

## **Aufklärungspflichten im Mietrecht**

### **Gliederung**

#### **I. Grundlagen der Haftung für culpa in contrahendo und für positive Forderungsverletzung seit der Schuldrechtsmodernisierung**

##### **1. Kodifizierung in §§ 311 II, 241 II, 280 I und §§ 241 II, 280 I BGB**

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Haftung für die Verletzung sogenannter Schutz- oder Rücksichtnahmepflichten kodifiziert: Während diese Pflichten in § 241 II BGB ausdrücklich den in Absatz 1 erwähnten Leistungspflichten gegenübergestellt werden, regelt § 311 II BGB die culpa in contrahendo, indem klargestellt wird, dass Schutzpflichten bereits im Stadium von Vertragsverhandlungen bzw. der Vertragsanbahnung entstehen können. Eine Verletzung von Schutzpflichten kommt aber selbstverständlich auch in Betracht, wenn der Vertrag bereits wirksam zustande gekommen ist: Hier ist die früher sog. positive Forderungsverletzung angesprochen. Und sogar im Anschluss an die Abwicklung des Vertrages kommen noch sog. nachvertragliche oder nachwirkende Schutzpflichten in Betracht, so etwa die den Leistungsaustausch grundsätzlich überdauernde Pflicht, den Vertragszweck nicht zu gefährden<sup>1</sup>. § 280 I BGB liefert denn auch als Generaltatbestand des modernisierten Leistungsstörungenrechts eine zentrale Schadensersatzgrundlage für alle Arten von Pflichtverletzungen. Erfasst werden nicht nur die Verletzung von Leistungspflichten, sondern eben auch Verstöße gegen Schutzpflichten, wobei sich die Anspruchsgrundlage auf alle genannten Stadien erstreckt, in denen sich das Schuldverhältnis jeweils befinden mag. Schadensersatz aus § 280 I BGB wird also sowohl bei vorvertraglicher Schutzpflichtverletzung geschuldet, als auch bei Missachtung von Schutzpflichten im geschlossenen Vertrag und schließlich auch bei Verstoß gegen nachvertragliche Schutzpflichten.

Schutzpflichten haben gem. § 241 II BGB anders als Leistungspflichten nach Absatz 1 nicht zum Inhalt, dem Gläubiger die vertraglich versprochene oder gesetzlich geschuldete Leistung zu verschaffen, sondern gebieten Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Vielfach ist in diesem Zusammenhang vom Schutz des Integritätsinteresses im Sinne eines Schutzes des Bestandes der Rechtsgüter, Rechte und Interessen der anderen

---

<sup>1</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1990, 141, 142.

Seite die Rede.<sup>2</sup> Dies ist allerdings insofern erläuterungsbedürftig, als Schutzpflichten iSv § 241 II BGB durchaus darauf gerichtet sein können, eine erwartete Vermögensaufstockung abzusichern. Dementsprechend können Pflichten iSv § 241 II BGB gerade darauf zielen, das vertragliche Leistungsinteresse abzusichern, also leistungsbezogen sein.<sup>3</sup> Der entscheidende Unterschied zur Leistungspflicht besteht aber darin, dass die Schutzpflicht nicht selbst auf Vermögensmehrung gerichtet ist, sondern ggf. nur die vertraglich versprochene oder gesetzlich vorgesehene Vermögensmehrung absichert.<sup>4</sup>

## ***2. Risikotragung oder Rücksichtnahme? – Das Wissensgefälle als Voraussetzung der Aufklärungspflicht***

Gerade im Stadium der Vertragsanbahnung, also dem „klassischen“ Terrain der culpa in contrahendo, auf das ich mich im Folgenden weitgehend konzentrieren werde, steht oft die Verletzung von Schutzpflichten in Gestalt von Aufklärungspflichten in Frage. Es geht darum, inwieweit die in § 241 II BGB geforderte Rücksichtnahme es gebietet, die andere Seite über Umstände zu informieren, die für deren Entscheidung, den Vertrag zu schließen, aber auch für deren Einflussnahme auf den konkreten Vertragsinhalt erheblich sind bzw. möglicherweise erheblich sind.

Die Grundschwierigkeit des § 241 II BGB besteht darin, dass Aufklärungspflichten in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz stehen, dass jede Partei Interessen grundsätzlich selbst wahrzunehmen hat und die Risiken selbst tragen muss, die ihr nach dem jeweiligen Vertragstyp zugewiesen sind. Das gilt im Mietrecht genauso wie etwa im Kaufrecht oder in anderen Bereichen. So hat jede Partei grundsätzlich selbst zu prüfen, ob der avisierte Vertrag für sie günstig ist und muss im Mietrecht bekanntlich der Mieter das Risiko der Verwendung der gemieteten Sache und insbesondere das Risiko deren gewinnbringender Nutzung prinzipiell selbst zu tragen.<sup>5</sup> Dementsprechend herrscht weitgehend Einigkeit im Ausgangspunkt: Eine Pflicht zur Offenlegung sämtlicher Umstände, die für die andere Partei entscheidungserheblich sein könnten, würde diesem Grundsatz widersprechen und ist deshalb abzulehnen.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. etwa Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., 2010, § 241 Rn. 6; w.Nachw. bei Soergel/Gsell, 13. Aufl., 2005, § 324 Rn. 8 ff., s. näher zum nicht unproblematischen Begriff des Integritätsinteresses Gsell, JZ 2002, 1089 ff.

<sup>3</sup> Insoweit übereinstimmend Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., 2010, § 241 Rn. 7.

<sup>4</sup> S. näher Soergel/Gsell, 13. Aufl., 2005, § 324 Rn. 8 ff. m.Nachw. zum Diskussionsstand.

<sup>5</sup> Deutlich etwa BGH WM 2000, 1012, 1017 u. BGH NJW-RR 2004, 1236 für die Anmietung eines Ladenlokals; OLG Düsseldorf, NJOZ 2007, 1082, 1085 für die Umsätze und das Verwendungsrisiko bei Gaststättenpacht.

<sup>6</sup> S. allg. BGH NJW-RR 2008, 258 Tz 20; BGH WM 1983, 1007; BGH NJW 1971, 1795, 1799.

Umgekehrt ist im Prinzip anerkannt, dass auf konkrete Nachfrage der anderen Seite keine unzutreffende Aufklärung erfolgen darf, also falsche Angaben unzulässig sind.<sup>7</sup> Davon wird allerdings gerade für das Mietrecht ähnlich wie im Arbeitsrecht eine Ausnahme befürwortet, wenn die Frage das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>8</sup> der anderen Seite verletzt, weil sie etwa dessen Privat- oder gar Intimsphäre betrifft.<sup>9</sup> Hinsichtlich solcher unzulässiger Fragen wird man wohl annehmen müssen, dass ihre unrichtige Beantwortung keine Haftungsfolgen auslöst. Auf diese Problematik werde ich später noch zurückkommen.

Als schwierig erweist sich demnach vor allem die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise ohne konkrete Nachfrage eine Offenbarungspflicht besteht. In Literatur und Rechtsprechung wird vielfach – im Ausgangspunkt aus meiner Sicht ein wenig zu pauschal – angenommen, dass eine Aufklärungspflicht gegenüber der anderen Seite hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse bestehe, die – für die aufklärungspflichtige Seite erkennbar – von besonderer Bedeutung für den Entschluss der anderen Seite zur Eingehung des Vertrages sei, so dass nach Treu und Glauben Aufklärung erwartet werden könne, wobei dann oft ergänzend immerhin auf die erkennbare Geschäftserfahrung oder –unerfahrung der anderen Seite abgestellt wird.<sup>10</sup> Dabei machen diese und ähnliche Formulierungen für sich genommen noch nicht hinreichend deutlich, dass

---

<sup>7</sup> S. allgemein die Nachw. bei Palandt/Ellenberger, 69. Aufl., 2010, § 123 Rn. 5a; zum Mietrecht in diesem Sinne etwa BGH NJW 2004, 2674, 2675: macht der Vermieter auf Fragen des Mieters oder von sich aus Angaben in Bezug auf das Mietobjekt, so müssen diese richtig und vollständig sein; BGH WM 2000, 1012, 1017: Vermieter gibt möglicherweise unzutreffend an, dass das Einkaufszentrum, in dem das anzumietende Ladenlokal liegt, bereits voll vermietet sei; BGHNJW-RR1997, 144; OLG Koblenz, NJW 2008, 3073: Unzutreffende Beantwortung der Frage des Vermieters nach einer Abtretung oder Pfändung des Arbeitseinkommens; LG Essen, NZM 2006, 294: ausdrückliche Vermietung einer Wohnung als kinderfreundlich, die tatsächlich nicht kinderfreundlich ist; AG Saarlouis, NZM 2000, 459: potenzieller Mieter erklärt auf ausdrückliche Frage des Vermieters wahrheitswidrig, Designer zu sein und gut zu verdienen; AG Wolfsburg, NZM 2001, 987: potenzieller Mieter beantwortet die Frage nach seiner Bonität wahrheitswidrig; vgl. aber auch AG Neuss, NJW 2003, 3785, das in der Angabe des Mieters, Räume der katholischen Kirche zur Feier „seiner Hochzeit“ anzumieten, keine falsche Tatsachenbehauptung sah, obwohl es sich um die Feier einer Lebenspartnerschaft mit einem Mann handelte; kritisch Liermann, NJW2003, 3741.

