

# ***Informations- und Aufklärungspflichten in der Wohn- und Geschäftsraummiete***

*Richter am LG Dr. Christopher Wietz, LG Krefeld*

## **I. Enttäuschte Erwartungen**

Enttäuschte Erwartungen sind ebenso Filmstoff wie Lebensalltag. Sie werden zum Rechtsproblem, wenn eine Partei der anderen vorwirft, eine unrichtige Vorstellung hervorgerufen oder nicht korrigiert zu haben. Die Rechtsprechung hatte und hat sich mit Informationspflichten in einer nahezu unüberschaubaren Anzahl von Fällen zu befassen, deren Bandbreite von der Aufklärung über *Rückvergütungen* im Zuge einer Anlageberatung<sup>1</sup> bis zur Information über die Zweifel an der Ersatzfähigkeit des sog. *Unfallersatztarifs*<sup>2</sup> reicht. Die Bedeutung der Problematik dürfte im Mietrecht zugenommen haben, seit der *XII. Senat* des BGH für die Geschäftsraummiete geklärt hat, dass (zumindest) die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch nach Gebrauchsüberlassung möglich ist und gem. § 142 Abs. 1 BGB *ex tunc* wirkt<sup>3</sup>. Als einleitendes Beispiel soll hier ein Sachverhalt dienen, über den das OLG Köln<sup>4</sup> zu entscheiden hatte:

***Fall 1:*** *Der Mieter mietet in einem größeren Objekt Praxisräume zum „Betrieb einer Praxis für Psychiatrie und Psychotherapie“ an. Die Vermieter erfahren kurz darauf, dass der Mieter in den angemieteten Räumlichkeiten auch die Durchführung einer Drogenersatztherapie beabsichtigt. Nach einer Abmahnung erklären die Vermieter die fristlose Kündigung und hilfsweise die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.*

Menschlich ist das Begehren der Vermieter in *Fall 1* leicht nachvollziehbar. Auch rechtlich hat die Befürchtung, dass bei suchtkranken Personen mit Störungen zu rechnen sei, bereits Anerkennung gefunden<sup>5</sup>. Das OLG Köln hielt die Kündigungs- und Anfechtungserklärung der Vermieter gleichwohl jeweils für unberechtigt<sup>6</sup>. Allgemein gilt: Der Vorwurf einer pflichtwidrig unterbliebenen Aufklärung ist im Prozess leicht erhoben, aber nicht immer überzeugend, was ein Seitenblick zum Arbeitsrecht verdeutlicht:

***Fall 2:*** *Ein Arbeitgeber beschäftigt in seinem im Jahre 2009 gegründeten Betrieb 11 Arbeitnehmer in Vollzeit.*

---

<sup>1</sup>BGH, BKR 2013, 386, 387.

<sup>2</sup>BGH, NJW 2006, 2618, 2619.

<sup>3</sup>BGH, NZM 2008, 886, 887.

<sup>4</sup>OLG Köln, NZM 2011, 76; der vollständige Tatbestand findet sich unter BeckRS 2010, 28221.

<sup>5</sup>Vgl. etwa (zu einer Einrichtung für Obdachlose) VG Düsseldorf, Urt. v. 04.04.2011 – 25 K 5561/10, juris.

<sup>6</sup>OLG Köln, NZM 2011, 76 ff.

Mitte des Jahres 2012 stellt er einen neuen Arbeitnehmer (A 12) ein. Der Arbeitgeber rechnet zu diesem Zeitpunkt mit dem alsbaldigen freiwilligen Ausscheiden eines anderen Arbeitnehmers (A 11). Als A 11 Ende des Jahres 2012 erwartungsgemäß kündigt, entschließen sich 2 weitere Arbeitnehmer (A 9 und A 10) ebenfalls zur Kündigung, weshalb die Anzahl der Arbeitnehmer dauerhaft auf 9 absinkt. Anfang des Jahres 2014 erklärt der Arbeitgeber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem neuen Arbeitnehmer A 12, weil er mit dessen Leistungen nicht zufrieden ist. A 12 wendet ein, dass er über das Risiko einer Reduzierung der – gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG maßgeblichen – Arbeitnehmeranzahl vor Vertragsschluss hätte informiert werden müssen und deshalb verlangen könne, so gestellt zu werden, als wäre § 1 KSchG (noch) anwendbar.

In *Fall 2* beansprucht der Arbeitnehmer also wegen einer unterbliebenen Information, die der Arbeitgeber bei einiger Anstrengung vielleicht hätte geben können, einen Kündigungsschutz, den das Gesetz deshalb nicht (mehr) vorsieht, weil sich Umstände, auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat, verändert haben<sup>7</sup>. Eine ähnliche enttäuschte Erwartung kann sich auch für den Wohnraummietter ergeben, wenn dieser nach einer Eigenbedarfskündigung geltend macht, dass der Vermieter mit dem künftigen Eigenbedarf bereits bei Vertragsschluss *rechnete* oder diesen zumindest hätte *vorhersehen müssen*: Hier kann im Regelfall nur nach dem *Alles-oder-Nichts-Prinzip* entschieden werden, und gleichgültig, zu wessen Lasten das Urteil gefällt wird, die Nachteile sind jeweils immens. Versagt man bereits demjenigen Vermieter, der mit dem Eigenbedarf bei Vertragsschluss nicht positiv rechnete, aber – aus Sicht des Gerichts! – hätte rechnen *können*, das Recht zur Kündigung, so engt man seine Lebensplanung mit jedem Vertragsschluss faktisch stark ein. Was ein *verständiger Dritter in der Person des Vermieters* zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhergesehen hätte, weiß man erst nach Lektüre der Gründe des Urteils im Räumungsprozess. Fordert man hingegen vom Mieter den Nachweis, dass der Vermieter um den zukünftigen Eigenbedarf bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sicher wusste, besteht die Gefahr, dass das typische Beweisergebnis der Lebenswirklichkeit nicht gerecht wird. Erstaunlicherweise fällt die Risikozuweisung schwerer als in *Fall 2*, der an sich eine nicht unähnliche Fragestellung zum Gegenstand hat.

Im Fortgang der Darstellung sollen die Frage nach vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Mieters wegen der Gefahr von Störungen in Folge seines Mietgebrauchs (III.1.a. und b.), die angesprochene Problematik des Eigenbedarfs (III.2.a.) sowie die Pflicht zur Aufklärung über die zu erwartenden Betriebskosten (III.2.c.) im Mittelpunkt stehen. Daneben werden weitere Informationspflichten erörtert, dies angesichts des Umfangs der Thematik aber ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ausgespart werden z.B. die Informationspflichten bei Verbraucherverträgen gem. §§ 312 ff. BGB<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup>Zu Aufklärungspflichten wegen möglicher Gefährdung des Arbeitsplatzes s. BAG, NZA 2005, 1298, 1300 ff.

<sup>8</sup> Die Verbraucherrechterichtlinie gilt gem. Art. 3 Abs. 3 f) RL 2011/83/EU nicht für die Vermietung von Wohnraum, ist aber vom deutschen Gesetzgeber überschießend umgesetzt worden. Praktische Relevanz könnte etwa § 312a Abs. 3 S. 1

die Frage nach den Folgen der unterlassenen Aufklärung über das Fehlen eines (ausreichenden) Gebäudeversicherungs-schutzes<sup>9</sup> und die Problematik des § 16 Abs. 2 S. 4 EnEV<sup>10</sup>. Vorab werden allgemeine Kriterien thematisiert, anhand derer Aufklärungspflichten bestimmt werden können. Unerlässlich ist es dabei, zugleich den Blick auf die potentiellen Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung zu richten. Denn die Frage nach dem Bestehen einer solchen Pflicht kann häufig nicht losgelöst von ihrer Funktion und Wirkungsweise beurteilt werden. Voraussetzung und Rechtsfolge stehen – worauf noch mehrfach zurückzukommen sein wird – in einer Wechselwirkung (II.3.).

## **II. Rechtsfolge und Tatbestand**

### **1. Rechtsfolgen der Verletzung einer Aufklärungspflicht**

Beruft sich eine Partei darauf, dass ihr vor Vertragsschluss ein bestimmter Umstand pflichtwidrig nicht mitgeteilt worden sei, kann sie – verkürzt dargestellt – zwei unterschiedliche Interessen verfolgen: Entweder verlangt sie die Herstellung einer ihrer anfänglichen Erwartung entsprechenden Lage oder aber sie möchte sich vom Vertrag lösen. Rechtlich lassen sich die verschiedenen Interessen im Wesentlichen mittels einer Kündigung oder Anfechtung, im Wege des Schadensersatzes gem. § 280 Abs. 1 BGB sowie – auf Seiten des Mieters – unter Heranziehung der §§ 535 Abs. 1 S. 2, 536, 536a BGB durchsetzen.

#### ***a. Beseitigung vertraglicher Bindungen***

Will sich eine Partei wegen einer vor Vertragsschluss unterbliebenen Information vom Vertrag lösen, kann sie die Kündigung *oder* die Anfechtung erklären. Obwohl die Pflichtverletzung *vor* Vertragsschluss begangen wurde, ist die betroffene Partei nicht auf eine Anfechtung angewiesen. Vielmehr kann die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht eine Kündigung rechtfertigen<sup>11</sup>. Einschränkend ist lediglich zu verlangen, dass die Pflichtverletzung noch nachwirkt<sup>12</sup>, während die

---

BGB erhalten. Ob diese Vorschrift der Annahme, eine Zustimmung zur Mieterhöhung könne sich stillschweigend aus dem Zahlungsverhalten ergeben (vgl. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Auflage 2015, § 558b Rn. 24 ff.), zukünftig entgegensteht, ist noch ungeklärt. Zu beachten ist weiterhin, dass § 312 Abs. 3 Nr. 6 BGB *nicht* auf Art. 246a § 1 Abs. 1 EGBGB verweist. Demgemäß bedarf es im Wohnraummietrecht wohl keiner *Beschreibung der wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen* oder Information über die Bedingungen einer Kündigung (vgl. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 6 EGBGB). Entbehrlich sind damit im Wohnraummietrecht auch Überlegungen zur Frage, wie sich diese Vorschriften zum Gewährleistungs- bzw. Mängelrecht verhalten (vgl. zur Problematik im Kaufrecht Möller, BB 2014, 1411, 1413). Schließlich dürfte kein Raum sein für eine Haftung auf Schadensersatz wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung mit der Folge, den Mieter so zu stellen, als hätte er innerhalb der Frist des § 356 Abs. 3 S. 2 BGB den Widerruf erklärt.

<sup>9</sup>Zur Unterversicherung und zum Fehlen von Versicherungsschutz Wietz/Streyll, WuM 2015, 131, 134 ff.

<sup>10</sup>Hierzu ausführlich Flatow, NZM 2008, 785 ff.

<sup>11</sup>Vgl. BGH, NJW 2014, 1954, 1955; tendenziell anders möglicherweise OLG Köln, NZM 2011, 76 f.

<sup>12</sup>Vgl. BAG, NZA 2013, 1087, 1090; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Auflage 2015, § 543 Rn. 200.

Blickrichtung bei der Anfechtung umgekehrt ist: Hier kann das Anfechtungsrecht nach § 242 BGB entfallen<sup>13</sup>. Die Bedeutung eines solchen Wahlrechts kann sich zeigen, wenn erst nach der auf eine Informationspflichtverletzung gestützten Kündigung oder Anfechtung<sup>14</sup> das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters eröffnet wird. § 108 Abs. 1 InsO gilt dann zwar jeweils nicht<sup>15</sup>. Die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB führt aber über § 142 Abs. 1 BGB – im Gegensatz zur Kündigung – zum Fortfall des Vermieterpfandrechts (§ 50 InsO)<sup>16</sup>.

