

## Vertragsgemäßer Gebrauch

Dr. Dirk Looschelders\*

### I. Einführung

Der vertragsgemäße Gebrauch gilt als „Zentralbegriff des Mietrechts“, der für alle Rechte und Pflichten der Parteien von grundlegender Bedeutung ist.<sup>1</sup> Der Begriff konkretisiert zunächst die Hauptleistungspflicht des Vermieters. So hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache gemäß § 535 I 2 BGB in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hieran anknüpfend sieht § 536 I BGB vor, dass der Mieter bei Vorliegen eines Mangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder nicht unerheblich mindert, von der Pflicht zur Entrichtung der Miete befreit ist oder nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten hat. Das Gleiche gilt nach § 536 III BGB in dem Fall, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Die weitergehenden Ansprüche des Mieters auf Schadensersatz nach § 536a I BGB oder Aufwendungsersatz nach § 536a II BGB setzen wiederum einen Mangel i.S.d. § 536 BGB voraus. Darüber hinaus ist der Mieter gemäß § 543 I, II 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietvertrags berechtigt, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird.

Aus den vorstehenden Vorschriften folgt, dass der Mieter ein Recht auf vertragsgemäßen Gebrauch hat und der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache durch den Mieter dulden muss. Wenn § 538 BGB klargestellt, dass der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat, so handelt es sich daher um eine Selbstverständlichkeit.<sup>2</sup> Genau genommen fehlt es in diesen Fällen nicht erst am Vertretenmüssen i.S.d. § 276 BGB, sondern bereits an der Pflichtverletzung. Umgekehrt muss der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch aber einhalten.<sup>3</sup> Überschreitet der Mieter die Grenzen des vertragsgemäßen

---

\* Schriftliche Fassung eines Vortrags auf dem 24. Deutschen Mietgerichtstag in Dortmund vom 25./26.3.2022. Der Autor ist Professor und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> Staudinger, BGB/*Emmerich*, 2021, BGB § 535 Rn. 35; nach Schmidt-Futterer, *Mietrecht/Eisenschmid*, 15. Aufl. 2021, BGB § 535 BGB Rn. 228 handelt es sich um „das zentrale Kriterium im Mietrecht“.

<sup>2</sup> Erman, BGB/*Lützenkirchen*, 16. Aufl. 2020, BGB § 538 Rn. 1.

<sup>3</sup> Näher dazu unten III. 1.

Gebrauchs, so haftet er für daraus resultierende Schäden an der Mietsache nach §§ 280 I, 241 II BGB auf Schadensersatz neben der Leistung.<sup>4</sup> Setzt der Mieter einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache trotz Abmahnung fort, so kann der Vermieter nach § 541 BGB auf Unterlassung klagen. Außerdem kommt eine außerordentliche fristlose Kündigung durch den Vermieter nach § 543 II Nr. 2 BGB und § 573 II Nr. 1 BGB in Betracht.<sup>5</sup>

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs in verschiedenen Vorschriften und Kontexten relevant wird. Dabei lassen sich zwei wesentliche Problemkreise unterscheiden. Während es auf der einen Seite um die Konkretisierung der Leistungspflicht des Vermieters und die Rechtsfolgen einer möglichen Verletzung dieser Pflicht geht, gilt es auf der anderen Seite, die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter und die Rechte des Vermieters im Fall einer Überschreitung dieses Gebrauchs zu bestimmen.<sup>6</sup> Im Mittelpunkt des Vortrags steht die Frage, ob der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs in beiden Zusammenhängen gleich zu verstehen ist.

## II. Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand

### 1. Dogmatische Grundlagen

Wenden wir uns zunächst der Pflicht des Vermieters zur Überlassung und zur Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand nach § 535 I 2 BGB zu. Hierbei handelt es sich um zwei wesentliche Komponenten der in § 535 I 1 BGB geregelten Pflicht des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Entsprechend dem Charakter des Mietvertrags als Dauerschuldverhältnis stellt die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache eine Dauerverpflichtung dar, die während der gesamten Mietzeit erfüllt werden muss.<sup>7</sup> Die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs kann daher im Allgemeinen nicht nachgeholt werden. Es handelt sich somit um eine absolute Fixschuld.<sup>8</sup> Bei Mängeln der Mietsache steht dem Mieter daher kein Anspruch auf

---

<sup>4</sup> BGHZ 218, 22 = NJW 2018, 1746 Rn. 9 ff.; näher dazu unten III. 2.

<sup>5</sup> Vgl. Blank/Börstinghaus, *Miete/Blank/Börstinghaus*, 6. Aufl. 2020, BGB § 573 Rn. 19.

<sup>6</sup> Zu dieser Unterscheidung NK-BGB/Klein-Blenkers, 4. Aufl. 2021, BGB § 535 Rn. 234.

<sup>7</sup> BGH NZM 2003, 472; NZM 2010, 235 Rn. 17; Erman, *BGB/Lützenkirchen*, BGB § 535 Rn. 38.

<sup>8</sup> Erman, *BGB/Lützenkirchen*, BGB § 535 Rn. 29; Harke, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 2011, Rn. 309.

Nacherfüllung zu.<sup>9</sup> Mit der Beseitigung des Mangels erfüllt der Vermieter nur seine primäre Leistungspflicht aus § 535 I 2 BGB zur Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs.<sup>10</sup>

Ebenso wie im Kaufrecht der Verkäufer schuldet auch der Vermieter nicht nur ein bestimmtes Verhalten, sondern einen Erfolg.<sup>11</sup> Der Erfolg besteht darin, dass die Mietsache während der ganzen Mietzeit einen zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten *Zustand* aufweist.<sup>12</sup> Zur Verwirklichung dieses Erfolgs kann freilich ein Verhalten erforderlich sein. So muss der Vermieter Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs durch Dritte (z.B. andere Mieter) abwehren und eigene Störungen unterlassen.<sup>13</sup> Der Erfolgseintritt hängt aber nicht davon ab, ob der Mieter die Möglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache wahrnimmt.

## 2. Pflicht zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs und Mangel der Mietsache

### a) Problemstellung

In der Praxis steht der Rechtsanwender oft vor der Schwierigkeit, den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der Mietsache zu bestimmen. Dabei geht es nicht nur um die Konkretisierung der primären Leistungspflicht des Vermieters nach § 535 I 2 BGB. Auch das Vorliegen eines Mangels i.S.d. § 536 I, III BGB und die Existenz der hieran anknüpfenden Mängelrechte hängen davon ab, welcher Zustand vertragsgemäß ist.<sup>14</sup> Systematisch betrachtet stehen § 535 I 2 BGB und § 536 I, III BGB in einem engen Zusammenhang. Während § 535 I 2 BGB die primäre Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs regelt, statuiert § 536 I, III BGB mit der Minderung die wichtigste Rechtsfolge einer Verletzung dieser Pflicht aufgrund eines Mangels.<sup>15</sup> Zwischen beiden Vorschriften besteht somit ein ähnliches Verhältnis wie zwischen § 433 I 2 BGB und §§ 434 ff. BGB.

Bei der Auslegung der §§ 535 I 2, 536 I, III BGB steht der Rechtsanwender allerdings vor dem Problem, dass beide Vorschriften terminologisch nicht so genau aufeinander abgestimmt

---

<sup>9</sup> Vgl. *Looschelders*, in: Artz/Börstinghaus, DMT-Bilanz, 2011, S. 141 (145 f.).

<sup>10</sup> BGH NZM 2003, 472; BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 Rn. 36; NZM 2019, 140 Rn. 17; *Hahn* NZM 2017, 7 (11); vgl. auch *Unberath* ZMR 2004, 309 (311).

<sup>11</sup> Zur Erfolgsbezogenheit *Harke*, Schuldrecht BT, 2011, Rn. 296.

<sup>12</sup> Zur Zustandsbezogenheit der Leistungspflicht des Vermieters *Förster* JA 2016, 65 (67).

<sup>13</sup> BGH NZM 2013, 27 Rn. 21; MüKoBGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, BGB § 535 Rn. 173 f.; Soergel/*Heintzmann*, BGB, 13. Aufl. 2007, BGB § 535 Rn. 36; *Bühler* JA 2021, 366 (367).

