

Kathrin Franck

Ein Gemeinsames Europäisches Mobiliarmietrecht?

Der *Draft Common Frame of Reference* als Grundlage
eines optionalen Verbrauchervertragsrechtsinstruments

Kathrin Franck

Ein Gemeinsames Europäisches Mobiliarmietrecht?

Kathrin Franck

Ein Gemeinsames Europäisches Mobiliarmietrecht?

**Der Draft Common Frame of Reference
als Grundlage eines optionalen
Verbrauchervertragsrechtsinstruments**

Tectum Verlag

Kathrin Franck

Ein Gemeinsames Europäisches Mobiliarmietrecht? Der Draft Common Frame of Reference als Grundlage eines optionalen Verbrauchervertragsrechtsinstruments

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019 E-Book: 978-3-8288-7245-5

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4303-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Informationen zum Verlagsprogramm finden Sie unter
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available online at <http://dnb.ddb.de>.

Für Mia Josephine

Danksagung

Mein herzlicher Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Wolfgang Hau für die Betreuung der vorliegenden Dissertation und die bereichernde Zeit, die ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte.

Ich danke meinen Eltern und meinem Bruder Michael, die immer für mich da waren und sind, meinem Onkel Gerd für die Korrekturen, sowie Katrin, Lilli und Martha und meinen Freunden Anke, Sarah, Kiki, Jana, Timo und Leah, die mich jeweils auf einem wichtigen Stück des Weges begleitet und unterstützt haben.

Schließlich möchte ich Jacob innig dafür danken, dass er während des gesamten Projekts an mich geglaubt, mich motiviert und mir den Rücken gestärkt hat und er stets an meiner Seite ist.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Der Draft Common Frame of Reference.....	5
§ 1 Dogmatische Einordnung	7
I. Rechtshistorisches Verständnis des Begriffs.....	7
II. Rechtspositivistisches Verständnis des Begriffs	7
III. Rechtsvergleichendes Verständnis des Begriffs	8
IV. Integratives Verständnis des Begriffs.....	9
V. Zwischenergebnis	9
§ 2 Entstehung und weitere Verwendung des <i>Draft Common Frame of Reference</i>	11
I. Vereinheitlichungsbestrebungen im Privatrecht.....	11
1. Akademische Projekte der europäischen Rechtsvereinheitlichung.....	13
2. Politische Impulse der Europäischen Union.....	19
II. Konzeption eines <i>Common Frame of Reference</i>	20
1. Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht.....	21
2. Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht.....	21
3. Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands	23
III. Anfertigung des <i>Draft Common Frame of Reference</i>	23
IV. Überprüfung des Entwurfs, Konsultation und Umsetzung	27
1. Kommissionsbeschluss zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen.....	28
2. Grünbuch der Kommission Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen	29
3. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.....	31
§ 3 Mobiliarmietrecht im Draft Common Frame of Reference	39
I. Im europäischen (Privat-)Recht	39
II. Im DCFR	42
Kapitel 2: Vergleich des Mobiliarmietrechts im DCFR und des deutschen Mobiliarmietrechts.....	45
§ 4 Anwendungsbereich	49
I. Sachlicher Anwendungsbereich	49
1. Definition	49
2. Zeitweise Gebrauchsüberlassung	53

3. Vertragsgegenstand ‚goods‘	54
4. Anwendungsbereich gem. Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 bis 5 DCFR.....	62
5. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen.....	66
II. Persönlicher Anwendungsbereich.....	72
III. Résumé.....	72
§ 5 Zustandekommen und Wirksamkeit des Verbrauchermobiliarmietvertrags..	75
I. Vertragsparteien.....	75
II. Vertragsschluss.....	78
1. Einigung	78
2. Vorvertragliche Pflichten.....	80
3. Form.....	88
4. Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen	88
III. Wirksamkeit	90
1. Gesetzliche Verbote und Sittenwidrigkeit.....	90
2. Unwirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	92
3. Anfechtung	96
4. Verbraucherwiderruf	98
IV. Résumé.....	101
§ 6 Beginn und Ende des Mietverhältnisses	103
I. Beginn	103
1. Parteivereinbarungen.....	103
2. Regelungstechnik	106
II. Ende	108
1. Bestimmte Mietzeit	108
2. Unbestimmte Mietzeit.....	110
III. Stillschweigende Verlängerung.....	111
§ 7 Pflichten des Vermieters.....	115
I. Allgemeines	115
1. Konzept der Pflichten und Pflichtverletzung.....	115
2. Inhaltliche Struktur der mietrechtlichen Einzelverpflichtungen	116
II. Gebrauchsüberlassung	117
1. Inhalt	117
2. Leistungszeit und -ort.....	119
3. Verjährung.....	121
III. Gebrauchserhaltung.....	124

1. Abwehr von Drittstörungen.....	124
2. Instandhaltungsmaßnahmen des Vermieters.....	125
3. Rechte Dritter.....	126
4. Untergang der Mietsache	128
IV. Vertragsgemäßer Gebrauch zu Beginn des Mietverhältnisses	129
1. Systematik.....	129
2. Mangelbegriff.....	131
V. Vertragsgemäßer Gebrauch während des Mietverhältnisses.....	136
1. Grundsatz.....	136
2. Ausnahmen	138
VI. Sonstige Pflichten.....	141
1. Mitwirkungspflichten.....	141
2. Schutzpflichten.....	143
3. Pflicht zur Lastentragung.....	145
VII. Résumé	146
§ 8 Pflichten des Mieters	149
I. Entrichtung der Miete	149
1. Inhalt und Entstehung	149
2. Leistungszeit und -ort.....	150
II. Annahme der Mietsache	153
III. Pflichten im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache.....	155
1. Pflicht zur Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs.....	155
2. Sorgfalts- und Obhutspflicht	156
3. Erhaltungspflicht.....	159
IV. Rückgabe der Mietsache.....	162
1. Inhalt der Rückgabeverpflichtung.....	163
2. Anspruchsgegner.....	164
3. Leistungsort	164
4. Leistungszeit	165
5. Rechtsfolgen unterbliebener Rückgabe	165
V. Sonstige Pflichten des Mieters	166
VI. Résumé.....	168
§ 9 Parteimehrheit, -wechsel und Dritte in Mietverhältnissen	169
I. Mehrheit von Mietern und Vermietern	169
1. Vermietermehrheit.....	170

2. Mietermehrheit	173
II. Parteiwechsel und Übertragung von Rechtspositionen	175
1. Abtretung und befreiende Schuldübernahme	175
2. Vertragsübernahme.....	176
III. Untervermietung	179
§ 10 Rechtsbehelfe des Mieters.....	183
I. Allgemeine Voraussetzungen und Ausschlussgründe	183
1. Allgemeine Voraussetzungen	183
2. Allgemeine Ausschlussgründe.....	184
3. Besonderheiten bei Mietmängeln	188
4. Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander.....	195
II. Specific performance.....	197
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	197
2. Grenzen.....	202
III. Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme	204
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	204
2. Grenzen.....	207
IV. Minderung	208
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	208
2. Rechtsfolge.....	213
V. Zurückbehaltungsrecht	214
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	214
2. Grenzen.....	215
VI. Beendigung.....	216
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	216
2. Rechtsfolge.....	227
VII. Schadensersatz	228
1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen.....	228
2. Rechtsfolge und Grenzen	230
§ 11 Rechtsbehelfe des Vermieters.....	233
I. Specific performance	233
1. Verpflichtungen nicht monetärer Art	233
2. Zahlungsverpflichtung	234
II. Schadensersatz und Zinsen	238
1. Schadensersatz.....	238

