862 und 1004 BGB abgestellt wurde, ständige Rspr.

⁷ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 1.6.

sowie von Unterlassungsklagen nach § 862 Abs. 1 S. 2 BGB, auf die im Zusammenhang mit dem Mietbesitz noch zurückzukommen sein wird.

Schon hier ist zu notieren, dass Unterlassungsklagen nur in Betracht kommen, wenn es sich um wiederholte Störungen handelt oder doch zumindest die Gefahr der Wiederholung vorliegt, wie es etwa in § 862 Abs. 1 S. 2 BGB formuliert ist. Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr verlangt nun nicht, dass der potentiell in einem Recht beeinträchtigte zunächst diese Beeinträchtigung ein erstes Mal über sich ergehen lassen müsste, bis er sich wehrt. Anerkannt ist seit langem, dass eine Unterlassungsklage auch schon erhoben werden kann, wenn die erste Störung droht, man spricht dann von der Erstbegehungsgefahr. Auf beides wird insbes. im Zusammenhang mit den Ansprüchen nach dem Unterlassungsklagengesetz zurückzukommen sein.

2. Überblick über ausgewählte Unterlassungsansprüche

Unterlassungsklagesituationen gibt es auch im Mietrecht. Beispielhaft und ohne dass auch hier wieder alle denkbaren Konstellationen durchgespielt würden, geht es um die nachfolgend skizzierten Anwendungsfälle:

a) § 535 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf die Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch tauglichen Zustand begründet einerseits Handlungspflichten des Vermieters.⁸ Andererseits ist es aber auch anerkannt, dass sich aus der Norm eine Verpflichtung des Vermieters herleiten lässt, Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu unterlassen.⁹ Der Mieter muss also nicht abwarten, bis „etwas passiert“ ist, sondern er kann durch eine Unterlassungsklage, ggf. auch durch eine einstweilige Verfügung, vermeiden, dass „etwas passiert“.¹⁰ Im Hinblick darauf, dass die Überlassungs- und Erhaltungspflicht Hauptpflicht des Vermieters ist, die im synallagmatischen Verhältnis zur Mietzahlungspflicht steht, kann der Mieter die Miete, soweit nicht durch einen Mangel ex lege gemindert, nach § 320 Abs. 1 BGB zurückhalten. Da es sich bei diesem Anspruch um den Erfüllungs-, nicht um einen Gewährleistungsanspruch handelt, kann der Mieter den Unterlassungsanspruch auch dann noch geltend machen,

⁸ Allgemein BeckOGK-BGB/H. Schmidt (o. Fußn. 3), § 535 Rn. 311; BeckOK-BGB/Ehlert (o. Fußn. 3), § 535 Rn. 183.

⁹ Siehe etwa MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 535 Rn. 132 ff.; Huebner/Griesbach/Fuerst, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 14 Rn. 99; zum Unterlassungsanspruch aus Konkurrenzschutzgesichtspunkten Kraemer/Ehlert, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. III. B Rn. 3003.

¹⁰ Kraemer/Ehlert (o. Fußn. 9), Rn. 3003; ausf. zum einstweiligen Rechtsschutz in Mietsachen Hinz, WuM 2005, 615 (dort unter III. 3. lit. m zum Konkurrenzschutz).

wenn er Gewährleistungsansprüche wegen §§ 536b, 536c Abs. 2 BGB nicht geltend machen könnte.¹¹ In Betracht kommen derartige Ansprüche, um nur ein Beispiel aus der Gewerbemiete zu nennen, bei Verstößen des Vermieters gegen das (ungeschriebene) vertragliche Konkurrenzschutzgebot.¹² Im wohnungsmietrechtlichen Kontext kann der Mieter aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB etwa die Unterlassung von unangekündigten Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen durchsetzen.¹³

b) Besitzschutzansprüche

Die sachenrechtliche Folge des Mietvertrags ist, dass der Mieter unmittelbarer Besitzer oder, wenn sich der Besitz nur auf Teile des Grundstücks bezieht, wie das beim im Gesetz als Beispiel genannten Wohnungsmieter der Fall ist, unmittelbarer Teilbesitzer (§ 865 BGB), der Vermieter nur mehr mittelbarer Besitzer des Grundstücks wird. Dieser Besitz ist bekanntlich nach den §§ 858 ff. BGB gegen Besitzentziehung oder -störung geschützt, und zwar auch dann, wenn Entziehung oder Störung vom mittelbar besitzenden Eigentümer ausgehen. Neben der bekanntermaßen ruppigen Besitzkehr und -wehr (§ 859 BGB nennt dies das Selbsthilferecht des Besitzers) kommen auch weniger „hemdsärmelige“ Remeduren in Betracht, insbesondere der Unterlassungsanspruch nach § 862 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn der Störer zu erkennen gibt, dass es nicht nur bei einer Störung sein Bewenden haben wird. In Betracht kommt der Unterlassungsanspruch, der ggf. auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann,¹⁴ in den bereits auf dem Mietgerichtstag diskutierten Fällen¹⁵ der nicht oder nicht gesetzeskonform angekündigten Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen nach den §§ 555a ff. BGB. Denn in den Fällen nicht gehöriger Ankündigung ist der in den §§ 555a und 555d BGB angeordnete Duldungsanspruch nach weit überwiegender Ansicht nicht fällig.¹⁶ Und dass Baumaßnahmen auch dann zu einer Besitzstörung führen können, wenn sie nicht innerhalb der gemieteten Räume selbst stattfinden (es werden beispielsweise neue Fenster eingebaut), sondern durch allerhand Immissionen auf die Mieträume einwirken, die das Maß des § 906 BGB (unwesentliche oder ortsübliche Störung) übersteigen, ist ebenfalls anerkannt.¹⁷

¹¹ Dazu ausführlich *H. Schmidt*, NZM 2013, 705 (709) m.w.N.

¹² *Kraemer/Ehlert* (o. Fußn. 9), Rn. 3003.

¹³ Dazu jüngst *Hau*, NZM 2014, 809 (811).

¹⁴ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1526; MünchKomm-BGB/*Joost* (o. Fußn. 9), § 861 Rn. 15 m.w.N.

¹⁵ *Lehmann-Richter*, NZM 2011, 572.

¹⁶ Noch zu § 554 BGB a.F.: BGH, NZM 2011, 849 Rn. 19 m.w.N.; *Lehmann-Richter* (o. Fußn. 15), 573; BeckOGK-BGB/*Schepers* (o. Fußn. 3), § 555c Rn. 33; i. Erg. ebenso *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 4. Aufl., § 555c Rn. 29; *Hau* (o. Fußn. 13), 811 mit dem zutreffenden Hinweis, dass formelle Fehler der Ankündigung ohne jede negative Auswirkung auf die Mieterposition unschädlich sind.

¹⁷ OLG Brandenburg, BeckRS 2009, 19395; LG Berlin, NZM 2014, 826; BeckOK-BGB/*Fritzsche* (o. Fußn. 3) § 858 Rn. 10 f.; *Hau* (o. Fußn. 13), 813; *Lehmann-Richter*, NZM 2013, 451 (452).

Schwieriger sind die Fälle, in denen eine Maßnahme allerdings *lege artis* angekündigt wurde und auch den sonstigen Vorgaben der §§ 555a ff. BGB genügt, der Mieter aber dennoch über die possessorischen Schutznormen versucht, dagegen wiederum im Wege einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen, der bekanntlich bei glaubhafter Darlegung verbotener Eigenmacht auch ohne einen - noch zusätzlich- darzulegenden Verfügungsgrund gewährt werden kann.¹⁸ Das LG Berlin hat das in einem jüngeren Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO unter Hinweis darauf angenommen, dass dem im Possessorium in Anspruch genommenen Schuldner ein petitorischer Einwand nur insoweit zustehe, als es um den Ausschluss schon der verbotenen Eigenmacht gehe, wie sich aus § 863 BGB ergebe.¹⁹

Das ist auf den ersten Blick ein überraschendes Ergebnis: Einerseits gibt das Mietrecht dem Vermieter einen Duldungsanspruch gegen den Mieter in Hinsicht und unter den Voraussetzungen der in §§ 555a BGB geregelten Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, andererseits wird exakt in diesen zu duldbaren Maßnahmen eine verbotene Eigenmacht gesehen. Ist das wieder so ein Fall, in der das Gesetz nicht zu Ende gedacht worden ist? Letzteres kann man beim „modernen“ Gesetzgeber Brüsseler oder Berliner Provenienz nie zweifelsfrei ausschließen, wäre hier aber vorschnell. Denn im Grundsatz ist diese scheinbare Diskrepanz rechtlich konsequent, wenn man von folgenden Grundlagen ausgeht: Der Duldungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter ist ein schuldrechtlicher Anspruch wie jeder andere auch, nur dass er nicht auf eine positive Leistung gerichtet ist, sondern zunächst einmal auf ein „Stillhalten“. Was wäre aber, wenn ein sonstiger Anspruch im Raum stünde. Nehmen wir einen Anspruch auf eine Nebenkostennachzahlung, die der Vermieter nach allen Regeln der Kunst richtig berechnet hat, der Mieter aber keine Lust hat zu begleichen. Würde der Vermieter nun beim Mieter ohne weiteres den Zahlungsbetrag womöglich unter Gewaltanwendung einziehen, hätte niemand einen Anflug von Skrupel dagegen, den Vermieter mit der gesamten Schärfe des Gesetzes einschließlich der Regelungen über die verbotene Eigenmacht und allfälliger strafrechtlicher Implikationen, die wir hier aber nicht erörtern wollen, zu überziehen, denn er wendet Faustrecht an, was unseren Vorstellungen eines Rechtsstaates mit Gewaltmonopol des Staates nicht entspricht. Wenn er sein Geld haben will, braucht er einen Titel und kann dann vollstrecken.²⁰ Der Gerichtsvollzieher kann den Betrag zur Not mit Gewalt und gegen den Willen des Schuldners

¹⁸ OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1516; ebenso *Zöller/Vollkommer ZPO*, 30. Aufl., § 940 Rn. 8 Stw. Herausgabe und Sequestration, Räumung und Besitzschutz.

¹⁹ LG Berlin, NZM 2014, 826 = NJW-RR 2015, 14; zuvor schon in NZM 2013, 465 (466).