<sup>8</sup> Dazu grundlegend BVerfGE 65, 1, 41 f. u. BVerfGE 78, 77, 84.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 1991, 2411, wonach es das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Entmündigten verletzt, wenn ein Gericht ohne Berücksichtigung des Geheimhaltungsinteresses des Entmündigten davon ausgeht, dieser sei bei Abschluss des Mietvertrages verpflichtet gewesen, seine Entmündigung zu offenbaren. Verneint man in diesem Fall mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Offenbarungspflicht des Entmündigten, so wird man nach allem wohl annehmen müssen, dass der Entmündigte auch berechtigt gewesen wäre, eine entsprechende ausdrückliche Frage unzutreffend zu beantworten.

<sup>10</sup> In diesem Sinne mit Bezug auf die Aufklärungspflichten des Vermieters etwa BGH WM 2000, 1012, 1017; BGH NJW 2006, 2618, 2619; BGH NJW-RR 2009, 1101, 1102; BGH NZM 2007, 144; Staudinger/Emmerich, 2006, Vorbem zu § 535 Rn. 62; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2010, Rn. 188.

die überwiegende Rechtsprechung zu Recht über das erkennbare Gewicht des jeweiligen Umstandes für den Vertragsschluss bzw. den konkreten Vertragsinhalt hinaus eine weitere Voraussetzung verlangt, damit Aufklärungspflichten bejaht werden können. Gefordert wird ein Wissensgefälle in dem Sinne, dass die aufklärungsbedürftige Seite im Gegensatz zum Aufklärungspflichtigen selbst keine aussichtsreichen Möglichkeiten hat, sich über die jeweiligen Umstände selbst zu informieren und zwar insbesondere deshalb nicht, weil sie aufgrund der konkreten Umstände, etwa aufgrund mangelnder Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Umstandes oder aufgrund ihrer Unerfahrenheit keinen Anlass sehen muss, sich über den betreffenden Umstand durch Nachfrage Klarheit zu verschaffen. Umgekehrt bedeutet dies: Umstände, hinsichtlich derer die aufklärungsbedürftige Seite Anlass hat, sich zu informieren und hinsichtlich derer sie sich – ggf. unter Ausschöpfung der verfügbaren Recherchemöglichkeiten – selbst ein zutreffendes Bild machen kann, brauchen grundsätzlich nicht offenbart zu werden. Betont wird dieser Aspekt des Wissensgefälles etwa in den Entscheidungen des XII. Senates zur Pflicht des Kfz-Vermieters, den Mieter über die Gefahr aufzuklären, dass der Haftpflichtversicherer den deutlich über dem lokalen Normaltarif liegenden Unfallersatztarif möglicherweise nicht voll erstattet. Der XII. Senat unterstreicht hier zutreffend, dass der an der Anmietung eines Unfallersatzfahrzeugs interessierte Unfallgeschädigte den gespaltenen Mietmarkt in der Regel nicht kennt und für den Vermieter erkennbar davon ausgeht, dass die Mietwagenkosten von der gegnerischen Haftpflichtversicherung erstattet werden. Treffend formuliert der Senat: „Über diese zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Abrechnung der Mietwagenkosten muss der wissende Vermieter den unwissenden Mieter aufklären.“<sup>11</sup> Ähnlich wird in einer Entscheidung des XII. Senates<sup>12</sup> eine Aufklärungspflicht des Vermieters von nicht haftpflichtversicherungspflichtigen Baufahrzeugen maßgeblich damit begründet, dass dem Mieter die versicherungsrechtliche Situation erkennbar unbekannt war. In einem solchen Fall – so heißt es dort weiter – würden es Treu und Glauben gebieten, „dass der (wissende) Vermieter den (unwissenden) Mieter über die versicherungsrechtliche Situation aufklärt.“ Schließlich kann als Beleg für die Bedeutung des Wissensgefälles als Voraussetzung für die Annahme von Aufklärungspflichten in der Rechtsprechung eine Entscheidung des XII. Senates vom 16.12.2009 dienen.<sup>13</sup> Danach ist der Vermieter, der einen Mieter als

---

<sup>11</sup> Vgl. jüngst BGH NJW-RR 2009, 1101, 1102 u. zuvor bereits in diesem Sinne BGH VersR 2008, 269; BGH NJW 2007, 2181; BGH NJW 2007, 2759; BGH NJW 2007, 1447, 1448; BGH NJW 2006, 2618; vgl. den Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 27.11.2008 – 1 BvR 112/08 zur Verfassungsbeschwerde einer Autovermieterin gegen diese Rechtsprechung; abl. gegenüber der Aufklärungspflicht Rehm, JZ 2007, 786.

<sup>12</sup> S. BGH NZM 2007, 144.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 16.12.2009 – XII ZR 146/07.

Gesamtschuldner zunächst nur anteilig in Anspruch nimmt, diesem gegenüber nicht verpflichtet, auf ausbleibende Zahlungen des anderen Gesamtschuldners hinzuweisen. Dabei stützt sich der Senat zu Recht maßgeblich auf die Erwägung, dass der in Anspruch genommene Gesamtschuldner sich selbst über die von dem anderen Gesamtschuldner erbrachten Teilzahlungen hätte erkundigen und diesen ggf. auf Freistellung in Anspruch hätte nehmen müssen.<sup>1415</sup>

Zu Recht wird hingegen in der mietrechtlichen Rechtsprechung die Aufklärungspflichten regelmäßig nicht davon abhängig gemacht, dass eine Gefährdung des Vertragszwecks droht.<sup>16</sup> Dies verdient Zustimmung, da ein Wissensgefälle durchaus auch hinsichtlich solcher Umstände bestehen kann, die grundsätzlich die Risikosphäre nur einer Seite, etwa das Verwendungsrisiko des Mieters betreffen, und deshalb den Vertragszweck im engeren Sinne nicht gefährden. Auch dann kann eine Pflicht der anderen Seite zur Rücksichtnahme entstehen. Das macht beispielsweise der Fall der Aufklärungspflicht des Vermieters haftpflichtversicherungsfreier Baufahrzeuge über deren Benutzung im öffentlichen Straßenverkehr anschaulich.<sup>17</sup>

Zusammenfassend lässt sich also sagen: Grundsätzlich gilt, dass jede Partei ihre Interessen selbst wahrnehmen muss, so dass es keine generelle Pflicht zur Aufklärung der anderen Seite über alle für deren Entschließung relevante Umstände gibt. Wo aber Gesichtspunkte betroffen sind, die erstens erkennbar von erheblichem Gewicht sind für die Entscheidung der anderen Seite, den Vertrag überhaupt bzw. mit dem konkreten Inhalt zu schließen, und hinsichtlich derer zweitens ein Wissensgefälle in dem Sinne besteht, dass die aufklärungsbedürftige Seite sich die entsprechenden Informationen nicht selbst beschaffen kann bzw. aufgrund ihrer Unwissenheit keinen Anlass sieht für eine Informationsbeschaffung, muss die überlegene Partei unaufgefordert aufklären. Davon abgesehen sind zulässige Fragen der anderen Seite grundsätzlich wahrheitsgemäß zu beantworten.

---

<sup>14</sup> S. den Nachw. in der vorhergehenden Fn., Tz. 38.

<sup>15</sup> Sehr pointiert wird der Aspekt des Wissensgefälles auch jenseits des Mietrechts in der Rechtsprechung betont, vgl. nur BGH NJW 2006, 3139, 3141, wo die Aufklärungspflichten unter Bestätigung der früheren Rechtsprechung explizit auf Umstände beschränkt wird, „die die andere Vertragspartei nicht kennt [...] oder die sie nicht durchschaut“.

<sup>16</sup> Darauf weist zutreffend KG Berlin, GeT 2009, 176, 177 m.w.Nachw. hin; vgl. ferner die Nachw. in Fn. 10 bis 13, anders aber vielfach die Rspr. zur culpa in contrahendo in anderen Bereichen, etwa Immobilienerwerbsgeschäften, s. nur BGH NJW 2006, 3139, 3141 zu einem Projektübernahmevertrag; BGH NJW 1979, 2243; BGHW 1982, 960, 961.

<sup>17</sup> BGHNZM 2007, 144.

### **3. Rechtsfolgen**

Im Folgenden möchte ich mich den Rechtsfolgen der Verletzung von Aufklärungspflichten zuwenden. Dabei möchte ich mich auf die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, also der Verletzung von Aufklärungspflichten als Schutzpflichten iSv § 241 II iVm § 311 II BGB konzentrieren.

#### **a. Klagbarkeit von Aufklärungspflichten?**

Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, inwieweit Schutzpflichten iSv § 241 II BGB klagbar sind.<sup>18</sup> Für Klagbarkeit spricht, dass die Schutzpflichten in ihrer Funktion, Rechte, Rechtsgüter und schützenswerte Interessen der anderen Seite abzusichern, Ähnlichkeit aufweisen mit dem deliktsrechtlichen Rechtsschutz, der seinerseits durch einen recht weitreichenden negatorischen Rechtsschutz ergänzt wird. Dementsprechend erscheint es naheliegend, dass auch derjenige, dessen Rechte, Rechtsgüter und Interessen durch eine Schutzpflichtverletzung iSv § 241 II BGB bedroht werden, diese vorbeugend im Klagewege abwehren darf.<sup>19</sup> Gerade bei Aufklärungspflichten wird diese Situation allerdings nur selten praktisch werden, da der Aufklärungsbedarf von der betroffenen Vertragspartei typischerweise erst im Nachhinein erkannt wird. Es sind aber durchaus Konstellationen denkbar, in denen die (potenzielle) Partei eines Mietvertrages schon im Vorhinein erkennt, dass sie bestimmte Informationen von der anderen Seite benötigt. Diskutiert wird etwa die Frage, ob der potenzielle Mieter den Vermieter aus §§ 311 II iVm § 241 II BGB auf Vorlage des Energieausweises verklagen kann, wobei die Vorlagepflicht nach § 16 II Energieeinsparverordnung (EnEV) 2009 bzw. 2007<sup>20</sup> überwiegend als öffentlich-rechtliche Regelung eingeordnet wird, die als solche keine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage hergibt.<sup>21</sup> Bedenkt man, dass ein potenzieller Mieter erstens ein legitimes und erhebliches Interesse daran hat, durch Einsichtnahme in einen Energiepass zuverlässig Auskunft über den Energiebedarf bzw. –verbrauch der anzumietenden Immobilie zu erlangen, weil er so ggf. in die Lage versetzt wird, von einem unwirtschaftlichen bzw. unökologischen Objekt Abstand zu nehmen, und dass zweitens ein Wissensgefälle besteht,

---

<sup>18</sup> Dazu näher Madaus, Jura 2004, 289, 290 m. Nachw. zum Streitstand.