2. Zinsen	243
III. Weitere Rechtsbehelfe.....	244
1. Zurückbehaltungsrecht	244
Kapitel 3: Gestaltung eines europäischen Verbrauchermobiliarmietrechtsinstruments.....	249
§ 12 Regelungstechnische Gestaltung des Instruments	249
I. Systematik	249
1. Aufbau	249
2. Vollständigkeit	250
3. Einheitlichkeit mit europäischen Rechtsinstrumenten.....	251
II. Regelungstiefe.....	252
III. Regelungsklarheit	253
1. Klare Systematik und Risikozuweisung.....	253
2. Verwendung von Rechtsbegriffen.....	254
§ 13 Inhaltliche Gestaltung des Instruments	257
I. Pflichten der Parteien	257
II. Rechtsbehelfe	258
III. Spezielle Erwägungen des Verbraucherschutzes.....	261
Schlusswort	263
Literaturverzeichnis	265

Einleitung

Zu Beginn der Ausarbeitung dieser Dissertation war noch nicht absehbar, in welchen politischen Turbulenzen sich die Europäische Union zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit befinden würde. Das stetige Fortschreiten der europäischen Integration und der Europäisierung des Rechts erschien zu diesem Zeitpunkt noch als ein politisches Faktum. Zugleich war in Deutschland eine erste Generation von Juristen herangewachsen, der die Befassung mit dem Europarecht und der Europäisierung des Rechts zu etwas ganz Selbstverständlichem geworden war und die die Entwicklungen in diesem Rechtsgebiet und insbesondere die Projekte der Rechtsvergleichung und -vereinheitlichung im Bereich des Zivilrechts, zu denen vor allem der Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹ zählt, mit gespannter Begeisterung verfolgte.

Als jedoch zu Beginn des Jahres 2015 der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL)², das das Pilotprojekt der Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts hätte werden sollen, scheiterte, erlebte diese Bewegung einen ersten herben Rückschlag. Dem folgte auf unionspolitischer Ebene das von kaum jemandem vorhergesehene Debakel des 23. Juni 2016, als die Mehrheit der Bürger des Vereinigten Königreichs für einen Austritt aus der Europäischen Union votierte. Die sich angesichts dieser Ereignisse stellende Frage, ob hierdurch auch die unter anderem von der Kommission angestrebte Harmonisierung und Vereinheitlichung des Privatrechts grund-

- 1 Veröffentlicht unter dem Titel *von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), München 2009 (im Folgenden: DCFR Outline Edition).
- 2 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg. Im Folgenden wird der materiell-kaufrechtliche Regelungsinhalt der Verordnung als „CESL“ und der Inhalt der Verordnung selbst als „CESL-VO“ bezeichnet.

sätzlich infrage gestellt wird, ist gleichwohl aus mehreren Gründen mit einem klaren „Nein“ zu beantworten:

Der gewichtigste von ihnen ist, dass der rechtspolitische Wille der Kommission, schrittweise eine Privatrechtsvereinheitlichung zu erreichen, ungebrochen ist. Diesem Willen verleiht die Kommission u.a. in der Begründung ihrer Vorschläge für zwei spezielle Richtlinien über den Erwerb digitaler Inhalte und den Online-Warenhandel,³ die an Stelle des ursprünglich geplanten, umfassende fakultative Regelungen für ein europäisches Kaufrecht enthaltenden CESL treten und zumindest einen Teilbereich dessen, nämlich die Mängel von Kaufsachen und Gewährleistungsrechte des Käufers, im Wege der Vollharmonisierung verbindlich regeln sollen, deutlich Ausdruck. Die Kommission wird also weiter an ihrem Ziel festhalten, vertragsrechtliche Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der Europäischen Union durch Rechtsangleichung und/oder -vereinheitlichung zu beseitigen. Dabei erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass diese Projekte durch den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union sogar einen größeren Impetus erhalten, da hierdurch einer derjenigen Mitgliedstaaten entfällt, die den Vereinheitlichungsbestrebungen bislang den meisten Widerstand entgegengesetzt hatten.⁴ Auch angesichts des bisher erreichten Fortschritts des CESL-Projekts und der bisher für dieses aufgewendeten, nicht nur finanziellen Ressourcen, scheint es noch immer möglich, dass in bestimmten Rechtsbereichen der Weg eines optionalen Vertragsrechtsinstruments beschritten werden wird.

Außerdem haben insbesondere die neuesten Projekte der Rechtvereinheitlichung (wie eben der DCFR und das CESL) nicht nur deutliche Spuren in der Rechtslehre und der Rechtspraxis hinterlassen, sondern auch das Denken der Praxis und der Wissenschaft auf dem Gebiet des Privatrechts insgesamt bereits irreversibel geprägt, sodass der Vereinheitlichungsprozess auch unter diesem Aspekt nicht mehr aufzuhalten ist. So haben der DCFR und das CESL sogar schon Eingang in die gerichtliche Praxis vor dem *EuGH*⁵ und die Rechtsprechung nationaler Gerichte⁶

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM (2015) 634 endg. (Digitale Inhalte-Richtlinie), S. 2 f., 6 f.; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, KOM (2015) 635 endg. (Onlinehandel-Richtlinie), S. 2 f., 6 ff.

4 Siehe hierzu ausführlich § 2 IV. 3. a).

5 Zum DCFR siehe beispielsweise *EuGH*, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 30.01.2014 zu Rs. C-557/12, Rz. 35; *EuGH*, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 07.04.2016 zu Rs. C-149/15, Rz. 29, 32; *EuGH*, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 20.04.2016 zu Rs. C-135/15, Rz. 12; *EuGH*, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin v. 06.04.2017 zu Rs. C-133/16, Rz. 38.

gefunden. Namhafte zivilrechtliche Kommentare berücksichtigen bei der Analyse der Normen des deutschen Bürgerlichen Rechts und Handelsrechts bereits wie selbstverständlich auch den DCFR und das CESL als Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts⁷ und an den meisten Universitäten werden mittlerweile Vorlesungen zum Europäischen Privatrecht angeboten.⁸

Auch diese Dissertation möchte einen Beitrag zu der fortdauernden wissenschaftlichen Diskussion leisten: Durch einen Vergleich der mobiliarmietrechtlichen Regelungen des DCFR mit denen des unvereinheitlichten deutschen Rechts versucht sie zu eruieren, inwieweit im Bereich des Mobiliarmietrechts⁹ Potential für ein vereinheitlichendes europäisches Instrument bestünde und inwieweit diese Regelungen generell als Modell für bestimmte Lösungsansätze herangezogen werden könnten.

Hierbei legt diese Arbeit den Fokus auf sog. „Business to Consumer“ (B2C)-Verträge, d.h. Verbraucherverträge, da in diesem Bereich, wie die Entwicklung und Ausrichtung des CESL sowie der Onlinehandel- und der Digitale Inhalte-Richtlinie zeigen, derzeit der größte Vereinheitlichungsbedarf besteht.

6 So beispielsweise das *LG Karlsruhe* zum CESL, siehe Urt. v. 16.12.2011, 14 O 27/11 KfH III, Rz. 64 = VuR 2013, 185 oder die Urteile des Schwedischen Obersten Gerichtshofs, die den DCFR zitieren, siehe *Sveriges Domstolar* NJA 2010, 629; NJA 2011, 600; NJA 2012, 452; NJA, 597; NJA 2013, 491.

7 Siehe beispielsweise Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. *Krieger, Wolfgang/Westermann, Harm Peter*, 7. Aufl., München 2016 (Band 1 und 2 8. Aufl. 2018); Beck-online Grosskommentar, hrsg. v. *Gsell, Beate/Krieger, Wolfgang/Lorenz, Stephan, et al.*, München 2019, Stand: 08.01.2018.

8 So beispielsweise an der Freien Universität Berlin, der Universität Heidelberg, der Ludwig Maximilians Universität München und der Universität Passau.

9 Hiermit ist das "klassische" Mobiliarmietrecht gemeint, weshalb die Einzelregelungen des DCFR zum Finanzierungsleasing vorliegend außer Betracht bleiben sollen.