²⁰ Die einzige legale Möglichkeit der Selbstvollstreckung könnte er ggf. auch ziehen, nämlich die Aufrechnung.

einziehen. Gewendet auf den Fall der Duldung kann doch nichts anderes gelten: Es mag ja sein, dass der Vermieter einen Anspruch auf diese Duldung hat, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Aber deswegen kann er diese Duldung doch nicht kurzer Hand herbeizwingen, indem er einfach tut, was der Mieter zu dulden hat, sondern er muss sich notfalls einen Titel beschaffen, ganz ebenso wie sein Vermieterkollege mit der Geldforderung. Dieser Titel beseitigt dann die verbotene Eigenmacht, wie aus § 864 Abs. 2 BGB hergeleitet werden kann. Der sieht vor, dass der Besitzschutzanspruch u.a. dann erlischt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht rechtskräftig durch Urteil festgestellt ist, dass die Handlungsweise des Störers berechtigt erfolgt, sei es aus dinglichen, sei es aus obligatorischen Rechten heraus.²¹ Der Wortlaut sieht zwar vor, dass zuerst die verbotene Eigenmacht erfolgt und dann das Urteil gesprochen wird. Nach zutreffender Ansicht ist die Reihenfolge aber nicht zwingend²² und im Übrigen wird auch angenommen, dass die verbotene Eigenmacht bereits mit der Ankündigung der Maßnahme beginnt, so dass selbst wenn man zu § 864 Abs. 2 BGB, wie es wohl herrschendem Verständnis entspricht, einen dem Wortlaut verbundenen Standpunkt einnimmt,²³ aus ihm die hier behauptete Konsequenz gezogen werden kann. Das Dilemma für den Vermieter ist allerdings, dass der Mieter nur dulden muss, nicht aber eine Mitteilungspflicht besteht, ob er mit der Maßnahme einverstanden ist. Lediglich der Härte widerspruch nach § 555d Abs. 2 BGB und das Sonderkündigungsrecht nach § 555e BGB sind durch fristgebundene Erklärungen auszubringen. Von daher läuft der Vermieter in die Gefahr, dass er im Vertrauen auf deren Ausbleiben nach Ablauf der dafür vorgesehenen regelmäßigen Monatsfristen nach Zugang der Modernisierungsankündigung (§§ 555d Abs. 3, Abs. 4, 555e Abs. 1 S. 2 BGB) und unter Wahrung der Ankündigungsfrist mit den Arbeiten beginnt und der Mieter ihn dann mit Besitzschutzansprüchen überzieht oder umgekehrt, dass der Vermieter einen Duldungstitel einklagt und der Mieter sofort anerkennt mit der Kostenfolge des § 93 ZPO. In der Situation scheint es gerechtfertigt, in der Modernisierungsankündigung den Mieter zu bitten,²⁴ seine Duldungsbereitschaft dem Vermieter anzuzeigen, wobei dem Mieter mE eine Frist für diese Erklärung gesetzt werden sollte, die aber keinesfalls die zuvor genannten Erklärungsfristen unterschreiten darf. In den Vorschriften sind zwar keine derartigen Erklärungen des Mieters vorgesehen, abweichende

²¹ *Staudinger/Gutzeit*, BGB, Neubearb. 2012, § 864 Rn. 6; *BeckOGK-BGB/Götz* (o. Fußn. 3), § 864 Rn. 40; *BeckOK-BGB/Fritzsche* (o. Fußn. 3), § 864 Rn. 10.

²² RGZ 107, 258 (259) unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 864 BGB auf S. 260; im Anschluss daran etwa *MünchKomm-BGB/Joost* (o. Fußn. 9), § 864 Rn. 11.

²³ *Staudinger/Gutzeit* (o. Fußn. 21), § 864 Rn. 11.

²⁴ So auch das Formular bei *BeckOGK-BGB/Schepers* (o. Fußn. 3), § 555c Rn. 61; ähnlich *Wetekamp*, in: *Nies/Gies*, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, 4. Auflage 2013, Formular B IV. 1, allerdings mit einer nur zweiwöchigen Fristsetzung

Vereinbarungen unzulässig und verbraucherrechtswidrige Praktiken wegen § 2 UKlaG gefährlich. Zur Erlangung eines gewissen Maßes an Planungssicherheit und zur Meidung unnützer Prozesse sollte eine Erklärung des Mieters verständigerweise aber gefordert werden dürfen. Klarzustellen wäre bei der Aufforderung freilich, dass durch die Erklärung etwa die nachträgliche Nennung von Härtegründen nach § 555d Abs. 4 BGB nicht ausgeschlossen ist.

IV. Insbes.: Unterlassungsansprüche nach dem Unterlassungsklagegesetz (UKlaG)

1. Unterlassungsklage als Rechtsschuttmittel neben dem Individualrechtsschutz

Gemeinhin sieht man den Zivilprozess aus der Sicht des „rechtssuchenden Publikums“ als das Mittel an, einen Anspruch, den der Kläger für sich reklamiert, durchzusetzen,²⁵ ohne dass dabei das Allgemeininteresse der Bewahrung und Durchsetzung des Rechts eine Rolle, zumindest aber eine prominente Rolle, spielte.²⁶ Insofern steht im Vordergrund ein „individuelles“ Verständnis des Zivilprozesses, der eben auf die Feststellung und Verwirklichung eines individuellen Anspruchs, der sich aus den Regeln des materiellen Rechts ergibt, ausgerichtet ist.²⁷ Von daher kann man mit einigem Recht das Prozessrecht als die Umsetzung des materiellen Rechts ansehen.²⁸ Auf dieser ein Individualrecht feststellenden Funktion des Zivilverfahrens liegt denn auch im Mietrecht der Schwerpunkt gerichtlicher Tätigkeit, wenn es etwa darum geht, den säumigen Mieter auf Zahlung zu verklagen oder auf Räumung oder umgekehrt, den mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug befindlichen Vermieter zur Durchführung von Reparaturen zu bewegen oder eben, wie eben angerissen, Störungen des Mieterbesitzes zu unterlassen.

²⁵ Braun, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, S. 51.

²⁶ Braun (o. Fußn. 25), S. 346; dieser Gedanke ist in der Eingangsinstanz sicher zutreffend, in den höheren Instanzen und vollends in der Revisionsinstanz drängen sich aber eher übergeordnete Gesichtspunkte (Fortbildung des Rechts, Wahrung der Rechtseinheit, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, § 543 Abs. 2 ZPO) in den Vordergrund.

²⁷ Zöller/Vollkommer (o. Fußn. 18), Einl. Rn. 39.

²⁸ Deutlicher als es vielleicht heute der Fall ist, wurde die (wechselseitige) Bedingtheit von materiellem Anspruch und seiner Durchsetzung im römischen Recht der Antike. Dieses verstand unter dem Begriff „actio“ einerseits die Rechtshandlung zur Durchsetzung des Rechts in einem Verfahren, andererseits zugleich auch den Anspruch selbst, dazu Kaser/Knützel (o. Fußn. 5), § 4 Rn. 6; § 80 Rn. 1 ff. In den Anfängen scheint dabei sogar der prozessuale Durchsetzungsakt, mit dem sich der „actor“ an das Gericht wendet, im Vordergrund gestanden und der (materiell-rechtliche) Anspruch sich aus dieser „actio“ überhaupt erst hergeleitet zu haben, vgl. Braun (o. Fußn. 25), S. 36.

Seit geraumer Zeit ist aber neben diese „individuelle“ Komponente des Zivilprozesses eine „generelle“ getreten.²⁹ In diesem Zusammenhang interessiert hier das Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG).³⁰ Das Gesetz mag jung erscheinen, seine Vorläufer sind aber schon - teils sehr - alt: Erstmals durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896³¹ wurde neben den Mitbewerbern „Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen“ ein klagbarer Anspruch gegen irreführende Werbeangaben gegeben.³² Lange Jahre später, aber auch schon wieder rund 40 Jahre her, wurden im damaligen AGBG³³ ebenfalls Vorschriften über Verbandsklageverfahren implementiert, die den UWG-Vorschriften nachempfunden waren.³⁴ Im Zuge der Überführung der materiellen Klauselkontrollvorschriften aus dem AGBG in die §§ 305 ff. BGB wurde das UKlaG als verfahrensrechtlicher Teil erlassen,³⁵ der sowohl die verbraucherschutzrechtlichen wie die AGB-rechtlichen abstrakten Klauselkontrollverfahren erfasst.

Aufgrund der Unterlassungsklagenrichtlinie³⁶ war der Geltungsbereich von Unterlassungsklagemöglichkeiten auf alle Verhaltensweisen zu erweitern, die gegen bestimmte, im Anhang der Richtlinie genannte Verbraucherschutzvorschriften verstoßen,³⁷ also nicht nur die Verwendung unwirksamer AGB. Die Umsetzung erfolgte zunächst in den §§ 22 und 22a AGBG,³⁸ von wo die Regelungen nunmehr in § 2 (entspricht § 22 AGBG) und § 4 (entspricht § 22a AGBG) übernommen worden sind. Betroffen sind die in § 2 UKlaG nicht abschließend genannten Verbraucherschutzregelungen. Darauf wird zurückzukommen sein.

²⁹ Zu neueren Tendenzen kollektiven Rechtsschutzes im Bereich von Massenschäden: *Bamberger*, in: *Buschbell-Steeger/Schmidt/Jansen/Leverkinck* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Eichele*, 2013, S. 19 ff.

³⁰ Siehe schon oben Fn. 1.

³¹ RGBL. S. 145.

³² § 1 Abs. 1 S. 2 UWG a.F. lautete wörtlich: „Dieser Anspruch kann von jedem Gewerbetreibenden, der Waaren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, oder von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können.“

³³ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9.12.1976, BGBl. I, S. 3317.

³⁴ BT-Drs. 7/3919, S. 54 (Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des AGBG).

³⁵ *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl., Vor § 1 UKlaG Rn. 1; dazu auch *Hess*, *Das geplante Unterlassungsklagengesetz*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 537, 538 ff.

³⁶ Richtlinie 98/27/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, Abl. EG L 166, S. 51.

³⁷ Dazu gehörte etwa die Haustürgeschäfte-Richtlinie (85/577/EWG, Abl. L 372 v. 31.12.1985, S. 31), die Richtlinie über den Verbraucherkredit (98/7/EWG, Abl. L 101 v. 1.4.1998, S. 17), die Klauselrichtlinie (93/13/EWG, Abl. EG L 95 v. 21.4.1993) und die Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG, Abl. L 144 v. 4.6.1997, S. 19).

³⁸ Zum Leidwesen der AGB-rechtlichen Literatur, die darin eine allzu starke Bedeutungsminimierung des AGB-rechts als „eigentlich“ dem Verbraucherschutz dienend (was vom gesetzgeberischen Ziel des AGB-Gesetzes nur eine Facette war, siehe BT-Drs. 7/3919, S. 13) sah, *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Gesetz*, 9. Aufl. 2001, § 22 Rn. 1; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), Vor § 1 UKlaG Rn. 1, spricht von „Zwischengeparkten“ Regelungen.