Die Beseitigung vertraglicher Bindungen kann zudem Folge eines Schadensersatzanspruchs sein. Kommt wegen einer Aufklärungspflichtverletzung ein wirtschaftlich nachteiliger Vertrag zu Stande, ist der betroffenen Partei eine Rückabwicklung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB möglich<sup>17</sup>. Geltend gemacht wird damit das negative Interesse. Im Wohn- und Gewerberaummietrecht hat dieser Haftungsansatz bislang nur geringe Bedeutung<sup>18</sup>. Der *VIII. Senat* des BGH hat als negatives Interesse etwa die in Folge eines *verfrühten Umzugs* entstandenen *Mehrkosten* und *vergeblichen Aufwendungen* anerkannt<sup>19</sup>. Diese Schadensbestimmung lässt die bis dahin ausgetauschten Leistungen außer Ansatz, unterstellt also deren Gleichwertigkeit. Eine derartige – im Regelfall zutreffende – Sichtweise darf aber nicht überspielen, dass zumindest die Überlegung notwendig ist, inwieweit bei dem konkreten Schadensersatzverlangen die vom Vertragspartner bereits erbrachte Gegenleistung (etwa im Wege der Vorteilsanrechnung<sup>20</sup>) Berücksichtigung finden muss. Dabei ergeben sich im Rahmen der Rückabwicklung – gerade mit Blick auf Nebenkostenvorauszahlungen, eine geleistete Kautions<sup>21</sup> sowie das Verhältnis zu § 818 BGB<sup>22</sup> – noch nicht vollständig geklärte Probleme. Überdies ist im Insolvenzfall eine Saldierung (§ 818 BGB) wohl

---

<sup>13</sup>Vgl. BGH, NZM 2008, 886, 888.

<sup>14</sup>§ 112 InsO steht der Ausübung dieser Gestaltungsrechte im Grundsatz nicht entgegen; zum Adressaten der Gestaltungserklärung während des Eröffnungsverfahrens s. Flatow, NZM 2004, 281, 283.

<sup>15</sup>Vgl. Eckert in: MünchKomm-InsO, 3. Auflage 2013, Vorbemerkung zu § 108 Rn. 10.

<sup>16</sup>Schmid, WuM 2009, 155, 156.

<sup>17</sup>Grundlegend etwa BGH, NJW 1998, 302, 303 ff. Das Erfordernis eines Vermögensschadens ist streitig (vgl. Gsell, DWW 2010, 122, 124), wird aber vom BGH recht großzügig verstanden. Möglicherweise deutet sich sogar mit BGH, NJW-RR 2012, 937, 940 eine Abkehr an.

<sup>18</sup>Vgl. aber LG Berlin, BeckRS 2009, 06181; s. auch KG, Urt. v. 25.06.2007 – 8 U 208/06, juris; demgegenüber spricht BGH, NJW-RR 2004, 1286 davon, dass ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen Grund für eine *Kündigung* sein könne.

<sup>19</sup>BGH, NZM 2015, 296, 300.

<sup>20</sup>Vgl. (zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB) BGH, NJW 1972, 36; Schur, JuS 2006, 673, 677.

<sup>21</sup>So ist fraglich, ob die Kautions einen eigenständigen Schaden darstellt und ob hinsichtlich der Nebenkosten vorläufig – bis zur Abrechnung – von einem Zufluss von Vorteilen in Höhe der Vorauszahlungen auszugehen ist. Im Rahmen von § 818 BGB hat der BGH die geleistete Kautions offenbar nicht in die Saldierung einbezogen (BGH, NZM 2008, 886, 888 f.; zur Saldotheorie s. BGH, NJW 1999, 1181). Auch das OLG Brandenburg (BeckRS 2009, 88661) hat in der verfahrensabschließenden Entscheidung den sich zu Gunsten der Mieter ergebenden positiven Saldo unabhängig von der gesondert eingeklagten Kautions errechnet.

<sup>22</sup>Immerhin findet sich in BGH, NZM 2000, 1076, 1077 die Aussage, dass in den Saldo aufgenommene Posten, die die Herausgabepflicht des Schuldners verkürzen, zugleich Schadenspositionen, für die der Schuldner an sich Ersatz verlangen könnte, zum Ausgleich bringen.

nur eingeschränkt möglich<sup>23</sup>.

Auf Seiten des Mieters bleibt der nach herrschender Ansicht<sup>24</sup> geltende Vorrang des Mängelrechts (§§ 536 ff. BGB) zu beachten. Rechnet der Mieter z.B. fälschlicherweise mit ausreichend dimensionierten Heizkörpern, ergibt sich sein Erwartungshorizont zwar aus dem *Fehlen einer negativen Beschaffensvereinbarung*. Die mit einer solchen Abrede verbundene Information wäre geeignet gewesen, die unrichtige Vorstellung *zu korrigieren*. Eine ergänzende Haftung aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ist aber nach Gebrauchsüberlassung grundsätzlich ausgeschlossen und nur im Fall einer arglistigen Täuschung möglich. Auch an einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB (Mangel als verkehrswesentliche Eigenschaft) soll der Mieter gehindert sein<sup>25</sup>. Raum für die Anwendung der §§ 119, 280 BGB ist demgegenüber, sofern die unrichtige Erwartung nicht von (dem Vorrang der) §§ 536 ff. BGB erfasst wird<sup>26</sup>, etwa wenn der Vermieter eine strafrechtliche Verurteilung wegen eines Vermögensdelikts mit einem mietrechtlichen Bezug bei Abschluss des Vertrags nicht offenbart hat<sup>27</sup>.

#### ***b. Fortbestand des Vertrags (Erfüllungsinteresse)***

Die bisher genannten Ansprüche und Gestaltungsrechte zielen alle auf eine Beseitigung vertraglicher Bindungen ab. Allerdings kann das Interesse auch dahin gehen, unter Fortbestand des Vertrags einen Zustand herzustellen, welcher der fehlerhaften Erwartung entspricht. Ein derartiger Anspruch ergibt sich für den Mieter aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf die Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand, gilt also lediglich für einen Teilbereich der fehlerhaften Erwartungen. Anderweitige Fehlvorstellungen sind ebenfalls möglich: Was gilt, wenn der Mieter ein an sich geeignetes Objekt nutzt, mit Erhalt der Nebenkostenabrechnung aber bemerkt, dass seine Vorauszahlungen die tatsächlich angefallenen Kosten nicht ansatzweise abgedeckt haben? Auch hier wird der Mieter die Herstellung eines seiner Erwartung entsprechenden Zustands (in Form der Freistellung von Nachforderungen) begehren. Die Verletzung von Aufklärungspflichten führt in der Regel jedoch lediglich zu einer Haftung auf das negative Interesse (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Das positive Interesse ist bei einer Aufklärungspflichtverletzung (nur) dann ersatzfähig, wenn der Geschädigte den Nachweis erbringt,

---

<sup>23</sup>Vgl. BGH, NJW 2005, 884, 887 f.; hinsichtlich vor Insolvenzeröffnung jeweils bewirkter Leistungen hat der BGH eine Saldierung allerdings für möglich gehalten (vgl. BGH, VersR 2010, 80, 82).

<sup>24</sup>BGH, NZM 2008, 644, 645; BGH, NJW 1997, 2813, 2814; Flatow, NZM 2008, 785, 793; krit. etwa Gsell, DWW 2010, 122, 125 f.

<sup>25</sup>Für die Möglichkeit einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB hingegen Dötsch, NZM 2011, 457 ff.

<sup>26</sup>So für Tatsachen, die bereits nicht zusicherungsfähig i.S.v. § 536 Abs. 2 BGB sind, BGH, NZM 2000, 492, 496; ebenso BGH, NJW-RR 2004, 1236.

<sup>27</sup>Vgl. AG Donaueschingen, WuM 2014, 595, 597 (zu § 119 Abs. 2 BGB).

dass bei erfolgter Aufklärung ein für ihn günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre<sup>28</sup>. Der Beweis, der Vermieter wäre an Stelle von Vorauszahlungen auch mit einer Betriebskostenpauschale in eben dieser Höhe einverstanden gewesen, wird sich jedoch kaum führen lassen<sup>29</sup>, zumal eine solche Vereinbarung – vgl. §§ 4, 6 HeizkostenV – vielleicht nicht einmal zulässig gewesen wäre.

Allerdings findet sich in der Rechtsprechung des BGH noch eine besondere Form des gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu ersetzenden Vertrauensschadens (sog. *Restvertrauensschaden*). Dem Geschädigten soll es freistehen, am Vertrag festzuhalten und den verbliebenen Vertrauensschaden zu liquidieren, wobei er nach dem BGH nicht gehalten ist, nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen anderen Vertragsinhalt tatsächlich eingelassen hätte<sup>30</sup>. Als ggf. denkbare Folge eines Anspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen hat der *XII. Senat* des BGH die Herabsetzung der Miete genannt<sup>31</sup>. Kann der Mieter auf diesem Wege faktisch den *Vertrag anpassen*, also der Sache nach verlangen, dass seine Vorauszahlungen als eine Pauschale zu behandeln seien? Hierauf wird zurückzukommen sein (III.2.c.).

## **2. Allgemeine Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht**

Sind damit potentielle Rechtsfolgen der Verletzung einer Aufklärungspflicht aufgezeigt worden, stellt sich die Frage nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen. In der Rechtsprechung zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten lassen sich bestimmte Linien ausmachen. Zunächst wird zwischen der Täuschung durch aktives Tun und dem bloßen Schweigen differenziert. Aktive Falschangaben sind grundsätzlich relevant, während ein Unterlassen nur erheblich ist, wenn eine Aufklärungspflicht besteht<sup>32</sup>. Diese Differenzierung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide Formen des Informationsdefizits wesensverwandt sind. Dies zeigt sich bereits, wenn die Regel, dass Fragen vor Abschluss des Vertrags wahrheitsgemäß zu beantworten sind, unter den Vorbehalt der Zulässigkeit der Frage gestellt wird<sup>33</sup>. Zudem ist zwischen einer konkludenten Täuschung einerseits und einem pflichtwidrigen Verschweigen andererseits häufig nur mit Mühe ein Unterschied auszumachen<sup>34</sup>. Wie eng die Täuschung durch aktives Tun und das pflichtwidrige Unterlassen letztlich miteinander verknüpft sind, zeigt sich zuletzt auf der Ebene der Beweislast:

---

<sup>28</sup>Vgl. BGH, NJW 1998, 2900 f.

<sup>29</sup>Zutreffend Scheffler, WuM 2008, 65, 67.

<sup>30</sup>Vgl. BGH, NJW 2006, 3139, 3141; vorsichtiger demgegenüber noch BGH, NJW 1998, 2900 f.; insgesamt krit. zur *schadensrechtlichen Minderung* Gsell, DWW 2010, 122, 125; Lorenz, NJW 1999, 1001, 1002.

<sup>31</sup>BGH, NJW 2006, 899, 902 (eine nähere Auseinandersetzung mit BGH, NJW 1998, 2900 f. oder BGH, NJW 2001, 2875, 2876 f. unterbleibt dort allerdings).

<sup>32</sup>Vgl. etwa BGH, NJW-RR 1997, 144, 145; BAG, NZA 2014, 1131, 1133; Stadler, JA 2009, 303, 305.

<sup>33</sup>Vgl. BGH, NJW 2014, 1954, 1955.

<sup>34</sup>Vgl. auch BGH, NStZ 2007, 151, 153.

