

Der Vermieter als Unternehmer

I. Einleitung

Ist ein Vermieter als Unternehmer anzusehen, so hat dies erhebliche praktische Auswirkungen, insbesondere auf das Bestehen von verbraucherrechtlichen Widerrufsrechten des Mieters und im Hinblick auf die AGB-Kontrolle. Entsprechend lebhaft wird die Frage diskutiert, ab wann ein Vermieter die Schwelle zum Unternehmer überschreitet. Die Frage der Unternehmereigenschaft lässt sich jedoch nicht isoliert, sondern immer nur im Hinblick auf die daran anknüpfenden Rechtsfolgen sinnvoll beantworten. Dieser Beitrag soll aufzeigen, dass die an die Unternehmereigenschaft des Vermieters geknüpften Rechtsfolgen rechtspolitische Fehljustierungen darstellen und dass deshalb die Frage der Unternehmereigenschaft unter den gegenwärtigen Bedingungen gar nicht sinnvoll beantwortet werden kann.

Zunächst soll kurz die Rechtsprechung zur Unternehmereigenschaft des Vermieters aufgezeigt werden (II.). Anschließend soll erörtert werden, welche materiellen Verwerfungen sich durch die Erstreckung der verbraucherrechtlichen Widerrufsrechte auf das Mietrecht ergeben (III.). Und schließlich sollen die rechtspolitischen Defizite bei der AGB-Kontrolle aufgezeigt werden (IV.).

II. Der Vermieter als Unternehmer in der Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des BGH

Nach der Rechtsprechung des BGH ist für das Vorliegen der Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB ein selbständiges, planmäßiges und auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt erforderlich.¹ Ein selbständiges berufliches Handeln soll dann zu verneinen sein, wenn nur das eigene Vermögen verwaltet wird.² Maßgeblich für die Frage, ob eine private oder berufsmäßige Vermögensverwaltung vorliege, sei, ob die Geschäfte aufgrund ihres Umfangs einen planmäßigen Geschäftsbetrieb wie die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation erforderten.³ Bei der Vermietung von Immobilien sei deshalb nicht die Größe des vermieteten Objekts entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge.⁴ Die Vermietung an lediglich einzelne Personen spreche für eine private Vermögensverwaltung, die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Verträge dagegen für ein gewerbliches Handeln.⁵

2. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung

Betrachtet man die einschlägige Instanzrechtsprechung, so ergibt sich auf den ersten Blick ein recht diffuses Bild.⁶ Nach Auffassung des OLG Düsseldorf genügt jedenfalls die Vermietung

¹ BGH NJW 2018, 150 Rn. 30 (juris); BGH NJW 2018, 146 Rn. 12 (juris); BGHZ 167, 40 = NJW 2006, 2250 Rn. 14 (juris) jeweils m.w.N.; MüKoBGB/Micklitz/Purnhagen, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 19.

² BGHZ 204, 325 = NZM 2015, 665 Rn. 50 (juris); BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 Rn. 23 m.w.N.

³ BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 Rn. 23 (juris).

⁴ BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 Rn. 24 (juris).

⁵ BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 Rn. 24 (juris).

⁶ S. hierzu bereits ausführlich Gsell, WuM 20114, 375, 378.

von zwei Mietshäusern für Annahme gewerblichen Handelns.⁷ Das AG Löbau hat die Unternehmereigenschaft des Vermieters als gerichtsbekannt angesehen, weil der Vermieter Eigentümer mehrerer Wohnblöcke war.⁸ In einer Entscheidung des AG Freiburg wurde ein Vermieter als Unternehmer angesehen, weil das Vermögen, das durch Vermietung zur Gewinnerzielung eingesetzt werde, einen „beträchtlichen“ Umfang hatte.⁹ Das AG Frankfurt¹⁰, das AG Köln¹¹ und das LG Köln¹² haben für die Unternehmereigenschaft jeweils genügen lassen, dass der Vermieter ein Haus mit sechs Wohnungen erworben hat. Nach Auffassung des AG Hannover genügt es sogar schon, wenn der Vermieter „mehrere einzelne Wohnungen vermietet“.¹³ Noch weitergehend ist nach Auffassung des AG Berlin-Lichtenberg¹⁴ und des AG Stuttgart¹⁵ sogar die Vermietung einer einzelnen Wohnung ausreichend. Und das AG Gießen ließ es ohne Erwähnung weiterer Anhaltspunkte genügen, dass der Vermieter „planmäßig“ Wohnungen vermietet.¹⁶ Umgekehrt hat das LG Waldshut-Tiengen sogar die Vermietung von acht Wohnungen nicht als ausreichend angesehen.¹⁷ Nach Auffassung des AG Neukölln soll eine Unternehmereigenschaft ausscheiden, wenn die Vermieterin Landesbeamtin im Schuldienst ist und der Erwerb der Immobilie aus familiären Gründen erfolgt war.¹⁸ Und nach Auffassung des LG Berlin erlaubt allein die Anzahl der im Eigentum des Vermieters stehenden Wohnungen allein keinen Rückschluss auf dessen Unternehmereigenschaft.¹⁹

3. Stellungnahme

Die Kriterien des BGH erlauben in vielen Fällen keine sichere Einordnung. Dies spiegelt sich auch in den Einschätzungen der Literatur wider.²⁰ Auch in diesem Beitrag soll keine Festlegung auf eine bestimmte Anzahl oder auf bestimmte Kriterien erfolgen. Denn die Bestimmung einer zuverlässigen Grenze ist in Anbetracht der gegenwärtigen Rechtslage gar nicht möglich. Die Bestimmung einer Schwelle könnte ja nicht „freischwebend“, sondern müsste immer teleologisch und damit im Hinblick auf die konkreten Rechtsfolgen vorgenommen werden. Sofern die Rechtsfolgen jedoch ihrerseits inkonsistent oder rechtspolitisch verfehlt sind, können

⁷ OLG Düsseldorf, 16.10.2003 – I-10 U 46/03, 10 U 46/03 = WuM 2003, 621; ebenso bei Vermietung von zwei Einfamilienreihenhäusern und einer Einliegerwohnung OLG Düsseldorf, 7.10.2004 – I-10 U 70/04, 10 U 70/04 = NZM 2004, 866 Rn. 43 (juris).

⁸ AG Löbau, 29.7.2004 – 4 C 0641/03 = WuM 2004, 610 Rn. 26 (juris).

⁹ AG Freiburg, 1.10.2013 – 53 C 1059/13 = WuM 2013, 728.

¹⁰ AG Frankfurt, 13.2.1998 – 33 C 3489/97 = WuM 1998, 418 Rn. 11 (juris).

¹¹ AG Köln, 28.10.2004 – 210 C 248/04 = WuM 2007, 123 Rn. 12 (juris); dass der Vermieter eine der Wohnungen selbst bezieht, ist nach Auffassung des Gerichts unerheblich.

¹² LG Köln, 3.5.2001 – 1 S 264/00 = NZM 2002, 62 Rn. 5 (juris): „[...] in jedem Fall geschäftsmäßig“ (noch zu § 6 Nr. 1 HWiG aF); konsequenterweise hat das LG Köln in einer späteren Entscheidung auch acht Wohnungen als ausreichend angesehen, LG Köln, 12.3.2009 – 1 S 202/07 = WuM 2009, 730 Rn. 5 f. (juris).

¹³ AG Hannover, 24.9.2009 – 414 C 6115/09 = NZM 2010, 197 Rn. 28 f. (juris).

¹⁴ AG Berlin-Lichtenberg, 21.6.2007 – 10 C 69/07 Rn. 33 (juris).

¹⁵ AG Stuttgart, 30.3.1996 – 30 C 200/95 = WuM 1996, 467 Rn. 8 ff. (juris) noch zu § 6 Nr. 1 HWiG aF.

¹⁶ AG Gießen, 7.3.2011 – 48 C 130/10 = WuM 2011, 466 Rn. 24 (juris).

¹⁷ LG Waldshut-Tiengen, 30.4.2008 – 1 S 27/07 = ZMR 2009, 372 Rn. 23 f. (juris); zu § 6 Nr. 1 HWiG aF s. BayObLG NJW 1993, 2121 Rn. 12 f. (juris), wonach ein Vermieter nicht „geschäftsmäßig“ handelt, wenn er lediglich zwei Wohnungen vermietet.

¹⁸ AG Neukölln, 03.03.2016 – 16 C 135/15 Rn. 20 (juris).

¹⁹ LG Berlin, 19.5.2016 – 65 S 151/16 Rn. 7 f. (juris).

²⁰ Horst, DWW 2015, 2 ff. (acht bis zehn Wohnungen als „Faustformel“); Börstinghaus, ZGS 2002, 5, 6 (ab zehn Wohnungen); nach Lindner, ZMR 2015, 261, 263 sollte die Beratungspraxis im Zweifel von der Unternehmereigenschaft ausgehen; für generelle Unternehmereigenschaft des Vermieters Pfeilschifter, WuM 2003, 543; zu meist wird auf die Nennung expliziter Zahlen verzichtet.

dementsprechend auch keine sachgerechten Kriterien zur Bestimmung der Unternehmereigenschaft entwickelt werden.

Mit dieser Schwierigkeit haben konsequenterweise auch die Instanzgerichte zu kämpfen. In der Literatur wird die instanzgerichtliche Rechtsprechung aufgrund ihrer Uneinheitlichkeit und deshalb kritisiert, dass häufig eine Auseinandersetzung mit dem vom BGH aufgestellten Kriterium der privaten Vermögensverwaltung fehlt²¹, was im Ergebnis zu einer weiten Ausdehnung des Unternehmerbegriffs führt. Es wird sich jedoch später zeigen, dass beide Defizite letztlich auf eine rechtspolitisch verfehlte Rechtslage zurückzuführen sind und dass die von der Instanzrechtsprechung gewonnen Ergebnisse im Einzelfall zumeist überzeugen. Auf die Rechtsprechung ist deshalb später noch zurückzukommen.²²

III. Das Widerrufsrecht des Mieters

1. Überblick

Ein Widerrufsrecht des Mieters ist nicht europarechtlich geboten. Vielmehr sind Mietverträge über Wohnraum gemäß Art. 3 Abs. 3 f) Var. 3 der RL 2011/83/EU („Verbraucherrechterichtlinie“) ausdrücklich von deren Anwendungsbereich ausgenommen, da die Vorschriften der VerbrRechteRL nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers auf das Wohnraummietrecht nicht passen.²³ Trotzdem hat der deutsche Gesetzgeber in zulässiger Weise²⁴ im Wege der extensiv überschießenden Umsetzung²⁵ in § 312 IV 1 BGB die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 ff. BGB partiell auf Wohnraummietverträge erstreckt. § 312 IV 1 BGB verweist auf § 312 III Nr. 1, 6, 7 BGB, weshalb dem Mieter im Grundsatz nach § 312g I BGB bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen iSd § 312b BGB und bei Fernabsatzverträgen iSd § 312c BGB ein Widerrufsrecht zusteht, über das der Vermieter den Mieter gemäß § 312d BGB iVm Art. 246a § 1 II, III EGBGB informieren muss. Nicht anwendbar sind die genannten Vorschriften bei der Begründung von Mietverträgen gemäß § 312 IV 2 BGB allerdings dann, wenn der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat²⁶; in diesem Fall steht dem Mieter somit kein Widerrufsrecht zu. Dieser Ausschluss gilt allerdings nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 312 IV 2 BGB nur bei der Begründung eines Mietverhältnisses.²⁷ Unabhängig von einer vorherigen Besichtigung kann ein Widerrufsrecht des Mieters deshalb im laufenden

²¹ *Gsell*, WuM 20114, 375, 378; *Hinz*, WuM 2016, 76, 79; *Mediger*, NZM 2015, 185, 187; *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 330 f.; kritisch auch LG Berlin, 19.5.2016 – 65 S 151/16 Rn. 8 (juris).

²² S. unten unter III. 3. a) cc) und unter IV. 3.