<sup>19</sup> In diesem Sinne auch etwa MünchKomm/Roth, 5. Aufl., 2007, § 241 Rn. 113 m. w. Nachw.

<sup>20</sup> Die Regelung lautet in beiden Fassungen der Energieeinsparverordnung wie folgt: „Soll ein mit einem Gebäude bebautes Grundstück, ein grundstücksgleiches Recht an einem bebauten Grundstück oder Wohnungs- oder Teileigentum verkauft werden, hat der Verkäufer dem potenziellen Käufer einen Energieausweis mit dem Inhalt nach dem Muster der Anlage 6 oder 7 zugänglich zu machen, spätestens unverzüglich, nachdem der potenzielle Käufer dies verlangt hat. Satz 1 gilt entsprechend für den Eigentümer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber bei der Vermietung, der Verpachtung oder beim Leasing eines Gebäudes, einer Wohnung oder einer sonstigen selbständigen Nutzungseinheit.“

<sup>21</sup> In diesem Sinne Flatow, NJW 2008, 2886, 2889; Friers, WuM 2008, 255, 258; vgl. zu den Gewährleistungsrechtlichen Auswirkungen des Energiepasses Sternel, NZM 2006, 495 ff..

solange der Inhalt des Energiepasses allein für den Vermieter zugänglich ist, so wird man eine Aufklärungspflicht iSv § 241 II BGB durchaus bejahen können. Deren Klagbarkeit daran scheitern zu lassen, dass Schutzpflichten generell nicht klagbar seien<sup>22</sup>, überzeugt mit Blick auf das soeben Gesagte nicht. Vielmehr sollte der potenzielle Mieter, der seine Aufklärungsbedürftigkeit hier ausnahmsweise schon im Vorhinein erkennen kann, die Aufklärungspflicht durchsetzen und auf diese Weise drohende Schäden von sich abwenden können. Rein praktisch gesehen wird allerdings regelmäßig das Problem bestehen, dass ein potenzieller Mieter von einer solchen Klage Abstand nehmen wird aus Furcht, der Vermieter werde mit ihm keinen Vertrag mehr schließen wollen und ggf. sicherlich (andere) Gründe finden, den Vertragsschluss abzulehnen.

### **b. Schadensrechtliche Vertragsaufhebung**

Nach § 280 I BGB<sup>23</sup> schuldet die Seite, die schuldhaft eine Aufklärungspflicht nach §§ 311 II, 241 II BGB verletzt, Schadensersatz, wobei der Geschädigte nach der Differenzhypothese des § 249 I BGB so zu stellen ist, wie er bei Ausbleiben des schädigenden Ereignisses stünde. Umstritten ist dabei namentlich die Frage, inwieweit eine Vertragspartei, die geltend machen kann, dass sie den Vertrag bei gehöriger Aufklärung nicht geschlossen hätte, über §§ 311 II, 241 II, 249 I BGB im Wege der Naturalrestitution Aufhebung des Vertrages verlangen kann. Der V. Senat des BGH hält eine solche Aufhebung des Vertrages nur unter der zusätzlichen Voraussetzung eines Vermögensschadens für zulässig, verlangt also, dass der Vergleich der Gesamtvermögenslage mit und ohne das haftungsbegründende Ereignis eine Negativabweichung ergibt. Der bloße Eingriff in die freie Selbstbestimmung in Gestalt der Entschließungsfreiheit der unzureichend aufgeklärten Partei soll dagegen nicht genügen, da auf diese Weise die besonderen Anforderungen der Anfechtung unterlaufen würden und zwar namentlich das Vorsatzerfordernis der Arglistanfechtung nach § 123 BGB und die Unverzüglichkeitsfrist der Irrtumsanfechtung nach § 121 I BGB.<sup>24</sup> Gegen ein solches Verständnis der culpa in contrahendo lässt sich aber jedenfalls seit der Schuldrechtsmodernisierung einwenden, dass das Schutzpflichtenkonzept des § 241 II BGB nicht nur das Vermögen schützt, sondern auch sonstige Rechtsgüter, Rechte und Interessen der anderen Seite. Auch die freie Willensbestimmung ist also nach § 241 II iVm § 280 I BGB

---

<sup>22</sup> So Flatow, NJW 2008, 2886, 2889; Friers, WuM 2008, 255, 258.

<sup>23</sup> Im wirksam zustande gekommenen Vertrag kommt unter den Voraussetzungen des § 282 BGB sogar eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse in Betracht, obwohl es an einer Verletzung einer Leistungspflicht fehlt. Dabei geht es um Fälle, in denen die Schutzpflichtverletzung ausnahmsweise so schwer wiegt, dass die für den Vertragsvollzug erforderliche Vertrauensgrundlage zerstört ist.

<sup>24</sup> S. BGH NJW 1998, 203; BGH NJW 1998, 898, 899; BGH NZM 2008, 379; ebenso BGH NJW-RR 2002, 308 (X. Senat); offen gelassen in BGH NJW 2001, 436, 438 (VII. Senat).

gegen lediglich fahrlässige Beeinträchtigungen geschützt.<sup>25</sup> Davon abgesehen ist auch sonst anerkannt, dass bei der Naturalrestitution grundsätzlich keine Beschränkung auf den Ausgleich von Vermögensnachteilen besteht.<sup>26</sup> Dementsprechend wird vielfach ein Anspruch auf Vertragsaufhebung befürwortet, ohne dass ein Vermögensschaden für erforderlich gehalten wird.<sup>27</sup> Aus meiner Sicht ist ein Anspruch auf Vertragsaufhebung unabhängig vom Erfordernis des Vermögensschadens die Konsequenz aus der Entscheidung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers, mit § 241 II BGB ein allgemeines und von den Grenzen des Anfechtungsrechts unabhängiges Konzept der gegenseitigen Rücksichtnahme zu kodifizieren, nach dem eben auch fahrlässige Verstöße gegen die Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter, Rechte und schutzwürdigen Interessen der anderen Seite haftungsbegründend sind, wobei die jeweiligen Schadensersatzansprüche zwar der Verjährung unterliegen, nicht aber einem dem Anfechtungsrecht vergleichbar strengen Fristenregime. Im Übrigen fasst der V. Senat den Vermögensschaden so weit, dass im Ergebnis vielfach kaum noch ein Unterschied zum bloß lästigen Vertrag auszumachen ist.<sup>28</sup>

### **c. Geltendmachung eines „Restvertrauensschadens“**

Probleme bei der Schadensberechnung ergeben sich auch, wenn die unzureichend aufgeklärte Vertragspartei geltend macht, sie hätte bei gehöriger Aufklärung auf einem ihr günstigeren Vertragsinhalt bestanden. Bejaht man hier im Wege der Naturalrestitution einen Anspruch auf Vertragsanpassung, so führt dies zu einem Anspruch auf das positive Interesse in dem Sinne, dass der Geschädigte Erfüllung des Vertrages mit dem hypothetischen Inhalt verlangen kann, der ohne die Aufklärungspflicht vereinbart worden wäre. Dies sollte man nach den vorstehenden Ausführungen im Grundsatz für zulässig erachten. Denn – wie ausgeführt – zielt die Haftung aus culpa in contrahendo eben nicht allein auf Ersatz von Vermögensnachteilen. Es handelt sich auch nicht um eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die culpa in contrahendo auf Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt sei.<sup>29</sup> Vielmehr fallen hier der Vertrauensschaden im Sinne der Einbuße, die der Geschädigte erleidet, weil er infolge unzureichender Aufklärung auf eine unzutreffende Sachlage vertraut, zusammen mit dem

---

<sup>25</sup> So zutreffend Erman/Kindl, § 311 Rn. 44, vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 126.

<sup>26</sup> Theisen NJW 2006, 3102, 3104; Fleischer, AcP 200 (2000), 91, 99, 111 ff.; Grigoleit, NJW 1999, 900; Medicus Anm § 249 (A) Nr. 113 (Bl. 6); dagegen aber Krüger, FS Kollhosser, Bd. 2, 2004, 329, 334, 337 f.

<sup>27</sup> Canaris, AcP 200(2000), 273, 305 ff.; Fleischer, AcP 200 (2000), 91, 99, 111 ff.; Grigoleit, NJW 1999, 900; Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, 392 ff.; MünchKomm/Emmerich, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 120 m.umfangreichen Nachw.; Bamberger/Roth/Grüneberg, 2. Aufl. 2007, § 311 Rn. 42; Erman/Kindl, § 311 Rn. 17; Kersting, JZ 2008, 714, 718 m.w.Nachw.; Rieble, in Dauner-Lieb/Konzen/K.Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 137, 146 f.; für das Mietrecht Derleder, NZM 2005, 521, 524; bitte wNachw!

