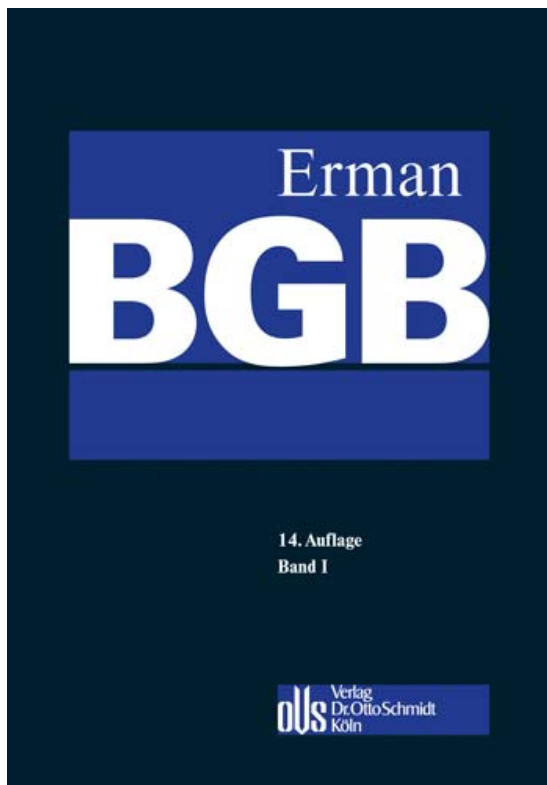


Leseprobe zu



Erman
BGB

14., neu bearbeitete Auflage, 2014, ca. 7000 Seiten, 2 Bände, gebunden Leinen, Kommentar
ISBN 978-3-504-47102-6

Normalpreis: **379,00 €**

Subskriptionspreis: 329,00 €

355*Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen*

(1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so sind der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. Aus der Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.

(2) Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage. Sie beginnt mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist.

(3) Im Falle des Widerrufs sind die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren. Bestimmt das Gesetz eine Höchstfrist für die Rückgewähr, so beginnt diese für den Unternehmer mit dem Zugang und für den Verbraucher mit der Abgabe der Widerrufserklärung. Ein Verbraucher wahrt diese Frist durch die rechtzeitige Absendung der Waren. Der Unternehmer trägt bei Widerruf die Gefahr der Rücksendung der Waren.

- 1 **I. Zweck der Vorschrift.** Die Regelung über das Widerrufsrecht des Verbrauchers dient der Verwirklichung des allen Verbraucherschutzbestimmungen gemeinsamen Ziels, den Verbraucher durch **Einräumung einer nachträglichen Bedenkzeit** vor Gefahren zu schützen, die sich aus voreiligen oder schwer zu durchschauenden Geschäften mit einem Unternehmer ergeben können. Der Verbraucher, dem regelmäßig eine geringere geschäftliche Erfahrung unterstellt wird, soll vom Vertrag Abstand nehmen können, ohne dass hierfür ein bestimmter Grund vorliegen muss. Denn der unternehmerisch Tätige, der grds über eine größere Kenntnis in Bezug auf den Vertragsgegenstand verfügt, soll sich keine Vorteile aufgrund Überrumpelung oder unvollständiger Informationen des Verbrauchers verschaffen können (ausf und krit zur Rechtfertigung von Widerrufsrechten Eidenmüller AcP 2010, 67ff). § 355 ist ebenso wie die hierauf verweisenden Vorschriften halbzwingend, weshalb die Regelungen nur zugunsten des Verbrauchers abbedungen werden können; s aber Rn 4 zur Möglichkeit, in AGB zu bestimmen, dass der Unternehmer erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zur Leistung verpflichtet ist.
- 2 Durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (VRRLL-UG) v 20.9.2013 (BGBl I 3642) wurde § 355 neu strukturiert, um die Vorschrift übersichtlicher zu gestalten (BT-Drucks 17/12637, 10). **Abs I** setzt die gesetzliche Einräumung eines Widerrufsrechts voraus und regelt die Ausübung des Widerrufs. Die Anforderungen an die Ausübung wurden dahin gehend geändert, dass ein Widerruf nun nicht mehr in Textform erforderlich ist, sondern formfrei erfolgen kann (BT-Drucks 17/12637, 60). Von dieser Vorschrift kann zugunsten des Verbrauchers abgewichen werden. Die Widerrufsfrist wird sodann in **Abs II** bestimmt. Nach Abs II S 1 beträgt die **Widerrufsfrist** „14 Tage“. Die an eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung zu stellenden Anforderungen sind nun vollständig in Art 246ff EGBGB geregelt, also aus dem BGB ausgegliedert. Abs II S 2 setzt den Beginn der Widerrufsfrist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest, sofern nicht in Spezialvorschriften (§§ 356ff) etwas anderes bestimmt ist. **Abs III** regelt die Folgen eines Widerrufs. **Satz 1** stellt hierbei eine Anspruchsgrundlage dar, nach welcher der Verbraucher verpflichtet ist, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. In den folgenden Vorschriften können jedoch speziellere Regelungen getroffen werden. Für den Fall, dass das Gesetz eine Höchstfrist für die Rückgewähr der Leistung bestimmt, setzt **Satz 2** den Fristbeginn bzgl der Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen für den Unternehmer auf den Zeitpunkt des Zugangs der Widerrufserklärung und für den Verbraucher auf die Abgabe der Widerrufserklärung fest. Der Verbraucher wahrt gemäß **Satz 3** die Rückgewährfrist, indem er die Ware rechtzeitig absendet. Für die Rücksendung der Ware im Falle eines Widerrufs trägt der Unternehmer nach **Satz 4** die Gefahr der Rücksendung (früher § 357 II S 2).
- 3 **II. Widerrufsrecht, Abs I S 1. 1. Anwendungsbereich.** § 355 stellt eine grds abschließende Vorschrift zur Rückabwicklung eines Vertrags im Falle des Widerrufs dar. Es entfällt somit nun der Verweis auf die Vorschriften über den Rücktritt. § 355 regelt den Widerruf für alle Verbraucherverträge, wobei in den folgenden Vorschriften modifizierte Widerrufsmöglichkeiten und -folgen für bestimmte Vertragstypen normiert sind. Durch die Umsetzung der VRRLL werden die bisher bei den jew Vertragstypen geregelten Vorschriften über den Widerruf an zentraler Stelle in den §§ 355 ff zusammengeführt. Ein Widerrufsrecht ist für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, Fernabsatz-, Teilzeit-Wohnrechte-, Verbraucherdarlehens-, Ratenlieferungsverträge und Finanzierungshilfen in §§ 312g, 485, 495, 506 und 510 vorgesehen, die auf § 355 verweisen. Gemeinsam ist diesen Verträgen, dass einem Verbraucher (§ 13) als Vertragspartner ein Unternehmer (§ 14) gegenübertritt. Ebenso verweist § 4 I S 1 FernUSG auf § 355. Keine Anwendung findet die Vorschrift hingegen auf im VVG geregelte Widerspruchs-, Widerrufs- und Rücktrittsrechte, insb § 8 VVG.
- 4 **2. Rechtsnatur.** Nach Abs I S 1 sind weder der Verbraucher noch der Unternehmer (in Umsetzung des Art 12 VRRLL) an ihre auf den Abschluss eines Vertrags gerichteten Willenserklärungen mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung aufgrund eines durch Gesetz eingeräumten Widerrufsrechts fristgerecht widerrufen hat. Bereits nach dem - sich an die Formulierung des FernUSG anlehenden - Wortlaut des Gesetzes ist damit der Vertragsschluss für den Verbraucher zunächst verbindlich. Unter § 355 fallende Verträge sind also bis zur Ausübung des Widerrufsrechts „**schwebend wirksam**“ (so ausdr die RegBegr zu § 361a aF, BT-Drucks 14/2658, 41, 47; abl Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 2). Der grds zur Erfüllung verpflichtete Unternehmer kann nach § 308 Nr 1 Hs 2 die Vereinbarung treffen, dass er seine vertraglich geschuldete Leistung erst erfüllt, wenn die Widerrufsfrist verstrichen ist und feststeht, dass der Vertrag zur Durchführung gelangt (Jauernig/Stadler Rn 7; Staud/Kaiser Rn 26). Aus § 308 Nr 1 Hs 2 ergibt sich, dass der Verkäufer die Erfüllung von dem Ablauf der Widerrufsfrist abhängig

machen kann. Das gilt allerdings nur, wenn nicht der Erhalt der Ware Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist (so nach § 356 II). Da der Vertrag von Anfang an wirksam ist, ist der Verbraucher nicht zur Verweigerung der Gegenleistung bis zum Ende der Widerrufsfrist berechtigt (ebenso MüKo/Masuch Rn 37; aA Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 3). Der Vertrag wird bei Wegfall des Widerrufsrechts wegen Fristablaufs endgültig wirksam. Insoweit ergibt sich letztlich kein Unterschied zum Anfechtungsrecht nach § 142 I (Härtig FernAbsG Anh § 3 Rn 12). Dem Verbraucher steht deshalb ein **Gestaltungsrecht** zu, vermöge dessen er durch Widerruf seiner Erklärung den Vertrag ex nunc in ein **Abwicklungsverhältnis** umgestalten kann (von Koppenfels WM 2001, 1360, 1362; vgl auch Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 4: besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht). Dieses Recht steht nach § 1357 auch dem mithaftenden Ehegatten des Verbrauchers (Ciebull/Pützhoven FamRZ 1996, 1124) zu. Gleiches gilt für den vollmachtlosen **Vertreter** (§ 179; BGH NJW-RR 1991, 1074; vgl im Einz dazu auch § 13 Rn 11). Das vererbliche Recht kann mit den Rechten und Pflichten aus dem Vertrag übertragen werden (Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 2).

Demgegenüber war die Rechtsnatur des Widerrufsrechts früher heftig umstr (dazu BGH 31, 82, 85ff). In der Literatur wurde es überwiegend als Gestaltungsrecht angesehen (vgl nur MüKo/Ulmer⁴ § 361a aF Rn 31; Bülow⁴ § 7 VerbrKrG Rn 24). Deshalb sollten die allg Rechtsgrundsätze der §§ 104ff gelten. Hingegen war nach aA, die insb von der Rspr vertreten wurde, das Widerrufsrecht als rechtshindernde Einwendung anzusehen (BGH 131, 82; ebenso Erman/Saenger¹⁰ § 1 HausTWG Rn 2, 8). Dies hatte zur Folge, dass das Widerrufsrecht nach HausTWG und VerbrKrG zur „schwebenden Unwirksamkeit“ führte.

3. Voraussetzungen. Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht nach § 355 nur zu, wenn die Voraussetzungen einer der in Rn 3 genannten **Verweisungsvorschriften** vorliegen (zur Frage des Entstehens eines Widerrufsrechts aufgrund einer Widerrufsbelehrung, obwohl kein gesetzliches Widerrufsrecht besteht, s § 312g Rn 3). Weiterhin muss der Verbraucher (§ 13) ggü einem Unternehmer (§ 14) eine auf einen **Vertragsabschluss** gerichtete Willenserklärung abgegeben haben, ohne dass es aber bereits zum Vertragsschluss gekommen sein muss. Deshalb kommt ein Widerruf selbst bei einem nichtigen Vertrag in Betracht, um etwa bei einem Gesetzes- oder Sittenverstoß die Anwendung der ggü dem Bereicherungsrecht für den Verbraucher günstigeren Vorschriften über die Rückabwicklung nach dem Widerruf zu eröffnen (BGH NJW 2010, 610; aA OLG Düsseldorf BKR 2012, 240; LG Bamberg VersR 2011, 1251). Ein Anspruch des Verbrauchers aus § 355 III S 1 kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn ihm arglistiges Verhalten zur Last fällt. Die **Ausübung** des Widerrufsrechts richtet sich nach Abs I S 2, wobei insb die nach Abs II oder Spezialvorschriften zu bestimmende Widerrufsfrist einzuhalten ist. Die **Rechtsfolgen** des form- und fristgerechten Widerrufs ergeben sich aus Abs III und §§ 357ff.

III. Ausübung des Widerrufsrechts, Abs I S 2. Die Voraussetzungen einer wirksamen Widerrufserklärung ergeben sich aus Abs I S 2. Der bedingungsfeindliche Widerruf ist eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**. Diese Erklärung muss mit Umsetzung der VRRl nicht mehr in Textform erklärt werden. Allerdings reicht künftig eine konkludente Widerrufserklärung durch Rücksendung der Ware nicht mehr aus, es sei denn, die Parteien haben das vertraglich so vereinbart (BT-Drucks 17/12637, 60). Dennoch ist weiterhin ein Widerruf in Textform für den Verbraucher sinnvoll, da er die Beweislast für einen fristgerechten Widerruf des Vertrags seinerseits trägt (BT-Drucks 17/12637, 60). Der Verbraucher hat dem Unternehmer den Widerruf deutlich bzw eindeutig zu erklären (Erwägungsgrund 44 der VRRl; Unger ZEuP 2012, 270, 289). Die Widerrufserklärung muss nicht als solche bezeichnet sein. Vielmehr muss der Wille des Verbrauchers erkennbar sein, den Vertrag nicht durchführen zu wollen (BGH 97, 351, 359). Wegen der für den Verbraucher günstigen Rechtsfolgen des Widerrufs kann ein solcher im Wege der Auslegung der Erklärung auch anzunehmen sein, wenn Begriffe wie „Rücktritt“, „Kündigung“ oder „Anfechtung“ verwendet werden (aA aber AG Schopfheim MMR 2008, 427 für die Erklärung des Verbrauchers, er habe „eine Rücksendung“; wollte man der Ansicht des Gerichts folgen, es sei „nicht ausreichend klar, aus welchem Grunde eine Rücksendung beabsichtigt ist“, liefe dies für den Widerruf entgegen § 355 I S 2 auf das Erfordernis einer Begründung hinaus). Gerade weil dem Verbraucher der Widerruf möglich sein soll, ohne dass hierfür ein bestimmter Grund vorliegt, braucht dieser **keine Begründung** zu enthalten (BGH NJW-RR 2012, 1197). Ausreichend ist die gerichtliche Erklärung zu Protokoll (BGH 94, 226, 230 zum AbzG) oder in einem in der mündlichen Verhandlung dem Gericht übergebenen Schriftsatz, von dessen Inhalt der Unternehmer Kenntnis erhält (BGH 109, 314, 320; Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 6).

Angesichts seines Charakters als Gestaltungsrecht ist das Widerrufsrecht **bedingungsfeindlich** (BaRo/Grothe Rn 12 aE). Zulässig ist es aber, den Widerruf hilfsweise für den Fall zu erklären, dass der etwa vom Verbraucher vorgebrachte Einwand der Nichtigkeit des Vertrags erfolglos bleibt. Das ergibt sich vor allem aus einer Parallele zu der (weitgehend unstr) zulässigen Eventualanfechtung (dazu BGH NJW 1968, 2099). Das Widerrufsrecht besteht aber nur **innerhalb der Widerrufsfrist**. Diese ist gewahrt, wenn die Widerrufserklärung vor deren Ablauf abgesandt wird (Abs I S 5). Der Zeitpunkt des Zugangs beim Vertragspartner ist grds unbeachtlich. Gleichwohl wird der Widerruf, wie bei § 121 I S 2, erst mit Zugang der empfangsbedürftigen Willenserklärung wirksam (Pal/Grüneberg § 355 nF Rn 8). Das gesetzlich eingeräumte Widerrufsrecht bleibt dem Verbraucher bei Untergang oder Verschlechterung des Vertragsgegenstandes erhalten. In diesem Fall kann er aber nach § 357 VII (Verweis auch in § 357c S 2) oder § 357b II zum Wertersatz verpflichtet sein.

IV. Widerrufsfrist, Abs II. Zweck der Widerrufsfrist ist es, dem Verbraucher eine nachträgliche Bedenkzeit (ohne Druck) einzuräumen. Durch das VerbrKrRL-UG wurden die Regelungen zur Widerrufsfrist in § 355 neu strukturiert und damit übersichtlicher. In Umsetzung der VRRl ist die Vorschrift noch „schlanker“ geworden, weil Form und Inhalt der Widerrufsbelehrung nunmehr vollständig in Art 246ff EGBGB ausgelagert wurden. Abs II

§ 356

Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

befasst sich ausschließlich mit der Länge, Abs III mit der Rückgewähr der empfangenen Leistungen im Falle eines Widerrufs.

- 9 **1. Regelmäßige Widerrufsfrist, Abs II S 1.** Seit Inkrafttreten des VerbrKrRL-UG v 29.7.2009 (BGBl I 2355) beträgt die in Abs II S 1 geregelte Widerrufsfrist nicht mehr „zwei Wochen“, sondern **14 Tage**, um die Formulierung an die Terminologie der VerbrKrRL 2008/48/EG und der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen anzupassen (BT-Drucks 16/11643, 70).
- 10 **2. Regelmäßiger Fristbeginn, Abs II S 2.** Die Frist beginnt nach dem gesetzlichen Regelfall mit Vertragsschluss. Voraussetzung ist, dass dem Verbraucher spätestens **bei Vertragsschluss** eine ordnungsgemäße Belehrung iSd Art 246a § 1 II S 1 Nr 1 oder Art 246b § 2 I zur Verfügung gestellt wird (§ 356 III). Abw von Abs II S 1 sieht § 356 II bei einem Verbrauchergüterkauf vor, dass der Verbraucher die Ware (bzw die letzte Ware, die letzte Teilsendung, das letzte Stück oder die erste Ware) erhalten hat. Nach § 356a I beginnt die Widerrufsfrist bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen, Verträgen über ein langfristiges Urlaubsprodukt, Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen erst mit dem Erhalt der Vertragsurkunde oder der Abschrift des Vertrags, wenn diese erst nach Vertragsschluss ausgehändigt wird. Auch für diese Verträge ist der Erhalt der vorvertraglichen Informationen Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist (§ 356a II, III). Ähnliche Regelungen enthalten die Sondervorschriften für das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen (§ 356b; nach dessen Abs I muss die Vertragsurkunde oder der Antrag des Darlehensnehmers zur Verfügung gestellt werden, wobei eine Abschrift ausreichend ist; nach dessen Abs II bedarf es der Pflichtangaben nach § 492 II; Besonderheiten gelten für den Fall des § 494 VII, s § 356b III) und Ratenlieferungsverträgen (§ 356c; nach dessen Abs I ist eine Unterrichtung über das Widerrufsrecht nach Art 246 III EGBGB erforderlich).
- 11 **V. Widerrufsfolgen. 1. Rückgewähr, Abs III S 1.** Widerrufs der Verbraucher gem Satz 1 den Vertrag, hat er die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren. Satz 1 stellt die Anspruchsgrundlage für die Rückgewähr der empfangenen Leistungen dar. §§ 357ff enthalten teilweise speziellere Regelungen, die Abs III S 1 vorgehen. Die Rückgewähr hat unverzüglich zu erfolgen, also unmittelbar ohne schuldhaftes Zögern (s § 121 I).
- 12 **2. Frist zur Rückgewähr, Abs III S 2.** Der Beginn der Frist für die Rückgewähr der empfangenen Leistungen wird durch Satz 2 festgelegt, wenn das Gesetz eine Höchstfrist für die Rückgewähr bestimmt. Gesetzlich vorgesehen sind Höchstfristen in § 357 I und § 357a I. Maßgeblicher Zeitpunkt des Fristbeginns für den Verbraucher ist hierbei die Abgabe seiner Widerrufserklärung (Art 14 Abs I VRRRL). Der Verbraucher kann die empfangene Ware an eine vom Unternehmer bevollmächtigte oder beauftragte Person zurückgewähren (BT-Drucks 17/12637). Auf Seite des Unternehmers beginnt die Frist erst zu laufen, sobald ihm die Widerrufserklärung zugegangen ist.
- 13 **3. Fristwahrung, Abs III S 3.** Der Verbraucher kann durch rechtzeitige Rücksendung der Ware die Frist zur Pflicht der Rückgewähr der empfangenen Leistungen einhalten, wobei es auf die Absendung ankommt (Satz 3).
- 14 **4. Gefahrtragung der Rücksendung, Abs III S 4.** Grds **trägt der Unternehmer** nach Abs III S 4 die Gefahr der Rücksendung (früher § 357 II S 2, der darüber hinaus noch die Regelung enthielt, dass der Unternehmer die Kosten der Rücksendung zu tragen hatte). Der Verbraucher ist somit nicht ersatzpflichtig, falls die Ware auf dem Transportweg untergeht oder sich verschlechtert. Der Verbraucher behält in einem solchen Fall den vollen Rückerstattungsanspruch. Bei der Rücksendung der Ware obliegt dem Verbraucher die Pflicht, die Ware ordentlich und für den Transport angemessen zu verpacken (BT-Drucks 17/12637). Zwar ist er nicht verpflichtet, die Originalverpackung zu verwenden, aber er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Ware durch die Verpackung so geschützt ist, dass sie unter gewöhnlichen Transportbedingungen unbeschädigt beim Unternehmer ankommen kann.
- 15 **VI. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen.** Auf die zum Vertragsschluss führende Willenserklärung des Verbrauchers sind die Regeln über Willenserklärungen und über das Zustandekommen von Verträgen anzuwenden. **Rechtsbehelfe**, die dem Verbraucher **aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen** (zB wegen arglistiger Täuschung, Irrtums, mangelnder Geschäftsfähigkeit) zustehen, werden hierdurch **nicht berührt**. Entspr dem Schutzzweck ist dem Verbraucher das Recht, seine Willenserklärung zu widerrufen, auch zuzubilligen, wenn die Willenserklärung anfechtbar (§§ 119, 123) oder nichtig (§§ 134, 138) ist oder wenn dem Verbraucher ein gesetzliches oder vertragliches Rücktrittsrecht zusteht (BGH ZGS 2010, 78; dazu Skamel ZGS 2010, 106). Erklärt der Verbraucher vor Ablauf der Widerrufsfrist die Anfechtung seiner Willenserklärung oder den Rücktritt vom Vertrag, kann dies nach den Umständen als Widerruf aufzufassen sein. Andererseits kann ein nicht fristgerecht erklärter Widerruf als Rücktritt oder Kündigung zu verstehen sein, sofern iÜ die Voraussetzungen für Rücktritt oder Kündigung gegeben sind (BGH ZIP 82, 1212 = WM 82, 1027 - Rücktritt; BGH 87, 113, 120f - Kündigung).