²³ S. Erwägungsgrund 26 S. 1 und 2 VerbrRechteRL: „Verträge [...] über die Vermietung von Wohnraum sind bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften [...] Die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eignen sich nicht für diese Verträge, welche daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten.“

²⁴ Eine überschießende Umsetzung ist auch bei vollharmonisierenden Richtlinien wie der VerbrRechteRL (Art. 4) zulässig, wenn die entsprechende Konstellation außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegt (EuGH, 14.3.1991, Rs. C-361/89, BeckRS 2004, 76741 [Di Pinto], Rn. 22 [juris]; *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 22; *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441, 443; *Kuhn*, EuR 2015, 216, 219 f.); explizit im Hinblick auf das Mietrecht *Koch*, VuR 2016, 92; vgl. auch Erwägungsgrund 13 der VerbrRechteRL. Unbegründet daher die Bedenken von *Pisal/Schreiner*, ZfIR 2015, 505, 511.

²⁵ Begriff nach *Langenbucher/Herresthal*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn 101; ähnlich *Riehm*, JZ 2006, 1035 ff., der statt „extensiver“ und „intensiver“ zwischen „erweiternder“ und „modifizierender“ Umsetzung unterscheidet.

²⁶ In diesem Fall besteht nach Auffassung des Gesetzgebers zum einen kein Bedürfnis für ein Widerrufsrecht und ist es zum anderen für den Vermieter nicht zumutbar, nach dem Widerruf erneut mit der Mietersuche zu beginnen, vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 48 rechte Spalte.

²⁷ *BeckOGK/H. Schmidt*, 1.1.2018, § 535 Rn. 134; *Erman/Koch*, 15. Aufl. 2017, § 312 Rn. 66; *Jauernig/Stadler*, 16. Aufl. 2015, § 312 Rn. 10; *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1, 5.

Mietverhältnis etwa bei Modernisierungsvereinbarungen, Vereinbarungen zur Mieterhöhung nach § 558 BGB oder beim Abschluss von Änderungs- und Aufhebungsverträgen bestehen, sofern diese außerhalb von den Geschäftsräumen des Mieters oder im Fernabsatz getroffen werden.²⁸

Der Gesetzgeber hat die Erstreckung auf die Wohnraummiete mit der Erwägung begründet, die Mieter dürften nicht schlechter gestellt werden als nach bisherigem Recht. Trotz der Vorschriften im sozialen Mietrecht bestünden insbesondere bei Änderungen des bereits geschlossenen Mietvertrags Gefahren durch psychischen Druck und Überrumpelung. So sei beispielsweise denkbar, dass der Vermieter den Mieter im Rahmen eines unangekündigten Besuchs zum Abschluss einer Mieterhöhungsvereinbarung oder eines Aufhebungsvertrags veranlasse.²⁹ Diese Erwägungen klingen auch zunächst plausibel. Insbesondere erscheint es gut vertretbar, in der genannten Situation von einer Überrumpelung durch den Vermieter auszugehen. Das Problem besteht jedoch darin, dass der Gesetzgeber aus dieser einen Fallkonstellation den Schluss gezogen hat, der gesamte Normenkomplex sei auf das Mietrecht zu übertragen. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass die Vorschriften zum Widerrufsrecht des Mieters häufig zu wenig überzeugenden und inkonsistenten Ergebnissen gelangen.³⁰

2. Das Widerrufsrecht des Mieters bei der Begründung von Mietverträgen

Was das Widerrufsrecht des Mieters bei der Begründung von Mietverträgen anbelangt, so bestehen dagegen zum einen Bedenken grundsätzlicher Natur und zum anderen Bedenken im Hinblick auf die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung.

a) Grundsätzliche Einwände gegen ein Widerrufsrecht bei der Begründung von Mietverträgen

aa) Fehlende Schutzbedürftigkeit des Mieters

Es stellt sich bereits die Frage, ob ein Widerrufsrecht des Mieters überhaupt von der Ratio des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts gedeckt ist. Da das Widerrufsrecht gemäß § 312 IV 2 BGB bei vorheriger Besichtigung der Wohnung ausgeschlossen ist, dürfte der (beabsichtigte) praktische Anwendungsbereich des Widerrufsrechts vor allem bei Mietverträgen im Fernabsatz nach § 312c BGB liegen.³¹ Ein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen wurde durch die RL 97/7/EG („Fernabsatzrichtlinie“) eingeführt, um das Informationsdefizit des Verbrauchers auszugleichen, welches deshalb besteht, weil der Verbraucher keine Möglichkeit hat, das zu erwerbende Produkt zuvor in Augenschein zu nehmen.³² Dies entspricht der Sichtweise der

²⁸ BeckOGK/H. Schmidt, 1.1.2018, § 535 Rn. 134.

²⁹ BT-Drs. 17/12637, S. 48 rechte Spalte.

³⁰ Insgesamt kritisch zur Erstreckung der Verbraucherschutznormen auf das Mietrecht Lindner, ZMR 2015, 261, 265; Streyl, NZM 2015, 433 ff.

³¹ Dass Mieter und Vermieter ohne vorherige Besichtigung der Wohnung bei gleichzeitiger Anwesenheit den Mietvertrag außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters schließen, ist zwar theoretisch denkbar, dürfte jedoch in der Praxis selten vorkommen.

³² S. Erwägungsgrund 14 der FernAbsRL: „Der Verbraucher hat in der Praxis keine Möglichkeit, vor Abschluss des Vertrags das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen. Daher sollte ein Widerrufsrecht bestehen [...]“

VerbrRechteRL³³, des nationalen Gesetzgebers³⁴, des BGH³⁵ und der h.L.³⁶. Diese auf Rechtsgeschäfte wie den Verbrauchsgüterkauf im Fernabsatz zugeschnittene Erwägung lässt sich indes auf die Wohnraummiete nicht übertragen. Es kann keine Rede davon sein, dass der Mieter typischerweise nicht die Möglichkeit hätte, vor Abschluss des Vertrages die Wohnung zu besichtigen. Im Gegenteil ist die Möglichkeit einer Wohnungsbesichtigung der absolute Regelfall. Der Vermieter wird häufig schon aus eigenem Interesse heraus nicht darauf verzichten wollen, dass er oder ein Makler sich einen persönlichen Eindruck vom künftigen Mieter verschaffen kann. Dem Mieter wird also – genau im Gegensatz zur eigentlichen Ratio – ein Widerrufsrecht gewährt, obwohl der Vermieter ihm typischerweise die Möglichkeit bietet, die „Ware in Augenschein zu nehmen“. Zwar kann auch ein Verkäufer, der zusätzlich zum stationären Handel einen Online-Shop betreibt, die Kunden seines Online-Shops nicht darauf verweisen, sie hätten die Ware vor Ort in Augenschein nehmen können. Dieser Fall ist jedoch mit der Vermietung von Wohnraum nicht vergleichbar. Das zusätzliche Betreiben eines Online-Shops soll nämlich den Kundenkreis erweitern, um mehr Produkte abzusetzen und ist gezielt auf Verbraucher außerhalb der stationären Reichweite ausgerichtet. Der Vermieter von Wohnraum will aber nicht „noch mehr absetzen“ und die konkrete Wohnung „an noch mehr Kunden vermieten“. Vielmehr ist sein Angebot von vornherein typischerweise auf Mieter ausgerichtet, die die Wohnung auch besichtigen wollen und typischerweise finden sich auf ein Angebot hin auch weit überwiegend besichtigungswillige Interessenten. Durch die Möglichkeit des Widerrufsrechts wird also nicht das Informationsdefizit eines schutzwürdigen Mieters ausgeglichen, sondern wird dem Mieter vielmehr Möglichkeit eingeräumt, sich durch einen bewussten Verzicht auf die in der Regel gegebene Besichtigungsmöglichkeit selbst ein Widerrufsrecht zu verschaffen.

bb) Ineffektivität eines Widerrufsrechts

Sofern die Widerrufsfrist wie nach gegenwärtigem Recht nach § 355 II 2 BGB bereits mit Vertragsschluss beginnt,³⁷ so ist das Widerrufsrecht gemessen an seinem Zweck an sich schon kein effektives Mittel. Denn zwischen dem Abschluss eines Mietvertrags und dem Einzug des Mieters liegen in der Regel erheblich mehr als 14 Tage, sodass das Informationsdefizit typischerweise gar nicht ausgeglichen wird. Würde man die Widerrufsfrist dagegen „effektiv“ ausgestalten und parallel zur Regelung beim Verbrauchsgüterkauf (§ 356 II Nr. 1 a) BGB³⁸) anordnen, dass die Widerrufsfrist erst mit dem Einzug des Mieters beginnt,³⁹ so stellte dies eine weitere und kaum noch zu rechtfertigende Belastung gegenüber dem Vermieter dar.

³³ S. Erwägungsgrund 37 S. 1 der RL.

³⁴ BT-Drucks. 14/2658, S. 15.

³⁵ BGHZ 212, 248 = NJW 2017, 878 Rn. 52 (juris); BGHZ 187, 268 = NJW 2011, 56 Rn. 29 (juris); BGHZ 160, 393 = NJW 2004, 3699 Rn. 21 (juris); BGHZ 154, 239 = NJW 2003, 1665 Rn. 11 (juris); der BGH stellt zusätzlich darauf ab, dass beim Fernabsatz idR kein physischer Kontakt zwischen den Vertragsparteien stattfindet.

³⁶ BeckOGK/*Busch*, 1.11.2017, § 312c Rn. 2; BeckOK/*Martens*, 1.11.2017, § 312c Rn. 5; MüKoBGB/*Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312c Rn. 3; *Martinek*, NJW 1998, 207; *Staudinger/Thüsing*, 2012, § 312b Rn. 7 (jeweils ebenfalls abstellend auf den fehlenden physischen Kontakt zwischen den Vertragsparteien).

³⁷ Hiermit wird im Grundsatz Art. 9 II a) VerbrRechteRL umgesetzt, wobei der nationale Gesetzgeber für Mietverträge keine Sonderregelung geschaffen hat.

³⁸ Umsetzung von Art. 9 II b) VerbrRechteRL.

³⁹ Damit der Verbraucher iSd § 356 II Nr. 1 a) BGB „die Waren erhalten hat“, ist ein Zugang entsprechend § 130 I 1 BGB nicht ausreichend, sondern ist erforderlich, dass der Verbraucher tatsächlich den Besitz der Waren erlangt (MüKoBGB/*Fritsche*, 7. Aufl. 2016, § 356 Rn. 10; NK/*Schulze* § 356 Rn. 3; s. auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/12637, S 61 linke Spalte, wo – ebenso wie in Art. 9 II b) VerbrRechteRL – gefordert wird, dass der Verbraucher den „physischen Besitz“ an der Ware erlangen müsse), da erst in diesem Moment das Informationsdefizit beseitigt ist (BeckOGK/*Mörsdorf*, 1.11.2017, § 356 Rn. 18).