<sup>28</sup> So zutreffend M. Lieb, FS Medicus, 1999, 337, 339 ff.

<sup>29</sup> In diese richtung aber BGH NJW 2006, 3139, 3141; kritisch bereits Theisen NJW 2006, 3102, 3104.

Erfüllungsschaden im Sinne der Leistungsansprüche aus dem Vertrag mit abweichendem Vertragsinhalt, der infolge unzureichender Aufklärung aber hypothetisch gebliebenen ist. Ein Anspruch des Geschädigten darauf, so gestellt zu werden, wie er unter dem Vertrag mit dem hypothetisch gebliebenen Vertragsinhalt stünde, ist also im Grundsatz anzuerkennen. Allerdings besteht die Schwierigkeit, dass der Geschädigte beweisen müsste, dass die andere Seite sich auf den abweichenden Vertragsinhalt eingelassen hätte.<sup>30</sup> Dieser Beweis wird in vielen Fällen misslingen, da schlicht offen ist, ob der Vertragspartner einem abweichenden Vertragsinhalt zugestimmt hätte. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit auf diesen Nachweis vielfach verzichtet<sup>31</sup> Diese Praxis ist zu Recht in der Literatur auf Kritik gestoßen und als unzulässige schadensrechtliche „Minderung“ gebrandmarkt worden.<sup>32</sup> Der V. Senat hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 versucht, den Verzicht auf den Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität damit zu begründen, dass es gar nicht um Vertragsanpassung<sup>33</sup> gehe, sondern um das Festhalten am tatsächlich geschlossenen Vertrag sowie den Ersatz eines „Restvertrauensschadens“.<sup>34</sup> Auf dieser Grundlage geht der BGH davon aus, dass sich der zu ersetzende Vertrauensschaden in solchen Fällen auf die berechtigten Erwartungen des Geschädigten reduziere, die durch den zu Stande gekommenen Vertrag nicht befriedigt würden.<sup>35</sup> Da es nur um die Berechnung des reduzierten Vertrauensschadens gehe, nicht darum, den Vertrag an die neue Situation anzupassen, brauche der Geschädigte nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen günstigeren Vertragsinhalt eingelassen hätte.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen.<sup>36</sup> Vielmehr muss es – jedenfalls im Ausgangspunkt – unabhängig davon, ob man die aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung hypothetisch gebliebenen Vertragserwartungen als Restvertrauensschaden qualifiziert oder nicht bei der Anwendung von § 249 I BGB und den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen bleiben. Danach hat der Geschädigte zu beweisen, dass er bei zureichender Aufklärung einen günstigeren Vertragsinhalt hätte erlangen können. Will man davon abweichen, so sollte man dies nicht mit terminologischen Kniffen wie dem dogmatisch in der

---

<sup>30</sup> Insoweit zutreffend BGH NJW 2006, 3139, 3141; ebenso BGH NJW 1998, 2900, 2901; vgl. zum Ganzen ausf. Kersting, JZ 2008, 714 ff.

<sup>31</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1793, 1794; BGH NJW 1991, 1819, 1820.

<sup>32</sup> Vgl. die Nachw. bei Kersting, JZ 2008, 714, 716 Fn. Fn. 21.

<sup>33</sup> Sofern dem Geschädigten der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität gelingt, will ihm der V. Senat freilich die Vertragsanpassung in Gestalt eines Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aus dem Vertrag mit hypothetischem Inhalt gewähren, so ausdrücklich BGH NJW 2006, 3139, 3141 Tz. 23.

<sup>34</sup> BGH NJW 2006, 3139.

<sup>35</sup> BGH NJW 2006, 3139, 3141 unter Verweis auf Stoll, JZ 1999, 95.

<sup>36</sup> Kritisch auch Kersting, JZ 2008, 714 ff.; Theisen NJW 2006, 3102 ff.

Luft hängenden Begriffes des Restvertrauensschadens versuchen, sondern erwägen, ob Beweiserleichterungen in Betracht kommen. Diese lassen sich hier möglicherweise mit der Erwägung rechtfertigen, dass es sich bei dem hypothetischen Entschluss, einen abweichenden Vertragsinhalt zu akzeptieren, um eine innere Tatsache aus der alleinigen Sphäre der anderen Seite handelt, in welche die beweispflichtige Partei keinerlei Einsicht hat. Jedenfalls soweit der abweichende Vertragsinhalt marktüblich gewesen wäre, mag man überlegen, ob hier nicht die andere Seite aufgrund der erwähnten Schwierigkeiten zumindest eine sekundäre Darlegungslast<sup>37</sup> trifft, warum sie sich darauf nicht eingelassen hätte.

#### **4. Konkurrenzen**

##### **a. Verhältnis der culpa in contrahendo zur mietrechtlichen Mängelgewährleistung**

Was nun die Frage anbelangt, wie sich die Haftung aus culpa in contrahendo zu anderen Rechtsinstituten mit ähnlichen Rechtsfolgen verhält, so ist vor allem die Konkurrenz mit der mietrechtlichen Mängelgewährleistung angesprochen. Unter dem alten Schuldrecht hatte der BGH parallel zum Kaufrecht angenommen, dass das Mängelgewährleistungsrecht in seinem Anwendungsbereich die culpa in contrahendo verdränge und dass folglich für eine nur fahrlässige Falschaufklärung über die Beschaffenheit oder Eigenschaften der Mietsache nicht aus culpa in contrahendo gehaftet werde.<sup>38</sup> Jedenfalls seit der Schuldrechtsmodernisierung gibt es für das Kaufrecht aber wohl keinen überzeugenden Grund mehr am abschließenden Charakter der Mängelgewährleistung festzuhalten.<sup>39</sup> Denn anders als früher wird nicht mehr nur bei Arglist oder bei Zusicherung einer Eigenschaft auf Schadensersatz gehaftet, sondern nach §§ 437 Nr. 2, 280 I, II, 281, 283, 311a II BGB auch dann, wenn die Lieferung einer mangelhaften Sache auf Fahrlässigkeit beruht. Eine Aushöhlung der mangelrechtlichen Gewährleistungsschranken droht also jedenfalls dann nicht, wenn man die Ansprüche aus culpa in contrahendo der kurzen Verjährung des § 438 I Nr. 3 BGB unterwirft, soweit über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes unzureichend aufgeklärt wurde.<sup>40</sup> Die freie Konkurrenz wird ferner gestützt durch die Überlegung, dass die Sachmängelgewährleistung seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr als isoliertes und abschließendes Leistungsstörungsregime existiert, sondern mehr oder weniger stark in das allgemeine

<sup>37</sup> Allg. dazu Stein-Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286 Rn. 52 mwNachw.

<sup>38</sup> Vgl. BGH NJW 1980, 777, 780; BGH NJW 1997, 2813; BGH NJW 2000, 1714; BGH NJW 2002, 208, 210.

<sup>39</sup> In diesem Sinne auch MünchKomm/Emmerich, 5. Aufl., 2007, § 311 Rn. 139 ff. 143 (m. umfangreichen Nachw. zum Streitstand), der auch bereits für das alte Recht eine freie Konkurrenz befürwortete; Ehmann/Sutschet, modernisiertes Schuldrecht, 2002, 309 ff.; Häublein, NJW 2003, 388, 391 ff.; Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 53 ff.; Reischl, JuS 2003, 1076, 1088; Westermann, NJW 2002, 241, 247 f.

<sup>40</sup> Dafür die wohl h.M., vgl. MünchKomm/Westermann, 5. Aufl., 2008, § 438 Rn. 9 m.w.Nachw. zum Streitstand.

Schuldrecht integriert wurde. Schließlich hat die culpa in contrahendo auch andere Rechtsfolgen als die Mängelgewährleistung, indem sie nicht das positive Interesse an einer mangelfreien Sache schützt, sondern das negative Interesse im Sinne der Lage, wie sie bestehen würde, wenn der Geschädigte zutreffend über die Mangelhaftigkeit aufgeklärt worden wäre. Dementsprechend wird zu Recht auch für das Mietrecht zunehmend die Ansicht vertreten, dass die Haftung aus culpa in contrahendo selbst bei nur fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung neben der Mängelgewährleistung eingreife.<sup>41</sup> Dies mag für den Mieter insbesondere dann interessant sein, wenn er geltend machen kann, dass er sich auf den Vertrag bei zureichender Aufklärung nicht eingelassen hätte. Er kann dann nämlich auch im Falle eines nur fahrlässigen Aufklärungsfehlers aus culpa in contrahendo die rückwirkende Aufhebung des Vertrages verlangen.

