

# Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahme und Perspektiven

Prof. Dr. Wolfgang Hau, Universität Passau

## I. Einführung

„Käse, Kondome, Kruzifixe – es gibt nichts, was Brüssel in seiner Kompetenzgier nicht regeln will. Was die einzelnen Länder unverwechselbar macht, geht verloren. Und damit auch der Glaube an den Sinn von Europa.“ – Unter diesem Motto steht die Philippika, mit der sich unlängst *Hans Magnus Enzensberger*, der amtierende deutsche Dichterst, der schier endlosen Reihe der Europaskeptiker angeschlossen hat.<sup>1</sup> Was soll man, in Anlehnung an *Robert Gernhardt*, auf „Enzensbergers elende Europaschelte“ entgegenen?<sup>2</sup> Es lässt sich doch schlechterdings nicht bestreiten, dass die gesammelten Bände des Amtsblattes längst mehr als eine Tonne wiegen, also, wie *Enzensberger* beklagt, so viel wie ein junges Nashorn. Und kaum jemand wird leugnen, dass sich die Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft bzw. nunmehr der Europäischen Union bisweilen Betätigungsfelder sucht, die zumindest prima facie wenig bis nichts mit Europa zu tun haben.

Wenn man sich Europa und dem Europarecht von dieser Warte aus nähert, verbietet sich im Grunde die Frage, warum dem Mietrecht eigentlich noch kein europäischer Rechtsakt gewidmet ist: Wer möchte schon bezichtigt werden, das Subsidiaritätsprinzip zu missachten, schlafende Regulierungshunde zu wecken oder diesen gar ein hehres Kulturdenkmal wie das Bürgerliche Gesetzbuch preiszugeben? Gleichwohl: Es ist doch merkwürdig, dass das Europarecht nach Kräften etwa den Touristen schützt, der sich im Urlaub ein Teilzeitwohnrecht aufschwätzen lässt, sich aber kaum der weitaus essentielleren Frage annimmt, zu welchen Bedingungen derselben Person zuhause im Alltagsleben Wohn- oder Gewerberaum vermietet wird. Nun mag man einwenden, der Tourist mache sich doch auf den Weg, gebrauchte also seine europarechtlich verbrieften Freizügigkeitsrechte, und gerade deshalb sei das Teilzeitwohnrecht sehr viel eher ein Fall für den europäischen Gesetzgeber als das heimische Mietverhältnis. Aber dieser Einwand verfängt nicht; denn die einschlägige Timesharing-RL<sup>3</sup> und die dazu ergangenen nationalen

---

<sup>1</sup> FAZ v. 3.2.2010, 27.

<sup>2</sup> Vgl. *Gernhardt*, Enzensbergers Exeget, zuerst veröffentlicht in: *Lichte Gedichte*, 1997. Wollte man, *Gernhardts* strengen formalen Vorgaben folgend, nur den Vokal „e“ zulassen, müsste man es mit „Enzensbergers elende EG-Schelte“ bewenden lassen, dabei freilich die juristische Akkuratess zurückstellen: Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (ABl. EU 2008 Nr. C 115/13) hat die EG seit 1. Dezember 2009 ausgedient, und damit ist im Übrigen auch das Gemeinschaftsrecht im Unionsrecht aufgegangen. Dies wiederum sei denen ein Trost, die im Anwendungsbereich des EGV schon bislang unbedarft von „EU-Richtlinien“ oder „EU-Verordnungen“ gesprochen haben.

<sup>3</sup> Maßgeblich ist derzeit noch die Richtlinie 94/47/EG vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG 1994 Nr. L 280/83. Inzwischen liegt ein weitergehender Nachfolgerechtsakt vor,

Umsetzungsregeln (wie §§ 481 ff. BGB) setzen keineswegs internationale Sachverhalte voraus: Erfasst und geschützt wird also auch der Dortmunder, der sein Dauerurlaubsglück im Bayerischen Wald sucht.<sup>4</sup> Im Übrigen gilt eine ganze Reihe europäischer Rechtsakte, namentlich im Bereich des Verbraucherschutz- und des Antidiskriminierungsrechts, auch für reine Binnensachverhalte.

Umgekehrt können immobilarmietrechtliche Fragen erhebliche Binnenmarktrelevanz haben. Das verkennt gründlich, wer sich mit dem Hinweis begnügt, dass sich Wohnungen eben kaum zum grenzüberschreitenden Handel eignen.<sup>5</sup> Zwar muss die EU ihre Mitgliedstaaten heute kaum noch dazu anhalten, ausländischen Arbeitnehmern überhaupt Zugang zum Wohnungsmarkt zu gewähren.<sup>6</sup> Allerdings können mieterungünstige Regelungen nach wie vor die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger beeinträchtigen: Man denke an Arbeitnehmer, Selbständige, Studenten oder Rentner, die Wohn- oder auch Gewerberaum in einem anderen Mitgliedstaat anmieten und womöglich bisherige Mietverhältnisse in ihrem Herkunftsstaat vorzeitig beenden möchten. Und andererseits interessiert das Mietrecht auch aus der Perspektive der Vermieterseite: Ist es im Europäischen Binnenmarkt wirklich völlig selbstverständlich, dass sich eine Vermietungsgesellschaft, die in mehreren Mitgliedstaaten investieren möchte, auf bis zu 27 verschiedene, weitestgehend unharmonisierte Mietrechtsordnungen einzustellen hat?

Schon mit Blick auf solche Fälle dürfte es sich also doch lohnen, das Verhältnis von Immobiliarmietrecht und Europarecht genauer in den Blick zu nehmen.<sup>7</sup> Es bietet sich an, dabei in drei Schritten vorzugehen: Zunächst wird skizziert, welche europarechtlichen Vorgaben das Immobiliarmietrecht de lege lata betreffen (dazu II), und dann, welche rechtsvergleichenden Vorarbeiten es für eine Harmonisierung

---

nämlich die Richtlinie 2008/122/EG vom 14.1.2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. EU 2009 Nr. L 33/10. Für diese Richtlinie läuft die Umsetzungsfrist noch bis zum 23.2.2011 (Art. 16).

<sup>4</sup> Entsprechendes gilt übrigens auch für den Schutz, den die Richtlinie 90/314/EWG vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (ABl. EG 1990 Nr. L 158/59) gewährt.

<sup>5</sup> So noch *Tonner*, JZ 1996, 533 (536); dagegen treffend schon *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 123, der auf die Relevanz für den freien Personen- und Kapitalverkehr verweist.

<sup>6</sup> Das war nicht immer so; vgl. Art. 9 der Verordnung Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. EWG 1968 Nr. L 257/2): „(1) Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt sind, genießen hinsichtlich einer Wohnung, einschließlich der Erlangung des Eigentums an der von ihnen benötigten Wohnung, alle Rechte und Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer. (2) Diese Arbeitnehmer können sich mit dem gleichen Recht wie die inländischen Arbeitnehmer in dem Gebiet, in dem sie beschäftigt sind, in die Listen der Wohnungssuchenden einschreiben, wo solche geführt werden, und so die gleichen Vergünstigungen und den gleichen Rang erlangen. (...)“ – Eine andere, leider nach wie vor aktuelle Frage ist freilich der Schutz von Ausländern vor Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt; vgl. dazu noch unten II.3.

<sup>7</sup> Eben solche Fragen werden im Übrigen auch für andere bislang unharmonisierte Rechtsgebiete diskutiert; vgl. etwa *Faber/Lurger*, Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, 2008.

bereits gibt (dazu III); dem schließen sich Überlegungen dazu an, wie die Zukunft aussehen könnte (dazu IV).

## II. Mietrecht im Recht der Europäischen Union

Anders als namentlich dem Verbrauchsgüterkauf,<sup>8</sup> dem Verbraucherkredit<sup>9</sup> oder dem bereits erwähnten Timesharing wurde dem Mietrecht bislang kein eigener Sekundärrechtsakt gewidmet. So war die Mietrechtsreform aus dem Jahr 2001, anders als die fast zeitgleich durchgeführte Schuldrechtsmodernisierung, weder durch gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsbedarf veranlasst<sup>10</sup> noch durch rechtsvergleichende Analysen inspiriert.<sup>11</sup> Auch die sog. *Acquis Group*, eine europäische Forschergemeinschaft, die es sich zur Aufgabe gestellt hat, das vorhandene Europarecht im Bereich des Privatrechts zu sichten und zu systematisieren, hat sich dem Mietrecht noch nicht zugewandt.<sup>12</sup> Dies alles mag erklären, warum dem Mietrecht im stetig wachsenden Schrifttum zum Europäischen Privatrecht bislang kaum Aufmerksamkeit geschenkt wird,<sup>13</sup> und ebenso wenig umgekehrt dem Europarecht im mietrechtlichen Schrifttum.<sup>14</sup> Gleichwohl zeigt sich bei näherer Betrachtung des Sekundärrechts,<sup>15</sup> dass die Regelungsdichte der

<sup>8</sup> Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-RL), ABl. EG 1999 Nr. L 171/12.

<sup>9</sup> Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG (Verbraucherkredit-RL), ABl. EU 2008 Nr. L 133/66. Zum Geltungsbereich beachte Art. 2 Abs. 2 lit. d, wonach diese Richtlinie immerhin für solche Mietverträge gilt, bei denen eine Verpflichtung zum Erwerb des Mietgegenstands vorgesehen ist (wobei von einer solchen Verpflichtung ausgegangen wird, wenn der Kreditgeber darüber einseitig entscheidet).

<sup>10</sup> Unzutreffend meint *Rips*, WuM 2004, 175, bei der Schuldrechtsmodernisierung sei es u. a. um die Umsetzung einer (von ihm nicht näher bezeichneten) Verbraucherschutz-RL gegangen, die sich auch Wohnraummietern bei der Festlegung von Verjährungsfristen widme.