356

Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen

(1) Der Unternehmer kann dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen, das **Muster-Widerrufsformular** nach Anlage 2 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche oder eine andere eindeutige Widerrufserklärung auf der Webseite des Unternehmers auszufüllen und zu übermitteln. Macht der Verbraucher von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss der Unternehmer dem Verbraucher den Zugang des Widerrufs unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger bestätigen.

(2) Die Widerrufsfrist beginnt

1. bei einem Verbrauchsgüterkauf,

- a) der nicht unter die Buchstaben b bis d fällt, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die Waren erhalten hat,

- b) bei dem der Verbraucher mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt hat und die Waren getrennt geliefert werden, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die letzte Ware erhalten hat,
 - c) bei dem die Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken geliefert wird, sobald der Verbraucher oder ein vom Verbraucher benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die letzte Teilsendung oder das letzte Stück erhalten hat,
 - d) der auf die regelmäßige Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum gerichtet ist, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die erste Ware erhalten hat,
2. bei einem Vertrag, der die nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge angebotene Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, die Lieferung von Fernwärme oder die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten zum Gegenstand hat, mit Vertragsschluss.

(3) Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt. Satz 2 ist auf Verträge über Finanzdienstleistungen nicht anwendbar.

(4) Das Widerrufsrecht erlischt bei einem Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen auch dann, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert. Bei einem Vertrag über die Erbringung von Finanzdienstleistungen erlischt das Widerrufsrecht abweichend von Satz 1, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt.

(5) Das Widerrufsrecht erlischt bei einem Vertrag über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten auch dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat, nachdem der Verbraucher

1. ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, und
2. seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch seine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrags sein Widerrufsrecht verliert.

I. Zweck. Handelt es sich um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (§ 312b) oder einen Fernabsatzvertrag (§ 312c), findet § 356 auf das Widerrufsrecht Anwendung. Die Vorschrift soll dem Verbraucher **Rechtssicherheit** über das Bestehen bzw Erlöschen des Widerrufsrechts bieten. Es werden daher zum einen der Fristbeginn und zum anderen Ausschlussfristen des Widerrufsrechts normiert. Zudem regelt § 356 die Möglichkeit für den Unternehmer, sich eines Muster-Widerrufsformulars oder einer anderen eindeutigen Widerrufserklärung zu bedienen, welches auf der Internetseite des Unternehmers auszufüllen und abzusenden ist.

II. Anwendungsbereich. Die Norm findet Anwendung auf alle Verträge, welche außerhalb von Geschäftsräumen und im Fernabsatz geschlossen werden. Ausgenommen von § 356 sind Verbraucherdarlehensverträge, für die § 356b spezielle Voraussetzungen beinhaltet. Zudem finden sich in den einzelnen Absätzen der Vorschrift Ausnahmen und Besonderheiten für Verträge über die Erbringung von Finanzdienstleistungen (Abs III S 3, Abs IV S 2).

III. Widerrufserklärung und Bestätigung, Abs I. Der Unternehmer hat dem Verbraucher für den Fall, dass er ihm den Widerruf per Internet mittels eines **Muster-Widerrufsformulars** (Anlage 2 zu Art 246a § 1 II EGBGB) oder eines anderen eindeutigen Widerrufsformulars einräumt, unverzüglich eine Bestätigung des Zugangs des Widerrufs auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln. Diese Vorschrift kommt sowohl dem Unternehmer als auch dem Verbraucher zugute. Der Verbraucher kann den fristgerechten Widerruf beweisen; ihn trifft hierfür die Beweislast (BT-Drucks 17/12637, 60). Der Unternehmer hingegen spart durch einen automatisierten Widerruf Kosten und Mühen, da er, das Formular unmittelbar dem jew Kundenkonto zuordnen kann (BT-Drucks 17/12637, 60). Das stellt zudem eine Zeitersparnis für den Unternehmer dar. Ansonsten müsste er die per Post, E-Mail oder Telefax eingegangenen Widerrufserklärungen jew selbst der betroffenen Bestellung zuordnen.

IV. Fristbeginn, Abs II. Abs II regelt Besonderheiten für den Fristbeginn des Widerrufsrechts. Grds ist dieser in § 355 II S 2 geregelt und auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** festgesetzt.

1. Nr 1 regelt den Beginn der Widerrufsfrist bei einem **Verbrauchsgüterkauf** (§ 474 I), wobei hier an verschiedene Situationen bzgl der Lieferung der Ware (lit a-d) angeknüpft wird. Fristbeginn ist bei einem Verbrauchsgüterkauf grds, wenn der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer der Ware ist, an dieser physischen Besitz erlangt hat (**lit a**) (BT-Drucks 17/12637, 60).

2. Etwas **Abw** ergibt sich allerdings, wenn die Ware nicht komplett in einer Lieferung an den Verbraucher gelangt. Lit b-d sehen verschiedene Konstellationen der Lieferung einer Ware vor. Einhergehend damit wird der Fristbeginn bestimmt.

- 7 **a) Lit b** regelt den Fall, dass **mehrere Waren** zwar in einem einzigen Vorgang bestellt worden sind, aber zu **unterschiedlichen Zeitpunkten** an den Verbraucher geliefert werden. Die Widerrufsfrist beginnt erst mit Auslieferung der **letzten Teilleistung** an den Verbraucher. Hierbei ist jedoch durch Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln, ob die Vertragsparteien nicht die einzelnen Lieferungen als voneinander unabhängig ansehen, da sie auf getrennt voneinander zu behandelnden Kaufverträgen beruhen (BT-Drucks 17/12637, 61). Das kann bspw. angenommen werden, wenn es sich um komplett unterschiedliche Waren handelt, die in keinem Zusammenhang stehen. Die Widerrufsfrist beginnt dann jew. mit Auslieferung der einzelnen Ware an den Verbraucher.
- 8 **b) Lit c** setzt unter dem gleichen Aspekt den Beginn der Widerrufsfrist für den Fall, dass eine Ware in **mehreren Teilsendungen** geliefert wird, auf den Zeitpunkt fest, in welchem die letzte Teilsendung beim Verbraucher eintrifft. Der Unterschied zu lit b liegt darin, dass es sich hierbei um die Lieferung einer einzelnen Ware handelt, die in einzelnen Stücken geliefert wird, wohingegen bei lit b mehrere verschiedene Waren geliefert werden, die aber in einem Vorgang zusammen bestellt worden sind.
- 9 **c)** Zuletzt normiert **lit d** für den Verbrauchsgüterkauf, der auf die **regelmäßige Lieferung** von Waren über einen festgelegten Zeitraum gerichtet ist, dass die Widerrufsfrist mit Erhalt der ersten Ware beginnt. In diesen Konstellationen erscheint ein Abstellen auf die (mitunter frühe) erste Lieferung gerechtfertigt, um eine unzumutbare Belastung des Unternehmers zu verhindern.
- 10 **3. Sinn und Zweck** dieser besonderen Vorschriften über den Beginn der Widerrufsfrist liegt darin, dass der Verbraucher die Ware erst in Augenschein nehmen können soll, bevor die Widerrufsfrist zu laufen beginnt. Der Unternehmer muss daher liefern, obwohl der Vertrag noch widerruflich ist. Ein Vorbehalt des Unternehmers, mit der Lieferung der Ware erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu beginnen, ist unwirksam (s. zur Gestaltung durch AGB auch § 355 Rn 4). Als Empfänger der Ware ist neben dem Verbraucher jede von diesem benannte andere Person anzusehen.
- 11 **4.** In Nr 2 wird der **Beginn** der Widerrufsfrist für Verträge, die über die Lieferung bestimmter Güter über ein **unbegrenztes Volumen** oder eine unbestimmte Masse geschlossen werden, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegt. Die Vorschrift umfasst die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, die Lieferung von Fernwärme sowie von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten. Eine Differenzierung bzgl. des Beginns der Widerrufsfrist für diese Güter im Vergleich zu Nr 1 ist nötig, da es bei diesen Gütern aufgrund ihrer Beschaffenheit für den Verbraucher nicht notwendig erscheint, die Ware auf Qualität zu prüfen und in Augenschein zu nehmen.
- 12 **V. Widerrufsfrist und Informationspflicht, Abs III S 1.** Das Widerrufsrecht kann seine Schutzwirkung nur entfalten, wenn der Verbraucher Kenntnis von der Möglichkeit zum Widerruf hat. Daher knüpft das Gesetz den Beginn der Widerrufsfrist an eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung. Dabei sind die an die Widerrufsbelehrung zu stellenden formalen Anforderungen in Art 246a § 1 II S 1 Nr 1 oder Art 246b § 2 I EGBGB geregelt. Allerdings ist zu beachten, dass mit Umsetzung der VRRl der Beginn der Widerrufsfrist mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen nicht mehr von der Erfüllung weiterer besonderer Informationspflichten abhängt, wie es bisher in § 312d II aF der Fall war (BT-Drucks 17/12637, 61). Auf die Widerrufsbelehrung hat der Verbraucher einen Rechtsanspruch (EuGH NJW 2005, 355; BGH NJW 2007, 357, 360; Pal/Grüneberg § 355 aF Rn 16; aA Bülow/Artz § 495 Rn 92).
- 13 Bei **Fernabsatzverträgen** wurde nach alter Rechtslage (§ 355 II S 2 aF) eine unverzüglich nach Vertragsschluss erteilte Widerrufsbelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleichgesetzt, wenn der Unternehmer den Verbraucher nach Art 246 § 1 I Nr 10 EGBGB aF unterrichtet hatte. Dies war speziell für den Fall der Internetauktion bedeutend. Durch die Umsetzung der VRRl und somit dem Wegfall dieser Vorschrift ergibt sich allerdings kein Nachteil für Verkäufe auf einer Bietplattform, da nun in Abs II normiert ist, dass die Widerrufsfrist bei derartigen Verträgen erst beginnt, sobald der Käufer die Ware erhalten hat (BT-Drucks 17/12637, 61).
- 14 **VI. Endgültiges Erlöschen des Widerrufsrechts, Abs III S 2.** Die Vorschrift normiert ein endgültiges Erlöschen des Widerrufsrechts auch bei unterbliebener oder fehlerhafter Belehrung zwölf Monate nach Ablauf der ursprünglichen Widerrufsfrist (entspricht der Vorgabe in Art 10 I VRRl). Das stellt eine Neuerung zum bisherigen Recht dar, da bisher bei fehlerhafter oder unterbliebener Belehrung ein unendliches Widerrufsrecht möglich war, sofern der Unternehmer die Belehrung nicht nachholte (Schwab EuZW 2012, 253, 255). Von der Neuregelung ausgenommen sind allerdings Verträge über Finanzdienstleistungen (Abs III S 3), für die es bei der alten Rechtslage (vgl. § 355 IV S 3 aF) verbleibt.
- 15 **VII. Erlöschen des Widerrufsrechts bei einem Dienstleistungsvertrag, Abs IV. 1.** Nach bisheriger Rechtslage (§ 312d III aF) erlosch das Widerrufsrecht bei der Erbringung von Dienstleistungen vor Ablauf der Widerrufsfrist, wenn der Vertrag auf Wunsch des Verbrauchers von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde (BT-Drucks 17/12637, 61). Mit Umsetzung der VRRl ergibt sich keine wesentliche Änderung; weiterhin ist für das Erlöschen des Widerrufsrechts bei Dienstleistungsverträgen notwendig, dass der Unternehmer seinerseits die Dienstleistung **vollständig erbracht** und mit Ausführung der Dienstleistung erst nach ausdr. **Zustimmung** des Verbrauchers begonnen hat (Art 16 lit a VRRl). Zusätzlich hat nun der Verbraucher ausdr. zu bestätigen, dass er zur Kenntnis genommen hat, durch unternehmerseitig vollständige Vertragserfüllung sein Widerrufsrecht zu verlieren (BT-Drucks 17/12637, 61). Die bloße Kenntnisnahme der Vertragserfüllung ist nicht ausreichend. Nach neuer Rechtslage ist nicht mehr erforderlich, dass der Verbraucher seine Verpflichtung aus dem Vertrag ebenso vollständig erfüllt hat.

2. Eine Ausnahme besteht hierzu für Verträge über Finanzdienstleistungen (Abs IV S 2). Für diese bleibt die alte Rechtslage nach wie vor bestehen, dh das Widerrufsrecht erlischt weiterhin erst, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdr Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt wurde (BT-Drucks 17/12637, 61).

VIII. Lieferung digitaler Inhalte, Abs V. Für das Erlöschen des Widerrufsrechts des Verbrauchers bei der Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger wie zB CD-ROM oder DVD befindlichen digitalen Inhalten reicht es aus, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat – die vollständige Erfüllung ist somit nicht nötig. Dies setzt voraus, dass der Verbraucher zuvor nach Nr 1 seine ausdr Zustimmung erteilt hat und kumulativ nach Nr 2 bestätigt hat, dass er Kenntnis vom Erlöschen seines Widerrufsrechts mit Beginn der Vertragserfüllung hat (BT-Drucks 17/12637, 61). Durch die Zustimmung und Bestätigung soll der Verbraucher vor übereilten Entscheidungen geschützt werden. Durch die zwei Stufen (zunächst Zustimmung und daraufhin Bestätigung) wird die Vorschrift diesem Zweck gerecht. Nicht erforderlich ist es hingegen, dass der Verbraucher bereits die nachvertragliche Bestätigung iSv § 312f Abs BGB erhalten hat (aA Unger ZEuP 2012, 270, 301). Die Vorschrift greift auch bei Apps (Mankowski CR 2013, 508, 513ff).

356a *Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen, Verträgen über ein langfristiges Urlaubsprodukt, bei Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen*

(1) Die Widerrufsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder des Abschlusses eines Vorvertrags. Erhält der Verbraucher die Vertragsurkunde oder die Abschrift des Vertrags erst nach Vertragsschluss, beginnt die Widerrufsfrist mit dem Zeitpunkt des Erhalts.

(2) Sind dem Verbraucher die in § 482 Absatz 1 bezeichneten vorvertraglichen Informationen oder das in Artikel 242 § 1 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bezeichnete Formblatt vor Vertragsschluss nicht, nicht vollständig oder nicht in der in § 483 Absatz 1 vorgeschriebenen Sprache überlassen worden, so beginnt die Widerrufsfrist abweichend von Absatz 1 erst mit dem vollständigen Erhalt der vorvertraglichen Informationen und des Formblatts in der vorgeschriebenen Sprache. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens drei Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt.

(3) Ist dem Verbraucher die in § 482a bezeichnete Widerrufsbelehrung vor Vertragsschluss nicht, nicht vollständig oder nicht in der in § 483 Absatz 1 vorgeschriebenen Sprache überlassen worden, so beginnt die Widerrufsfrist abweichend von Absatz 1 erst mit dem vollständigen Erhalt der Widerrufsbelehrung in der vorgeschriebenen Sprache. Das Widerrufsrecht erlischt gegebenenfalls abweichend von Absatz 2 Satz 2 spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt.

(4) Hat der Verbraucher einen Teilzeit-Wohnrechtvertrag und einen Tauschsystemvertrag abgeschlossen und sind ihm diese Verträge zum gleichen Zeitpunkt angeboten worden, so beginnt die Widerrufsfrist für beide Verträge mit dem nach Absatz 1 für den Teilzeit-Wohnrechtvertrag geltenden Zeitpunkt. Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend.

I. Zweck. Die Vorschrift normiert Einzelheiten der Widerrufsfrist für Teilzeit-Wohnrechtverträge, Verträge über ein langfristiges Urlaubsprodukt sowie bei Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen. Es wird zum einen der Beginn der Widerrufsfrist festgesetzt, zum anderen erfolgen Vorgaben über die Belehrung und das Erlöschen des Widerrufsrechts. § 356a dient der Umsetzung von Art 6 II-V der neuen Timesharing-RL (RL über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen v 14.1.2009, 2008/122/EG, ABI EG Nr L 33, 10).

Die Vorschrift entspricht dem früheren § 485a. Durch die Eingliederung in § 356a sollen das Widerrufsrecht besser strukturiert und – ohne inhaltliche Änderung – alle Regelungen über den Widerruf an einer Stelle im Gesetz zusammengeführt werden (BT-Drucks 17/12637, 62).

II. Fristdauer. Die Widerrufsfrist beträgt für alle Verträge 14 Tage (§ 355 II S 1). Eine Verlängerung der Frist bei Verletzung von Informationspflichten ist nicht vorgesehen. Stattdessen schließt eine solche Pflichtverletzung bereits den Beginn der Widerrufsfrist aus.

III. Fristbeginn. 1. Von der Dauer der Widerrufsfrist ist der Fristbeginn zu unterscheiden. Dieser ist von besonderer Bedeutung, weil die Frist im Vergleich zu der Länge der Laufzeit von Teilzeit-Wohnrechtverträgen eher kurz ausfällt (näher Staud/Martinek § 485 Rn 16). Die Vorschrift knüpft in Abs I S 1 beim Widerrufsrecht an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw des Abschlusses eines Vorvertrags an. Der Fristbeginn kann aus Gründen, die sich gegenseitig nicht ausschließen (vgl Pal/Weidenkaff § 485a Rn 4), hinausgeschoben sein.

2. Die Frist beginnt nicht, bevor der Unternehmer seiner Pflicht aus § 484 III S 1 nachgekommen ist und dem Verbraucher die Vertragsurkunde in Original oder Kopie überlassen hat (Abs I S 2). Die Frist läuft dann erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher das Dokument erhält. Gleiches muss gelten, wenn der Verbraucher nicht eine nach § 484 III S 2, 3 erforderliche Übersetzung erhält.

3. **Vorvertragliche Informationspflichten, Abs II.** In Abs II werden die Auswirkungen der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten vereinheitlicht. Die Widerrufsfrist kann nur beginnen, wenn der Unternehmer dem Verbraucher die vorgeschriebenen vorvertraglichen Informationen unter Verwendung des Formblatts zur Verfügung gestellt hat (§ 482 I, Art 242 § 1 II EGBGB). Nicht nur das Fehlen einzelner Informationen oder der Informationen im Ganzen, sondern auch die Verwendung einer falschen Sprache (§ 483 I) verhindert den Beginn der Widerrufsfrist. Ist ebenso der Vertrag nicht in der vorgeschriebenen Sprache abgefasst, kommt dieser Rechts-

630a BGB – Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag

(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.

(2) Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

I. Behandlungsvertrag	1
1. Rechtslage vor PatRG	2
2. Abgrenzung zum Werkvertrag	3
3. Vertragsschluss	
a) Allgemeines	5
b) Mit GKV-Versicherten?	6
c) Vertragslose Behandlungsverhältnisse	7
d) Vertrag über widerrechtliche Leistungen	8
4. Vertragsinhalt	9
5. Nebenpflichten	11
6. Vertragsparteien	
a) Behandelnder	13
b) Patient	25
II. Vereinbarte Vergütung	28
1. Selbstzahler	29
2. Zahlungspflicht Dritter	31
III. Fachlicher Standard	
1. Behandlungs“qualität“	
a) Definition des Standards	34
b) Eigener GKV-Standard?	37
c) Standardbestimmung	38
d) Richt- und Leitlinien	39
e) Standards	40
2. Zum Zeitpunkt der Behandlung	41
3. Abweichende Vereinbarung	42
4. Vertragslose Behandlung	44

- 1 **I. Behandlungsvertrag.** Das PatRG fügt mit § 630a einen bisher im BGB nicht explizit beinhalteten Vertragstyp ein, den der Gesetzgeber als eine „spezielle Form des Dienstvertrags“ (BT-Drucks 17/10488, 17) ausgestaltet hat (vgl auch vor § 630a Rn 4).
- 2 **1. Rechtslage vor Inkrafttreten des PatRG.** Der Behandlungsvertrag war bis zur Einführung durch das PatRG (v 20.2.2013, BGBl I 2013, 277) im BGB nicht explizit geregelt. Für den *Arztvertrag* war anerkannt, dass es sich um einen Dienstvertrag gem §§ 611 ff handle. Die Rspr nutzte aber seinerzeit auch schon den Begriff des Behandlungsvertrags (BGH 47, 75; 76, 259; 97, 273), auch für die Behandlung durch Zahnärzte (BGH GesR 2011, 414), Psychotherapeuten (München NJW 1984, 1826) und Heilpraktiker (Stuttgart VersR 2009, 992).
- 3 **2. Abgrenzung zum Werkvertrag.** Beim Behandlungsvertrag handelte es sich nach einhelliger Meinung, bereits vor Inkrafttreten des PatRG, um einen Dienstvertrag gem §§ 611 ff und nicht um einen Werkvertrag (vgl zB Martis/Winkhart A 401; krit dazu Grams GesR 2012, 513). Geschuldet wird kein Heilerfolg, sondern nur die Dienstleistung des Behandelnden, die ua die Diagnose, Beratung und Therapie umfasst (Prütting/Tigges § 611 BGB Rn 1 ff). Ursächlich dafür ist die Erwägung, dass ein Erfolg der Behandlung am lebenden Organismus im Allg nicht garantiert werden kann und der Behandelnde daher lediglich zu einer „fachgerechten“ Vornahme der Behandlung verpflichtet ist (BT-Drucks 17/10488, 17). Das gilt auch für die **zahnärztliche Behandlung einschl der prothetischen Versorgung**; allerdings ist – wie schon vor Inkrafttreten des PatRG (BGH 63, 306) – für die (rein) außerhalb der spezifischen Heilbehandlung liegenden Leistungen, insb die *handwerkliche* Herstellung (anders schon als die Eingliederung) der Prothese, eine Ergänzung um die gewährleistungsrechtlichen Regelungen des Werkvertragsrechts vorzunehmen. Nichts anderes gilt für sog **kosmetische Operationen** (Hamburg MDR 2006, 873; Köln GesR 2003, 85) oder **Sterilisationen** (BGH 79, 259). Auch der sog **Diagnosevertrag** bzw die Einholung einer sog „**second opinion**“ sind keine Werkverträge, da auch ihnen die typischen Unwägbarkeiten im menschlichen Körper ablaufender Vorgänge innewohnen (zweifelnd Spickhoff VersR 2013, 267, 268 f). Anderes kann – je nach dem Auftrag im Einzelfall – für einen Vertrag über die Erstellung eines **medizinischen Gutachtens** gelten. Die Leistungen, für die ausschließlich das Werkvertragsrecht nach §§ 631 gilt, können nur solche sein, bei denen eine medizinische Be-

handlung nicht vorliegt. Hierzu zählen zB **Labortests** (Stuttgart NVwZ-RR 2006, 6; LG Dortmund GesR 2007, 227), soweit es um die Erhebung (objektiver) Parameter geht, die bloße Erstellung von Röntgenbildern (Düsseldorf MDR 1985, 1028) oder die Anfertigung einer (Zahn-)**Prothese** (BGH NJW 1975, 305; Koblenz NJW-RR 1995, 567). Die werkvertragliche Komponente tritt allerdings umso mehr zurück, als die individuelle Konstellation des Patienten an Bedeutung gewinnt (dh bei Befundung der Laborwerte oder der Röntgenbilder, bei Eingliederung/Anpassung einer Prothese).