Wozu dienen derlei objektivierete Verfahren, die keinen individuellen Anspruch verfolgen und daher in einem von der „actio“ her gedachten Zivilprozessrecht ein Fremdkörper zu sein scheinen? Warum hat es der Gesetzgeber nicht bei der „Eigeninitiative“ der Betroffenen belassen und darauf vertraut, dass der - in vernünftigen Grenzen - mündige Bürger sich einer verbraucherrechts- oder AGB-rechtswidrigen Vertragsgestaltung schon erwehren werde? Bei der Fragestellung geht es, das vorab, nicht darum, den alten Streit über die „Rechtsnatur“ der Verbandsklagebefugnis wieder zu beleben, den der Gesetzgeber schon vor Jahren dadurch geklärt hat, dass er im damaligen § 13 AGBG (heute § 3 Abs. 1 UKlaG) ausdrücklich einen Anspruch der Verbände formuliert hat.³⁹ Die Überlegung, die hinter der Einräumung einer Aufgreifkompetenz in Form eines Unterlassungs- und, bei dem Einschreiten gegen den Empfehler einer unangemessenen AGB, eines Widerrufsanspruchs (§ 1 UKlaG) stand, hatte verschiedene Aspekte berücksichtigt: Einmal eine ganz praktische Überlegung, nämlich die, dass es durchaus nicht unvernünftig ist, den Streit über eine Bagatelle eben nicht zu führen. Wenn also, um ein Beispiel zu nennen, ein Bankkunde sich in einem Ausnahmefall von seinem Kreditinstitut einen Kontoauszug nacherstellen lassen und dafür nach dem Preisverzeichnis, das Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellt, ein einmaliges Entgelt von 15,00 € zahlen muss,⁴⁰ mag er sich im Moment darüber ärgern, aber er wird kaum auf Rückgängigmachung der Belastungsbuchung auf seinem Girokonto klagen, weil ein solcher Rechtsstreit weder die Mühen noch das Kostenrisiko lohnt. Mit einigem Recht ist diese Haltung als „rationale Apathie“ umschrieben worden.⁴¹ In manchen Fällen kann auch der Ausgang eines Verfahrens ungewiss sein, wenn die Unzulässigkeit einer Klausel nicht bereits anderweitig mehr oder minder geklärt ist. Dann wird die Neigung zu prozessieren durch ein durchaus nachvollziehbares finanzielles Element verstärkt, da niemand ohne Not ein Verfahrenskostenrisiko eingehen will. Und schließlich wissen die wenigsten durchschnittlich aufmerksamen Marktteilnehmer auf Verbraucherseite, dass AGB durchaus unwirksam sein können und ob die einzelne Klausel, um die es gerade geht, unwirksam ist, wird ihm oft erst durch einschlägige anwaltliche Beratung klargemacht, zu deren Erlangung er allerdings wieder finanziellen Aufwand betreiben muss, der, damit schließt sich der Kreis, bei Bagatellforderungen nicht lohnt.

³⁹ BT-Drs. 14/2658, S. 52; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 3 UKlaG Rn. 3; *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, (o. Fußn. 2), § 1 Rn. 32 f.; *MünchKomm-ZPO/Micklitz*, 4. Aufl., § 1 UKIG Rn. 2 ff.; *Hess* (o. Fußn. 35), 542.

⁴⁰ Die einschlägige Klausel wurde im Verbandsklageverfahren als unangemessene Regelung in zweiter und dritter Instanz unter Berücksichtigung der Rahmenregelung in § 675d Abs. 3 S. 2 BGB kassiert, BGH, NJW 2014, 922 Rn. 18.

⁴¹ *Halfmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 6. Aufl., Vor § 1 UKlaG Rn. 2; dem folgend etwa *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), Vor § 1 UKLaG Rn. 3.

Auch der Europäische Richtliniengeber hatte ganz ähnliche Zielvorstellungen, als er die Unterlassungsklagenrichtlinie erlassen hat. Nach ihrer 2. Begründungserwägung sah der Richtliniengeber die einzelstaatlichen und auch die gemeinschaftsrechtlichen „Mechanismen“ (in Form von Individualrechtsschutz) nicht immer als hinreichend effektiv an, um „Verstöße, durch die die Kollektivinteressen⁴² der Verbraucher beeinträchtigt werden, rechtzeitig abzustellen.“ Das führte zur Harmonisierung der Vorschriften über Verbandsklagen; daneben ging es um die Schaffung einer grenzüberschreitenden Verbandsklage (Art. 4 der Richtlinie).⁴³ Auch die gleichzeitig mit der Unterlassungsklagenrichtlinie umgesetzte Fernabsatzrichtlinie⁴⁴ sah in Art. 11 und ihrer 20. Begründungserwägung die Einrichtung von Verbandsklageverfahren vor.

Damit ist der Ausgangspunkt des den betroffenen Verbänden eingeräumten Anspruchs auf Unterlassung oder Widerruf umschrieben: Die Aufgreifbefugnis gleicht ein ansonsten, also bei einer Beschränkung auf den Individualrechtsschutz, gegebenes Rechtsdurchsetzungsdefizit aus.⁴⁵ Damit ist zugleich ein anderer, sozusagen generalpräventiver, Gesichtspunkt angesprochen: Die Zuweisung eines Unterlassungsanspruchs an bestimmte Verbände dient dem mit dem AGB-Recht verfolgten Bestreben des Gesetzgebers, den Verkehr insgesamt von unzulässigen Klauseln freizuhalten. Die dazu eingeräumte Aufgreif- und Klagebefugnis wird hierzu flankiert durch eine Breitenwirkung, die dem Individualrechtsverfahren nicht zugänglich ist: Der obsiegende Verband kann sich die Befugnis einräumen lassen, die Urteilsformel, in der nach § 9 Nr. 1 UKlaG die untersagte Klausel im Wortlaut zu nennen ist, auf Kosten des Verwenders/Empfehlers im Bundesanzeiger zu veröffentlichen (§ 7 UKlaG). Die Veröffentlichungsbefugnis besteht auch bei einer Verurteilung zur Unterlassung einer verbraucherrechtswidrigen Verhaltensweise, wie sich aus der systematischen Stellung des § 7 UKlaG in den allgemeinen Vorschriften ergibt. Allerdings herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vorschrift im Grunde genommen verzichtbar ist, denn die Veröffentlichung im - weithin nicht von den beteiligten Krei-

⁴² Gemeint sind nicht Massenklagen wegen gebündelter Ansprüche von einem Verstoß gegen verbraucherschutzrechtliche Vorschriften betroffener Verbraucher, wie sich aus S. 2 der 2. Begründungserwägung ergibt. Es ging also nicht um die Einführung einer Sammelklage.

⁴³ Dazu *Hess* (o. Fußn. 35), 529 f.

⁴⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144, S. 19.

⁴⁵ *Staudinger/Schlosser*, BGB, Neubearb. 2013, Einl. UKlaG Rn. 2.

sen zur Kenntnis genommenen - Bundesanzeiger verfehlt das Ziel, dem Urteilsausspruch Breitenwirkung⁴⁶ zu verschaffen.⁴⁷ Und dass der klagende Verband das Urteil einer breiten Öffentlichkeit ohnedies bekannt machen darf, ergibt sich nicht erst aus § 7, 2. Alt. UKlaG.⁴⁸ Jedenfalls in prozessualer Hinsicht bedeutsamer ist die in § 11 UKlaG angeordnete Rechtskrafterstreckung⁴⁹, derzufolge ein Vertragspartner des Verwenders, der entgegen einem Unterlassungsgebot die Klausel verwendet oder sich auf sie beruft, die Unwirksamkeit mit Bindungswirkung für das Streitgericht geltend machen kann.

2. Unterlassungsklage im Mietrecht

a) AGB

All diese Erwägungen gelten auch im Hinblick auf mietrechtliche AGB. Auch hier gibt es eine Fülle von Gelegenheiten, über relativ geringfügige Beträge, die aufgrund einer Formulklausel gefordert werden, zu streiten, was man dann eben wegen der Geringfügigkeit lässt. Dabei mag man im Mietrecht vielleicht eher eine geringfügige Forderung einer gerichtlichen Klärung zuführen im Hinblick darauf, dass - Mietverhältnis ist Dauerschuldverhältnis - sich derartige Forderungen wiederholen können, wenn man etwa an recht großzügig bemessene oder unzulässigerweise als Vornahmeklausel ausgestaltete Kleinreparaturklauseln denkt.⁵⁰

Auch hier kann die Situation der strukturellen Unterlegenheit der einen Seite gegenüber der anderen Seite gegeben sein. Oft wird der Mieter der - sich zumindest so fühlende - unterlegene Teil sein, der es sich mit dem Vermieter „nicht verscherzen“ will. Anders als bei einem Verkäufer, bei dem man eine Ware kauft und oft nicht auf eine langjährige Geschäftsbeziehung Rücksicht nehmen muss, ist das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter eben auf lange Dauer angelegt, die eine Verdichtung der wechselseitigen Treuebindungen nach sich zieht.⁵¹ Das mag für den Vermieter in der Störungssituation nicht anders sein, aber vor allem der Wohnungsmieter wird sich eher in der unterlegenen Situation sehen und diese Treuepflicht nicht einfordern.

⁴⁶ BT-Drs. 7/5422, S. 12.

⁴⁷ Mit dem Hinweis hierauf stellt *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 7 UKlaG Rn. 4, mit vollem Recht die Frage, ob die Vorschrift nicht obsolet ist; *MünchKomm-ZPO/Micklitz* (o. Fußn. 39), § 7 Rn. 1, sieht die Vorschrift als „praktisch wertlos“ an.

⁴⁸ Sondern bereits aus der verfassungsrechtlich in Art. 5 GG geschützten aktiven Informationsfreiheit, *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 7 UKlaG Rn. 2.

⁴⁹ So jedenfalls die hM, statt aller *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 11 UKlaG Rn. 3.

⁵⁰ Dazu *BeckOGK-BGB/H. Schmidt*, (o. Fußn. 3), § 535 Rn. 419 ff.

⁵¹ *Weller*, JZ 2012, 881 (883 ff., 886 ff.); dem folgend *H. Schmidt*, NZM 2013, 705 (710 f.).

Auch der umgekehrte Fall des marktmächtigen Mieters ist anzutreffen, der, weil marktmächtig, reichlich ruppige Vertragsbedingungen vorhält oder sich ebenso ruppig verhält - ein Phänomen, das freilich hier aus der Betrachtung herausfällt, weil das Thema das nicht vorsieht.

Was in diesem Zusammenhang allerdings auffällt ist, dass etwa im Bereich von Reisevertrags- und Banken-AGB wesentliche Erkenntnisse dem abstrakten Klauselkontrollverfahren nach diesem Gesetz zu verdanken sind, während die wesentlichen Entscheidungen zu Klauselfragen im Mietrecht, etwa zur Wirksamkeit und zu Grenzen der Schönheitsreparaturklauseln, fast ausnahmslos⁵² in Individualstreitigkeiten ergangen sind.⁵³ Demgegenüber ist die Zahl der Entscheidungen, die in Verbandsklageverfahren im mietrechtlichen Kontext ergangen sind, recht überschaubar.⁵⁴

Dabei könnten die Mieterverbände durchaus die Interessen der Mieter auch im Rahmen von Unterlassungsklageverfahren verfolgen, denn sie gehören zu den anspruchsberechtigten Stellen im Sinn von § 3 UKlaG. Danach sind berechtigt, die Ansprüche aus §§ 1 und 2 UKlaG auf Unterlassung und Widerruf geltend zu machen u.a. qualifizierte Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste nach § 4 UKlaG (oder das entsprechende Verzeichnis, welches von der EU-Kommission geführt wird) eingetragen sind, § 3 Abs 1 Nr. 1 UKlaG. Sieht man sich diese Liste der klagebefugten Verbände nach § 4 UKlaG an, so sind - Stand 1.1.2015 - 77 Verbände darin enthalten, von denen 37 Mieterverbände sind.

b) Verbraucherrechtswidrige Verhaltensweisen

Über die Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB hinaus sieht § 2 UKlaG einen Unterlassungsanspruch bei einem gegen Verbraucherschutzgesetz gerichteten Verhalten vor.