Kapitel 1: Der Draft Common Frame of Reference

Der *Draft Common Frame of Reference* sollte nach der ursprünglichen Vorstellung der Europäischen Kommission als Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen dienen, auf den die Organe der Europäischen Union (EU) und gegebenenfalls die Mitgliedstaaten der EU als Modell für ein europäisches Vertragsrecht Bezug nehmen könnten, um eine bessere Kohärenz des Unionsrechts und eine graduelle Angleichung des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten zu erreichen.¹⁰ Wenngleich mittlerweile feststeht, dass der DCFR nicht in seinem vollen Umfang, der fast alle Bereiche des Zivilrechts abdeckt, in einen rechtlich verbindlichen Referenzrahmen überführt werden wird, so hat der DCFR dennoch teilweise seinen ihm zugedachten Zweck erreicht. Denn die Urheber des DCFR haben von Beginn an Wert darauf gelegt, ihn als eigenständiges, vom Schicksal eines unionspolitisch motivierten Referenzrahmens unabhängiges wissenschaftliches Werk wahrgenommen zu wissen, das ein Bewusstsein für die Existenz des Europäischen Privatrechts schaffen sowie Wissen über das Privatrecht der Mitgliedstaaten vermitteln und deren gemeinsame Basis aufzeigen sollte.¹¹ Gerade im Bereich des Vertragsrechts ist dies gelungen, wie u.a. die Tatsache zeigt, dass der Entwurf des CESL auf den kaufrechtlichen Regelungen des DCFR beruht und viele dieser Regelungen, teilweise mit Anpassungen, in den viel diskutierten Verordnungsvorschlag eingeflossen sind.

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Analyse eines anderen Teils des Vertragsrechts, der des Mobiliarmietrechts. Um die im DCFR für das Mobiliarmietrecht niedergelegten gemeinsamen Regelungen untersuchen und bewerten zu können, muss der DCFR zunächst in einem größeren Kontext betrachtet werden. Denn erst die Kenntnis seines Hintergrundes, seiner Entwicklung und insbesondere seiner Zielsetzung erlaubt es, die Regelungen vollständig zu erfassen und schließlich zum Gegenstand einer komparativen Analyse zu machen. Kapitel 1 behandelt daher die dogmatische Verortung des DCFR, seine Entstehungsgeschichte, die Entwicklung

10 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., Rn. 59–60 (S. 19).

11 DCFR Full Edition I, Intr. 7 (S. 4).

des Mobiliarmietrechts im europäischen Kontext und die Einbettung dieses Rechtsgebiets in den DCFR.

§ 1 Dogmatische Einordnung

Einschlägige Abhandlungen weisen den DCFR meist ohne nähere Erläuterung dem Bereich des europäischen Privatrechts zu.¹² Die dogmatische Verortung des DCFR hängt jedoch maßgeblich davon ab, wie dieser Terminus verstanden wird. Das Gebiet des europäischen Privatrechts hat sich mittlerweile zu einer eigenen rechtswissenschaftlichen Disziplin entwickelt – dies belegt nicht zuletzt die Existenz von Lehrbüchern dieses Titels,¹³ von eigens als solchen ausgewiesenen Lehrstühlen und diesem Bereich gewidmeten Zeitschriften.¹⁴ Umso merkwürdiger mutet es daher an, dass über die Bedeutung des Begriffs in der Wissenschaft noch immer Uneinigkeit herrscht.

I. Rechtshistorisches Verständnis des Begriffs

Der Begriff „europäisches Privatrecht“ wurde zunächst im rechtshistorischen Kontext verwendet und ist primär durch *Coing* geprägt. Er hebt hierbei auf die gemeinsamen Rechtsgedanken des kontinentalen Europas ab, wie sie sich durch das *Ius Commune*, seinerseits basierend auf dem *Corpus Iuris Civilis* und dem *Corpus Iuris Canonici*, herausgebildet haben.¹⁵ Da diese Begriffsdefinition jedoch zeitlich nur die gemeinsamen historischen Wurzeln der europäischen Privatrechtsordnungen bis zur Entstehung der modernen Nationalstaaten berücksichtigt¹⁶ und somit erhebliche Rechtsentwicklungen nach diesem Zeitpunkt unberücksichtigt bleiben, greift sie für ein modernes Verständnis des europäischen Privatrechts zu kurz.

II. Rechtspositivistisches Verständnis des Begriffs

Heute wird das europäische Privatrecht von einigen Stimmen als der privatrechtliche Normbestand der Europäischen Union begriffen.¹⁷ Dieses engere, rechtspositivistische Verständnis betrifft also ausschließlich den privatrechtlichen *Acquis Communautaire* der europäischen Union, sodass man auch von einem „Unionspri-

12 So zum Beispiel *Doralt*, *RabelsZ* 75 (2011), 260 (261 f.) oder *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, *JZ* 2008, 529 (529 f.).

13 Beispielweise *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht; *Langenbucher* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht.

14 Prominentestes Beispiel ist wohl die von *Basedow*, *Kieninger*, *Schulze*, *Wagner*, *Zimmermann* und *Weller* herausgegebene Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP).

15 So im Vorwort bei *Coing*, Europäisches Privatrecht I sowie *Coing*, *RabelsZ* 32 (1968), 1 (2). *Coing* versteht es als Aufgabe der Rechtsvergleichung, auf Basis dieses europäischen Privatrechts eine „ratio scripta“ wiederzufinden, „welche die Juristen ebenso verbindet wie einst das ius commune“, ebd., S. 21.

16 *Coing*, *RabelsZ* 32 (1968), 1 (6).

17 Siehe *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 31; *Grundmann*, JuS 2001, 946.

vatrecht“¹⁸ sprechen könnte. Dieses Konzept besticht zwar durch seine Klarheit und steht im Einklang mit dem kontemporären Rechtsbegriff, der Recht als die Summe der in einer Gesellschaft geltenden Rechtsnormen umschreibt.¹⁹ Es lässt jedoch außer Acht, dass die alleinige Untersuchung des *Aquis* aufgrund seiner fragmentarischen Struktur²⁰ nur ein unvollständiges Bild des in Europa geltenden Privatrechts liefern kann.²¹ Dementsprechend reicht das tatsächliche Betätigungs-feld der europäischen Privatrechtswissenschaft auch bereits über diesen Rahmen hinaus.²²

III. Rechtsvergleichendes Verständnis des Begriffs

Der rechtsvergleichende Ansatz²³ interpretiert den Begriff des europäischen Privatrechts weiter als beide vorgenannten Modelle: Neben dem Unionsprivatrecht stellt er zudem auf die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsamen Regeln und Grundsätze ab, erfasst also auch die sie verbindenden dogmatischen Strukturen,²⁴ ohne sich jedoch auf die aus dem *Ius Commune* gewachsenen gemeinsamen Wurzeln zu beschränken.²⁵ Die definitorische Einbeziehung von juristischen Lehrsätzen, d.h. von reinen Wissenselementen, in den Rechtsbegriff mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Die vergleichsweise Betrachtung der juristischen Arbeitsweise im nationalen Regelungsumfeld zeigt jedoch, dass normative Kriterien, dogmatische Begrifflichkeiten und insbesondere das *Telos* einer Regelung in nahezu jeder Rechtsordnung eine tragende Rolle spielen. Ein diese gedankliche Ordnung umfassendes Verständnis von Recht liegt auch deutschen Juristen also grundsätzlich nicht fern.²⁶

18 So der Vorschlag von *Remien*, EuR 2005, 699 (701).

19 *Jansen*, JZ 2006, 536 (751).

20 Diese Struktur ist auf die bruchstückhafte Harmonisierung durch Einzelregelungen des europäischen Gesetzgebers zurückzuführen und wird seit *Kötz* (*Kötz*, in: *Bernstein* (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum siebzigsten Geburtstag, S. 481 (483, 487)) vielerseits unter dem Schlagwort des „Pointillismus“ beklagt.