<sup>14</sup> BeckOK BGB/*Zehelein*, BGB § 535 Rn. 343.

<sup>15</sup> Zum Zusammenspiel von § 535 I 2 BGB und § 536 I BGB vgl. *Harke*, Schuldrecht BT, 2011, Rn. 296; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schulverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 26 ff.

sind wie § 433 I 2 BGB und §§ 434, 435 BGB.<sup>16</sup> Es fragt sich daher, in welchem Verhältnis der Begriff des Sachmangels in § 536 I BGB und der (nur in der amtlichen Überschrift des § 536 BGB verwendete) Begriff des Rechtsmangels in § 536 III BGB zu der Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs nach § 535 I 2 BGB stehen.

## b) Vertragsgemäßer Gebrauch und Sachmangel

Die h.M. ordnet den Sachmangel i.S.d. § 536 I BGB zu Recht als Sonderfall einer Verletzung der Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs ein.<sup>17</sup> Ein Sachmangel liegt danach vor, wenn die Mietsache nicht den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand aufweist. Der Begriff des „Zustands“ wird dabei in einem weiten Sinne verstanden. Er umfasst nicht nur die körperlichen Eigenschaften der Mietsache, sondern auch ihre Beziehungen zur Umwelt. Daher können auch Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs durch außerhalb der Mietsache liegende Umstände (sog. Umweltfehler) einen Sachmangel begründen.<sup>18</sup> Der Begriff des Zustands in §§ 535 I 2, 536 I BGB stimmt insoweit mit dem Begriff der Beschaffenheit in § 434 BGB überein, der ebenfalls nicht nur körperliche Eigenschaften, sondern auch die Beziehungen der Sache zur Umwelt umfasst.<sup>19</sup> Im Mietrecht besteht nach der Rechtsprechung allerdings keine Haftung für nachträgliche Belastungen durch Immissionen, die der Vermieter nach § 906 BGB selbst entschädigungslos hinnehmen muss.<sup>20</sup> Hierbei handelt es sich indes um ein mietrechtliches Sonderproblem. Da die Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands eine Dauerverpflichtung darstellt, ist das Risiko einer unvorhersehbaren Verschlechterung der Umweltbeziehungen angemessen zu verteilen. Ob die Lösung des BGH dieser Zielsetzung gerecht wird, ist allerdings zweifelhaft.<sup>21</sup>

Ein wichtiger Unterschied zwischen § 535 I 2 BGB und § 536 I BGB besteht im Übrigen darin, dass die Annahme eines Mangels der Mietsache nach § 536 I 3 BGB eine nicht unerhebliche Minderung der Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch voraussetzt.<sup>22</sup> Diese Einschränkung bleibt nur dann außer Betracht, wenn es nach § 536 II BGB um das Fehlen oder den Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft geht. Nach § 535 I 2 BGB hat der

---

<sup>16</sup> Zur Problemstellung *Riesenhuber* ZfPW 2016, 448 (453 ff.).

<sup>17</sup> Vgl. Staudinger, BGB/*Emmerich*, BGB § 536 Rn. 5; BeckOK BGB/*Zehelein*, 60. Ed. 1.11.2021, BGB § 535 Rn. 343; *Zehelein* WuM 2014, 579 ff.; differenzierend *Riesenhuber* ZfPW 2016, 448 (452).

<sup>18</sup> MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 536 Rn. 18 ff.; Staudinger, BGB/*Emmerich*, BGB § 536 Rn. 9.

<sup>19</sup> BeckOK BGB/*Faust*, 60. Ed. 1.11.2021, BGB § 434 Rn. 22.

<sup>20</sup> BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 m. Anm. *Boos* LMK 2015, 373443; BGH NZM 2020, 598.

<sup>21</sup> Krit. MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 536 Rn. 21; *Eisenschmid* NZM 2016, 841 (846 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. *Riesenhuber* ZfPW 2016, 448 (458 f.).

Vermieter im Rahmen seiner Erhaltungspflicht dagegen unabhängig von einer Zusicherung des Vermieters auch solche Mängel zu beseitigen, die nach § 536 I 3 BGB als unerheblich anzusehen sind.<sup>23</sup> Dass ein unerheblicher Mangel – abweichend vom Kaufrecht (§ 441 I 2 BGB) und Werkvertragsrecht (§ 638 I 2 BGB) – nicht nur die Vertragsauflösung, sondern auch die Minderung ausschließt, kann rechtspolitisch allerdings nicht überzeugen.<sup>24</sup>

#### c) Vertragsgemäßer Gebrauch und Rechtsmangel

Der Begriff des Rechtsmangels wird in § 536 III BGB dahin umschrieben, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Dahinter steht die Erwägung, dass das Recht eines Dritten an der Mietsache für den Mieter nur dann relevant ist, wenn der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache dadurch tatsächlich gestört wird. Die bloße Existenz von Rechten Dritter begründet dagegen auch dann keinen Mangel der Mietsache, wenn diese dem Besitzrecht des Mieters vorgehen.<sup>25</sup> Das Vorliegen eines Rechtsmangels stellt damit einen weiteren Sonderfall der Verletzung der Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs dar.<sup>26</sup> Da § 536 III BGB uneingeschränkt auf § 536 I und II BGB verweist, bleibt eine unerhebliche Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs mangels Zusicherung auch hier außer Betracht.<sup>27</sup>

#### d) Fehlen oder Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft

Nach § 536 II BGB ist § 536 I 1 und 2 BGB auch dann anwendbar, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Da ein Verweis auf § 536 I 3 BGB fehlt, treten die Rechtsfolgen nach § 536 I 1 und 2 BGB bei Fehlen oder Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft auch dann ein, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur unerheblich gemindert oder überhaupt nicht beeinträchtigt ist.<sup>28</sup> Bei Fehlen einer Beeinträchtigung scheint es zu einer „Abkoppelung“ von der Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs nach § 535 I 2 BGB zu kommen. Zu beachten ist aber, dass der vertragsgemäße Gebrauch sich primär nach den Parteivereinbarungen richtet.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/*Eisenschmid*, BGB § 536 Rn. 52.

<sup>24</sup> Zur Kritik *Looschelders* in DMT-Bilanz 2011, S. 141 (143); *Riesenhuber* ZfPW 2016, 448 (458 f.).

<sup>25</sup> BGH NZM 2008, 644 Rn. 8 f.; NZM 1999, 875 (876); Staudinger, BGB/*Emmerich*, BGB § 536 Rn. 79; zur abweichenden Rechtslage im Kaufrecht BeckOK BGB/*Faust*, 61. Ed. 1.11.2021, § 435 Rn. 7.

<sup>26</sup> Vgl. *Riesenhuber* ZfPW 2016, 488 (454).

<sup>27</sup> BeckOGK/*Bieder*, 1.4.2021, BGB § 536 Rn. 68.

<sup>28</sup> Jauernig, BGB/*Teichmann*, 18. Aufl. 2021, BGB § 536 Rn. 13.

<sup>29</sup> Näher dazu unten II. 3. b).

Hat der Vermieter eine bestimmte Eigenschaft zugesichert, so gehört deren Vorhandensein daher auch zur vertragsgemäßen Beschaffenheit der Mietsache i.S.d. § 535 I 2 BGB.

### 3. Der mietrechtliche Mangelbegriff

Aus den vorstehenden Überlegungen folgt, dass der Vermieter seine Pflicht aus § 535 I 2 BGB zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs (nur) dann erfüllt, wenn die Mietsache keinen Sach- oder Rechtsmangel aufweist und die zugesicherten Eigenschaften hat. Insofern erscheint eine genauere Betrachtung des mietrechtlichen Mangelbegriffs geboten.