⁵² Ein Verbandsklageverfahren lag dem Urteil BGH, NJW 1998, 3114 zugrunde.

⁵³ Bspw. BGH, NZM 2004, 497; 653; 734 u.v.m.

⁵⁴ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: BGH, NJW 1989, 1673 (Heimvertrag, Kündigungsklausel); NJW 1989, 2247 (Überbürdung von Kleinreparaturen; Klage gegen Empfehler); NJW 1991, 1750 (div. Klauseln, Klage gegen Empfehler); NJW 1992, 1759 (Kleinreparatur-Vornahmeklausel; Klage gegen Empfehler); NJW 1993, 1061 (div. Klauseln, Klage gegen Empfehler); NJW 1998, 3114 (div. Klauseln, u.a. Schönheitsreparatur betreffend; Klage gegen Empfehler); NJW 2010, 3645 (Umlageklausel; Klage gegen Vermieter); OLG Frankfurt, BeckRS 2003, 08797 (Klauseln in Mietvertrag über Videokassetten; Klage gegen Vermieter); OLG Brandenburg, NZM 2004, 905 (div. Klauseln; Klage gegen Vermieter); OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 15697 (div. Klauseln; Klage gegen Vermieter); LG Mönchengladbach, BeckRS 2003, 17435 (div. Klauseln in Heimvertrag; Klage gegen Heimbetreiber); LG Kiel, BeckRS 2007, 01403 = WuM 2004, 192 (Formularmäßiger Verzicht auf sekundäre Haftung für die Kautionsrückzahlung bei Vermieterwechsel; Klage gegen Vermieter); LG Trier, WuM 2007, 626 (Umlageklausel über „Umlageausfallwagnis“; Klage gegen Vermieter); LG Leipzig, WuM 2010, 243 (Formulareinverständnis mit Modernisierungsmaßnahmen; Klage gegen Vermieter); LG Leipzig, RRa 2012, 45 (Haftungsklausel; Klage gegen Vermieter von Ferienwohnungen).

Verbraucherschutzgesetze sind nach der recht weiten und letztlich tautologischen Legaldefinition⁵⁵ in § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG alle Vorschriften, die, wen wird es überraschen, dem Schutz der Verbraucher dienen. Zur Erläuterung des Begriffs sind in Abs. 2 der Norm etliche Vorschriften genannt, die „insbesondere“ Verbraucherschutzgesetze sind, ganz ebenso, wie es die Unterlassungsklagenrichtlinie in ihrem Anhang getan hat; dort ist die Aufzählung allerdings abschließend. Zu den in § 2 Abs. 2 UKlaG genannten Regelungen gehören aus dem BGB so eindeutig verbraucherschutzbezogene Vorschriften wie beispielsweise das Recht der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UKlaG), Verbrauchsgüterkäufe (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. c UKlaG), die Teilzeitwohnrechtregelungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. d UKlaG), die Regelungen über das Verbraucherdarlehen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. e UKlaG), Regelungen also, in denen das Zusammentreffen von Unternehmer und Verbraucher bereits tatbestandliche Voraussetzung für die Normanwendung ist. Daneben sind „neutrale“ Vorschriften aus dem BGB aufgenommen, die allerdings nur dann eine Aufgreifbefugnis im Verstoßfall begründen, wenn Unternehmer-Verbrauchergeschäfte betroffen sind. Zu nennen sind beispielsweise das Reisevertrags- (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. f UKlaG) oder das Zahlungsdienstevertragsrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. h UKlaG), das zwar auf Anbieterseite durchweg Unternehmer haben wird, aber auf Nachfragerseite eben nicht. Auch über das BGB hinaus werden als Verbraucherschutzgesetze in Abs. 2 genannt etwa das Rechtsdienstleistungsgesetz (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 UKlaG) oder das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (§ 2 Abs. 2 Nr. 10 UKlaG).

Ob das Unterlassungsklagengesetz auch bei rechtswidrigem Vermieterverhalten außerhalb der AGB-Verwendung nutzbar zu machen ist, hängt davon ab, ob das Mietrecht unter § 2 UKlaG zu subsumieren ist. Im Katalog der beispielhaft aufgeführten Regelungsmaterien finden sich die §§ 535 ff. BGB insgesamt nicht; nicht einmal die §§ 549 ff. BGB sind erwähnt. Das für sich genommen ist allerdings noch kein Ausschlusskriterium, weil es sich ja nur um eine mit „insbesondere“ überschriebene Auswahl der in Betracht kommenden Normen handelt. Nun ist aber hier wie sonst auch,⁵⁶ wenn der Gesetzgeber zur Technik „Generalklausel mit Regelbeispielserhellung“ greift, zu beachten, dass eine Wechselbeziehung zwischen den beiden Komponenten der Regelung besteht: Regelbeispiele sind eben nur Beispiele und keine abschließende Aufzählung, aber von ihnen geht eine den Kreis möglicher Ergänzungen eingrenzende Wirkung aus. Denn das, was den Regelbeispielen zugesellt wird, muss auch „zu ihnen passen“. Im Kontext

⁵⁵ So auch MünchKomm-ZPO/Micklitz (o. Fußn. 39), § 2 UKlaG Rn. 21.

⁵⁶ Hierzu im Zusammenhang von § 573 Abs. 1 und 2 BGB H. Schmidt, NZM 2014, 609 (611) m. Nachw.

des § 2 UKlaG wird denn auch gefordert, dass die nicht benannten, dennoch aber den Verbraucherschutzgesetzen zugehörigen Regelungen⁵⁷ zumindest auch dem Verbraucherschutz dienen, wobei diese Zwecksetzung nicht nur von untergeordneter Bedeutung sein darf oder gar nur reflexartiges Nebenprodukt der Normanwendung ist.⁵⁸ Die Anknüpfung an den Verbraucherschutz impliziert den Rekurs auf § 13 BGB, wonach Verbraucher bekanntlich eine (natürliche) Person ist, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Soweit also eine Norm zumindest auch den Schutz einer so handelnden Person bezweckt, kann sie als Verbraucherschutznorm im Sinn des § 2 UKlaG angesehen werden. Dabei soll es ausreichen, wenn die Norm nicht alle denkbaren Verbraucher schützt, sondern nur eine bestimmte Gruppe von ihnen, was etwa für den Minderjährigen angenommen wird.⁵⁹

Sieht man sich das Mietrecht unter diesem Aspekt an, wird man einen Bereich ganz sicher nicht dem Verbraucherschutz zurechnen können, nämlich das Gewerberaummietrecht oder die Miete von Mobilien im Rahmen der unternehmerischen Geschäftsentfaltung. Dazu zählen auch die Mischmietverhältnisse, deren Schwerpunkt nach den gesamten Umständen dem Gewerbemietrecht zuzuschlagen ist, denn dann gilt ja nach der zutreffenden und auch vom BGH jüngst bestätigten hM für den gesamten Vertrag das dominierende Reglement.⁶⁰

Auf der anderen Seite stehen die §§ 549 BGB. Wohnen ist unzweifelhaft ein Bereich, der der privaten Bedarfsdeckung zuzurechnen ist, so dass man den das Wohnen in Form der Miete ermöglichenden Vertrag unter § 13 BGB subsumieren kann, denn der Vertragsschluss erfolgt ja auf Seiten des Mieters zumindest überwiegend - hier gilt das zum Gewerbe-Mischmietverhältnis gesagte vice versa - nicht in Zuordnung zur gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit. Aufgrund dessen wird man das Wohnungsmietrecht als den Verbraucher in einer bestimmten Bedarfsdeckungssituation schützende Normen ansehen können, auch wenn die Vorschriften ohne die europarechtlich geprägte Begriffsbildung auskommt. Auf dem vorangegangenen Mietgerichtstag hat *Beate Gsell* in ihrem Referat über das „Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht“⁶¹ festgestellt: „Gerade im Mietrecht haben wir es mit einer Gemengelage

⁵⁷ Dazu zählen nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern alle Rechtsnormen einschließlich der Verordnungen (zB die BGB Info-VO) oder auch Gewohnheitsrecht, *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, (o. Fußn. 7), § 2 UKlaG Rn. 2.

⁵⁸ BT-Drs. 14/2658 S. 53; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 7), § 2 UKlaG Rn. 2.

⁵⁹ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 7), § 2 UKlaG Rn. 2.

⁶⁰ BGH, NZM 2014, 626 Rn. 18, 26, m. Anm. *Börstinghaus*, LMK 2014, 361205.

⁶¹ Veröffentlicht in WuM 2014, 375.

aus überkommenem autonomem nationalem Verbraucherrecht und europäisch geprägtem verbraucherschützendem Umsetzungsrecht zu tun...“⁶² Die Gemengelage ergibt sich aus unterschiedlichen Schutzansätzen, die einerseits in der EU-Rechtsordnung, andererseits im Mietrecht des BGB verfolgt werden. Wie bekannt und worauf *Beate Gsell* im letzten Jahr zurecht hingewiesen hat, ist das Verbraucherschutzrecht der EU einerseits situationsgebunden, indem an eine bestimmte Absicht und Zuordnung des Handelns bei Vertragsschluss angeknüpft wird, andererseits der Verbraucherschutz im Recht der EU bei Lichte betrachtet nicht um seiner selbst willen gewährt wird, sondern um den Binnenmarkt zu fördern.⁶³ Deutlich wird dies an einigermaßen ähnlich lautenden Begründungserwägungen, die verbraucherschützenden Richtlinien vorangestellt werden, wenn es dort beispielsweise heißt:⁶⁴ „Die Verbraucher kennen im allgemeinen nicht die Rechtsvorschriften, die in anderen Mitgliedstaaten für Verträge ... gelten. Diese Unkenntnis kann sie davon abhalten, Waren und Dienstleistungen direkt in anderen Mitgliedstaaten zu ordern. Um die Errichtung des Binnenmarktes zu erleichtern und den Bürger in seiner Rolle als Verbraucher ... zu schützen...“. Die Beispiele ließen sich vermehren, der Telos ist aber immer einheitlich und zielt in Richtung auf die Vollendung des Binnenmarktes.⁶⁵ Einen solchen Binnenmarktbezug weist nun das klassische Wohnungsmietrecht nicht auf. Daher ist in dem Bereich zwar die Europäische Rechtssetzung bisher nicht unmittelbar in Erscheinung getreten.⁶⁶ Aber durchaus spürbare Auswirkungen hat das Europäische Verbraucherschutzrecht im Wohnungsmietrecht schon, wenn man etwa nur an den Widerruf bei Verträgen denkt, die außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossen wurden, der auch bei Mietverträgen erklärt werden kann, wie die Neufassung des § 312 Abs. 4 BGB erhellt.⁶⁷ Daneben und viel früher hat das nationale deutsche Recht den Mieterschutz im Recht der Wohnungsmiete implementiert, der nicht so sehr die Vertragsabschluss-Situation vor Augen hat, sondern einen Sozialschutz darstellt, weil der Wohnungsmieter als der schwächere Teil gegenüber dem Vermieter erscheint, ob dieser nun Unternehmer ist oder nicht.⁶⁸ Nun sind beider Schutzregime keine Kreise, die keine Überschneidungen hätten, sondern in Teilen decken sich die Schutzanliegen, so dass es -

⁶² *Gsell*, WuM 2014, 375 (376).