21 *Schulze*, ERPL 2005, 3 (15, 18).

22 *Jansen*, ZEuP 2005, 750 (751 f.).

23 Wegbereitend *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, S. V–VI; *Lando* (Hrsg.), Principles of European contract law. Diesem Ansatz ebenso folgend *Remien*, ZVglRWiss 87 (1988), 105 (106 ff.).

24 *Jansen*, JZ 2006, 536 (538).

25 Zum Restatement-Ansatz *Lando*, The American Journal of Comparative Law 1983, 653 (656 f.).

26 *Jansen* zieht hier den treffenden Vergleich zwischen der juristischen Dogmatik und der Grammatik, die in ihrer verbindenden, übergeordneten Funktion das Behandelte erst als komplexes Ganzes erscheinen lässt, *Jansen*, ZEuP 2005, 750 (757).

IV. Integratives Verständnis des Begriffs

Vorherrschend ist heute ein weites, integratives Begriffsverständnis des europäischen Privatrechts.²⁷ Als Quellen des europäischen Privatrechts dienen hiernach unter anderem der *Acquis Communautaire*, die rechtshistorisch und durch Rechtsvergleichung ermittelten gemeinsamen Prinzipien der europäischen nationalen Rechtsordnungen und der gemeinsame Bestand des internationalen Einheitsrechts. Einzelne sprechen sich sogar dafür aus, dem europäischen Privatrecht neben den gemeinsamen Grundregeln die gesamten nationalen Privatrechtsordnungen zuzuschlagen.²⁸ Auch in räumlicher Hinsicht werden die Grenzen des europäischen Privatrechts eher weiter gezogen, indem es nicht nur das Gebiet der Europäischen Union, sondern vielmehr den gesamten europäischen Kulturrbaum betreffen soll.²⁹

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass zwar mit der über die Zeit hin fortschreitenden Entwicklung des Privatrechts auf europäischer Ebene in gewisser Weise auch ein Anschauungswandel hin zu einem umfassenderen Begriffsverständnis zu beobachten ist. Legt man dieses zugrunde, ist der DCFR eine Rechtserkenntnisquelle (und in begrenztem Umfang eine Rechtsgewinnungsquelle),³⁰ nicht aber eine Rechtsquelle des europäischen Privatrechts. Rechtsquellen des europäischen Privatrechts sind, wie beschrieben, die gemeinsamen Prinzipien der europäischen Rechtsordnungen sowie der *Acquis*. Da der DCFR in seiner inhaltlichen Ausgestaltung jedoch über den *Acquis* hinausgeht und sich nicht darauf beschränkt, gemeinsame Grundprinzipien, gewissermaßen einen Minimalkonsens der europäischen Rechtsordnungen abzubilden, sondern seine Verfasser in vielen Bereichen „autonome“ Lösungen entwickelt haben, kann er nicht als Rechtsquelle des europäischen Privatrechts gelten. Seine Funktion als Rechtserkenntnisquelle folgt daraus, dass er in weiten Teilen rechtsvergleichend gewonnene, gemeinsame und rechtsordnungsübergreifende Grundprinzipien enthält,³¹ wie sie schon in den

27 So schon früh Basedow/Blaurock/Flessner, et al., ZEuP 1993, 1 und Schulze, Europäisches Privatrecht, S. 15 ff. (bereits seit der ersten Auflage 1999) sowie Gebauer, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, S. 59–60. Eine Tendenz in Richtung des integrativen Ansatzes ist besonders im neueren Schrifttum spürbar, Basedow, JuS 2004, 89 (89); Martens, EuZW 2010, 527; Metzger, Extra legem, intra ius, S. 114.

28 Metzger, Extra legem, intra ius, S. 112–113, der zur gedanklichen Strukturierung dieses komplexen Systems das der Politikwissenschaft entlehnte Modell des Mehrebenensystems heranzieht; näher ebd., S. 115 ff. sowie Joerges, European Law Journal 1997, 378 (386 ff.).

29 So Basedow/Blaurock/Flessner, et al., ZEuP 1993, 1 (3).

30 Pfeiffer, ZEuP 2008, 679 (704); Riesenhuber, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 174 (204–205); näher zu diesen Begriffen Canaris, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, S. 5 (16 ff.).

31 DCFR Outline Edition, S. 10 ff.

Principles of European Contract Law (PECL)³² zusammengestellt wurden, sowie aus der potentiellen Relevanz dieser Prinzipien für die Auslegung und Fortentwicklung nationalen Rechts.³³

32 Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II und Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III.

33 Pfeiffer, ZEuP 2008, 679 (704).

§ 2 Entstehung und weitere Verwendung des *Draft Common Frame of Reference*

Will man die Entstehung des DCFR nachvollziehen, so muss man bereits vor der Initiative der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001³⁴ ansetzen, die dem Projekt schließlich auf europapolitischer Ebene Geltung verschaffte. Denn der DCFR steht in der langjährigen Tradition der Bemühung um Rechtsvereinheitlichung in Europa, ist daher im Kontext seiner akademischen Vorläufer zu sehen und wurde von diesen teilweise auch inhaltlich beeinflusst.

Im Folgenden wird daher zunächst der Hintergrund der wissenschaftlichen sowie politischen Vereinheitlichungsvorhaben skizziert. Sodann folgt ein Abriss der Entwicklung des DCFR, dargestellt anhand der von der Kommission ursprünglich vorgesehenen Unterteilung in die folgenden drei Phasen:³⁵

- die Initiativphase, in der sich die Kommission entschloss, weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des europäischen Vertragsrechts vorzunehmen; eine hiervon die Erstellung eines gemeinsamen Referenzrahmens;
- die Vorbereitungsphase als die Etappe der Anfertigung eines wissenschaftlichen Entwurfs des Referenzrahmens;
- die Ausarbeitungsphase, die schließlich der Überprüfung des DCFR, der öffentlichen Konsultation³⁶ sowie der Auswahl und gegebenenfalls der Anpassung der für einen *Common Frame of Reference* zu verwendenden Teile des Entwurfs dienen sollte, aber die sodann in einer „kleinen Lösung“, einem Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht³⁷ (CESL (VO)) mündete, der bedauerlicherweise mittlerweile am Widerstand des Europäischen Rates scheiterte.

I. Vereinheitlichungsbestrebungen im Privatrecht

Der DCFR reiht sich ein in die bereits bis zum Ende des 19. Jahrhunderts zurückreichenden Bemühungen um europäische Rechtsvereinheitlichung,³⁸ d.h. um die Schaffung von Recht auf rechtsvergleichender Grundlage mit dem Ziel, vereinheit-

³⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg.

³⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., S. 10 ff.

³⁶ Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg., S. 4 f.

³⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.

³⁸ Zweiert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 25.

lichtes Recht an die Stelle unterschiedlichen Rechts treten zu lassen.³⁹ Wie aber werden diese Vereinheitlichungsbemühungen gerechtfertigt?

Für Europa, so könnte man argumentieren, würden diese Bemühungen vor dem Hintergrund des *Ius Commune* lediglich eine „Wiederbewußtmachung von etwas zeitweilig Vergessenem“⁴⁰ bedeuten, ein geradezu selbsterklärendes Aufschließen des Rechtsdenkens zu Wirtschaft und Politik, für die das Einnehmen einer europäischen Perspektive mittlerweile eine Selbstverständlichkeit sei.⁴¹ Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass sich das kulturelle und rechtliche Klima seit den Zeiten des *Ius Commune* stark gewandelt hat. Dieses durch die gemeinsame lateinische Rechtssprache und einheitlich gewachsene Rechtskultur geprägte Klima existiert heute in dieser Form nicht mehr.⁴² Das Argument der gemeinsamen Identität kann also zumindest für sich gesehen nicht tragen. Eine Legitimation erhalten die Vereinheitlichungsbestrebungen heute erst unter Berücksichtigung auch wirtschaftlicher Ziele wie das der Verwirklichung des Binnenmarktes gem. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 26 Abs. 1 und 2, 114 AEUV durch eine Erleichterung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs. Denn der durch Einheitsrecht ermöglichte Verzicht auf die Anwendung des internationalen Privatrechts sowie ausländischen Sachrechts kann die spezifischen Rechtsrisiken des grenzüberschreitenden Handels mindern und somit zur Rechtssicherheit beitragen, ein Zusammenhang, der bereits früh betont wurde⁴³ und mit Fortschreiten der europäischen Integration zusehends an Bedeutung gewinnt.⁴⁴ Das Streben nach Rechtsvereinheitlichung liegt also in verschiedenen Aspekten begründet.