#### a) Maßgeblichkeit eines subjektiven Mangelbegriffs

Bei der Schuldrechtsreform von 2002 hat der Gesetzgeber den Mangelbegriff in § 536 I BGB nicht an die neuen Definitionen des Sachmangels im Kaufrecht und im Werkvertragsrecht angepasst. Während der Begriff des Sachmangels in § 434 BGB aF<sup>30</sup> und § 633 II BGB durch verschiedene Kriterien konkretisiert wird, die in einer an der Nähe zum Parteiwillen orientierten hierarchischen Reihenfolge stehen,<sup>31</sup> stellt § 536 I BGB allein auf die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch ab. Aus der Bezugnahme auf den *vertragsgemäßen* Gebrauch ergibt sich aber, dass § 536 I BGB ebenso wie § 434 BGB aF und § 633 II BGB einem subjektiven Mangelbegriff folgt.<sup>32</sup> Ein Mangel liegt danach vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der Mietsache („Ist-Beschaffenheit“) zum Nachteil des Mieters von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit („Soll-Beschaffenheit“) abweicht<sup>33</sup>.

#### b) Konkretisierungen

Bei der Konkretisierung des mietrechtlichen Mangelbegriffs kann man sich an der in § 434 I BGB aF und § 633 II BGB festgelegten Reihenfolge orientieren.<sup>34</sup> Wegen des Vorrangs der Privatautonomie ist es nämlich auch im Mietrecht in erster Linie Sache der Parteien, die geschuldete Beschaffenheit der Mietsache vertraglich selbst festzulegen. Die

---

<sup>30</sup> In der seit dem 1.1.2022 geltenden Fassung geht § 434 I BGB vom prinzipiellen Gleichrang der subjektiven und objektiven Anforderungen aus. Da diese Neuorientierung durch die besondere Interessenlage beim Verbrauchsgüterkauf geprägt ist, eignet sich § 434 BGB nF nicht als Modell für das Mietrecht.

<sup>31</sup> BeckOK BGB/*Faust*, BGB § 434 Rn. 2; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse § 2 Rn. 51.

<sup>32</sup> Erman, BGB/*Lützenkirchen*, BGB § 536 Rn. 3; *Looschelders* in DMT-Bilanz 2011, S. 141 (142).

<sup>33</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/*Eisenschmid*, BGB § 536 Rn. 19; MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 536 Rn. 3. Zur Übereinstimmung des Begriffs der Beschaffenheit mit dem Begriff des Zustands in § 535 I 2 BGB oben II. 2. b).

<sup>34</sup> MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 536 Rn. 4; *Looschelders* in DMT-Bilanz 2011, S. 141 (142).

Beschaffenheitsvereinbarung kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden.<sup>35</sup> Nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre können einseitige Vorstellungen des Mieters aber auch dann keine „Vereinbarung“ über die Beschaffenheit der Mietsache begründen, wenn sie dem Vermieter bekannt sind. Der Vermieter muss vielmehr in irgendeiner Form darauf reagiert haben, die der Mieter als Zustimmung verstehen durfte.<sup>36</sup>

Fehlt eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung, so muss die geschuldete Beschaffenheit der Mietsache gemäß §§ 535 I 2, 536 I BGB mit Rücksicht auf den vertragsgemäßen Gebrauch bestimmt werden. Der vertragsgemäße Gebrauch ist in diesem Zusammenhang also nur ein – wenn auch zentrales – Kriterium für die Bestimmung der vertragsgemäßen Beschaffenheit.<sup>37</sup> Der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs hat dabei eine weitere Bedeutung als der Begriff der „nach dem Vertrag vorausgesetzte[n] Verwendung“ in § 434 II 1 Nr. 2 BGB (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB aF) und § 633 II 2 Nr. 1 BGB. Während die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung von den Parteien vereinbart oder zumindest übereinstimmend „vorausgesetzt“ worden sein muss,<sup>38</sup> kann der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs im Mietrecht mangels besonderer Parteivereinbarungen über den Verwendungszweck auch mithilfe objektiver Kriterien wie dem gewöhnlichen Gebrauch und der Verkehrsanschauung bestimmt werden.<sup>39</sup> Das Merkmal der Eignung für den vertragsgemäßen Gebrauch deckt damit auch die im Kaufrecht (§ 434 III 1 Nr. 1 und 2 BGB; § 434 I 2 Nr. 2 BGB aF) und Werkvertragsrecht (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB) gesondert angeführten Kriterien der Eignung für die gewöhnliche Verwendung und der üblichen und vom Vertragspartner zu erwartenden Beschaffenheit ab.

Die vorstehende Rangordnung der Kriterien zur Bestimmung der vertragsgemäßen Beschaffenheit entspricht auch der Rechtsprechung und h.L. zum mietrechtlichen Mangelbegriff. Maßgeblich sind danach in erster Linie die Vereinbarungen der Parteien.<sup>40</sup> Soweit konkrete Parteivereinbarungen über die Beschaffenheit der Mietsache fehlen, soll der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand nach den gesamten Umständen des

---

<sup>35</sup> BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 Rn. 18; Blank/Börstinghaus, *Miete/Blank/Börstinghaus*, BGB § 535 Rn. 290.

<sup>36</sup> BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 Rn. 20; NZM 2009, 855 (856) = JA 2010, 299 (*Looschelders*); BeckOK BGB/*Zehelein*, BGB § 535 Rn. 348; MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 536 Rn. 4.

<sup>37</sup> Zur parallelen Rechtslage im Kaufrecht vgl. *Canaris* in E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, 5 (57); *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233 (235).

<sup>38</sup> Zum Meinungsstreit über die genauen Voraussetzungen BeckOK BGB/*Faust*, BGB § 434 Rn. 51; Grüneberg, BGB/*Weidenkaff*, 81. Aufl. 2022, BGB § 434 Rn. 18.

<sup>39</sup> Vgl. *Oetker/Maultzsch*, *Vertragliche Schuldverhältnisse* § 5 Rn. 27, 29.

<sup>40</sup> BGH NJW 2019, 507 Rn. 21; NZM 2013, 575 Rn. 15; BeckOK BGB/*Zehelein*, BGB § 535 Rn. 343; Blank/Börstinghaus, *Miete/Blank/Börstinghaus*, BGB § 535 Rn. 290.

Mietverhältnisses und den daraus abzuleitenden Standards unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt werden.<sup>41</sup> Dabei wird dem vereinbarten Nutzungszweck zentrale Bedeutung beigemessen.<sup>42</sup>

### c) Methodische Einordnung

Die methodische Einordnung der dargelegten Grundsätze zur Konkretisierung der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Mietsache ist umstritten. Im Mittelpunkt des Streits steht die Frage, ob der „vertragsgemäße Gebrauch“ bzw. die Sollbeschaffenheit der Mietsache bei Fehlen klarer Parteivereinbarungen durch Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften (§§ 535 I 2, 536 I 1 BGB) oder durch ergänzende Auslegung des konkreten Vertrages (§§ 133, 157 BGB) zu bestimmen ist. Da eindeutige Festlegungen hierzu selten sind, lässt sich der Meinungsstand schwer feststellen. In der Literatur besteht allerdings eine gewisse Tendenz zu der Annahme, dass der „vertragsgemäße Gebrauch“ im Zweifel durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln ist.<sup>43</sup> Die Rechtsprechung verweist ebenfalls oft auf ergänzende Vertragsauslegung.<sup>44</sup> In neueren Entscheidungen hat der BGH aber primär auf die Auslegung des § 535 I 2 BGB abgestellt. Wenn sich der vertragsgemäße Gebrauch bereits hierdurch bestimmen lasse, sei eine ergänzende Vertragsauslegung nicht mehr erforderlich.<sup>45</sup>

Bei der Würdigung des Meinungsstreits ist zu beachten, dass es sich bei der „Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch“ um ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal handelt. Die Konkretisierung ist damit ein Problem der Gesetzesauslegung. Indem § 535 I 2 und § 536 I 1 BGB auf den „vertragsgemäßen“ Gebrauch verweisen, nehmen sie aber auf die vertraglichen Vereinbarungen und den Parteiwillen Bezug. Hieraus folgt, dass der vertragsgemäße Gebrauch primär durch Auslegung der Parteivereinbarungen zu bestimmen ist.

Probleme bereitet bei diesem Ansatz die Einordnung der objektiven Kriterien. Hier hilft ein Vergleich mit der entsprechenden Diskussion zu § 434 I 2 Nr. 1 und 2 BGB aF weiter. In der Literatur wird zu Recht davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften den

---

<sup>41</sup> BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 Rn. 23; BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 22 mAnm *Zehlein*.