Vor allem aber wird sich ein Vermieter in angespannten Wohnungsmärkten schon gar nicht auf einen Vertragsschluss einlassen, wenn dieser mit einem Widerrufsrecht des Mieters verbunden ist. Er müsste ja – von den damit verbundenen Risiken abgesehen (dazu sogleich) – zumindest damit rechnen, nach einem Widerruf erneut mit der Mietersuche beginnen zu müssen. Auf einen mit einem Widerrufsrecht verbundenen Vertragsschluss wird sich ein Vermieter deshalb nur einlassen, wenn sich das Mietobjekt in einer wenig nachgefragten Wohngegend befindet und ihm aus diesem Grunde kein anderer zumutbarer und besichtigungswilliger Mieter zur Verfügung steht. Und in einer solchen Situation ist noch weniger einsichtig, warum ein Widerrufsrecht für den Mieter erforderlich und für den Vermieter zumutbar sein soll.

cc) Einschneidende Rechtsfolge zulasten des Vermieters bei fehlender Belehrung über das Widerrufsrecht

Gemäß § 357 VIII 1 und 2 BGB schuldet der Verbraucher bei Erklärung des Widerrufs nur dann Wertersatz, wenn er erstens ausdrücklich verlangt hat, dass der Unternehmer mit der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt und wenn er den Verbraucher nach Art. 246a § 1 II 1 Nr. 1 und 3 über sein Widerrufsrecht informiert hat. Selbst wenn man die Vermietung als Dienstleistung qualifiziert – woran Zweifel bestehen⁴⁰ – könnte demnach ein Vermieter, der einen Mieter nicht (ordnungsgemäß) über sein Widerrufsrecht belehrt, gar keinen Wertersatz verlangen. Da der Mieter den Mietvertrag in diesem Fall ab Vertragsschluss gemäß §§ 355 II 2, 356 III 2 BGB zwölf Monate und 14 Tage lang widerrufen kann⁴¹, könnte der Mieter also über ein Jahr lang kostenlos in der Wohnung der Vermieters wohnen. Dass es sich hierbei um eine durchaus einschneidende Rechtsfolge handelt,⁴² mag der folgende Vergleich erhellen: Täuscht ein Vermieter den Mieter arglistig über die Beschaffenheit der Wohnung und ficht der Mieter nach Entdeckung der Täuschung den Mietvertrag nach § 123 I Alt. 1 BGB an, so schuldet er gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB zumindest Ersatz der tatsächlich gezogenen Nutzungen.⁴³

Zwar handelt es sich hierbei nicht um ein spezifisch mietrechtliches Phänomen. Vielmehr gilt § 357 VIII BGB auch und gerade im europarechtlich determinierten Anwendungsbereich des Widerrufsrechts, also beim Absatz von Waren und Dienstleistungen. Allerdings bedarf es beim Absatz von Waren und Dienstleistungen eines sehr viel höheren Vertragsvolumens als im Mietrecht, um die Schwelle zum gewerblichen Handeln zu überschreiten.⁴⁴ Es ist deshalb eine nicht unvertretbare Entscheidung des Gesetzgebers, an die Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht eine entsprechende Sanktion zu knüpfen, da der Anbieter diese durch das standardisierte Erteilen von Widerrufsbelehrungen unkompliziert umgehen kann und andernfalls das Risiko bestünde, dass die Nichtbelehrung zum Massenphänomen wird. Dagegen lässt sich nicht sagen, dass ein Vermieter, der zehn Wohnungen vermietet und somit wohl als Unternehmer iSd § 14 BGB gilt, massenhaft Verträge abschließt, sodass von ihm die standardmäßige Erteilung von Widerrufsbelehrungen verlangt werden könnte.⁴⁵ Bei einem Vermieter ist zudem viel häufiger als bei einem Verkäufer unklar, ob er als Unternehmer zu qualifizieren ist

⁴⁰ S. unten III. 1. b) aa).

⁴¹ Umsetzung von Art. 10 I VerbrRechteRL.

⁴² Vgl. *Streyl*, NZM 2015, 433, 434 („Ergebnis erscheint ungerecht“); *Mediger*, NZM 2015, 185, 191 („für den Vermieter ein schwerwiegender Nachteil“); nach *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1642 liegt in dieser Rechtsfolge der Grund für die intensive Diskussion über das Widerrufsrecht des Mieters.

⁴³ Hierzu *Fervers/Gsell*, NJW 2013, 3607 ff.

⁴⁴ Beispiele aus der Rspr. bei *jurisPK/Junker*, 8. Aufl. 2017, § 312 Rn. 11.

⁴⁵ *Streyl*, NZM 2015, 433, 434.

oder nicht,⁴⁶ was den Vermieter in eine Zwickmühle bringt: Belehrt er den Mieter nicht und qualifiziert ein Gericht ihn jedoch später als Unternehmer, so kann der Mieter bis zu 12 Monate und 14 Tage umsonst wohnen. Belehrt er dagegen den Mieter prophylaktisch über ein Widerrufsrecht so läuft er Gefahr, dem Mieter ein Widerrufsrecht zu verschaffen, das diesem eigentlich gar nicht zusteht. Rechtfertigen ließe sich die Rechtsfolge des § 357 VIII BGB allenfalls bei Großvermietern wie den Wohnungsunternehmen, die tatsächlich massenhaft Mietverträge abschließen und bei denen auch keine Unklarheiten bezüglich der Unternehmereigenschaft bestehen.

b) Einwände gegen die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung des Widerrufsrechts

Zwar richten sich die folgenden Einwände nicht im Grundsatz gegen ein Widerrufsrecht des Mieters und sind deshalb naturgemäß nicht von gleich hohem Gewicht. Gleichwohl bestehen aufgrund gesetzgebungstechnischer Defizite derzeit für Vermieter Unsicherheiten, die bei der Bewertung des Widerrufsrechts nicht verschwiegen werden sollen.

aa) Unsicherheiten bei der Widerrufsbelehrung

Ein 12 Monate und 14 Tage andauerndes Widerrufsrecht erhält der Mieter nicht nur dann, wenn der Vermieter ihn gar nicht über das Widerrufsrecht informiert hat, sondern gemäß § 356 III 1 BGB auch dann, wenn die Widerrufsbelehrung Fehler aufweist. Wenn deshalb der Vermieter den Mieter darüber belehrt, dass er für die Erbringung von Dienstleistungen nach § 357 VIII BGB Wertersatz zahlen muss, so ist die Belehrung fehlerhaft, wenn die Miete gar nicht als Dienstleistung zu qualifizieren ist und der Mieter deshalb nach dieser Vorschrift eigentlich gar keinen Wertersatz leisten muss. Der Vermieter kann sich auch nicht durch die Verwendung des Muster-Widerrufsformulars nach §§ 312 IV 1, 312 III Nr. 6 BGB iVm Art. 246a § 1 II 2 Anlage 1 EGBGB schützen. Denn die Gesetzlichkeitsfiktion nach Art. 246a § 1 II 2 EGBGB tritt nur dann ein, wenn dieses Formular auch zutreffend verwendet wird,⁴⁷ was nicht der Fall wäre, wenn dem Mieter vorgespiegelt würde, es handele sich bei der Miete um eine wertersatzpflichtige Dienstleistung.

Ob die Miete als Dienstleistung iSd § 357 VIII BGB anzusehen ist, ist nämlich zweifelhaft. Zwar bejaht die wohl h.M. die Anwendung des § 357 VIII BGB auf die Wohnraummiete⁴⁸ oder zumindest auf Gebrauchsüberlassungsverträge im Allgemeinen.⁴⁹ Dies wird jedoch entweder gar nicht oder schlicht damit begründet, der Begriff der Dienstleistung sei im europäischen Sinne weiter zu fassen als nach herkömmlichem nationalen Verständnis.⁵⁰ Tatsächlich ist dies keineswegs eindeutig.⁵¹ Zwar ist es vom Ansatz her nicht unzutreffend, auf das europäische Verständnis des Dienstleistungsbegriffs zu rekurrieren, da – obwohl das Mietrecht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist – zumindest die Vorschrift des § 357 VIII BGB in Umsetzung des europarechtlich geprägten Dienstleistungsbegriffs entstanden ist. Doch auch nach europäischem Verständnis erfordert der Begriff der Dienstleistung eine

⁴⁶ BeckOGK/*Fleindl*, 1.1.2018, § 558b Rn. 11; *Lindner*, ZMR 2015, 261, 263 („gegenwärtig nicht rechtssicher“); *Streyl*, NZM 2015, 433, 434; *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1648.

⁴⁷ BeckOK/*Martens*, 1.11.2017, Art. 246a § 1 EGBGB Rn. 35.

⁴⁸ *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329 („unstreitig“); *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1639, 1642; *Lindner*, ZMR 2016, 356, 357; *Mediger* NZM 2015, 185, 190; *Hinz*, WuM 2016, 76, 78.

⁴⁹ *MüKoBGB/Fritsche*, 7. Aufl. 2016, § 357 Rn. 38; BeckOGK/*Mörsdorf*, 1.11.2017, § 357 Rn. 78, § 356 Rn. 7.

⁵⁰ *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329; *Lindner*, ZMR 2016, 356, 357; BeckOGK/*Mörsdorf*, 1.11.2017, § 357 Rn. 78, § 356 Rn. 7; *Hinz*, WuM 2016, 76, 78.

⁵¹ Zweifelnd auch *Hau*, NZM 2015, 435, 442; *Streyl*, NZM 2015, 433, 434.

tätigkeitsbezogene Leistung.⁵² Und die Vermietung von Wohnraum beinhaltet eine Tätigkeit des Vermieters allenfalls als Annex, der Schwerpunkt liegt in der schlichten Gebrauchsüberlassung. Und für einen Lizenzvertrag hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass dieser deshalb nicht als Dienstvertrag qualifiziert werden kann, weil er sich in der Nutzungsüberlassung erschöpfe.⁵³ Aus der VerbrRechteRL lässt sich ebenfalls nichts Entsprechendes herauslesen. Art. 2 Nr. 6 VerbrRechteRL definiert den Dienstleistungsvertrag als Vertrag, der kein Kaufvertrag ist *und* nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt. Damit ist nicht geklärt, was unter einer Dienstleistung genau zu verstehen ist und kann keinesfalls der Schluss gezogen werden, nach europäischem Verständnis sei jeder Vertrag ein Dienstvertrag, der kein Kaufvertrag sei.⁵⁴

Damit soll nicht gesagt werden, dass eine Anwendung des § 357 VIII BGB nicht interessengerecht wäre. Zumindest eine analoge Anwendung des § 357 VIII BGB erscheint möglich und auch wertungsmäßig richtig, da letztlich kein Grund dafür ersichtlich ist, warum ein Vermieter im Falle des Widerrufs niemals Wertersatz verlangen können soll. Gegenwärtig bleibt jedoch das Risiko, dass die Belehrung über Wertersatz nach § 357 VIII BGB als Belehrungsfehler angesehen wird, sodass einem Vermieter bis zur höchstrichterlichen Klärung der Frage wohl geraten werden müsste, auf eine Belehrung über den Wertersatz und damit auch auf den Wertersatz selbst zu verzichten.⁵⁵

bb) Schwierigkeiten beim Kriterium der vorherigen Besichtigung

Das Widerrufsrecht des Mieters ist erstens nur dann iSd § 312 IV 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter die Wohnung vollständig besichtigt hat.⁵⁶ Es stellt sich also die Frage, ob der Ausschluss auch dann greift, wenn der Mieter freiwillig auf die Besichtigung einzelner Räume verzichtet. Auch wenn es wertungsmäßig ausreichend erscheint, dass der Vermieter dem Mieter die konkrete Möglichkeit der Besichtigung eingeräumt hat,⁵⁷ so kann diese Auslegung gegenwärtig nicht als sicher gelten. Denn ein Widerrufsrecht des Mieters besteht ja auch dann, wenn dieser auf die Besichtigung insgesamt verzichtet hat,⁵⁸ sodass ebenfalls angenommen werden könnte, dass es dem Widerrufsrecht nicht entgegensteht, wenn der Mieter auf die Besichtigung einzelner Räume verzichtet.

⁵² EuGH, 19.12.2013, Rs. C-9/12 (Corman-Collins), EuZW 2014, 181, 183 Rn. 37 f.; BGH NJW 2018, 690 Rn. 12; BGH NZM 2015, 629, 630.

⁵³ EuGH, 23.4.2009, Rs. C-533/07 (Falco Privatstiftung u. Rabitsch), NJW 2009, 1865, 1866 Rn. 29 ff. Dagegen ist die Argumentation aus EuGH, 10.3.2005, Rs. C-336/03 (easyCar), NJW 2005, 3055 Rn. 22 ff., wo der der EuGH die Vermietung von Autos als „Dienstleistung im Bereich Beförderung“ iSd Art. 3 II Spiegelstrich 2 der RL 97/7/EG („Fernabsatzrichtlinie“) qualifiziert und deshalb ein Widerrufsrecht des Verbrauchers *verneint* hatte, nicht übertragbar. Denn der EuGH hat seine Entscheidung zum einen damit begründet, der Gesetzgeber habe nicht nach Vertragstypen differenzieren wollen, sondern stattdessen bewusst den Begriff „Dienstleistung im Bereich der Beförderung“ gewählt, um alle Tätigkeiten zu umfassen, die darauf gerichtet sind, dem Kunden die Beförderung zu ermöglichen (Rn. 23). Zum anderen hat der EuGH argumentiert, der Vermieter von Autos werde durch ein Widerrufsrecht des Verbrauchers mit der damit verbundenen Gefahr kurzfristiger Stornierungen unverhältnismäßig belastet (Rn. 28). Beides spielt bei der Auslegung des § 357 VIII BGB keine Rolle.