Zudem lassen sich unterschiedliche Entwicklungslinien der europäischen Rechtsvereinheitlichung ausmachen. Einerseits erwuchs seitens der Rechtswissenschaft ein seit den 1980er Jahren immer stärker werdendes Interesse an einer europäischen Rechtsvereinheitlichung, andererseits stieg die Zahl der durch die Organe der europäischen Union in vereinzelten Bereichen des Privatrechts erlassenen harmonisierenden Rechtsakte. Durch das steigende politische Interesse an der

39 So die Definition in *Zweigert*, Sources of International Uniform Law, S. XXVIII.

40 *Kötz* Europäisches Vertragsrecht I, S. V.

41 Ebd.

42 So auch *Smits*, in: *Örüü* (Hrsg.), Comparative law, S. 219 (219, 223).

43 *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 24 und *Alpa/Andenas*, Grundlagen des Europäischen Privatrechts, S. 208–211 erblicken mangels gesicherter gemeinsamer Wurzeln in den wirtschaftlichen Vorteilen sogar die alleinige Rechtfertigung für eine Vertragsrechtsvereinheitlichung.

44 *Tilmann*, ZEuP 1993, 612 (614, lit. E); Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg., S. 2, 10; Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., S. 6, 11.

Weiterentwicklung des europäischen Privatrechts von Seiten der Europäischen Union flossen diese Strömungen schließlich im Projekt des DCFR zusammen.

1. Akademische Projekte der europäischen Rechtsvereinheitlichung

Um Aufschluss über die dem DCFR zugrundeliegende Methodik zu erhalten, lohnt es sich, die Ziele und Arbeitsweisen seiner wichtigsten akademischen Vorläufer zumindest umrisshaft in den Blick zu nehmen, da viele von diesen auch an der Erstellung des DCFR beteiligt waren und diesen teilweise inhaltlich stark beeinflussten. Die nachfolgende Auswahl beschränkt sich auf die Gruppen, die ihre Arbeit hauptsächlich dem Vertragsrecht gewidmet haben.⁴⁵ Zum Zwecke der Einordnung und Gegenüberstellung der Ansätze bietet sich die von *Wurmnest* vorgeschlagene Klassifizierung der Wissenschaftlergruppen nach ihren Primärzielen an.⁴⁶ So lassen sich vier Kategorien ausmachen.

a) Common Core Ansatz

Der deskriptive Ansatz⁴⁷ ist bemüht, einen den nationalen Privatrechten „gemeinsamen Kern“⁴⁸ von Rechtssätzen herauszuarbeiten, wobei er sich auf eine Kartographie des bereits Bestehenden beschränkt, nicht hingegen neue Rechtsregeln zu schaffen beabsichtigt. Diesem folgt beispielsweise das von *Mattei* und *Bussani* 1993 in Trient ins Leben gerufene Projekt *Common Core of European Private Law*.⁴⁹ Die sogenannte „Trento-“ oder „Common Core Gruppe“⁵⁰ setzt sich mit dem Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union auseinander, wobei die Arbeitsgruppen der jeweiligen Jurisdiktionen anhand der Bearbeitung fallorientierter Fragebögen die nationalen Lösungen und dogmatischen Zusammenhänge aufzeigen, die sodann in einer vergleichenden Analyse gegenübergestellt und dokumentiert werden.⁵¹ Die Forschungsergebnisse lassen sich in einer Reihe von Publikationen nachvollziehen.⁵² Ihren Beitrag zum aktuellen Ge-

45 Für weitere Bereiche sind insbesondere zu nennen: die *International Working Group on European Trust Law* der Universität Nimwegen, die *European Group on Tort Law* in Wien und die an die Universität Utrecht angebundene *Commission on European Family Law*.

46 *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714.

47 So die Bezeichnung von *Metzger*, *Extra legem, intra ius*, S. 245.

48 Ebd.

49 *Bussani/Mattei*, Columb.J.Europ.Law 1997, 339 (340). Für weiterführende Informationen siehe auch <http://common-core.org> (Stand: 08.01.2018).

50 Seit 2007 ist das Projekt an das International University College nach Turin umgezogen, wo auch ihre jährlichen Treffen stattfinden.

51 *Antonioli/Fiorentini*, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, S. 1 (40–41).

52 Das Vertragsrecht betreffend seien beispielhaft das erste Werk *Zimmermann/Whittaker* (Hrsg.) *The Common Core of European Private Law*, *Good Faith in European Contract Law* und in neuerer Zeit *Cartwright/Hesselink* (Hrsg.) *The Common Core of European Private Law*,

schehen sieht die Gruppe darin, durch die Analyse der bestehenden, komplexen Rechtslage in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen die Grundlage für die Entscheidung über die Notwendigkeit der Kodifikation des europäischen Privatrechts zu legen.⁵³ Im Ausarbeitungs- und Evaluationsprozess des DCFR wurde der Gruppe zudem von der Kommission eine eigene Rolle zugeschrieben: Als Mitglied des *CoPECL Networks*⁵⁴ oblag der *Common Core*-Gruppe die Bewertung der von anderen Mitgliedern des Netzwerks entworfenen Teile des DCFR mittels der *Common Core*-Methode.⁵⁵

b) Restatement Ansatz

Die zweite Kategorie von rechtsvergleichenden Projekten verfolgt die Zusammenstellung gemeinsamer funktionaler Grundregeln des europäischen Privatrechts durch Rechtsvergleichung. Im Unterschied zum vorgenannten Ansatz begnügt sich diese Forschungstätigkeit jedoch nicht mit der Konstatierung von Divergenzen, sondern setzt an diesem Punkt erst an und formuliert neue Prinzipien, die in dieser Form meist keiner der Vergleichsrechtsordnungen zu entnehmen sind. Sie beabsichtigt, auf diese Weise einen Beitrag zur nicht-legislatorischen Rechtsvereinheitlichung zu leisten.

Nach diesem von den US-amerikanischen *Restatements of the Law*⁵⁶ inspirierten System erarbeitete die 1980 auf Initiative von *Lando* ins Leben gerufene *Commission on European Contract Law* (*Lando*-Kommission) die *Principles of European Contract Law* (PECL).⁵⁷ Neben dem Primärziel, als Basis eines europäischen Vertragsgesetzbuchs zu dienen, sollten die *Principles* zu weiteren Zwecken einsetzbar sein, z.B. als Interpretationshilfe bei der Anwendung bereits bestehenden harmonisierten Rechts, als

Precontractual Liability in European Private Law genannt. Eine vollständige Liste der Publikationen ist unter <http://common-core.org/node/33> (Stand: 08.01.2018) zu finden.

- 53 *Antonioli/Fiorentini*, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 1 (39–40); So auch die eigene Darstellung unter <http://common-core.org/node/9> (Stand: 08.01.2018).
- 54 Das Joint Network on European Private Law wurde infolge der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg. im Mai 2005 als „Network of Excellence“ des Sechsten Europäischen Forschungsrahmenprogramms gegründet. Näheres unter http://cordis.europa.eu/project/rcn/75707_en.html (Stand: 08.01.2018).
- 55 Die Resultate liegen mit *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference vor.
- 56 Diese seit 1923 in mittlerweile vier Serien durch das *American Law Institute* herausgegebenen Abhandlungen stellen die dem *case law* der einzelnen Bundesstaaten gemeinsamen Prinzipien dar, siehe beispielsweise *American Law Institute* (Hrsg.), Restatements (Second) of Contract.
- 57 *Lando*, *RabelsZ* 56 (1992), 261 (267).