⁶³ So schon *Gsell* (o. Fußn. 61), 376 f.

⁶⁴ In der 5. und 6. Begründungserwägung zur Klauselrichtlinie (o. Fußn. 37).

⁶⁵ Darauf weist auch *Greger*, NJW 2000, 2457, hin.

⁶⁶ Dazu schon *Hau*, JZ 2010, 553 (Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2010).

⁶⁷ In der Fassung des Gesetzes vom 20.9.2013, BGBl. I, S. 3642. Es dient der Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG L 304, S. 64.

⁶⁸ So schon *Gsell* (o. Fußn. 61), 376.

mit *Gsell* - gerechtfertigt ist, materiell das Wohnungsmietrecht als Recht anzusehen, das den „Sonderverbraucher“ Mieter schützt.

Aber sind deswegen die §§ 549 BGB auch schon stets Verbraucherschutzvorschriften im Sinn des § 2 UKlaG?

Was an der Einordnung des Wohnungsmietrechts als Verbraucherschutzrecht im Sinn des § 2 UKlaG stört, ist der Umstand, dass anders als bei den europarechtlich geprägten Verbraucherschutznormen auf beiden Seiten des Vertrags Verbraucher stehen können. Der Vermieter ist ja nicht allein deswegen Unternehmer, weil er vermietet. § 2 Abs. 1 UKlaG stellt zwar nicht auf die Dichotomie Unternehmer - Verbraucher ab, sondern lediglich darauf, dass verbraucher-schützenden Normen zuwider gehandelt wird. In den Regelbeispielen wird aber dann in doppelter Weise auf das Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher abgestellt,⁶⁹ einmal, indem dort Regelungsbereiche als beispielhaft genannte Verbraucherschutzgesetze aufgezählt sind, die schon von ihren Tatbestandsvoraussetzungen eine „b2c“ Situation nennen, und im Übrigen nochmals im Nachsatz zu der Aufzählung, nach der diese Regelungen zwischen einem Unternehmer und Verbraucher gelten. Das gilt nicht nur für § 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG, sondern auch für die weiteren Nr. 2 bis 10, auch wenn dort nicht nochmals das „b2c“ Geschäft besonders betont ist und auch wenn vereinzelt gar nicht nur ein Verbraucher als Destinatar bestimmter Dienstleistungen geschützt ist, wie es etwa beim E-Commerce der Fall ist. Die zugrunde liegende E-Commerce-Richtlinie⁷⁰ unterscheidet schon in ihrem Definitionsartikel 2 litt. d) und e) zwischen „Nutzer“ und „Verbraucher“ und versteht unter ersterem eine (natürliche oder juristische) Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen. Dennoch wäre es verfehlt, daraus herzuleiten, dass das UKlaG in zulässiger überschießender Richtlinienumsetzung den Anwendungsbereich von § 2 UKlaG über denjenigen eines „b2c“ Geschäfts ausdehnt. Sieht man sich nämlich die Materialien zu den jeweiligen Normen an,⁷¹ wird die gesetzgeberische Absicht deutlich, die Aufgreifkompetenz

⁶⁹ MünchKomm-ZPO/*Micklitz* (o. Fußn. 39), § 2 UKlaG Rn. 39; darauf weist auch *Gsell* (o. Fußn. 61), 384, hin.

⁷⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. Nr. L 178 S. 1.

⁷¹ Einerseits BT-Drs. 14/2658, S. 53 zu § 22 AGBG a.F., andererseits BT-Drs. 14/6040, S. 275 zu § 2 Abs 2 UKlaG in der Ursprungsfassung mit den (heutigen) Regelbeispielen Nr. 1-6; zu Nr. 7: BT-Drs. 16/4028, S. 100, Begründung zur Anfügung von Nr. 7 an Abs. 2 durch das Gesetz vom 16.07.2007, BGBl. I, S. 1330; zu Nr. 8: BT-Drs. 16/3655, S. 101, Begründung zur Anfügung von Nr. 8 an Abs. 2 durch das Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I, S. 2840; zu Nr. 9: BT-Drs. 16/8148, S. 83, Begründung zur Anfügung von Nr. 9 an Abs. 2 durch das Gesetz vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074; zu Nr. 10: BT-Drs. 16/13209, S. 9, Begründung zur Anfügung von Nr. 10 an Abs. 2 durch das Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2319.

nach § 2 UKlaG nur in Durchsetzung (weiterer) Verbraucherschützender Normen zu gewähren. Nun lässt sich aber nicht bestreiten, dass die Vorstellung von dem, was Verbraucherschützend ist, durch die Unterlassungsklagenrichtlinie determiniert ist, die eine Rechtsbeziehung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher voraussetzt. Vor diesem Hintergrund kann bei allem „sozialen“ Mieterschutz, der aus den wohnungsmietrechtlichen Vorschriften aufscheint, nicht darauf verzichtet werden, einen Unternehmer auf der Seite des rechtswidrig Handelnden zu verlangen. Damit fallen wohnungsmietrechtswidrige Verhaltensweisen von Verbraucher-Vermietern nicht unter die Aufgreifkompetenz des § 2 UKlaG.

Als dritte Normgruppe, die auf ihren Verbraucherschützenden Charakter „abzuklopfen“ sind, bleiben die allgemeinen Vorschriften in den §§ 535 bis 548 BGB. Stellen Verstöße gegen sie aufgreifbare Verbraucherrechtsverletzungen im Sinn des § 2 UKlaG dar, wenn ein Mietverhältnis betroffen ist? Soweit in den allgemeinen Vorschriften halbzwingende Regelungen zugunsten des Wohnungsmieters enthalten sind, wie in § 536 Abs. 4 BGB, wird man die Frage nach dem zuvor Ausgeführten unschwer bejahen können. Auch, soweit dem Wohnungsmieter in diesen Vorschriften Rechte eingeräumt werden, wie insbes. die Erfüllungs- und Gewährleistungsrechte, die gesetzliche Zusicherung in § 538 BGB, nach der der Mieter jedenfalls für den vertragsgemäßen Gebrauch und seine Folgen dem Vermieter keinen (weiteren) Ersatz (als den der Mietzahlung) schuldet, oder auch umgekehrt, Regelungen, in denen die Rechte des Vermieters beschränkt werden, wie etwa die kurze Verjährungsfrist in § 548 Abs. 1 BGB, schützen den Mieter vor übermäßig langer Inanspruchnahme aus einem abgewickelten Mietverhältnis, so dass sie auch als Verbraucherschützend angesehen werden können.

Aus den gleichen Erwägungen wie bei den wohnungsmietrechtlichen Vorschriften wird man (erst recht) bei den allgemeinen Vorschriften verlangen müssen, dass ein Unternehmer die Verletzungshandlung vornimmt, während solche von Verbrauchervermietern auch hier nicht nach § 2 UKlaG aufgreifbar sind.

3. Personale Anwendungsvoraussetzungen

a) Klagebefugter und Aktivlegitimierter⁷²

⁷² Nach zutreffender hM wird der Regelung in § 3 UKlaG Doppelfunktion beigemessen: Sie ist von Amts wegen zu prüfende Sachentscheidungsvoraussetzung der Klagebefugnis und zugleich Begründetheitsvoraussetzung, statt vieler KG, BeckRS 2012, 00338; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 3 Rn. 3; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 7), § 3 UKlaG Rn. 3. Zur Parallelnorm in § 8 Abs. 3 UWG ebenso die dazu hM, statt aller BGH, NJW 2012, 1812 Rn. 10.

Im hier interessierenden Kontext sind aktivlegitimiert für den Unterlassungsanspruch die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG genannten „qualifizierten Einrichtungen“, die nachweislich in die Liste nach § 4 UKlaG (oder ihr Pendant bei der Kommission der EU) eingetragen sind. In die vom Bundesjustizamt in Bonn geführte Liste werden nach § 4 Abs. 2 UKlaG auf Antrag rechtsfähige Verbände eingetragen, zu deren satzungsgemäßen Aufgabe es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend wahrzunehmen und die sonstigen in § 4 Abs. 2 UKlaG genannten (personellen) Vorgaben erfüllen - wie dies denn mindestens bei den 37 in die Liste eingetragenen Mieterverbänden der Fall ist. Soweit Verbraucherzentralen oder andere Verbraucherverbände öffentlich gefördert werden,⁷³ wird das Vorliegen der Voraussetzungen unwiderleglich vermutet, § 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG. Voraussetzung für die Aufgreifkompetenz nach § 1 UKlaG ist bei den Verbraucher- = Mieterverbänden aber, dass die AGB gegenüber einem Verbraucher verwendet werden, wie sich aus der Einschränkung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG ergibt. Weitere Einschränkungen ergeben sich einmal aus dem Zweck von „Spezialverbraucherverbänden“, wie es etwa bei Mieterverbänden der Fall ist, die die Interessen der Verbraucher als Mieter, nicht aber etwa als Reisende oder Käufer, vertreten. Auch eine räumliche Tätigkeitsbeschränkung in der Satzung kann zu einer Einschränkung der Aufgreifbefugnis führen.⁷⁴ Anhand der in der Liste einzutragenden Angaben über den satzungsmäßigen Zweck des Verbands (§ 4 Abs. 2 S. 3 UKlaG) können - und müssen - die Gerichte im Einzelfall prüfen, ob die Klage von diesem Zweck gedeckt ist; wo nicht, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.⁷⁵

Nicht nur Verbraucherverbände sind allerdings Anspruchsinhaber. Neben den hier wahrscheinlich weniger angesprochenen Kammern sind auch Unternehmerverbände nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG zur Geltendmachung der Unterlassungsansprüche nach § 1 und 2 UKlaG berufen. Soweit es sich um Ansprüche nach § 2 UKlaG handelt, muss hinzukommen, dass dem Verband eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf dem selben Markt vertreiben und der Anspruch eine Handlung betrifft, die die Interessen seiner Mitglieder berührt und die geeignet sind, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen, wie es wörtlich in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG heißt.

⁷³ Die öffentlichen Zuwendungen müssen aber nicht die einzigen Finanzquellen sein, MünchKomm-ZPO/*Micklitz* (o. Fußn. 39), § 4 UKlaG Rn. 24.

⁷⁴ BGH, NJW 2012, 1812 Rn. 15 ff., in concreto wurde aber die lokale Begrenzung des Satzungszwecks auf das Sitzbundesland abgelehnt; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 3 UKlaG Rn. 16 f.