Diese wird hinsichtlich der Aufklärung nicht umgekehrt, wenn es darum geht, ob ein durch vorheriges aktives Tun hervorgerufener Irrtum durch spätere Aufklärung wieder beseitigt worden ist. Die Beweislast verbleibt bei demjenigen, der sich auf die Pflichtverletzung beruft<sup>35</sup>.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, welche sachlichen Anforderungen an eine Aufklärungspflicht zu stellen sind. Dient die hiermit verbundene Grenzziehung der Risikozuweisung, liegt es nahe, auf die Möglichkeiten des Selbstschutzes abzustellen. Unter anderem *Gsell*<sup>36</sup> hat herausgearbeitet, dass einem sog. *Wissensgefälle* wesentliche Bedeutung zukommt. Hat eine Vertragspartei keine aussichtsreichen Möglichkeiten, sich die erforderliche Kenntnis zu verschaffen, oder hat sie keinen Anlass zur Nachfrage, liegt eine Aufklärungspflicht nahe<sup>37</sup>. Das leuchtet unmittelbar ein, denn auch bei § 536 BGB kommt es darauf an, womit nach der Verkehrsanschauung gerechnet werden muss<sup>38</sup>. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob ein unrichtiger *Vertrauenstatbestand* gesetzt worden ist. Derjenige, der einen Irrtum hervorgerufen hat, ist verpflichtet, die Fehlvorstellung vor Vertragsschluss zu korrigieren<sup>39</sup>. An dieser Stelle ist endgültig kaum noch ein Unterschied zwischen Verschweigen und stillschweigender Täuschung – etwa durch Verharmlosung – auszumachen.

Daneben ist die *Erheblichkeit* der jeweiligen Tatsache von Bedeutung. Der BGH formuliert regelmäßig dahin, dass eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann bestehe, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von *ausschlaggebender Bedeutung* sind<sup>40</sup>. Dies gilt vor allem (aber nicht nur<sup>41</sup>) für Tatsachen, die den *Vertragszweck* des anderen *vereiteln* können<sup>42</sup>. Ausschlaggebende Bedeutung kann insbesondere Tatsachen zuzusprechen sein, die den unmittelbaren Vertragszweck in dem Sinne vereiteln, als sie die Unfähigkeit zur Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflichten betreffen. Es kann aber auch solchen Tatsachen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, die sich nicht unmittelbar auf die Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflichten beziehen; dies wird im Fortgang anhand der *Fälle 4* und *5* deutlich werden.

---

<sup>35</sup>BGH, NJW 2014, 3296, 3297; teils anders (im Kapitalanlagerecht) aber BGH, BeckRS 2009, 26985.

<sup>36</sup>Gsell, DWW 2010, 122, 123.

<sup>37</sup>Vgl. Gsell, DWW 2010, 122, 123; s. auch BGH, NZM 2010, 517, 518; BGH, NJW 2006, 3139, 3141.

<sup>38</sup>Vgl. BGH, NZM 2015, 481, 482.

<sup>39</sup>Vgl. Emmerich, NJW 2011, 2321, 2322.

<sup>40</sup>BGH, NJW 2010, 3362.

<sup>41</sup>Gsell, DWW 2010, 122, 123 weist zutreffend darauf hin, dass der BGH nicht immer ganz einheitliche Formulierungen wählt (s. etwa BGH, NJW 1979, 2243).

<sup>42</sup>Vgl. BGH, NJW 2012, 846, 847.

### 3. Wechselwirkung

Die vorstehend genannten Kriterien sind einleuchtend, sie allein geben aber häufig keine eindeutige Antwort. Denn fast immer besteht ein *Wissensgefälle* und fast immer lassen sich Argumente dafür finden, weshalb eine bestimmte Tatsache *erkennbar ausschlaggebende Bedeutung* hatte und deshalb nach Treu und Glauben hätte mitgeteilt werden müssen:

**Fall 3:** *Die Mietinteressenten haben 2 Kinder, welche die Gewohnheit haben, beim Spielen einen solchen Lärm zu verursachen, der selbst für ihr Alter ungewöhnlich ist. Letzteres erwähnen die Mietinteressenten weder bei Besichtigung noch bei Vertragsschluss. Vielmehr sind die Kinder nach einer eindringlichen elterlichen Einweisung zu diesen Zeitpunkten äußerst ruhig und zuvorkommend. Als nach dem Einzug heftige Beschwerden der anderen Mietparteien eingehen, erklärt der Vermieter die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.*

Zumindest mit einiger Mühe lässt sich zu Gunsten des Vermieters anführen, dass er in *Fall 3* nicht damit rechnen musste, dass ausgerechnet die Kinder seiner Mietinteressenten ungewöhnlich laut sind. Ein Wissensvorsprung auf Seiten der Eltern ist eindeutig zu bejahen. Hinzu kommt, dass bei der Besichtigung bewusst ein unrichtiger Anschein begründet wurde. Berufen sich die anderen Mieter auf eine Minderung, so hat das aus Sicht des Vermieters selbstverständlich auch ausschlaggebende Bedeutung, denn er wird auf die Zahlungen angewiesen sein. Warum verneint man gleichwohl eine arglistige Täuschung? Die Antwort ist eher undogmatisch, aber ehrlich: Die Rechtsfolgen einer Täuschung wären inakzeptabel!

Ob die Rechtsfolgen angemessen oder inakzeptabel wären, ist eine gesetzlich-gesellschaftliche Wertungsfrage. Dabei ist von Relevanz, ob sich die angebliche Aufklärungspflicht auf einen Regelungsbereich bezieht, der bereits Instrumente für einen Interessenausgleich bereithält. Zwar hat das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 BGB eine eigenständige Zielrichtung, wird also nicht vom Kündigungsrecht verdrängt<sup>43</sup>. Dies schließt aber nicht aus, im Sinne eines *abgestuften gesetzlichen Systems* Zurückhaltung zu üben bezüglich der Bestrebung, den Konflikt durch eine rückwirkende Beseitigung vertraglicher Bindungen zu lösen. Wesentlich sind zudem gesellschaftliche Anschauungen, die durchaus einem Wandel unterliegen können. Das OLG Köln hat in *Fall 1* explizit auf das *Allgemeininteresse* an einer Drogensersatztherapie abgestellt<sup>44</sup>. Ähnliches gilt in *Fall 3*: Kinderlärm kann zwar stören, darf es aber (inzwischen) nicht (mehr)<sup>45</sup>. Dies gilt im Grundsatz auch

---

<sup>43</sup>BGH, NZM 2008, 886, 887 f.

<sup>44</sup>OLG Köln, NZM 2011, 76, 77.

<sup>45</sup>Vgl. auch § 22 Abs. 1a BimSchG und BGH, NZM 2015, 481 ff.

zu Lasten der anderen Mietparteien. Ihre Minderung ist daher im Zweifel unberechtigt. Und selbst wenn ausnahmsweise § 536 Abs. 1 BGB zu Gunsten der Mitmieter eingreifen sollte, wäre es unangemessen, könnte sich der Vermieter unabhängig von den §§ 543, 569 Abs. 2, 573 BGB vom Vertrag lösen. Deshalb ist der Kinderlärm für den Vermieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedeutungslos oder muss es jedenfalls sein. Man könnte also folgende These aufstellen:

- *Sollen die Rechtsfolgen einer Aufklärungspflichtverletzung nicht eintreten, ist schon das Bestehen einer Aufklärungspflicht zu verneinen.*

Die vorstehende These mag ergebnisorientiert, fast trivial erscheinen. Sie spiegelt aber dennoch ein Ziel der Rechtsfindung wieder, namentlich die Herstellung eines Ergebnisses, das nach den herrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen Akzeptanz finden kann. Deshalb lohnt es sich, der These nachzugehen. Bestimmte Rechtsfolgen sollen möglich oder eben nicht möglich sein. So erklärt sich, dass ein Rücktritt wegen eines arglistig verschwiegenen Mangels in aller Regel nicht an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, d.h. dem Einwand der Unerheblichkeit scheitert<sup>46</sup>. Deutlich wird die ergebnisorientierte Sichtweise auch anhand des Haftungsansatzes des sog. Restvertrauensschadens. Dieser verhindert im Kern, dass ein pflichtwidrig nicht aufgeklärter Käufer eine Alternative dazu hat, entweder von dem als endgültig gedachten Erwerb Abstand zu nehmen oder aber – weil der Beweis eines günstigeren Vertragsschlusses kaum gelingen wird – von einem Ausgleichsverlangen abzusehen.

Die Gebrauchsüberlassung gem. § 535 BGB ist jedoch von vornherein nicht auf Endgültigkeit angelegt. Vielmehr ist die Möglichkeit der Vertragsbeendigung als Wesensbestandteil der Miete im Gesetz angelegt. Während die Umkehr des Endgültigen beim Kaufvertrag die Ausnahme und sein Fortbestand die Regel ist, liegt es beim Mietvertrag etwas anders. Dies könnte ein Grund für die Neigung sein, eine Aufklärungspflichtverletzung im Mietrecht eher zu bejahen, wenn sie dazu dienen soll, sich vom *Vertrag zu lösen*, und Zurückhaltung zu üben, wenn es tendenziell um dessen *Verfestigung zu der Sache nach veränderten Bedingungen*, d.h. einer Umgestaltung des Mietvertrags geht. Ein Problem ergibt sich gerade dort, wo alleine der letztgenannte Weg – also das Festhalten an einem faktisch geänderten Mietvertrag – geeignet erscheint, um einem *typischen Interesse* zur Durchsetzung zu verhelfen. Es handelt sich um eine besondere Situation, die von dem Grundfall abweicht: Wenn der Käufer eines bebauten Grundstücks über schwerwiegende Mängel am Dachstuhl nicht aufgeklärt worden ist, dann kann sein Interesse dahin gehen, vom Vertrag Abstand zu nehmen.

---

<sup>46</sup>Vgl. BGH, NJW 2006, 1960, 1961.

Ebenfalls denkbar ist es aber auch, dass er lediglich den sog. kleinen Schadensersatz statt der Leistung (z.B. in Form des Ersatzes der Mängelbeseitigungskosten) verlangen möchte. Nichts anderes gilt, wenn sich sein Informationsdefizit auf Umstände bezieht, die vom Mangelbegriff des § 434 BGB nicht erfasst werden: Hier bietet der Restvertrauensschaden dem Käufer eine Gelegenheit, am Vertrag festzuhalten. Er ist also nicht darauf beschränkt, sich vom Vertrag zu lösen. Ein typisches Käuferinteresse, das für eine der beiden Wahlmöglichkeiten spricht, ist nicht erkennbar. In Dauerschuldverhältnissen können sich aber ganz andere Situationen ergeben. Im Arbeitsrecht wird ein Arbeitnehmer – wie *A 12 in Fall 2* – primär auf den Fortbestand des Vertrags drängen und die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen. Die Kompensation finanzieller Nachteile, die sich aus der Aufgabe der früheren Beschäftigung ergeben haben<sup>47</sup>, ist nachgeordnet. Noch deutlicher wird der Unterschied zwischen typischerweise vor- und nachrangigen Interessen in der Wohnraummiete, wenn der Mieter bei Vertragsschluss unbewusst oder vorsätzlich nicht über den zukünftigen Eigenbedarf aufgeklärt worden ist. Der Mieter tritt dem Räumungsverlangen entgegen und zielt typischerweise auf eine *Verfestigung des Vertrags zu veränderten Bedingungen* ab, was mit der oben beschriebenen Neigung kollidiert. Diese Rechtsfolge könnte daher unangemessen sein. Muss man deshalb nicht die Voraussetzungen einer Informationspflicht bis zu dem Punkt anheben, an dem eben diese Rechtsfolge angemessen erscheint? Die obige These wäre zu konkretisieren: Liegt der angeblichen Pflichtverletzung ein typisches Interesse zu Grunde, dessen Schutz effektiv nur über eine bestimmte Rechtsfolge sicherzustellen ist, muss gerade diese Rechtsfolge angemessen sein. Andernfalls ist eine Aufklärungspflicht zu verneinen.