Leitfaden für nationale Gesetzgeber bei Reformen im Bereich des Vertragsrechts oder als von Vertragsparteien wahlweise anwendbare Rechtsgrundsätze.⁵⁸ Mit der Veröffentlichung des letzten Teils der PECL⁵⁹ löste sich das älteste Netzwerk zur Harmonisierung des Privatrechts im Jahre 2001 formal auf.⁶⁰ Im Hinblick auf den DCFR kommt der Gruppierung jedoch noch heute herausragende Bedeutung zu, da die Struktur der *Principles* schon in dessen Planungsstadium vorbildhaft Berücksichtigung fand⁶¹ und der DCFR inhaltlich in seiner endgültigen Form sogar zu einem nicht zu vernachlässigenden Teil auf den PECL beruht.⁶²

Auch das folgende Projekt der Rechtsvereinheitlichung darf, obwohl es nicht spezifisch europäisch ausgerichtet ist und sein Fokus im Handelsvertragsrecht liegt, aufgrund seines Erfolges und seiner Auswirkungen auf das europäische Privatrecht in der vorliegenden Zusammenstellung nicht fehlen: Zeitlich parallel zur *Lando*-Kommission setzte das Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT), das 1926 als Hilfsorgan des Völkerbundes ins Leben gerufen und 1940 als unabhängige intergouvernementale Organisation neu gegründet worden war,⁶³ eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Rechts der internationalen Handelsverträge ein. Auch sie arbeitete nach der gleichen Methode wie die *Commission on European Contract Law*⁶⁴ und hat mit den *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* (PICC)⁶⁵ ein den PECL in Form und Inhalt sehr ähnliches Regelwerk geschaffen.⁶⁶

58 *Lando*, RabelsZ 56 (1992), 261 (264–266); siehe auch Art. 1:101 PECL, *Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, S. 2.

59 *Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II und *Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III.

60 *Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III, S. XII.

61 *Leible*, NJW 2008, 2558 (2559).

62 DCFR Full Edition I, Intr. 1 (S. 1).

63 Die in Rom ansässige Organisation zur Förderung der internationalen Vereinheitlichung des Zivilrechts hat derzeit 63 Mitgliedstaaten, hierunter alle EU-Mitgliedstaaten. Weitere Informationen zu UNIDROIT unter <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (Stand: 08.01.2018).

64 *Metzger*, Extra legem, intra ius, 245 f.; Näheres zur Methode der Arbeitsgruppe *Bonell*, der Koordinator der Gruppe, in *Bonell*, An international restatement of contract law, S. 27 ff.

65 *International Institute for the Unification of Private Law*, Principles of International Commercial Contracts, sowie die erweiterte Version *International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, auch online unter <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> (Stand: 08.01.2018) verfügbar. Beachte die deutsche Übersetzung von *Schlechtriem/Zimmermann/Kleinbeisterkamp* auf der Grundlage von *Drobzig/Häusler* in *Schlechtriem/Zimmermann/Kleinbeisterkamp*, ZEuP 2005, 470.

66 *Zimmermann*, ZEuP 2005, 264 (266 ff.).

Als einer der „echten Erfolgsstories“⁶⁷ der Privatrechtsvereinheitlichung kommt den PICC besondere Bedeutung auch für die Entwicklung des europäischen Privatrechts zu.

Nach dem Restatement-Prinzip arbeiten schließlich auch die *Société de Législation Comparée* und die *Association Henri Capitant* (bereits 1869 bzw. 1953 in Paris gegründet), deren *Principes Directeurs du Droit Européen du Contrat* als Basis für die dem DCFR vorangestellten „Principles“ dienten, sowie die *Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law*. Diese wurde 1999 in Innsbruck ins Leben gerufen und entwarf im Rahmen der Erstellung des DCFR einen versicherungsrechtlichen Teil.

c) Kodifikatorischer Ansatz

Ein dritter Ansatz hebt sich von den beiden vorgenannten besonders dadurch ab, dass er über die Erarbeitung von Grundregeln hinausgehend einen umfassenden Entwurf für spätere Kodifikationsvorhaben liefern will. Hierdurch soll ein hoher Vereinheitlichungsgrad erreicht werden,⁶⁸ eine Absicht, die vor allem die Projekte der *Study Group on a European Civil Code* und der *Académie des Privatistes Européens* prägt.

Im Jahr 1998 von ehemaligen Mitgliedern der *Lando*-Kommission gegründet und noch häufig aus Mitgliedern der dritten *Lando*-Kommission bestehend, sieht sich die *Study Group* in der Tradition der *Commission on European Contract Law* und setzt deren methodischen Ansatz fort – mit dem Unterschied, dass ihr Ziel der Entwurf eines „European Civil Code“ ist.⁶⁹ Die in Organen und Arbeitsgruppen strukturierte Gruppe befasst sich mit dem Vermögensrecht, wobei ihr Sujet insbesondere das Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht bildet. Seit Mitte 2002 erarbeiteten einzelne Arbeitsgruppen detaillierte Vorentwürfe der jeweils behandelten Materie, die sog. PEL-Serie.⁷⁰ Auf die Rolle der *Study Group* im Rahmen der Erstellung des DCFR wird unter III. eingegangen.

67 So Kronke, JZ 2001, 1149 (1150).

68 Riedl, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, S. 231 f.

69 Von Bar, in: Gottwald (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, S. 1 (4, 6 ff.). Auch nachdem die Forschungstätigkeit der zunächst „privat“ agierende Gruppe durch die EU Kommission finanziert wurde, änderten sich diese Ausrichtung und die Arbeitsmethoden nicht, Antonioli/Fiorentini, in: Antonioli/Fiorentini (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 1 (23, 25).

70 Diese *Principles of European Law* wurden in elf Einzelbänden zu den Themen „Benevolent Intervention in Another's Affairs“, „Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts“, „Service Contracts“, „Personal Security“, „Lease of Goods“, „Sales“, „Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another“, „Unjustified Enrichment“, „Acquisition and Loss of Ownership of Goods“, „Mandate Contracts“ und „Proprietary Security in Movable Assets“ zwischen 2011 und 2014 im Verlag Sellier veröffentlicht.

Diese Ausrichtung auf eine zukünftige Kodifikation zeigt sich noch ausgeprägter beim Vorhaben der 1992 initiierten *Académie des Privatistes Européens* (nach ihrem Gründer *Giuseppe Gandolfi* oft als *Gandolfi-Gruppe* oder nach ihrem Gründungsort auch als *Pavia-Gruppe* bezeichnet), die sogar die Formulierung des zukünftigen Textes selbst für sich in Anspruch nahmen.⁷¹ Zur effektiven Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union sei es nötig, dass die entworfenen Regelungen nicht „Prinzipien“, sondern vielmehr „Lösungen“ enthielten, die das Rechtsgebiet so vollständig wie möglich erfassten.⁷² Als Arbeitsgrundlage dieser Regelungen diente nicht die Gesamtheit der europäischen Rechtsordnungen, sondern es wurden lediglich das IV. Buch des italienischen *Codice Civile* sowie ein von der *English Law Commission* 1972 erarbeiteter, nie verabschiedeter *Contract Code*⁷³ herangezogen. Mit der Vorlage des mehrteiligen Vertragsrechtsgesetzes⁷⁴ erachtet die *Gandolfi-Gruppe* ihr Projekt als grundsätzlich abgeschlossen.⁷⁵ Dass dieses im aktuellen internationalen Diskurs lediglich eine Nebenrolle spielt,⁷⁶ mag unter anderem der fehlenden Berücksichtigung weiterer europäischer Rechtsordnungen sowie der zu einseitig auf die Person *Gandolfis* ausgerichteten Entscheidungsstruktur⁷⁷ geschuldet sein.

d) Derivativer Ansatz

Als vierte methodische Kategorie kann der umgekehrte Weg angeführt werden, der nicht die nationalen Rechtsordnungen, sondern das Gemeinschaftsprivatrecht als Quelle des europäischen Privatrechts betrachtet und hieraus bzw. in Kombination mit den nationalen Rechtsordnungen dessen Grundsätze ableitet.