⁷⁵ BGH, NJW 2012, 1812 Rn. 11 ff.

b) Passivlegitimierter

Verpflichteter im Sinn des § 1 UKlaG ist, wer unwirksame Bestimmungen in AGB „verwendet“.⁷⁶ Der Verwendungsbegriff in § 1 UKlaG korrespondiert mit dem verbal gleichen Begriff in der Definitionsnorm der AGB, in § 305 Abs. 1 BGB, wo das Verb verwendet nicht vorkommt, aber die Legaldefinition des Verwenders formuliert ist als derjenige, der Allgemeine Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei stellt. Trotz verbalen Gleichklangs geht aber der Verwenderbegriff des § 1 UKlaG über denjenigen in § 305 Abs. 1 BGB hinaus. Das betrifft die Vertragskonstellationen, in denen ein Dritter, also nicht der Verwender selbst, die Vertragsbedingungen einbringt und darüber hinaus ein eigenes, erhebliches Interesse daran hat, dass die AGB Vertragsbestandteil werden, was etwa anzunehmen ist, wenn in ihnen Regelungen im Interesse des Dritten enthalten sind.⁷⁷ In diesem Zusammenhang wird häufig das Beispiel des Baubetreuers oder Architekten genannt, der als Vertreter der Bauherren die Vertragsausgestaltung zwischen diesem und den Bauunternehmern vorgenommen und dabei seine Position betreffenden Vertragsregelungen implementiert hat. Auch im Mietrecht können derartige Konstellationen auftreten. Zu denken ist etwa an einen Hausverwalter, der die vertragliche Ausgestaltung zwischen Vermieter und Mieter übernommen hat und dabei ebenfalls seine Rechtsstellung im Vertrag etwa im Verhältnis zum Mieter formularmäßig geregelt hat.

Weder in § 305 Abs. 1 BGB noch in § 1 UKlaG ist übrigens als Tatbestandsmerkmal des Verwenderbegriffs vorgegeben, dass es sich um einen Unternehmer handeln müsse. Als Voraussetzung für die Anwendung beider Normen reicht es aus, dass Vertragsbedingungen einseitig dem andern Teil „präsentiert“ werden mit der Absicht, diese Vertragsbestandteil werden zu lassen. Damit kann auch ein Verbraucher allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden und – damit – Passivlegitimierter eines Verbandsklageverfahrens nach § 1 UKlaG sein. Sieht man sich nach einem gesetzlichen Beleg für diese Aussage um, bleibt zunächst nur der Befund, dass die beiden genannten Normen des materiellen und des Verfahrensrechts keinen Anhalt für die Einschränkung ihres Anwendungsbereichs auf Unternehmer bieten. Einen stärkeren Beleg findet man in § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB: „Geboren“ aus dem Recht der Europäischen Union,⁷⁸ enthält

⁷⁶ Ausführlich zu Vermieter und Mieter als Verwender von AGB auf dem Mietgerichtstag 2011: *Stoffels*, WuM 2011, 268.

⁷⁷ *Stoffels* (o. Fußn. 76), 269; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 1 UKlaG Rn. 29.

⁷⁸ Nämlich der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95, S. 29; dazu *Pfeiffer* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 310 Abs. 3 Rn. 1.

die Norm die Fiktion,⁷⁹ dass im Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 1 BGB) AGB als vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, der Verbraucher habe sie in den Vertrag eingeführt. Damit geht das Gesetz, wenn auch als Ausnahmefall, von der Möglichkeit aus, dass der Verbraucher in die Verwenderrolle schlüpft. Die Fälle, die das Gesetz insofern vor Augen hatte, sind übrigens auch dem Mietrecht entnommen: In der Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm⁸⁰ des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB war die Verwendung eines Mustermietvertrags auf Betreiben des Verbrauchers als Beispiel für den „engen Ausnahmefall“ genannt, dass der Verbraucher die AGB stellt.

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass AGB nur vorliegen, wenn neben das Stellen die Absicht der Mehrfachverwendung tritt, wobei es weithin anerkannt ist, dass die Mehrfachverwendungsabsicht des Formularempfehlers oder -erstellers dem das Formular im konkreten Fall verwendenden Vertragspartner zugerechnet wird. Deswegen ist eben der Vermieter, der nur eine einzige Wohnung/Gewerbeinheit vermietet, AGB-Steller und -Verwender, wenn er sich dazu eines Formulars seines Verbandes bedient.⁸¹ Ob gerade in derartigen Fällen freilich der Vermieter mit der Unterlassungsklage überzogen werden sollte, erscheint zweifelhaft. Es bietet sich bei derartigen Musterverträgen eher die Empfehlerinanspruchnahme an, die § 1 UKlaG ja auch vorsieht. Diese, darauf sei angesichts der Themenstellung hier nur hingewiesen, setzt lediglich voraus, dass die Empfehlung von AGB (zumindest verbands-) öffentlich unter Urheberbenennung erfolgt mit der Maßgabe, dass die Verwendung der AGB nahegelegt, angeraten oder dazu angehalten wird. Darunter fallen Formularverträge, die den Mitgliedern (oder der Öffentlichkeit) auf der Website zum Download angeboten werden, ebenso wie solche in Musterhandbüchern, die von Verlagen herausgegeben werden.⁸²

4. Die Ansprüche nach § 1 UKlaG

Materielle Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs aus § 1 UKlaG ist die Verwendung oder Empfehlung von AGB, die wegen eines Verstoßes gegen §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind.

⁷⁹ Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (o. Fußn. 35) § 310 Abs. 3 Rn. 15; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 2), § 310 Rn. 71; Stoffels, AGB-Recht, 2. Aufl., Rn. 138; BeckOGK-BGB/H. Schmidt (o. Fußn. 3), § 535 Rn. 102; a.A. Staudinger/Schlosser (o. Fußn. 45), § 310 Rn. 60, der eine - widerlegliche - Vermutung annimmt.

⁸⁰ § 24a AGBG, BT-Drs. 13/2713, S. 7.

⁸¹ Allg. Meinung, statt aller BeckOK-BGB/Becker (o. Fußn. 3), § 305 Rn. 25.

⁸² BGHZ 178, 1 Rn. 12; BGH, NJW 1991, 36 (37); Stoffels, AGB-Recht (o. Fußn. 79), Rn. 1136; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen (o. Fußn. 2), § 1 UKlaG Rn. 27.

Ein Verstoß gegen das Verbot überraschender Klauseln soll nach hM⁸³ auch dann nicht im Verbandsklageverfahren moniert werden können, wenn nicht die konkreten Umstände eines Falles den Überraschungscharakter auslösen, sondern die Klausel ihrer Regelung nach generell geeignet ist, die Verwendergegenseite zu überrumpeln. Die Einschränkung auf die Unwirksamkeit nach den Inhaltskontrollvorschriften hat den Wortlaut für sich, den Zweck aber gegen sich:⁸⁴ Wenn es Sinn des AGB-rechtlichen Verbandsklageverfahren ist, den Geschäftsverkehr von unwirksamen AGB freizuhalten, erheischt dieser Sinn auch die Aufgreifkompetenz hinsichtlich generell überraschender Klauseln unabhängig von dem als „Abhilfe“ angebotenen verbreiteten Hinweis, dass überraschende häufig auch unangemessene Klauseln seien. Im Übrigen steht die hM in einem gewissen Selbstwiderspruch, da nach derselben hM auch über den Wortlaut des § 1 UKlaG hinaus dem Verstoß gegen allgemeine Vorschriften, wie §§ 134, 138 BGB, mit der Unterlassungsklage begegnet werden kann.⁸⁵

Wer Verwender im Sinn des § 1 UKlaG ist, hatten wir zuvor gesehen. Es stellt sich die Frage, ab wann er es ist, ab wann er also mit einer Unterlassungsklage überzogen werden kann.⁸⁶ Hier kommt das Begriffspaar: Erstbegehungs- Wiederholungsgefahr ins Spiel. Relativ einfach ist die Feststellung der Wiederholungsgefahr, wenn AGB von Seiten eines Vermieters schon in Gebrauch genommen sind. Hier ist die ungeschriebene Begründetheitsvoraussetzung⁸⁷ der Unterlassungsklage sozusagen mit der materiellen AGB-Definition schon mitgeliefert: AGB zielen ihrer Zwecksetzung nach auf die Mehrfachverwendung. Problematisch ist dies freilich bei den gekauften Formularen, bei denen es sich zwar um AGB handelt, weil dem konkreten Verwender die Mehrfachverwendungsabsicht des Empfehlers sozusagen zugerechnet wird. Wenn also der Vermieter, der überhaupt nur eine Wohnung vermietet, sich erstmals und ohne dass er die Absicht mehrfacher Verwendung hat, auf ein solches Verbands- oder Kaufexemplar stützt, fehlt es an der Wiederholungsgefahr, was freilich er darzulegen und nachzuweisen hat.⁸⁸

Ansonsten ist immer wieder zu lesen, die (erstmalige) Verwendung unzulässiger AGB „indiziere“ die Wiederholungsgefahr oder - inhaltlich gleichbedeutend - begründe eine tatsächliche

⁸³ Insbes. BGH, NJW 2010, 2942 Rn. 15; BGH, NJW 1992, 179; BGH, NJW-RR 1987, 45; dem folgend etwa *Stoffels*, AGB-Recht (o. Fußn. 79), Rn. 1125.

⁸⁴ Ebenso *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 1 UKlaG Rn. 21; dazu auch schon BeckOK-BGB/H. *Schmidt* (o. Fußn. 3), § 305c Rn. 8.

⁸⁵ Statt vieler BGH, NJW 1992, 1759 (1760); BGH, NJW 1983, 1320 (1322).

⁸⁶ Freilich vernünftigerweise nach einer Abmahnung, dazu noch unter IV. 7. lit. a).

⁸⁷ BGH, NJW 1996, 988.

⁸⁸ *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 1 UKlaG Rn. 32; *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (o. Fußn. 2), § 1 UKlaG Rn. 37a.

Vermutung der Wiederholungsgefahr, und dass strenge Anforderungen an den Verwender zu stellen seien, diese Wiederholungsgefahr zu beseitigen.⁸⁹ Nicht strafbewehrte Erklärungen des Verwenders reichen dazu ebenso wenig aus wie dessen Erklärung, die angegriffene Klausel in Zukunft nicht mehr oder in veränderter Form verwenden zu wollen. Soweit der Verwender sich im Unterlassungsrechtsstreit auf die Wirksamkeit der Klausel beruft, wird dies als verstärkendes Indiz für die Wiederholungsgefahr genommen und die Prüfung deren Entfalls soll schon deswegen nicht mehr notwendig sein.⁹⁰

Aber auch dann, wenn noch kein Vertrag geschlossen wurde, in dem die unwirksamen AGB enthalten sind, kommt wegen einer unmittelbar drohenden Erstbegehungsgefahr eine Klage in Betracht. Zu denken ist etwa an die Errichtung einer größeren Wohnanlage, die bereits beworben wird und dabei werden Mietvertragsbedingungen vorgestellt, die unwirksame Klauseln enthalten.