Dem Behandelnden bleibt es aber – wie vor Inkrafttreten des PatRG – unbenommen, aufgrund der gegebenen Vertragsfreiheit (BT-Drucks 17/10488, 17) **individualvertraglich** (zB bei zahnprothetischen Maßnahmen [dazu Grams GesR 2012, 513], im Rahmen der sog „Schönheitschirurgie“ uÄ) auch eine Erfolgsgarantie zu vereinbaren. Solchenfalls richtet sich die Rechtsbeziehung nicht nur nach den §§ 630a ff, sondern, insb hins der Gewährleistung und Kündigung, nach Werkvertragsrecht, §§ 631 ff; für eine analoge Anwendung der §§ 630d, 630e in solchen Fällen Spickhoff VersR 2013, 267, 269.

3. Vertragsschluss. a) Allgemeines. Ein Behandlungsvertrag kommt zw den Vertragsparteien nach den allg Regelungen durch Antrag und Annahme (Vor §§ 145 Rn 11 ff) zustande. Vielfach erfolgt der Vertragsschluss zumindest konkludent, indem sich der Patient in die Behandlung des Behandelnden begibt und dieser die Behandlung übernimmt (BGH NJW 2000, 3429). Das entspricht der jedenfalls zivilrechtlichen Rspr vor Inkrafttreten des PatRG (BGH 47, 75; 97, 273, 276; aber auch BVerfG NJW 2005, 1103 für die ambulante ärztliche Behandlung; BGH 76, 259, 261 für die stationäre Behandlung). Beim Vertragsschluss wird nicht differenziert, ob es sich um einen sog Selbstzahler („Privatpatient“) oder um ein Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung („Kassenpatient“) handelt, das gem §§ 11 ff SGB V Anspruch auf Leistung hat.

b) Vertrag mit GKV-Versicherten? Die sozialrechtliche Rspr (BSG 73, 271; aber auch BGH 140, 102), oft im Einklang mit der sozialrechtlichen Literatur (Krause, SGB 1982, 425, 431; Krauskopf/Clemens in Laufs/Kern § 27 Rn 6 ff; Lüke, SGB 1985, 305, 306; Schmidt-De Caluwe VSSR 1998, 207, 224; Schnapp/Düring NJW 1989, 2913, 2916; Schulin VSSR 1994, 362) geht demgegenüber davon aus, dass GKV-Versicherte, jedenfalls bei Inanspruchnahme gesetzlicher Leistungen, insb nach dem SGB V, keinen Vertrag schließen, dass vielmehr ein **öffentlich-rechtl Sonderverhältnis** vorliege (vgl zum Meinungsstand Huster/Kaltenborn/Rehborn § 12 Rn 2 ff; differenzierend, letztlich aber offenlassend GmS-OGB GesR 2013, 249). Praktische Relevanz hat dieser Streit, wenn es um die Einbeziehung Allg Geschäftsbedingungen (insb bei Krankenhausbehandlung, Rehborn GesR 2013, 257) oder ein Ausfallhonorar bei Nichterscheinen des Patienten gem §§ 611, 615 (Spickhoff/Spickhoff §§ 611, 613, 631 Rn 9 mwN) geht. Der Gesetzgeber hat die Anwendung der §§ 630a ff BGB nicht auf Selbstzahler beschränkt, sondern – in Kenntnis der vor Inkrafttreten des PatRG ergangenen sozialrechtlichen Rspr – ausdr die Behandlung GKV-Versicherter einbeziehen wollen; er formuliert unmissverständlich, es sei „der besonderen Konstruktion der gesetzlichen Krankenversicherung geschuldet, dass der Patient und der Arzt zwar einen privatrechtlichen Behandlungsvertrag abschließen und der Arzt aus diesem Vertrag die Leistung der fachgerechten Behandlung“ (BT-Drucks 17/10488, 18) schulde. Gleichwohl überlagere „das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung an dieser Stelle das Privatrecht mit der Folge, dass sich der ansonsten synallagmatische Behandlungsvertrag zw dem Arzt und dem Patienten in ein partiell einseitiges Vertragsverhältnis“ umwandle (BT-Drucks 17/10488, 19). Der im Sozialrecht verbreiteten Gegenansicht wird hierdurch „die Grundlage entzogen“ (Wagner VersR 2012, 789, 793). Zu beachten ist bei GKV-Versicherten dabei allein, dass der Behandlungsvertrag weitestgehend zu gesetzlichen Konditionen, insb auf Basis der Vorgaben des SGB V, abgeschlossen wird („sozialrechtliche Modifikation“, Zuck/Quaas § 13 Rn 5; ähnlich Spickhoff VersR 2013, 267, 270; U. Walter Rn 35).

c) Vertragslose Behandlungsverhältnisse. Die Behandlung auf Basis eines Vertrags stellt den Regelfall dar. Bei grds möglichem Abschluss eines Behandlungsvertrags, der indessen im Einzelfall nicht zustande gekommen ist (zB bei Bewusstlosigkeit des Patienten), greifen die Regelungen der GoA (vgl § 677 Rn 1 ff; eingehend Brennecke 1 ff); gehaftet werden soll in solchen Fällen nach § 280 (vgl § 677 Rn 51). Darüber hinaus gibt es Behandlungen ohne Behandlungsvertrag, insb im Rahmen der Erfüllung öffentlich-rechtl Pflichten, so die Behandlung im Rahmen einer **Unterbringung** nach PsychKG der Bundesländer, auch mit Einverständnis des Untergebrachten (BGH NJW 2008, 1444); die **Behandlung von Soldaten** durch Truppenärzte (BGH 108, 230; 120, 376; zur Abgrenzung von privatärztlicher Tätigkeit LG Berlin MedR 2004, 449), aber auch durch niedergelassene Ärzte auf Weisung eines Bundeswehrarztes (BGH NJW 1996, 2431; Brandenburg VersR 2001, 1428); die **Behandlung Strafgefangener** (Igl/Welti/Nebeldahl Rn 876); die auf Basis der RettG der Bundesländer meist öffentlich-rechtl ausgestaltete Tätigkeit des **Notarztes** (BGH 153, 268 = GesR 2003, 201 mit Anm Petry; BGH 160, 216); die Tätigkeit eines **Durchgangsarztes** (D-Arzt), der **Berufsgenossenschaft** zuzurechnen (zur Abgrenzung von dieser bei Übernahme auch der Behandlung durch ihn BGH MDR 2010, 623), sowie des Heilbehandlungsarztes (H-Arzt; zur Abgrenzung zur zivilrechtlichen Haftung BGH 179, 115) und des von der Berufsgenossenschaft beauftragten Gutachters (Koblenz GesR 2005, 90); Stellungnahmen durch den **Vertrauensarzt** des MDK (BGH VersR 2006, 1684) sowie die öffentlich-rechtl Tätigkeit des Amtsarztes im **Gesundheitsamt** (BGH 63, 265; VersR 2001, 1108; zur Differenzierung bei Impfungen BGH NJW 1990, 2311). Außerhalb öffentlich-rechtl Tätigkeiten fehlt es an einem Vertrag zw Behandelndem und Patient zB bei der auf einem Vertrag des Arbeitgebers mit dem **Betriebsarzt** beruhenden betriebsärztlichen Tätigkeit (LG Paderborn MDR 2001, 1304).

d) Vertrag über widerrechtliche Leistungen. Während Verträge über widerrechtliche oder sittenwidrige Leistungen gem §§ 134, 138 im Regelfall nichtig sind, soll im Falle eines allein auf der Grundlage der Beratungslösung gem § 218a I StGB vorgenommenen Schwangerschaftsabbruchs resp Versuchs desselben (Schwangerschaftsabbruch)

§ 630a

Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

bruch zwar straflos, aber widerrechtlich, BVerf 67, 26; 88, 203), trotz §§ 134, 138 ein wirksamer Behandlungsvertrag zustande kommen können (BVerf 88, 203; BGH 129, 178; VersR 2002, 767).

- 9 4. Vertragsinhalt.** Durch den Behandlungsvertrag wird der Behandelnde „zur Leistung der **versprochenen Behandlung**“ verpflichtet wird. Primär umfasst das die zw den Beteiligten besprochene Vorgehensweise (§ 630c Rn 7). Mit dieser Formulierung hat der Gesetzgeber die Abgrenzung zum Werkvertrag hervorgehoben. Der aus dem Behandlungsvertrag Verpflichtete schuldet lediglich die Leistung, nicht aber einen Erfolg (vgl Rn 3).
- 10** Der Inhalt des Behandlungsvertrags richtet sich primär nach den getroffenen Vereinbarungen der Parteien. Da es in der Praxis vielfach keine expliziten, differenzierten Absprachen über die Behandlung gibt, kommt es auf konkludente Ansprachen an; solche bestehen im Zweifel, orientiert an der Art der Erkrankung und der Indikation der Maßnahmen (Laufs/Katzenmeier/Lipp III Rn 32). Sie umfassen Anamnese, Untersuchung, Diagnosestellung und Therapie nach dem Standard (unten Rn 34 ff), aber auch die sich aus den §§ 630a ff ergebenden sonstigen Pflichten, insb zur Information (§ 630c), zur Aufklärung (§ 630e) und Dokumentation (§ 630f).
- 11 5. Vertragliche Nebenpflichten.** Neben den vertraglich kraft Gesetzes geschuldeten oder im Einzelfall zw den Parteien des Behandlungsvertrags vereinbarten Hauptpflichten bestehen sog unselbständige Nebenpflichten aus dem Behandlungsvertrag; zur Abgrenzung vgl § 241 Rn 3.
- 12** Im Zentrum dieser im Gesetz nicht explizit genannten, von den Vertragsparteien aber zumindest konkludent vereinbarten Pflichten steht insb die über § 203 StGB geschützte und dort im Einz weiter umschriebene **Schweigepflicht** (Ratzel/Luxenburger/Griebau § 10 Rn 34); dazu im Einz unter strafrechtlichen Gesichtspunkten Ratzel/Luxenburger/Giring § 15 Rn 106 ff; berufsrechtlich (betr Ärzte) Ratzel/Lippert § 9 Rn 3 ff; Prütting/Rehborn § 9 Rn 1 ff; Spickhoff/Scholz § 9 MBO Rn 2. Patientenseits kommt die Verpflichtung zur **Mitteilung** ihm bekannter **ansteckender Krankheiten** zum Schutz des Behandelnden und seiner Mitarbeiter in Betracht (Spickhoff VersR 2013, 267, 271). Eine solche Mitteilung muss auch ungefragt und auch wenn mit der beabsichtigten/begehrten Behandlung nicht in erkennbarem Zusammenhang stehend, erfolgen (zB Hinw an den Zahnarzt auf das Bestehen einer HIV-Infektion, einer Hepatitis usw). Die Rspr hat zudem eine Hinweispflicht des Behandelnden für die Notwendigkeit einer **Antragstellung zur Feststellung eines Impfschadens** (BGH VersR 2001, 1108) bejaht. Nicht hierzu zu rechnen ist die **Aufklärung**, deren Verortung vor Inkrafttreten des PatRG streitig war, die jedenfalls jetzt aber zu den Hauptpflichten zu rechnen ist.
- 13 6. Vertragsparteien. a) Behandelnder.** Die §§ 630a ff sprechen regelmäßig vom „Behandelnden“; das Gesetz bezeichnet als solche all diejenigen, die die medizinische Behandlung eines Patienten – gleich in welcher Eigenschaft – zusagen.
- 14 aa) Definition. (1) Zusagende** sind diejenigen, die Vertragspartner des Patienten werden; terminologisch sind daher mit der Zusage das Angebot oder die Annahme eines Antrags auf Abschluss eines Behandlungsvertrags gemeint (so auch Bender VersR 2013, 962, 963). Zusagende iSd Abs I sind somit aber nicht diejenigen, die nur unselbständig, insb als Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen, bestimmte Maßnahmen „versprechen“. Hierunter fallen zB die Arzthelferin in der Arztpraxis, Krankenschwestern und -pfleger, Assistenz- und nicht liquidationsberechtigte Oberärzte im Krankenhaus.
- 15 (2)** Nach dem Wortgebrauch versteht man unter Medizin die Heilkunde (Igl/Welti/Igl Rn 160). Als „**medizinische Behandlung**“ kommt daher nicht nur die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, „die physisches oder psychisches menschliches Leid lindern oder dessen Ursache beheben sollen“ (Wagner VersR 2012, 789, 790), in Betracht, sondern auch jedwede darüber hinausgehende Tätigkeit der Ausübung von Heilkunde, insb auch ohne medizinische Indikation, wie zB Vorbereitung und Durchführung rein kosmetischen Zwecken dienender Operationen (sog Schönheitsoperation). Erfasst wird jedwede Diagnostik und Therapie am Menschen. Demgegenüber fehlt es an einer medizinischen Behandlung iSd Abs I bei rein pflegerischen oder Betreuungsleistungen (BT-Drucks 17/488, 17), pharmakologischen (BT-Drucks 17/10488, 18) oder tierärztlichen Leistungen, Leistungen von Fitnesstrainern, Kosmetikern oder Friseuren (Wagner VersR 2012, 789, 790).
- 16 bb) Behandelnde nach Gruppen.** Die amtl Begründung (BT-Drucks 17/10488, 18) erwähnt als Behandelnde namentlich **Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Hebammen, Masseur, Medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten, Heilpraktiker** (krit zu dieser Erweiterung des „Behandlerkreises“ Thurn MedR 2013, 153, 154). Erfasst werden damit insb auch die in sog „**Heilhilfsberufen**“ (so die Terminologie des BVerwG NJW 2013, 1320; früher: „Heilhilfstätigkeiten“, vgl BVerwG 35, 308) Tätigen. Zu den medizinisch Behandelnden sind alle in den Kreis der in Art 74 I Nr 19 GG genannten „ärztlichen und anderen Heilberufe“ sowie des Heilgewerbes (Spickhoff VersR 2013 267, 269; eingehend dazu Bonner Kommentar GG/Axer, Art 74 Abs 1 Nr 19 Rn 17 [Bearbeitung April 2011]; Berliner Kommentar GG/Rehborn, Art 74 I Nr 19 Rn 42–53 [Bearbeitung 2012]) einbezogenen Berufe zu rechnen. Angesichts der Anforderungen an die Berufsqualifikation sind Notfallsanitäter (Lippert GesR 2013, 583, 585), mittlerweile auch **Podologen** dazu zu rechnen (vgl die parallelen Erwägungen zur Qualifikation ihrer Leistungen als „Heilbehandlungsleistungen“ iSd § 4 Nr 14 UStG, BFH UR 2013, 381).
- 17** Die Behandlung sagen aber nicht nur diejenigen zu, die selbst „Hand anlegen“; Vertragspartner werden auch die, die ihre Leistung mit Hilfe eines den genannten Berufen zugehörigen Mitarbeiters (§ 278 S 1 BGB) erbringen, insb also auch die Träger von **Krankenhäusern** (§§ 107 ff SGB V) oder **medizinischer Versorgungszentren** (§ 95 SGB V). Schwierigkeiten bereitet hierbei gelegentlich die Verknüpfung mit dem Sozialrecht (insb SGB V, Ärzte-ZV,

Zahnärzte-ZV) einerseits und dem Berufsrecht (Berufsordnung der jew Landes[zahn]ärztekammer) andererseits. Für die typischen Gruppen (weitere Differenzierung bei Vorwerk/Rehborn, Kap 80 Rn 105 ff) gilt:

(1) Niedergelassene (Zahn-)Ärzte. Sie werden im Regelfall Vertragspartner des Patienten, gleich oder die Behandlung privat- oder vertragsärztlich erfolgt (Rn 6). Bei einer in Form einer GbR (§§ 705 ff) oder Partnerschaftsgesellschaft betriebenen **Berufsausübungsgemeinschaft** (früher: **Gemeinschaftspraxis**) wird diese Vertragspartner; unbestritten ist das für sog fachidentische Berufsausübungsgemeinschaften, solche also, bei denen alle Mitglieder einem Fachgebiet angehören (BGH MedR 1991, 561; zB Zusammenschluss von zwei Chirurgen). Letzte Klarheit fehlt demgegenüber für sog fachübergreifende Gemeinschaftspraxen, solche also, bei denen die Mitglieder verschiedene ärztliche Fachgebiete repräsentieren (zB Zusammenschluss von Chirurg und Anästhesist). Während die Rspr zunächst meinte, in solchen Fällen komme wegen Nichtaustauschbarkeit der Leistungen nur ein Vertrag mit dem zur Behandlung berechtigten Arzt, nicht aber mit der Gesellschaft zustande (Oldenburg VersR 1997, 1492; 1998, 1421), ist seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (BGH 146, 341; vgl im Einz Vor § 705 Rn 18) richtigerweise davon auszugehen, dass Vertragspartner die Gesellschaft wird, diese sich aber verpflichtet, die Leistungen nur durch einen zur Leistungserbringung befugten, ggf auch konkret bestimmten, Arzt erbringen zu lassen (Dresden GesR 2008, 635; so auch BGH NJW 2012, 2435 unter Aufgabe seiner vorherigen Rspr für die sog interprofessionelle Berufsausübungsgemeinschaft zw Rechtsanwalt und Steuerberater; Igl/Welti/Nebendahl Rn 902; Rehborn MDR 1999, 1169, 1170; ZMGR 2008, 296 ff; GesR 2012, 679, 680). Zur Tätigkeit in Teilberufsausübungsgemeinschaften und überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften s Rehborn ZMGR 2008, 296, 298 f

Hingegen kommt entgegen der amlt Begründung zum PatRG (BT-Drucks 17/10488, 18; ihr folgend Thole/Schanz RDG 2013, 64, 65) die „**Praxisgemeinschaft**“, eine reine Organisationsgemeinschaft vergleichbar der anwaltlichen Bürogemeinschaft, als Behandelnder nicht in Frage, da der Behandlungsvertrag immer nur mit *einzelnen* ihrer Mitglieder geschlossen werden kann (eingehend Bäune, FS 10 Jahre ArGeMedR, 139, 142 f; Katzenmeier, 103). Ebenso wenig wird der bei einem niedergelassenen Arzt **angestellte Arzt** (§ 95 IX SGB V) Vertragspartner; er ist vielmehr Erfüllungsgehilfe (§ 278) seines Arbeitgebers. Bei Tätigkeit als Durchgangsarzt s Rn 7.

(2) Medizinische Versorgungszentren. Es handelt sich hierbei um fachübergreifende Einrichtungen, in denen Ärzte als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sein können und die an der vertragsärztlichen (ambulanten) Versorgung gem 95 I S1 SGB V teilnehmen. Sie können seit Inkrafttreten des GKV-VStG (v 22.12.2011, BGBl I 2983) nur in der Rechtsform einer Personengesellschaft, Genossenschaft oder GmbH gegründet werden (zur Passivlegitimation von zuvor gegründeten medizinischen Versorgungszentren vgl Rehborn ZMGR 2008, 296, 301 ff). Da nicht der einzelne Arzt, sondern das medizinische Versorgungszentrum an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt, kommt der Vertrag mit seinem Träger – das ist derjenige, der es im rechtlichen Sinne „betreibt“ – zustande (so auch Thole/Schanz JuS 2013, 64, 65).