<sup>11</sup> Ebenso die Einschätzung von *Wurmnest*, ZEuP 2004, 434.

<sup>12</sup> Vgl. die Zusammenstellung der bisherigen Ergebnisse: *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, 2009.

<sup>13</sup> Eine Ausnahme bildet neuerdings die lesenswerte Skizze von *Rüfner*, Stichwort „Miete und Pacht“, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Bd. 2, S. 1061. In mietrechtlicher Hinsicht unergiebig sind hingegen etwa *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005 (2. Aufl. im Erscheinen); *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008; *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003.

<sup>14</sup> Im Ansatz weitsichtig zum Thema „Europäische Vorgaben für das deutsche Mietrecht“ aber schon *Rips*, WuM 2004, 175. Beachte seither immerhin den Platzhalter bei MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl. 2008, Einl. vor § 535 Rz. 3 a. E.: „Europarechtliche Einflüsse werden [das Wohnraummietrecht] außerdem nachhaltiger prägen als bisher. AGG und EnEV sind Ausdruck dieser Tendenz.“

<sup>15</sup> Nicht näher behandelt wird hier zunächst das Primärrecht (beachte zur Regelungskompetenz der EU aber unten IV.2). Ausgeklammert bleibt daher beispielsweise die Frage, inwieweit sich aus der Grundrechte-Charta (dazu unten bei und in Fn. 46) ein „Recht auf Wohnen“ ableiten lässt; dazu *Rips*, WuM 2004, 175 (180). Vgl. zum Verhältnis von EMRK (bzw. nunmehr der Grundrechte-Charta) einerseits und nationalem Immobiliarmietrecht andererseits auch *Remien* (Fn. 5), S. 174 ff., *dens.*, EuR 2005, 699 (719), und ferner etwa *Wurmnest*, ZEuP 2005, 162 (dort zum englischen Mietrecht).

Vorgaben für das nationale Mietrecht nicht zu vernachlässigen und wohl doch schon um einiges größer ist, als seine verbreitete Nichtbeachtung an sich vermuten ließe.<sup>16</sup>

## 1. Europarechtliche Grundlagen

Die Unkenntnis des *acquis communautaire* ist gerade im Bereich des Richtlinienrechts gefährlich: Allzu leicht wird übersehen, dass das mitgliedstaatliche Umsetzungsrecht nicht etwa anhand der üblichen nationalen Kategorien, sondern zunächst und vor allem anhand des Sekundärrechtsakts zu interpretieren ist und dass die Letztentscheidung nach Maßgabe von Art. 267 AEUV (bislang: Art. 234 EGV) im Zweifel dem EuGH gebührt.<sup>17</sup> Zwar kann der deutsche Gesetzgeber die Aufmerksamkeit schärfen, indem er in Fußnoten auf umgesetzte Richtlinien hinweist.<sup>18</sup> Oft genug hat dies aber auch den Effekt, dass der Rechtsanwender, falls er den Hinweis überhaupt zur Kenntnis nimmt, sich in Sicherheit wiegt und nicht mehr erwägt, ob die Umsetzung womöglich verspätet, unzureichend oder auf andere Weise fehlerhaft erfolgt ist. In diesem Zusammenhang sei zweierlei in Erinnerung gerufen: Erstens, dass das Richtlinienrecht, wie inzwischen auch der BGH anerkennt,<sup>19</sup> von den nationalen Gerichten nicht nur verlangt, das nationale Recht im engeren Sinne richtlinienkonform *auszulegen*, sondern richtigerweise auch, das nationale Recht nötigenfalls über die Wortlautgrenze hinweg richtlinienkonform *fortzubilden*, also Analogieschlüsse und teleologische Reduktionen in Erwägung zu ziehen. Und zweitens ist stets zu klären, ob hinter der fraglichen Richtlinie womöglich ein Satz des Primärrechts steht, mit dem das nationale Umsetzungsrecht in Konflikt gerät; denn bejahendenfalls reicht die Befugnis des nationalen Gerichts, das nationale Recht unangewendet zu lassen, sehr viel weiter als im Falle bloßer Richtlinienwidrigkeit.<sup>20</sup>

Unsicherheiten im Europarecht sind im Übrigen auch dann gefährlich, wenn aus erkannten Rechtsakten die falschen Folgerungen für das nationale Recht gezogen werden. Anschauungsmaterial dafür bietet das Haustürwiderrufsrecht. Die

<sup>16</sup> Anders *Rüfner* (Fn. 13), S. 1065, dessen Einschätzung, „das existierende Europarecht greiff[e] fast nirgends unmittelbar in das Mietrecht ein“, freilich durch seine eigenen weiteren Ausführungen (und weitere hier noch anzustellende Überlegungen) deutlich relativiert wird.

<sup>17</sup> Besonderheiten gelten allerdings für die Arbeitsteilung zwischen EuGH und nationalen Gerichten bei der Auslegung sekundärrechtlicher Generalklauseln (namentlich im AGB-Recht). Beachte EuGH, Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten), NJW 2004, 1647; unter Bezug darauf hat der BGH (NZM 2004, 734) im Mietrecht etwa hinsichtlich der Wirksamkeit eines befristeten Ausschlusses des Kündigungsrechts eine Vorlage abgelehnt.

<sup>18</sup> Vgl. beispielsweise die Hinweise vor §§ 305 ff. BGB, zum EnEG 2009 oder zur EnEV 2009: „(...) dient der Umsetzung der Richtlinie (...)“. Sinnvoll sind auch Hinweise auf einschlägige Verordnungen; vgl. etwa Art. 3 EGBGB.

<sup>19</sup> BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427. Beachte auch schon *Schmidt-Ränsch*, NZM 2007, 6 (7 f.).

<sup>20</sup> Vgl. aus neuerer Zeit vor allem EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), NJW 2010, 427 (429 f.), dort zur Unvereinbarkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht.

einschlägige Haustürwiderrufs-RL<sup>21</sup> gilt gemäß ihrem Art. 3 Abs. 2 lit. a nicht für „Verträge über (...) die Miete von Immobilien“. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs allerdings nicht in das deutsche Recht übernommen, die erwähnte Ausnahme war also weder in § 6 Haustürwiderrufsgesetz noch ist sie im heutigen § 312 Abs. 3 BGB verankert. Gleichwohl wurde unter Hinweis auf den Wortlaut der Richtlinie behauptet, dass der Wohnraummieter nicht zum Widerruf berechtigt sei, wenn ihn der Vermieter in einer Haustürsituation zu einer Erhöhung des Mietzinses überredet hat.<sup>22</sup> Dieser Schluss aus der Richtlinie war aber schon deshalb unzutreffend, weil die dort in Art. 8 vorgesehene Öffnungsklausel verkannt wurde, die verbraucherfreundlicheres nationales Recht ausdrücklich unberührt lässt.<sup>23</sup>

## 2. Verbraucherschutzrecht

Bereits aus der erwähnten Haustürwiderrufs-RL ergibt sich, dass das Europarecht auch Wohnraummieter im Grundsatz als Verbraucher begreift; denn wäre mangels Verbrauchereigenschaft der persönliche Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht eröffnet, so wäre nicht verständlich, dass die Immobiliarmiete von Art. 3 Abs. 2 lit. a Haustürwiderrufs-RL eigens aus dem sachlichen Anwendungsbereich ausgeklammert wird. Und mit entsprechender Argumentation lässt sich folgern, dass das Vermieten von Wohnraum normalerweise als Dienstleistung im europarechtlichen Sinne zu qualifizieren ist. Für die grundsätzliche Einbeziehung des Wohnraummietrechts in den europarechtlichen Verbraucherschutz, die – soweit ersichtlich – auch nicht bestritten wird, sprechen zudem die im Folgenden noch anzusprechenden Sekundärrechtsakte.<sup>24</sup>

Bedenkt man, in welchem Maße die Mietvertragspraxis durch vorformulierte Klauseln beherrscht wird, zeigt sich die besondere Bedeutung des AGB-Rechts als Verbraucherschutzinstrument. Auf europäischer Ebene legt derzeit die sog. Klausel-RL<sup>25</sup> die Mindeststandards im Kampf gegen missbräuchliche Klauseln in

<sup>21</sup> Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI. EG 1985 Nr. L 372/31.

<sup>22</sup> In diesem Sinne *de Riese*, ZMR 1994, 449 (450); LG Hannover, WuM 1989, 189; im Ergebnis auch LG Frankfurt/Main, WuM 1989, 824, das aber immerhin die Möglichkeit einer verbrauchergünstigeren Umsetzung erwägt.

<sup>23</sup> Näher etwa *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S. 197 f., 200 ff.; *Staudinger/Weitemeyer*, BGB, Mietrecht 1, Neubearb. 2006, § 557 Rz. 41.

<sup>24</sup> Beachte auch den Definitionskatalog in Art. 2 des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher (KOM [2008] 614): Danach ist „Verbraucher“ jede natürliche Person, die bei einem erfassten Vertrag zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen, „Dienstleistungsvertrag“ ist jeder Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und der die Erbringung einer Dienstleistung durch den Gewerbetreibenden an den Verbraucher zum Gegenstand hat, und „Produkt“ ist jede Ware oder Dienstleistung unter Einschluss von Immobilien.

<sup>25</sup> Richtlinie 93/13/EWG vom 4.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL), ABI. EG 1993 Nr. L 95/29.