<sup>42</sup> Vgl. BGH NZM 2004, 726 (737); Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht/*Lehr*, 5. Aufl. 2019, § 54 Rn. 8 ff.

<sup>43</sup> So ausdrücklich *Lehmann-Richter* NZM 2015, 513 (514); für ergänzende Vertragsauslegung auch BeckOK BGB/*Zehlein*, BGB § 535 Rn. 348 ff.; MüKoBGB/*Häublein*, BGB § 535 Rn. 81.

<sup>44</sup> So etwa BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 Rn. 23 ff., 39 ff. (allerdings mit Bezugnahme auf § 242 BGB).

<sup>45</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 22; BGH NZM 2020, 710 = BeckRS 2020, 18761 Rn. 20; NJW 2019, 507 Rn. 23; dem folgend *Lützenkirchen*, Mietrecht/*Lützenkirchen*, 3. Aufl. 2021, BGB § 536 Rn. 85a.



typischen Parteiwillen kodifizieren wollte.<sup>46</sup> Dies ändert indes nichts daran, dass es sich bei § 434 I 2 Nr. 1 und 2 BGB aF um dispositives Gesetzesrecht handelt.<sup>47</sup> Wenn der BGH aus dem Begriff des „vertragsgemäßen Gebrauchs“ in § 536 I BGB iVm § 242 BGB vergleichbare Kriterien ableitet, handelt es sich ebenfalls um die Auslegung dispositiven Rechts. Die Konzeption des BGH entspricht dabei dem Grundsatz, dass das dispositive Recht mangels besonderer Parteivereinbarungen der ergänzenden Vertragsauslegung vorgeht.<sup>48</sup> Da die vom BGH entwickelten Kriterien am typischen Parteiwillen orientiert sind, ergeben sich hieraus allerdings regelmäßig keine Abweichungen von einer am hypothetischen Willen der konkreten Parteien ausgerichteten ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>49</sup>

#### 4. Vertragsgemäßer Gebrauch bei der Wohnraummiete

##### a) Vereinbarter Nutzungszweck und berechtigte Erwartungen des Mieters

Bei der Wohnraummiete folgt aus der zentralen Bedeutung des vereinbarten Nutzungszwecks, dass die Räume zum Wohnen geeignet sein müssen.<sup>50</sup> Weitergehende Anforderungen können sich aus der Verkehrsanschauung ergeben, die ihrerseits Grundlage für die berechtigten Erwartungen des Mieters ist. Wichtige Anhaltspunkte liefern hiernach das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes sowie die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte.<sup>51</sup> Soweit für bestimmte Anforderungen an den Wohnstandard technische Normen bestehen, ist im Regelfall deren Einhaltung geschuldet. Dabei ist grundsätzlich der zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltende Standard maßgeblich.<sup>52</sup> Nach der Rechtsprechung kann allerdings auch der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung mangels abweichender Vereinbarungen einen Mindeststandard erwarten, der zeitgemäßes Wohnen ermöglicht und alle mit der Haushaltsführung verbundenen Tätigkeiten unter Einsatz der üblichen elektrischen Geräte (Waschmaschine, Geschirrspüler etc.) erlaubt.<sup>53</sup> Anforderungen an den Schutz vor Gesundheitsschäden sind stets nach dem aktuellen Standard zu beurteilen.<sup>54</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233 (235); *Riesenhuber* ZfPW 2016, 448 (457).

<sup>47</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse § 2 Rn. 69 mit Fn. 175.

<sup>48</sup> NK-BGB/*Looschelders*, 4. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 8.

<sup>49</sup> So auch *Gsell/Mayrhofer* NZM 2020, 1065 (1066 Fn. 9).

<sup>50</sup> *Blank/Börstinghaus*, *Miete/Blank/Börstinghaus*, BGB § 535 Rn. 291.

<sup>51</sup> BGH NJW 2019, 507 Rn. 22; NJW 2010, 3088 Rn. 13; *Elzer* NZM 2009, 641 (642).

<sup>52</sup> BGH NJW 2019, 507 Rn. 23; NJW 2017, 1877 Rn. 15; NJW 2010, 3088 Rn. 13.

<sup>53</sup> BGH NZM 2004, 736 (737); *Schmidt-Futterer*, *Mietrecht/Eisenschmid*, BGB § 536 Rn. 23;

*Blank/Börstinghaus*, *Miete/Blank/Börstinghaus*, BGB § 535 Rn. 292 f.; *Blank* MDR 2009, 181 ff.

<sup>54</sup> *MüKoBGB/Häublein*, BGB § 535 Rn. 118; *BeckOGK/H. Schmidt*, 1.1.2022, BGB § 535 Rn. 285.

## b) Zulässigkeit negativer Beschaffenheitsvereinbarungen

Mit Rücksicht auf den Vorrang der Privatautonomie ist es den Parteien grundsätzlich erlaubt, eine unterhalb des nach der Verkehrsanschauung geschuldeten Standards liegende Beschaffenheit der Mietsache zu vereinbaren.<sup>55</sup> Ebenso wie im Kaufrecht bergen solche negativen Beschaffenheitsvereinbarungen allerdings die Gefahr, dass der Schutz der schwächeren Vertragspartei unterlaufen wird. Dies gilt insbesondere für Mietverhältnisse über Wohnraum, bei denen eine zum Nachteil des Mieters von § 536 I-III BGB abweichende Vereinbarung gem. § 536 IV BGB unwirksam ist. Rechtsprechung und h.L. stellen an die Wirksamkeit negativer Beschaffenheitsvereinbarungen daher besondere Anforderungen. So muss die Vereinbarung eines unter dem Mindeststandard liegenden Zustands transparent und eindeutig formuliert sein.<sup>56</sup> Pauschale Klauseln (z.B. Übergabe „wie besehen“) reichen nicht.<sup>57</sup> Negative Beschaffenheitsvereinbarungen, die dem von den Parteien vereinbarten Nutzungszweck widersprechen, müssen nach Treu und Glauben im Zweifel zurücktreten.<sup>58</sup>

## c) Zustand der Wohnung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Nach allgemeiner Ansicht kommt dem bei Vertragsschluss erkennbaren Zustand der Wohnung bei der Bestimmung der vertragsgemäßen Beschaffenheit ausschlaggebende Bedeutung zu.<sup>59</sup> Dies kann sowohl zu einer Anhebung als auch einer Absenkung der Sollbeschaffenheit führen. So hat der BGH in neuerer Zeit entschieden, dass der vertragsgemäße Zustand zumindest dann einen funktionsfähigen Telefonanschluss umfasst, wenn die vermietete Wohnung mit einer sichtbaren Telefonanschlusdose ausgestattet ist.<sup>60</sup>

Weist die Mietsache bei Vertragsschluss einen schlechten Zustand auf, so soll dieser Zustand im Zweifel ebenfalls als vertragsgemäß anzusehen sein.<sup>61</sup> Ist die Wohnung bei Vertragsschluss erkennbar unrenoviert oder renovierungsbedürftig, so wird daher angenommen, dass es sich dabei um die vertragsgemäße Beschaffenheit handelt.<sup>62</sup> Die

---

<sup>55</sup> BGH NJW 2014, 685 Rn., 24 ff.; NZM 2010, 356 Rn. 24; NJW-RR 1993, 522 (523); Jauernig, BGB/Teichmann, BGB § 536 Rn. 4; Blank MDR 2009, 181; Gsell NZM 2016, 702 (709).

<sup>56</sup> BGH NZM 2010, 356 Rn. 34; NJW-RR 1993, 522 (523); zum Verbrauchsgüterkauf vgl. jetzt § 476 I 2 BGB.

<sup>57</sup> BGH NJW 2004, 3174; Blank/Börstinghaus, Miete/Blank/Börstinghaus, BGB § 535 Rn. 290.

<sup>58</sup> Vgl. Blank/Börstinghaus, Miete/Blank/Börstinghaus, BGB § 535 Rn. 291; Gsell NZM 2016, 702 (711).