### **b. Verhältnis der culpa in contrahendo und der Anfechtung zur mietrechtlichen Kündigung**

Hinsichtlich der Frage des Verhältnisses der culpa in contrahendo, aber auch der Anfechtung wegen Willensmängeln zu den Möglichkeiten einer Mietvertragspartei, den Vertrag insbesondere aus wichtigem Grund zu kündigen, wird vielfach gefordert, eine Aufhebung des Vertrages nach Übergabe der Mietsache nur mit ex nunc-Wirkung zuzulassen, insbesondere indem den Kündigungsvorschriften – ebenso wie den Gewährleistungsvorschriften – ein vorrangiger und qua Spezialität abschließender Charakter zugebilligt wird.<sup>42</sup> Argumentiert wird vor allem damit, dass das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis einen stärkeren Bestandsschutz genießen müsse als auf einmaligen Austausch gerichtete Schuldverhältnisse wie etwa der Kauf. Begründet wird dies nicht zuletzt mit den Schwierigkeiten einer bei Vertragsaufhebung infolge culpa in contrahendo oder Anfechtung notwendig werdenden Rückabwicklung des Schuldverhältnisses für die Vergangenheit. Die Rechtsprechung hat dem überwiegend die Gefolgschaft verweigert<sup>43</sup> und namentlich der BGH hat unlängst für die Geschäftsraummiete die Möglichkeit auch einer rückwirkenden Vertragsaufhebung bejaht. Dies verdient Zustimmung, ist doch zu Recht geltend gemacht worden<sup>44</sup>, dass die spezifischen

---

<sup>41</sup> Vgl. nur Emmerich, NZM 2002, 362, 363; Derleder, WM 2002, 407 Blank, WM 2004, 243 ff.; abw. Kandelhard, WuM 2002, 2, 5; Palandt/Heinrichs, 69. Aufl., 2010, § 311 Rn. 29; Palandt/Weidenkaff, 69. Aufl., 2010, § 536 Rn. 14.

<sup>42</sup> Vgl. LG Wuppertal, WuM 1999, 39; LG Trier MDR 1990, 342; LG Nürnberg-Fürth, MDR 1966, 1003; Schmidt-Futterer/Blank, 9. Aufl., 2007, Vorb. § 535 Rn. 7; für bloße ex-nunc-Wirkung der Anfechtung LG Mannheim ZMR 1990, 303; AG Hamburg NZM 1998, 233; Bub, in: Bub/Treier, Rn. II 673; Staudinger/Rolfs, 2006, § 542 Rn. 179

<sup>43</sup> Vgl. BGH NZM 2008, 886: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wirkt zurück; ebenso KG NZM 2002, 21 u. bereits RGZ 102, 225, 226; RGZ 157, 173, 174; RG LZ 1914, 1620; offen gelassen in BGH NJW 1998, 531

<sup>44</sup> S. Hille, WuM 1984, Fischer, NZM 2005, 567, 570 f.; dem folgt BGH NZM 2008, 886, 887.

Erwägungen, die beim Arbeitsvertrag und beim Gesellschaftsvertrag gegen eine ex tunc-Rückabwicklung sprechen, auf die Miete nicht ohne weiteres übertragen werden können. So spielt einerseits der mit Blick auf die Lehre vom fehlerhaften Gesellschaftsvertrag maßgebliche Gedanke des Verkehrs- und Gläubigerschutzes im Mietrecht kaum eine Rolle. Andererseits weist der Mietvertrag keinen dem Arbeitsverhältnis vergleichbare intensive persönlichen Einschlag auf. Soweit man wenigstens das vollzogene Wohnraummietverhältnis als sozialen Tatbestand ansehen möchte, spricht auch dies mE nicht gegen eine ex tunc-Rückabwicklung.<sup>45</sup> Denn zum einen erwachsen aus der sozialen Schutzbedürftigkeit des Mieters keine besonderen Schwierigkeiten für die ex tunc-Rückabwicklung. Zum andern drückt sich das Schutzbedürfnis des Wohnraummieters vor allem in seinem Interesse aus, die Wohnung zu behalten. Dieses Interesse muss aber auch bei einer ex nunc-wirkenden Kündigung aus wichtigem Grund zurücktreten. Im Übrigen wird selbst für den Arbeits- und den Gesellschaftsvertrag in bestimmten Fallgruppen für eine ex tunc-Rückabwicklung plädiert.<sup>46</sup>

### **c. Verhältnis der culpa in contrahendo zur Anfechtung**

Was weiter die Konkurrenz der culpa in contrahendo mit dem Anfechtungsrecht betrifft, so wurde das Wesentliche bereits im Zusammenhang mit der Schadensberechnung gesagt.<sup>47</sup> Zusammenfassend möchte ich nochmals darauf hinweisen, dass aus meiner Sicht der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber mit der Kodifizierung einer umfassenden Schutzpflichtenhaftung auch im Falle der Fahrlässigkeit eine vom Anfechtungsrecht unabhängige zweite Spur geschaffen hat, die ggf. einen weiterreichenden Schutz erlaubt als das Anfechtungsrecht und daher mit den Vorschriften zum Anfechtungsrecht konkurrieren muss. Gerade weil die culpa in contrahendo ggf. eine Vertagsaufhebung unterhalb der Schwelle der Arglist erlaubt, muss aber bei der Bestimmung der Reichweite der Aufklärungspflichten die notwendige Strenge walten und der Grundsatz, dass jede Partei ihre Interessen grundsätzlich selbst wahrzunehmen hat<sup>48</sup>, ernst genommen werden.

### **d. Verhältnis der culpa in contrahendo zum Einwand treuwidrigen Verhaltens**

Schließlich sei noch kurz darauf hingewiesen, dass sich die Konkurrenzfrage auch stellen lässt in Bezug auf die Abgrenzung der culpa in contrahendo zum Einwand des Rechtsmissbrauches

---

<sup>45</sup> Offen gelassen in BGH NZM 2008, 886, 887.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 65, 67 u. BGH NJW 2003, 1252, 1254, jeweils m.w.Nachw.: Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft gelten nicht, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter schutzwürdiger Personen entgegenstehen, insbesondere der Gesellschaftsvertrag wegen § BGB § 134 BGB nichtig ist.

<sup>47</sup> S. oben unter 3.b.

<sup>48</sup> S. oben unter I.2.

bzw. zum Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB. Insofern ist von *Blank*<sup>49</sup> zu Recht dargetan worden, dass die mietrechtliche Rechtsprechung eine Reihe von Konstellationen unter § 242 BGB fasst, die sich stimmiger in die culpa in contrahendo einordnen ließen. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein.<sup>50</sup>

Ich möchte nun noch einige – allerdings nicht abschließend zu verstehende – mietrechtliche Fallgruppen näher betrachten, die in der jüngeren bzw. jüngsten Zeit im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten diskutiert werden. Dabei sei vorab erinnert an das Spannungsverhältnis zwischen vertraglicher Risikozuweisung einerseits und Aufklärungspflichten andererseits<sup>51</sup>, das im Grunde in allen Fallgruppen deutlich wird. Mit Rücksicht auf dieses Spannungsverhältnis soll für jede der genannten Fallgruppen geprüft werden, inwieweit die Annahme von Aufklärungspflichten gerechtfertigt ist, also inwieweit zum einen dem betreffenden Umstand erkennbares Gewicht für den Vertragsschluss bzw. den konkreten Vertragsinhalt zukommt und zum andern ein Wissensgefälle gegeben ist, so dass die aufklärungsbedürftige Seite die maßgebliche Information nicht selbst recherchieren kann, insbesondere weil sie nach den Umständen keinen Anlass sehen muss für eine solche Recherche.

## **II. Aufklärungspflichten des Mieters**

### ***1. Leistungsfähigkeit des Mieters***

Was zunächst die Aufklärungspflichten des Mieters anbelangt, so wird vielfach angenommen, dass er seine im Vertragsschlusszeitpunkt fehlende Solvenz oder bereits mit Wahrscheinlichkeit drohende Insolvenz ungefragt offenlegen muss.<sup>52</sup> Fragt man sich, ob dies mit den strengen Anforderungen an Aufklärungspflichten im Einklang steht, so erscheint mir dies allerdings zweifelhaft. Zwar ist die Solvenz ersichtlich ein für die Auswahl des Mieters gewichtiger Gesichtspunkt. Es ist aber fraglich, ob ein Wissensgefälle in dem Sinne besteht, dass der Vermieter nach den Umständen keinen Grund sehen muss, selbst Recherchebemühungen zu unternehmen. Vielmehr hat der Vermieter doch, soweit sich nicht nach den Umständen ausnahmsweise die Solvenz aufdrängt, allen Anlass, bei seinem künftigen Mieter Auskünfte über dessen Vermögenssituation einzuholen, was im Übrigen in

---

<sup>49</sup> S. Blank, WM 2004, 243 ff. und speziell für die Anbieterpflicht des Vermieters für eine freistehende Alternativwohnung im Fall der Eigenbedarfskündigung ders., LMK 3003, 177 f., Anmerkung zu BGH NJW 2003, 2604 u. BGH NJW 2003, 2604 f.

<sup>50</sup> S. unter III.1. und 2.

<sup>51</sup> S. oben unter 2.