(3) Krankenhaus. Grundfall einer stationären Behandlung ist der sog **totale Krankenhausaufnahmevertrag**, mit dem der Krankenhausträger – derjenige, der das Krankenhaus im rechtlichen Sinne „betreibt“ – sich zur Erbringung der sog Allg Krankenhausleistungen (§ 2 KHEntgG) verpflichtet. Dazu gehören die ärztlichen Leistungen – einschl von ihm veranlasster Leistungen Dritter (insb Konsiliarärzte), § 2 II S 2 Nr 2 KHEntgG –, ferner Pflege, Unterkunft und Verpflegung. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag stellt – weil sich das Krankenhaus als Behandelnder zur medizinischen Behandlung iSv Abs I verpflichtet – einen Behandlungsvertrag dar, der allerdings zahlreiche andere Elemente, so insb des Miet- und Werkvertragsrechts, aber auch des Kauf- und Verwahrungsvertrags aufweist (Huster/Kaltenborn/Rehborn § 12 Rn 2). Diese Regelungen gelten auch für ein Belegkrankenhaus, wenn die Belegärzte honorarärztlich dort tätig sind (§ 18 III KHEntgG), also ihre Leistung für den Krankenhausträger erbringen (§ 278) und ihre Vergütung von ihm erhalten, also keinen Behandlungsvertrag mit dem Patienten schließen.

Demgegenüber steht der sog **gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag**. Schon die Formulierung ist missverständlich; er besteht nämlich aus zwei Einzelverträgen, die zwar typischerweise zeitgleich abgeschlossen werden, keineswegs aber dasselbe Schicksal teilen müssen. Beim gespaltenen Krankenhausvertrag sind typischerweise die ärztlichen Kernleistungen ausgenommen; ein sog Belegarzt (nicht am Krankenhaus angestellter Vertragsarzt, der berechtigt ist, seine Patienten im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür vom Krankenhaus bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel stationär oder teilstationär zu behandeln, § 121 II SGB V, § 18 I KHEntgG [Ausnahme: der sog Honorar-Belegarzt, vgl § 18 III KHEntgG; dazu Makoski GesR 2009, 225]) oder deren Gemeinschaft (BGH 165, 36 = GesR 2006, 117 mit Anm Rehborn) wird Vertragspartner für seine persönlichen Leistungen, die Leistungen des ärztlichen Bereitschaftsdienstes für Belegpatienten, die von ihm veranlassten Leistungen nachgeordneter Ärzte des Krankenhauses, soweit diese bei der Behandlung der Belegpatienten in demselben Fachgebiet wie er tätig werden, und von ihm veranlasste Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses (§ 18 I KHEntgG). Die übrigen Leistungen schuldet – wie beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag (vgl Rn 21) – der Krankenhausträger. Entspr ist auch die haftungsrechtliche Differenzierung; grds gilt das Prinzip der Haftungsstrennung (BGH NJW 2005, 886); im Einzelfall kann die Abgrenzung der vertraglichen Pflichten und damit der vertraglichen Haftung schwierig sein (zu Einzelheiten der Haftungsabgrenzung Huster/Kaltenborn/Gaidzik/Weimer § 13 Rn 16; BGH NJW 2006, 437; Frankfurt GesR 2006, 127). Die vorgenannten Grundsätze gelten für die Tätigkeit sog Beleghebammen entspr (BGH 129, 6).

§ 630a

Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

- 23 Patienten, die Wahlleistungen in Anspruch nehmen wollen, schließen mit dem Krankenhausträger (§ 17 I S 1 KHEntgG) eine sog Wahlleistungsvereinbarung. Danach verpflichtet sich der Krankenhausträger entweder, Wahlleistungen durch einen bestimmten (meist: leitenden, sog „Chefarzt“) Arzt zu erbringen; dieser wird dann als Erfüllungsgehilfe (§ 278) des Krankenhausträgers zur Erfüllung von dessen Pflichten aus dem Allg Krankenhaus-aufnahmevertrag und/oder aus der **Wahlleistungsvereinbarung** tätig. Übt hingegen nicht der Krankenhausträger das Liquidationsrecht aus, sondern liegt dieses beim leitenden Arzt, kann er aufgrund der zw Krankenhausträger und Patient getroffenen Wahlleistungsvereinbarung einen sog Arztzusatzvertrag schließen (zum Zustandekommen und den Voraussetzungen BGH 138, 91); man spricht dann auch vom **totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag**. Vertragspartner – und folglich Behandelnde iSv Abs I – werden dann sowohl der Krankenhausträger (für die Allg Krankenhausleistungen) als auch der liquidationsberechtigte Arzt (für die von ihm persönlich geschuldeten Leistungen gem Arztzusatzvertrag); sie haften bei einem Pflichtenverstoß im Kreis der wahlärztlichen Leistungen gesamtschuldnerisch (BGH 95, 63, 67; Huster/Kaltenborn/Gaidzik/Weimer § 13 Rn 15).
- 24 Vertragspartner bei **vor- und nachstationärer Behandlung im Krankenhaus** (§ 115a SGB V), bei **ambulanten Operationen im Krankenhaus** (§ 115a SGB V) sowie ambulanten Behandlung durch Krankenhäuser bei Unterver-sorgung (§ 116a SGB V) und bei der sog **ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung durch Krankenhäuser** (§ 116b SGB V) wird der Krankenhausträger, ebenso ggf als Träger von Spezialeinrichtungen (Hochschulambulanzen, § 117 SGB V), psychiatrische (§ 118 SGB V) oder geriatrische Institutsambulanzen (§ 118a SGB V, Sozialpädiatrische Zentren (§ 119 SGB V)). Vertragspartner bei sonstigen ambulanten Behandlungen wird idR der liquidations-berechtigte Arzt, dem der Krankenhausträger (wie meist üblich) die Führung einer sog **Privatambulanz**, idR in Nebentätigkeit, erlaubt hat. Das gilt auch für die Behandlung GKV-Versicherter im Rahmen einer Ermächtigung, und sogar dann, wenn in dieser Ambulanz nachgeordnete Krankenhausärzte eingesetzt werden (BGH 165, 290; VersR 2006, 791). Ambulante Notfallbehandlungen erfolgen durch den Krankenhausträger (BSG MedR 1989, 208); sie werden daher Vertragspartner des Patienten.
- 25 **b) Patient.** Geschäftsfähige Patienten werden selbst Vertragspartner (s zur Vertretung § 164 Rn 1 ff). Für ge-schäftsunfähige Personen (s § 104 Rn 2 ff) schließt deren gesetzlicher Vertreter den Behandlungsvertrag. Für be-schränkt Geschäftsfähige gelten auch für den Behandlungsvertrag die allg Regeln der §§ 107, 108. Eine Besonderheit ist für gesetzlich Versicherte zu beachten; diese sind gem § 36 I SGB I ab dem 15. Lebensjahr partiell unbe-schränkt geschäftsfähig (ähnlich § 113 I). Im Falle des Selbstzahlers kommt beim Vertragsschluss auch eine Mitverpflichtung des Ehegatten gem § 1357 I (zu den Voraussetzungen § 1357 Rz 9 ff, für Behandlungsverträge Rn 16) in Betracht; aufgrund der Kostentragung durch die gesetzlichen Krankenkassen ist das bei GKV-Versicherten nur ausnahmsweise bei der Kostenübernahme gem § 13 II SGB V oder der Vereinbarung von „Zusatzleistungen“ außerhalb des Leistungsspektrums der GKV (zB Wahlleistungen, § 17 KHEntgG, oder sog indivi-duellen Gesundheitsleistungen (IgeL) denkbar (Huster/Kaltenborn/Rehborn § 12 Rn 46 mwN).
- 26 Patienten stehen vertragliche Ansprüche auch aus dem im Medizinrecht nicht seltenen **Vertrag zu Gunsten Dritter** (Vor § 328 Rn1) zu, so oft, wenn Eltern (im eigenen Namen) einen Vertrag über die Behandlung ihres Kindes abschließen.
- 27 Besondere haftungsrechtliche Bedeutung hat der **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** (vgl § 328 Rn 11 ff). Die Rspr hat einen solchen bei Verletzung ärztlicher Pflichten (Schwangerschaftsverhütung) ggü der minderjährigen Mutter zugunsten des Vaters bejaht und diesem einen Anspruch auf Freistellung von Unterhaltslasten für sein nichteheliches und ungewolltes Kind gegen den Behandelnden zugesprochen (BGH NJW 2002, 1489). Ebenso ist ein noch ungeborenes Kind in den Schutzbereich der Behandlungsverträge zw seiner Mutter, einem Belegarzt und dem Belegkrankenhaus einbezogen; aus dem Krankenhaus-Behandlungsvertrag kann dieses daher bei Vertragsverletzungen vertragliche Schadensersatzansprüche in eigener Person geltend machen (Koblenz VersR 2001, 897).
- 28 **II. Vereinbarte Vergütung.** Das Korrelat der Behandlungspflicht des Behandelnden stellt die **Vergütungspflicht des Patienten** dar. Er ist zur Zahlung „der vereinbarten Vergütung“ verpflichtet, allerdings nur, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist. Ist keine Vergütung vereinbart und besteht auch keine taxmäßige Vergütung (vgl § 630b Rn 1), gilt gem § 630b iVm § 612 II die übliche Vergütung als vereinbart (vgl § 630b Rn 9 ff).
- 29 **1. Selbstzahler.** Im Verhältnis des **Arztes** zum Selbstzahler ist die GOÄ zwingend (§ 1 I, § 2 I GOÄ; Prütting/Rehborn § 12 MBOÄ Rz 3 mwN); sie ist als solche auch nicht abdingbar (BVerfG NJW 1992, 737; BGH GesR 2006, 275). Str ist die Frage, ob niedergelassene Ärzte vom Selbstzahler einen **Vorschuss** verlangen dürfen (bejahend Kern GesR 241, 242; Spickhoff/Scholz § 12 MBOÄ Rz 5; verneinend BG für Heilberufe Schleswig v 8.6.1999 – BG 22/96; BG für Heilberufe beim VG Bremen v 20.10.1982 – HB 2/79; Ratzel/Lippert/Ratzel § 12 Rn 18). Da weder die §§ 630a ff noch das ärztliche Standesrecht, insb § 12 MBOÄ oder auch die GOÄ ein Verbot beinhalten, ist gegen einen Vorschuss richtigerweise nichts einzuwenden; freilich darf eine Notfallbehandlung nicht wegen eines fehlenden Vorschusses verweigert werden. Von GKV-Versicherten, die selbst idR nicht zahlungspflichtig sind (vgl Rn 31), ist die Forderung eines Vorschusses unzulässig, sofern dieser nicht, insb angesichts der Nichtvorlage einer Versichertenkarte, auf eigene Rechnung behandelt wird (vgl § 13 I, II, § 18 VIII, IX BMV-Ä). Entspr gilt für den **Zahnarzt** (§ 1 I, § 2 I GOZ). Die Rspr billigt ihm jedenfalls einen Anspruch auf Vorschuss hins der Fremdlaborkosten (München OLGRp 1995, 198) zu.
- 30 Für stationäre Behandlungen im **Krankenhaus** sind die Regelungen des KHG und KHEntgG – ebenfalls ius co-gens – maßgeblich (Ratzel/Luxenburger/Rehborn § 30 Rn 272).

2. Zahlungspflicht Dritter. Bei **Selbstzahlern** kann neben oder statt der Zahlungspflicht des Patienten auch eine Pflicht Dritter, zB der Eltern (hier wird zumeist ein Vertrag zugunsten des Kindes vorliegen, § 328), eines Ehegatten (§ 1357 Rn 5) oder eines Bürgen (§ 765 Rn 5 ff) bestehen. Zu anderen Formen der schuldrechtlichen Sicherung Vor § 765 Rn 19 ff. Der Hinw auf die Zahlungspflicht Dritter trifft insb aber **GKV-Versicherte**. So erhält der Vertragsarzt sein Honorar aufgrund des Sachleistungsprinzips des § 2 II S 1 SGB V nicht vom Patienten, sondern von der Kassenärztlichen Vereinigung, die die Aufgabe hat, die sog Gesamtvergütung (§ 85 I SGB V) an die Vertragsärzte zu verteilen (§ 87b SGB V); Krankenhausträger erhalten die Vergütung unmittelbar von der Krankenkasse (§ 109 IV SGB V); für die übrigen Leistungserbringer im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gilt Entsprechendes. Eine Leistungsverpflichtung des Patienten soll selbst dann nicht bestehen, wenn die Krankenkasse die Übernahme der Behandlung bestandskräftig verweigert (Ratzel/Luxenburger/Beeretz § 6 Rn 58 f).

Ausnahme vom Sachleistungsprinzip ist die **Kostenerstattung gem § 13 II S 1 SGB V**, bei der sich der Versicherte die Leistung selbst verschafft und sich die dadurch entstandenen Kosten von der Krankenkasse erstatten lässt (Quaas/Zuck Medizinrecht § 9 Rn 5 ff). Diese Möglichkeit ist allerdings auf die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen beschränkt. In diesem Fall hat der Behandelnde einen direkten Anspruch gegen den Patienten, der nach der GOÄ bestimmt wird, die Krankenkasse erstattet diesem dann den Teil, den sie bei der Erbringung als Sachleistung getragen hätte.

Der Vertragsarzt hat auch dann einen unmittelbaren Honoraranspruch gegen den Patienten, wenn bereits vor der Behandlung für den Arzt und den Patienten feststeht, dass die GKV nicht zahlungspflichtig ist (Schleswig NJW 1993, 2996) oder eine unaufschiebbare Leistung von der Krankenkasse nicht rechtzeitig erbracht werden konnte (§ 13 III S 1 SGB V).

III. Fachliche Standards. 1. Abs II umschreibt die **Behandlungs„qualität“**: Die Behandlung hat „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allg anerkannten fachlichen Standards“ zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

a) Was hingegen der **Standard** ist, wie dieser festgelegt, wie er retrospektiv ermittelt wird, beantwortet das Gesetz nicht. Auch in den Motiven (BT-Drucks 17/10488, 19) findet sich hierzu im Hinblick darauf, dass gerade „die Ermittlung dieses Standards ... eines der besonders heiklen Probleme des Arzthaftungsprozesses“ (Thurn MedR 2013, 153, 154) ist, wenig.

Vor Inkrafttreten des PatRG hat man darunter „diejenige Behandlung, die ein durchschnittlich qualifizierter Arzt des jew Fachgebietes nach dem jew Stand von medizinischer Wissenschaft und Praxis an Kenntnissen, Wissen, Können und Aufmerksamkeit zu erbringen in der Lage ist“ (Laufs/Katzenmeier/Lipp, S 316 f mwN) verstanden; die Rspr stellte auf den „Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft“ ab (BGH NJW 1983, 2080; 1988, 763; Hamm VersR 2004, 516 f). Zu Recht weist Hart aber darauf hin, dass erst die Anerkennung dieser medizinischen Erkenntnisse innerhalb der Profession zum Standard führt (MedR 1998, 8, 9 f; GesR 2011, 387, 388; auch Hase GesR 2012, 601, 602 f; von Kern bezeichnet als „Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit“, GesR 2002, 5, 6; Ratzel/Lissel/Kern § 2 Rn 11). Vermutlich hat der Gesetzgeber das im Auge gehabt, wenn in § 630e I S 3 die Alternativaufklärung (vgl dazu § 630e Rn 14) auf „übliche Methoden“ beschränkt wird. Diese primär für die spezifisch ärztliche Tätigkeit entwickelten Definitionen sind auf die übrigen Behandelnden entspr anzuwenden; auch sie schulden den von der Praxis anerkannten Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft in ihrem jew Fachgebiet, soweit und sobald er innerhalb des jew Berufsstandes anerkannt worden ist.

b) Zu den heikelsten Fragen des Medizinrechts überhaupt hat bereits vor Inkrafttreten des PatRG die Frage gehört, ob es einen eigenen „**GKV-Standard**“ gibt, ob für GKV-Versicherte also ein anderer Standard gilt als für Selbstzahler. Eine klare Linie – auch – der Rspr steht bis heute aus; vielmehr hat sie sich dadurch „zu helfen“ versucht, dass man forderte, das nach dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung unter Berücksichtigung von RL des (jetzt: Gemeinsamen) Bundesausschusses und des Wirtschaftlichkeitsgebots Zulässige müsse in den Augen des Fachgebietes zumindest einem „**Mindeststandard**“ entspr (ausf Steffen FS Geiß 487, 492 ff mwN). Das PatRG hat die Diskussion nicht aufgenommen; es definiert den Standard ohne Ansehen der Versicherteneigenschaft. Er ist daher gleich. Allerdings wird man davon auszugehen haben, dass – mangels ausdr anderweitiger Ansprachen – Behandelnder und GKV-Versicherter konkludent einen Vertrag des Inhalts abschließen, dass die Behandlung nach den Vorgaben des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts (SGB V) erfolgt. Allenfalls dann, wenn dieses aus Sicht eines Behandelnden die erforderlichen Leistungen nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stellt, wird dieser verpflichtet sein, den Patienten hierüber zu informieren und ihm die Behandlung auf eigene Kosten anzubieten.

c) Zur **Bestimmung des Standards** im Rechtsstreit bedarf es regelmäßig der Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens (Stöhr, FS Hirsch 2008, 431, 432 unter Hinw auf BGH VersR 1993, 749; 2002, 1026, 1027 f mwN). Der Sachverständige hat der entspr Profession zu entstammen; für die ärztliche Behandlung bedeutet das, dass es sich regelmäßig um einen Facharzt desselben Gebietes handeln muss (Rumler-Detzel VersR 1999, 1209; BGH NJW 1953, 659; VersR 1999, 716; GesR 2009, 154; Hamm VersR 2001, 249); nur er kennt den Standard seines Fachgebietes, nur er nimmt dessen Veränderungen richtig und zeitnah wahr. Zur Fachgebietsbestimmung und -abgrenzung können die ärztlichen Weiterbildungsordnungen herangezogen werden (Naumburg OLGRp 2003, 348; Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch Rn 62). Problematisch erscheint die Rspr des BGH, wonach der Sachverständige auch aus einem anderen ärztlichen Fachgebiet als dem des Behandelnden ohne Verstoß gegen § 411 I ZPO ausgewählt werden darf, sofern sich die jew Fachgebiete inhaltlich überlagern (BGH NJW 2009, 1209, 1212 zur

§ 630b

Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

Bestellung eines neurologischen Sachverständigen für die Beurteilung der durch einen Radiologen erbrachten DSA); gerade die Akzeptanz innerhalb des jew Fachgebietes kann nämlich unterschiedlich sein.

- 39 **d)** Insb **Richt- und Leitlinien** kommt hierbei mit ihrer gestiegenen Transparenz (dazu, zu Klassifizierung, Entwicklung, Beobachtung, Fortschreibung Kopp GesR 2011, 385; auch Hart KritV 2005, 154; GesR 2011, 387, 389) auch zunehmende Bedeutung zu; sie können zwar Standards nicht konstitutiv begründen, sondern nur deklaratorisch wiedergeben (Stöhr, FS Hirsch 2008, 431, 437; Hamm VersR 2004, 516 f). Immer stärker setzt sich aber auch in der Rechtspraxis die Erkenntnis durch, dass Richt- und Leitlinien im Arzthaftungsprozess bei der Suche nach dem Standard eine zentrale Bedeutung haben (Rehborn GesR 2011, 391). Indessen hat der BGH jedenfalls den RL des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 91 SGB V) bescheinigt, sie würden den Standard wiedergeben (BGH GesR 2008, 361); den Instanzgerichten hat er zu Recht aufgegeben, dem Parteivortrag nachzugehen, ein Sachverständigengutachten weiche von Leitlinien ab (BGH GesR 2011, 417). Die Rspr der Obergerichte ist uneinheitlich (im Einz bei Rehborn GesR 2011, 391 f).
- 40 **e)** Das Gesetz spricht von „Standards“, benennt diese also im Plural. Das ist so zu verstehen, dass alle für das jew Fachgebiet einschlägigen medizinischen Erfahrungssätze zu berücksichtigen sind.
- 41 **2.** Dass die Standards „zum Zeitpunkt der Behandlung“ bestanden haben müssen, versteht sich von selbst. Geschuldet werden kann behandelnderseits nur das, was im Zeitpunkt der Leistungserbringung bekannt ist bzw bekannt sein musste. Das entspricht schon st Rspr vor Inkrafttreten des PatRG (Steffen/Pauge Rz 197 mwN). Das schließt die Anwendung von Neulandmethoden nicht aus (BGH 172, 1; 172, 254; NJW 2010, 2430).
- 42 **3. Abweichende Vereinbarung.** Zw den Parteien des Behandlungsvertrags kann vereinbart werden, von den Standards abzuweichen; solche Abweichungen können *oberhalb* einer Standardbehandlung iS einer besonders guten Versorgung (zB die Anwendung sog Neulandmethoden oder Off-Label-Use von Arzneimitteln bei zwar vorhandener, aber unzureichend erscheinender Standardbehandlung), *unterhalb* der Standardbehandlung iS einer allenfalls noch ausreichenden Versorgung (zB mit preiswertem, uU auch minderwertigem Zahnersatz; Verzicht auf Blutersatz bei Zeugen Jehovas, Spickhoff VersR 2013, 267, 271) liegen oder auch Behandlungen umfassen, bei denen sich Behandelnder und Patient (standesrechtlich uU problematisch, vgl § 2 III MBOÄ) auf eine medizinisch *außerhalb* von Standards liegende Behandlung verständigen (zB bei Heilversuchen oder Neulandmethoden, wobei dann wiederum Standards iS besonderer Vorsichtigkeit im Hinblick auf diesen Umstand zu beachten sind, BGH 172, 1; 172, 254; auch bei medizinisch nicht notwendigen Behandlungen der sog „wunscherfüllenden Medizin“, dazu Eberbach, 1 ff; Groß, 85 ff; Höfling, 119 ff; Scholz, 163 ff; Stock, 145 ff, „Einbecker Empfehlungen der DGMR“, in: Wienke et al, 179 ff).
- 43 Die Möglichkeit der Vereinbarung einer Standardabweichung verpflichtet indessen die Vertragsparteien nicht, generell eine **Vereinbarung zum Standard** zu treffen. Die gegenteilige Auffassung von Katzenmeier (MedR 2012, 576, 579), die vor Inkrafttreten des PatRG von der Rspr anerkannte ärztliche Therapiefreiheit sei durch Abs II eingeschränkt worden, überzeugt nicht; ist nichts Besonderes besprochen, ist der Standard als gesetzlicher Regelfall geschuldet. Innerhalb desselben ist der Behandelnde in der Wahl der Therapie frei, sofern nicht unterschiedliche Risiken oder Auswirkungen ohnehin eine Aufklärung (vgl § 630e Rn 8 ff) und damit Entscheidung des Patienten gebieten.
- 44 **4.** Die Pflicht zur standardgemäßen Behandlung besteht nicht nur im Rahmen eines Behandlungsvertrags, sondern schon angesichts der strafrechtlichen Folgen (insb §§ 223, 230 StGB) einer nicht den Standards entspr Behandlung auch bei einem **vertragslosen Behandlungsverhältnis**; abw Vereinbarungen sind auch solchenfalls denkbar, werden bei vertragslosem Zustand aber eher die Ausnahme bilden.