⁵⁴ So aber *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329 Fn. 7; s. die Entscheidung EuGH NJW 2009, 1865 in Fn. 53.

⁵⁵ Ein solcher Verzicht ist möglich, s. BeckOK/Martens, 1.11.2017, Art. 246a § 1 EGBGB Rn. 32.

⁵⁶ *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2015, 1, 3; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276; *Schmidt-Futterer/Blank*, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 79; etwas restriktiver *Mediger*, NZM 2015, 185, 190, der lediglich die Besichtigung der wesentlichen Räume verlangt.

⁵⁷ *Hinz*, WuM 2016, 76, 82; *Schmidt/Futterer/Blank*, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 79; *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 335; wohl auch *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276.

⁵⁸ Vgl. *Hau*, NZM 2015, 435, 438 f.; *MüKoBGB/Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312 Rn. 65, 72.

Zweitens trägt der Vermieter die Beweislast für das Stattfinden der (vollständigen) Besichtigung.⁵⁹ Sofern sich also ein Vermieter nicht vom Mieter schriftlich bestätigen lässt, dass eine Besichtigung stattgefunden hat und welche Räumlichkeiten besichtigt wurden,⁶⁰ läuft er wiederum Gefahr, dass der Mieter letztlich bis zu 12 Monate und 14 Tage kostenlos wohnt. Drittens ergeben sich Probleme bei einer Mehrheit von Mietern. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss „der Mieter“ die Wohnung besichtigt haben. Bei mehreren Mietern ist diese Voraussetzung nur erfüllt, wenn jeder einzelne Mieter die Wohnung besichtigt hat.⁶¹ Sofern also der nicht fernliegende Fall⁶² eintritt, dass ein Mieter der Besichtigung fernbleibt, so steht diesem Mieter ein Widerrufsrecht zu. Übt er es aus, so führt dies nach h.M. zur Rückabwicklung des Mietvertrages insgesamt⁶³ mit all den dargestellten Nachteilen für den Vermieter. Es ist deshalb häufig entscheidend, dass die Besichtigung durch einen Mieter den übrigen Mietern zugerechnet werden kann. Auch wenn eine solche Zurechnungsmöglichkeit im Ergebnis geboten erscheint, so ist sie mit den herkömmlichen Mitteln des BGB nur schwer möglich: Eine Zurechnung nach § 164 I BGB kann an sich nicht stattfinden, da die Besichtigung einen Realakt darstellt und über § 164 I BGB nur Willenserklärungen, nicht aber Realakte zugerechnet werden können.⁶⁴ § 278 S. 1 Alt. 2 BGB, der im Grundsatz eine Zurechnung von Realakten erlaubt⁶⁵, führt ebenfalls nicht weiter, da mit einer Wohnungsbesichtigung weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden zugerechnet werden soll. Auch eine Zurechnung analog § 166 I BGB ist an sich nicht möglich, da über eine entsprechende Anwendung dieser Norm nur Wissen, wiederum aber kein Realakt zugerechnet werden kann.⁶⁶ Denkbar wäre beispielsweise, § 166 I BGB mit der teleologischen Erwägung analog anzuwenden, dass der Zweck des § 312 IV 2 BGB in der erfolgten Behebung eines Informationsdefizits liegt und dass zumindest das durch die Informationen bei der Besichtigung erlangte Wissen entsprechend § 166 I BGB zugerechnet werden kann. Auf die Anwendung dieser Konstruktion kann sich ein Vermieter jedoch nicht verlassen.

c) Zusammenfassung

Einem Widerrufsrecht des Mieters stehen im Hinblick auf die Ratio der Verbraucherwiderrufsrechte grundsätzliche Erwägungen entgegen und es verfehlt die ihm zgedachte Schutzfunktion. Da sich in angespannten Wohnungsmärkten ohnehin kein Vermieter auf einen mit einem Widerrufsrecht des Mieters verbundenen Vertragsschluss einlassen wird, werden die Rechtswirkungen des Widerrufsrechts entweder außerhalb angespannter Wohnungsmärkte oder dann eintreten, wenn der Vermieter über eine der dargestellten Schwierigkeiten „gestolpert“

⁵⁹ MüKoBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312 Rn. 61, 72; Hau, NZM 2015, 435, 439 Schmidt-Futterer/Blank, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 88; Lindner, ZMR 2015, 261, 263.

⁶⁰ Kunze/Kroll, MietRB 2016, 329, 335 empfehlen ein „präzises Protokoll, das beinhaltet, welche Personen an der Besichtigung teilgenommen haben, dass die Wohnung mit sämtlichen Nebenräumen besichtigt worden ist, sowie Datum, Uhrzeit und Dauer der Besichtigung.“

⁶¹ Koch, VuR 2016, 92, 94; Hau, NZM 2015, 435, 439; Mediger, NZM 2015, 185, 190.

⁶² Mediger, NZM 2015, 185, 190.

⁶³ Schmidt-Futterer/Blank, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 79; insbesondere gegen eine analoge Anwendung des § 351 BGB Hau, NZM 2015, 435, 439; a.A. Lindner, ZMR 2016, 356, 357.

⁶⁴ BGHZ 8, 130 = NJW 1953, 419 Rn. 10 (juris); BGHZ 16, 259 = NJW 1955, 866 Rn. 15 (juris); MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 90; Staudinger/Schilken, 2014, Vor § 164 Rn. 38, jeweils m.w.N; ohne dogmatische Begründung von der Zulässigkeit der Vertretung ausgehend Kunze/Kroll, MietRB 2016, 329, 334 f.

⁶⁵ Vgl. Fervers, in: Staake/Bressendorf, Rechtshandbuch Wohngemeinschaften – Praktische Fragestellungen, rechtliche Lösungen (erscheint demnächst).

⁶⁶ Für eine Zurechnung nach § 166 I BGB Hau, NZM 2015, 435, 439.

ist.⁶⁷ Die hauptsächlichen Auswirkungen werden deshalb voraussichtlich darin bestehen, einen an sich nicht schutzwürdigen Mieter über Gebühr zu begünstigen.

3. Das Widerrufsrecht bei Vereinbarungen im laufenden Mietverhältnis

a) Die Untauglichkeit des personalen Kriteriums des Verbrauchervertrags im Wohnraummietrecht

aa) Fallbeispiele und Meinungsstand

Fall 1: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages steht V bei M vor der Tür und legt ihm überraschend einen Änderungsvertrag vor, gemäß dem sich die Miete für M deutlich erhöht. M unterzeichnet.

Überrascht der Unternehmer-Vermieter den Mieter mit einem unangekündigten Besuch in der Mietwohnung und veranlasst den Mieter im Rahmen dieses Besuchs zum Abschluss einer für ihn nachteiligen Vereinbarung⁶⁸, so stand dem Mieter bereits nach alter Rechtslage⁶⁹ ein Widerrufsrecht zu; in der Rechtsprechung⁷⁰ und in der Literatur⁷¹ war dies weitgehend anerkannt. Nach neuer Rechtslage handelt es sich bei einem solchen „Haustürgeschäft“ nunmehr um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag iSd § 312b I BGB, der nach §§ 312g I Alt. 1, 355 I 1 BGB ein Widerrufsrecht begründet.⁷² Auch nach neuer Rechtslage wird ein Widerrufsrecht des Mieters in Haustürsituationen in der Literatur weit überwiegend gebilligt.⁷³

bb) Kritische Würdigung

Zwar ist ein Widerrufsrecht des Mieters in Konstellationen wie *Fall 1* in der Tat sachgerecht,⁷⁴ da sich M offensichtlich in einer Druck- und Überrumpelungssituation befindet. Keineswegs sachgerecht ist jedoch, dass dieses Widerrufsrecht nur dann bestehen soll, wenn es sich bei V um einen gewerblichen Vermieter handelt.⁷⁵ Die Druck- und Überrumpelungssituation zulasten des Mieters besteht nämlich vollkommen ungeachtet der Frage, wie viele Wohnungen der Vermieter sonst noch an Dritte vermietet.⁷⁶ Auch wenn man den Unternehmer-Vermieter

⁶⁷ Deutlich *Horst*, DWW 2015, 2, 5 („[...] große Gefahr eines Missbrauchs in Einzelfällen durch den Mieter mit dem „Erfolg“, dass er im Ergebnis miet- und kostenfrei wohnt, wenn dem Vermieter auch nur der kleinste Fehler unterläuft.“).

⁶⁸ Dieser Fall schwebte dem Gesetzgeber vor, s. vor und mit Fn. 29.

⁶⁹ § 312 I 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB aF bzw. § 1 I 1 Nr. 1 Alt. 2 HWiG aF.

⁷⁰ BGH NZM 2017, 517 m.Anm. *Börstinghaus*; LG Münster, 20.2.2001 – 8 S 520/00 = WuM 2001, 610; LG Braunschweig, 15.2.1991 – 6 S 306/90 = WuM 1991, 671; AG Freiburg, 1.10.2013 – 53 C 1059/13 = WuM 2013, 728; vgl. außerdem die umfangreichen Nachw. bei *Mediger*, NZM 2015, 185, 186 Fn. 2.

⁷¹ Schmidt-Futterer/*Blank*, 11. Aufl. 2013, Vorb. § 535 Rn. 77 ff.; vgl. außerdem die umfangreichen Nachw. bei *Mediger*, NZM 2015, 185, 186 Fn. 3.

⁷² Zu den damit verbundenen Neuerungen allgemein *Brinkmann/Ludwigkeit*, NJW 2014, 3270 ff.

⁷³ MüKoBGB/*Artz*, 7. Aufl. 2016, § 558b Rn. 7a; *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 335; *Koch*, VuR 2016, 92, 94.

⁷⁴ Vgl. BGH NZM 2017, 517, 518 (zu einer in München gelegenen Wohnung): „Dass dieses auf einer Haustürsituation resultierende Schutzbedürfnis auch bei einem Abschluss oder einer Änderung von Wohnraummietverträgen bestehen kann, steht außer Frage.“

⁷⁵ A.A. möglicherweise *Koch*, VuR 2016, 92, 93, der – allerdings allgemein im Zusammenhang mit der Unternehmereigenschaft es Vermieters – äußert, ein Informations- und Erfahrungsnachteil liege bei einer schlichten privaten Vermietung nicht vor.

⁷⁶ Zutreffend *Harsch*, WuM 2008, 201, 202.

zunächst für weniger schutzwürdig halten mag als den „Kleinvermieter“, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass ein Vermieter, der wie in *Fall 1* den Mieter an der Haustür mit einer vertraglichen Vereinbarung überfällt, sich seine strukturelle Überlegenheit unabhängig davon zunutze macht, wie viele Wohnungen er im Übrigen vermietet. Vor allem aber lässt sich die Erwägung, aufgrund derer die §§ 312 ff. BGB auf Verbraucherverträge beschränkt sind, nicht (pauschal) auf das Mietrecht übertragen.