Auch ohne dass dies ausdrücklich im Unterlassungsantrag (und folglich im Tenor) enthalten sein müsste, regelmäßig aber klarstellend so formuliert ist: Verwendung heißt nicht nur Einbeziehung in Neuverträge, sondern auch das Sich-Berufen auf eine unangemessene Klausel bei der Abwicklung von Altverträgen;⁹¹ im Hinblick auf die Überleitungsnorm des Art. 229 § 5 EGBGB gelten die Inhaltskontrollnormen der §§ 307 ff. BGB mit Wirkung ab dem 1.1.2003 auch für Verträge, die vor dem Inkrafttreten des AGBG geschlossen worden sind.⁹²

5. Die Ansprüche nach § 2 UKlaG

Wir hatten gesehen, dass das Wohnungsmietrecht als Verbraucherschutzrecht im Sinn des § 2 UKlaG definiert werden kann, wenn auch mit der Einschränkung, dass auf Vermieterseite ein Unternehmer im Sinn des § 14 BGB stehen muss. Damit besteht freilich nicht die Gefahr, dass nun sämtliche Unternehmer-Vermieter unter ständige Beobachtung durch die Mietervereine gestellt würden, die jeden kleinen Fehltritt „mit Fleiß anprangern“, denn Erfordernis der Aufgreifkompetenz nach § 2 UKlaG ist ein Kollektivbezug des Verstoßes, was - nicht ohne weiteres selbsterklärend - in der Formulierung „kann im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden“ zum Ausdruck gebracht wurde. Auch hier ist zunächst, wie bei jedem Unterlassungsanspruch, als materielles Erfordernis die Wiederholungs-

⁸⁹ Statt vieler BGH, NJW 2002, 2386; *Stoffels*, AGB-Recht (o. Fußn. 79), Rn. 1130.

⁹⁰ BGH, NJW 1998, 988; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 1 UKlaG Rn. 32 a.E.

⁹¹ *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 1 UKlaG Rn. 27.

⁹² Dazu *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (7).

oder auch eine Erstbegehungsgefahr zu fordern, für die nichts wesentlich anderes gilt wie für den Anspruch nach § 1 UKlaG.

Wann liegt aber der zusätzlich zu fordernde „Kollektivbezug“ der Verletzung vor? Die Gesetzesbegründung enthält als Erläuterung der gesetzgeberischen Absicht zunächst die Feststellung, dass das Verbandsklagerecht nicht dazu gedacht sein könne, um Individualansprüche durchzusetzen,⁹³ und sodann das Erfordernis, dass der Rechtsverstoß „in seinem Gewicht und seiner Bedeutung über den Einzelfall hinausreicht und eine generelle Klärung geboten erscheinen lässt“.⁹⁴ In der Rechtsprechung wird die Voraussetzung ähnlich interpretiert, wenn es etwa heißt, der Verstoß reiche in seiner Bedeutung und seinem Gewicht über den Einzelfall hinaus, weil anzunehmen sei, andere Verkäufer handelten genauso,⁹⁵ oder der angegriffene Verstoß beruhe nicht auf einem Versehen im Einzelfall,⁹⁶ wobei keine strengen Anforderungen zu stellen seien.⁹⁷ Die Literatur scheint teilweise noch weiter zu gehen, wenn etwa ausgeführt wird, das Tatbestandsmerkmal sei „nichts weiter als eine Umschreibung der aus dem UWG-Bereich bekannten Wiederholungsgefahr.“⁹⁸ Etwas zurückhaltender, aber immer noch recht weit, geht es, wenn einerseits an die Formulierung in der Gesetzesbegründung angeknüpft, dann aber hinzugesetzt wird, bei unternehmerischem Handeln sei dies in der Regel der Fall.⁹⁹

Die Stellungnahme zu dieser in Rspr. und Lit. unterschiedlich beantworteten Frage muss sicher davon ausgehen, dass das richtlinienumsetzende Recht richtlinienkonform auszulegen ist und dass der EuGH bei der Anwendung von EU-Recht immer wieder betont hat, das EU-Recht und die Normen zu deren Umsetzung ins nationale Recht seien so auszulegen, dass sie eine möglichst große Wirkung entfalten (*effet utile*).¹⁰⁰ Nun geht die Unterlassungsklagenrichtlinie von einem „Kollektivinteresse“ aus, das zu verfolgen der Auslöser der Verbandsintervention sein müsse, ohne allerdings dieses Kollektivinteresse anders als in negativer Abgrenzung zu umreißen: Kollektivinteressen sind nach dem 2. Erwägungsgrund der Richtlinie „die Interessen, bei

⁹³ BT-Drs. 14/2658 S. 27.

⁹⁴ BT-Drs. 14/2658, S. 53.

⁹⁵ BGH, NJW 2009, 427 Rn. 43 (Quelle-Entscheidung, in der es um die Nutzungsentschädigung bei der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung in Höhe von 67,86 € ging).

⁹⁶ OLG Frankfurt, OLGR 2008, 640.

⁹⁷ LG München I, BeckRS 2008, 02772.

⁹⁸ MünchKomm-ZPO/Micklitz (o. Fußn. 39), § 2 Rn. 17; ähnlich *ders./Rott*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., Sekundärrecht, A 25, Art. 2 Rn. 9.

⁹⁹ *Halfmeier*, in: *Prütting/Gehrlein* (o. Fußn. 41), § 2 UKlaG Rn. 10; demgegenüber ausdrücklich auf die zusätzlich zum Verbraucherschutzinteresse erforderliche Wiederholungsgefahr abstellend *Erman/Roloff*, BGB, 14. Aufl., § 2 UKlaG Rn. 4 a.E.

¹⁰⁰ Ständige Rspr., aus jüngerer Zeit nur: EuGH, EuZW 2014, 590 Rn. 24; EuZW 2014, 65 Rn. 43; BeckRS 2014, 80104 Rn. 21.

denen es sich nicht um eine Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen handelt.“ Das gelte, so heißt es weiter, unbeschadet von Individualklagen der durch den Verstoß geschädigten Personen.¹⁰¹ So unklar diese Vorgabe auch sein mag, kann man ihr doch andeutungsweise zweierlei entnehmen: Einmal, dass die Richtlinienvorgabe sehr wohl zwischen der individuellen Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer - lediglich - individuellen Schädigung auf der einen Seite und der einem Verband zugewiesenen Wahrung überindividueller Verbraucherinteressen unterschieden hat. Und das weitere, dass die Figur der Kollektivinteressen hier nicht die Bündelung von Einzelinteressen, sondern eher eine institutionelle Sichtweise auf den Verbraucherschutz als Regelung zum Schutz einer Marktseite vor Augen hatte. Wenn es danach nicht einmal auf „gebündelte“ Einzelinteressen ankommt, kann es auf ein isoliertes Schutzinteresse zugunsten eines einzelnen Verbrauchers in einer singulären Verletzungssituation schon gar nicht ankommen. Von dem her geht es zu weit, wenn die Eingriffsschwelle im Interesse des Verbraucherschutzes in eins gesetzt wird mit einer - womöglich noch vermuteten - Wiederholungsgefahr. Richtigerweise ist vielmehr anzunehmen, dass das Aufgreiferfordernis im Interesse des Verbraucherschutzes über die bloße Wiederholungsgefahr hinausgeht und, wie es in der Gesetzesbegründung ausgedrückt ist, nur dann gegeben ist, wenn die Verletzung über den Einzelfall hinausgeht und eine nachhaltige Beeinträchtigung von Verbraucherschutzregeln zu besorgen ist. Zum über den Einzelfall hinausgehen gehört es auch, wenn die Gefahr besteht, dass das Verletzungsverhalten eines Unternehmers „Schule“ macht, also von anderen Unternehmern ebenso gezeigt zu werden droht.¹⁰² Sofern das der Fall ist, kommt es auf den konkreten Individualschaden des Einzelverbrauchers nicht entscheidend an.¹⁰³

6. Rechtsfolgen

¹⁰¹ Die englische, französische und italienische Sprachfassung sind mit der deutschen bedeutungsgleich.

¹⁰² Damit hat der BGH in der Quelle-Entscheidung das Verbraucherschutzinteresse im Sinn des § 2 UKlaG bejaht, NJW 2009, 427 Rn. 43.

¹⁰³ Auch hier ist auf die zuvor zitierte BGH-Entscheidung und den Streitbetrag von 67,86 € zu verweisen.

Liegen AGB-rechtliche oder Verbraucherschutzverstöße vor, kann der hier im Vordergrund der Betrachtung stehende Verband - nach gehöriger Abmahnung, siehe dazu sogleich - im Klageverfahren gegen den Verletzer vorgehen.¹⁰⁴ Erachtet das nach § 6 Abs. 1 S. 1 UKlaG ausschließlich zuständige Landgericht¹⁰⁵ am Sitz der gewerblichen Niederlassung oder, in deren Ermangelung, am Wohnsitz des Beklagten¹⁰⁶ den Anspruch für begründet, so spricht es nach Maßgabe des § 9 UKlaG im Unterlassungstenor die Verpflichtung aus, bei Meidung eines nach § 890 ZPO anzudrohenden und begrenzten Ordnungsgeldes oder Ordnungshaft die im Klageantrag zu zitierende Klausel oder inhaltsgleiche im Verkehr mit Verbrauchern nicht zu verwenden oder sich auf sie zu berufen. Daneben kann auf Antrag dem Verband die Veröffentlichungsbefugnis auf Kosten des Beklagten zugebilligt werden, wie sich aus § 7 UKlaG ergibt. Wie bereits erwähnt, führt die Verurteilung im Verbandsklageverfahren über eine „faktische“ Wirkung hinaus, die von einem BGH-Urteil ausgeht, das eine Klausel in einem Individualverfahren kassiert, zu einer Rechtskrafterstreckung nach § 11 UKlaG.

Wie ebenfalls bereits erwähnt, ist die Unterlassungsklage zukunftsgerichtet: Sie verbietet dem Verwender auf Dauer die Verwendung einer als unwirksam eingestuften AGB. Für den Fall, dass sich in der Zukunft die Wertung der Gerichte ändert und die ehemals in einem Verbandsklageverfahren „perhorreszierte“ Klausel nunmehr vom BGH oder dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichte des Bundes als wirksam angesehen wird,¹⁰⁷ kann der Verwender nach § 10 UKlaG iVm § 767 ZPO in Durchbrechung der Rechtskraft des Untersagungsurteils in einer Art Vollstreckungsgegenklage die geänderte Rechtsprechung geltend machen, sofern die weitere Vollstreckung des Untersagungsurteils den Geschäftsbetrieb des Verwenders in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würde, was immer schon dann angenommen wird, wenn der Verwender einen Wettbewerbsnachteil dadurch erleidet, dass er die Klausel nicht, seine Wettbewerber sie aber wohl verwenden dürfen.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Die einstweilige Verfügung spielt, im Gegensatz zum Lauterkeitsrecht, in der Praxis des AGB-Rechts keine erhebliche Rolle, so auch *Stoffels*, AGB-Recht (o. Fußn. 79), Rn. 1168; *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (o. Fußn. 2), § 5 UKlaG Rn. 9.