Verbraucherverträgen fest.<sup>26</sup> Sie betrifft auch Wohnraummietverträge, dies allerdings nur dann, wenn der Vermieter als Gewerbetreibender im Sinne ihres Art. 2 lit. c zu qualifizieren ist. Demnach wird die Wohnraummiete „von Privat“ von der Klausel-RL nicht erfasst; im weitergehenden deutschen Umsetzungsrecht ist die Unternehmereigenschaft des Verwenders hingegen nur im Hinblick auf § 310 Abs. 3 BGB von Belang. Manche der im Anhang zu Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL beispielhaft als unangemessen erachteten Klauseln begegnen zwar nach wie vor auch in Mietverträgen, sind im deutschen Recht aber gemäß § 308 oder § 309 BGB zu verwerfen, und sofern sich dort keine ausdrückliche Pendantregelung findet, lassen sich richtlinienkonforme Ergebnisse in aller Regel mittels § 307 BGB erzielen.<sup>27</sup> Daher kreist die Diskussion, ob das deutsche AGB-Recht Umsetzungsdefizite aufweist, heute nur noch um wenige Punkte.<sup>28</sup> Erwähnt seien aber immerhin die Bedenken, ob es in Einklang mit Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL<sup>29</sup> steht, dass gemäß § 306 Abs. 3 BGB ein Vertrag deshalb insgesamt unwirksam sein kann, weil das Festhalten daran eine „unzumutbare Härte“ für den Klauselverwender bedeutete.<sup>30</sup> Die Antwort darauf ist relevant für die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Gesamtwirksamkeit des Mietvertrags auszugehen ist, wenn sich beispielsweise eine Betriebskosten- oder Renovierungsklausel als unwirksam erwiesen hat.<sup>31</sup>

Neben dem AGB-Recht gibt es noch eine Reihe weiterer Rechtsakte, denen verbraucherrechtliche Anforderungen auch für das Mietrecht zu entnehmen sind.<sup>32</sup> Klargestellt wird dies etwa im Fernabsatzrecht, das zwar für den

<sup>26</sup> Nach dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher (KOM [2008] 614) soll die Klausel-RL in dieser Verbraucherrechte-RL aufgehen; vgl. dazu unten IV.1.a *Kieninger*, *RabelsZ* 73 (2009), 793.

<sup>27</sup> Vgl. etwa *MünchKommBGB/Basedow*, 5. Aufl. 2007, § 305c Rz. 21, dort zu Nr. 1 lit. m des Anhangs („Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, daß [...] dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschließliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen; [...]).“)

<sup>28</sup> Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer*, *AGB-Recht*, 10. Aufl. 2006, Einl. Rz. 97 f.

<sup>29</sup> Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL lautet: „Die Mitgliedstaaten [...] sehen ferner vor, daß der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann.“ Beachte dazu auch Erwägungsgrund Nr. 21.

<sup>30</sup> Richtlinienkonformität verneinen etwa *MünchKommBGB/Basedow*, § 306 Rz. 6; *Nasall*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Fn. 13), Kap. 5 Rz. 44 ff.; *Bamberger/Roth/H. Schmidt*, *BGB*, 2. Aufl. 2007, § 306 Rz. 3; *Ulmer* (Fn. 28) § 306 Rz. 57 ff. Für im Ergebnis unproblematisch erachtet etwa von *Palandt/Grüneberg*, *BGB*, 69. Aufl. 2010, § 306 Rz. 10; *Lindacher*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 5. Aufl. 2009, § 306 Rz. 69, und *Wolf*, ebenda, Art. 6 RL Rz. 9.

<sup>31</sup> Gegen die Anwendbarkeit von § 306 Abs. 3 BGB etwa *Sternel*, *Mietrecht aktuell*, 4. Aufl. 2009, Rz. IX 42; anders *Horst*, *Praxis des Mietrechts*, 2. Aufl. 2009, Rz. 219 – beide ohne Bezugnahme auf die Klausel-RL.

<sup>32</sup> Nicht hierzu gehört die Richtlinie 2000/35/EG vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, *ABl. EG* 2000 Nr. L 200/35: Die Richtlinie gilt für Zahlungen, die als Entgelt im Geschäftsverkehr zu leisten sind, dies allerdings begrenzt auf Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen. Bedeutung hat sie aber immerhin für die Gewerberaumvermietung, die als „Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt“ einzuordnen ist. Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Fn. 13), Kap. 4 Rz. 8.

Erstabschluss von Mietverträgen im rein innerstaatlichen Bereich eine praktisch allenfalls geringe Rolle spielt,<sup>33</sup> allerdings beim Abschluss von Anpassungs- oder Aufhebungsverträgen durchaus Bedeutung gewinnen kann.<sup>34</sup> Und gar nicht selten werden Wohnungen im grenzüberschreitenden Verkehr für eher kurzfristige Aufenthalte – wie Auslandssemester oder -praktika – mittels Telekommunikation gemietet. Deshalb ist es unter dem Gesichtspunkt von Informationspflichten und Widerrufsrecht keineswegs belanglos, dass die Fernabsatz-RL<sup>35</sup> gemäß ihrem Art. 3 Abs. 1 auch für Immobiliarmietverträge gilt.<sup>36</sup> Und die sog. E-Commerce-RL<sup>37</sup> stellt es den Mitgliedstaaten zwar frei, die Regeln über Vertragsschlüsse auf elektronischem Wege nicht auf Immobilienverträge zu erstrecken, beharrt aber ausdrücklich darauf, dass Mietverträge zu erfassen sind (Art. 9 Abs. 2 lit. a E-Commerce-RL).<sup>38</sup> Schutz vermittelt Wohnraummieter bzw. -mietinteressenten ferner die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken;<sup>39</sup> denn ihr Art. 2 lit. c stellt klar, dass auch Immobilien „Produkte“ im Sinne der Richtlinie sind. Schließlich sei die Unterlassungsklagen-RL<sup>40</sup> erwähnt, die der verfahrensrechtlichen Absicherung der genannten (und einiger weiterer) Richtlinien dient.

### 3. Antidiskriminierungsrecht

Besondere Aufmerksamkeit haben die umfangreichen europarechtlichen Vorgaben zum Schutz vor Diskriminierungen erlangt, die – je nach Sicht der Dinge – als europäischer Verbraucherschutz<sup>41</sup> gewürdigt oder als Kompetenzüberschreitung des europäischen Gesetzgebers<sup>42</sup> geschmäht werden. Für den hier interessierenden Bereich des Mietrechts können allemal die Spezialrichtlinien zum Arbeitsrecht und weitestgehend auch die allgemeine Geschlechterdiskriminierungs-RL<sup>43</sup> außer Betracht bleiben. Umso bedeutsamer ist hingegen die sog. Rassendiskriminierungs-

<sup>33</sup> Dazu *Mankowski*, ZMR 2002, 317 (319, 321 f.).

<sup>34</sup> Näher *Hau* (Fn. 23), 198 f., S. 210 ff.

<sup>35</sup> Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 Nr. L 144/19.

<sup>36</sup> Dazu *Micklitz*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV A 3, 2000, Rz. 23.

<sup>37</sup> Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 Nr. L 178/1.

<sup>38</sup> Vgl. *Marly*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 36), Bd. IV A 4, 2001, Art. 9 Rz. 10.

<sup>39</sup> Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der Verordnung Nr. 2006/2004, ABl. EU 2005 Nr. L 149/22.

<sup>40</sup> Nunmehr: Richtlinie 2009/22/EG vom 23.4.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (kodifizierte [sic!] Fassung), ABl. EU 2009 Nr. L 110/30.

<sup>41</sup> So der Titel des Beitrags von *Eisenschmid*, WuM 2006, 475.

<sup>42</sup> In diesem Sinne etwa *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2578).

<sup>43</sup> Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU 2004 Nr. L 373/37.

RL: <sup>44</sup> Sie verlangt von den Mitgliedstaaten wirksame Maßnahmen gegen unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, und zwar – unter anderem – im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, dass sich dies auch auf Wohnraum bezieht (Art. 3 Abs. 1 lit. h), was freilich nicht etwa heißen soll, dass die Rassendiskriminierungs-RL die Gewerberaummieta ausklammert.<sup>45</sup> Der Sache nach handelt es sich bei der Richtlinie um eine Konkretisierung des heute in Art. 21 der Grundrechte-Charta<sup>46</sup> verankerten Diskriminierungsverbots.<sup>47</sup>

In Deutschland ist die Umsetzung der Rassendiskriminierungs-RL bekanntlich im AGG erfolgt, das einerseits mit beschämender Verspätung in Kraft getreten ist,<sup>48</sup> andererseits in mehrerer Hinsicht über die Richtlinienvorgaben hinausgeht. Dies soll hier ebenso wenig näher betrachtet werden wie die gerade im Mietrecht hitzige rechtspolitische Diskussion darüber.<sup>49</sup> Interessanter für die Zwecke dieser Untersuchung erscheint die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber seinen Umsetzungspflichten genügt hat, wobei hier nur zwei Aspekte hervorgehoben seien.<sup>50</sup> Erstens betont § 19 Abs. 2 AGG zwar, dass eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bei sämtlichen Mietverträgen verboten ist, die öffentlich verfügbar sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Nicht hinreichend hervorgehoben wird aber, dass es dabei weder auf die Größe der angesprochenen Öffentlichkeit noch darauf ankommt, wie oft die angebotene Sachleistung zur Verfügung steht. Diese Klarstellung ist aber deshalb bedeutsam, weil sich erst daraus ergibt, dass § 19 Abs. 2 AGG richtigerweise auch die Wohnraumvermietung „von Privat“ betreffen kann. Noch problematischer ist zweitens § 19 Abs. 3 AGG, wonach bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer

<sup>44</sup> Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 Nr. L 180/22.

<sup>45</sup> Klarstellend etwa *Horst* (Fn. 31), Rz. 26.