630b *Anwendbare Vorschriften*

Auf das Behandlungsverhältnis sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist, anzuwenden, soweit nicht in diesem Untertitel etwas anderes bestimmt ist.

- 1 **I.** Allgemeines. Auf das Behandlungsverhältnis sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, anzuwenden, soweit in den §§ 630a ff nichts anderes bestimmt ist. In Betracht kommenden folgende Vorschriften:
- 2 **II. Anwendbare Vorschriften.** 1. Haben Patient und Behandelnder keine **Vergütung** vereinbart, greift § 612 II. Die danach geschuldete taxmäßige Vergütung ist für Ärzte und Zahnärzte nach der GOÄ bzw der GOZ zu bestimmen, für psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten nach der GOP und für Heilpraktiker nach dem GebüH. Die Fälligkeit dieser Vergütungen richtet sich allerdings nur sekundär nach § 614; primär sind – sofern vorhanden – Fälligkeitsvorgaben in den Vergütungsvorschriften maßgeblich, vgl zB § 12 I GOÄ, § 10 IS 1 GOZ, wonach die Fälligkeit der Vergütung eine entspr Rechnung erfordert.
- 3 **2.** Weiterhin gilt im Zweifelsfall auch das Gebot zur **persönlichen Leistungserbringung** gem § 613 S 1 BGB (so auch Spickhoff VersR 2013, 267, 269; zum Gebot der persönlichen Leistungserbringung weitergehend Peikert MedR 2000, 352; Steinhilper, Heidelberger Kommentar, Stichwort „Persönliche Leistungserbringung, Nr 4060, 1, 9; unter strafrechtlichen Gesichtspunkten BGHSt 57, 95 [vgl im Einz § 613 Rn 1]).

Titel 5 Mietvertrag, Pachtvertrag

Schrifttum: *Abramenko*, MietRÄndG, 2013; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl 2008; *Beckmann*, *Finanzierungsleasing*, 3. Aufl 2006; *Börstinghaus/Clar*, *Mietspiegel*, 1997; *Börstinghaus/Eisenschmid*, *Arbeitskomm Neues Mietrecht*, 2001; *Börstinghaus/Hannig*, *Euro-Umstellung im Miet- und Wohnungseigentumsrecht*, 2000; *Börstinghaus*, *Miethöhe-Handbuch*, 2009; *Bongartz*, *Schönheitsreparaturen als Mieterpflicht*, 1991; *Bub/Treier*, *Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 3. Aufl 1999; *Bühler*, *Brauerei- und Gaststättenrecht*, 12. Aufl 2009; *Büschgen*, *Praxishandbuch Leasing*, 1998; *Cebulla*, *Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände*, 1999; *Eisenschmid/Rips/Wall*, *Betriebskosten-Kommentar*, 3. Aufl 2010; *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, *Handkomm*, 9. Aufl 2007; *Engel*, *Handbuch Kraftfahrzeug-Leasing*, 2. Aufl 2004; *Faßbender/Hötzel/Lukanow*, *Landpachtrecht*, 3. Aufl 2005; *Fischer-Dieskau/Pergand/Schwender*, *Wohnungsbaurecht, Loseblattsammlung*; *Fritz*, *Gewerberaummietrecht*, 4. Aufl 2005; *Gerber/Eckert*, *Gewerbliches Miet- und Pachtrecht*, 7. Aufl 2010; *Gitter*, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, 1988; *Gramlich*, *Mietrecht*, 10. Aufl 2007; *Herrlein/Kandelhard*, *Mietrecht*, 4. Aufl 2010; *Jendrek*, *Miet-, Leasing- und Pachtrecht*, 1990; *Kossmann*, *Handbuch der Wohnraummiete*, 6. Aufl 2003; *Lammel*, *Wohnraummietrecht*, 3. Aufl 2007; *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*, *Landpachtrecht*, 4. Aufl 1997; *Langenberg*, *Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete*, 5. Aufl 2009; *Langenberg*, *Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau*, 3. Aufl 2008; *Lindner-Figural/Oprée/Stellmann*, *Geschäftsraumiete*, 3. Aufl. 2012; *Lützenkirchen*, *Anwaltshandbuch Mietrecht*, 4. Aufl. 2010; *Lützenkirchen*, *Mietrecht Kommentar*, 2013; *Michalski/Schmitt*, *Der Kfz-Leasingvertrag*, 1995; *v Olshausen/Schmidt*, *Automatenrecht* 1972; *Schach*, *Schönheitsreparaturen*, 5. Aufl 2002; *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf - Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing*, 10. Aufl 2009; *Roquette*, *Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar*, 3. Aufl 1966; *Schmid*, *Handbuch der Mietnebenkosten*, 11. Aufl 2009; *Schmid-Futterer*, *Mietrecht*, 11. Aufl 2013; *Schneider*, *Handbuch des EDV-Rechts*, 4. Aufl 2009; *Schubart/Kohlenbach* (vormals *Schade/Schubart/Wienecke*), *Soziales Miet- und Wohnrecht, Loseblattsammlung*; *Schultz*, *Gewerberaumiete*, 3. Aufl 2007; *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, 2011 (Neubearb.); *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl 2009; *Stumpf/Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 8. Aufl 2005; *v Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 6. Aufl 2008; *Weyland*, *Automatenaufstellung*, 1989; *Wolf/Eckert/Ball*, *Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts*, 10. Aufl 2009; *Zahn/Bahmann*, *Kfz-Leasing*, 1999.

Vorbemerkung

I. Wesen der Miete. 1. Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache(n) auf Zeit gegen Entgelt zu überlassen (§ 535). Vermietbar sind bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Teile davon (insb einzelne Räume). Gegenstand eines Mietvertrags können nur Sachen (§ 90), nicht aber auch Rechte sein. Die synallagmatischen Verknüpfung der beiderseitigen Hauptleistungsverpflichtungen machen den Mietvertrag zu einem **gegenseitigen Vertrag** iSd § 320ff.

2. Durch den Mietvertrag wird ein **Dauerschuldverhältnis** begründet, bei dem sich die Vermieterleistung nicht im Übergabeakt erschöpft. Vor Besitzeinräumung hat der Mieter kein Recht an der Mietsache (Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 17), sondern nur einen schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch auf Verschaffung des Mietgebrauchs gegen den Vermieter und damit des Besitzes, soweit dieser dazugehört. Erst recht begründet der Mietvertrag ggü Dritten keine Rechte des Mieters an der Mietsache.

Die **schuldrechtliche Natur** des Mietverhältnisses ändert sich nach der Überlassung der Mietsache nicht. Allerdings stehen dem Mieter ab Besitzeinräumung die Besitzansprüche nach §§ 858ff - und zwar auch gegen den Vermieter - und bei schuldhaften Eingriffen auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 I zur Seite. Bei Wohnraum ergibt sich ein Grundrechtsschutz aus Art 13 GG und Art 14 GG (BVerfG MDR 1993, 728).

Der Mieter **beweglicher Sachen** ist zusätzlich ab Besitzeinräumung durch §§ 986 II und 1007 geschützt. Auf die Grundstücks- und Raummiete ist § 1007 nur dann entspr anwendbar, wenn und soweit § 861 keinen ausreichenden Schutz gewährt (BGH 7, 208, 216). Dadurch wird die Miete als solche, obgleich dem besitzenden Mieter auch dinglicher Schutz zuteilwird, nicht verdinglicht. Denn der dingliche Schutz des Mieters ist (wie bei allen obligatorischen Besitzrechten ab Besitzeinräumung) lediglich Ausfluss der Stellung als berechtigter Besitzer (Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 18).

Die Miete gehört neben der Pacht und der Leihe zu den gesetzlich geregelten Formen der **Gestattungsverträge**. Durch einen solchen Vertrag wird einer Vertragspartei von der anderen entgeltlich oder unentgeltlich der Gebrauch einer ihr nach der Rechtsordnung nicht zugeordneten Sache oder eines ihr an sich nicht zustehenden Rechts gestattet. Wird lediglich - wie idR beim Breitbandkabelanschlussvertrag - die Ingebrauchnahme einer Sache nur geduldet, so liegt kein Mietvertrag vor (BGH MDR 1997, 1013). Wird demgegenüber der Gebrauch einer Sache gegen Entgelt gestattet, so handelt es sich um Miete.

Vermieter und Eigentümer der Mietsache müssen **nicht identisch** sein. In diesem Falle entstehen keine Ansprüche aus dem Mietverhältnis zw Mieter und Eigentümer (BGH NJW 1958, 380), wohl aber können nach der Überlassung der Mietsache Ansprüche aus dem Besitz gegeben sein. Allerdings kann sich ein Kündigungsschutz ergeben (vgl § 565 Rn 8f).

Aus der schuldrechtlichen Natur des Mietverhältnisses folgt auch, dass eine **Doppelvermietung** (§ 536 Rn 53), also ein zweiter Mietvertrag über eine schon vermietete Sache, wirksam ist (BGH MDR 1962, 398). Der nicht besitzende Mieter hat gegen den Besitzenden keine eigenen Ansprüche. Gegen den Vermieter hat er nach der Besitzeinräumung an den anderen grds nur Schadensersatzansprüche aus § 536a I iVm § 536 III, nicht nach den Regeln über die Unmöglichkeit (BGH ZMR 1991, 418). Die Vorenthaltung des Besitzes ist ein Rechtsmangel iSd § 536 III (BGH NJW 2006, 2323; ZMR 1990, 212; DNotZ 1969, 672). Einer Klage auf Erfüllung des Mietvertrags (Einräumung des

Mietbesitzes) fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, wenn damit zu rechnen ist, dass der Vermieter trotz des Besitzes des anderen Mieters leisten kann (BGH MDR 1962, 398) oder wenn Vermieter und besitzender Mieter planmäßig zusammengewirkt haben, um den anderen Mieter um seine Rechte zu bringen (§ 826). Ein Antrag eines Mieters auf Erlass einer Unterlassungsverfügung gegen den Vermieter, die Überlassung an den anderen Mieter (vorläufig) zu verbieten, ist unzulässig. Sie würde den Vermieter blockieren, ohne dass er die Möglichkeit hätte, den Mietausfall zu kompensieren. Dass er einem der Mieter Schadensersatz leisten muss, steht ohnehin fest (wie hier: Hamm NZM 2004, 192; Frankfurt ZMR 1997, 22 mit abl Anm Wichert ZMR 1997, 16; aA Kluth/Grün NZM 2002, 473; differenzierter Ulrici ZMR 2002, 881ff; s auch Düsseldorf NJW-RR 1991, 137; zum Prioritätsgrundsatz bei gegenläufigen Rechtsbehelfen im Falle der Doppelvermietung s KG NZM 2003, 439).

- 8 II. Gesetzessystematik, Mietarten und ihre Abgrenzung.** **1.** Zum Verständnis der aktuellen gesetzlichen Vorschriften ist zu berücksichtigen, dass das Mietrecht seit **2001 verschiedene Änderungen** erfahren hat, und zwar durch
- das am 1.9.2001 in Kraft getretene **Mietrechtsreformgesetz** v 19.6.2001 (MRRG; BGBl I 1149)
 - das am 1.8.2001 in Kraft getretene **Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr** v 13.7.2001 (FormAnpG; BGBl I 1542 = Einführung der Textform)
 - **das Lebenspartnerschaftsgesetz** v 16.2.2001 (BGBl I 266), die ab 1.9.2001 durch die im MRRG neu konzipierten §§ 563-564 ersetzt wurden,
 - das am 1.1.2002 in Kraft getretene **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** v 26.11.2001 (SchuldRModG; BGBl I 3138),
 - das seit 1.5.2013 gültige Mietrechtsänderungsgesetz v. 11.3.2013 (MietRÄndG; BGBl I 434).
- 9 2.** Die durch das MRRG begründete **Neugliederung** wurde mit Wirkung v 1.1.2002 durch das SchuldRModG erneuert. Seitdem sind Miet- und Pachtvertrag in Titel 5 des 8. Abschnitts im 2. Buch des BGB geregelt. Die fünf Untertitel gliedern sich nach
- Allg Vorschriften für alle Mietverhältnisse (§§ 535-548)
 - Mietverhältnisse über Wohnraum (§§ 549-577a)
 - Mietverhältnisse über andere Sachen (§§ 578-580a)
 - Pacht (§§ 581-584b)
 - Landpacht (§§ 585-597).
- Die Vorschriften über die Wohnraummiete nehmen deshalb den meisten Platz in Anspruch, weil sie sich zu den anderen Vertragstypen mit speziellen Tatbeständen und iÜ damit beschäftigen, auf die anwendbaren Regelungen aus der Wohnraummiete zu verweisen (vgl zB § 578 II).
- 10 Wohnraummiete** liegt vor, wenn Räume (Einzelräume oder Wohnungen) gegen Entgelt zum Zwecke des privaten Aufenthaltes des Mieters selbst und/oder seiner nächsten Angehörigen aufgrund schuldrechtlichen Vertrags unbefristet oder auf Zeit überlassen werden (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 76). Dieser Definition unterfallen auch die Dauernutzungsverträge über eine Genossenschaftswohnung (BGH WuM 2003, 691), mangels Vereinbarung aber keine faktischen Nutzungsverhältnisse (BGH NJW 1980, 1577). Deshalb muss das Mietverhältnis auch rechtswirksam begründet worden sein. Ob Wohnraummiete tatsächlich vorliegt, hängt maßgeblich vom **Parteiwillen** ab, der darauf ausgerichtet sein muss, dass die Überlassung zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Räume zum witterungssicheren Aufenthalt, Schlafen, Kochen und Essen (privater Aufenthalt = Wohnen) stattfindet (BGH NJW 1997, 1885; Düsseldorf WuM 1995, 434). Insoweit ist es nicht erforderlich dass der Mieter oder sein Angehöriger in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt unterhält, weil auch Zweitwohnungen, Wochenendwohnungen, Ferienwohnungen und Beherbergungsbetriebe dem Wohnraummietrecht zugeordnet werden (Hamburg WuM 1992, 634; Frankfurt FamRZ 1982, 398).
- 11 3.** Maßgebliches **Abgrenzungskriterium** dafür, ob ein Mietverhältnis über **Wohn- oder Geschäftsraum** vorliegt, ist der **vereinbarte Zweck** (BGH MDR 1986, 46; Düsseldorf NZM 2007, 799). Fehlt es an einer ausdr Zweckbestimmung, ist im Zweifel von der objektiven Zweckbestimmung auszugehen, so dass die Vermietung eindeutig zum Wohnen bestimmter Räume einen Wohnraummietvertrag begründet. Werden dagegen als Ladenlokal, Büro, Werkstatt ua ausgestaltete Räume überlassen, kann ein Wohnraummietvertrag nur angenommen werden, wenn die Parteien übereinstimmend von einer Wohnraumnutzung ausgegangen sind. Das setzt voraus, dass die Parteien bei Abschluss des Vertrags davon ausgehen, dass sich der Mieter in den Räumen zumindest überwiegend privat aufhält, was nicht die Begründung des Lebensmittelpunktes erfordert. Mit Rücksicht darauf begründet auch der Dauernutzungsvertrag über Wohnraum zw einer **Genossenschaft** und ihrem Mitglied einen Wohnraummietvertrag (st Rspr, BGH WuM 2009, 744; ZMR 2006, 841 mwN). Wegen des Kündigungsschutzes des § 573 bei Senioren-, Alten- und Altenwohnheimen s **Rn 34**. Die Vermietung eines Gebäudes zum Betrieb eines solchen Heims ist Geschäftsraummiete.
- 12** Eine einseitige **Nutzungsänderung** (Mieter nutzt als Geschäftsraum vermietete Räume zum Wohnen) führt nicht zu einer Änderung der mietvertraglich festgelegten Zweckbestimmung. Solange die Parteien nicht die Geltung der Regelungen über die Wohnraummiete ausdr vereinbaren, liegt im Verhältnis des Eigentümers zum Hauptmieter keine Wohnraummiete vor, wenn ein **gewerblicher Zwischenmieter** (zB bei größeren im sog Bauherrenmodell erstellten Wohnbauten) Wohnungen anmietet, um diese an Wohnungssuchende weiterzuvermieten (BGH NJW

1982, 1696). Wohnraummietrecht findet in diesem Fall auf den (Unter-)Mietvertrag Anwendung (zum Mieterschutz bei gewerblicher Zwischenvermietung vgl § 565 Rn 5f). Ebenso liegt ein Gewerberaum-Mietvertrag mit dem Eigentümer vor, wenn die Bundesrepublik Deutschland Wohnungen anmietet, um sie gem NATO-Truppenstatut den Angehörigen der anderen NATO-Streitkräfte zur Verfügung zu stellen (BGH NJW 1985, 1772) oder wenn ein Arbeitgeber Wohnungen anmietet, um sie bestimmungsgemäß an betriebsangehörige Personen weiterzuvermieten (BGH NJW 1981, 1377; BayObLG ZMR 1995, 585). In diesen Fällen liegt der vertragsgemäße Gebrauch der Mieträume durch den Hauptmieter (Zwischenvermieter) gerade nicht im Bewohnen, sondern im Weitervermieten der Räume (BGH NJW 1996, 2862; Düsseldorf DWW 2003, 95). Gleichwohl kann der Mieter Kündigungsschutz ggü dem Eigentümer in Anspruch nehmen, wenn der **nicht gewerbliche Zwischenvermieter** im Lager des Eigentümers steht (BayObLG NJW-RR 1996, 71; NJW-RR 1996, 73; KG GE 1996, 49; Hamburg NJW 1993, 2322). Dies gilt auch bei preisgebundenem Wohnraum, bei dem die Regelungen des WoBindG oder der NMV nur im Verhältnis zum Endmieter Anwendung finden (Düsseldorf GuT 2003, 60), solange deren Geltung im Verhältnis zw Vermieter und Zwischenvermieter nicht ausdr vereinbart ist (KG NZM 2008, 42).

Wohnraummiete ist auch nicht einschlägig bei zu einem **Werkförderungsvertrag** geschlossenem Mietvertrag zw dem Darlehensgeber und dem Bauherrn über von diesem zu errichtende Wohnungen, die bestimmungsgemäß an die Bediensteten des Darlehensgebers untervermietet werden sollen (BGH NJW 1981, 1377). **Ferienhäuser/-wohnungen** werden grds zu Wohnzwecken ieS vermietet, weil sie dem privaten Aufenthalt von Menschen dienen (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 80; Schmidt-Futterer/Blank Vor § 535 Rn 87; aA Wolf/Eckert/Ball Rn 18). Ob der Mieter dort seinen Lebensmittelpunkt begründet, ist unerheblich. Allerdings gelten gem § 549 II Nr 1 nicht alle Bestimmungen des Untertitels 2.

Errichtet der Mieter eines Grundstücks auf diesem ein Gebäude, das als **Scheinbestandteil** des Grundstücks in seinem Eigentum steht (§ 95), und bewohnt er dieses Gebäude, so finden die Regeln über die Wohnraummiete dennoch keine Anwendung. Das Rechtsverhältnis bleibt Grundstücksmitte (BGH NJW 1984, 2878). Gleiches gilt, wenn ein Dauercamper eine Stellfläche anmietet (vgl auch Frankfurt NJW-RR 1986, 108).