(1) Ratio der der Beschränkung auf Verbraucherverträge in den §§ 312 ff. BGB

Der Gesetzgeber stand bei der Schaffung der Widerrufsrechte nach §§ 312 ff. BGB vor folgendem Problem: Ein Widerrufsrecht zugunsten einer Partei ist nur dann sinnvoll, wenn die Willenserklärung dieser Partei ein Defizit aufweist, welches es verbietet, sie schlicht auf die Privatautonomie zu verweisen. Ein solches Defizit ist aber nicht schon bei Vorliegen eines situativen Kriteriums (Überraschungsmoment, Informationsdefizit) gegeben: Zwar mag man „über-rumpelt“ sein, wenn ein Bekannter einen an der Haustür mit einem vertraglichen Angebot überrascht. Sofern sich die Vertragsparteien jedoch auf Augenhöhe befinden, ist ein Widerrufsrecht jedoch weder erforderlich noch für den Vertragspartner zumutbar. Hinzukommen muss deshalb ein personales Kriterium in Gestalt eines strukturellen Gefälles zwischen den Vertragsparteien.⁷⁷ Nun sind die §§ 312 ff. BGB allerdings auf alle (entgeltlichen) Verträge und insbesondere auf den Erwerb von Waren und Dienstleistungen zugeschnitten. Und bei diesen Vertragstypen lässt sich nicht a priori sagen, ob der Erwerber oder der Anbietende typischerweise der Schwächere ist. Eine Verschiebung der Vertragsparität zulasten des Erwerbers ergibt sich erst dann, wenn der Anbietende im Gegensatz zum Erwerber als Unternehmer zu qualifizieren ist, weil er in diesem Fall seine Tätigkeit in großem Stile betreibt und so über einen Wissens- und Erfahrungsvorsprung gegenüber dem Verbraucher verfügt.⁷⁸ Erst dann trifft ein „erfahrener“ und „geschulter“ Unternehmer auf einen unerfahrenen Verbraucher und besteht ein strukturelles Gefälle. Der Grund, warum die §§ 312 ff. BGB einen Verbrauchervertrag voraussetzen, besteht also darin, dass – bezogen auf die Gesamtheit aller Verträge – ohne einen Verbrauchervertrag typischerweise kein strukturelles Gefälle besteht.

(2) Keine pauschale Übertragung auf das Mietrecht möglich

Und eben diese Erwägung trifft im Wohnraummietrecht in dieser Form nicht zu. Das strukturelle Gefälle zwischen Vermieter und Mieter ergibt sich in angespannten Wohnungsmärkten nämlich nicht erst dann, wenn der Vermieter aufgrund einer bestimmten Routine erfahrener oder überredungsgewandter ist als der Mieter.⁷⁹ Die Störung der Vertragsparität besteht vielmehr bereits deshalb, weil der Mieter auf die Wohnung existenziell angewiesen ist und sich deshalb typischerweise in der schwächeren Position befindet. Auf diesem Grund macht es zumindest in angespannten Wohnungsmärkten im Wohnraummietrecht schlechterdings keinen Sinn, zusätzlich das Vorliegen eines Verbrauchervertrags zu verlangen. Ganz im Gegenteil wird das strukturelle Gefälle in angespannten Wohnungsmärkten und damit auch die Drucksituation zulasten des Mieters regelmäßig sogar erheblich stärker sein⁸⁰ als bei einem „klassischen“

⁷⁷ Hoffmann, JZ 2012, 2012, 1156, 1157.

⁷⁸ Vgl. BeckOGK/Busch, 1.11.2017, § 312 Rn. 8; Staudinger/Thüsing, 2012, § 312b Rn. 7; s. auch die Gesetzesbegründung zum HWiG BT-Drs. 10/2876, S. 1, wonach ein Ausgleich dafür geschaffen werden soll, dass unseriöse Gewerbetreibende sich die Überrumpelungssituation „in missbräuchlicher Weise“ zunutze machen.

⁷⁹ Vgl. Harsch, WuM 2008, 201, 202, der deshalb für eine Anwendung des § 312 I 1 Nr. 1 BGB aF auch auf den Kleinvermieter plädierte.

⁸⁰ Vgl. MüKoBGB/Artz, 7. Aufl. 2016, § 557 Rn. 34 und Rolfs/Möller, NJW 2017, 3275, 3276, die darauf hinweisen, dass gerade das Vertrauensverhältnis zwischen Vermieter und Mieter Letzteren zu unüberlegten Entscheidungen veranlassen kann.

Haustürgeschäft wie dem unangekündigten Besuch eines Staubsaugervertreeters, bei dem der Gesetzgeber ein Widerrufsrecht für geboten hält. Denn anders als beim Besuch des Staubsaugervertreeters hat der Mieter de facto nicht die Freiheit, dem Vermieter „die Tür vor der Nase zuzuschlagen“, ohne Konsequenzen befürchten zu müssen.⁸¹

Anders mag es liegen, wenn sich das Mietobjekt in einer Wohngegend befindet, in der ein Mieter jederzeit vergleichbaren Wohnraum findet und in denen die Nachmietersuche dem Vermieter erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. In diesen Fällen besteht ein solches strukturelles Gefälle zumindest nicht a priori. Hier ist ein Widerrufsrecht tatsächlich nur dann sinnvoll, wenn sich eine Störung der Vertragsparität aus einem Erfahrungsvorsprung des Vermieters durch gewerbliches Handeln ergibt. Von einem solchen Erfahrungsvorsprung wird man jedoch nicht schon dann ausgehen können, wenn die Unterhaltung eines Büros erforderlich ist oder der Vermieter seine Tätigkeit auf eine Vielzahl von Verträgen ausgerichtet hat, sondern erst dann, wenn der Vermieter tatsächlich in großem Stile Wohnungen vermietet.

cc) Bewertung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Uneinheitlichkeit der Instanzrechtsprechung und vor allem die Tatsache erklären, warum teilweise die Schwelle zum Unternehmerbegriff auffallend niedrig angesetzt wird.⁸² Denn in einem Teil der zitierten Entscheidungen⁸³ ging es um die Frage, ob ein Mieter ein Haustürgeschäft widerrufen kann. Und es lässt sich die Tendenz erkennen, dass die Rechtsprechung vor allem in Großstädten dazu neigt, die Schwelle zur gewerblichen Vermietung sehr niedrig anzusetzen⁸⁴, während die Schwelle außerhalb von Großstädten höher liegt.⁸⁵ Sehr wahrscheinlich sollte hier jeweils ein Weg gefunden werden, um über eine „flexible“ Handhabung des § 14 BGB zum rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnis zu gelangen: Der Bejahung eines mieterseitigen Widerrufsrechts (nur) bei Vorliegen eines strukturellen Gefälles, welches in angespannten Wohnungsmärkten eben auch dann vorliegt, wenn es sich um einen Kleinvermieter handelt.

dd) Konsequenzen

De lege lata lässt sich die dargestellte verfehlt Gesetzgebung nicht in den Griff kriegen. Auch wenn das im Einzelfall gewonnene Ergebnis in den instanzgerichtlichen Entscheidungen einleuchten mag, so lässt sich § 14 BGB nicht dergestalt auslegen, dass in München bereits ab der Vermietung einer einzelnen Wohnung von gewerblichem Handeln auszugehen ist, außerhalb von angespannten Wohnungsmärkten dagegen erst ab der Vermietung von 20 Wohnungen. Auch wird an dieser Fallkonstellation klar, warum die sinnvolle Bestimmung einer Schwelle für § 14 BGB derzeit nicht möglich ist: Wählt man für die Schwelle einen niedrigen Wert (z.B. eine Wohnung), so gelangt man zu zweifelhaften Ergebnissen außerhalb angespannter Wohnungsmärkte. Wählt man einen hohen Wert (z.B. 20 Wohnungen), so gelangt man in angespannten Wohnungsmärkten zu sachwidrigen Ergebnissen. Und wählt man einen Mittelwert (fünf bis zehn Wohnungen), so können die Ergebnisse in beiden Konstellationen

⁸¹ Zutreffend konstatiert *Koch*, VuR 2016, 92, 94, dass der Mieter „sich den Verhandlungen kaum entziehen“ kann.

⁸² S. oben unter II.

⁸³ Zum anderen Teil, der die AGB-Kontrolle betrifft, s. unten unter IV. 3.

⁸⁴ S. insbesondere AG Stuttgart, 30.3.1996 – 30 C 200/95 = WuM 1996, 467; AG Frankfurt, 13.2.1998 – 33 C 3489/97 = WuM 1998, 418; AG Köln, 28.10.2004 – 210 C 248/04 = WuM 2007, 123; LG Köln, 3.5.2001 – 1 S 264/00 = NZM 2002, 62; LG Köln, 12.3.2009 – 1 S 202/07 = WuM 2009, 730; AG Freiburg, 1.10.2013 – 53 C 1059/13 = WuM 2013, 728.

⁸⁵ LG Waldshut-Tiengen, 30.4.2008 – 1 S 27/07 = ZMR 2009, 372 Rn. 23 f. (juris); BayObLG NJW 1993, 2121 Rn. 12 f. (Wohnung in Freising).

nicht überzeugen. Eine Lösung ist nur rechtspolitisch möglich, indem – anders als in §§ 312 ff. BGB – nicht mehr pauschal auf das Vorliegen eines Verbrauchervertrags abgestellt wird.

b) Die Untauglichkeit der situativen Kriterien aus §§ 312g, 312c, 312b BGB

aa) Vertragliche Vereinbarungen im „Fernabsatz“

Nicht selten wird es vorkommen, dass während des Mietverhältnisses zwischen Mieter und Vermieter eine Modernisierungsvereinbarung, eine Vereinbarung über eine Mieterhöhung nach § 558 BGB oder ein Änderungs- oder Aufhebungsvertrag über Fernkommunikationsmittel iSd § 312c II BGB abgeschlossen wird⁸⁶, sodass dem Mieter nach §§ 312g I Alt. 2, 312c I, 355 I BGB ein Widerrufsrecht zustehen kann. Hierzu

Fall 2: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages sendet V formgerecht ein Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB an M. M prüft das Verlangen in Ruhe und kommt zu dem Schluss, dass es berechtigt ist. Er unterzeichnet daher und sendet es an V zurück. Ein Jahr später hört er von einem Widerrufsrecht des Mieters und stellt fest, dass V ihn nicht über ein Widerrufsrecht belehrt hatte.

Fall 3: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages ruft V den M überraschend an, erzählt ihm von einem möglichen Eigenbedarf und überredet M deshalb dazu, einer Änderungsvereinbarung zuzustimmen, die eine erhebliche Mieterhöhung zulasten von M beinhaltet.

In Konstellationen wie *Fall 2* besteht offensichtlich kein Anlass, dem Mieter ein Widerrufsrecht zuzubilligen⁸⁷ mit der Folge, dass er die Mieterhöhung für das vergangene Jahr rückgängig machen könnte. Zwar mag ein strukturelles Gefälle bestehen, es fehlt jedoch an einer situativen Rechtfertigung für ein Widerrufsrecht. Insbesondere greift die Ratio für ein Widerrufsrecht im Fernabsatz nicht ein:⁸⁸ Weder konnte der Mieter das Produkt (die Wohnung) nicht in Augenschein nehmen – er wohnt ja bereits darin – noch hatte er nicht die Möglichkeit, in physischen Kontakt mit dem Vermieter zu treten – er kennt ihn ja bereits.⁸⁹ Die Verwendung des Briefwechsels seitens des Vermieters hat sogar im Gegenteil durch die Einräumung einer Überlegungsfrist für den Mieter den Effekt, dass eine Druck- und Überrumpelungssituation zu seinen Lasten gerade vermieden wird. In *Fall 3* dagegen besteht durchaus ein Druck- und Überrumpelungseffekt zulasten des Mieters, sodass hier ein Widerrufsrecht angebracht erscheint.⁹⁰

In Rechtsprechung und Literatur wird die Anwendung des § 312c BGB auf Vereinbarungen im laufenden Mietverhältnis bereits diskutiert. Die Ergebnisse der jeweiligen Untersuchungen unterscheiden sich – wenig überraschend – in erster Linie danach, mit welcher Konstellation das Gericht bzw. der Autor befasst ist. So wird für Konstellationen wie *Fall 2* ein

⁸⁶ Schmidt-Futterer/*Blank*, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 89; Blank/Börstinghaus/*Blank*, 5. Aufl. 2017, § 535 Rn. 141 jeweils im Hinblick auf Mieterhöhungen.

⁸⁷ Besonders drastisch AG Pankow, 5.8.2016 – 6 C 64/16 Rn. 12 (juris): „[...] komplett widersinnig und nicht begründbar.“

⁸⁸ Ausdrücklich für die Anwendung des Widerrufsrechts bei mietvertraglichen Vereinbarungen im Fernabsatz dagegen BT-Drs. 17/12637, S. 48 rechte Spalte.

⁸⁹ Vgl. BeckOGK/*Fleindl*, 1.1.2018, § 558b Rn. 13; MüKoBGB/*Artz*, 7. Aufl. 2016, § 557 Rn. 37. *Artz/Brinkmann/Pielsticker*, ZAP 2016, 1639, 1645.