<sup>46</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 303/1; zur Verbindlichkeit der Charta vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon.

<sup>47</sup> Vgl. zu den Konsequenzen für die nationalen Gerichte oben im Text bei Fn. 20.

<sup>48</sup> Die Frist zur Umsetzung der RassenDiskr-RL war bereits seit 1.7.2003 abgelaufen, als das AGG am 18.8.2006 in Kraft trat.

<sup>49</sup> Vgl. etwa einerseits *Derleder*, NZM 2007, 625, andererseits *Warnecke*, DWW 2006, 268. Beachte wiederum auch *Enzensberger*, FAZ v. 3.2.2010, 27: „Wir rauchen, wir essen zu viel Fett und Zucker, wir hängen Kruzifixe in Schulzimmern auf, wir hamstern illegale Glühbirnen, wir trocknen unsere Wäsche im Freien, wo sie nicht hingehört. Wir bilden uns ein, wir könnten selbst entscheiden, wem wir unsere Wohnung vermieten. [...] Solche Extratouren können auf keinen Fall geduldet werden.“ Dass es etwas zu regeln gibt, illustriert freilich nicht erst der Fall OLG Köln, 19.1.2010 – 24 U 51/09 (Vorinstanz: LG Aachen, NZM 2009, 318).

<sup>50</sup> Beachte dazu, statt mancher, etwa *Schmidt-Ränsch*, NZM 2007, 6 (9 f. und 13); MünchKommBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, vor § 19 AGG Rz. 9 ff.

und kultureller Verhältnisse zulässig sein soll: Es ist nicht ersichtlich, wie dieser Rechtfertigungsgrund mit der Rassendiskriminierungs-RL in Einklang gebracht werden kann.

Kaum hatte es den Anschein, dass sich die Wogen, die das europäische Antidiskriminierungsrecht im Mietrecht bislang verursacht hat, etwas glätten, droht schon wieder neuer Streit. Auslöser sind diesmal Berichte über Pläne der Europäischen Kommission, gewerbliche Vermieter zu Umbauten zu verpflichten, um Wohnungen behindertengerecht anbieten zu können.<sup>51</sup> Danach müsste, so wird befürchtet, die Barrierefreiheit von Millionen von Wohnungen herbeigeführt werden, noch bevor überhaupt konkrete Anfragen von behinderten Interessenten vorliegen.

#### 4. Energieeinsparungsrecht

Zu erwähnen sind weiter die europarechtlichen Vorgaben zur Energieeinsparung: Einschlägig sind heute vor allem die Richtlinie über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen<sup>52</sup> sowie die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden.<sup>53</sup> Die Umsetzung erfolgt in Deutschland durch das Energieeinsparungsgesetz und die Energieeinsparungsverordnung, derzeit verbindlich jeweils in der Fassung von 2009.<sup>54</sup> Das Energieeinsparungsrecht ist von erheblicher Bedeutung für die Praxis des Immobiliarmietrechts, aber – anders als die bislang erörterten Rechtsakte zum Verbraucher- und Diskriminierungsschutz – nicht unmittelbar durch den Mieterschutz motiviert. Der eine oder andere Bestandsmieter mag sich sogar als Opfer Brüsseler Regulierungswut fühlen, wenn er gemäß §§ 554 Abs. 2, 559 BGB energetische Sanierungen und daran anknüpfende Mieterhöhungen hinnehmen muss.<sup>55</sup> Nicht zu leugnen ist aber auch, dass es Mietinteressenten zugute kommt und späteren Streit über die Nebenkosten vermeiden hilft, wenn der Vermieter gemäß Art. 7 Gesamtenergieeffizienz-RL die Gesamtenergieeffizienz des Objekts schon vor Vertragsschluss auszuweisen hat.

<sup>51</sup> Dazu *Schwenn*, FAZ v. 30.1.2010, 11. Ausgangspunkt ist der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung: KOM (2008) 426. Das jüngste öffentlich zugängliche Dokument dazu ist, soweit ersichtlich, ein Vermerk vom 11.2.2010 (Ratsdokument 6092/10). Vorgeschlagen wird dort ein neuer Erwägungsgrund (Nr. 17b), worin es u. a. heißen soll: „In particular, this Directive does not apply to transactions related to housing which are performed by natural persons, when the activities in question do not constitute a professional or commercial activity“.

<sup>52</sup> Richtlinie 2006/32/EG vom 5.4.2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen, ABl. EU 2006 Nr. L 114/64.

<sup>53</sup> Richtlinie 2002/91/EG vom 16.12.2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. EG 2003 Nr. L 1/65. Beachte diesbezüglich den Kommissionsvorschlag für eine Neufassung der Richtlinie: KOM (2008) 780.

<sup>54</sup> BGBl. 2009 I, 643 und 954.

<sup>55</sup> Dazu *Eisenschmid*, WuM 2009, 624; *Horst*, ZAP F. 4 1221 (2009). Vgl. zu dem Zielkonflikt von Ökologie und Sozialstaat zuletzt *Derleder*, NZM 2010, 1 (5 f.).

## 5. Informationsrechte

Das Europarecht beeinflusst ferner die praxisrelevante Frage, inwieweit es einem Mieter zu gestatten ist, Parabolantennen an der Mietsache anzubringen. Dies belegt bereits die Mitteilung der Kommission vom 27. Juni 2001 über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen.<sup>56</sup> Gleichwohl hatte der BGH noch im Jahr 2005 mit knappen Worten behauptet, dass weder aus der Dienstleistungsfreiheit des EGV noch aus der Informationsfreiheit der EMRK ein grundsätzlicher Vorrang des Informationsinteresses des Mieters vor den Eigentumsinteressen des Vermieters folge<sup>57</sup> – es dabei freilich versäumt, den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen. Neuerdings verweist der BGH zutreffend darauf, dass die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>58</sup> zu berücksichtigen sei.<sup>59</sup> Für das hier interessierende Thema hätte die Entscheidung sogar noch aufschlussreicher ausfallen können: Der BGH hätte die in solchen Fällen involvierten Grundrechte der Beteiligten, nämlich einerseits die Eigentumsgarantie und andererseits die Freiheit, sich aus allgemeinen Quellen ungehindert zu unterrichten, nicht nur mit Art. 14 sowie Art. 5 GG, sondern gleichermaßen mit Art. 17 sowie Art. 11 der Grundrechte-Charta belegen können.<sup>60</sup>

## 6. Internationales Privat- und Verfahrensrecht

Einige europäische Regelungen nehmen solche Mietverhältnisse in den Blick, die Bezüge zu mehr als einem Staat aufweisen. Hierbei geht es nicht um die Harmonisierung des materiellen Rechts bzw. das Aufstellen bestimmter Mindeststandards, sondern um einen geordneten internationalen Rechtsverkehr, namentlich also um das Vermeiden von *forum shopping* und Entscheidungsdivergenzen: Mietrechtliche Auseinandersetzungen sollen nur in sachnahen Foren ausgetragen werden, und für den Fall konkurrierender internationaler Zuständigkeiten soll eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts sicherstellen, dass überall dasselbe materielle Recht zur Anwendung gelangt.

So regelt Art. 22 Nr. 1 Brüssel I-VO<sup>61</sup> die internationale Zuständigkeit für Klagen, welche die Vermietung unbeweglicher Sachen – also Grundstücke, Häuser oder Wohnungen – zum Gegenstand haben: Zur Entscheidung sind ausschließlich die

<sup>56</sup> KOM (2001) 351; dazu *Dörr*, WuM 2002, 347.

<sup>57</sup> BGH, NZM 2006, 98. Zu optimistisch daher *Rips*, WuM 2004, 175, der erwartet hatte, dass die Kommissionsmitteilung die Rechtslage kläre.

<sup>58</sup> Richtlinie 89/552/EWG vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. EG 1989 Nr. L 298/23, zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/65/EG vom 11.12.2007, ABl. EG 2007 Nr. L 332/27.

<sup>59</sup> BGH, NJW 2010, 436 (437).

<sup>60</sup> Vgl. oben Fn. 46.

<sup>61</sup> Verordnung Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 Nr. L 12/1.

Gerichte des Mitgliedstaats berufen, in dem die Sache belegen ist (Satz 1). Eine Ausnahme gilt jedoch für Klagen betreffend die Miete einer Immobilie zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinander folgende Monate durch eine natürliche Person: Dafür sind konkurrierend auch die Gerichte eines anderen Mitgliedstaats zuständig, sofern dort beide Parteien ihren Wohnsitz haben (Satz 2). Zugeschnitten ist diese Sonderregel nach ihrer Entstehungsgeschichte auf Mietverhältnisse über Ferienhäuser und -wohnungen. Sie ist darauf aber keineswegs beschränkt, sondern erfasst gleichermaßen Arbeitnehmer, Studierende oder Rentner, die von einer in demselben Staat ansässigen Person eine im Ausland belegene Immobilie zur Privatnutzung für einen maximal halbjährigen Aufenthalt (also beispielsweise ein Auslandssemester) mieten.<sup>62</sup>

Auch das Europäische Kollisionsrecht thematisiert Immobiliarmietverträge, nämlich in der sog. Rom I-VO<sup>63</sup> über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Dies zeigt, dass der Verordnungsgeber auch die Immobiliarmiete, entsprechend der kontinentaleuropäischen Tradition, als vertragliches Schuldverhältnis deutet, also nicht etwa als dingliches Nutzungsrecht.<sup>64</sup> Immobiliarmietverträge unterliegen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO grundsätzlich dem Recht des Belegenheitsstaats, also der *lex rei sitae*.<sup>65</sup> Eine Ausnahme gilt wiederum für die Miete einer Immobilie zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinander folgende Monate durch eine natürliche Person: Haben in einem solchen Fall der Mieter und der Vermieter ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so ist dessen Recht anzuwenden (Art. 4 Abs. 1 lit. d Rom I-VO). Im Übrigen besteht auch für Immobiliarmietverträge die Möglichkeit einer Rechtswahl nach Maßgabe von Art. 3 Rom I-VO, die der gesetzlichen Anknüpfung vorgeht. Eine solche Rechtswahl kann grundsätzlich auch mittels vorformulierter Bedingungen erfolgen,<sup>66</sup> und grundsätzlich darf sogar das Recht eines Staates gewählt werden, in dem weder die Mietsache belegen noch wenigstens eine der Parteien ansässig ist.<sup>67</sup> Die Rechtswahlfreiheit betrifft sowohl Gewerbe- als auch Wohnraum, denn der besondere kollisionsrechtliche Schutz von Verbrauchern kommt Immobiliarmietern

<sup>62</sup> Vgl. Rauscher/Mankowski, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 22 Brüssel I-VO Rz. 26.