4. Die Abgrenzung zw Wohn- und Gewerberaummiete ist problematisch bei sog **Mischmietverhältnissen**. Davon ist die Rede, wenn durch einen Mietvertrag Geschäfts- und Wohnräume einheitlich vermietet werden. Ob ein solcher Vertrag ein einheitliches Schicksal haben sollte, sich also einheitlich nach Wohn- oder Gewerberaummietrecht richten sollte, hängt in erster Linie vom Parteiwillen ab, also den gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien darüber, wie der Mieter das Objekt nutzen will und welche Art der Nutzung im Vordergrund steht (sog Schwergewichts- oder **Übergewichtstheorie**: BGH NJW 1977, 1394; ZMR 1986, 278; Hamburg NJW-RR 1997, 458; Stuttgart ZMR 1986, 52; Hamm ZMR 1986, 11; krit Rinke ZMR 2003, 13). Ausschlaggebend ist insoweit nicht, ob die Parteien in der Vertragsurkunde das Mietverhältnis als Wohn- oder Geschäftsraummietverhältnis bezeichnen; vielmehr kommt es auf ihren wirklichen Willen an. Im Zweifelsfall können die Parteien aber durch eine vertragliche Regelung klarstellen, nach welchem Recht das Mietverhältnis beurteilt werden soll. Als Indiz für eine derartige Vereinbarung kann angesehen werden, wenn die Parteien zur Regelung ihrer Beziehung ein für die Wohnraummiete gedachtes Formular verwenden. Das Verhältnis der Wohnfläche zur gewerblich genutzten Fläche ist ebenso von untergeordneter Bedeutung wie der jeweilige Mietwert. Selbst dann, wenn ein Mietobjekt aus einem kleinen Laden und einer großen Wohnung besteht, ist das Mietverhältnis dann als Geschäftsraummietverhältnis zu bewerten, wenn der Mieter aus dem Betrieb des Ladens seinen Lebensunterhalt bestreitet (KG GE 1995, 1205; Stuttgart MDR 2008, 1091). Gleiches gilt, wenn ein Rechtsanwalt in den gemieteten Räumen sowohl wohnt als auch seine Kanzlei betreibt (BGH NJW-RR 1986, 877) oder wenn ein Zahnarzt eine Wohnung auch zum Zwecke der Berufsausübung nutzen darf (Köln ZMR 2001, 963).

Bei **Gleichwertigkeit der verschiedenen Nutzungsarten** soll insgesamt Wohnraummietrecht anzuwenden sein (vgl ua Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 29; offengelassen BGH ZMR 1986, 278; dagegen LG Mannheim ZMR 1968, 190; 1966, 107).

Ein ähnliches Problem stellt sich bei einem **einheitlichen Vertrag**. Hier erfasst eine Vereinbarung zwei oder mehrere getrennte Mietobjekte (zB Wohnung und Garage), was idR in verschiedenen Urkunden erfolgt. Maßgeblich für die Einheit ist auch hier der Parteiwille. Liegen einzelne Verträge über die verschiedenen Mietobjekte vor, besteht eine Vermutung für getrennte Verträge (BGH WuM 2012, 14). Diese Vermutung wird durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die verschiedenen Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen, widerlegt. Derartige Umstände können durch einen räumlichen und/oder zeitlichen Zusammenhang zw der Vermietung der verschiedenen Objekte gebildet werden (Karlsruhe NJW 1983, 1499). Weisen die Verträge aber zB unterschiedliche Kündigungsfristen auf, ist von der Selbständigkeit der Verträge auszugehen. Das Gleiche gilt, wenn ein Vertrag einen entspr Vorbehalt enthält (LG Duisburg NJW-RR 1986, 1211; AG Menden WuM 1999, 573). Weitere **Indizien**, die die Vermutung getrennter Verträge bestätigt, können sich aus der getrennten Abwicklung der Verträge (zB separate Mietzahlungen, unterschiedliche Mietkonten), einheitlicher Rechtsnachfolge in von unterschiedlichen Vertragspartnern abgeschlossenen Mietverträgen (AG Frankfurt ZMR 2003, 743) oder dem zeitlichen Unterschied zw der Überlassung der einzelnen Objekte (zB 18 Jahre: BayObLG WuM 1991, 78) ergeben.

Der über eine Wohnung und eine Garage geschlossene einheitliche Mietvertrag wird durch die **Veräußerung der Wohnung** und der Garage an **verschiedene Erwerber** nicht in mehrere Mietverhältnisse aufgespalten; vielmehr treten die Erwerber in den einheitlichen Mietvertrag ein. Ihr Verhältnis bestimmt sich nach den Regelungen über die Bruchteilsgemeinschaft (BGH WuM 2005, 790). Ein einheitlicher Vertrag hat zur **Folge**, dass eine separate

Kündigung (Teilkündigung) eines Vertragsobjekts unzulässig ist und sich die Abwicklung des Vertrags iÜ (zB Mieterhöhung) nach den Vorschriften richtet, die auf den überwiegenden Vertragsteil anzuwenden sind.

- 19 III. Abgrenzung der Miete von anderen Vertragstypen des BGB. 1.** Die Miete grenzt sich von der Pacht (§§ 581ff) einmal dadurch ab, dass Gegenstand eines Pachtvertrags nicht nur Sachen, sondern auch Rechte sein können, ebenso wie Sach- und Rechtsgesamtheiten (zB Unternehmen). Darüber hinaus darf der Pächter im Gegensatz zum Mieter die Früchte ziehen, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind (§ 581 I S 1). Als Pachtobjekte kommen damit nur solche Sachen und Rechte in Betracht, die Sach- und Rechtsfrüchte (vgl dazu § 99) abwerfen können (BGH NJW-RR 1986, 1243), wobei die Fruchtziehung prägend sein muss und nicht als zwangsläufige Folge erscheinen darf (zB Ernten von Früchten selbst angepflanzter Bäume, BGH ZMR 2009, 106). Dazu muss für den Geschäftsbetrieb geeignetes Inventar vorhanden sein und der Verpächter zur Anschaffung wesentlich (etwa durch einen günstigen Kredit) beigetragen haben (BGH ZMR 1991, 257).
- 20 2.** Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von der **Leihe** (§§ 598ff) ist die Entgeltlichkeit der Gebrauchs-gestattung. Leihe ist unentgeltlich. IÜ ist der Entleiher nur verpflichtet, den Gebrauch der Sache zu gestatten, nicht aber wie der Vermieter zu gewähren. Insoweit ist auf die Interessen beider Parteien abzustellen und insbesondere bei Flächen mit Ausbaupotential davon auszugehen, dass der Vermieter sich im Zweifel nicht in gleicher Weise wie durch einen Mietvertrag binden will (BGH MDR 2010, 20). Die Bezeichnung der Parteien ist insoweit unerheblich (zB Leihbücherei, Leihwagen = Miete, BGH NZM 1998, 105).
- 21** Miete liegt vor, wenn die verhältnismäßig niedrige Gegenleistung (zB Anerkenntnisgebühr) ernsthaft als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung gewollt ist (BGH ZMR 1970, 268). Deshalb kann schon die vertragliche Übernahme von Steuern, Versicherungen und sonstigen notwendigen Ausgaben für das überlassene Grundstück ebenso für die Entgeltlichkeit ausreichen wie die Übernahme der Betriebskosten (Stuttgart NZM 2010, 579); davon zu unterscheiden ist die Übernahme derjenigen Kosten, die den Gebrauch der Sache erst ermöglichen (Dresden ZMR 2003, 250). Nicht geschuldete Ausbauleistungen, die der Nutzer erbringt, stellen keine Gegenleistung dar (BGH NJW 1985, 313).
- 22** Besteht bereits ein Mietvertrag, stellt spätere Überlassung zusätzlicher Sachen ohne Änderung der Miete im Zweifel eine Leihe dar. Das Gleiche gilt im Zweifel, wenn der Mieter vor Mietbeginn das Mietobjekt ohne Entgelt nutzt (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 35).
- 23 3.** Der **Verwahrungsvertrag** (§§ 688ff) kann sich nur auf bewegliche Sachen beziehen. Der Verwahrer verpflichtet sich, die Sache für den Hinterleger aufzubewahren und in Obhut zu nehmen. Benutzen darf er die Sache nicht. Gleiches gilt für das Lagergeschäft (§§ 467ff HGB) als gewerbliche Übernahme der Verwahrung (BGH 3, 200). Teilw wird Verwahrung dann angenommen, wenn die Person, die den Raum/Platz zur Verfügung stellt, unmittelbarer Besitzer der aufzubewahrenden Sachen wird (Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 35; wohl auch BGH 3, 200). Andere stellen bei der Abgrenzung zu Recht darauf ab, wo bei wirtschaftlicher Betrachtung nach der Interessenlage das Schwergewicht liegt (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 44, 45; MüKo/Häublein Vor § 535 Rn 12). Ist das Schwergewicht der Interessenlage in der Übernahme der Obhutspflicht für die Sache zu sehen, liegt Verwahrung vor; steht die Raumgewährung im Vordergrund, dann liegt Miete vor. Wird das Entgelt nicht nur für die Platzüberlassung, sondern auch für die Übernahme von Obhutspflichten gezahlt, ist im Zweifel von Verwahrung auszugehen (Wolf/Eckert/Ball Rn 12). Deshalb liegt bei der Überlassung eines Stellplatzes ein Verwahrungsvertrag vor, wenn das Entgelt auch für die Bewachung des Fahrzeugs entrichtet wird. Eine Bank verwahrt dagegen nicht den Inhalt des Safes (Oldenburg NJW 1977, 780). Der **Kühlhausvertrag** ist Miete mit der Verpflichtung zur Lieferung von Kaltluft oder zur Kühlung auf eine bestimmte Temperatur (BGH LM § 535 Nr 1). Wegen der Prüfung der Zutrittsberechtigung vgl BGH LM § 535 Nr 2.
- 24 4.** Beim **Werkvertrag** (§§ 631ff) steht die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs im Vordergrund. Deshalb liegt Miete vor, wenn eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung stattfindet, bei der dem Nutzungsberechtigten das Recht zur Umgestaltung des Mietobjekts eingeräumt wurde, weil die Gebrauchsüberlassung die Beziehung prägt (BGH NJW 1983, 679; 1968, 1625; zweifelnd Bub/Treier/Reinstorf I Rn 43). Gleiches gilt für die Zurverfügungstellung von Zelten und Gerüsten, auch wenn der Auf- und Abbau geschuldet wird (Hamm NJW-RR 1994, 1297; Düsseldorf VersR 1974, 1113). Die entgeltliche Überlassung verschiedener elektronischer Geräte für eine Konzertveranstaltung einschl Aufbau und Montage der Mietgeräte sowie deren Abbau führt zu einem Werkvertrag, da die Konzertfähigkeit des Equipments im Vordergrund steht (Koblenz ZMR 2004, 265). Ist neben einer Maschine (zB Kfz, Kran, Bagger, sonstige Baumaschine) Bedienpersonal zu stellen, hängt die Einordnung des Vertrags von dem verfolgten Zweck ab. Mietvertrag (mit Dienstverschaffungsvertrag) liegt dann vor, wenn das Gerät in die Obhut des Bestellers übergeht und dieser auch über den Einsatz des Geräts zu bestimmen hat (BGH WM 1986, 26; Hamm NJW 1989, 2629). Bestimmt der Maschineneigentümer den Einsatz, so liegt Werkvertrag, Beförderungsvertrag oder Pachtvertrag vor.
- 25 5.** Ein **Gesellschaftsvertrag** (§§ 705ff) zw Überlassendem und Benutzer liegt nicht bereits dann vor, wenn sich das vom Benutzer für die Gebrauchsüberlassung zu zahlende Entgelt nach dem von ihm erzielten Umsatz/Gewinn bemisst. Ein solches partiarisches Rechtsverhältnis bleibt Miete. Denn die Erzielung des Gewinns durch den anderen (Nutzer) ist nicht gemeinsamer Zweck iSd § 705 (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 66; BGH WM 1965, 1052).
- 26 6.** Das Mietverhältnis ist schuldrechtlicher Natur (Rn 2). Damit scheiden Abgrenzungsprobleme zu den **dinglichen Nutzungsrechten** Nießbrauch (§§ 1030ff), dingliches Wohnrecht (§ 1093) oder Dauernutzungsrecht (§ 31 WEG) aus. Gleichwohl können mietrechtliche Vorschriften analog anwendbar sein (BGH NZM 2009, 904 für § 556 III).

- IV. Besondere Vertragstypen. 1.** Der **Beherbergungsvertrag** (Unterbringung in **Hotel** oder in **Gaststätte**) ist ein gemischter Vertrag, der miet-, kauf-, dienst-, werk- und verwahrungsvertragliche Elemente aufweist. Das Kernelement ist jedoch Miete, nämlich Miete eines möblierten Wohnraums (BGH WM 1978, 733; Hamm ZMR 1995, 206). Den Hotelier trifft daher die Haftung aus § 536a (BGH NJW 1975, 645). Die Vorschriften über Wohnraummietverhältnisse finden mit der Beschränkung des § 549 II Nr 1 Anwendung. 27
- 2.** Dem eigentlichen Beherbergungsvertrag kann ein **Hotelreservierungsvertrag** vorausgehen. Er wirkt wie ein Vorvertrag (vgl dazu Rn 48; BGH NJW 1977, 385). 28
- 3.** Der **Campingvertrag** umfasst das Recht zum Aufstellen von Wohnwagen, Wohnmobilen, Zelten uÄ auf einem Campingplatz gegen Entgelt, häufig verbunden mit der Pflicht, Wasch-, Dusch- und Toiletteeinrichtungen zu stellen. Gleichwohl handelt es sich um Miete (Frankfurt MDR 1985, 1027; Koblenz NJW 1966, 2017). 29
- Auf den Mietvertrag über ein **Ferienhaus** oder eine **Ferienwohnung** (zu Urlaubszwecken) ist § 651f II entspr anwendbar (BGH NJW 1985, 906), soweit das Objekt nicht direkt vom Eigentümer angemietet wurde (München ZMR 1993, 524). Zur Anwendbarkeit von § 651f II bei der Anmietung eines Wohnmobils zu Urlaubszwecken vgl Karlsruhe ZMR 1988, 223. 30
- 4.** Beim **Schiffsreisevertrag** und beim **Schlafwagenvertrag** steht ebenso wie bei der Beförderung im **Liegewagen** die Beförderungsleistung und nicht die Raumbewahrung im Vordergrund (MüKo/Häublein Vor § 535 Rn 25). 31
- Schiffcharter** ist dann Mietvertrag, wenn das Schiff ohne Ausrüstung und ohne Besatzung auf Zeit gegen Entgelt überlassen wird. Andernfalls liegt Raumpacht vor (Argyriakis MDR 1958, 728). Werden Schiffe durch einen „Veranstalter“ zu Urlaubszwecken verchartert, kann § 651f II anwendbar sein (München NJW-RR 1987, 366). 32
- 5.** Für die Einordnung von **Heimverträgen** ist die konkrete Vertragsgestaltung ausschlaggebend (BGH NJW 1983, 341). Setzt sich im Einzelfall ein Heimvertrag aus Elementen verschiedener Vertragstypen (gemischter Vertrag) zusammen, bleibt er dennoch ein einheitliches Ganzes und kann deshalb nur einem Vertragsrecht unterstellt werden, nämlich demjenigen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt (BGH NJW 1989, 1673; zur Rechtsnatur des Betreuungsvertrags s BGH NJW 2001, 2971; zur Wirksamkeit dynamischer Verweisung in vorformulierten Heimverträgen auf einen Rahmenvertrag s BGH NJW 2002, 507). 33
- Steht im Einzelfall (wie bei der **Altenwohnung**) die Wohnungsgewährung deutlich im Vordergrund, ist Mietrecht anwendbar mit der Folge, dass der Heimbewohner Bestandsschutz gem §§ 573ff genießt, andererseits aber bzgl der Miethöhe den Bestimmungen der §§ 557ff unterworfen ist (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 124). Wird demgegenüber alten, pflegebedürftigen oder behinderten Menschen nicht nur dauerhaft Unterkunft, sondern daneben auch Verpflegung und Betreuung gewährt oder vorgehalten, finden die teils unabdingbaren Regeln des WBVG Anwendung. 34
- 6.** Der **Internatsschulvertrag** ist Dienstvertrag (BGH NJW 1985, 2585). Er stellt sich, soweit es um die Unterbringungs- und Betreuungsleistungen geht, als Vertrag auch zugunsten des Kindes dar (BGH NJW 1980, 1745). Demgegenüber ist der Vertrag über die Aufnahme eines Schülers in ein **Schülerwohnheim** seinem Schwerpunkt nach Mietvertrag. Eventuell zu erbringende Betreuungsleistungen treten hinter Unterbringung und Versorgung des Schülers zurück (Bub/Treier/Reinstorf I Rn 122; MüKo/Häublein Vor § 535 Rn 25). Ebenso unterliegt der Vertrag über die Aufnahme in ein **Lehrlings-/Studentenwohnheim** dem Wohnraummietrecht mit der Beschränkung des § 549 III. 35
- 7.** Verträge über die **Aufnahme von Patienten in das Krankenhaus** weisen zwar auch mietvertragliche Elemente auf. Ganz eindeutig im Vordergrund steht jedoch das dienstvertragliche Element (Näheres Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 51). 36
- Belegungsverträge** der Sozialversicherungsträger mit Sanatorien, Kurheimen, Gasthöfen uÄ sind im Kernbereich Mietverträge; Kauf- und Werkvertrags Elemente für Nebenleistungen treten hinzu. 37
- Belegarztverträge** schließt der Belegarzt mit dem Krankenhausträger. Dabei handelt es sich um ein atypisches Dauerschuldverhältnis, das idR keinem der im BGB entwickelten Vertragstypen entspricht (BGH NJW 1972, 1128), aber bei Entgeltlichkeit Elemente der Miete enthält. 38
- 8. Mietkaufverträge** können über bewegliche und unbewegliche Sachen getätigt werden. Beim Mietkauf räumt der Vermieter dem Mieter das Recht ein, innerhalb einer bestimmten Frist die Mietsache zu einem vorher festgelegten Preis zu kaufen; die bis dahin vertragsgemäß gezahlte Miete wird dann zumindest teilw auf den Kaufpreis angerechnet. Die Mietrate wird oft recht hoch angesetzt, um den Mieter zum Ankauf zu veranlassen. Vor Ausübung der Kaufoption findet Mietrecht und danach Kaufrecht Anwendung (MüKo/Häublein Vor § 535 Rn 17). Falls dem Mieter einer beweglichen Sache von Anfang an ein gesichertes Erwerbsrecht eingeräumt wird, sind die §§ 491ff zu beachten. 39
- 9.** Der **Tankstellenvertrag** kann nicht einheitlich beurteilt werden. **a)** Überlässt der Eigentümer der Mineralölgesellschaft ein nicht als Tankstelle eingerichtetes Grundstück zur Errichtung und zum Betrieb einer Tankstelle, liegt Grundstücksrente vor. **b)** Wird der Mineralölgesellschaft ein bereits als Tankstelle eingerichtetes Grundstück überlassen, handelt es sich um Pacht. Gegenstand des Nutzungsverhältnisses ist dann nämlich eine zum Fruchtgenuss geeignete und nach dem Vertrag dazu bestimmte Sache. Durch den sog **Stationärvertrag** stellt der Verwalter (Grundstückseigentümer oder -mieter) das Tankstellengrundstück der Mineralölgesellschaft zum Gebrauch als Tankstelle zur Verfügung. Diese richtet darauf die Tankstelle ein und lässt sie durch den Verwalter betreiben. Hierbei handelt es sich um einen gemischten Vertrag mit miet- und dienstvertraglichen Elementen. Letztere über- 40

Vor § 535

Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

wiegen (MüKo/Häublein Vor § 535 Rn 32), was allerdings nicht dazu führt, dass auf den Vertrag ausschließlich Dienstvertragsrecht Anwendung findet (BGH 52, 171, 175).