Auf diese Weise versuchte zum Beispiel das Netzwerk *Common Principles of European Private Law*⁷⁸ von November 1997 bis Mai 2001 zur Annäherung der verschiedenen europäischen Jurisdiktionen beizutragen. Diese sollte nicht durch legislatorische Harmonisierung, sondern mithilfe der Entwicklung einer gemeinsamen Literatur für Rechtsprechung und Praxis bewirkt werden, indem es dazu beitragen sollte, die

71 *Gandolfi*, ZEuP 2002, 1 (1); *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, S. 231.

72 *Gandolfi*, ZEuP 2002, 1 (1 f.).

73 *McGregor*, Contract Code.

74 *Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre premier; *Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre deuxième I; *Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre deuxième II. Beachte die deutsche Übersetzung des Entwurfs des Europäischen Vertragsgesetzbuchs unter http://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-tedesco_.pdf (Stand: 08.01.2018).

75 *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, S. 196.

76 So *Zimmermann*, EuZW 2009, 319 (319).

77 Siehe *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714 (736 m.w.N.).

78 Internetauftritt des Netzwerks unter <http://www.uni-muenster.de/Rektorat/Forschungsberichte-1999-2000/fo03cb03.htm> (Stand: 08.01.2018).

intellektuelle Fragmentierung des europäischen Privatrechts auf ein Minimum zu reduzieren.⁷⁹ Das einer Kooperation verschiedener europäischer Universitäten entsprungene Netzwerk hat eine Reihe von Veröffentlichungen vorzuweisen, mitunter auch auf dem Gebiet des Vertragsrechts.⁸⁰

Ebenso wie dieses Netzwerk beruhte auch die Arbeit seines 2002 gegründeten Nachfolgers,⁸¹ der *European Research Group on Existing EC Private Law* (kurz *Acquis Group*), auf der Überlegung, dass ein vollständiges Bild des Europäischen Privatrechts nur zu zeichnen sei, wenn man auch den – in den PECL leider übergegangenen – *Acquis Communautaire* hierbei mit einbeziehe.⁸² Die *Acquis Group* versucht daher primär, den *Acquis Communautaire* – hauptsächlich im Bereich des Vertragsrechts – systematisch darzustellen und dessen Erschließung zu erleichtern. Darüber hinaus versucht sie, in „vorsichtigen Generalisierungen“⁸³ Prinzipien zu formulieren, die das Gemeinschaftsrecht leiten.⁸⁴ Die Forschungsergebnisse liegen in Form der *Acquis Principles*⁸⁵ (ACQP) vor. Das ursprünglich eigenständige akademische Projekt⁸⁶ beschloss im Mai 2005, sich als Gründungsmitglied des CoPECL Netzwerks in den Dienst des DCFR zu stellen (hierzu näher unter III.), und konnte mit ihren *Principles* zu dessen Entstehung rund 10 Prozent der Vorschriften des Gesamtwerks, wenn auch oft in leicht abgewandelter Form, beisteuern.⁸⁷ Interessanterweise dienten auch einige Regelungen des werden DCFR zur Ergänzung der *Acquis Principles*: An den Stellen, an denen eine zu geringe Regelungsdichte des existierenden Europarechts eine Aufstellung von Prinzipien nicht erlaubte, wurden

79 Schulze, in: Schulze (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (14).

80 Siehe die in die Forschungsschwerpunkte eingeteilten Studien in Schulze (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts sowie eine Übersicht über weitere Veröffentlichungen unter der in Fn. 78 genannten Internetadresse.

81 Schulte-Nölke, Juridica International 2008, 27 (28), dort Fn. 6.

82 Schulze, in: Schulze (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (12).

83 Schulte-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 47 (48 f.).

84 Ebd.

85 *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms and *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services.

86 Schulte-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 47 (47–48).

87 Ebd., S. 23, 30 f.

dem DCFR-Vorentwurf zu diesem Zwecke Einzelregelungen, gekennzeichnet als sogenannte ‚grey rules‘, entlehnt.⁸⁸

e) Zwischenergebnis

Die vergleichende Zusammenstellung der rechtsvereinheitlichend tätigen akademischen Projekte ist also in mehrreli Hinsicht aufschlussreich: Zum einen lässt sich feststellen, dass nahezu alle vorgestellten Gruppen methodisch rechtsvergleichend vorgehen, d.h. Gemeinsamkeiten der Rechtsordnungen in das jeweilige vereinheitlichte Regelwerk übernahmen und bei nationaler Divergenz die beste Lösung oder eine neue, aufgrund des Vergleichs als praktikabelste ermittelte, aufnahmen.⁸⁹ Eine Ausnahme bildete die *Acquis Group*, die ihre *Principles* allerdings nicht als vollständiges, unmittelbar operables Regelwerk betrachtete, sondern ihnen nur eine Hilfs- oder Erschließungsfunktion zuschrieb, sodass die *Principles* ergänzend neben die rechtskomparativ erlangten Ergebnisse treten sollten.⁹⁰ Diese Einhelligkeit bezüglich der Grundherangehensweise illustriert erneut die nicht zu unterschätzende „Wirkmacht der akademischen Rechtsvergleichung als Impulsgeber und Schrittmacher der internationalen Rechtssetzung“⁹¹. Zum anderen zeigt sich, dass der DCFR nicht losgelöst von den vorgestellten Forschungsprojekten betrachtet werden kann, da es sich um ihn inspirierende oder ihm sogar zugrundeliegende Vorarbeiten bzw. Alternativentwürfe handelt. Darüber hinaus haben diese akademischen Texte mit Fertigstellung des DCFR keineswegs an Bedeutung verloren – sie bleiben als Reglungsentwürfe von Teilbereichen des europäischen Privatrechts und als Erkenntnisquellen im weiteren Europäisierungsprozess unverändert relevant.⁹²

2. Politische Impulse der Europäischen Union

Der politische Impetus zur Harmonisierung des materiellen Privatrechts ging erstmals vom Europäischen Parlament aus, das in seiner Entschließung am 26. Mai 1989 vorschlug, mit den Vorarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuchs für das Privatrecht zu beginnen. Begründet wurde dieser Schritt mit den Erfordernissen des gemeinsamen Binnenmarkts, denen am besten durch die Vereinheitlichung umfassender Bereiche des Privatrechts Rechnung

88 So Dannemann in der Einleitung zu *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, S. XXIX.

89 So beschreiben etwa Zweigerl/Kötz die Funktion der Rechtsvergleichung zur Vorbereitung von Projekten einer übernationalen Rechtsvereinheitlichung, Zweigerl/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 23 f.