Nach alledem ergeben sich mehrere Konsequenzen: Erstens muss vor allem im Wohnraummietrecht eine weitere Annäherung zwischen den beiden Fallgruppen *folgenloses Schweigen* und *erlaubte Lüge* erfolgen. Zweitens darf keineswegs jeder nachteiligen Tatsache, auch wenn sie im laufenden Vertrag eine Pflichtverletzung darstellt, ausschlaggebende Bedeutung zugesprochen werden. Drittens ist besondere Zurückhaltung geboten, wenn der angeblichen Aufklärungspflicht ein typisches Interesse zu Grunde liegt, das effektiv nur geschützt werden kann, wenn es faktisch zu einer *Verfestigung des Vertrags zu veränderten Bedingungen* kommt. Vor diesem Hintergrund soll nunmehr auf einzelne Informationspflichten eingegangen werden.

### **III. Informationspflichten**

#### **1. Einzelne Informationspflichten des Mieters**

---

<sup>47</sup>Vgl. BAG, NZA 2005, 1298 ff.

### **a. Geschäftsraummiete: Störung des Geschäftsfriedens**

Der Ausgangspunkt ist eindeutig: Das Geschäftsrisiko ist Sache des Mieters, das Vermietungsrisiko ist dem Vermieter zuzuordnen<sup>48</sup>. Einfluss auf die Art und Weise des Geschäftsbetriebs nehmen gleichwohl viele Vermieter, etwa über Sortimentsvorgaben oder Betriebspflichten<sup>49</sup>. Inwieweit muss der Mieter aber den Vermieter ungefragt über seine Geschäftsvorstellungen, vor allem sein Sortiment informieren? Der BGH hat sich mit diesem Fragenkomplex in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2010 befasst:

**Fall 4:** Die Vermieterin vermietet an den Mieter in einem von Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus ein Ladengeschäft zum Verkauf von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich. Bestandteil des Vertrags ist eine als Anlage beigefügte Sortimentsliste, die lediglich allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Bekleidungsangebot enthält. Der Mieter beabsichtigt, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke Thor Steinar zu verkaufen. Die Vermieterin erfährt hiervon, erklärt die fristlose Kündigung und wiederholt diese kurz darauf mit einer hilfsweise erklärten Anfechtung.

**Fall 5:** In einem Ladengeschäft verkauft die Mieterin wiederum nahezu ausschließlich Waren der Marke Thor Steinar. Nach der Eröffnung kommt es innerhalb weniger Wochen wiederholt zu Demonstrationen und Farbbeutelanschlägen auf das Ladengeschäft. Die Vermieterin erklärt hierauf die Anfechtung und hilfsweise die Kündigung.

Der Sachverhalt von *Fall 4* lag dem sog. *ersten Thor Steinar-Urteil*<sup>50</sup> zu Grunde, *Fall 5* ist dem *zweiten Thor Steinar-Urteil*<sup>51</sup> nachempfunden. Der BGH bestätigte in beiden Fällen einen Anspruch auf Räumung und geräumte Herausgabe, den die Vorinstanzen jeweils aus § 985 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB<sup>52</sup> hergeleitet hatten. Hinsichtlich der Aufklärungspflicht hat der *XII. Senat* des BGH zwei Kriterien betont, zum einen die Eignung einer Tatsache, den Vertragszweck zu vereiteln oder erheblich zu gefährden, zum anderen ihre Eignung, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen<sup>53</sup>. Im *ersten Thor Steinar-Urteil* wurde primär darauf abgestellt, dass das *Hundertwasser-Haus* aufgrund seiner besonderen Gestaltung als Attraktion gedacht gewesen sei. Der Verkauf von Waren der Marke *Thor Steinar* – welche in der öffentlichen Meinung unstrittig

---

<sup>48</sup>Vgl. BGH, NJW 2006, 899, 901.

<sup>49</sup>Vgl. BGH, NZM 2010, 361 ff.

<sup>50</sup>BGH, NJW 2010, 3362.

<sup>51</sup>BGH, NZM 2010, 788.

<sup>52</sup>Vgl. KG BeckRS 2009, 16232; OLG Naumburg, BeckRS 2008, 26062; lediglich das LG Berlin (BeckRS 2009, 06181) hatte neben § 985 BGB auch auf § 1004 Abs. 1 BGB sowie (wegen einer wenigstens fahrlässigen Verletzung der Aufklärungspflicht) §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 249 BGB abgestellt. Zu beachten ist allerdings, dass zwischen Rückgabe und Herausgabe ein Unterschied besteht, vgl. BGH, NZI 2010, 901; BGH, NZI 2015, 173 f.

<sup>53</sup>BGH, NJW 2010, 3362.

der rechtsradikalen Szene zugeordnet würden – könne zur Folge haben, dass das Geschäftshaus in den Ruf gerate, Anziehungsort für rechtsradikale Käuferschichten zu sein und damit ein Ort, an dem – auch aus Grund von Demonstrationen – gewaltsame Auseinandersetzungen zu erwarten seien<sup>54</sup>. Grundlage dieser Befürchtung waren wohl nicht zuletzt die Feststellungen des Berufungsgerichts im *zweiten Thor Steinar-Fall*, ausweislich derer es bereits zu Demonstrationen und Sachbeschädigungen gekommen war<sup>55</sup>.

Um es vorwegzunehmen: Der BGH hatte über zwei Extremfälle<sup>56</sup> zu entscheiden, weshalb das gefundene Ergebnis keinesfalls unbesehen auf andere Sachverhalte übertragen werden kann. Eine Kernfrage lautet: Kann die Möglichkeit eines ablehnenden, störenden oder gar rechtswidrigen Verhaltens von Personen, für welche der Mieter *nicht* gem. § 278 BGB verantwortlich ist, überhaupt Bestandteil der Begründung einer Aufklärungspflicht sein? Konstruktiv ähnelt diese Überlegung der Figur des *Zweckveranlassers* im Polizei- und Ordnungsrecht. Hierbei handelt es sich um eine Person, die die relevante Gefahr nicht unmittelbar, aber über einen anderen Verursacher auslöst<sup>57</sup>. Hat man sich an der *Lebenswirklichkeit* zu orientieren oder an gedachten Kunden und Mitmietern, die sämtlichen politischen, rechtlich *noch* zulässigen Anschauungen gleich unvoreingenommen gegenüber treten? Und in welcher Form muss sich die Ablehnung Dritter (voraussichtlich) äußern, um bereits bei Vertragsschluss eine Aufklärungspflicht zu rechtfertigen?

Ungewöhnlich ist eine Orientierung an der Lebenswirklichkeit jedenfalls nicht: Bestimmte Betriebsarten – z.B. ein Bordellbetrieb – begründen versicherungsvertraglich eine Gefahrerhöhung<sup>58</sup>. Dies muss zugleich Bedeutung im Rahmen von § 241 Abs. 2 BGB haben. Ferner hat der *V. Senat* des BGH in einer – durchaus umstrittenen<sup>59</sup> – Entscheidung einem Wellness-Hotelbetreiber die Freiheit zugesprochen, solchen Gästen zukünftig den Zutritt zu verweigern, von denen er annehme, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung dem Geschäftskonzept abträglich sein, zumal das AGG einer Benachteiligung aus Gründen der politischen Überzeugung nicht entgegenstehe<sup>60</sup>. Ist es allerdings bereits zum Vertragsschluss gekommen, bedürfe ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot jedoch der Rechtfertigung durch besonders gewichtige Sachgründe. Dass die bloße Anwesenheit bei anderen Gästen Missfallen erzeuge oder von diesen gar als

---

<sup>54</sup>BGH, NJW 2010, 3362 f.

<sup>55</sup>Vgl. BGH, NZM 2010, 788.

<sup>56</sup>Zutreffend Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 23/2010, Anm. 4; ähnlich *Rolfs*, LMK 2010, 310170.

<sup>57</sup>Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2008, 12. Fraglich ist hier, ob es auf eine gezielte oder bloß objektiv zurechenbare Auslösung der Gefahr ankommt.

<sup>58</sup>Vgl. zur Gebäudeversicherung BGH, NZM 2013, 46 f.

<sup>59</sup>Kritisch Gurlitt, NZG 2012, 698, 700.

<sup>60</sup>BGH, NZM 2012, 397, 400; hierzu Lehner, NVwZ 2012, 361 ff.

Provokation empfunden werde, genüge nicht, da das Bestehen unterschiedlicher politischer Anschauungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung immanent sei<sup>61</sup>. Von den *Thor Steinar-Fällen* unterscheidet sich dieser Fall wesentlich dadurch, dass das Mietverhältnis von längerer Dauer als ein Wellness-Wochenende sein sollte.

Damit ist allerdings nicht die Frage beantwortet, ob der Vermieter in den *Thor Steinar-Fällen* nicht auf *Selbstschutz*, also die Möglichkeit einer Nachfrage zu verweisen ist<sup>62</sup>. Das OLG Köln hat in dem eingangs genannten *Fall 1* (Drogentherapie in den Mieträumen) eine Verletzung der Aufklärungspflicht mit der Erwägung verneint, dass es in den Risikobereich der Vermieter falle, wenn sie sich auf die allgemeine Angabe zum Tätigkeitsfeld des Mieters verlassen hätten, zumal dessen Tätigkeit auch in örtlicher Hinsicht nicht ungewöhnlich sei<sup>63</sup>. Dies rückt in die Nähe eines irrelevanten Irrtums über die rechtlichen Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs<sup>64</sup>. Entscheidend ist, inwieweit hinreichender Anlass zu eigenen Nachforschungen besteht. An dieser Stelle erscheinen die *Thor Steinar-Urteile* recht weitreichend, da es für den gewerblichen Vermieter nicht unüblich und unschwer möglich ist, nach näheren Informationen zum Sortiment zu fragen. Möglicherweise war im konkreten Fall die Tätigkeit verharmlosender Angaben bedeutsam<sup>65</sup>. Ferner bleibt zu betonen, dass eine Aufklärungspflicht in den *Thor Steinar-Fällen* jedenfalls voraussetzt, dass der Mieter nach den Umständen mit ablehnenden oder feindlichen Reaktionen Dritter auf den Verkauf der fraglichen Marke rechnen musste<sup>66</sup>. Ist bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar, dass die große Mehrheit der Gesellschaft das Handeln des Mieters in einer den Ruf des Vermieters schädigenden Weise strikt ablehnen könnte, liegt es eher nahe, § 313 BGB zu prüfen.

Und wie verhalten sich die BGH-Entscheidungen zu der obigen These? Da ein typisches, auf Verfestigung des Vertrags gerichtetes Interesse des Vermieters nicht erkennbar ist, kommt es zu keinem Konflikt mit der Neigung, die *Veränderung von Vertragsbedingungen* abzulehnen. Die Lösung vom Vertrag entspricht vielmehr der gesetzlichen Konzeption. Darüber hinaus sprechen die gesellschaftlichen Anschauungen, die – wie aufgezeigt – in zulässiger Weise zur Abgrenzung herangezogen werden, für das vom BGH gefundene Ergebnis. Die strikten Rechtsfolgen sollen eintreten.

---

<sup>61</sup>BGH, NZM 2012, 397, 399.

<sup>62</sup>Vgl. auch OLG Düsseldorf, OLGR 2006, 223 f. (keine Pflicht zur ungefragten Aufklärung über frühere Mietverhältnisse).

<sup>63</sup>OLG Köln, NZM 2011, 76, 77 f.