<sup>59</sup> LG Berlin NJOZ 2020, 687; Blank/Börstinghaus, Miete/Blank/Börstinghaus, BGB § 535 Rn. 290; Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 536 Rn. 6; Erman, BGB/Lützenkirchen, BGB § 536 Rn. 4.

<sup>60</sup> BGH NZM 2019, 140 Rn. 16.

<sup>61</sup> BGH NZM 2007, 484 Rn. 28; BeckOK BGB/Zehlein, BGB § 535 Rn. 345, 349; Elzer NZM 2009, 641 (642).

<sup>62</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 24; Schmidt-Futtrerer, Mietrecht/Lehmann-Richter, BGB § 538 Rn. 57.

dogmatische Einordnung dieser Lösung ist uneinheitlich. Teilweise wird eine konkludente (negative) Beschaffenheitsvereinbarung angenommen<sup>63</sup> oder auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung verwiesen.<sup>64</sup> Nach der neueren Rechtsprechung des BGH ergibt sich die Maßgeblichkeit des unrenovierten Zustands dagegen schon aus der Auslegung des § 535 I 2 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Verkehrsanschauung. Ist der schlechte Dekorationszustand der Wohnung für beide Parteien bei Vertragsschluss ohne Weiteres ersichtlich, so soll nach der Verkehrsanschauung davon auszugehen sein, dass der Mieter die nachteilige Beschaffenheit akzeptiert hat.<sup>65</sup>

Die Argumentation des BGH entspricht seinem methodischen Grundansatz.<sup>66</sup> Der praktische Unterschied zur Vertragsauslegung besteht darin, dass es für die Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands ohne Belang ist, ob das Verhalten des Mieters im Einzelfall rechtsgeschäftlichen Erklärungswert hat.<sup>67</sup> Da der unrenovierte bzw. renovierungsbedürftige Zustand der Wohnung den objektiven Anforderungen an die Beschaffenheit der Mietsache entspricht, kommt es auch nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung vorliegen.<sup>68</sup> Nachdem schon das Vorliegen eines Mangels verneint wird, bleibt für den rechtspolitisch umstrittenen § 535b BGB kein Raum. Daher sind nicht nur die Mängelrechte des Mieters ausgeschlossen; er hat vielmehr auch keinen primären Erfüllungsanspruch aus § 535 I 2 BGB.<sup>69</sup> Inhaltlich wird der schlechte Dekorationszustand der Wohnung damit genauso behandelt wie der „normale“ Verschleiß einer gebrauchten Sache bei Kaufverträgen.<sup>70</sup> Ob der am 1.1.2022 in Kraft getretene § 476 I 2 BGB in dieser Hinsicht für den Verbrauchsgüterkauf zu einer Verschärfung führen wird, ist für das Mietrecht irrelevant.

## 5. Pflicht zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands und Schönheitsreparaturklauseln

Bei der Miete von Grundstücken und (Wohn-) Räumen umfasst die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand an

---

<sup>63</sup> So BGH NZM 2007, 484 Rn. 28; LG Berlin NJOZ 2020, 687; BeckOK BGB/*Zehelein*, BGB § 535 Rn. 349; *Gsell* NZM 2016, 702 (703); *Emmerich* JuS 2021, 73 (74); *Zehelein* NZM 2020, 708 (709).

<sup>64</sup> So BGH NZM 2019, 140 Rn. 16.

<sup>65</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 24; NZM 2020, 710 Rn. 22.

<sup>66</sup> Dazu oben II. 3. d).

<sup>67</sup> Zur Bedeutung des Willenselements für die Annahme einer konkludenten Festlegung der Sollbeschaffenheit *Lützenkirchen*, Mietrecht/*Lützenkirchen*, BGB § 536 Rn. 82.

<sup>68</sup> So ausdrücklich BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 25.

<sup>69</sup> Zur abweichenden Rechtslage nach § 536b BGB *Grüneberg*, BGB/*Weidenkaff*, BGB § 536b Rn. 2.

<sup>70</sup> Dazu BGH NJW 2021, 151 Rn. 23; BeckOK BGB/*Faust*, BGB § 434 Rn. 68.

sich auch die Ausführung von sog. Schönheitsreparaturen. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen zur Beseitigung der üblichen Beeinträchtigungen des äußeren Erscheinungsbilds, die auf die normale Abnutzung durch den vertragsgemäßen Gebrauch zurückzuführen sind.<sup>71</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist es dem Vermieter indessen auch bei der Wohnraummiete grundsätzlich erlaubt, die Schönheitsreparaturen formularmäßig auf den Mieter abzuwälzen.<sup>72</sup>

Ob der Vermieter wirklich berechtigt sein kann, einen Teil seiner Hauptleistungspflicht durch AGB auf den Mieter abzuwälzen, erscheint nach der allgemeinen Dogmatik des AGB-Rechts zweifelhaft. Da die in § 535 I 2 BGB geregelte Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustands zu den wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts gehört, liegt eine generelle Unwirksamkeit solcher Klauseln nach § 307 II Nr. 1 BGB nahe.<sup>73</sup> Dies gilt umso mehr, als der BGH bei der konkreten Kontrolle der einschlägigen Klauseln im Einzelfall doch auf die Leitbildfunktion des § 535 I 2 BGB abstellt.<sup>74</sup>

Geht man mit der Rechtsprechung von der grundsätzlichen Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln aus, so stellt sich die Pflicht des Mieters zur Vornahme der Schönheitsreparaturen als Teil seiner Gegenleistungspflicht dar, der an die Stelle einer sonst geschuldeten höheren Mietzahlung tritt.<sup>75</sup> Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter hat zur Folge, dass Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs, die durch Schönheitsreparaturen behoben werden können, wegen des Gleichlaufs von § 535 I 2 BGB und § 536 I BGB keinen Mangel begründen. Die damit verbundene Einschränkung der Mietminderung bei Mängeln stößt wegen der Unabdingbarkeit nach § 536 IV BGB auf Bedenken.<sup>76</sup> Rechtfertigen lässt sich die Überwälzung der Schönheitsreparaturen allenfalls mit der Erwägung, dass der Mieter für die Übernahme der Schönheitsreparaturen einen angemessenen Ausgleich in Form eines Mietnachlasses erhält.<sup>77</sup> Ob diese Erwägung sich in der tatsächlichen Preisgestaltung am Markt widerspiegelt, ist jedoch zweifelhaft.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> BGH NJW 2009, 510 Rn. 25; Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 102.

<sup>72</sup> BGHZ 92, 363 (368) = NJW 1985, 40; BGHZ 101, 253 (261 ff.) = NJW 1987, 2564; BGH NJW 2004, 2961 (2962).

<sup>73</sup> Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 110 f.; Harke, Schuldrecht BT, 2011, Rn. 299.

<sup>74</sup> Krit. unter diesem Aspekt Emmerich NZM 2009, 16 (17); Graf v. Westphalen NZM 2021, 409 (414 f.).

<sup>75</sup> BGHZ 92, 363 (368) = NJW 1985, 40; NJW 2002, 2383; Schmidt-Futterer, Mietrecht/Eisenschmid, BGB § 535 Rn. 647; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 22 Rn. 16, 67.

<sup>76</sup> Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 111; BeckOK BGB/Zehlelein, BGB § 535 Rn. 422.

<sup>77</sup> Zur „Entgeltthese“ BGHZ 92, 363 (368) = NJW 1985, 480; BGH NJW 2004, 2961 (2962); BGHZ 178, 158 = NZM 2008, 890 Rn. 12; Schmidt-Futterer, Mietrecht/Eisenschmid, BGB § 538 Rn. 97.

<sup>78</sup> Krit. BeckOK BGB/Zehlelein, BGB § 535 Rn. 426; Artz NZM 2020, 769 (772); Kappus NJW 2020, 3522.