⁹⁰ Ebenso *Hau*, NZM 2015, 435, 440, der formuliert, in diesen Konstellationen „sollte [die Widerruflichkeit] ohne weiteres einleuchten.“

Widerrufsrecht des Mieters zumeist mit unterschiedlicher Begründung verneint. Teilweise wird vertreten, § 312c BGB sei im Hinblick auf seinen Schutzzweck auf Mietverträge von vornherein nicht anzuwenden,⁹¹ teilweise wird argumentiert, die Vorschriften der §§ 558a ff. BGB seien im Verhältnis zu § 312c BGB vorrangige Sonderregelungen⁹², teilweise wird geltend gemacht, es fehle an einem für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem, so dass gemäß § 312c I Hs. 2 BGB schon gar kein Fernabsatzvertrag vorliege.⁹³ Mit diesen Begründungen wird jeweils – bezogen auf diese Konstellation – methodisch vertretbar das gewünschte Ergebnis erreicht.⁹⁴ Sofern dagegen nur oder auch Konstellationen wie *Fall 3* in den Blick genommen werden, wird aus der Schutzwürdigkeit des Mieters in diesem Fall häufig der Schluss gezogen, § 312c BGB müsse ohne Einschränkungen auf das Mietverhältnis angewendet werden.⁹⁵

De lege lata lässt sich das Problem nicht sinnvoll lösen. Auf die zu *Fall 2* vorgetragenen Begründungen kann insgesamt nicht befriedigend zurückgegriffen werden, da diese in Konstellationen wie *Fall 3* zu unerwünschten Ergebnissen führen: Sofern man sich bei *Fall 2* auf den Standpunkt gestellt hat, es liege kein für den Fernabsatz organisierter Vertriebs- oder Dienstleistungssystem vor,⁹⁶ könnte man in *Fall 3* kein Widerrufsrecht des Mieters mehr annehmen. Denn dieses Kriterium ist rein technischer Natur und lässt sich nicht nach Belieben danach anpassen, ob im konkreten Fall eine Druck- und Überrumpelungssituation gegeben war oder nicht. Auch eine am Schutzzweck des § 312c BGB orientierte Argumentation würde dem Mieter in *Fall 3* nicht zu einem Widerrufsrecht verhelfen: Denn der Mieter hatte auch in *Fall 3* weder hinsichtlich des Vertragsgegenstands noch hinsichtlich des Vertragspartners ein Informationsdefizit. Umgekehrt führt es aber auch nicht zu befriedigenden Ergebnissen, aus Fallgestaltungen wie *Fall 3* zu schließen, § 312c BGB müsse generell auch auf Änderungen im Mietverhältnis angewendet werden. Denn hierdurch würde zum einen dem Mieter in *Fall 2*

⁹¹ Schmidt-Futterer/*Blank*, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 92 und Blank/Börstinghaus/*Blank*, 5. Aufl. 2017, § 535 Rn. 144, der die Anwendung des Fernabsatzrechts auf die Wohnraummiete insgesamt als „missglückt“ bezeichnet; dem folgend AG Spandau, 27.10.2015 – 5 C 267/15, BeckRS 2015, 19730 Rn. 20 (juris); ebenso *Hinz*, WuM 2016, 76, 83 f.; dagegen *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276.

⁹² LG Berlin, 14.9.2016 – 18 S 357/15, BeckRS 2016, 107760 Rn. 14 ff. (in Rn. 17 in methodischer Hinsicht offen gelassen, ob die §§ 558 ff. BGB *leges speciales* darstellten oder ob § 312c BGB teleologisch zu reduzieren sei); *Horst*, DWW 2015, 2, 5 f.; dagegen *Hau*, NZM 2015, 435, 439; MüKoBGB/*Artz*, 7. Aufl. 2016, § 558b Rn. 7a; *Koch*, VuR 2016, 92, 93; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276.

⁹³ LG Berlin, 10.3.2017 – 63 S 248/16, BeckRS 2017, 107301 Rn. 27 ff.; AG Gelsenkirchen, 27.4.2016 – 202 C 3/16 = WuM 2016, 360 Rn. 9 ff. (juris); AG Spandau, 27.10.2015 – 5 C 267/15, BeckRS 2015, 19730 Rn. 20 ff., 25 (juris); AG Pankow, 5.8.2016 – 6 C 64/16 Rn. 11; BeckOGK/*Fleindl*, 1.1.2018, § 558b Rn. 13; MüKoBGB/*Artz*, 7. Aufl. 2016, § 557 Rn. 37 (für die Mieterhöhung nach § 557 BGB); *Mediger*, NZM 2015, 185, 190; dagegen Schmidt-Futterer/*Blank*, 13. Aufl. 2017, Vorb. § 535 Rn. 89; *Hau*, NZM 2015, 435, 439; *Hinz*, WuM 2016, 76, 83; *Koch*, VuR 2016, 92, 94. Nach Auffassung des Gesetzgebers und des BGH sind an das Vorliegen eines solchen Systems keine hohen Anforderungen zu stellen. Es soll genügen, dass der Unternehmer in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, regelmäßig Geschäfte im Fernabsatz zu bewältigen (BT-Drs. 14/2658, 30 rechte Spalte; BGH NJW 2018, 690, 691 Rn. 19). Ausgeschlossen werden soll lediglich der zufällige und gelegentliche Einsatz von Fernkommunikationsmitteln (BT-Drs. 14/2658, 30 rechte Spalte; BGH NZM 2017, 127, 131 Rn. 51).

⁹⁴ Zurückhaltend *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 335, die annehmen, dass „ein gewisser Widerwille gegen das Verbraucherwiderrufsrecht an sich eher dominiert als nachvollziehbare dogmatische Begründungen.“

⁹⁵ *Hau*, NZM 2015, 435, 439 f.; *Koch*, VuR 2016, 92, 94; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276; für ein Widerrufsrecht ohne Erwähnung der einzelnen Konstellationen BeckOK/*Schüller*, 1.11.2017, § 557 Rn. 10; Staudinger/*J. Emmerich*, 2018, § 312 Rn. 41; im Grundsatz ein Widerrufsrecht bei einem Mietaufhebungsvertrag im Fernabsatz bejahend LG Berlin, 19.5.2016 – 65 S 151/16; nach *Lindner*, ZMR 2015, 261, 264 wird sich die Beratungspraxis „bei Modernisierungsvereinbarungen [...] sowie in sonstigen Mieterhöhungsangelegenheiten auf das neue Widerrufsrecht einstellen müssen.“

⁹⁶ Vgl. die Nachw. in Fn. 93.

wenig überzeugend ein Widerrufsrecht gewährt. Zum anderen würde die Anwendung von § 312c BGB auch in *Fall 3* ja nur zufällig zum richtigen Ergebnis führen: Denn die hier bestehende Druck- und Überrumpelungssituation hat überhaupt nichts mit der Tatsache zu tun, dass hier ein Fernkommunikationsmittel verwendet wurde. Die Druck- und Überrumpelungssituation resultiert – ebenso wie in der Haustürsituation – aus der Tatsache, dass der Mieter dem Vermieter strukturell unterlegen ist, sich den Verhandlungen kaum entziehen kann und in diesem Rahmen einer Vereinbarung zustimmt, die ihm zuvor vom Vermieter nicht zugänglich gemacht wurde und hinsichtlich derer ihm vom Vermieter keine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt worden ist.

Ein Widerrufsrecht des Mieters müsste deshalb de lege ferenda an dieses Kriterium anknüpfen, anstatt an das sachfremde Kriterium der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln.

bb) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Vereinbarungen

Dass die Vorschriften zum Verbraucherwiderruf nicht auf die Wohnraummiete passen, zeigt sich am deutlichsten, wenn man die bislang wenig diskutierten Konstellationen beleuchtet, in denen ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag vorliegt.

(1) Die Irrelevanz des persönlichen und individuellen Ansprechens für das Mietverhältnis

Gemäß § 312b I Nr. 3 BGB liegt ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag auch dann vor, wenn der Vertrag selbst zwar in den Geschäftsräumen des Unternehmers geschlossen wird, der Verbraucher jedoch unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde.⁹⁷ Im Kernanwendungsbereich des Verbraucherwiderrufsrechts ist diese Regelung sinnvoll: Es macht einen großen Unterschied, ob ein Verbraucher sich aus freien Stücken in einen Geschäftsraum des Unternehmers begibt oder ob er durch ein persönlich-individuelles Ansprechen „abgefangen“ und in den Geschäftsraum „hineingeholt“ wird. Im zweiten Fall besteht im Gegensatz zum ersten ein Überrumpelungseffekt. Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass durch das Ansprechen ein persönlich-individueller Kontakt hergestellt wird, dem der Verbraucher aufgrund der fehlenden Distanz nicht ohne weiteres ausweichen kann. Im Wohnraummietrecht ist eine solche Differenzierung dagegen unangebracht. Hierzu

Fall 4: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages trifft V den M bei einem Spaziergang und lädt ihn zu sich ins Büro ein, „um ein paar Formalitäten zu klären“. Anschließend legt er M überraschend eine nachteilige Vereinbarung vor, die dieser unterzeichnet.

Fall 5: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages ruft V bei M an und bittet ihn, „mal schnell ins Büro zu kommen, um ein paar Formalitäten zu klären.“ M kommt sogleich, woraufhin V ihm überraschend eine nachteilige Vereinbarung vorlegt, die er unterzeichnet.

In *Fall 4* sind die Voraussetzungen von § 312b I Nr. 3 BGB erfüllt, sodass M ein Widerrufsrecht zusteht. In *Fall 5* fehlt es dagegen an einem persönlich-individuellen Ansprechen (Fernkommunikationsmittel genügen insoweit nicht) und die Vereinbarung wurde in den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen, sodass M an die Vereinbarung gebunden bleibt. Beide Fälle unterscheiden sich hinsichtlich des Überrumpelungseffekts für den Mieter jedoch allenfalls marginal. In beiden Fällen wurde der Mieter unvorhergesehen mit einer Vereinbarung konfrontiert, deren konkreten Inhalt er zuvor nicht kannte und hinsichtlich derer er sich keinen

⁹⁷ Umsetzung von Art. 2 Nr. 8 c) VerbrRechteRL.

Willen außerhalb einer Drucksituation bilden konnte.⁹⁸ Dass hier zwei wertungsmäßig gleichliegende Fälle unterschiedlich behandelt werden, liegt daran, dass sich die § 312 I Nr. 3 BGB zugrundeliegende Erwägung nicht auf das Wohnraummietrecht übertragen lässt. Hier beruht die eingeschränkte Ausweichmöglichkeit des Mieters nämlich nicht auf der fehlenden körperlichen Distanz, sondern auf der strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Vermieter, so dass es weit weniger erheblich ist, ob der Vermieter den Mieter persönlich oder telefonisch kontaktiert.

(2) Die Irrelevanz des Vertragsabschlusses im Geschäftsraum für das Mietverhältnis

Noch weitergehend lässt sich sagen, dass das Kriterium, ob eine vertragliche Vereinbarung innerhalb oder außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters erfolgt, für die Frage, ob der Mieter sich in einer Druck- oder Überrumpelungssituation befunden hat, insgesamt ein sachfremdes Kriterium ist. Hierzu

Fall 6: V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages ruft M bei V an und lädt ihn zu sich in die Wohnung ein. Überraschend legt er V eine Änderungsvereinbarung zum Mietvertrag vor, die V unterzeichnet. Später reut M die Vereinbarung.

Fall 7 (wie Fall 5): V hat an M eine Wohnung in München vermietet. Eines Tages ruft V bei M an und bittet ihn, „mal schnell ins Büro zu kommen, um ein paar Formalitäten zu klären.“ M kommt sogleich, woraufhin V ihm überraschend eine nachteilige Vereinbarung vorlegt, die er unterzeichnet.