<sup>64</sup>Vgl. Häublein in: MünchKomm-BGB, 6. Auflage 2012, § 535 Rn. 38.

<sup>65</sup>Etwa *Freizeitkleidung*; in diese Richtung die Deutung von Emmerich, NJW 2011, 2321, 2323

<sup>66</sup>Vgl. Emmerich, NJW 2011, 2321, 2323 (der entsprechend klare Feststellungen in den Entscheidungen des BGH vermisst).

### ***b. Wohnraummiete: Störung des Hausfriedens***

In der Wohnraummiete ergibt sich eine Parallelproblematik, die sich mit dem Begriff der *Störung des Hausfriedens* umschreiben lässt. Auch hier erwächst der drohende Nachteil für den Vermieter letztlich erst aus den Bindungen, die er mit Dritten – d.h. anderen Mietern – eingegangen ist oder einzugehen beabsichtigt. Zur Veranschaulichung sollen die folgenden Fälle dienen, in denen die Beeinträchtigungen Dritter gewichtiger als in *Fall 3* (Kinderlärm) sind:

***Fall 6:*** Die Mietinteressenten sind Eltern eines autistischen Kindes, das sich gerne auf Balkonen aufhält und aufgrund seiner Erkrankung Geräusche von sich gibt, die einem Kreischen oder Schreien ähneln. Bei Anmietung informieren die Eltern den Vermieter nicht über diesen Umstand. Kurz nach dem Einzug beschweren sich die anderen Mieter über den Lärm und kündigen eine Minderung an.

***Fall 7:*** Die Mietinteressentin M ist Ehefrau eines Mannes, der an einer schweren psychischen Erkrankung leidet. Er hört ständig Stimmen und versucht, sich der vermeintlichen Angriffe durch Lärm zu erwehren. Hierzu trampelt er auf dem Boden herum und schlägt mit Gegenständen gegen Heizrohre und Heizkörper. Das vorherige Wohnraummietverhältnis ist deshalb außerordentlich gekündigt worden, M hat freiwillig geräumt. Die mit ihrem Ehemann übergangsweise bei Bekannten lebende M ist dringend auf Ersatzwohnraum angewiesen.

*Fall 6* ist angelehnt an ein Urteil des LG Münster<sup>67</sup>, das Aufklärungspflichten beim Verkauf einer Eigentumswohnung betraf. *Fall 7* ist einer Entscheidung des VIII. Senats des BGH<sup>68</sup> nachgebildet. Dort störte eine zwischenzeitlich unter Betreuung gestellte und schuldlos handelnde Mieterin nach den tatrichterlichen Feststellungen vor allem einen Mitmieter *unerträglich*, weshalb der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärte. Dessen Räumungsklage blieb jedoch erfolglos<sup>69</sup>. In beiden Fällen tritt das Dilemma, in welchem sich Vermieter und Mietinteressent jeweils befinden, offen zu Tage: Dem Vermieter droht im Fall des Einzugs, dass Mitmieter eine Minderung geltend machen oder die Kündigung erklären. Ob eine Minderung berechtigt wäre, ist aus wirtschaftlicher Sicht zunächst nachrangig. Anlass für eine entsprechende Nachfrage vor Vertragsschluss wird der Vermieter kaum sehen, zumal Auskünfte über eigene Behinderungen und Erkrankungen oder solche von Ehepartnern und Kindern einen engen Persönlichkeitsbezug aufweisen<sup>70</sup>. Die Mietinteressenten sind demgegenüber jeweils auf Wohnraum angewiesen; offenbaren sie alle Umstände, wird ihnen faktisch

---

<sup>67</sup>LG Münster, NZM 2010, 95.

<sup>68</sup>BGH, NZM 2005, 300.

<sup>69</sup>Vgl. BGH, NZM 2005, 300, 301; in dem betreffenden Fall kam allerdings die Gefahr eines Suizids bei Erlass eines Räumungsurteils oder jedenfalls eines sog. Totstellreflexes hinzu.

<sup>70</sup>Deshalb gegen eine Aufklärungspflicht Gsell, DWW 2010, 122, 127.

kaum eine Mietgelegenheit verbleiben. Zu wessen Lasten ist die Entscheidung zu treffen?

Dem AGG ist keine eindeutige Antwort zu entnehmen. Dem – im Mietrecht bislang selten praktisch relevant gewordenen<sup>71</sup> – Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung<sup>72</sup> gem. § 19 Abs. 1 AGG kommt zwar Bedeutung bei der Bestimmung von Aufklärungspflichten zu. Es setzt jedoch ein Massen- oder vergleichbares Geschäft<sup>73</sup> voraus und steht überdies unter dem Vorbehalt sachlicher Gründe (§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG). Es bleibt die Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, auf die das LG Münster abgestellt hat: Weil einem behinderten Menschen ein besonderer Schutz zukomme, seien auf der Behinderung beruhende Störungen aus Sicht des verständigen Durchschnittsmenschen regelmäßig nicht relevant<sup>74</sup>. Der Vermieter wird allerdings befürchten, dass die anderen Mieter nicht allesamt *verständige* Dritte sind.

Die Entscheidung über die Frage, ob Aufklärungspflichten bestehen, hat sich an zwei Eckpunkten zu orientieren: Erstens muss bedacht werden, inwieweit das Risiko unberechtigter Minderungen zu Lasten des Mietinteressenten wirken kann. Zweitens ist die Bedeutung der strengen Voraussetzungen, die an die Wirksamkeit einer Kündigung wegen *schuldloser Störungen* zu stellen sind, für den Zeitraum vor Vertragsschluss zu klären. Der erstgenannte Aspekt entspricht der bereits oben mit dem Begriff *Zweckveranlasser* gekennzeichneten Problematik und ähnelt zudem der kontrovers beurteilten Frage, ob sich ein Vermieter auf Vorbehalte von Mitmietern gegenüber bestimmten Nationalitäten berufen und deshalb zur Wahrung des Hausfriedens einen sachlichen Grund i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 AGG anführen kann<sup>75</sup>.

Spitzt man einen der Gedanken der *Thor Steinar-Urteile* dahingehend zu, dass die Abneigung Dritter zu Lasten des Mietinteressenten wirkt, gleich ob sie sich auf politisch fragwürdige Anschauungen oder behinderungsbedingte Störungen bezieht, müsste man im Interesse des Vermieters eine Aufklärungspflicht bejahen. Ein solcher Schritt fällt im Wohnraummietrecht, das auch soziale Funktionen erfüllt, allerdings umso schwerer, zumal die Vertragstreue der Mitmieter dem Risikobereich des Vermieters zuzuordnen ist. Gemessen daran kann eine Aufklärungspflicht frühestens dann in Betracht kommen, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass das (dem Mietinteressenten zurechenbare) Verhalten zu einer berechtigten und erheblichen

---

<sup>71</sup>Es finden sich generell nur wenige Entscheidungen zum AGG, s. aber AG Tempelhof-Kreuzberg, WuM 2015, 73 ff.

<sup>72</sup>Zum Begriff der Behinderung EuGH, NZA 2015, 33, 34; Günther/Frey, NZA 2014, 586 f.

<sup>73</sup>Diese Voraussetzungen werden eher selten vorliegen, vgl. (auch zu § 19 Abs. 5 S. 3 AGG) Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 454 f.; teils anders Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11 f.; s. ferner Rolfs, NJW 2007, 1489 f.; Horst, MDR 2006, 1266.

<sup>74</sup>Vgl. LG Münster, NZM 2010, 95 f.

<sup>75</sup>Bejahend Horst, MDR 2006, 1266, 1268 (m.N. zur Gegenauffassung).

Minderung anderer Mieter führen würde. Unterhalb dieser Voraussetzungen wären die Rechtsfolgen einer Täuschung unangemessen. Unstreitig dürfte umgekehrt sein, dass die Gefahr ernsthafter körperlicher Übergriffe nicht verschwiegen werden darf. Zweifelhaft bleibt, ob eine Aufklärungspflicht erst unter den Voraussetzungen anzunehmen ist, die ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung wegen *schuldloser Störungen* ermöglichen. Der besondere Schutz, den ein Mieter in einem bestehenden Wohnraummietverhältnis genießt, hat durchaus eine Vorwirkung für den vorvertraglichen Bereich. Es ist aber gleichwohl ein Unterschied auszumachen zwischen Schutz eines bestehenden Mietverhältnisses und dem Interesse an dem Abschluss eines solchen Vertrags. Im Extremfall hilft dem Vermieter diese Unterscheidung natürlich nicht: Auch derjenige Mieter, der bereits vor Vertragsschluss mit seinen Selbstmordabsichten im Räumungsfall rechnet und diese verschweigt, wird sich später gleichwohl auf Vollstreckungsschutz berufen können.

### ***c. Leistungsfähigkeit***

Eine klassische Problematik ist die unterbliebene Information über das Fehlen der Leistungsfähigkeit. Hier berührt man wiederum die Grenze zwischen einer Täuschung durch aktives Tun und einem pflichtwidrigen Verschweigen. Dem Eingehen einer Vertragsverpflichtung wird regelmäßig die stillschweigende Erklärung des Erfüllungswillens und – zumindest bei Bargeschäften – der Erfüllungsfähigkeit entnommen<sup>76</sup>. Ungefragt muss der Mieter jedenfalls dann über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse informieren, wenn von vornherein feststeht, dass er unter keinen Umständen in der Lage sein wird, die Miete (selbst oder durch Dritte) regelmäßig zu zahlen<sup>77</sup>. Davon abgesehen ist eine gewisse Zurückhaltung angezeigt: Die Möglichkeit der Veränderung der finanziellen Verhältnisse ist einem Dauerschuldverhältnis immanent. Das Recht zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs bietet bereits ein Instrument des Interessenausgleichs.

## **2. Einzelne Informationspflichten des Vermieters**

### ***a. Eigenbedarf***

Die Möglichkeit zur Kündigung wegen Eigenbedarfs birgt ein besonderes Streitpotential, da sie ein Mittel darstellt, ein Mietverhältnis mit einem vertragstreuen Mieter zu beenden. Bei Vertragsabschluss hat der Mieter – jedenfalls in attraktiven Ballungsräumen – wenig Gelegenheit, seine Interessen effektiv zu schützen. Denn auf einen Ausschluss des Rechts zur Eigenbedarfskündigung<sup>78</sup> wird sich ein Vermieter nicht ohne Weiteres einlassen. Ein beidseitiger

---

<sup>76</sup>Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 263 Rn. 16 f.

<sup>77</sup>Emmerich, NJW 2011, 2321, 2323.

<sup>78</sup>Auf diese Möglichkeit des *Selbstschutzes* verweist u.a. Milger, NZM 2014, 769, 777.

befristeter Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung ist eher denkbar, wird allerdings häufig den Mieterinteressen nicht gerecht. Ist die Zeitspanne zwischen Abschluss des Mietvertrags und der Eigenbedarfskündigung relativ kurz, wird der Mieter schnell mutmaßen, dass der Vermieter mit dem Eigenbedarf bereits bei Vertragsschluss gerechnet hat.

*aa. Vorhergesehener Eigenbedarf*

Weitgehend unstreitig ist, dass derjenige Vermieter, der eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, bei Vertragsschluss aber bereits entschlossen ist oder zumindest in Erwägung zieht, die Wohnung alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen, im Ergebnis an einer Eigenbedarfskündigung gehindert ist<sup>79</sup>. Diesen Standpunkt hat bereits das BVerfG gebilligt<sup>80</sup>. Zweifelhaft ist lediglich die Herleitung: Der BGH zieht den Einwand des Rechtsmissbrauchs heran<sup>81</sup>, stellt also nicht auf die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB<sup>82</sup> ab.