## 6. Auswirkungen der Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln bei unrenovierter Wohnung auf die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs

### a) Die Rechtsprechung des BGH

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH war eine Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch dann wirksam, wenn der Vermieter dem Mieter die Wohnung in einem unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Zustand überlassen hatte.<sup>79</sup> Dieser Auffassung hat der BGH mit Urteil vom 18.3.2015 eine Absage erteilt. Hiernach führt eine Schönheitsreparaturklausel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB, wenn die Wohnung dem Mieter ohne angemessenen Ausgleich unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen wird.<sup>80</sup> An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt nach § 306 II BGB die Vorschrift des § 535 I 2 BGB.<sup>81</sup>

Die neue Rechtsprechung des BGH führt zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mieter bei Übernahme einer unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnung vom Vermieter nach § 535 I 2 BGB die Durchführung von Schönheitsreparaturen zur Erhaltung der Wohnung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand verlangen kann. Dies hängt zunächst davon ab, welcher Zustand der Wohnung in diesen Fällen als vertragsgemäß anzusehen ist. Da der Mieter den Mietvertrag in Kenntnis des unrenovierten bzw. renovierungsbedürftigen Zustands der Wohnung geschlossen hat, geht der BGH davon aus, dass es sich dabei um den vertragsgemäßen Zustand der Wohnung handelt.<sup>82</sup> Auch ein unrenovierter bzw. renovierungsbedürftiger Zustand kann sich aber nach Ansicht des BGH so verschlechtern, dass eine Renovierung zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands erforderlich wird.<sup>83</sup> Nach § 535 I 2 BGB ist dann der Vermieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Da die Wiederherstellung des bei Vertragsschluss bestehenden (unrenovierten bzw. renovierungsbedürftigen) Zustands weder praktikabel noch wirtschaftlich sinnvoll ist, müssen die Schönheitsreparaturen allerdings so ausgeführt werden, dass die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt wird. Dies erscheint dem BGH problematisch, weil der Zustand der Wohnung dadurch gegenüber dem vertragsgemäßen

---

<sup>79</sup> BGHZ 101, 253 (264 ff.) = NJW 1987, 2564.

<sup>80</sup> BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 Rn. 19 ff. mAnm *Lehmann-Richter*.

<sup>81</sup> BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 Rn. 40.

<sup>82</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 24 ff.; NZM 2020, 710 Rn. 24 ff.

<sup>83</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 32 ff.; NZM 2020, 710 Rn. 33 ff.

(unrenovierten oder renovierungsbedürftigen) Zustand verbessert wird. Der BGH vertritt daher die Auffassung, dass der Mieter sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) in angemessenem Umfang (i.d.R. hälftig) an den Kosten der Renovierung zu beteiligen hat.<sup>84</sup>

## b) Würdigung

Die Lösung des BGH ist in der Literatur auf berechtigte Kritik gestoßen. Keine durchgreifenden Bedenken bestehen allerdings gegen die Auffassung des BGH, dass der unrenovierte bzw. renovierungsbedürftige Zustand der Wohnung vertragsmäßig sei. Diese Lösung entspricht nämlich den allgemeinen Grundsätzen bei der Beurteilung von Mietverträgen über nicht renovierte oder renovierungsbedürftige Wohnungen.<sup>85</sup> Dass der Mieter nach der Schönheitsreparaturklausel verpflichtet sein sollte, die Wohnung bedarfsabhängig fachmännisch zu renovieren,<sup>86</sup> führt nicht zu einer Anhebung des geschuldeten Standards, weil die Klausel in vollem Umfang nach § 307 BGB unwirksam ist.<sup>87</sup>

Zur Lösung der Problematik ist es auch nicht erforderlich, den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache in einem dynamischen Sinne zu verstehen.<sup>88</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass der Vermieter nach der bei Unwirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel gemäß § 306 II BGB maßgeblichen dispositiven Vorschrift des § 535 I 2 BGB zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache verpflichtet ist. Eine Pflicht des Mieters zur Kostenbeteiligung ist dagegen nicht vorgesehen. Nach der Rechtsprechung kann der Vermieter die Schönheitsreparaturen zwar auf den Mieter abwälzen. Ist eine entsprechende Klausel unwirksam, so fällt die damit verbundene Belastung des Vermieters aber in dessen alleinigen Risikobereich. Die Statuierung einer auf § 242 BGB gestützten Pflicht des Mieters zur Kostenbeteiligung widerspricht daher dem Leitbild des § 535 I 2 BGB<sup>89</sup> und läuft zudem auf eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel heraus, die nach der sonstigen Rechtsprechung des BGH<sup>90</sup> unzulässig ist. *Lehmann-Richter* spricht zu Recht von einer „Sonderrechtsprechung, die nur im Kontext der jahrzehntelangen Diskussion über die

---

<sup>84</sup> BGHZ 226, 208 = NZM 2020, 704 Rn. 37 ff.; NZM 2020, 710 Rn. 34 ff.

<sup>85</sup> Oben II. 4. c).

<sup>86</sup> Hierauf abstellend *Artz* NZM 2020, 769 (770 ff.); *Artz* NZM 2015, 801 (804).

<sup>87</sup> So auch Schmidt-Futterer, *Mietrecht/Lehmann-Richter*, BGB § 538 Rn. 164.

<sup>88</sup> So aber *Gsell/Mayrhofer* NZM 2020, 1065 ff.

<sup>89</sup> So überzeugend *Artz* NZM 2020, 769 (772).

<sup>90</sup> BGHZ 84, 109 (115 f.) = NJW 1982, 2309 mAnm *Bunte*; BGHZ 146, 377 (385) = NJW 2001, 1419; zusammenfassend Erman, *BGB/Roloff/Looschelders*, 16. Aufl. 2020, BGB § 306 Rn. 8 mwN.

Verteilung der Dekorationslast verständlich wird.“<sup>91</sup> Ob diese „Sonderrechtsprechung“ nicht nur aufrechterhalten, sondern noch ausgeweitet werden sollte, ist indes zu bezweifeln.

Die Lösung des BGH steht überdies in Widerspruch zu den Vorgaben der Klausel-Richtlinie (RL 93/13/EG).<sup>92</sup> Der EuGH hat in neuerer Zeit ausdrücklich betont, dass die auf der Unwirksamkeit einer Klausel beruhenden Lücken nach Art. 6 I Klausel-Richtlinie nicht durch Anwendung einer an Billigkeit und Verkehrssitte orientierten Generalklausel des nationalen Rechts geschlossen werden dürfen. Zulässig sei nur ein Rückgriff auf solche dispositiven Vorschriften, die gerade den infrage stehenden Vertragstyp regeln.<sup>93</sup> Diese Ausnahme trifft hier nur auf § 535 I 2 BGB zu, der aber gerade keine Kostenbeteiligung des Mieters vorsieht.

### III. Rechte und Pflichten des Mieters in Bezug auf den vertragsgemäßen Gebrauch

#### 1. Dogmatische Grundlagen

Der Pflicht des Vermieters zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand entspricht das Recht des Mieters zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache. Eine Pflicht zum Gebrauch der Mietsache besteht dagegen im Regelfall nicht. Ausnahmen können sich aus besonderen Vereinbarungen (z.B. bei Gewerberäumen) oder der besonderen Art der Mietsache (z.B. Reitpferd) ergeben.<sup>94</sup> Des Weiteren lässt sich aus § 535 I 2 BGB ableiten, dass der Mieter auch „nur“ zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache berechtigt ist.<sup>95</sup> Anders gewendet ist der Mieter damit verpflichtet, die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs einzuhalten.<sup>96</sup>

Bei der Pflicht des Mieters zur Einhaltung der Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs handelt es sich um keine Leistungspflicht, sondern um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht i.S.d. § 241 II BGB (sog. Schutzpflicht).<sup>97</sup> Schutzpflichten sind im Allgemeinen nicht zustands- oder erfolgsbezogen, sondern verhaltensbezogen.<sup>98</sup> Dies hat zur Folge, dass

---

<sup>91</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/*Lehmann-Richter*, BGB § 538 Rn. 164c.

<sup>92</sup> EuGH NJW 2013, 2579 Rn. 57 – Asbeek Brusse u.a.; EuZW 2012, 754 Rn. 65 – Banco Español; *Gsell/Mayrhofer* NZM 2020, 1065 (1074 f.); *Graf v. Westphalen* NZM 2021, 409 (416 f.).

<sup>93</sup> EuGH EuZW 2020, 246 (LS) = BeckRS 2019, 23099 Rn. 58 ff. – Dziubak; dazu *Pfeiffer* LMK 2019, 424169.