<sup>63</sup> Verordnung Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU 2008 Nr. L 177/6 (berichtigt in ABl. EU 2009 Nr. L 309/87).

<sup>64</sup> Dazu unten bei und in Fn. 84.

<sup>65</sup> Beachte auch Art. 8 EulnsVO (Verordnung Nr. 1346/2000 vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000 Nr. L 160/1): „Für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Vertrag, der (...) zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstands berechtigt, ist ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats maßgebend, in dessen Gebiet dieser Gegenstand belegen ist.“

<sup>66</sup> Vgl. zu den AGB-rechtlichen Grenzen etwa Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Fn. 30), Internationaler Geschäftsverkehr Rz. 21 ff.

<sup>67</sup> Zu den Grenzen in sog. reinen Inlandsfällen siehe Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO und dazu Mankowski, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, Rz. 1663 f.

wegen Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO nicht zugute. Diese Entscheidung des Verordnungsgebers ist rechtspolitisch zweifelhaft, und sie provoziert systematisch ihrerseits fragwürdige Hilfskonstruktionen, namentlich die Qualifikation zwingenden Wohnraummietrechts als Eingriffsrecht, um auf diese Weise eine Sonderanknüpfung gemäß Art. 9 Rom I-VO zu ermöglichen.<sup>68</sup>

### III. Rechtsvergleichende Vorarbeiten

Der Darstellung des mietrechtsrelevanten *acquis communautaire* folgt nunmehr eine Bestandsaufnahme einschlägiger rechtsvergleichender Studien, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen wäre jede Rechtsharmonisierung oder gar -vereinheitlichung, die nicht durch gründliche komparatistische Vorarbeiten vorbereitet und abgesichert ist, ein gefährlicher, von vornherein zum Scheitern verursachter Blindflug. Und zum anderen belegt namentlich die Geschichte des Internationalen Einheitskaufrechts eindrucksvoll, dass es ein Fehler wäre, die Wirkmacht der akademischen Rechtsvergleichung als Impulsgeber und Schrittmacher der internationalen Rechtsetzung zu unterschätzen. Es erscheint lohnend, zunächst die rasante Entwicklung im Bereich des Mobiliarmietrechts zu betrachten.

#### 1. Mobiliarmietrecht: Principles of European Law und Draft Common Frame of Reference

##### a) Hintergrund

Das Mobiliarmietrecht lag lange Zeit fernab der Hauptreiserouten der akademischen Rechtsvergleichung,<sup>69</sup> so dass ihm beispielsweise deutlich weniger Aufmerksamkeit geschenkt wurde als etwa dem Finanzierungsleasing.<sup>70</sup> Dies hat sich in neuerer Zeit grundlegend geändert. So hat UNIDROIT – das in Rom ansässige *Institut International pour l'Unification du Droit* – am 13. November 2008 ein Modellgesetz vorgelegt, das die schuldrechtlichen Aspekte sowohl von Finanzierungsleasing (engl.: *financial lease*; frz.: *location-financement*) als auch gewöhnlicher Mietverhältnisse (engl.: *lease*; frz.: *location*) betrifft, allerdings nur bezogen auf den Unternehmensverkehr.<sup>71</sup>

Aus europäischer Perspektive erscheint noch weitaus interessanter, dass sich ein

<sup>68</sup> Näher *Mankowski* (Fn. 67), Rz. 1702 f., 1741 ff.

<sup>69</sup> So ist der längst angekündigte mobiliarmietrechtliche Band im Rahmen der *International Encyclopedia of Comparative Law*, des rechtsvergleichenden Standardwerks schlechthin, nie erschienen.

<sup>70</sup> Vgl. dazu aus neuerer Zeit etwa die Länderberichte bei *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt*, Handbuch des Leasingrechts, 2. Aufl. 2008, §§ 91 ff., sowie die Nachweise bei *Dageförde*, in: *Reithmann/Martiny* (Fn. 67), vor Rz. 1112.

<sup>71</sup> UNIDROIT Model Law on Leasing bzw. *Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement*, veröffentlicht als englisch-französische Synopse in *Unif.L.Rev.* 2009, 648 (vgl. auch die Einführungsaufsätze, ebenda 578 ff.) sowie samt weiterführender Informationen im Internet: [www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm](http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm).

Forschungsteam unter der Leitung des Norwegers *Kåre Lilleholt* des Mobiliarmietrechts angenommen hat, und zwar im Rahmen der *Study Group on a European Civil Code*.<sup>72</sup> Diese wiederum hat es sich zur Aufgabe gestellt, *Principles of European Law* zusammenzustellen: Es geht darum, basierend auf breiten rechtsvergleichenden Vorarbeiten sog. Modellregeln („Model Rules“) zu zentralen Bereichen des Vermögensrechts zu formulieren, die jeweils mit Kommentierungen („Comments“) sowie rechtsvergleichenden Hinweisen („Notes“) versehen sind. Ergebnis der mietrechtlichen Arbeitsgruppe um *Kåre Lilleholt* sind die im Jahr 2008 publizierten *Principles of European Law on Lease of Goods*, die 40 Artikel samt Kommentierungen und Hinweisen umfassen.<sup>73</sup>

Alle bereits vorliegenden Teilbände der *Principles of European Law* sind inzwischen in ein noch weitaus ambitionierteres Projekt eingeflossen, nämlich in den im Jahr 2009 veröffentlichten *Draft Common Frame of Reference*. Diesen DCFR – zu Deutsch etwa: Akademischer Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen – verantwortet die soeben erwähnte *Study Group on a European Civil Code* gemeinsam mit der *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Bei dem DCFR handelt es sich um eine extrem breit angelegte rechtswissenschaftliche Zusammenstellung von Prinzipien, Definitionen und Modellregeln, welche die Zentralgebiete des Vermögensrechts umfassen: allgemeines Schuldrecht, besondere Vertragstypen, außervertragliche Schuldverhältnisse, Mobiliareigentumsrecht und Mobiliarsicherheiten sowie Treuhandverhältnisse.<sup>74</sup> Der DCFR ist erhältlich in einer sog. Outline Edition<sup>75</sup> sowie – einschließlich der Comments und Notes – als sechsbändige Gesamtausgabe.<sup>76</sup> Im DCFR finden sich auch die in einigen Punkten modifizierte *Principles of European Law on Lease of Goods* wieder, und zwar im vierten Buch („Book IV – Specific Contracts and the rights and obligations arising from them“) Teil B („Part B – Lease of Goods“). Diese Modellregeln sollen im Folgenden etwas näher betrachtet werden.

<sup>72</sup> Beachte den Internetauftritt: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

<sup>73</sup> *Study Group on a European Civil Code*, *Principles of European Law on Lease of Goods* (PEL LG), 2008; darin enthalten (45 ff.) ist eine von *Albrecht* und *Grothe* verfasste deutsche Übersetzung des Regelwerks (ohne Comments und Notes).

<sup>74</sup> Kaum noch überschaubar ist inzwischen die Diskussion über Chancen und Risiken des DCFR. Beachte dazu vor allem die Beiträge in *Schmidt-Kessel*, *Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009, und zudem etwa *Dajczak*, *GPR* 2009, 63; *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, *JZ* 2008, 529; *Ernst*, *AcP* 208 (2008), 248; *Jansen/Zimmermann*, *NJW* 2009, 3401; *Leible*, *BB* 2008, 1469; *ders.*, *NJW* 2008, 2558; *Pfeiffer*, *AcP* 208 (2008), 227; *Schulte-Nölke*, *NJW* 2009, 2161; *Zimmermann*, *EuZW* 2009, 319; beachte speziell zum AGB-Recht im DCFR auch *Kieninger*, *RabelsZ* 73 (2009), 793 (807 ff.).

<sup>75</sup> von *Bar/Clive/Schulte-Nölke*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, 2009.

<sup>76</sup> von *Bar/Clive*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, 2009.

## b) Einzelheiten

Der DCFR-Teil zu Lease of Goods ist in sieben Kapitel untergliedert: erstens Anwendungsbereich und allgemeine Vorschriften („Chapter 1: Scope of application and general provisions“), zweitens Mietzeit („Chapter 2: Lease period“), drittens Pflichten des Vermieters („Chapter 3: Obligations of the lessor“), viertens Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regeln hinsichtlich der Rechtsbehelfe des Mieters („Chapter 4: Remedies of the lessee: modifications of normal rules“), fünftens Pflichten des Mieters („Chapter 5: Obligations of the lessee“), sechstens Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regeln hinsichtlich der Rechtsbehelfe des Vermieters („Chapter 6: Remedies of the lessor: modifications of normal rules“) sowie siebtens Parteiwechsel und Untermietverhältnisse („Chapter 7: New parties and sublease“).