<sup>52</sup> So etwa LG Bonn, NZM 2006, 177; Staudinger/Emmerich, 2006, Vorbem zu § 535 Rn. 64; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. 282.

der Praxis in Gestalt von angeforderten Selbstauskünften ja auch geschieht.<sup>53</sup> Richtig ist es aber, dass diesbezügliche Fragen des Vermieters nach ganz hA für zulässig erachtet werden<sup>54</sup> und folglich richtig beantwortet werden müssen.<sup>55</sup>

## **2. Persönliche Verhältnisse des Mieters, insbesondere familiäre Situation, Krankheiten, Behinderungen, Rauchgewohnheiten**

Was weiter sonstige persönliche Verhältnisse des Mieters anbelangt wie Familienstand bzw. familiäre Situation, Krankheiten, Behinderungen, Parteizugehörigkeit, Religionszugehörigkeit u.ä., so stellt sich vor allem die Frage, ob der Vermieter diese Umstände abfragen darf und der Mieter eine Haftung aus culpa in contrahendo riskiert, wenn er unzutreffende Angaben macht. Wie oben bereits angedeutet<sup>56</sup>, hat sich hier, wie ich meine zu Recht, die Einsicht durchgesetzt, dass eine Abwägung stattzufinden hat zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Mieters einschließlich seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und andererseits dem legitimen Interesse des Vermieters, Kenntnis über bestimmte persönliche Umstände zu erlangen.<sup>57</sup> Danach wird man Fragen, die in die höchstpersönliche Individualsphäre eingreifen wie solche nach der Partei- und Religionszugehörigkeit, aber auch nach Kinderwunsch, Krankheiten oder Behinderungen grundsätzlich für unzulässig halten müssen. Dabei wird man auch die Wertungen des AGG hier künftig berücksichtigen müssen.<sup>58</sup> Werden solche unzulässigen Fragen falsch beantwortet, darf darin keine haftungsbegründende Pflichtverletzung gesehen werden, weil der Befragte bei einer bloßen Verweigerung der Antwort regelmäßig nicht hinreichend gegen die nachteiligen Folgen der unzulässigen Frage geschützt wäre.<sup>59</sup>

Nicht unerwähnt bleiben sollte allerdings in diesem Zusammenhang, dass es je nach Gegenstand der Frage und Umständen des Falles erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen zu bestimmen. Deutlich macht dies etwa das Beispiel der Frage nach den Rauchgewohnheiten des potenziellen Mieters. Einerseits

<sup>53</sup> Dazu etwa Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. 282.

<sup>54</sup> Vgl. auch Hille, WuM 1984, 292, 294, der der Wertung des § 915 ZPO insofern eine positivierte Interessenbewertung entnehmen möchte.

<sup>55</sup> Vgl. etwa OLG Koblenz, NJW 2008, 3073: Unzutreffende Beantwortung der Frage des Vermieters nach einer Abtretung oder Pfändung des Arbeitseinkommens; AG Saarlouis, NZM 2000, 459: potenzieller Mieter erklärt auf ausdrückliche Frage des Vermieters wahrheitswidrig, Designer zu sein und gut zu verdienen; AG Wolfsburg, NZM 2001, 987: potenzieller Mieter beantwortet die Frage nach seiner Bonität wahrheitswidrig; w.Nachw. bei Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. 284.

<sup>56</sup> S. oben unter I.2. vor und mit Fn. 8 f.

<sup>57</sup> S. Hille, WuM 1984, 292, 294; eingehend Fischer, NZM 2005, 567.

<sup>58</sup> So auch Fischer, NZM 2005, 567, 574; vgl. ferner Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. 301 ff.; zum AGG eingehend Hinz, ZMR 2006, 742 ff.; 826 ff..

<sup>59</sup> So auch Fischer, NZM 2005, 567, 574 m.w.Nachw.

ist offensichtlich, dass es für den Vermieter mit Blick auf drohende Schäden an der Wohnung von großem Interesse ist, zu erfahren, ob er es mit einem Raucher oder einem Nichtraucher zu tun hat. Andererseits ist die Wohnung zentraler Ort der persönlichen Lebensgestaltung und spricht deshalb manches dafür, Fragen nach den Lebensgewohnheiten des Mieters nur in sehr begrenztem Umfang zuzulassen.<sup>60</sup> Eine gewisse Orientierung mag hier die jüngere Rechtsprechung des VIII. Senates geben, nach der Rauchen nur dann einen vertragswidrigen Gebrauch darstellt, wenn dadurch Verschlechterungen verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen i.S. von § 28 IV S. 3 der II. BerechnungsVO beseitigen lassen.<sup>61</sup> Der BGH stützt sich dabei auf die Überlegung, dass der Vermieter sich vor Schäden aus solchem mäßigen Rauchen zu schützen vermag, indem er die Last der Schönheitsreparaturen auf den Mieter überwälzt.<sup>62</sup> Folgt man dem, so wird man nur die Frage nach – im Sinne dieser Rechtsprechung – exzessivem Rauchen für zulässig erachten können.

Teilt der Mieter allerdings ungefragt von sich aus bestimmte Informationen mit, so wird man auch dann, wenn diese seine Individualsphäre betreffen, zutreffende Angaben erwarten dürfen. Problematisch erscheint insofern eine Entscheidung des AG Neuss<sup>63</sup>, das in der Angabe des Mieters, Räume der katholischen Kirche zur Feier „seiner Hochzeit“ anzumieten, keine falsche Tatsachenbehauptung sah, obwohl es sich um die Feier einer Lebenspartnerschaft mit einem Mann handelte. Dass der Begriff der Hochzeit sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bereits auf gemischt-geschlechtliche Beziehungen erstreckt, erscheint mir aber doch zweifelhaft.

### ***3. Warensortiment des Mieters, insbesondere Modelabel, das von Anhängern der rechtsradikalen Szene nachgefragt wird***

Eine weitere, aus meiner Sicht ausgesprochen heikle Fallgruppe hat die instanzgerichtliche Rechtsprechung in der jüngsten Vergangenheit mehrfach beschäftigt. Es geht um die Frage, inwieweit der Mieter den Vermieter darüber aufklären muss, dass er beabsichtigt, in dem angemieteten Ladengeschäft eine Textil-Marke wie etwa „Thor Steinar“ zu vertreiben, die in den entsprechenden Verkehrskreisen getragen wird, um die eigene rechtsradikale Gesinnung zum Ausdruck zu bringen.

---

<sup>60</sup> Vgl. zur verwandten Frage, ob es möglich ist, das Rauchen in der Wohnung vertraglich auszuschließen Gsell, NZM 2010, 71, 78 mwNachw.

<sup>61</sup> BGH NZM 2008, 318 Rn. 22.

<sup>62</sup> BGH NZM 2008, 318 Rn. 23.

<sup>63</sup> Kritisch Liermann, NJW 2003, 3741.

Das OLG Naumburg hat angenommen, dass der Mieter eines Ladenlokals, das in der Innenstadt Magdeburgs in einem von Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus lag, bei den Vertragsverhandlungen ungefragt hätte mitteilen müsse, dass er eine Marke anbieten wolle, die in der Presseberichterstattung in Zusammenhang mit der rechtsradikalen Szene gebracht werde.<sup>64</sup> Dem ist das KG Berlin gefolgt.<sup>65</sup> Allerdings war der vom OLG Naumburg entschiedene Fall insofern besonders gelagert, als der Mieter dem Vermieter anlässlich des Vertragsschlusses eine Sortimentsliste überlassen hatte, in der die problematische Marke nicht aufgeführt war. Dementsprechend hatte die Vorinstanz, das LG Magdeburg, darauf abgestellt, dass die Angaben des Mieters aufgrund ihrer Unvollständigkeit fehlerhaft waren.<sup>66</sup> Dagegen verneint das LG Fürth-Nürnberg<sup>67</sup> in einem ähnlichen Fall eine Aufklärungspflicht, wobei es vor allem darauf abstellt, dass der Mieterin eine etwaige rechtsradikale Gesinnung ihrer Käufer weder zuzurechnen sei, noch sie dafür einzustehen habe. Allerdings weist auch dieser Fall insofern eine Besonderheit auf, als der Mieter die problematische Marke tatsächlich bei den Vertragsverhandlungen in einer Liste angegeben hatte, allerdings ohne auf deren politischen Kontext hinzuweisen.

Die Schwierigkeit dieser Fallgruppe besteht darin, dass die Öffentlichkeit die prima facie politisch neutrale Nutzung der Mietsache mit einer bestimmten politischen Gesinnung assoziiert. Zwar ist einerseits offensichtlich, dass das Persönlichkeitsrecht des Mieters einschließlich seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einer Pflicht zur Offenbarung seiner politisch-weltanschaulichen Haltungen oder der Anschauungen seiner Kunden grundsätzlich entgegensteht.<sup>68</sup> Andererseits birgt die fragliche Nutzung der Mietsache für den Vermieter ersichtlich die Gefahr, selbst in der Öffentlichkeit mit der betreffenden politischen Gesinnung in Verbindung gebracht zu werden und dadurch nicht zuletzt auch wirtschaftliche Nachteile zu erleiden. Die Äußerung des LG Nürnberg-Fürth, dass nicht einmal dem Mieter diese Gesinnung zugerechnet würde<sup>69</sup>, erscheint mir nachgerade naiv, wenn man bedenkt, dass es in den entschiedenen Fällen zu mehr oder weniger breit organisierten öffentlichen Protesten kam. Zwar darf man keinesfalls so weit gehen und den Vermieter generell qua Aufklärungspflichten des Mieters gegen die Gefahr schützen, dass Dritte dessen Gesinnung oder die seiner Kunden in irgendeiner Hinsicht missbilligen und

---

<sup>64</sup> Vgl. OLG Naumburg, GeT 2009, 17

<sup>65</sup> KG GeT 2009, 176.

<sup>66</sup> Vgl. LG Magdeburg BeckRS 2008, 12901.

<sup>67</sup> LG Nürnberg-Fürth NZM 2009, 584.

<sup>68</sup> S. bereits unter 2.