Klärungsbedürftig bleibt, unter welchen Voraussetzungen von einem *alsbaldigen* Eigenbedarf auszugehen ist und inwieweit der Einwand des Rechtsmissbrauchs wieder *entfallen* kann. Der BGH spricht sich explizit gegen starre – etwa an die 5-Jahres-Regelung in § 564c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB a.F. angelehnte – Fristen aus und stellt auf die Umstände des Einzelfalls ab. So könne eine Eigenbedarfskündigung bereits vor Ablauf von 5 Jahren zulässig, aber auch für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen sein, etwa wenn der Vermieter gewusst habe, dass er die Wohnung zu einem bestimmten Zeitpunkt definitiv benötigen werde<sup>83</sup>. Es ist im Rahmen von § 242 BGB letztlich zwingend, von starren Fristen abzusehen. Bemerkenswerterweise findet sich hier wiederum das Wechselspiel von Tatbestand und Rechtsfolge: Je vorwerfbarer das Verhalten des Vermieters war, desto eher gelangt man über § 242 BGB zu einem langfristigen Ausschluss der Eigenbedarfskündigung. Man kann allerdings die Frage aufwerfen, ob ein *Wegfall des Rechtsmissbrauchs* wegen Zeitablaufs überhaupt zu rechtfertigen ist. Wenn der Vermieter bei Vertragsschluss damit rechnet, dass er in einigen Jahren Eigenbedarf anmelden wird, macht es für den vertragstreuen Mieter, der ein Interesse an einem langfristigen Verbleib in der Wohnung hat, möglicherweise keinen Unterschied, ob er die Kündigung nach 4 oder 7 Jahren erhält. Es lässt sich aber dahin argumentieren, dass bestimmte Zeitspannen derart unüberschaubar sind, dass man trotz des Wissens des Vermieters von keiner relevanten Beeinträchtigung der Mieterinteressen ausgehen kann: So kann es innerhalb von 10 Jahren ohne Weiteres und aller Arglist zum Trotz zu einer

---

<sup>79</sup>BGH, NZM 2015, 296, 299; BGH, NZM 2009, 236.

<sup>80</sup>BVerfG, NJW 1989, 970, 972.

<sup>81</sup>BGH, NZM 2015, 296, 297 ff.

<sup>82</sup>So etwa Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Auflage 2015, § 573 Rn. 139.

<sup>83</sup>BGH, NZM 2015, 296, 297 ff.

Veräußerung gem. § 566 BGB mit vollständiger Veränderung der Eigenbedarfssituation kommen (weil danach auf den Eigenbedarf des Erwerbers abzustellen ist).

*bb. Vorhersehbarer Eigenbedarf (Bedarfsvorschau)*

Weitaus problematischer ist, ob Rechtsmissbrauch bzw. eine relevante Aufklärungspflichtverletzung *unterhalb* von Vorsatz, also bei unbewussten Fehleinschätzungen vorliegen kann. Teilweise findet sich die Auffassung, dass eine Kündigung vor Ablauf von 5 Jahren nicht mit einem Eigenbedarf begründet werden könne, der bereits bei Abschluss des Mietvertrags *vorhersehbar* gewesen, aber nicht offengelegt worden sei<sup>84</sup>. Maßgeblich soll sein, ob der Vermieter den künftigen Bedarf bei vorausschauender Planung hätte in Erwägung ziehen müssen<sup>85</sup>, an anderer Stelle wird etwas stärker auf konkrete Anhaltspunkte für den künftigen Eintritt eines Eigenbedarfs abgestellt<sup>86</sup>. Diese *Verpflichtung zur Planung des Eigenbedarfs* oder zur Vornahme einer *Bedarfsvorschau* wurde teils sehr ausgedehnt: Bei einem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 19-jährigen Sohn ist denkbar, dass dieser innerhalb von 5 Jahren eine Ausbildung im Umkreis der Wohnung antreten und eine Freundin kennenlernen wird, mit welcher er zusammenziehen möchte<sup>87</sup>. Eltern einer 16-jährigen Tochter müssen damit rechnen, dass diese innerhalb der nächsten 5 Jahre auf die Überlassung einer eigenen Wohnung drängen wird, auch wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (bis zur Neuorientierung) eine Ausbildung im Ausland geplant war<sup>88</sup>.

Unter Berücksichtigung der Belastungen, die sich für den vertragstreuen Mieter aus einer Eigenbedarfskündigung ergeben, neigt man auf den ersten Blick vielleicht dazu, dem vorgenannten Ansatz (*Bedarfsvorschau*) zuzustimmen. Indessen führte diese – vom BGH<sup>89</sup> abgelehnte – Sichtweise dazu, zahlreiche Vermieter (insbesondere solche mit mehreren jugendlichen Kindern) entweder faktisch von der Möglichkeit einer Eigenbedarfskündigung auszuschließen oder aber auf den riskanten Weg einer umfassenden *Bedarfsvorschau* zu verweisen. Verfassungsrechtlich als untragbar erscheinende Folgen für den Vermieter, die sich aus einer lediglich vorhersehbare Entwicklungen einbeziehenden Anwendung des § 242 BGB ergeben, könnte man zwar möglicherweise mit einer entsprechend weiten, fast ausufernden Auslegung des § 575 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB ausgleichen. Das

---

<sup>84</sup>So etwa LG Lüneburg, ZMR 2012, 357 f.; vgl. auch LG Wuppertal, WuM 1991, 691 f.

<sup>85</sup>So etwa LG Berlin, NZM 1998, 433, 434; LG Lüneburg, ZMR 2012, 357 f.; ähnlich LG Paderborn, BeckRS 1993, 06143 (Kündigungsgrund jedenfalls *absehbar*); Blank, WuM 2004, 243, 244.

<sup>86</sup>In diese Richtung etwa LG Ravensburg, WuM 2003, 332; wohl auch Häublein in: MünchKomm-BGB. 6. Auflage 2012, § 573 Rn. 79.

<sup>87</sup>Vgl. LG Lüneburg, ZMR 2012, 357 f. (wobei dort die Eigenbedarfskündigung 21 Monate nach Vertragsschluss erklärt worden ist).

<sup>88</sup>Vgl. LG Hamburg, WuM 1993, 677 (zu einer Eigenbedarfskündigung knapp 4 Jahre nach Vertragsschluss, wobei dort die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung für die ersten drei Jahre ausgeschlossen war).

<sup>89</sup>BGH, NZM 2015, 296, 297 ff.

aber bliebe nicht ohne Folgewirkungen für den Wohnungsmarkt. Je weiter man den Begriff des Rechtsmissbrauchs fasst, je größer das Risiko für Vermieter ist, wegen nicht bedachter, entfernter Bedarfssituationen das Recht zur Eigenbedarfskündigung zu verlieren, desto eher erweist sich der Triumph des einzelnen Mieters im Räumungsstreit als *Pyrrhussieg* für die restliche Mietergemeinschaft. Denn es bestünde die Gefahr einer Vermehrung von Zeitmietverträgen, derzeit eine eher untypische Vertragsgestaltung mit für den Mieter durchaus gewichtigen, im Verhältnis zum Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung nochmals gesteigerten Nachteilen.

Ist es damit zutreffend, fahrlässige Fehleinschätzungen über die Entwicklung der Eigenbedarfssituation zur Begründung des Rechtsmissbrauchs generell nicht ausreichen zu lassen? Das Zusammenspiel von Voraussetzung und Rechtsfolge im Sinne der obigen These spricht für die Auffassung des BGH: Die Anerkennung einer Pflicht, die primär einem bestimmten Interesse Rechnung tragen soll, ist regelmäßig nur dann von Wert, wenn die Rechtsfolge einer Pflichtverletzung geeignet ist, das Interesse zu schützen. Ist ein effektiver Schutz nur auf einem bestimmten, die andere Vertragspartei gravierend beeinträchtigenden Wege zu erreichen, ist auf der Ebene des Tatbestands Zurückhaltung geboten. Dies zeigt sich anschaulich anhand des vom BGH abgelehnten Ansatzes, bei Verletzungen der Pflicht zur Aufklärung über zukünftigen Eigenbedarf über §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB den Verbleib des Mieters in den Wohnung sicherzustellen. Der BGH verweist hier darauf, dass ein solcher Schadensersatzanspruch im Regelfall lediglich auf den Ersatz des Vertrauensinteresses und nicht auf das Erfüllungsinteresse – d.h. den Abschluss eines über längere Zeit nicht wegen Eigenbedarfs kündbaren Mietvertrags – gerichtet ist<sup>90</sup>. Das *Fehlen einer Eigenbedarfssituation* lässt sich auch nicht als Restvertrauensschaden in Geld bemessen. Deshalb soll hier die Behauptung aufgestellt werden: Diejenigen Ansätze, die das Recht zur Eigenbedarfskündigung bereits bei Vorhersehbarkeit des Kündigungsgrundes einschränken wollen, sind von dem Bemühen getragen, Beweisschwierigkeiten zu überwinden. Der dahinter stehende Argwohn mag nicht immer unberechtigt sein, im Sinne der obigen These ist aber Zurückhaltung geboten: Der Schutz des Bestands eines Dauerschuldverhältnisses ist primär im Rahmen der Auslegung derjenigen Normen sicherzustellen, die die Möglichkeiten seiner Beendigung regeln. Eine *Verfestigung des Vertrags zu veränderten Bedingungen* müsste angemessen sein. Das ist bei fahrlässigen Fehleinschätzungen aus den aufgezeigten Gründen zu verneinen.

Ist der Mieter damit faktisch schutzlos gestellt, weil der Nachweis des Vorsatzes kaum zu führen ist? Über einen Umweg lässt sich diese Folge hoffentlich vermeiden. Die Entscheidung des BGH enthält

---

<sup>90</sup>BGH, NZM 2015, 296, 300.

einen entsprechenden Fingerzeig: Hat der Grund für den Eigenbedarf bei Vertragsschluss schon nach Zeit und Umständen konkret vorgelegen, kann dies den Schluss rechtfertigen, dass der Vermieter ihn bereits erwogen hatte. (Ggf. starke) Indizwirkung kann ferner den zeitlichen Abläufen zukommen<sup>91</sup>. Die Auflösung des Konflikts wird also auf die trichterliche Ebene verlagert unter Inkaufnahme des Umstands, dass im Einzelfall doch objektive Tatsachen (wie etwa die zeitlichen Abläufe) den Ausschlag geben werden. Dies ist aber nicht unüblich bei der Prüfung innerer Tatsachen.

#### *cc. Nachfrage des Mieters*

Problematisch bleibt der Fall der *Nachfrage* des Mieters, die ganz unterschiedlich ausfallen kann: So kann der Mieter pauschal nach der Möglichkeit des Eigenbedarfs fragen oder im Einzelnen und präzise Auskunft über die persönlichen und familiären Verhältnisse verlangen. Soweit sich die Nachfragen des Mieters nicht auf intime (etwa gesundheitliche) Details beziehen, dürfte im Ausgangspunkt von einem zulässigen Informationsinteresse auszugehen und damit die Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Antwort zu bejahen sein. Auch der BGH stellt sich auf diesen Standpunkt: Ein widersprüchliches Verhalten des Vermieters komme in Betracht, wenn er anlässlich des Vertragsschlusses von sich aus oder auf konkrete Frage des Mieters vorsätzlich unrichtige Angaben über den derzeitigen Stand ihm bekannter, für die Beurteilung einer Eigenbedarfssituation maßgebender Tatsachen mache. Fahrlässige Falschangaben zu solchen Tatsachen oder gar Fehleinschätzungen über die Entwicklung der Eigenbedarfssituation könnten dagegen nicht die Grundlage für ein widersprüchliches Verhalten bilden, denn vom Vermieter könne nicht verlangt werden, dass er bei den nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB privilegierten Personen Erkundigungen darüber einziehe, wie deren Lebensplanung wohl aussehen werde, und sich darüber schlüssig werde, wie sich sein eigenes Leben in den nächsten Jahren wohl entwickeln werde<sup>92</sup>.