Während in *Fall 7* ohne Zweifel eine Überrumpelung durch den Vermieter gegeben ist, fehlt es in *Fall 6* an einer solchen gänzlich – hier hat allenfalls der Mieter den Vermieter überrumpelt. Das de lege lata erzielte Ergebnis ist aber genau gegenteilig: In *Fall 7* besteht kein Widerrufsrecht, weil die Vereinbarung in den Geschäftsräumen des Vermieters geschlossen wurde. Dass V den M zuvor dorthin gebeten hat, ist unerheblich, da es sich nicht um ein persönlich-individuelles Ansprechen bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit iSd § 312b I Nr. 3 BGB handelte. In *Fall 6* besteht dagegen trotz offensichtlich nicht vorhandener Schutzwürdigkeit des Mieters ein Widerrufsrecht, weil die Vereinbarung außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters abgeschlossen wurde. Dass M den V dorthin bestellt hat, ist – anders als nach alter Rechtslage⁹⁹ – unerheblich, da eine vorherige Bestellung des Verbrauchers das Widerrufsrecht nicht mehr ausschließt.¹⁰⁰

⁹⁸ Der Gedanke, dass der Verbraucher über den Vertragsschluss nachdenken können soll, findet sich in Art. 2 Nr. 8 c) VerbrRechteRL (und dementsprechend in § 312 I Nr. 3 BGB) in dem Erfordernis „unmittelbar“ wieder. Hierzu heißt es in Erwägungsgrund 21 S. 4 und 5: „Die Begriffsbestimmung für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sollte nicht Situationen umfassen, in denen der Unternehmer zunächst in die Wohnung des Verbrauchers kommt, um ohne jede Verpflichtung des Verbrauchers lediglich Maße aufzunehmen oder eine Schätzung vorzunehmen, und der Vertrag danach erst zu einem späteren Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder mittels Fernkommunikationsmittel auf der Grundlage der Schätzung des Unternehmers abgeschlossen wird. In diesen Fällen ist nicht davon auszugehen, dass der Vertrag unmittelbar, nachdem der Unternehmer den Verbraucher angesprochen hat, geschlossen worden ist, wenn der Verbraucher Zeit gehabt hatte, vor Vertragsabschluss über die Schätzung des Unternehmers nachzudenken.“

⁹⁹ Nach § 312 III Nr. 1 BGB aF war das Widerrufsrecht ausgeschlossen, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruhte, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden waren.

¹⁰⁰ Nach Erwägungsgrund 21 S. 1 VerbrRechteRL soll es für die Druck- oder Überraschungssituation keine Rolle spielen, ob der Verbraucher den Besuch des Unternehmers herbeigeführt hat; vgl. auch MüKoBGB/Wen-dehorst, 7. Aufl. 2016, § 312 Rn. 8.

Ergebnisse wie in *Fall 6* und *Fall 7* sind jedoch kein Zufall, sondern bei der Verwendung eines sachfremden Kriteriums wie des Außergeschäftsraumvertrages strukturell angelegt: Auf der einen Seite genügt die bloße Tatsache, dass eine Vereinbarung in den Geschäftsräumen des Vermieters erfolgt, keinesfalls für den Ausschluss Druck- und Überrumpelungseffekts. Die Erwägung, dass der Verbraucher in den Geschäftsräumen des Unternehmers typischerweise mit dem Abschluss vertraglicher Vereinbarungen rechnet¹⁰¹, lässt sich auf das Wohnraummietrecht und die spezifische Beziehung zwischen Mieter und Vermieter nicht übertragen. Ein Mieter betritt die Geschäftsräume des Vermieters nicht von sich aus mit geschäftlichen Absichten, um sich unverbindlich darüber zu informieren, „welche vertraglichen Vereinbarungen heute im Angebot sind.“ Und das Wissen, dass überhaupt vertragliche Vereinbarungen geschlossen werden sollen, nützt dem Mieter nichts, wenn er nicht zumindest eine ungefähre Vorstellung davon hat, welche vertragliche Vereinbarung ihn konkret erwartet. Anders als der Kunde eines Telekom-Shops ist ein Mieter nämlich nicht typischerweise darüber im Bilde, ob und welche vertraglichen Vereinbarungen ihn erwarten. Wenn der Mieter die Geschäftsräume des Vermieters betritt, so geschieht dies aus einem konkreten Anlass. Und wenn dieser darin besteht, dass der Vermieter dem Mieter den Abschluss einer Vereinbarung antragen will, auf deren konkreten Inhalt der Mieter nicht vorbereitet ist und bezüglich derer er bislang keinerlei Bedenkzeit frei von psychischem Druck hatte, befindet sich der Mieter auch und erst recht im Geschäftsraum des Vermieters in einer Druck- und Überrumpelungssituation. Umgekehrt ist die Tatsache, dass Mieter und Vermieter eine Vereinbarung außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters treffen, per se auch kein Indikator für das Vorliegen einer Druck- und Überrumpelungssituation. Sofern der Mieter die konkrete Vereinbarung zuvor kannte und diesbezüglich bereits ausreichend Bedenkzeit hatte oder wenn er sie gar wie in *Fall 6* selbst entworfen hat, ist es unerheblich, ob sich Mieter und Vermieter zu deren Abschluss innerhalb oder außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters treffen.

4. Zusammenfassung und rechtspolitischer Vorschlag

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Erstreckung der §§ 312 ff. BGB auf das Wohnraummietrecht aus rechtspolitischer Sicht nicht zu überzeugen vermag. Ein Widerrufsrecht bei der Begründung von Mietverträgen verfehlt seinen Zweck und begünstigt an sich nicht schutzwürdige Mieter. Noch weniger überzeugen kann die Anwendung der §§ 312 ff. BGB im laufenden Mietverhältnis. Hier harmoniert weder das personale noch das situative Kriterium der §§ 312 ff. BGB mit dem Wohnraummietrecht: Die personenbezogene Erwägung, nach der sich eine Störung der Vertragsparität typischerweise erst im b2c-Verhältnis und nur aus einem Wissens- und Erfahrungsvorsprung des Unternehmers ergibt, lässt sich nicht (uneingeschränkt) auf das Mietrecht übertragen und die situativen Kriterien des Außergeschäftsraum- und des Fernabsatzvertrags sind im laufenden Mietverhältnis sachfremde Kriterien. Zunächst sollte deshalb die Entscheidung des Gesetzgebers, die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB auch auf die Wohnraummiete zu erstrecken, rückgängig gemacht und das Wohnraummietrecht vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ausgenommen werden.

Stattdessen empfiehlt sich die Einführung eines speziellen und an die Besonderheiten der Wohnraummiete angepassten Widerrufsrechts, das sich ebenfalls aus einem persönlichen und einem situativen Kriterium zusammensetzt. Ein Widerrufsrecht des Mieters ist dann sinnvoll, wenn der Mieter einer vom Vermieter gestellten Vereinbarung zustimmt, deren Inhalt ihm der Vermieter nicht eine angemessene Zeit zuvor zugänglich gemacht hat (situatives Kriterium) und wenn sich der Mieter deshalb aufgrund einer strukturellen Unterlegenheit

¹⁰¹ MüKoBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312b Rn. 2.

(persönliches Kriterium) keinen rechtsgeschäftlichen Willen außerhalb einer Drucksituation bilden konnte. Denn in diesem Fall ist die Willenserklärung des Mieters defizitär und es verbietet sich, ihn schlicht auf die Privatautonomie zu verweisen. In angespannten Wohnungsmärkten besteht per se eine strukturelle Unterlegenheit des Mieters, sodass es hier genügt, wenn das situative Kriterium erfüllt ist. Außerhalb von angespannten Wohnungsmärkten ergibt sich ein strukturelles Gefälle dagegen erst durch einen Erfahrungsvorsprung des Vermieters aufgrund der Vermietung von einer erheblichen Zahl an Wohnungen.

IV. Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wohnraummietverhältnis

1. Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle im Wohnraummietrecht

Hat der Vermieter eine vorformulierte Vertragsbedingung in den Vertrag eingeführt, die einer AGB-Kontrolle nicht standhalten würde, so kommt die Inhaltskontrolle dem Mieter nur zugute, wenn die Klausel entweder iSd § 305 I 1 BGB Vermieter gestellt und zur mehrmaligen Verwendung vorgesehen war oder wenn es sich beim Vermieter um einen Unternehmer handelt – denn dann würde das Stellen durch den Unternehmer nach § 310 III Nr. 1 BGB vermutet und wäre nach § 310 III Nr. 2 BGB nicht erforderlich, dass die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen war. Zwar ist von einer Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen auch dann auszugehen, wenn sie von einem Dritten vorformuliert sind und wenn dieser Dritte sie für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen hat.¹⁰² Benutzt also ein Vermieter standardisierte Verträge z.B. von „Haus und Grund“, so handelt es sich bei diesen um AGB.¹⁰³

Sollte der Vermieter sich dagegen nicht solcher vorgefertigten Verträge bedienen und gleichzeitig seine Unternehmereigenschaft oder das Stellen und die Vorformulierung nicht offensichtlich sein, so wird das eine oder das andere für einen Mieter häufig zumindest schwer zu beweisen sein¹⁰⁴, da er nicht über die entsprechenden Informationen verfügt.¹⁰⁵ Sollte ihm der Beweis nicht gelingen oder sollte der Vermieter tatsächlich weder Unternehmer sein noch die Klausel gestellt und für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen haben, so findet keine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB statt.

2. Rechtspolitische Kritik

Aus rechtspolitischer Sicht vermag es zumindest in angespannten Wohnungsmärkten nicht zu überzeugen, dass die Rechtsfolgen des § 310 III Nr. 1, 2 BGB an die Unternehmereigenschaft des Vermieters gekoppelt sind. Die Ratio für eine Inhaltskontrolle greift insoweit nämlich unabhängig davon ein, ob es sich um einen gewerblichen Vermieter handelt und ob die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen konzipiert ist oder nicht.

a) Ratio und Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

¹⁰² BGH NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131 Rn. 10 (juris); BeckOGK/*Lehmann-Richter*, 1.12.2017, § 305 Rn. 117 jeweils m.w.N.

¹⁰³ MüKoBGB/*Basedow*, 7. Aufl. 2016, § 305 Rn. 19.

¹⁰⁴ Zur Beweislast im Rahmen des § 305 I 1 BGB vgl. MüKoBGB/*Basedow*, 7. Aufl. 2016, § 305 Rn. 92; zur Beweislast im Rahmen des § 310 III BGB vgl. BGH NJW 2007, 2619 Rn. 12; MüKoBGB/*Basedow*, 7. Aufl. 2016, § 310 Rn. 55.

¹⁰⁵ *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 331.