<sup>69</sup> S. Fn. 67.

deshalb auch die Entscheidung des Vermieters für diesen Mieter kritisieren. Damit wäre einer Gesinnungskontrolle des Mieters Tür und Tor geöffnet und müsste jeder, der sich nicht ganz auf der Linie der Mehrheitsmeinung weiß, seine Anschauungen offenbaren. In der vorliegenden Konstellation bestehen aber zwei Besonderheiten, die aus meiner Sicht die Ansicht des OLG Naumburg wie auch des KG Berlin, dass der Mieter ungefragt seine Absicht zu erklären habe, entsprechende problematische Marken zu vertreiben, für diese spezielle Fallgruppe akzeptabel erscheinen lassen: Erstens handelt es sich bei der Gesinnung, mit der die vertriebene Marke in Verbindung gebracht wird, nicht um irgendeine Meinung, sondern um eine extremistische Weltanschauung, die von überwiegenden Teilen der Öffentlichkeit und der Zivilgesellschaft als verfassungsfeindlich eingestuft wird. Das Interesse des Vermieters, nicht mit radikalen politischen Kräften in Verbindung gebracht zu werden, wird man sicherlich deutlich höher bewerten müssen als dessen generelles Interesse, nicht in der Öffentlichkeit als Vermieter einer Person wahrgenommen zu werden, die für eine Haltung eintritt, die in politischer, religiöser oder weltanschaulicher Hinsicht nicht die eigene ist. Zweitens hat der Mieter aber auch keinen Anlass, selbst nachzufragen. Vielmehr braucht er bei Vermietung eines Ladenlokals zu dem prima facie politisch völlig neutralen Zweck des Vertriebs von Textilien ohne gegenteilige Anhaltspunkte nicht davon auszugehen, dass sein Gegenüber die Symbolmarken der rechtsradikalen Szene vertreibt oder sich gar selbst darin tummelt. Eine Nachfrage wäre ihm wohl schließlich auch deshalb nicht zuzumuten, weil sich „politisch korrekte“ Mietinteressenten dadurch typischerweise zu Unrecht verdächtigt und in eine extreme Ecke gestellt fühlen würden, so dass u.U. gar ein Abbruch der Vertragsverhandlungen drohen würde.

### **III. Aufklärungspflichten des Vermieters**

#### ***1. Leistungsfähigkeit des Vermieters, insbesondere absehbarer Eigenbedarf***

Spiegelbildlich zur Situation beim Mieter lässt sich auch in Bezug auf den Vermieter fragen, ob er ohne konkrete Nachfrage darauf hinweisen muss, wenn seine Leistungsfähigkeit im Vertragsschlusszeitpunkt bereits fehlt oder doch absehbar ist, dass sie in Zukunft fehlen wird. Jedenfalls für die Fallgruppe des bereits im Vertragsschlusszeitpunkt absehbaren Eigenbedarfes wird man dies bejahen müssen, wobei mit *Blank*<sup>70</sup> zu fordern ist, dass diese Fallgruppe entgegen der Rechtsprechung nicht unter § 242 BGB, sondern unter die culpa in contrahendo zu fassen ist.

---

<sup>70</sup> Blank, WM 2004, 243 f..

Die Voraussetzungen für eine Aufklärungspflicht liegen wohl vor. Denn erstens ist es angesichts der mit einem Umzug verbundenen hohen Kosten ersichtlich für den Mieter von großer Bedeutung, dass er die Wohnung voraussichtlich nur kurze Zeit wird bewohnen können. Und zweitens ist absehbarer Eigenbedarf wohl keine so häufige Konstellation, dass der Mieter, der die persönlichen Verhältnisse des Vermieters nicht kennt, Anlass sehen müsste, seinerseits nachzufragen.

### **2. Pflicht zur Anbietung vergleichbaren Wohnraums bei Eigenbedarf**

An dieser Stelle sei noch auf eine weitere Fallgruppe, die im Zusammenhang mit der Eigenbedarfskündigung steht, kurz hingewiesen. Zu Recht hat *Blank*<sup>71</sup> darauf hingewiesen, dass die von der Rechtsprechung aus § 242 BGB abgeleitete Pflicht zur Anbietung einer verfügbaren Alternativwohnung bei Eigenbedarfskündigung sich präziser aus § 241 II BGB ableiten lässt als aus der Generalklausel des § 242 BGB. Dies ermöglicht eine flexiblere Handhabung der Anbietpflicht etwa hinsichtlich der Frage, ob auch außerhalb des bisherigen Wohnquartiers liegende Wohnungen angeboten werden müssen und ob diese Pflicht auch nach Ablauf der Kündigungsfrist als nachvertragliche Schutzpflicht noch besteht. Wie *Blank* richtig betont, handelt es sich um eine „typische Fürsorge- und Loyalitätspflicht“, die allerdings als Anbietpflicht über eine bloße Informationspflicht hinausgeht.

### **3. Beschaffenheit, Lage und Einbettung der Mietsache**

Was weiter Aufklärungspflichten hinsichtlich der Beschaffenheit und Lage der Mietsache sowie deren Einbettung in die Umwelt im weitesten Sinne betrifft, so taucht immer wieder die Frage auf, inwieweit der Vermieter den Mieter bei Vertragsschluss auf bestimmte Eigenschaften, Umweltgefahren und –einflüsse hinweisen muss, soweit diese möglicherweise die Verwertbarkeit des Objekts beeinträchtigen, mögen sie auch keinen Mangel begründen.<sup>72</sup> Aus meiner Sicht kommt es hier für die Frage, ob die strengen Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht gegeben sind, ganz auf die Umstände des jeweiligen Falles an und lassen sich kaum verallgemeinerungsfähige Aussagen treffen. Vielfach hat der Mieter allen Anlass, hinsichtlich der betreffenden Umstände selbst beim Vermieter rückzufragen, wenn er nicht gar zu einer Recherche ebenso gut in der Lage ist wie der Vermieter. So ist etwa vom OLG Düsseldorf<sup>73</sup> angenommen worden, dass der Vermieter nicht verpflichtet sei, ungefragt über frühere Mieter des vermieteten Objekts sowie die Dauer von dessen Leerstand zu

---

<sup>71</sup> *Blank*, WM 2004, 243, ; ders., LMK 3003, 177 f., Anmerkung zu BGH NJW 2003, 2604 u. BGH NJW 2003, 2604 f.

<sup>72</sup> Dazu auch *Fritz*, NZM 2008, 825 m. umfangr. Nachw.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf GuT 2006, 27.

informieren.<sup>74</sup> Auch ist der Vermieter nach wohl h.A. nicht verpflichtet, ungefragt Angaben zu einem etwaigen teilweise Leerstand einer Ladenpassage zu machen, wobei der BGH allerdings auch insofern wieder ganz auf seiner sonstigen Rechtsprechungslinie liegt, als er annimmt, dass Angaben, die der Vermieter zum Leerstand macht, zutreffend sein müssen.<sup>75</sup> Was die Beeinträchtigung der Grundstücksverwendung durch Baumaßnahmen in der Umgebung anbelangt, so hat etwa AG Hamburg in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 angenommen<sup>76</sup>, dass ein Vermieter erwarten darf, dass dem Mieter ein größeres Bauvorhaben in der Nachbarschaft des Mietobjekts, das bereits Gegenstand vielfältiger Berichterstattung gewesen sei, nicht verborgen geblieben sei. Umgekehrt kann die Situation aber auch so sein, dass der Vermieter einen weitreichenden Wissensvorsprung hat, während sich nach den Umständen für den Mieter kein hinreichender Anlass für entsprechende Erkundigungen ergeben.<sup>77</sup>

Im Kontext der Problematik der Einbettung des Mietobjekts steht auch die Frage, ob ggf. auf Belästigungen durch das Verhalten von Nachbarn hinzuweisen ist. Richtigerweise müssen auch hier wieder – ähnlich wie hinsichtlich der Frage, inwieweit der Mieter über seine persönlichen Verhältnisse aufzuklären hat<sup>78</sup> – die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen gegen das Interesse der Mietpartei an Aufklärung abgewogen werden. Zu Recht hat etwa jüngst das LG Münster<sup>79</sup> für einen Immobilienkaufvertrag entschieden, dass der Verkäufer nicht verpflichtet sei, den Käufer darüber aufzuklären, dass sich auf dem Nachbargrundstück zeitweise ein autistisches Kinde aufhalte, das mitunter kreische oder schreie. Für einen Mietvertrag hätte man nicht anders zu entscheiden. Auch hier gilt aber wieder in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen, dass Angaben, die der des Vermieter von sich aus zum Mietobjekt und dessen Lage im weitesten Sinne macht, zutreffend sein

---

<sup>74</sup> Unter Berufung auf BGH WM 1981, 1224 –VIII. Senat, wo eine Pflicht zur Offenlegung des mit einem anderen vereinbarten gleichlautenden Konkurrenzschutzes verneint wird.

<sup>75</sup> Vgl. BGH WM 2000, 1012, 1017 – XII.Senat: Vermieter gibt möglicherweise unzutreffend an, dass das Einkaufszentrum, in dem das anzumietende Ladenlokal liegt, bereits voll vermietet sei; vgl. aber auch BGH NJW-RR 2004, 1236 – XII.Senat: Die bloße Aufnahme des gegenwärtigen Vermietungszustandes in die Präambel des Mietvertrages begründet keine Zusicherung der Vollvermietung; vgl. auch BGH NJW2002, 208,210 f. u. OLG München ZMR 2001, 708: unrichtige Angaben über früher erzielte Umsätze.

<sup>76</sup> Vgl. auch AG Hamburg, NZM 2005, 222; OLG München, NJW-RR 1994, 654: Bei Anmietung eines Objekts, das neben einer Bauruine liegt, keine Mietminderung wegen Baumaßnahmen, da diese erkennbar waren bei Vertragsschluss.