Dem BGH ist jedenfalls zuzustimmen, soweit die Lebensplanung in Rede steht. Hier geht es bereits nicht um *fahrlässige Falschangaben*, vielmehr ist der Vermieter in seiner Lebensgestaltung schlicht geschützt und schuldet keine Überlegungen. Man könnte auch dahin formulieren, dass Fragen zu noch nicht angestellten Planungen *unzulässig* sind. Anders mag sich die Lage aber etwa darstellen, wenn der Mieter nach Kindern fragt und der Vermieter unterstellt, er habe keine, obwohl eine Vaterschaftsanerkennung im Raum steht. Hier wird man wohl mit der Figur der *Tatsachenbehauptung ins Blaue* zu einer Lösung gelangen. Im Übrigen gilt: Wenn pauschal nach der Möglichkeit einer Eigenbedarfskündigung gefragt wird, und zutreffend geantwortet wird, hiervon werde derzeit nicht ausgegangen, handelt es sich um eine reine Wissensklärung und nicht um einen – ggf. § 550 BGB

---

<sup>91</sup>BGH, NZM 2015, 296, 302.

<sup>92</sup>BGH, NZM 2015, 296, 299.

unterliegenden – Ausschluss des Rechts zur Eigenbedarfskündigung. Umgekehrt ist ein Rechtsmissbrauch des Vermieters im Kündigungszeitpunkt nicht bereits dann zu verneinen, wenn der Mieter bei Vertragsschluss den Ausschluss des Rechts zur Eigenbedarfskündigung angeregt hat, dies aber vom Vermieter *ohne nähere Begründung* abgelehnt worden ist. Denn eine solche, nicht näher erläuterte Ablehnung kann auch mit einem generellen Interesse des Vermieters erklärt werden.

### ***b. Modernisierung und energetische Modernisierung***

§ 536 Abs. 1a BGB schränkt das Recht zur Minderung für einen Zeitraum von drei Monaten ein im Fall einer energetischen Modernisierung. Die Regelung verschiebt das vertragliche Äquivalenzverhältnis zu Lasten des Mieters<sup>93</sup>. Kann der Mieter einwenden, er sei über die Möglichkeit einer energetischen Modernisierung bei Vertragsschluss nicht informiert worden und deshalb doch zur Minderung berechtigt? In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Eigenbedarfskündigung wird dies nur dann bejaht werden können, wenn der Vermieter die energetische Modernisierung bei Vertragsschluss zumindest in Erwägung gezogen hat. Fraglich bleibt, ob der befristete, aber endgültige Verlust einer vollwertigen Gegenleistung *ausschlaggebende Bedeutung* im oben dargestellten Sinn hat. Eine Eigenbedarfskündigung hat sicherlich gewichtigere Nachteile. Außerdem sieht das Gesetz für den Fall einer Modernisierung mit den §§ 555d Abs. 2, 555e, 559 Abs. 4, 559b Abs. 2, 561 BGB Regelungen vor, die es dem Mieter ermöglichen, die Modernisierung oder eine Mieterhöhung im Einzelfall zu verhindern, sich auf diese einzustellen oder den drohenden Veränderungen mittels einer Kündigung zu entgehen. Gleichwohl ist eine Aufklärungspflicht sowohl bei beabsichtigten energetischen (§ 536a Abs. 1 BGB) und anderen Modernisierungsmaßnahmen, die zu einer Mieterhöhung führen sollen, zu bejahen, weil die dargestellten Reaktionsmöglichkeiten eher in Ausnahmefällen greifen. Allerdings kann man auch eine andere Gewichtung vornehmen: Denn selbst im laufenden Mietverhältnis ist streitig, ob der Ausschluss der Minderung von einer ordnungsgemäßen Ankündigung gem. § 555c BGB abhängt<sup>94</sup>. Hält man die Ankündigung in diesem Zusammenhang für bedeutungslos, spricht man dem Informationsinteresse nur geringe Bedeutung zu.

### ***c. Betriebskostenvorauszahlung***

Auch der Preis für eine Leistung kann Gegenstand enttäuschter Erwartungen sein. Das Beispiel der überraschend hohen Handwerkerrechnung dürfte jedem bekannt sein. Im Gesetz sind zahlreiche, sich teilweise überschneidende Instrumente zu finden, die in unterschiedlicher Form vor solchen Überraschungen schützen sollen. Vereinbarungen über das Entgelt sind in Allgemeinen

---

<sup>93</sup>Kritisch deshalb Börstinghaus, NZM 2012, 697, 699 f.

<sup>94</sup>Verneinend Hinz, NZM 2013, 209, 212; bejahend Hau, NZM 2014, 809, 814.

Geschäftsbedingungen an §§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu messen<sup>95</sup>. Die Verletzung der Anzeigepflicht im Fall der Überschreitung eines Kostenanschlags (§ 650 Abs. 2 BGB) kann immerhin eine Schadensersatzpflicht begründen<sup>96</sup>. In diesem Zusammenhang zu nennen ist weiterhin § 312a Abs. 2 S. 2 BGB, der den Kostenersatz eines Unternehmers beschränkt, der den Verbraucher über Liefer- und Versandkosten nicht ausreichend informiert hat<sup>97</sup>. Auch sieht § 20 Abs. 1 S. 3 NMVO für preisgebundenen Wohnraum vor, dass die Betriebskosten dem Mieter nach Art und Höhe bei Überlassung (d.h. Vertragsschluss) anzugeben sind. Zu dieser Vorschrift hat der BGH ausgeführt, dass der Mieter ersehen können müsse, welche Betriebskosten auf ihn zukämen und welche Belastungen damit ungefähr für ihn verbunden seien<sup>98</sup>. Es lässt sich also ein Grundgedanke festhalten: Die Information über die mit dem avisierten Vertragsschluss verbundenen Zahlungsverpflichtungen ist wesentlich.

Vor diesem Hintergrund verwundert es auf den ersten Blick, wenn man die Frage stellt, ob der Mieter nicht wenigstens ungefähr darauf vertrauen darf, dass die vom Vermieter bei Vertragsschluss vorgesehenen Betriebskostenvorauszahlungen geeignet sind, die tatsächlich anfallenden Kosten abzudecken. Denn dem Mieter wird es primär auf die monatliche (in den Grenzen von §§ 558, 560 Abs. 4 BGB ggf. steigende) Gesamtbelastung ankommen. Zuletzt ist § 556 Abs. 2 S. 2 BGB zu entnehmen, dass Vorauszahlungen für Betriebskosten nur in angemessener Höhe zu leisten sind. Überhöhte Zahlungsverlangen sind also unzulässig. Warum sollte etwas anderes für den umgekehrten Fall gelten?

Gleichwohl hat sich der BGH für eine enge Sichtweise ausgesprochen. Der Auffassung, die Festsetzung der Nebenkostenvorauszahlung stelle einen Vertrauenstatbestand dar<sup>99</sup>, ist der BGH nicht gefolgt. Vielmehr weist er unter anderem darauf hin, dass ein Vermieter nicht verpflichtet sei, überhaupt oder in einer gewissen Mindesthöhe Vorauszahlungen zu verlangen<sup>100</sup>. Eine Pflichtverletzung soll nur bei besonderen Umständen gegeben sein, etwa wenn der Vermieter dem Mieter die Angemessenheit ausdrücklich zugesichert oder die Vorauszahlungen bewusst zu niedrig bemessen hat, um den Mieter auf diese Weise zur Begründung eines Mietverhältnisses zu

---

<sup>95</sup>BGH, NJW 2014, 2940.

<sup>96</sup>Worauf dieser Anspruch gerichtet ist, ist streitig, vgl. Voit in: BeckOK-BGB, Stand: 01.02.2015, § 650 Rn. 15 ff.

<sup>97</sup>Diese Regelung nimmt auf Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB Bezug, gilt aber wegen § 312 Abs. 4 BGB nicht bei der Vermietung von Wohnraum (s. im Übrigen § 312a Abs. 2 S. 3 BGB).

<sup>98</sup>BGH, NZM 2010, 274, 275.

<sup>99</sup>So etwa Artz, NZM 2004, 328, 330; ähnlich Lehmann-Richter, WuM 2004, 254, 255 ff., der betont, dass der Mieter lediglich das Risiko geringfügiger Nachzahlungen übernehme.

<sup>100</sup>BGH, NZM 2004, 619, 620 (zur Miete einer Tiefgarage, wobei die angefallenen Kosten die Vorauszahlungen um das 4 bis 6-fache überstiegen); s. ferner BGH, NZM 2004, 251 (zur Miete einer Dachgeschosswohnung); Derckx (NZM 2004, 321, 322) betont, dass BGH, NZM 2004, 251 einen Fall der Erstvermietung nach Sanierung zum Gegenstand gehabt habe.

veranlassen<sup>101</sup>. Nicht vollständig eindeutig ist, ob der BGH eine Aufklärungspflichtverletzung bereits dann annehmen würde, wenn der Mieter eine finanzielle Obergrenze mitteilt und seitens des Vermieters die unrichtige Vorstellung erweckt wird, mit den Vorauszahlungen würden die Nebenkosten im Wesentlichen abgedeckt<sup>102</sup>.

Teile der Literatur treten der Einschätzung des BGH grundsätzlich bei<sup>103</sup> und bejahen eine Pflichtverletzung des Vermieters zum Teil dann, wenn über das bloße Vorschussverlangen hinaus der unzutreffende Anschein einer bestimmten Kalkulationsgrundlage erweckt worden ist<sup>104</sup>. Das OLG Dresden ist hingegen von einer Informationspflicht desjenigen Vermieters ausgegangen, der *weiß* oder *wissen muss*, dass die Vorauszahlungen nicht annähernd kostendeckend sein werden, aber Äußerungen des Mieters eine entsprechende Erwartung entnimmt<sup>105</sup>.

Der eigentliche Sinn der Rechtsprechung des BGH ergibt sich wiederum auf der Rechtsfolgenreise<sup>106</sup>. Hält man die Mietererwartung dem Grunde nach für gerechtfertigt, wird das Mieterinteresse nur dann effektiv geschützt, wenn ein etwaiger Schadensersatzanspruch auf Freistellung von den die Vorauszahlungen übersteigenden Kosten gerichtet wäre<sup>107</sup>, im äußersten Fall für die restliche Dauer des Mietverhältnisses. Dieser faktische, mit §§ 4, 6 HeizkostenV vielleicht nur schwer zu vereinbarende Übergang von der Betriebskostenvorauszahlung zur -pauschale wäre im Fall eines unbewusst zu niedrig festgesetzten Vorauszahlungsbetrags eine gravierende Konsequenz, zumal Betriebskosten zu weiten Teilen verbrauchsabhängig sind, also Schwankungen unterliegen können<sup>108</sup>, und dem Mieter ergänzende Nachfragen durchaus zumutbar sind. Vielmehr liegt es – im Sinne der obigen These – nahe, die kollidierenden Interessen vornehmlich im Rahmen der Anwendung solcher Vorschriften zum Ausgleich zu bringen, die hierfür primär gedacht sind. Der Streit um die Betriebskostennachforderung sollte deshalb nicht durch den schlichten Verweis auf den (im Prozess stets unstrittigen) Vorauszahlungsbetrag zu Gunsten des Mieters beendet werden.