Die Ratio der AGB-Kontrolle liegt darin, dass der Verwender einseitig vertragliche Gestaltungsmacht für sich beansprucht¹⁰⁶ und dadurch eine Störung der Privatautonomie verursacht.¹⁰⁷ Die Freiheit des Vertragspartners, den Vertragsschluss zu verweigern und mit einem Wettbewerber des Verwenders zu kontrahieren, besteht nur theoretisch, denn die AGB sind als das „Kleingedruckte“ keinem marktwirtschaftlichen Wettbewerb zugänglich: Damit ein Wettbewerb hinsichtlich der AGB entstände, müsste der Vertragspartner das gesamte Kleingedruckte aufmerksam studieren und entsprechenden Rechtsrat einholen, was bei jedem Vertragsschluss erhebliche Transaktionskosten nach sich zöge.¹⁰⁸

Erheblich unklarer ist dagegen bereits im Grundsatz, warum eine AGB-Kontrolle nach § 305 I 1 BGB nur dann stattfinden soll, wenn eine Klausel zur mehrfachen Verwendung bestimmt ist,¹⁰⁹ die Gesetzesbegründung ist insoweit dürftig.¹¹⁰ In der Literatur wird diese Voraussetzung folgendermaßen begründet: Sofern ein Verwender ein Klauselwerk für eine Vielzahl von Verträgen konzipiere, so berücksichtige dieses nicht nur typischerweise die Interessen Verwenders besonders intensiv, sondern steige auch gleichzeitig die Wahrscheinlichkeit, dass das Klauselwerk mit großem Ressourceneinsatz und rechtlicher Beratung entworfen worden sei.¹¹¹ Auch wenn in diesem Rahmen insoweit keine umfassende Diskussion erfolgen kann, bleibt doch festzuhalten, dass das Erfordernis der Absicht mehrfacher Verwendung letztlich damit gerechtfertigt wird, dass hierdurch ein Gefälle zwischen Verwender und Vertragspartner entsteht: Weil das Klauselwerk durch die Ausrichtung auf eine Vielzahl von Fällen besonders aufwendig elaboriert ist, erhält der Verwender einen „Vorsprung“ gegenüber dem Vertragspartner. Bei Vorliegen eines Verbrauchervertrags ist dagegen die Absicht mehrfacher Verwendung nicht erforderlich. Hier geht § 310 III Nr. 2 BGB in Umsetzung von Art. 3 II der RL 93/13/EWG („Klausel-RL“)¹¹² ganz offensichtlich davon aus, dass der Verbraucher den Schutz der Inhaltskontrolle schon aufgrund des strukturellen Gefälles zwischen Unternehmer und Verbraucher genießen soll, wenn er aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Inhalt der Vertragsbedingungen nehmen konnte. Letztlich bringt das Gesetz also die aufgrund

¹⁰⁶ BGH NJW 1976, 2345, 2346 Rn. 18 (juris) (zur Rechtslage vor Einführung des AGBG); BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131 Rn. 12 (juris); *Fervers/Gsell*, Control of price related terms in standard form contracts (erscheint demnächst); vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 1 I 1 AGBG, BT-Drs. 7/3919, S. 15 f.: „[...] In der hierin zum Ausdruck gebrachten Einseitigkeit der Auferlegung liegt der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden. AGB werden zwischen den Vertragspartnern nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei fertig in den Vertrag eingebracht. Der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, kann auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen. Die Einseitigkeit der Auferlegung ist mithin das wesentliche Charakteristikum von AGB.“

¹⁰⁷ BeckOGK/*Lehmann-Richter*, 1.12.2017, § 305 Rn. 8.

¹⁰⁸ *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 80 ff., 86; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 329 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (324); *Fervers*, EuZW 2014, 510, 511.

¹⁰⁹ Ablehnend mit beachtlichen Argumenten und umfangr. Nachw. *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2018, S. 78 ff.; krit. auch *Damm*, JZ 1994, 161, 164 ff.

¹¹⁰ Gesetzesbegründung zum AGBG, BT-Drs. 7/3919, S. 16: „Die Vertragsbedingungen müssen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Dem Merkmal der Einseitigkeit wird damit ein formales Kriterium zur Seite gestellt, das auf die über den Einzelvertrag hinausreichende, normenähnliche Typisierung der AGB hinweist.“ Wenn aber zuvor formuliert wird, der Grund für die Inhaltskontrolle liege in der Einseitigkeit der Auferlegung (BT-Drs. 7/3919, S. 15 f., Fn. 106), so ist nicht erklärt, warum zusätzlich ein formales Kriterium erforderlich sein soll.

¹¹¹ BeckOGK/*Lehmann-Richter*, 1.12.2017, § 305 Rn. 116; ähnlich *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 322, der in der Vorformulierung für eine Vielzahl von Fällen ein Indiz für die mangelnde Bereitschaft zur Berücksichtigung des Vertragspartners sieht.

¹¹² Wenig ergiebig die Gesetzesbegründung zu § 24a AGBG, der Vorgängernorm von § 310 III BGB, wo ausschließlich ausgeführt wird, die Richtlinie in nationales Recht umsetzen zu wollen, s. BT-Drs. 13/2713 vom 20.10.1995.

der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht gebotene Inhaltskontrolle dann zur Anwendung, wenn zusätzlich ein Gefälle zwischen Verwender und Vertragspartner vorliegt, wobei sich dieses Gefälle entweder aus der Konzipierung für die mehrfache Verwendung oder aus dem Vorliegen eines Verbrauchervertrags ergeben kann.

b) Inhaltskontrolle in angespannten Wohnungsmärkten

Hieraus ergibt sich auch, warum zumindest in angespannten Wohnungsmärkten eine Inhaltskontrolle auch dann stattfinden muss, wenn der Vermieter nicht gewerblich handelt und die Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist. Denn beide Voraussetzungen typisieren lediglich das Vorliegen eines strukturellen Gefälles, welches in angespannten Wohnungsmärkten aber völlig unabhängig davon bereits gegeben ist.¹¹³ Wiederum existieren die allgemeinen Erfordernisse lediglich deshalb, weil die §§ 305 ff. BGB und die Klausel-RL für alle Arten von Verträgen konzipiert sind und weil beispielsweise bei Kauf- und Dienstleistungsverträgen nicht typischerweise eine Partei als die schwächere angesehen werden kann.¹¹⁴ Deshalb macht es auch wiederum keinen Sinn, das Vorliegen dieser allgemeinen Kriterien zu verlangen, wenn ein vertragstypisches strukturelles Gefälle bereits anderweitig ermittelt werden kann.¹¹⁵

Auch liegt bereits aufgrund dieses strukturellen Gefälles eine die Inhaltskontrolle rechtfertigende Störung der Privatautonomie vor: Die Freiheit des Mieters, den Vertragsschluss zu verweigern und mit einem Wettbewerber des Vermieters zu kontrahieren, besteht ebenfalls nur theoretisch: In angespannten Wohnungsmärkten existiert kein funktionierender Wettbewerb, bei dem sich der Mieter – gänzlich anders als beispielsweise im Kaufrecht – den Vertragspartner aussuchen könnte. Allein aus dem Grund, dass der Vermieter die Vertragsbedingungen typischerweise einseitig diktieren kann, ergibt sich ein Bedürfnis für eine Inhaltskontrolle. Zwar wurde die AGB-Kontrolle nicht zum Schutz der strukturell unterlegenen Partei entwickelt.¹¹⁶ Das bedeutet jedoch nicht, dass die strukturell unterlegene Partei durch die AGB-Kontrolle nicht geschützt werden soll. Gemeint ist vielmehr, dass die AGB-Kontrolle nicht *voraussetzt*, dass eine Partei auch strukturell unterlegen ist. Denn eine AGB-Kontrolle findet nach § 305 I BGB ja auch im b2b- und c2c-Verhältnis statt, wo nicht per se ein strukturelles Ungleichgewicht gegeben ist, wo jedoch die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht ebenfalls vorkommen kann.

Betrachtet man Beispiele aus der Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle im Mietrecht, so wird das hier gefundene Ergebnis gestützt. Es besteht auch bei einmaliger Klauselverwendung durch einen nicht gewerblich handelnden Vermieter schlechterdings kein Grund dafür, dass ein Vermieter dem Mieter nicht erforderliche Schönheitsreparaturen aufdrängen¹¹⁷, die Verjährungsfrist nach § 548 BGB einseitig zu seinen Gunsten verlängern¹¹⁸ oder seine Haftung für nachträgliche Sachmängel ausschließen¹¹⁹ können soll, sofern der Mieter die Vertragsbedingungen aufgrund der gestörten Vertragsparität nicht.

3. Bewertung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zum Unternehmerbegriff

¹¹³ S. oben III. 3. a) bb) (2).

¹¹⁴ S. oben III. 3. a) bb) (1).

¹¹⁵ S. oben III. 3. a) bb) (2).

¹¹⁶ BGH NJW 1976, 2345, 2346 Rn. 18 (juris) (zur Rechtslage vor Einführung des AGBG); BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131 Rn. 12 (juris).

¹¹⁷ GrdIlg. BGH NZM 2004, 653; vgl. zur Rechtsprechung bzgl. der Überwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter die umfangreiche Übersicht bei Blank/Börstinghaus/Blank, 5. Aufl. 2017, § 535 Rn. 423 ff.

¹¹⁸ BGH NZM 2017, 841 m.Anm. Kappus.

¹¹⁹ BGHZ 149, 89 = NZM 2002, 116.

Die eingangs vorgestellte Rechtsprechung der Instanzgerichte, wonach die Schwelle zum Unternehmer für den Vermieter häufig auffallend niedrig angesetzt wird¹²⁰, ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zu betrachten. In einem Teil der zitierten Entscheidungen¹²¹ ging es nämlich um die Frage, ob § 310 III BGB und damit die AGB-Kontrolle Anwendung finden kann.¹²² Zwar ist richtig, dass die Instanzgerichte die Schwelle hier sehr niedrig angesetzt und eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der privaten Vermögensverwaltung vermieden haben.¹²³ Sehr wahrscheinlich wurde hier aber schlicht ein Weg gesucht, um zum rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnis zu gelangen: Der Anwendung der Inhaltskontrolle in angespannten Wohnungsmärkten auch dann, wenn kein Verbrauchervertrag vorliegt und die Klausel lediglich zur einmaligen Verwendung bestimmt war.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Erstreckung der Vorschriften über die Verbraucherwiderrufsrechte auf Mietverhältnisse über Wohnraum vermag aus rechtspolitischer Sicht nicht zu überzeugen.
2. Das Widerrufsrecht bei der Begründung des Mietverhältnisses ist als Schutzinstrument nicht effektiv und stellt eine unangemessene Privilegierung des Mieters dar. Hinzu kommen gegenwärtig Unsicherheiten für den Vermieter aufgrund verfehlter Gesetzestechnik.
3. Die Anwendung der §§ 312 ff. BGB im laufenden Mietverhältnis überzeugt noch weniger. Die Anknüpfung an das Vorliegen eines Verbrauchervertrags in § 312 I BGB lässt sich auf die Wohnraummiete nicht übertragen und die situativen Kriterien des Fernabsatz- und des Außergeschäftsraumvertrages sind für die Frage, ob eine Druck- und Überrumpelungssituation des Mieters gegeben ist, sachfremd.
4. Diese Umstände führen dazu, dass dem Mieter gegenwärtig einerseits in vielen Situationen trotz offensichtlich fehlender Schutzwürdigkeit ein Widerrufsrecht zusteht und andererseits in vielen Situationen, in denen der Mieter eigentlich schutzwürdig wäre, ein Widerrufsrecht nicht besteht.
5. Das Wohnraummietrecht sollte deshalb vom Anwendungsbereich des §§ 312 ff. BGB ausgenommen und stattdessen ein auf die Wohnraummiete passendes Widerrufsrecht für den Mieter eingeführt werden, welches sich ebenfalls aus einem personalen und einem situativen Kriterium zusammensetzt und dann eingreift, wenn der Mieter aufgrund seiner strukturellen Unterlegenheit seine Willenserklärung in einer Druck- und Überrumpelungssituation abgegeben hat.
6. Ein strukturelles Gefälle besteht in angespannten Wohnungsmärkten a priori und unabhängig vom Vorliegen eines Verbrauchervertrags. Außerhalb angespannter Wohnungsmärkte kann sich ein solches durch einen Wissens- und Erfahrungsvorsprung des gewerblich

¹²⁰ S. oben unter II.

¹²¹ Zum anderen Teil, der die Anwendbarkeit eines Haustürwiderrufsrechts betraf s. oben unter III. 3. a) cc).

¹²² S. insbesondere OLG Düsseldorf, 16.10.2003 – I-10 U 46/03, 10 U 46/03 = WuM 2003, 621; AG Hannover, 24.9.2009 – 414 C 6115/09 = NZM 2010, 197; AG Berlin-Lichtenberg, 21.6.2007 – 10 C 69/07; AG Gießen, 7.3.2011 – 48 C 130/10 = WuM 2011, 466.

¹²³ S. Fn. 21.

handelnden Vermieters ergeben, was jedoch erst bei Vermietung einer ganz erheblichen Anzahl von Wohnungen zu bejahen ist.

7. Eine Druck- und Überrumpelungssituation zulasten des Mieters liegt dann vor, wenn der Vermieter dem Mieter den Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung anträgt, deren konkreten Inhalt er dem Mieter nicht eine angemessene Zeit zuvor zugänglich gemacht hat.

8. In angespannten Wohnungsmärkten muss eine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen unabhängig vom Vorliegen eines Verbrauchervertrags und unabhängig davon erfolgen, ob der Vermieter die Klausel zur mehrfachen Verwendung konzipiert hat.