Behandelt werden die schuldrechtlichen Beziehungen (vgl. Art. IV.B. – 1:101 Abs. 1 und 5 DCFR) zwischen dem Mieter und dem Vermieter (bzw. dessen Rechtsnachfolger; vgl. Art. IV.B. – 7:101 DCFR). Obwohl von *lease*, nicht etwa von *hire*, die Rede ist, geht es um die Miete beweglicher Sachen. Dabei spielt es freilich keine Rolle, ob es sich um ein gewöhnliches Mietverhältnis handelt (vgl. Art. IV.B. – 1:101 Abs. 2 DCFR) oder um ein Geschäft mit Finanzierungsfunktion, bei dem der Vermieter die vom Mieter benötigte Sache nach dessen Vorgaben von einem Dritten erwirbt.<sup>77</sup> Auch eine Erwerbsoption des Mieters (bzw. Leasingnehmers) steht der Anwendbarkeit der Regeln nicht entgegen (vgl. Art. IV.B. – 1:101 Abs. 3 und 4 DCFR). Erfasst werden sowohl gewerbliche als auch Verbraucherverträge, wobei die für letztere formulierten Modellregeln halbzwingend ausgestaltet sind (vgl. Art. IV.B. – 1:102 ff. DCFR).

In der Sache beschränkt sich der DCFR-Teil zur Mobiliarmiete – wie auch schon die ihm zugrunde liegenden *Principles of European Law on Lease of Goods* – keineswegs darauf, die bereits vorhandenen europarechtlichen Vorgaben, etwa diejenigen der Klausel-RL, zusammenzustellen und allenfalls zu konkretisieren.<sup>78</sup> Vielmehr ist der *acquis communautaire* nur der Ausgangspunkt, von dem aus die Verfasser des DCFR ein weithin eigenständiges, übersichtlich strukturiertes und wohlausgewogenes System des Mobiliarmietrechts entwickelt haben. Durchweg begegnen dem deutschen Recht vertraute Konzepte, und zwar auch solche, die sich historisch zunächst im Bereich der Immobiliarmiete herausgebildet hatten.<sup>79</sup> Erwähnt seien die Erhaltungspflicht des Vermieters (Art. IV.B. – 3:101 Abs. 3 und Art. IV.B. – 3:104 DCFR), das Recht zur mängelbedingten Mietminderung (Art. IV.B. – 4:102

<sup>77</sup> In diesem Fall gelten freilich einige leasingtypische Besonderheiten: vgl. Art. IV.B. – 2:103, Art. IV.B. – 3:101 Abs. 2, Art. IV.B. – 3:104 Abs. 2, Art. IV.B. – 4:104 und Art. IV.B. – 5:104 Abs. 2.

<sup>78</sup> Klarstellend *Lilleholt*, in: Vaquer, *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, 2008, S. 55 (59): „the principles are not some sort of restatement of European lease law“.

<sup>79</sup> Vgl. *Rüfner* (Fn. 13), S. 1065.

DCFR) oder der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ (Art. IV.B. – 7:101 DCFR). Aufgenommen wurden aber auch Vorschriften, die im BGB nicht verankert sind, so beispielsweise die in Art. IV.B. – 6:102 DCFR vorgesehene Beschränkung der Mieterhaftung im Falle eines Verbrauchervertrags: Danach können Schadensersatzansprüche des Vermieters in dem Umfang gemindert werden, in dem der Schaden von einer Sachversicherung gedeckt wird oder gedeckt worden wäre, wenn der Abschluss einer solchen durch den Vermieter vernünftigerweise zu erwarten war.

Den Mietrechtsteil ergänzende Regelungen finden sich in den anderen Büchern des DCFR. Das gilt zum einen für die Allgemeinen Lehren (also Rechtsgeschäftslehre, Nichtigkeitsgründe, Vertragsschluss, Vertretung, Verjährung, allgemeines Leistungsstörungenrecht etc.), zum anderen für gerade im Mietrecht bedeutsame Aspekte wie den Diskriminierungsschutz (Art. II. – 2:101 ff. DCFR), das AGB-Recht (Art. II. – 9:401 ff. DCFR) oder die Möglichkeit stillschweigender Vertragsverlängerung (Art. III. – 1:111 DCFR, modifiziert durch Art. IV.B. – 2:103 DCFR). Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass die AGB-rechtlichen Modellregeln – über die Vorgaben der Klausel-RL hinaus – nicht nur Verbrauchergeschäfte, sondern auch den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen betreffen.

## 2. Immobiliarmietrecht

Die entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Immobilien auf Zeit ist – wie Tausch, Kauf und Schenkung – ein elementares Institut des Vermögensrechts, das allen Rechtsordnungen vertraut sein dürfte, die überhaupt Immobiliareigentum zulassen. Weil sich in allen modernen Gesellschaften mehr oder weniger dieselben Regelungsprobleme stellen, sollte es aufschlussreich sein, der Frage nachzugehen, welche Antworten die einzelnen Rechtsordnungen gefunden haben, um die römisch-rechtliche *locatio conductio rei* zu einem sozial- und volkswirtschaftsverträglichen System fortzuentwickeln.<sup>80</sup> Gleichwohl zeigt sich die akademische Rechtsvergleichung am Immobiliarmietrecht – übrigens in bemerkenswertem Kontrast zum häufig untersuchten Timesharing<sup>81</sup> – bislang nicht sonderlich interessiert.<sup>82</sup> Am ehesten noch werden die historisch bedingten Schnittstellen zum

<sup>80</sup> Vgl. zu den historischen Grundlagen etwa *Rüfner* (Fn. 13), S. 1061 f.; ausführlicher *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, Kap. 11.

<sup>81</sup> Vgl. etwa *Hildebrand/Kappus/Mäsch*, *Time-Sharing und Teilzeit-Wohnrechtgesetz*, 1997, Kap. 1 V; *Martinek*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 36), Bd. IV A 13, 1999, Vorbem. Rz. 11 ff.; *de Sousa*, *Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU – Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Timesharing-Richtlinie*, 1999.

<sup>82</sup> Ähnlich *Wurmnest*, *ZEuP* 2004, 434 („weitestgehend unerforscht“). Im Rahmen des Standardwerks, der *International Encyclopedia of Comparative Law*, ist ein immobiliarmietrechtlicher Band offenbar nicht geplant. Unergiebig für das Mietvertragsrecht sind zudem etwa *Bussani/Werro*, *European Private Law*, Band 1, 2009; *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl. 2009;

Sachenrecht beleuchtet, also etwa die Frage, ob sich die Miete gegenüber dem späteren Sacherwerb durchzusetzen vermag,<sup>83</sup> oder die Besonderheit des Common Law, *leasehold* bzw. *tenancy* als eine Art dingliches Nutzungsrecht zweiter Ordnung zu deuten.<sup>84</sup> Publiziert wurden im Übrigen – inzwischen weithin veraltete – Übersichten zum Immobiliarmietrecht verschiedener Staaten,<sup>85</sup> ferner vergleichende Spezialuntersuchungen zu Einzelfragen<sup>86</sup> sowie – mehr oder minder breit angelegte – Einführungen zu einzelnen ausländischen Mietrechtssystemen.<sup>87</sup>

Ein plötzlicher Zuwachs an rechtsvergleichendem Interesse und Elan, wie dies in jüngster Zeit im Mobiliarmietrecht zu verzeichnen ist, steht für das Immobiliarmietrecht also noch aus. Insbesondere der DCFR schweigt sich weitestgehend aus: Zwar betreffen dessen allgemeine Modellregeln, namentlich im Bereich des AGB-Rechts und des Diskriminierungsschutzes, durchaus auch Immobiliarmietverhältnisse (arg.: Umkehrschluss aus Art. I. – 101 Abs. 2 lit. f DCFR, wonach nur „the ownership of, or rights in security over, immovable property“ allgemein ausgeklammert bleiben), und zwar die Wohn- wie die Gewerberaummiete. Auf eine eigene Regelung im Besonderen Vertragsrecht wurde indes verzichtet, zumal es auch keine den *Principles of European Law on Lease of Goods* entsprechenden Vorarbeiten gibt. Das ist freilich ebenso bemerkenswert wie merkwürdig, wenn man etwa bedenkt, dass ein Vorentwurf zur Leihe („gratuitous use“) nur aus organisatorischen Gründen nicht mehr im DCFR berücksichtigt wurde<sup>88</sup> und dass dort ein Institut wie die Schenkung („donation“) ausführlich behandelt wird

---

*Reimann/Zimmermann*, The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006; *Smits*, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2006; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996.

<sup>83</sup> Dazu etwa *Hattenhauer*, GS Sonnenschein, 2003, S. 153; *Rüfner* (Fn. 13), S. 1062; *Zimmermann* (Fn. 80), S. 378 ff.

<sup>84</sup> Vgl. zu diesem Aspekt von *Bar/Drobnig*, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A Comparative Study, 2004, Rz. 478; *van Erp*, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 82), S. 1043 (1057 ff.); *Gambaro*, in: *Bussani/Werro* (Fn. 82), S. 47 (60 f.); *Lawson*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Band VI Kap. 2 Rz. 36; *Rüfner* (Fn. 13), S. 1062 f.

<sup>85</sup> Beachte *Stabentheiner*, Mietrecht in Europa, 1996 (Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande, Österreich), ferner die rechtsvergleichenden Skizzen bei *Trenk-Hinterberger*, Internationales Wohnungsmietrecht, 1977 (§§ 2 I, 3 I, 6 I, 8 I).