¹⁰⁵ Von der Konzentrationsermächtigung in § 6 Abs. 2 UKlaG haben bisher Gebrauch gemacht die Länder Bayern (GVBl. 1977, S. 197: Landgerichte München I, Nürnberg und Bamberg, jeweils für die OLG-Bezirke); Hessen (GVBl. 1977, S. 122: Landgericht Frankfurt a. M.); Mecklenburg-Vorpommern (GVBl 1994, S. 514: Landgericht Rostock); Nordrhein-Westfalen (GVBl 2002, S. 446: Landgerichte Düsseldorf, Dortmund und Köln, jeweils für die OLG-Bezirke); Sachsen (GVBl 1994, S. 1313: Landgericht Leipzig); Brandenburg (GerZV-BrB v 8.5.2007: LG Potsdam), siehe *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 7), § 6 UKlaG Rn. 4.

¹⁰⁶ Sofern der Beklagte im Inland keine Niederlassung oder keinen Wohnsitz hat, ist der inländische Aufenthaltsort zuständigkeitsbegründend; in dessen Ermangelung der Ort der Verwendung der unwirksamen AGB resp. der Rechtsverletzung, § 6 Abs 1 S. 2 Nr. 1. und 2. UKlaG.

¹⁰⁷ Nach nicht unstrittiger, aber zutreffender Ansicht spielt es keine Rolle, ob dies in einem Individual- oder einem Verbandsklageverfahren erfolgt, *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 10 UKlaG Rn. 15.

¹⁰⁸ *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 10 UKlaG Rn. 21.

7. Bevor es zum Äußersten kommt

a) Abmahnung

Eine Unterlassungsklage kommt nicht - zumindest, wenn es richtig gemacht wird - aus heiterem Himmel. Die Unterlassungsklagebefugnis enthält zugleich die vorgerichtliche Abmahnbefugnis, wie durch den Verweis in § 5 UKlaG auf § 12 UWG, wo das Abmahnverfahren geregelt ist, klargestellt ist.¹⁰⁹ Durch die Abmahnung soll dem Verletzer die Chance gegeben werden, „auf den Boden des Rechts zurückzukehren“. Streckt sich der Verletzer, was durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu erfolgen pflegt, ist der weiteren Verletzung ein Riegel vorgeschoben, zumindest hat der abmahnende Verband eine Möglichkeit, die für den Verstoßfall vereinbarte Vertragsstrafe zu ziehen. Verhält der Verletzer sich freilich unterlassungserklärungskonform, entfällt die Wiederholungsgefahr.¹¹⁰ Im „Abmahnverfahren“ sind natürlich auch Verständigungen der Parteien, also des abmahnenden Verbands und des Verwenders, möglich, die auf eine Einigung zielen.¹¹¹ Allein diese Chance sollten die Beteiligten nutzen. Eine solche Einigung hat freilich nicht die Wirkung, dass etwa in einem individuellen Rechtsstreit zwischen Mieter und Vermieter die Klausel, auf deren Wirksamkeit sich der Vermieter mit dem abmahnenden Verband verständigt hat, durch ein Gericht nicht verworfen werden könnte.

b) Verfahren vor der Einigungsstelle

Für Klagen nach § 2 UKlaG ist in § 12 UKlaG ein Verweis in die Vorschriften über die Einigungsstellen nach § 15 UWG enthalten. Ein Einigungsstellenverfahren ist bei UWG-Klagen vorgesehen, wenn einerseits der Gegner sich auf das Einigungsverfahren einlässt, § 15 Abs. 3 S. 1 UWG, andererseits auch ohne Einverständnis des Gegner in den Verfahren, in denen es um Verbraucher betreffende Wettbewerbshandlungen geht, § 15 Abs. 3 S. 2 UWG. Auch in Verbrauchersachen und damit auch in Verfahren nach § 2 UKlaG ist die vorherige Anrufung der Einigungsstelle keine Sachentscheidungsvoraussetzung, wie sich aus § 15 Abs. 10 UWG ergibt. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht den Parteien aufgeben, einen Einigungsversuch vor der Einigungsstelle zu machen, wenn eine Partei einen dahingehenden Antrag stellt; solange ein Verfahren vor der Einigungsstelle anhängig ist, ist eine negative Feststellungsklage des An-

¹⁰⁹ Dazu *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (o. Fußn. 35), § 10 UKlaG Rn. 8 ff.

¹¹⁰ *Stoffels*, AGB-Recht (o. Fußn. 79), Rn. 1130.

¹¹¹ So geschehen und aktenkundig gemacht etwa im Vorfeld des Verfahrens BGH, NJW 1998, 3114.

tragsgegners unzulässig, § 15 Abs. 10 S. 4 UWG. Das Verfahren vor den bei den IHK gebildeten Einigungsstellen hat im Lauterkeitsrecht einige Bedeutung erlangt. Ob es freilich dieselbe Gewichtung auch im mietrechtlichen Verfahren nach § 2 UKlaG erfahren wird, erscheint angesichts der eher an wettbewerbsrechtlicher Fachkompetenz orientierten Besetzung der Einigungsstellen (§ 15 Abs. 2 UWG) keine ausgemachte Sache. Immerhin würde ein solches Verfahren die Möglichkeit schaffen, ohne dass hier ein Ergebnis „an die große Glocke“ gehängt würde (§ 15 Abs. 6 S. 3 UWG), zu für beide Seiten sinnvollen Lösungen einer Streitigkeit zu kommen.

V. Zu den Ausgangsfällen

Sehen wir uns nun die Ausgangsfälle an:

1. Fall

Der Vermieter V, ein Mensch mit deutlichen Neigungen zum Kontrollzwang, hält in seinen Mietvertragsbedingungen, die er für seine beiden vermieteten Wohnungen, die in seinem geerbten elterlichen Haus belegen sind, einheitlich und seit Jahren ständig verwendet, folgende Regelung vor: „Im Hinblick auf das Eigentum des Vermieters an den gemieteten Wohnräumen und die Verkehrssicherungspflichten des Vermieters ist es diesem und seinem Beauftragten gestattet, die Besichtigung der Mieträume von 8.00 bis 18.00 Uhr zur Prüfung ihres Zustandes vorzunehmen, sofern er dem Mieter die Besichtigung in der Regel mindestens 24 Stunden vorher angekündigt hat.“

Der Fall stellt beinahe einen „Klassiker“ dar, bei dessen Lösung an ganz unterschiedliche Anspruchssituationen zu denken ist. Der einzelne Mieter hätte keinen Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung der AGB, nach dem UKlaG ist der Vertragspartner des Verwenders als solcher nicht aktivlegitimiert. Der Mieter kann aber aus seinem Besitz vorgehen. Die Besitzstörung durch den Vermieter liegt darin, dass er die Vertragsklausel „mit Leben füllt“ und die Wohnungen besichtigt. Das stellt dann eine verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB dar, derer sich der Mieter einerseits mit Gewalt erwehren kann (§ 859 Abs. 1 BGB), andererseits aber einen Unterlassungsanspruch nach § 862 BGB begründet.¹¹²

Im Hinblick auf die Verwendung einer Formulklausel, die gegen § 307 BGB verstößt,¹¹³ besteht ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG, den ein in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragener Mieterverein verfolgen könnte. Dass der Verwender kein Unternehmer ist, spielt im Fall des § 1 UKlaG keine Rolle.

2. Fall

¹¹² Etwa OLG Frankfurt, NStZ-RR 2000, 107; MünchKomm-BGB/Häublein (o. Fußn. 9), § 535 Rn. 132.

¹¹³ Siehe schon die Nachweise oben bei Fußn. 3 sowie Blank/Börstinghaus (o. Fußn. 16), § 535 Rn. 344; MünchKomm-BGB/Häublein (o. Fußn. 9), § 535 Rn. 138.

Wie wäre es, wenn der V das nicht im Formularvertrag geregelt hat, sondern einfach so macht, indem er ohne Anlass, dafür aber in einigermaßen pünktlich eingehaltenem Jahresturnus erscheint, um die beiden vermieteten Wohnungen zu inspizieren. Die Mieter haben sich das bereits verboten, indes ohne Erfolg: Lässt ein Mieter den Vermieter nicht in die Wohnung, kehrt der Vermieter in der Abwesenheit des Mieters zurück, um auf eigene Faust das „Terrain zu sondieren“.

Was den Anspruch der einzelnen Mieter anbelangt, ergibt sich kein Unterschied zu Fall 1.

Fraglich ist aber, ob ein Unterlassungsanspruch nach dem UKlaG besteht. § 1 UKlaG ist hier unergiebig, da ja gerade keine AGB verwendet werden. In Betracht käme nur ein Anspruch nach § 2 UKlaG, der aber voraussetzt, dass einerseits eine Verbraucherschützende Norm verletzt ist, andererseits das Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher angesprochen ist und dass in diesem Rahmen das Interesse des Verbraucherschutzes das Vorgehen rechtfertigt. Letzteres mag man sogar noch annehmen, da eine dauernde Verhaltensweise in - sogar - verfassungskräftige Schutzrechte des Mieters störend eingreift. Aber, es fehlt an der Unternehmereigenschaft des Vermieters, denn die Verwaltung eigenen Vermögens in dem hier gegebenen Umfang macht den Vermieter nicht zum Unternehmer.

An dieser Stelle wird übrigens deutlich, dass die Zielsetzung des UKlaG mit seinem Titel eher verschleiert wird: Beim AGB-Recht ging und geht es nicht von Hause aus um „Verbraucherschutz“, schon gar nicht in der EU-rechtlich gefärbten Terminologie. Der Normadressat der §§ 305 ff. BGB muss kein Unternehmer sein, der nach den genannten Normen geschützt kein Verbraucher, wie sich unschwer einerseits aus den bereits zitierten §§ 305, 310 Abs. 3 BGB sowie aus § 310 Abs. 1 BGB ergibt. Demgegenüber knüpft § 2 UKlaG an das Verhältnis von Unternehmer und Verbraucher an, ganz, wie es der EU-rechtlich geprägte „funktionale“, also an der Rolle des Verbrauchers im Binnenmarkt orientierte Verbraucherschutz vorgibt. Insofern haben wir im UKlaG ebenfalls die von *Gsell*¹¹⁴ beschriebene Gemengelage unterschiedlicher Schutzrichtungen.

3. Fall

Wie wäre es, wenn Vermieter die V GmbH, ein Großvermieter, ist und dieselbe Klausel wie die in Nr. 1 zitierte verwendet?

Auch hier ergeben sich in Hinsicht auf den individuellen Unterlassungsanspruch keine Unterschiede zu Fall 1.

¹¹⁴ Siehe oben Fußn. 61.

Gleiches gilt für den Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG

4. Fall

Wie wäre es, wenn V GmbH keine Klausel im Mietvertrag vorhält, aber das, was in der zuvor zitierten Klausel geregelt ist, einfach durchführt (wie in Nr. 2)?

Der individuelle Unterlassungsanspruch ist auch hier unverändert.

Da die Vermieterin eine Unternehmerin ist, kommt auch der Unterlassungsanspruch aus § 2 UKlaG in Betracht. Die Ausführungen zu Fall 2 betreffend die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 2 UKlaG gelten auch hier.