<sup>94</sup> Vgl. *Soergel/Heintzmann*, BGB § 535 Rn. 35; *MüKoBGB/Häublein*, BGB § 535 Rn. 208 f.

<sup>95</sup> Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht/*Weißker*, 5. Aufl. 2019, § 16 Rn. 113.

<sup>96</sup> *Blank/Börstinghaus*, *Miete/Blank/Börstinghaus*, BGB § 535 Rn. 509; *Horst* NZM 1998, 647 ff.

<sup>97</sup> BGHZ 218, 22 = NJW 2018, 1746 Rn. 18 ff.; BGH NZM 2015, 302 Rn. 13.

<sup>98</sup> *Staudinger*, *BGB/Schwarze*, 2019, BGB § 280 Rn. F 38; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 24 Rn. 13 f.; *Lorenz* JuS 2007, 213 (215).

die Pflichtverletzung des Mieters nicht einfach aus der Verschlechterung der Mietsache abgeleitet werden kann. Im viel diskutierten Fall der Schimmelpilzschäden kann eine das Verschulden nach § 280 I 2 BGB indizierende Pflichtverletzung des Mieters daher nicht allein auf den Eintritt der Schäden gestützt werden. Der Vermieter muss vielmehr darlegen und beweisen, dass der Mieter nicht die erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung der Schimmelbildung getroffen hat. Hierfür muss aufgrund einer Interessenabwägung geklärt werden, welche Maßnahmen dem Mieter im Einzelfall möglich und zumutbar waren.<sup>99</sup> Lässt sich die Schimmelpilzbildung in der Wohnung durch ein dem Mieter zumutbares Verhalten nicht vermeiden, so liegt umgekehrt die Annahme eines Mangels der Mietsache nahe.<sup>100</sup>

## 2. Gesetzliche Sonderregelungen

Das Mietrecht enthält nur vereinzelte Vorschriften, die die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs ausdrücklich regeln. So sieht § 540 I 1 BGB vor, dass der Mieter nicht ohne die Erlaubnis des Vermieters berechtigt ist, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen. Entsteht für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, so kann er vom Vermieter aber nach § 553 I 1 BGB die Erlaubnis hierzu verlangen. Nach § 554 I 1 BGB kann der Mieter darüber hinaus verlangen, dass ihm der Vermieter bauliche Veränderungen der Mietsache erlaubt, die dem Gebrauch durch Menschen mit Behinderungen, dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge oder dem Einbruchschutz dienen. Nach § 553 I 2 BGB bzw. § 554 I 2 BGB kann der Vermieter sich aber darauf berufen, dass ihm die Überlassung an einen Dritten oder die bauliche Veränderung nicht zugemutet werden kann. Insofern kann auch in diesen Fällen eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich werden.

## 3. Rahmenfunktion des vereinbarten Nutzungszwecks

Ebenso wie die zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Beschaffenheit der Mietsache werden auch die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs durch den Mieter in erster Linie durch den vereinbarten Nutzungszweck umschrieben.<sup>101</sup> Im Ausgangspunkt gelten hier daher die gleichen Kriterien wie bei der Bestimmung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache.

---

<sup>99</sup> Näher dazu *Lehmann-Richter* NZM 2015, 513 (517); zu diesbezüglichen Handlungsanweisungen des Vermieters BeckOK BGB/*Zehlein*, BGB § 535 Rn. 346; *Brinkmann* NZM 2020, 1004 ff.

<sup>100</sup> Vgl. *Breiholdt/Nierhaus* NZM 2012, 329 (331).

<sup>101</sup> Vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, 13. Aufl. 1986, § 48 III a.



Hat der Mieter Räume zu Wohnzwecken gemietet, so überschreitet eine nach außen in Erscheinung tretende Nutzung zu geschäftlichen Zwecken freiberuflicher oder gewerblicher Art daher im Allgemeinen den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache.<sup>102</sup> Berufliche Tätigkeiten, die weder mit einer stärkeren Inanspruchnahme der Mieträume noch mit der Störung von Nachbarn verbunden sind, bleiben aber auch in Mietwohnungen zulässig.<sup>103</sup> Beispiele sind die Computerarbeit im Home-Office oder eine schriftstellerische Betätigung.<sup>104</sup>

Der durch den vereinbarten Nutzungszweck umschriebene Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs ist allerdings sehr weit. Es gibt daher in diesem Rahmen vielfältige konkrete Betätigungen, die über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehen. So kann eine Nutzung als Wohnung aufgrund übermäßiger Einwirkungen auf die Substanz der Mietsache oder übermäßiger Emissionen (Lärm, Rauch etc.) vertragswidrig sein.<sup>105</sup> Die Überlegungen zu dem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der Mietsache helfen bei der Abgrenzung nicht weiter. Die Zulässigkeit einer bestimmten Nutzung oder eines bestimmten Verhaltens muss vielmehr im Einzelfall durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Maßstäben von Treu und Glauben und der Verkehrssitte bestimmt werden.<sup>106</sup>

#### 4. Notwendigkeit einer Interessenabwägung im Einzelfall

##### a) Relevante Umstände

Ob das Verhalten des Mieters den vertragsgemäßen Gebrauch überschreitet, lässt sich vor diesem Hintergrund meist nur durch eine umfassende Abwägung der konkret betroffenen Interessen feststellen.<sup>107</sup> So hat der BGH mit Blick auf das Halten von Hunden und Katzen in einer Mietwohnung damit argumentiert, die bei der Abwägung zu berücksichtigenden Umstände seien so individuell und vielgestaltig, dass eine schematische Lösung nicht in Betracht komme. Zu berücksichtigen seien insbesondere Art, Größe, Verhalten und Anzahl der Tiere, Art, Größe, Zustand und Lage der Wohnung und des Hauses, in dem sich die Wohnung befindet, Anzahl, persönliche Verhältnisse, namentlich Alter und berechnete

---

<sup>102</sup> BGH NJW 2009, 3157 Rn. 13 ff.; NZM 2013, 456 Rn. 14; NZM 2013, 786 Rn. 4 f.

<sup>103</sup> MüKoBGB/Bieber, 8. Aufl. 2020, BGB § 538 Rn. 2.

<sup>104</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/Eisenschmid, BGB § 535 Rn. 107.

<sup>105</sup> Vgl. NK-BGB/Klein-Blenkers, BGB § 535 Rn. 234b.

<sup>106</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/Lehmann-Richter, BGB § 538 Rn. 12.

<sup>107</sup> Vgl. BGH NZM 2013, 378 Rn. 24; Lehmann-Richter NZM 2015, 513 (514); Pauly WuM 2011, 447 ff.

Interessen der Mitbewohner und Nachbarn, Anzahl und Art anderer Tiere im Haus, bisherige Handhabung der Frage durch den Vermieter sowie besondere Bedürfnisse des Mieters.<sup>108</sup>

#### b) Interessen der Beteiligten und ihre Gewichtung

Bei der Abwägung sind die Interessen des Mieters und des Vermieters gegenüberzustellen. Entgegen der Ansicht des BGH müssen die Interessen Dritter als solche dagegen außer Betracht bleiben. Dies gilt auch für die Interessen der Mitbewohner und Nachbarn.<sup>109</sup> Das Mietverhältnis begründet nämlich weder unmittelbare schuldrechtliche Beziehungen noch ein nachbarrechtliches Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Mietern desselben Hauses.<sup>110</sup> Die Interessen der Mitbewohner können im Einzelfall aber auf Seiten des Vermieters in die Abwägung einbezogen werden. Bindeglied ist die vertragliche Pflicht des Vermieters, die anderen Mieter vor Störungen durch vertragswidrigen Gebrauch zu schützen.<sup>111</sup>

Auf Seiten des Mieters ist zu beachten, dass die Wohnung seinen persönlichen Lebensmittelpunkt darstellt. Er muss daher die Möglichkeit haben, seine Persönlichkeit in der Wohnung frei zu entfalten, und kann sich dabei gegenüber dem Vermieter auf die mittelbare Drittwirkung des Art. 2 Abs. 1 GG stützen.<sup>112</sup> Der Schutzbereich umfasst auch das Rauchen und das Spielen eines Musikinstruments.<sup>113</sup> Der Mieter kann sich im Einzelfall zudem auf den Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG berufen. Hieraus folgt, dass der Ehegatte und die Kinder des Mieters nicht als Dritte i.S.d. § 540 BGB anzusehen sind und daher vom Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters in die Wohnung aufgenommen werden dürfen.<sup>114</sup> Im Einzelfall können auch andere Grundrechte des Mieters Bedeutung gewinnen. So kann der Mieter sich bei der Frage, ob die Anbringung einer Parabolantenne zum vertragsgemäßen Gebrauch gehört, auf die durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Informationsfreiheit stützen.<sup>115</sup>

---

<sup>108</sup> BGH NZM 2013, 378 Rn. 19; NZM 2008, 78 Rn. 19; Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 54.