- 41 **10.** Durch den **Werkförderungsvertrag** stellen private oder öffentliche Arbeitgeber den privaten Bauherm Geldmittel zur Errichtung von Wohnungen gegen Einräumung des Rechts zur Verfügung, die Wohnungen mit ihren Arbeitnehmern zu belegen. Werkförderungsverträge sind Darlehensverträge mit werkvertraglichen Elementen, so dass § 550 nicht anwendbar ist (BGH 48, 244, 246). Die Gestaltung des Nutzungsverhältnisses ist unterschiedlich und wird regelmäßig im Werkförderungsvertrag festgelegt. In Betracht kommt eine unmittelbare Anmietung durch den Darlehensgeber, der die Wohnungen im Wege der Untervermietung seinen Arbeitnehmern überlässt (BGH NJW 1981, 1377). Es kann aber auch vorgesehen sein, dass der Darlehensgeber bestimmte Arbeitnehmer benennt und der Darlehensnehmer mit ihnen unmittelbar einen Mietvertrag abschließt. Da der Werkförderungsvertrag einen Vertrag zugunsten des künftigen Mieters darstellt (BGH NJW 1967, 2260), kann sich dieser seinem Vermieter ggü unmittelbar auf darin enthaltene Mietpreis- und Kündigungsbeschränkung berufen.
- 42 Übermäßig langfristig abgeschlossene Belegungsrechte, die lange nach Rückzahlung der Darlehen andauern, können gem §§ 138, 242 angemessen abgekürzt werden. Wird in einem Werkförderungsvertrag das Belegungsrecht für eine bestimmte Zeit festgelegt, erlischt es grds nicht deshalb früher, weil das Darlehen vorzeitig zurückgezahlt wird (BGH NJW 1975, 381). Die Rechte aus einem Belegungsrecht können grds übertragen werden, wenn die Übertragung nicht zur Inhaltsänderung der Leistung führt (BGH WM 1973, 755).
- 43 **11.** Die **Sondernutzung öffentlicher Wege- und Straßenflächen** (zB durch Aufstellen von Ständen, Verkaufswagen uÄ) ist durch Bundes- und Landesgesetze geregelt. Sie erfolgt nach öffentlichem Recht. Das Gleiche gilt für die Überlassung von **Ständen, Boxen** uÄ in kommunalen Markthallen, Schlachthöfen, Kühlhäusern uÄ, falls die Gemeinde oder sonstige öffentlich-rechtl Körperschaft das Nutzungsrecht aufgrund öffentlich-rechtl Satzung vergibt. Der öffentlich-rechtl Charakter dieser Rechtsverhältnisse schließt es aber nicht aus, erg mietrechtliche Vorschriften heranzuziehen (BGH NJW 1972, 2300; 1973, 2103).
- 44 Der **Konzessionsvertrag** über die Verlegung von Schienen und Leitungen in öffentlichen Straßen ist gem § 8 X FernStrG privatrechtlicher Natur; das gilt auch nach den entspr Gesetzen des Bundes und der Länder für die entspr Einrichtungen in anderen Straßen. Die Verträge haben durchweg stark mietrechtlichen Einschlag (RG 88, 14; 108, 204; vgl Hamburg MDR 1976, 142). Das Wesentliche sind jedoch die gegen Konzessionsabgabe gewährten Ausschließlichkeitsbindungen zugunsten der (Versorgungs-)Unternehmen.
- 45 Liegt **keine öffentlich-rechtl Überlassung von Ständen, Boxen** oÄ in Hallen oÄ vor, ist beim Überlassen begrenzter Räumlichkeiten oder Plätze je nach Ausstattung Miete oder Pacht gegeben (Rn 19). Wird vertragsgemäß eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt und nimmt der Überlassende wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsgestaltung (Arbeitszeit, Arbeitsweise, Einfluss auf Personal, Kassenführung, Ertragsbeteiligung), kann Dienstvertrag, bei selbständiger Stellung des Tätigen auch Gesellschaft oder Mischung aus Elementen dieser Typen gegeben sein (vgl RG 108, 369).
- 46 **12. Automatenaufstellvertrag.** Mittels Automatenaufstellvertrags gestattet der Inhaber (zB Eigentümer/Pächter/Mieter) geeigneter Flächen dem Aufsteller, einen oder mehrere Automaten (zB Warenautomaten mit Getränken, Tabakwaren etc, aber auch Musik- und Spielautomaten) regelmäßig gegen Beteiligung am Umsatz in seinen Räumen anzubringen bzw aufzustellen und für eigene Rechnung zu betreiben. Charakteristisch für den Automatenaufstellvertrag ist mithin die Eingliederung der Automaten des Aufstellers in den gewerblichen Betrieb seines Vertragspartners zum gemeinsamen Nutzen von Aufsteller und Betriebsinhaber (BGH NJW 1969, 230). Der Automatenaufstellvertrag wird als Gestattungsvertrag angesehen, der neben mietvertraglichen Elementen auch personenbezogene Merkmale aufweist (BGH NJW 1983, 159). Umfassend zum Automatenaufstellvertrag Erman/Jendrek¹² Rn 39.
- 47 **V. Vorvertrag, Vormietrecht, Anmietrecht, Mietoption.** Im Mietrecht kann die **Vertragsfreiheit eingeschränkt** sein. Beschränkungen können sich aus öffentlich-rechtl Bestimmungen ergeben, insb
- durch das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Art 6 § 1 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechtes v 4.11.1971, BGBl I 1745), das aber nur noch vereinzelt gilt (zB in großen Teilen Bayerns) und kein Verbotsgesetz darstellt (Köln ZMR 1992, 56 mwN);
 - durch das Belegungsrecht für öffentlich geförderte Wohnungen (bis 31.12.2001: § 4 WoBindG; danach § 4 WoFG).
- 48 Zivilrechtliche Beschränkungen ergeben sich aus folgenden Bindungen:
- 1.** Ein **Mietvorvertrag** setzt voraus, dass sich die Parteien im Wesentlichen über den Inhalt eines noch abzuschließenden Mietvertrags geeinigt haben, sodass der Inhalt des künftigen Mietvertrags zumindest bestimmbar ist (BGH NJW-RR 1994, 317; NJWE-MietR 1996, 56; Karlsruhe NJW-RR 1996, 997). **a)** Der Vorvertrag muss also die notwendigen Anhaltspunkte enthalten, um die fehlende Einigung der Parteien im Streitfall durch richterliche Entscheidung unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens im Wege der erg Vertragsauslegung gem den §§ 157, 242 zu überwinden (BGH NJW 1990, 1234; WuM 1992, 686). Dazu reicht es aus, dass die Miete - notfalls mit sachverständiger Hilfe - bestimmbar ist. Selbst ohne jegliche Vereinbarung über die Miethöhe kann sogar ein Mietvertrag zustande kommen, sofern sich die Parteien bindend über eine entgeltliche Überlassung des Gebrauchs der Mietsache einigen. Dann kann im konkreten Fall eine angemessene oder ortsübliche Miete als vereinbart gelten

(BGH, WuM 1992, 312, 313). Für den Mietvorvertrag gelten keine anderen Anforderungen (BGH ZMR 2002, 895, 897 = MDR 2002, 1362).

Die Festlegung weitergehender Vertragsbedingungen kann den zum Abschluss des Hauptvertrags führenden Verhandlungen vorbehalten bleiben (BGH ZMR 1993, 55). Die Annahme eines Mietvorvertrags ist allerdings nur dann gerechtfertigt, **wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, dass die Parteien sich ausnahmsweise schon binden wollen, bevor sie alle Vertragspunkte abschließend geregelt haben** (BGH NJW 1980, 1577 mwN). Dies kann insb der Fall sein, wenn dem Abschluss des Mietvertrags - zumindest nach der Vorstellung der Parteien - noch Hindernisse tatsächlicher oder rechtlicher Art (zB das Mietobjekt ist noch nicht bezugsfertig oder vom Vermieter noch nicht geräumt oder die erforderliche Nutzungsänderungsgenehmigung steht noch aus) entgegenstehen, die Parteien sich aber bereits rechtlich binden wollen, um so den demnächstigen Abschluss des Mietvertrags zu sichern (BGH NJW 62, 1812). Mit dem **Letter of Intent** wird in aller Regel lediglich der Stand der geführten Verhandlungen zusammengefasst; er soll grds keine Bindungswirkung entfalten, insb noch keine Verpflichtung zum Abschluss eines Mietvertrags begründen. Dafür muss jedoch in besonderer Weise auf die Formulierungen geachtet werden (Lindner-Figura NZM 2000, 1193).

b) Gescheiterte Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrags können nicht in einen Mietvorvertrag umgedeutet werden (§ 140), weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien einen Vertrag nur mit den bis zum Scheitern ausgehandelten Punkten schließen wollten (BGH NJW 1980, 1577; WM 1973, 67; ZMR 1963, 82).

c) Der Mietvorvertrag ist **formfrei**, selbst wenn der beabsichtigte Vertrag eine Laufzeit von mehr als einem Jahr haben soll. § 550 gilt nur für den Mietvertrag (BGH NJW 2007, 1817; 1980, 1577; 1970, 1596; zweifelnd Wolf/Eckert/Ball Rn 90; Derleder/Pelegrino NZM 1998, 550, 552). Kommt ein Mietvertrag mangels Beachtung einer gesetzlichen oder vereinbarten Schriftform nicht zustande, so kann er nicht in einen - formfreien - Vorvertrag umgedeutet werden (BGH WM 1969, 919; Bub/Treier/Heile II Rn 736).

d) Vereinbaren die Parteien, die Mietsache solle einstweilen oder widerruflich gegen ein vorläufiges Entgelt bis zum Abschluss des „endgültigen“ Mietvertrags überlassen werden, wird ein sog **vorläufiges Mietverhältnis** begründet (BGH NZM 2005, 704; Karlsruhe, WuM 1991, 81). Bei Scheitern der Verhandlungen erhält der Vermieter im Zweifel die ins Auge gefasste Miete für die Dauer der Nutzung (Hamburg WuM 2003, 84).

e) Die Parteien des Mietvorvertrags sind verpflichtet, an der Beseitigung der dem Abschluss des Hauptvertrags entgegenstehenden **Hindernisse** mitzuwirken (BGH WM 1981, 695; Bub/Treier/Reinstorf II Rn 148). Vor Abschluss des Hauptvertrags können die Parteien die mietvertraglichen Leistungen noch nicht einklagen (Wolf/Eckert/Ball Rn 74 mwN). Allerdings kann aus dem Vorvertrag auf den Abschluss des Mietvertrags geklagt werden (BGH NJW 2002, 3016; 1986, 2820). Der Kläger muss dann grds das Vertragsangebot genau formulieren (Köln DWW 1992, 210), wobei er die seit dem Abschluss des Vorvertrags eingetretenen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigen und die Bestimmungen des nunmehr abzuschließenden Hauptvertrags so festlegen muss, wie die Parteien sie bei Kenntnis der Veränderungen festgelegt hätten (BGH NJW 1962, 1812). Die Klage ist auf Annahme dieses Angebotes zu richten (BGH NJW 2002, 3016; 1984, 479), so dass der Mietvertrag gem § 894 ZPO mit der Rechtskraft des Urts zustande kommt (BGH NJW 1962, 1812). Lässt der Mietvorvertrag dem beklagten Vermieter einen erheblichen Spielraum, ist es ausnahmsweise zulässig, den Anspruch aus dem Mietvorvertrag im Wege der Feststellungsklage geltend zu machen, wenn ausreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Feststellungsverfahren zur Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (BGH MDR 2002, 1362). Dem Abschluss des Hauptvertrags steht weder eine zwischenzeitlich erfolgte anderweitige Vermietung noch der Umstand entgegen, dass der im Vorvertrag festgelegte Termin für den Mietbeginn verstrichen ist (BGH ZMR 1993, 55). Seinen Leistungsanspruch kann der Mieter nicht durch einstw Verfügung sichern (Celle ZMR 2009, 113), weil dies zu einem unvertretbaren wirtschaftlichen Schaden des Vermieters führen kann. Befindet sich ein Vertragsteil mit seiner Hauptverpflichtung aus dem Vorvertrag im Verzug, kann der andere Teil Schadensersatz verlangen (§§ 280ff) oder vom Vertrag gem § 323 (auch auf Vorverträge anwendbar, Pal/Grüneberg § 323 Rn 3) zurücktreten (Bub/Treier/Reinstorf II Rn 153).

f) Die Unwirksamkeit oder die wirksame **Anfechtung des Mietvertrags** führt nicht zwingend zur Nichtigkeit auch des Vorvertrags (BGH WM 1973, 328).

2. Das Vormietrecht ist gesetzlich nicht geregelt (vgl auch Michalski ZMR 1999, 1ff). Seine Einräumung ist jedoch aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig. Allg Ansicht nach gelten die Vorschriften über den Vorkauf grds entspr (BGH NJW 1971, 422; MüKo/Häublein § 535 Rn 20).

a) Bei der Vormiete wird dem Berechtigten durch schuldrechtlichen Vertrag die Befugnis eingeräumt, durch einseitige, an den Verpflichteten gerichtete Erklärung mit diesem einen Mietvertrag zu denjenigen Bedingungen zu begründen, die dieser in einem Mietvertrag mit einem Dritten festlegt (BGH NJW 2002, 3016, 3019). Dabei tritt der Vormietberechtigte, der sein Recht ausübt, ebenso wie der Vorkäufer (BGH NJW 1987, 890) nicht in den Vertrag des Verpflichteten mit dem Dritten ein. Vielmehr kommt in entspr Anwendung von § 464 II zw dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein neuer selbständiger Vertrag zu den Bedingungen zustande, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (BGH NJW 2002, 3016; 1971, 422; Bub/Treier/Reinstorf II Rn 160; MüKo/Häublein § 535 Rn 20).

- 57 **b)** Der Mietvorvertrag muss nicht als solcher benannt sein. Trotz der Bezeichnung als Optionsrecht in einem Mietvertrag kann es sich bei der vertraglichen Regelung über eine in Aussicht genommene Anmietung weiterer, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch anderweitig vermieteter Räume um einen **doppelt aufschiebend bedingten Mietvorvertrag** handeln, wenn die Parteien sich schon über den Umfang des Mietobjekts, die Mietdauer und die Miethöhe geeinigt haben (Hamburg ZMR 2001, 889). Dabei liegt die erste aufschiebende Bedingung in dem Willen des Vermieters, nunmehr die Räume zu vermieten. Vereinbaren Käufer und Verkäufer eines Mietobjekts, dass jede Partei ab einem bestimmten Zeitpunkt zu einem vorbestimmten Preis eine Anmietung desselben durch den Verkäufer verlangen kann, so handelt es sich um einen Vorvertrag, weil bei der Auslegung einer solchen Vereinbarung der erkennbare übereinstimmende Wille beider Parteien dem Wortlaut des Vertrags und anderweitigen Interpretationen vorgeht (Köln ZMR 1998, 283). Auf die Vereinbarung, durch die ein Vormietrecht begründet wird, ist **§ 550 S 1 anwendbar** (RGRK/Gelhaar Vor § 535 aF Rn 306; Wolf/Eckert/Ball Rn 91 mit Hinw auf BGH NJW 1971, 422, 423; aA Bub/Treier/Reinstorf II Rn 165; Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 93). Die Gegenansicht verkennt, dass ein Vormietrecht (jedenfalls für den Mieter) regelmäßig einen wesentlichen Vertragspunkt bildet und gem § 566 auch ggü dem Grundstückserwerber wirken kann (BGH NJW 1971, 422).
- 58 **c)** Entspr § 469 hat der Vermieter dem Berechtigten Auskunft über Inhalt und Nebenbedingungen des Hauptvertrags zu erteilen (BGH NJW 1971, 422). Der Auskunftsanspruch des Vormietberechtigten besteht so lange, wie er nicht erfüllt ist oder der Berechtigte sein Vormietrecht nicht mehr ausüben will, wozu allerdings ein Erlassvertrag erforderlich ist (BGH ZMR 2002, 895). Der Vermieter macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er unrichtig oder unvollständig über die Bedingungen des Hauptvertrags informiert (BGH ZMR 2003, 408 zum Vorkaufsrecht nach § 577).
- 59 **d)** Nach Auskunftserteilung kann der Berechtigte das **Vormietrecht** nur innerhalb der vertraglich festgelegten Frist und in Ermangelung einer solchen in der Frist des § 469 II S 1 **ausüben**. Diese Frist beginnt mit dem Zugang der Mitteilung. Sie wird allerdings nicht in Lauf gesetzt, wenn der Verpflichtete nur den mit dem Dritten geschlossenen ursprünglichen Vertrag, nicht aber eine vor dieser Mitteilung erfolgte Vertragsänderung mitteilt (BGH NJW 1973, 1365). Die Begründung eines Vormietrechts hindert den Verpflichteten nicht daran, nach Abschluss des Vertrags mit dem Dritten den Inhalt dieser Vereinbarung zu ändern; derartige Änderungen sind sogar noch zulässig, wenn der Verpflichtete den ursprünglichen Vertragsinhalt dem Berechtigten gem § 469 I S 1 mitgeteilt hat (BGH aaO). Die Ausübung des Vormietrechts kann entspr § 464 I S 2 **formlos** erfolgen, und zwar selbst dann, wenn dadurch ein dem § 550 unterliegender Vertrag begründet wird (umstr; wie hier BGH NJW 1971, 422; Wolf/Eckert/Ball Rn 91; aA Köln NZM 2006, 464 mwN; MüKo/Häublein § 535 Rn 20).
- 60 **e)** Da der Mietvertrag mit dem Dritten durch die Ausübung des Vormietrechtes nicht unwirksam wird (Wolf/Eckert/Ball Rn 82), besitzt der Dritte, wenn ihm der Vermieter die Mietsache überlässt, auch im Verhältnis zu dem sein Vormietrecht ausübenden Berechtigten rechtmäßig. Solange Vermieter und Dritter nicht in Schädigungsabsicht gehandelt haben, kann der Berechtigte nur Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machen (Bub/Treier/Reinstorf II Rn 169).
- 61 **3.** Das **Anmietrecht** (auch **Vorhand** genannt, vgl Derleder/Pelegrino NZM 1998, 550, 555), bezeichnet die Verpflichtung des (künftigen) Vermieters, das Mietobjekt, wenn er sich zu dessen Vermietung entschließen sollte, zuerst dem Anmietberechtigten anzubieten. Der Mietvertrag selbst kommt durch ein Angebot des Vermieters und Annahme desselben durch den Anmietberechtigten zustande. Soweit die Parteien keine anderen Abreden getroffen haben, ist der Vermieter hins des Angebotsinhalts frei (Pal/Weidenkaff Vor § 535 Rn 10). Wegen des unbestimmten Inhaltes des künftigen Vermieterangebotes erscheint es bedenklich, in der vertraglichen Einräumung eines Anmietrechtes einen bedingten Vorvertrag zu sehen (so aber Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 98). Die Einräumung eines Anmietrechtes ist formlos wirksam (Pal/Weidenkaff Vor § 535 Rn 10).
- 62 **4.** Unter einer **Mietoption** wird allg die Abrede verstanden, durch einseitige Erklärung ein Mietverhältnis zustande zu bringen (Begründungsoption) oder zu verlängern (Verlängerungsoption). Die rechtliche Natur der Optionsabrede ist umstr (Näheres vgl BGH NJW 1968, 551; Vor § 158 Rn 14ff).
- 63 **a)** Das **Optionsrecht** ist ein Gestaltungsrecht (BGH NJW 1985, 2481). Es wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt. Die (mögliche) schlüssige Abgabe dieser Willenserklärung kann aber nicht in der bloßen Weiterzahlung der Miete über die ursprünglich vereinbarte Vertragszeit hinaus gesehen werden. Ohne anderslautende Regelung der Parteien ist die Optionserklärung an keine Form gebunden (Bub/Treier/Reinstorf II Rn 213; MüKo/Häublein § 535 Rn 27) Weder ist § 550 direkt noch analog anwendbar; auch der Schutz des Erwerbers zwingt nicht zu einer anderen Sichtweise. Vielmehr reicht es aus, dass die Option (formwirksam) im Mietvertrag angelegt ist (aA für die Option zur Verlängerung der Mietzeit um mehr als ein Jahr: Köln MDR 2006, 925; Frankfurt NZM 1998, 1006).
- 64 **b)** Anders als beim Vorvertrag ist bei der **Begründungsoption** nur eine Partei fest gebunden, während die Ausübung der Option im Belieben der begünstigten Partei steht (Bub/Treier/Reinstorf II Rn 210). Umstr ist, ob die Vereinbarung einer Begründungsoption den Anforderungen des § 550 S 1 unterliegt (bejahend: bejahend: Pal/Weidenkaff Vor § 535 Rn 7; verneinend Bub/Treier/Reinstorf II Rn 210). Die Frage ist zu bejahen. Zwar bindet die Optionsvereinbarung als solche den künftigen Grundstückserwerber nicht. Jedoch tritt der Grundstückserwerber in einen vor dem Erwerb durch Optionsabrede plus Optionsausübung begründeten Mietvertrag beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 566 ein.

c) Bei Ausübung einer **Verlängerungsoption**, deren Begründung der Schriftform unterliegt (BGH ZMR 1987, 414), entsteht kein neues Mietverhältnis. Vielmehr wird mit der gestaltenden Optionserklärung der bestehende Mietvertrag um die Optionszeit verlängert (BGH NJW 1968, 521; ebenso für einen befristeten Mietvertrag mit Verlängerungsklausel BGH NZM 2002, 604). Soll nach dem Vertrag die Ausübung einer Verlängerungsoption per Einschreiben erfolgen, so hat lediglich die Schriftform konstitutive Bedeutung, die Übermittlungsform dagegen nur Beweisfunktion (Hamm ZMR 1995, 284). Ist die Verlängerungszeit in der Optionsvereinbarung nicht festgelegt, ist im Anwendungsbereich des § 550 im Zweifel von einem Vertrag auf unbestimmte Zeit mit frühestmöglicher Kündigung zum Ablauf des ersten Verlängerungsjahres auszugehen (BGH ZMR 1987, 414). Soll im Falle einer Optionsausübung über die Miete neu verhandelt werden, kann der Vermieter nach Ablehnung seines Preisangebots gem §§ 315, 316 verfahren (Düsseldorf DWW 2002, 204).

d) Die Verlängerungsoption muss, soweit vertraglich nichts anderes festgelegt worden ist (dann allerdings würde es sich nicht mehr um eine reine Verlängerungsoption handeln), vor Ablauf des zur Verlängerung anstehenden Mietvertrags ausgeübt werden (RG 99, 154, 155; Köln ZMR 1996, 433). Ein Vertragspassus, wonach dem Mieter nach Ablauf des Vertrags eine Verlängerungsoption zusteht, beinhaltet in aller Regel davon keine Ausnahme (BGH NJW 1982, 2770). Ist eine Optionsfrist vertraglich nicht festgelegt, so ist zu prüfen, ob sich eine solche durch (erg) Vertragsauslegung ergibt (BGH NJW 1985, 2581). Dabei kann regelmäßig, da dadurch ein Interesse der Mietvertragsparteien an rechtzeitiger Klarstellung zum Ausdruck kommt, an vereinbarte Kündigungs- oder Widerspruchsfristen angeknüpft werden (BGH aaO; Düsseldorf ZMR 1992, 51; NJW 1972, 1674). Ein Anknüpfen an die gesetzlichen Kündigungsfristen dürfte indes ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht zulässig sein (Wolf/Eckert/Ball Rn 773); vielmehr kann dann der Mieter bis zum letzten Tag der ursprünglichen Vertragszeit optieren. Ist im Mietvertrag neben einer Verlängerungsoption festgelegt, dass sich die vereinbarte Vertragsdauer automatisch um eine bestimmte Zeit verlängert, wenn keine Partei zuvor binnen bestimmter Frist kündigt (vgl dazu BGH NZM 2002, 604), braucht der Mieter die Verlängerungsoption nur auszuüben, wenn der Vermieter kündigt. Das Optionsrecht muss dann unverzüglich nach Kündigungszugang, jedoch nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist ausgeübt werden (BGH NJW 1985, 2581). Das dem Mieter eingeräumte Optionsrecht erlischt grds spätestens mit Ablauf der um die Optionszeit verlängerten ursprünglichen Vertragsdauer (BGH NJW 1982, 2770). Das Gleiche gilt, wenn der Mieter eine von mehreren Optionen nicht ausübt (Düsseldorf ZMR 2008, 785; Hamburg, NZM 1998, 333 mwN). Durch die Einräumung wiederholt ausübbarer Verlängerungsoptionen kann das für beide Parteien aus § 544 sich ergebende Recht, das Mietverhältnis nach dreißig Jahren unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (§§ 573c, 580a) zu kündigen, nicht ausgehöhlt werden (MüKo/Häublein § 535 Rn 28). Ein auf künftige Räumung lautendes rechtskräftiges Urte hindert den Mieter, falls die Optionsfrist noch nicht abgelaufen ist, nicht daran, die Verlängerungsoption auszuüben und seine Rechte durch Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend zu machen (BGH NJW 1985, 2481). Zur formularmäßigen Aushöhlung einer Verlängerungsoption vgl Hamburg DWW 1990, 176. Ist für den Fall der Optionsausübung über die dann maßgebliche Miete nichts geregelt, so bleibt es auch in der Folgezeit bei der bisherigen Miete (Düsseldorf ZMR 1995, 347).