<sup>86</sup> Vgl. etwa *Koch*, Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten – Dogmatische Grundlagen mit Beispielen aus Deutschland und Österreich im Vergleich mit den USA, 1999 (dort zu Tierhaltung, Außenantennen und Berufsausübung in der Wohnung); *Wulff*, Kündigungsschutz und Mietzins im Gewerberaummietrecht Europas, 2001; *ders.*, NZM 2001, 1018. Bemerkenswert sind ferner die aus der Perspektive verschiedener Rechtsordnungen verfassten Besprechungsaufsätze zu BGHZ 167, 312 (Doppelvermietung von Gewerberaum) in *EuRevPrL* 2008, 121 ff.

<sup>87</sup> Beachte etwa *Eisenschmid*, FS Blank, 2006, S. 699 (Usbekistan); *Pfleiderer/Schmutz*, Einführung in das französische Immobilienrecht – Eigentum und Miete von Geschäfts- und Wohnraum in Frankreich, 2003; *Schlüter/Ross*, Mieten und Vermieten in Spanien – Wohn- und Geschäftsraummiete, 2003; *Schmitz-Schlär*, Dauer und Beendigung von Mietverhältnissen bei Wohn- und Gewerberäumen in Frankreich, 1996; *Trunk*, GS Sonnenschein, 2003, S. 528 (Russische Föderation); *Wurmnest*, ZEuP 2005, 162 (England).

<sup>88</sup> Vgl. *Schmidt-Kessel*, Stichwort „Leihe“, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Fn. 13), S. 1005 (1007).

(Art. IV.H – 1:101 ff. DCFR<sup>89</sup>) – obwohl im Geschäftsverkehr kaum jemand etwas zu verleihen oder zu verschenken, aber mancher eine Immobilie zu vermieten hat.<sup>90</sup>

Hinzuweisen ist hier aber immerhin auf ein Forschungsprojekt zum Thema „Tenancy Law and Procedure in Europe“, das zwischen 2002 und 2004 von *Christoph Ulrich Schmid* am European University Institute in Florenz koordiniert wurde. Daraus hervorgegangen sind 18 Länderberichte,<sup>91</sup> ein von *Schmid* verfasster resümierender Generalbericht sowie Hintergrundbeiträge,<sup>92</sup> die allesamt noch nicht in Druckfassung veröffentlicht, aber im Internet zugänglich sind.<sup>93</sup> Es ist bedauerlich, dass dieses ambitionierte, sinnvollerweise auch verfahrensrechtliche Aspekte einbeziehende Projekt derzeit nicht weiter verfolgt wird: Gelänge es, die inzwischen aktualisierungsbedürftigen Vorarbeiten à jour zu bringen und fortzuschreiben, so wäre es hoch interessant zu sehen, ob sich daraus, über inspirierende komparatistische und rechtspolitische Analysen hinaus, auch konkrete Regelungsvorschläge ableiten lassen.

#### IV. Perspektiven

Die Arbeit an einer europäischen Harmonisierung im Bereich des Privatrechts ist ein zentraler Aspekt des Binnenmarkt- und des Verbraucherschutzkonzepts und entspricht im Übrigen einer seit über zwanzig Jahren wiederholten Forderung des Europäischen Parlaments.<sup>94</sup> Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welche Handlungsoptionen speziell im Bereich des Immobiliarmietrechts in Erwägung zu ziehen sind (dazu 1) und ob sich diesbezüglich auch die erforderliche Kompetenzgrundlage fände (dazu 2).

##### 1. Handlungsoptionen

a) Option 1: Aufnahme des Immobiliarmietrechts in den Common Frame of Reference

Der oben vorgestellte *Draft Common Frame of Reference* ist, wie erwähnt, lediglich ein Akademischer Entwurf, also gewissermaßen „Gelehrtenrecht“ bzw. eine *lex*

<sup>89</sup> Ausgeklammert bleibt die Schenkung von Immobilien: Art. IV.H – 1:103 Abs. 2 DCFR.

<sup>90</sup> Moniert wurde im Übrigen auch schon, dass der DCFR den Maklerverträgen nicht die gebotene Aufmerksamkeit schenke; vgl. *Zaccaria*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 74), S. 113 ff.

<sup>91</sup> Dabei konnten berücksichtigt werden: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowenien, Spanien.

<sup>92</sup> Im Einzelnen: *Cafaggi*, Tenancy Law and European Contract Law; *Remien*, Tenancy Law in Europe and the Principles of European Contract Law; *Schmid*, Co-ordination problems between European and national private law: a Scenario to be avoided in the Europeanisation of Tenancy Law; *Ziller*, The Constitutional Dimensions of Tenancy Law in the European Union.

<sup>93</sup> *Schmid*, Tenancy Law and Procedure in Europe, vorläufige Version 2004, unter: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectTenancyLaw.aspx>. Beachte dazu ferner den Hinweis von *Wurmnest*, ZEuP 2004, 434.

<sup>94</sup> Grundlegend die beiden Entschlüsse vom 26.5.1989 (ABl. EG 1989 Nr. C 158/400) und vom 6.5.1994 (ABl. EG 1994 Nr. C 205/518).

*academica* ohne rechtliche Verbindlichkeit, allenfalls eine Art Modellgesetz.<sup>95</sup> Es handelt sich aber immerhin um eine umfassende und ohne weiteres umsetzungsbereite Vorarbeit für das Projekt des „eigentlichen“ bzw. „politischen“ *Common Frame of Reference* (CFR) bzw. Gemeinsamen Referenzrahmens. Einen solchen hat die Europäische Kommission seit Längerem in Aussicht gestellt,<sup>96</sup> und es erscheint nicht ausgeschlossen, dass sie auf den DCFR – vollständig oder zumindest teilweise – zurückgreifen wird, wenn sie sich tatsächlich daran macht, den CFR zu realisieren.<sup>97</sup> Unabsehbar ist freilich, was genau die Kommission mit dem CFR bezweckt:<sup>98</sup> Geht es in erster Linie um ein Redaktionsinstrument („toolbox“), mit dessen Hilfe sich künftige Rechtsakte konsistenter formulieren lassen, oder weitergehend um ein sog. optionales Instrument im Sinne einer vom nationalen Recht losgelösten neutralen Vertragsrechtsordnung, deren Anwendung die Vertragsparteien kollisionsrechtlich vereinbaren können?<sup>99</sup>

Von solchen Grundsatzfragen einmal abgesehen, erscheint es aus heutiger Sicht wenig sinnvoll, auf eine Berücksichtigung des Immobiliarmietrechts im CFR zu setzen. Selbst der vorliegende DCFR könnte dazu im Wesentlichen nur seinen mobiliarmietrechtlichen Teil beisteuern. Dieser umfasst zwar, wie erwähnt, durchaus Regelungen, die sich auch für das Wohn- und Gewerberaummietrecht anbieten. Zu vielen immobiliertypischen Regelungsproblemen schweigt der DCFR indes; man denke nur an Fragen wie den Befristungs- und Kündigungsschutz, Mieterhöhungsmechanismen, Betriebskostentragung, Vermieterpfandrecht, Begrenzung und Anlage von Mietsicherheiten, Barrierefreiheit, Aufnahme Dritter und Vertragsfortführung durch Dritte.

#### b) Option 2: Aufnahme des Wohnraummietrechts in die geplante Verbraucherrechte-RL

Parallel zur Vorbereitung des DCFR hat die Europäische Kommission an einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher gearbeitet, die dazu beitragen soll, den von vielen beklagten Dschungel im Bereich des europäischen Verbraucherschutzrechts zu lichten: Nach dem am 8. Oktober 2008 vorgelegten Vorschlag sollen vier

<sup>95</sup> Näher zu solchen Fragen *Röthel*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 74), S. 287 ff.

<sup>96</sup> Beachte dazu folgende Kommissionsdokumente: Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68; Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651; Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, KOM (2005) 456; Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM (2007) 447.

<sup>97</sup> Vgl. die Einführung zum DCFR, Rz. 6: „a possible model for an actual or ‚political‘ Common Frame of Reference“. Mit dem DCFR konkurrieren freilich weitere Projekte. Genannt sei die gemeinsame Arbeitsgruppe der *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* und der *Société de Législation Comparée*; die – sehr viel abstrakteren – Ergebnisse dieser Gruppe sind in englischer Sprache zusammengestellt bei *Fauvarque/Mazeaud*, *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, 2008.

<sup>98</sup> Dazu etwa *Hähnchen*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 74), S. 147 (152 ff.).

<sup>99</sup> Dafür plädiert etwa *Leible*, BB 2008, 1469.

Richtlinien (nämlich diejenigen zu Haustürgeschäften, zum Fernabsatz, zu missbräuchlichen Klauseln und zum Verbrauchsgüterkauf) in einer einzigen – einem sog. horizontalen Rechtsinstrument – zusammengeführt und dabei vorhandene Inkonsistenzen beseitigt werden.<sup>100</sup>

Aufnahme in diese Verbraucherrechte-RL könnte allenfalls das Wohnraummietrecht, nicht aber das Gewerberaummietrecht finden. Diese Lösung wäre suboptimal, aber hinnehmbar, wenn man davon ausgeht, dass der Schutz kleiner und mittlerer gewerblicher Mieter eher zurückgestellt werden kann. Schwerer wiegt der Umstand, dass die Kommission mit ihrem Vorschlag der Verbraucherrechte-RL eine sog. Vollharmonisierung anstrebt: Die Mitgliedstaaten sollen keine abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen, also insbesondere auch keine strengeren Schutzstandards für Verbraucher mehr vorsehen dürfen (Art. 4 des Vorschlags).<sup>101</sup> Es verwundert nicht, dass dieses Konzept auf heftige Kritik gestoßen ist, und zwar sowohl im Schrifttum<sup>102</sup> als auch im Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss.<sup>103</sup> Die dabei geäußerten Bedenken richten sich erst recht gegen eine Vollharmonisierung im Bereich des Wohnraummietrechts, das bislang – im Gegensatz zu den übrigen in die Verbraucherrechte-RL einzubeziehenden Gebieten – noch nicht Gegenstand eines speziellen Sekundärrechtsakts war: Solange im Mietrecht hinreichend analysierte Erfahrungen mit einer europaweiten Harmonisierung der Mindeststandards fehlen, sollte es sich allemal verbieten, ernsthaft eine Begrenzung nationaler Schutzstandards zu erwägen.