<sup>109</sup> Schmidt-Futterer, Mietrecht/Lehmann-Richter, BGB § 538 Rn. 12.

<sup>110</sup> BGHZ 157, 188 (194) = NZM 2004, 193; Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 154.

<sup>111</sup> Lehmann-Richter NZM 2015, 513 (514).

<sup>112</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 56 (58); BeckOK Mietrecht/Bock, 26. Ed. 1.2.2015, BGB § 538 Rn. 15; Lehmann-Richter NZM 2015, 513 (515) spricht treffend vom „Freiheitsinteresse“ des Mieters.

<sup>113</sup> Zum Rauchen s. BGH NZM 2015, 302; zur Musikausübung Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 51.

<sup>114</sup> BGHZ 157, 1 (5) = NJW 2004, 56; NZM 2013, 786 Rn. 7; Schmidt-Futterer, Mietrecht/Flatow, 15. Aufl. 2021, BGB § 540 Rn. 24; Erman, BGB/Lützenkirchen, BGB § 540 Rn. 6.

<sup>115</sup> BVerfGE 90, 27 (32 f.) = NJW 1994, 1147; BVerfG NZM 2005, 252; BGHZ 157, 322 (326 ff.) = NJW 2004, 937; Staudinger, BGB/Emmerich, BGB § 535 Rn. 46.

Auf der anderen Seite kann sich auch der Vermieter auf grundrechtlich geschützte Interessen berufen. Hierher gehört insbesondere das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Interesse, eine über die Folgen des vertragsgemäßen Gebrauchs hinausgehende Verschlechterung der Mietsache zu vermeiden (sog. Bestands- oder Integritätsinteresse).<sup>116</sup> Außerdem hat der Vermieter ein berechtigtes Interesse, nicht von anderen Mietern, Grundstücksnachbarn oder (bei Vermietung einer Eigentumswohnung) anderen Wohnungseigentümern auf Einschreiten gegen die vom Mieter ausgehenden Störungen in Anspruch genommen zu werden.<sup>117</sup>

#### 5. Konkretisierung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch die Hausordnung

In der Praxis werden die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs oft durch eine Hausordnung konkretisiert. Hausordnungen sind als Bestandteil des Mietvertrags Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterliegen daher einer Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB.<sup>118</sup> Klauseln, die das Recht des Mieters zum vertragsgemäßen Gebrauch unangemessen beschränken oder dem Mieter überhöhte Obhutspflichten aufgeben, sind daher nach § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam.<sup>119</sup> Bei Unwirksamkeit einer solchen Klausel ist die Zulässigkeit des infrage stehenden Verhaltens auf der Grundlage der §§ 535 I 2, 538 BGB unter Abwägung der konkret betroffenen Interessen im Einzelfall zu beurteilen.<sup>120</sup>

#### 6. Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs und Schönheitsreparaturen

In Rechtsprechung und Literatur ist die Auffassung verbreitet, Verschlechterungen der Mietsache seien dann nach § 538 BGB durch das Recht des Mieters zum vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt, wenn sie durch Schönheitsreparaturen behoben werden können.<sup>121</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass der Vermieter durch die Belastung mit solchen Verschlechterungen nicht unbillig benachteiligt wird, weil er die Schönheitsreparaturen formularmäßig auf den Mieter abwälzen kann.<sup>122</sup> Gegen diese Auffassung spricht, dass die auf dem vertragsgemäßen Gebrauch beruhende Verschlechterung der Mietsache nach dem

---

<sup>116</sup> *Lehmann-Richter* NZM 2015, 513 (514 f.).

<sup>117</sup> *Lehmann-Richter* NZM 2015, 513 (514) spricht vom Befriedigungsinteresse des Vermieters.

<sup>118</sup> *MüKoBGB/Häublein*, BGB § 535 Rn. 217; *Staudinger, BGB/Emmerich*, Vorb. BGB § 535 Rn. 169; *Mayer/Eichel/Klinck* NZM 2018, 689 (691 ff.).

<sup>119</sup> *Staudinger, BGB/Emmerich*, Vorb. BGB § 535 Rn. 169.

<sup>120</sup> BGH NZM 2013, 378 Rn. 15 ff.

<sup>121</sup> So BGH NZM 2008, 318 (319); *BeckOK Mietrecht/Bock*, BGB § 538 Rn. 15.

<sup>122</sup> BGH NZM 2008, 318 (319).

Leitbild der §§ 535 I 2, 538 BGB schon durch die Miete abgegolten wird.<sup>123</sup> Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht schematisch festgelegt werden dürfen, sondern aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall bestimmt werden müssen.<sup>124</sup> Dieser differenzierte Ansatz darf nicht durch Rückgriff auf den starren Begriff der Schönheitsreparaturen in § 28 IV 3 II. BV unterlaufen werden.<sup>125</sup>

#### IV. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs im Hinblick auf die Pflichten des Vermieters und des Mieters unterschiedliche Funktionen hat. Auf Seiten des Vermieters dient die Bezugnahme auf den vertragsgemäßen Gebrauch dazu, die vertragsgemäße Beschaffenheit der Mietsache zu umschreiben. Im Vergleich mit dem kaufrechtlichen und dem werkvertragsrechtlichen Mangelbegriff erscheint das Kriterium des vertragsgemäßen Gebrauchs dabei allerdings zu undifferenziert. Auf Seiten des Mieters begrenzt der vertragsgemäße Gebrauch den Freiraum, der diesem bei der Nutzung der Mietsache zusteht. Während es im Hinblick auf den Vermieter um die Konkretisierung einer erfolgs- und zustandsbezogenen Leistungspflicht geht, umschreibt der vertragsgemäße Gebrauch im Hinblick auf den Mieter dessen Verhaltenspflichten nach § 241 II BGB.

Aus den unterschiedlichen Bezugspunkten folgt, dass der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs in beiden Kontexten nicht nach denselben Grundsätzen bestimmt werden kann. Hier wie dort geht es zwar um einen dem vereinbarten Nutzungszweck entsprechenden Gebrauch. Soweit der hierfür geeignete Zustand der Mietsache infrage steht, legt die Rechtsprechung bei Fehlen einer Parteivereinbarung aber einen objektiven Maßstab an, der an der Verkehrsanschauung und den typischen Parteiinteressen ausgerichtet ist. Hieraus ergeben sich im Wesentlichen die gleichen Kriterien wie bei § 434 I 2 Nr. 1 und 2 BGB aF bzw. § 633 II 2 Nr. 1 und 2 BGB. De lege ferenda ist daher an eine entsprechende Neufassung der §§ 535 I 2, 536 BGB zu denken.<sup>126</sup> Die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs werden dagegen in dem durch den Nutzungszweck vorgegebenen Rahmen durch ergänzende Vertragsauslegung aufgrund einer umfassenden Abwägung der konkret betroffenen Parteiinteressen im Einzelfall festgelegt. Dabei kommt den Grundrechten der Parteien maßgebliche Bedeutung zu.

---

<sup>123</sup> BeckOK BGB/*Zehlein*, BGB § 538 Rn. 8; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, 13. Aufl. 1986, § 48 II b.

<sup>124</sup> S. oben III. 5. a).

<sup>125</sup> BeckOK BGB/*Zehlein*, BGB § 538 Rn. 8.

<sup>126</sup> Näher dazu *Riesenhuber ZfPW* 2016, 448 (455 ff.).