Gemessen daran verwundert es nicht, dass auch diejenigen, die in dem Vorauszahlungsbetrag einen Vertrauenstatbestand sehen, sich teilweise scheuen, den Mieter von Nachzahlungen ohne Weiteres

---

<sup>101</sup>BGH, NZM 2004, 619, 620; so auch BGH, NZM 2010, 123, 124.

<sup>102</sup>Vgl. BGH, NZM 2004, 251; s. auch Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Auflage 2015, § 535 Rn. 187.

<sup>103</sup>Scheffler, WuM 2008, 65, 66; Bub, NZM 2011, 644, 647; diff. Derckx, NZM 2004, 321, 322 ff.

<sup>104</sup>So Gsell, DWW 2010, 122, 129.

<sup>105</sup>OLG Dresden, NZM 2004, 68, 69 f.

<sup>106</sup>Die entsprechenden Fragen wurden vom BGH gerade offengelassen, vgl. BGH NZM 2004, 251, 252.

<sup>107</sup>Vgl. OLG Hamm NZM 2003, 717 (für den Fall der bewusst unrichtigen Bemessung); KG, Urt. v. 25.06.2007 – 8 U 208/06, juris (für den Fall einer Täuschung hinsichtlich der Kostenposition *Bewachungskosten*); LG Berlin, NZM 2002, 212 (erneut unter Annahme einer Täuschung); AG Göttingen, WuM 2007, 574 f. (wiederum für den Fall bewusst niedrig angesetzter Vorauszahlungen); krit. Scheffler, WuM 2008, 65, 67.

<sup>108</sup>Eben hierauf verweist BGH, NZM 2004, 251.

freizustellen. Es findet sich zwar der großzügige Ansatz, eine Vertragsanpassung dahingehend vorzunehmen, auf den Vorauszahlungsbetrag zuzüglich eines Sockelbetrags von 20 % abzustellen und von dieser Summe bei den weiteren Abrechnungen auszugehen (Differenzberechnung)<sup>109</sup>. Recht mieterfreundlich ist weiterhin diejenige Auffassung, die einen Schaden bejaht, soweit die Nebenkosten die ortsüblichen Kosten für eine vergleichbare Wohnung übersteigen<sup>110</sup>, also nicht den konkreten Nachweis verlangt, dass der Mieter bei zutreffender Information andere Räumlichkeiten mit einer geringeren Nebenkostenbelastung hätte anmieten können<sup>111</sup>. Daneben wird jedoch teilweise lediglich ein Anspruch auf Ersatz von Finanzierungsaufwendungen<sup>112</sup> oder Freistellung von denjenigen Kosten, die bei zutreffender Information eingespart worden wären<sup>113</sup>, angenommen, also Schadenspositionen, die entweder wirtschaftlich uninteressant oder nur schwer nachweisbar sein werden. Angesichts der Belastungen, die mit einem Umzug einhergehen, hilft dem Mieter auch die Möglichkeit zur Kündigung gem. § 543 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>114</sup> nicht weiter. Im Übrigen hat das OLG Dresden das Vorliegen eines zu ersetzenden Schadens erwogen für den Fall, dass der Mieter geltend macht, sich die tatsächlich abgerechneten Betriebskosten nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht leisten zu können<sup>115</sup>. Hier wird der Schaden (trotz objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung<sup>116</sup>) daraus abgeleitet, dass die vom Vermieter erbrachte Leistung für die Zwecke des Mieters nicht bzw. nicht voll brauchbar gewesen ist<sup>117</sup>.

Ist der engen Sichtweise des BGH im Ergebnis beizupflichten? Das Problem ist vielschichtig. Die Überlegung, bereits aus der Möglichkeit des Verzichts auf Vorauszahlungen folge das Fehlen eines schutzwürdigen Vertrauens auf die Angemessenheit ihrer Höhe, trägt wohl nicht. Beide Sachverhalte unterscheiden sich in einem wesentlichen Punkt: Wenn der Vermieter tatsächlich auf Vorauszahlungen verzichten sollte, liegt für den Mieter die Ungewissheit über die Höhe möglicher Forderungen auf der Hand. Zahlt er hingegen regelmäßig einen Betrag, wird er meist gar keinen, zumindest aber geringeren Anlass zu Nachforschungen sehen<sup>118</sup>.

Die Frage nach Pflichten bei Bestimmung des Vorauszahlungsbetrags kann jedoch nicht losgelöst von

---

<sup>109</sup>So Langenberg in: Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Auflage 2014, Abschnitt H. Rn. 251 f.

<sup>110</sup>Lehmann-Richter, WuM 2004, 254, 256 f.

<sup>111</sup>Vgl. OLG Dresden, NZM 2004, 68, 70.

<sup>112</sup>Artz, NZM 2004, 328, 330.

<sup>113</sup>Gsell, DWW 2010, 122, 130 (welche den tatsächlich höheren Verbrauch nicht als Vorteil anrechnen will).

<sup>114</sup>Hierauf verweist etwa Derckx, NZM 2004, 321, 324.

<sup>115</sup>OLG Dresden, NZM 2004, 68, 69 f.

<sup>116</sup>Zum Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB trotz objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung BGH, NJW 1962, 309, 310 ff. (sog. *Melkmaschinenfall*).

<sup>117</sup>Scheffler (WuM 2008, 65, 67) bezweifelt die praktische Relevanz dieses Ansatzes.

<sup>118</sup>Zutreffend Langenberg in: Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Auflage 2014, Abschnitt H. Rn. 241; Artz, NZM 2004, 328, 330.

dem gesamten Regelungsgefüge der Betriebskosten beurteilt werden. Anzusetzen ist bereits bei der Vereinbarung zur Betriebskostenumlage. Es ist herrschende Meinung, dass bereits die generelle Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog zur Folge hat, dass sämtliche Kostenarten – eine Ausnahme gilt für § 2 Nr. 17 BetrKV – als vertraglich vereinbart gelten. Es kann also während der Dauer des Mietverhältnisses zur Umlage neu entstandener Betriebskosten kommen<sup>119</sup>. Diese Wertung spricht zunächst gegen die Annahme, der Vorauszahlungsbetrag bilde als solcher einen Vertrauenstatbestand. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass die Betriebskosten keine homogenen Positionen darstellen. Bei bestimmten verbrauchsabhängigen Kosten, insbesondere Heizkosten, gerät man etwa in die Nähe zum Gewährleistungsrecht. Der BGH nimmt nämlich den Standpunkt ein, dass sich aus der Unwirtschaftlichkeit einer technisch fehlerfrei arbeitenden Heizungsanlage, die dem bei Errichtung des Gebäudes maßgeblichen Standard entspricht, grundsätzlich kein Mangel der Mietsache ergibt. Auch hinsichtlich des Wärmeschutzes soll es auf den Standard bei Errichtung ankommen<sup>120</sup>. Die berechnete Erwartung des Mieters bestimmt sich also primär nach dem Alter des Gebäudes. Diese Wertung darf man im Sinne der obigen These nicht dadurch unterlaufen, dass man aus der bloßen Angabe eines letztlich nicht kostendeckenden Vorauszahlungsbetrags auf eine Quasi-Minderung schließt (zumal die anfallenden Kosten eben nicht allein von dem Gebäudestandard oder sog. Lagevor- und -nachteilen der jeweiligen Wohnung, sondern insbesondere vom Verhalten des einzelnen Nutzers abhängen). Gemessen daran ist hinsichtlich verbrauchsabhängiger Nebenkosten große Zurückhaltung geboten, will man aus nicht kostendeckenden Vorauszahlungen auf eine Pflichtverletzung schließen, zumal diejenige Rechtsfolge, die bei einem Prognosefehler allein geeignet wäre, das typische Interesse zu wahren (Freistellung bzw. faktische Vertragsanpassung), für den Vermieter mit gravierenden Nachteilen verbunden wäre. Der Vermieter schuldet nach alledem keine zutreffende Prognose. Es ist ihm lediglich verwehrt, bewusst einen falschen Anschein zu setzen. Das bedeutet indessen nicht, dass das vorsätzliche Handeln nicht auch aus den Umständen abgeleitet werden könnte: Wenn die Vorauszahlungen nicht einmal geeignet sind, die verbrauchsunabhängigen Kosten zu decken, drängt sich vorsätzliches Handeln auf<sup>121</sup>.

#### ***d. Beschaffenheit und Umfeld (im engen und weiteren Sinn)***

An letzter Stelle soll auf Aufklärungspflichten eingegangen werden, die die Beschaffenheit der Mietsache und ihr Umfeld betreffen. Zurückhaltend ist die Rechtsprechung, soweit sich die

---

<sup>119</sup>Vgl. Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Auflage 2014, § 556 Rn. 115 ff. (auch zu BGH, NZM 2006, 896 f. und der Frage nach der Notwendigkeit einer Mehrbelastungsklausel).

<sup>120</sup>BGH, NJW 2014, 685, 686 ff.

<sup>121</sup>Vgl. Lehmann-Richter, WuM 2004, 254, 255.

angebliche vorvertragliche Pflichtverletzung auf Umstände bezieht, die allenfalls mittelbaren Einfluss auf die Gebrauchstauglichkeit der Mieträume haben und das Verwendungsrisiko betreffen (z.B. die zu erwartende Rendite<sup>122</sup>). Teils greift wiederum der Vorrang der §§ 536 ff. BGB. Ein Beispiel bildet der unterbliebene Hinweis auf die sich aus der Bausubstanz ergebende Notwendigkeit eines besonderen Mieterverhaltens (z.B. häufiges Lüften oder Mindestwandabstand von Möbeln<sup>123</sup>), um Schimmelbildung zu vermeiden. Der Streit verlagert sich hier auf die Ebenen der negativen Beschaffenheitsvereinbarung, Verantwortlichkeit für den Mangel und die Verletzung von Obhutspflichten. Vom Mängelrecht ebenfalls erfasst werden Lärmstörungen durch Mitmieter<sup>124</sup>. Kehrt man *Fall 6* (autistisches Kind) um, ist der Streit primär im Rahmen von § 536 Abs. 1 BGB auszutragen:

***Fall 8:** Nach dem Einzug des autistischen Kindes vermietet der Vermieter eine weitere Wohnung an einen Neumieter, ohne das Kreischen des Kindes zu erwähnen.*

Als Untergrenze gilt: Wenn Lärmstörungen (z.B. durch Straßenbauarbeiten<sup>125</sup>) üblich oder nach den gesellschaftlichen Anschauungen hinzunehmen sind und daher keinen Mangel darstellen, kann das Schweigen des Vermieters keine arglistige Täuschung sein. Darüber hinaus ist mit Blick auf die gravierenden Rechtsfolgen einer Täuschung nicht allen, sondern nur besonders gewichtigen Mängeln ausschlaggebende Bedeutung zuzusprechen. Hier gilt also das oben beschriebene abgestufte System.

## **VI. Zusammenfassung**

Das Bestehen von Aufklärungspflichten hängt regelmäßig vom Einzelfall ab. Eine vollständig einheitliche Linie lässt sich in der Rechtsprechung nicht ausmachen. Die *Thor Steinar-Urteile* laufen tendenziell auf recht weitreichende vorvertragliche Informationspflichten hinaus. Überwiegend finden sich jedoch eher restriktive Ansätze. Erklären lässt sich dies damit, dass bei der Beurteilung die potentiellen Rechtsfolgen der Verletzung einer angeblichen Aufklärungspflicht in den Blick genommen werden. Die *Wechselwirkung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge* hat *erkennbar ausschlaggebende Bedeutung*.

---

<sup>122</sup>Vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2007, 06218.

<sup>123</sup>Hierzu LG Münster, WuM 2011, 359.

<sup>124</sup>Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 536 Rn. 159.

<sup>125</sup>Vgl. BGH, NZM 2013, 184, 185.