<sup>77</sup> Vgl. etwa LG Berlin GE 1996, 1303: Vermieter muss auf bevorstehende Straßensperre hinweisen; vgl. ferner AG Osnabrück WuM1995,309: Vermieter muss auf Preisbindung und daher ggf. drohende Fehlbelegungsabgabe hinweisen.

<sup>78</sup> S. oben unter II.2.

<sup>79</sup> LG Münster NJW 2009, 3730.

müssen. So hat das LG Essen<sup>80</sup> zutreffend entschieden, dass der Vermieter nicht eine Wohnung ausdrücklich als kinderfreundlich vermieten darf, die tatsächlich aber gar nicht kinderfreundlich ist, was sich daran zeigt, dass die Nachbarn schon beim Einzug hinsichtlich der Kinder der Mieter nörgeln.

Erwähnt sei schließlich noch kurz, dass die Rechtsprechung dem Vermieter auch weitreichende Aufklärungspflichten auferlegt, soweit der Umgang der Sache besondere Obhutsanforderungen stellt, etwa aufgrund des Einbaus von neuen Fenstern ein besonderes Heiz- und Lüftverhalten erforderlich ist.<sup>81</sup> Gefordert wird eine auf die konkreten Raumverhältnisse zugeschnittene präzise Belehrung.<sup>82</sup> Richtigerweise löst auch ein Verstoß gegen diese Aufklärungspflicht ggf. nicht nur Gewährleistungsrechte aus, sondern auch die Haftung aus culpa in contrahendo.<sup>83</sup>

#### **4. Betriebskostenvorauszahlungen**

##### **a. Nur begrenzte Aufklärungspflichten**

Ich komme nun noch zu der kontrovers diskutierten Fallgruppe der Betriebskostenvorauszahlungen. Die Rechtsprechung war in den vergangenen Jahren mehrfach mit der Frage beschäftigt, ob ein Vermieter, der Betriebskostenvorauszahlungen verlangt, die deutlich hinter dem zurückbleiben, was später tatsächlich an Kosten anfällt, aus culpa in contrahendo haftet, wenn er den Mieter nicht darauf hinweist, dass er keine an Kostendeckung orientierte Kalkulation vorgenommen hat.<sup>84</sup> VIII. und XII. Senat des BGH haben übereinstimmend entschieden, dass der Vermieter durch die Vereinbarung einer Nebenkostenpauschale grundsätzlich keinen Vertrauenstatbestand setze hinsichtlich der tatsächlich zu erwartenden Kosten. Nur wenn besondere Umstände hinzutreten wie etwa eine ausdrückliche Zusicherung über die Höhe der Kosten oder eine arglistige Täuschung über die Höhe der Kosten, könne es zu einer Haftung kommen.<sup>85</sup> Diese Rechtsprechung ist jüngst vom XII. Senat bestätigt worden.<sup>86</sup> Sie ist aus meiner Sicht zu Recht kritisiert worden, soweit der

---

<sup>80</sup> NZM 2006, 294.

<sup>81</sup> Vgl. nur LG München INZM 2007, 642; LG Berlin, GE 2000, 2; LG Gießen w.Nachw. bei Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VII 248

<sup>82</sup> S. die Nachw.in der vorherigen Fn.

<sup>83</sup> so auch Blank, WM 2004, 243, 247; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. I 292

<sup>84</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 1102 –VIII Senat u. BGH NJW 2004, 2674 – XII. Senat m. Anmerkung Artz, LMK 2004, 157 f. u. jüngst BGH, Urt. v. 9.12.2009 – XII ZR 109/08; zum Ganzen Artz NZM 2004, 328 ff.

<sup>85</sup> Vgl. auch OLG Naumburg NJW-RR 2002, 655, das besondere umstände darin gesehen hat, dass die Nachzahlungsbeträge die vorauszahlungen um das 7 bis 8 fache übersteigen.

<sup>86</sup> Vgl. die Nachw. in der vorhergehenden Fn.

BGH argumentiert, die Festsetzung von Vorauszahlungen dürfe dem Vermieter nicht zum Nachteil gereichen, da es ihm ja alternativ freistehe, gar keine Vorauszahlungen festzusetzen.<sup>87</sup> Offensichtlich macht es für das Vertrauen des Mieters in die Höhe der zu erwartenden Nebenkosten einen Unterschied, ob der Vermieter gar keine Angaben macht oder zu niedrige Kosten als Vorschuss verlangt. Die „Gretchenfrage“ ist aber doch, ob der Vermieter ungefragt darauf hinweisen muss, dass die Vorauszahlung nicht kostendeckend kalkuliert ist. Dabei lässt sich sicherlich kaum bestreiten, dass es sich bei der Höhe der Nebenkosten um einen Umstand handelt, der für den Vermieter erkennbar von erheblichem Gewicht für den Mieter ist. Fraglich ist aber, ob ein Wissensgefälle besteht in dem Sinne, dass der Mieter sich die maßgeblichen Informationen nicht selbst beschaffen kann, insbesondere weil er aufgrund der Umstände keinen Anlass sehen muss für eine entsprechende Recherche. Dies halte ich immer dann für fraglich, wenn der Vermieter schlicht einen Vorschuss verlangt, ohne durch etwaige Zusätze den Eindruck einer bestimmten Kalkulationsgrundlage zu erwecken. Mit dem BGH bin ich der Ansicht, dass der Mieter in solchen Situationen allen Anlass hat, selbst nachzufragen, wie kalkuliert wurde. Denn es fehlt dann für ihn ersichtlich an einer nachvollziehbaren Berechnungsgrundlage. Warum er dennoch blind vertrauen können soll, dass kostendeckend kalkuliert wurde, erschließt sich mir nicht. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der unzutreffende Anschein einer bestimmten Kalkulation erweckt wird. Dann hat der Mieter grundsätzlich keinen Anlass, die angegebene Kalkulationsgrundlage anzuzweifeln und insofern rückzufragen. Nicht zu verkennen ist übrigens, dass die hier im Grundsatz befürwortete Nachfrageobliegenheit den Mieter nicht selten in Beweisnot bringen wird, sofern er nicht darauf besteht, sich die Antwort schriftlich oder vor Zeugen geben zu lassen.

## **b. Rechtsfolgen**

Soweit ein Anspruch aus culpa in contrahendo<sup>88</sup> bejaht wird, ist fraglich, welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht. Typischerweise wird der Mieter den Vertrag nicht allein wegen der höheren Nebenkosten auflösen wollen. Fraglich ist dann vor allem, ob er die über die Vorauszahlungen hinausgehenden tatsächlich anfallenden Kosten im Wege des Schadensersatzes geltend machen, also letztlich Freistellung verlangen kann. Dies wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, aber auch der Literatur verschiedentlich bejaht.<sup>89</sup>

Wendet man die allgemeinen Grundsätze der Schadensberechnung an, dann kommt es nach

---

<sup>87</sup> Vgl. die Kritik vor allem von Artz NZM 2004, 328 ff.; LMK 2004, 157 f.

<sup>88</sup> Im Falle der Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund nach § 543 I 2 BGB kommt ferner ein Aufwendungsersatzanspruch in Betracht, Artz, NZM 2004, 328, 330.

<sup>89</sup> Vgl. KG ZMR2007, 963; OLG Hamm, NZM 2003, 717; LG Berlin, NZM 2002, 212; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. 298; w. Nachw. bei Artz, NZM 2004, 328, 330; dazu auch Scheffler, WuM 2008, 65

der Differenzhypothese (§ 249 I BGB) darauf an, wie der Mieter im Falle der hypothetischen einwandfreien Angabe der zu erwartenden Nebenkosten aktuell stehen würde. Folglich kann er den Differenzbetrag nur dann als Schaden<sup>90</sup> geltend machen, wenn er nachweisen kann, dass er alternativ eine nebenkostengünstigere Wohnung angemietet hätte oder die Nebenkosten auf andere Weise vermieden hätte, etwa durch sparsameren Verbrauch. Dass dem Nachzahlungsanspruch ein tatsächlich angefallener höherer Verbrauch als Gegenleistung gegenübersteht<sup>91</sup>, hindert unter diesen Voraussetzungen die Freistellung meines Erachtens nicht. Denn wäre es bei gehöriger Aufklärung nicht zu dem Mehrverbrauch gekommen, so handelt es sich bei der Mehrlieferung von Strom, Gas, Wasser usw. um einen Vorteil, der dem Mieter gerade infolge dessen Informationsdefizit aufgedrängt wurde und der deshalb nicht schadensmindernd berücksichtigt werden darf.<sup>92</sup> Ein Anspruch auf Ersatz der Finanzierungskosten desjenigen Mieters, der am Vertrag festhalten möchte, wie er zum Teil bejaht wird<sup>93</sup>, geht deshalb in dieser Situation nicht weit genug.

---

<sup>90</sup> Dass nur ein Schaden Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist, wird richtig betont vom OLG Dresden, NZM 2004, 68.

<sup>91</sup> So zutreffend Artz, NZM 2004, 328, 330.

<sup>92</sup> Allg. nimmt die Rspr. an, dass für die Vorteilsanrechnung nicht nur die Kausalität zu prüfen ist, sondern rechtlich wertend darüber entschieden werden muss, ob die Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt, vgl. BGH NJW 1980, 2187 m. w. Nachw.; näher zur Vorteilsausgleichung im Rahmen der Schadensberechnung unter Betonung der Notwendigkeit der Fallgruppenbildung Staudinger/Schiemann, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 132 ff.

<sup>93</sup> Blank, ZGS 2004, 104, 107; Artz, NZM 2004, 328, 330.