Untertitel 1

Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse

535*Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags*

(1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Er hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen.

(2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.

I. Allgemeines	1
II. Parteien des Mietvertrags	3
III. Gegenstand des Mietvertrags.....	16
IV. Abschluss des Mietvertrags.....	21
V. Pflichten des Vermieters.....	28
VI. Gebrauchsrechte des Mieters	68
VII. Mitwirkungs- und Nebenpflichten des Mieters	73
VIII. Mietzahlungspflicht.....	103
IX. Überbürdung von Erhaltungspflichten.....	134
X. Schutzbereich des Mietvertrags.....	183
XI. Haftung für Verschulden Dritter.....	188

- 1 I. Allgemeines. 1.** Die Vorschrift bildet die Grundlage für alle Mietverhältnisse, Abs I S 3 über § 581 II entspr auch für die Pacht. **Abs I S 2 und 3** sind **individuell abdingbar**. Bei Formularverträgen ist § 307 I Nr 1 zu beachten, soweit Hauptpflichten berührt sind, die § 535 in Abs I S 1 und 2 für den Vermieter sowie in Abs II für den Mieter regelt.
- 2** Auf den Mietvertrag sind die allg Vorschriften (zB §§ 104, 119, 123, 312), aber auch das AGG anwendbar. Bei Unwirksamkeit erfolgt eine Rückabwicklung über § 812, für die Annahme **faktischer Mietverhältnisse** besteht kein Raum (BGH ZMR 2009, 102). Rechtsverhältnisse im Massenverkehr gehen idR nicht auf Gewährung des Gebrauchs einer bestimmten Sache (BGH NJW 1980, 1578). Findet eine entgeltliche Überlassung von Räumen oder Grundstücken durch eine Miteigentümergeinschaft an einen Miteigentümer statt, sind in erster Linie die Regeln der Gemeinschaft anzuwenden (BGH NZM 2001, 45; ZMR 1998, 20). Der entgeltliche Dauernutzungsvertrag über eine Wohnung zw der Wohnungsgenossenschaft und einem ihrer Mitglieder stellt einen Mietvertrag dar (BGH WuM 2009, 744; st Rspr), durch den die Genossenschaft auch nach Wegfall des WGG trotz bestehender Kostenmietklausel nicht an die Kostenmiete gebunden ist (BGH WuM 2010, 430).
- 3 II. Parteien des Mietvertrags. 1.** Partei eines Mietvertrags kann jede **nat oder jur Pers** sein, und zwar als Vermieter oder als Mieter. Ist der Vermieter im Vertrag nicht ausreichend bestimmt bezeichnet, was im Zweifel durch sachgerechte Auslegung zu ermitteln ist (BGH GE 2010, 973), besteht ein Auskunftsanspruch (AG Ludwigsburg WuM 2010, 446). Die OHG, die KG und die Partnerschaftsgesellschaft können, da sie - ohne bereits jur Pers zu sein - unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können (§§ 105, 124, 161 HGB und § 7 II PartGG), Mietverträge abschließen. Auch die Außen-GbR (BGH NJW 2003, 108; 2001, 1056; zur Frage der Rubrumsberichtigung s BGH NJW 2003, 235), nicht aber eine Erbengemeinschaft (BGH WuM 2006, 695), kann eigene Rechte und Pflichten begründen und damit Mietvertragspartei sein (Näheres bei Krämer NZM 2002, 465ff; Jacoby ZMR 2001, 409ff). Treten mehrere Personen als Vertragspartner auf, sollte klargestellt werden, ob sie als teilrechtsfähige Außen-GbR oder als mehrere Einzelpersonen handeln. Für die Verbindlichkeiten aus den Mietverträgen haften die Gesellschafter wie die persönlich haftenden Gesellschafter bei OHG und KG ggü dem Mietvertragspartner unmittelbar neben der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Auch der nicht rechtsfähige Verein kann unter seinem Namen Mietverträge abschließen (Wolf/Eckert/Ball Rn 32). Die gesamtschuldnerische Haftung der Vereinsmitglieder ergibt sich aus §§ 427, 714, zumeist wird die Haftung der einzelnen Mitglieder jedoch in der Satzung auf ihren Anteil am Vereinsvermögen beschränkt sein (vgl RG 143, 216). Zur Anmietung von Gewerberaum durch eine Vorgesellschaft als unternehmensbezogenes Geschäft s Köln und Brandenburg beide NZM 1999, 1097 sowie Düsseldorf ZMR 2003, 252, 568.

Der von einem **Minderjährigen** iSd § 106 abgeschlossene Mietvertrag bleibt bis zur Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die auch konkludent erfolgen kann, schwebend unwirksam (§ 107), soweit die Verträge nicht unter § 110 fallen. Unabhängig davon, ob der Minderjährige Vermieter oder Mieter ist, bedarf der gesetzliche Vertreter bei Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr der Genehmigung des FamG (§ 1643 I iVm § 1822 Nr 5). Ein ohne Zustimmung des FamG geschlossener Vertrag ist gem § 139 für die Zeit bis zum Eintritt der Volljährigkeit wirksam, wenn anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien den Vertrag auch für diesen Zeitraum abgeschlossen hätten (BGH NJW 1962, 734). Im Einverständnis des gesetzlichen Vertreters mit dem Führerscheinwerb liegt idR nicht zugleich die allg Zustimmung zur Anmietung eines Kfz/Kraftrades durch den Minderjährigen (BGH NJW 1973, 1790). Demgegenüber wird bei einem **minderjährigen Ehepartner** in der Zustimmung zur Eheschließung auch eine generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluss eines Wohnraummietvertrags im angemessenen Rahmen zu sehen sein (MüKo/Häublein § 535 Rn 37).

2. Personenmehrheiten. a) Vermieten mehrere Miteigentümer die Mietsache, bilden sie in aller Regel eine **Bruchteilsgemeinschaft** iSd § 741 (BGH NJW 1983, 604), was sie zu Mitgläubigern iSd § 432 macht (BGH NJW 1958, 1723; München NZM 1998, 474) mit der Folge, dass der Mieter befreiend nur an alle Vermieter leisten kann (BGH NJW 1969, 839). Der einzelne Mitvermieter kann nur Leistung an alle verlangen und ist nicht befugt, die Miete anteilig einzuziehen oder zu verpfänden, noch kann sein Gläubiger einen solchen Anteil pfänden (BGH NJW 1969, 839). Der Mieter kann mit befreiender Wirkung auch nur an alle Vermieter gemeinschaftlich leisten (BGH aaO). Mangels Aufrechnungslage kann der Mieter ggü der Mietforderung nicht mit Forderungen gegen einzelne Vermieter aufrechnen. Gleiches gilt gem § 2039 für die **Erbengemeinschaft**.

Rechtserhebliche Erklärungen (insb Vertragsabschluss, -änderung, -aufhebung, Kündigung, BGH NJW 1986, 918; vgl auch § 542 Rn 15) können grds nur durch alle und ggü allen Vermietern abgegeben werden. Stellvertretung ist zulässig, muss aber erkennbar sein. Für Erben- oder Bruchteilsgemeinschaften ist die Vermietung Verwaltungshandlung, die durch Mehrheitsbeschluss und dann durch die Mehrheit auch in Vertretung für die Minderheit erfolgen kann (BGH NJW 2011, 61; MDR 2010, 138). Gehören Minderjährige zu den Miteigentümern, ist die familiengerichtliche Genehmigung (§§ 1822 Nr 5, 1643 I) nur dann erforderlich, wenn sie zu der Mehrheit gehören, die den Vertrag schließt (Schopp ZMR 1961, 345). Aus dem nur mit einem Miteigentümer geschlossenen Vertrag kann der Mieter kein Besitzrecht iSv § 986 ggü den übrigen Miteigentümern herleiten.

Steht auf der Vermieterseite eine **Außen-GbR** (vgl dazu Rn 3), ist wegen der fehlenden Registerpublizität § 174 bei der Vertretung durch nicht alle Gesellschafter anwendbar (BGH MDR 2002, 269). Dies gilt trotz der Grundbuchfähigkeit der GbR (BGH NJW 2009, 594). Haben sich demgegenüber mehrere Personen lediglich zu einer Innen-GbR, also zu einer GbR, die nach dem Willen ihrer Gesellschafter nicht am Rechtsverkehr teilnehmen soll, zusammengeschlossen und schließen sie den Mietvertrag in ihrem eigenen Namen ab, so sind sie persönlich aus dem Mietvertrag berechtigt und verpflichtet.

Mehrere Vermieter haften für alle Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag als **Gesamtschuldner** (§ 427). Ist eine Außen-GbR Vermieterin, so haftet sie für die Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag, aber auch ihre Gesellschafter persönlich - **akzessorische Gesellschafterhaftung** (BGH NJW 2001, 1056). Die persönliche Haftung eines GbR-Gesellschafters kann durch Individualabrede auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden (BGH NZM 2005, 218), was auch bei der Wohnraummiete zulässig ist.

b) Auch auf der **Mieterseite** kann der Mietvertrag durch eine **Außen-GbR** (zB Sozietät von Rechtsanwälten) geschlossen werden, so dass allein die Gesellschaft Trägerin der Mieterrechte und -pflichten ist. Aber auch die Gesellschafter haften aufgrund der akzessorischen Gesellschafterhaftung persönlich (vgl Rn 8). Ansonsten bilden mehrere Mitmieter bzgl des Mietverhältnisses idR eine **Innen-GbR**; Gesellschaftszweck ist die gemeinschaftliche Nutzung der Mietsache (BGH NJW 1997, 3437; Hamburg NZM 2001, 640; Hamm BB 1976, 529; Kraemer NZM 2002, 465, 470; aA und für Gemeinschaft Pal/Weidenkaff Rn 7), was im Verhältnis zum Vermieter keine Rolle spielt (Jacoby ZMR 2001, 409, 414). Die mehreren Mitmieter sind hins ihrer mietvertraglichen Ansprüche **Mitgläubiger iSd § 432**, bzgl ihrer mietvertraglichen Verpflichtungen **Gesamtschuldner iSd § 427** (Jacoby ZMR 2001, 409, 415; Kraemer NZM 2002, 465, 470), insb auch hins der Rückgabepflicht nach Beendigung des Mietvertrags, und zwar selbst dann, wenn einer von ihnen den Besitz an der Mietsache (auch Mietwohnung) endgültig aufgegeben hat (BGH NJW 1996, 515).

Rechtserhebliche Erklärungen können mehrere Mieter nur gemeinsam abgeben; solche Erklärungen des Vermieters müssen allen Mietern ggü erklärt werden, insb kann das Mietverhältnis nur einheitlich ggü allen Mietern gekündigt werden (Näheres § 542 Rn 15). Stellvertretung ist auch hier zulässig. **Sog Vollmachtsklauseln** sollen sich nach hM im Zweifel nur auf Erklärungen während des laufenden Mietverhältnisses erstrecken, nicht aber auf Erklärungen, die den Bestand des Mietvertrags betreffen (zB Kündigung). Mit diesem eingeschränkten Rahmen sollen sie formularmäßig unbedenklich sein (ua Frankfurt NJW-RR 1992, 396; KG ZMR 1985, 22; Hamm ZMR 1984, 284). Die einschränkende Auslegung ist jedoch zweifelhaft, wenn die Klausel keinen entspr Vorbehalt enthält. Solange die Klausel nicht an einer überraschenden Stelle des Mietvertrags steht, ist sie mit uneingeschränktem Inhalt wirksam, vgl auch § 542 Rn 10.

Mieten **Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft** ihre Wohnung gemeinsam als Einzelpersonen an, so liegt idR im Innenverhältnis eine GbR vor (München ZMR 1994, 216). Bei Beendigung der Lebensgemeinschaft kann, falls anderes nicht vereinbart ist, grds jeder der beiden Partner von dem anderen die Mitwirkung bei der Beendigung des Mietvertrags verlangen (Düsseldorf NZM 1998, 72; München aaO). Das Innenverhältnis **unter Eheleuten**, die gemeinsam eine Wohnung anmieten, richtet sich nach familienrechtlichen Grundsätzen

§ 535

Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

(MüKo/Häublein § 535 Rn 53; Staud/Emmerich, Vor § 535 Rn 85 mwN; einschränkend Hamburg NZM 2001, 640 für den Fall des endgültigen Auszugs eines Ehepartners). Auf die Auseinandersetzung über die Wohnung nach der Ehescheidung finden die §§ 1568a, 1568b Anwendung (Näheres - noch zur früheren HausratsVO - Karlsruhe NZM 1998, 431; Hamm FamRZ 1994, 388; s auch Finger WuM 1999, 663).

- 12 Mieten Mitglieder einer **Wohngemeinschaft** Wohnraum gemeinsam an, ohne eine Außen-GbR zu bilden, verbindet sie idR eine Innen-GbR (vgl dazu Rn 9). Bei studentischen Wohngemeinschaften wird mit dem Abschluss des Mietvertrags zugleich das antizipierte Einverständnis mit dem Wechsel einzelner Mitglieder vermutet (LG Hamburg WuM 1995, 697). Der Mitgliederwechsel ist dem Vermieter jedoch anzuzeigen, dem analog § 553 I S 2 ein Zurückweisungsrecht zuzubilligen ist, wenn der neue Mieter für ihn unzumutbar ist (LG Hamburg WuM 1995, 687). Liegt ein (antizipiertes) Einverständnis nicht vor, gelten für einen Wechselwunsch einzelner Mitglieder der Wohngemeinschaft die allg zur Gestellung eines Ersatzmieters entwickelten Regeln entspr (vgl dazu § 537 Rn 9). Scheiden einzelne Wohngemeinschaftsmitglieder einvernehmlich aus, haften sie nur für die bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten (Staud/Emmerich, § 540 Rn 54). Ein ganz anderer Fall liegt vor, wenn eine oder mehrere Personen die Wohnung anmieten und in diese Räume weitere Personen aufnehmen. Dann liegt ein gestuftes Nutzungsverhältnis, nämlich Haupt- und Untermiete vor. In diesem Fall ist § 540 einschlägig.
- 13 **3. Wechsel der Mietvertragsparteien** können im Wege der **Vertragsübernahme** erfolgen. Eine solche bedarf der Mitwirkung aller Beteiligten, wobei entweder ein dreiseitiger Vertrag ieS oder eine Vereinbarung zw zwei Beteiligten unter Zustimmung des Dritten ausreichend sind (BGH NJW 1998, 531 mwN; KG NZM 2001, 622). Schriftform muss nur in dem unter § 550 Rn 11 dargelegten Umfang beachtet werden. Allerdings ist stets zu prüfen, ob nicht nur ein Schuldbeitritt gewollt war. Der Vermieter kann seine Zustimmungserklärung, die auch konkludent abgegeben werden kann (KG ZMR 2003, 835), nur anfechten, wenn ggü beiden Mietern ein Anfechtungsgrund besteht und die Erklärung beiden ggü abgegeben wird (BGH NJW 1998, 531; 1986, 918). Die Haftung des neuen Mieters für Verbindlichkeiten des bisherigen Mieters bedarf der ausdr Vereinbarung. Bei der Gewerberaummietsache ist § 25 HGB zu beachten. Wegen des Rechts zur Ersatzmietergestellung vgl § 537 Rn 9ff, wegen des Vermieterwechsels infolge Veräußerung der Mietsache vgl §§ 566ff. Wegen eines konkludenten Eintritts des Ehegatten des Wohnraummieters als weiterer Mieter s BGH NJW 2005, 2620.
- 14 Der **Eintritt von Gesellschaftern in den Betrieb eines Einzelkaufmanns** führt für sich allein nicht zum Parteiwechsel. Dafür ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (BGH NJW 2001, 2251). Ist Mietvertragspartei jedoch eine Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft oder Außen-GbR, bleibt die Gesellschaft beim **Ausscheiden oder Wechsel eines Gesellschafters** weiterhin Vertragspartei (BGH NJW 2001, 1056). Ggf besteht eine fünfjährige Nachhaftung (§§ 736 II BGB, 160 HGB, 10 II PartGG). Diese umfasst die in dem Fünfjahreszeitraum fällig werdenden Mieten und Betriebskostennachforderungen, weil sie mit Abschluss des Mietvertrags entstanden sind (KG ZMR 2005, 952). Ob der Vertragspartner früher kündigen konnte, ist irrelevant (BGH NJW 2000, 208).
- 15 Wandelt sich eine GbR durch Aufnahme eines vollkaufmännischen Gewerbes in eine OHG um, handelt es sich weiterhin um ein und dieselbe Gesellschaft, die lediglich ihren rechtlichen Charakter geändert hat (BGH NJW 2001, 1056; KG NZM 2001, 520). Bei einer Umwandlung durch Verschmelzung gem § 20 UmwG, tritt die umgewandelte GmbH kraft Gesetzes anstelle des früheren Pächters/Mieters in den bestehenden Pacht-/Mietvertrag ein (BGH NZM 2010, 280; WPM 2002, 1240, 1241; vgl auch Düsseldorf BB 1992, 2173). Auch der Einzelkaufmann kann durch Ausgliederung (ein Unterfall der Spaltung, vgl §§ 1 I Nr 2, 123 UmwG) seines Unternehmens in eine Kapitalgesellschaft seine Haftung beschränken. Mit der Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregister geht das ausgegliederte Vermögen mit den ausgegliederten Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. Ausgeschlossen ist der Übergang nur bei schlechthin nicht übertragbaren Rechtspositionen, wie etwa die Mitgliedschaft in einem Verein oder die Beteiligung an einer GbR. Eine derartige Rechtsposition bildet aber das Nutzungsrecht aus einem Mietvertrag nicht (Karlsruhe ZMR 2009, 34). Eine Mitwirkung des Vermieters ist in keinem der Fälle erforderlich. Zur Änderung der Rechtsform des Gewerberaummieters s auch Kandelhard WuM 1999, 253ff.
- 16 **III. Gegenstand des Mietvertrags.** Als Gegenstand des Mietvertrags kommen bewegliche und unbewegliche **Sachen** in Betracht, vertretbare Sachen (§ 91) nur dann, wenn dieselben Sachen bei Mietende zurückzugeben sind, sonst liegt Darlehen, uU auch Tausch vor. Zur Vermietung verbrauchbarer Sachen (§ 92) vgl MüKo/Häublein § 535 Rn 63. Öffentliche Sachen können vermietet werden, soweit der Gebrauch durch den Mieter über den Gemeingebrauch hinausgehen soll. Auch **Sachteile** können Gegenstand eines Mietvertrags sein, soweit ihr selbständiger Gebrauch möglich ist (zB Vermietung von Teilen eines Grundstücks oder eines Gebäudes/Raumes, von Hauswänden zu Reklamezwecken - Köln OLGRp 200, 83, von Balkonen/Fenstern, von denen aus Festveranstaltungen beobachtet werden können). **Sachgesamtheiten** können durch einheitlichen Mietvertrag (Vor § 535 Rn 10) überlassen werden.
- 17 Der Vermieter muss **nicht Eigentümer** der Mietsache sein (BGH NJW 1958, 380). Klassischer Fall der Vermietung einer fremden Sache ist die Untervermietung (§ 540). Die mangelnde Berechtigung oder faktische Möglichkeit des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung berührt die Wirksamkeit des Mietvertrags nicht. In diesen Fällen hängt seine Haftung von der Art des Leistungshindernisses ab, weil die §§ 536f für den Rechtsmangel iSd § 536 III vorrangig sind (Vor § 536 Rn 7).

Auch **an eigenen Sachen** ist Miete möglich, zB wenn der Eigentümer vom Nießbraucher oder Hauptmieter mietet (BGH NJW 1954, 918; RG 104, 308; RG Warn Rspr 1913 Nr 315). Erwirbt der Mieter im Verlauf der Mietzeit das Eigentum an der Mietsache, erlischt das Mietverhältnis infolge **Konfusion**.