### c) Option 3: Ein Spezialrechtsakt zum Immobiliarmietrecht

Wenn man eine Rechtsetzung zum Immobiliarmietrecht auf europäischer Ebene erwägt, bietet sich im Lichte der bisherigen Überlegungen am ehesten ein Spezialrechtsakt an. Im Betracht käme eine Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV), die sich darauf beschränkt, europaweit verbindliche Mindeststandards zu definieren, ohne dass dadurch weiterreichende nationale Standards ausgeschlossen wären. Der Rechtsakt sollte sowohl die Wohnraum- als auch die Gewerberaummiete erfassen. Als Ausgangspunkt könnte der DCFR-Teil zur Mobiliarmiete dienen, der um die dem Immobiliarmietrecht eigentümlichen Regelungspunkte – womöglich einschließlich der Besonderheiten des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens – zu ergänzen

<sup>100</sup> KOM (2008) 614. Dem vorangegangen war das noch ambitioniertere Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ vom 8.2.2007: KOM (2006) 744.

<sup>101</sup> Realisiert wurde dieses Konzept inzwischen in der neuen Timesharing-RL (oben Fn. 3); vgl. dort Erwägungsgrund Nr. 3.

<sup>102</sup> Beachte die Beiträge in *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, und *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, 2009.

<sup>103</sup> ABI. EU 2009 Nr. C 317/54.

wäre. Um den Richtlinienvorschlag hinreichend vorzubereiten, sollte die Kommission mit einem Grünbuch frühzeitig einen Konsultationsprozess einleiten. Die entscheidende Frage lautet freilich, ob die EU überhaupt über die erforderliche Rechtsetzungskompetenz verfügt.

## 2. Zur Kompetenzfrage

Auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bleibt es bei dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung:<sup>104</sup> Die Union wird nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, welche ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben; alle anderen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV). Insbesondere fehlt nach wie vor eine allgemeine Regelungsermächtigung im Bereich des Privatrechts. Nun dürfte mancher zwar argwöhnen, dass dann eben der Zweck die Mittel heilige, doch es ginge zu weit, der Europäischen Kommission kurzerhand zu unterstellen, dass sich im Primärrecht immer (irgend-)eine Kompetenzgrundlage finden lasse, wenn erst einmal der politische Wille zur Rechtsetzung auf europäischer Ebene gefasst sei.

Die seit Jahren geführte Diskussion darüber, welche Normen des AEUV (bislang: EGV) allgemein für die Rechtsetzung im Privatrecht in Betracht kommen,<sup>105</sup> soll hier nicht ausgebreitet werden. Vielmehr mag die These genügen, dass sich speziell für eine Richtlinie zum Immobiliarmietrecht bereits die Querschnittszuständigkeit gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV (ex Art. 95 Abs. 1 EGV) als tragfähig erweisen könnte.<sup>106</sup> Darauf dürfen Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten gestützt werden, welche das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Der Binnenmarkt betrifft eben, wie sich aus Art. 26 AEUV (ex Art. 14 EGV) ergibt, nicht nur die Freizügigkeit von Waren, Dienstleistungen und Kapital, sondern auch von Personen. Ergänzend zu Art. 114 Abs. 1 AEUV wären für die Wohnraummiete der Verbraucherschutzgedanke und damit Art. 114 Abs. 3, 169 Abs. 2 AEUV (ex Art. 95 Abs. 3, 153 Abs. 2 EGV) heranzuziehen. Weil danach Verbraucher als solche, also nicht etwa zwingend im Widerstreit mit Unternehmern, geschützt werden dürfen, könnte auch die praxisrelevante Wohnraummiete „von Privat“ in den Anwendungsbereich des Rechtsakts einbezogen werden.

<sup>104</sup> Klarstellend *Roth*, in: Gsell/Herresthal (Fn. 102), S. 13 (26).

<sup>105</sup> Siehe dazu aus neuerer Zeit etwa *Hähnchen*, in: Schmidt-Kessel (Fn. 74), S. 147 (161 ff.); *Heiderhoff* (Fn. 13), 5 ff.; *Herresthal*, in: Langenbucher (Fn. 13), Rz. 23 ff.; *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2006, Rz. 139 ff.; *Roth*, EWS 2008, 401; *ders.*, in: Gsell/Herresthal (Fn. 102), S. 13 (26).

<sup>106</sup> Im Ergebnis ebenso *Remien* (Fn. 5), S. 123, der gerade im Hinblick auf das Wohnraummietrecht darauf hinweist, dass sich die EG (nunmehr die EU) „ohne großen Begründungsaufwand weitere Bereiche des klassischen Privatrechts über die Verbraucherpolitik erobern“ könnte. Zweifelnd jedoch *Schmid* in seinem General Report (oben Fn. 93).

Die in Art. 114 AEUV vorausgesetzte Binnenmarktrelevanz des Immobiliarmietrechts ließe sich, wenn man an die eingangs genannten Fälle denkt (oben I), wohl begründen: So bedeuten beispielsweise Zeitmietverträge oder mehrjährige Kündigungsausschlüsse auch und gerade eine Einbuße in puncto Freizügigkeit. Klargestellt sei aber, dass Art. 114 AEUV – anders als Art. 81 AEUV (ex Art. 65 EGV) – eben nicht nur „Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug“, sondern auch reine Inlandssachverhalte betrifft. Das ist auch nicht weiter ungewöhnlich, wenn man berücksichtigt, dass die Klausel-RL auf Art. 100a EWGV, also eine Vorgängerregelung von Art. 114 AEUV, gestützt wurde, und dass schon heute ein Wohnraummieter anerkanntermaßen selbst dann vom Schutzbereich der Klausel-RL erfasst wird, wenn der Fall keinerlei Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist. Schließlich ist auch Art. 345 AEUV (ex Art. 295 EGV), wonach die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen, richtigerweise keine Europäisierungssperre hinsichtlich des Immobiliarmietrechts zu entnehmen,<sup>107</sup> zumal diese Vorschrift dann doch wohl gleichermaßen – bzw. sogar erst recht – einer Regelungskompetenz im Bereich des Timesharing entgegen stehen müsste.

## V. Fazit

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass im Bereich des Immobiliarmietrechts schon *de lege lata* eine ganze Reihe europarechtlicher Vorgaben zu beachten ist. Zudem existieren bereits erste wissenschaftliche Vorarbeiten für einen einschlägigen Sekundärrechtsakt, der auch nicht aus kompetenzrechtlichen Gründen von vornherein ausgeschlossen erscheint. Was bislang fehlt, sind indes sowohl der politische Wille zur Harmonisierung als auch eine umsichtige Diskussion über die damit einhergehenden Chancen und Risiken. Was die Diskussion angeht, täte man gut daran, keine Zeit mehr zu verschwenden; denn diese könnte knapp werden, wenn unversehens doch noch der Ruf nach Harmonisierung laut wird: Niemandem wäre in diesem Fall geholfen, wenn in der Europäischen Kommission aus einigen AGB-, diskriminierungs- und mobiliarmietrechtlichen Versatzstücken kurzerhand der Vorschlag für eine Immobiliarmietrechts-RL zusammengestellt würde. In Europa gilt wie überall: Wer sich im Vorfeld der Rechtsetzung nicht zu Wort meldet, darf sich kaum darüber beschweren, was am Ende dabei herauskommt.

Völlig unangemessen wäre es jedoch, würden nun die Vermieter- und die Mieterverbände ihnen gewogene Forschungsteams rekrutieren, damit sich diese einen Wettstreit darum liefern, möglichst interessen-orientierte Regelungsvorschläge zu erarbeiten und in Brüssel zu positionieren. Im Hinblick auf die Möglichkeit eines europäischen Mietrechts in Schockstarre zu verfallen erscheint ebenso wenig

---

<sup>107</sup> Zweifelnd jedoch *Remien*, EuR 2005, 699 (719); *ders.* (Fn. 5), S. 208 f.

angebracht wie das gegenteilige Extrem, irrationale Hoffnungen darauf zu setzen oder sein Heil in blindem Lobbyismus zu suchen. Vielmehr sollte man sich darauf besinnen, dass in Deutschland trotz unterschiedlicher Positionen zu vielen Einzelfragen insgesamt ein bemerkenswert breiter Konsens von Mietern und Vermietern, Gerichten und Rechtswissenschaftlern darüber herrscht, welche Regelungen im Interesse eines gedeihlichen Miteinanders unverzichtbar sind. Vermutlich würde eine eingehende rechtsvergleichende Umschau dieses Zusammengehörigkeitsgefühl eher noch verstärken, wenn man sich erst einmal vor Augen führt, welche Regeln in manchen anderen Mitgliedstaaten gelten. Der angesprochene Grundkonsens ist zu einem Gutteil das Verdienst des Deutschen Mietgerichtstags, und dieser ist denn auch dazu berufen, die uns gemeinsamen Überzeugungen zu benennen und dafür zu sorgen, dass ihnen frühzeitig auf europäischer Ebene Gehör verschafft wird. Mein Fazit lautet, dass sich der Deutsche Mietgerichtstag dieser Aufgabe unverzüglich stellen sollte.