90 Vgl. Schulze-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 47 (28, 48 f.).

91 Hau, JZ 2010, 553 (558); vgl. auch Zweigerl/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 23.

92 Vgl. Zimmermann, EuZW 2009, 319 (319, 322).

getragen werden könne.⁹³ Das führte auch zu einer kritischeren Betrachtung der bisherigen europäischen Normsetzung im Bereich des Zivilrechts und zu der Erkenntnis, dass die bisherige Regelungstätigkeit weder in der Auswahl der zu normierenden Materie noch in Regelungsdichte und -qualität einem einheitlichen Konzept folge.⁹⁴

Auch in seinen Entschließungen vom 6. Mai 1994 und vom 9. März 2000 wiederholte das Europäische Parlament seinen Vorschlag mit steigendem Nachdruck und forderte zur Erstellung einer Studie zur Notwendigkeit der Rechtsangleichung im Binnenmarkt auf.⁹⁵ Die Rufe nach baldigem Tätigwerden verhallten zunächst ungehört. Die Kommission setzte nicht wie verlangt einen Sachverständigenausschuss zur Klärung der aufgeworfenen Fragen ein; sie stellte vielmehr die der Lando-Kommission seit Beginn der 80er Jahre gewährte Unterstützungsleistung 1995 aufgrund von finanziellen Defiziten der Gemeinschaft ein.⁹⁶ Auch blieb eine öffentliche Debatte des Themas in Deutschland weitgehend aus: Bei der Mehrheit der Unternehmen und bei Verbrauchern fanden die Entschließungen des Europäischen Parlaments wenig bis keine Beachtung.⁹⁷ In der Wissenschaft stieß der Vorstoß des Europäischen Parlaments zwar teilweise auf positive Resonanz, dies dürfte aber dem bereits geschilderten, schon früher angestoßenen akademischen Entwicklungsprozess des europäischen Privatrechts geschuldet gewesen sein.⁹⁸

Schließlich betonte auch der Europäische Rat 1999 in seinen in Tampere getroffenen Schlussfolgerungen⁹⁹ die Notwendigkeit der Einholung einer Studie zu der Frage, ob es einer Angleichung der materiell zivilrechtlichen Vorschriften zur Be seitigung von Hindernissen für zivilrechtliche Verfahren bedürfe.

II. Konzeption eines *Common Frame of Reference*

In der Folge wurde die weitere Harmonisierung des europäischen Privatrechts insbesondere von der Kommission mithilfe einer Reihe von Mitteilungen zum europäischen Vertragsrecht vorangetrieben. Diese Mitteilungen zeigen, aus welchen

93 Entschl (EP) A2-157/89, ABI 1989 C 158/400.

94 *Tilmann*, ZEuP 1993, 612 (613).

95 Siehe Entschl (EP) A3-0329/94, ABI 1994 C 205/518 und Entschl (EP) B5-0228/2000, ABI 2000 C 377/323, die in Ziffer 24 die Harmonisierung des bürgerlichen Rechts bereits als „unerlässlich“ bezeichnet.

96 *Tilmann*, ZEuP 1995, 534 (541 f.).

97 *Brandt*, Die Chancen für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches, S. 29.

98 Vgl. auch *Tilmann*, ZEuP 1995, 534 (544).

99 Europäischer Rat von Tampere, 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SI (1999), 800 (Ziffer 39).

Überlegungen sich die Idee der Erstellung des DCFR entwickelte und welche Vorgaben seiner inhaltlichen Ausgestaltung zugrunde liegen.

1. Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht

In ihrer Mitteilung vom 11. Juli 2001, welche die Kommission als ersten Schritt zur Umsetzung der Schlussfolgerungen von Tampere sah,¹⁰⁰ erwog sie, neben der bis dahin nur sektorspezifischen und hauptsächlich durch Richtlinienerlass bewirkten Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts weitere Maßnahmen zu ergreifen. Um deren Notwendigkeit festzustellen, sollte eine öffentliche Debatte darüber angeregt werden, ob sich die Unterschiede in den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten nachteilig auf den Binnenmarkt auswirkten.

Das Interesse der Kommission daran, derartige Nachteile aufzudecken, erhellt sich insbesondere, wenn man sich des der Mitteilung vorhergehenden Tabak-Urteils des *EuGH*¹⁰¹ entsinnt: Der *EuGH* hatte dort entschieden, dass die EG von der Rechtssetzungskompetenz des Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten nur bei wirklichen oder zumindest wahrscheinlichen Hindernissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts Gebrauch machen könne, nicht bereits bei abstrakt durch die Unterschiede der nationalen Vorschriften angelegten Beeinträchtigungen. Nicht nur, um die Notwendigkeit neuer Maßnahmen festzustellen, sondern insbesondere, um weiterhin überhaupt harmonisierende Rechtsakte auf Art. 95 EGV stützen zu können, bedurfte die Kommission daher konkreter Anhaltspunkte bezüglich einer Beeinträchtigung des Binnenmarkts.¹⁰²

Die Kommission begnügte sich jedoch nicht mit der Ergründung von Binnenmarkthemmissen, sondern stellte einige mögliche Optionen zu deren Beseitigung vor: die Verbesserung der Funktionsfähigkeit allein in die Hände des Markts zu legen (Option I); durch Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze des Vertragsrechts die Annäherung der nationalen Rechtsordnungen zu fördern (Option II); die Qualität der bestehenden Normen des Gemeinschaftsrechts zu verbessern (Option III) oder neue umfassende Rechtsvorschriften auf EG-Ebene zu erlassen (Option IV).

2. Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht

Am 12. Februar 2003 legte die Kommission dann einen Aktionsplan für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht vor.¹⁰³ Nach der Auswertung der Ergebnisse

100 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg., Rn. 4 (S. 6).

101 *EuGH*, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, Slg. 2000 I-8419 – Bundesrepublik Deutschland/Parlament und Rat.

102 *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917 (918 f.); vgl. auch *Schwintowski*, JZ 2002, 205 (205).

103 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg.

der 2001 eingeleiteten öffentlichen Debatte identifizierte diese zwei Problembereiche, zum einen die mangelnde Kohärenz des Gemeinschaftsrechts und zum anderen die Behinderung grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeiten infolge nationalrechtlicher Divergenzen.

Die Inkohärenz des Gemeinschaftsrechts folgte laut des Aktionsplans nicht allein aus Unstimmigkeiten des EG-Rechts in sich, begründet durch Anwendbarkeit mehrerer sich widersprechender Richtlinien oder die grundlos unterschiedliche Behandlung ähnlicher Sachverhalte. Auch die Umsetzung durch nationale Gesetzgeber erfolge aufgrund der Verwendung nicht (hinreichend) definierter abstrakter Rechtsbegriffe und aufgrund unterschiedlicher nationaler Vorverständnisse in den Richtlinien oft uneinheitlich. Dieser Effekt werde noch verstärkt durch den Grundsatz der Minimalharmonisierung im Verbraucherrecht, der bereits *a priori* erhebliche Abweichungen zulässt.

Auswirkungen auf den Binnenmarkt zeitigten diese Differenzen insofern, als der Handel verschiedenen zwingenden Vorschriften in den Mitgliedstaaten gerecht werden müsse. Dies verursache einen Anstieg der Transaktionskosten durch erhöhte Rechtsberatungs- und Übersetzungskosten, sodass effektiv der grenzübergreifende Handel behindert werde.¹⁰⁴

Als Lösung schlug die Kommission eine Kombination legislatorischer und nicht-legislatorischer Maßnahmen vor, die neben der Fortführung des bisherigen sektor-spezifischen Ansatzes treten sollten. In diesem Rahmen stellte die Kommission zum ersten Mal das Konzept eines „Common Frame of Reference“ (CFR), eines gemeinsamen Referenzrahmens für das europäische Vertragsrecht, in Aussicht.¹⁰⁵

Zum einen sollte ein solcher Text als gemeinsamer Bezugspunkt den Gemeinschaftsorganen helfen, das europäische Vertragsrecht kohärenter auszugestalten. Nach Vorstellung der Kommission sollte der Referenzrahmen auf Basis der gelgenden nationalen Rechtsordnungen und des gemeinschaftlichen Besitzstandes unter der Berücksichtigung der Rechtsprechung nationaler Gerichte sowie der bestehenden Vertragspraxis erstellt werden. Inhaltlich sollte er schwerpunktmäßig das Vertragsrecht, insbesondere die Vertragsarten mit grenzüberschreitender Relevanz, erfassen und allgemeine Bestimmungen zum Abschluss, der Wirksamkeit und der Auslegung von Verträgen sowie Regelungen über Erfüllung, Nichterfüllung, Sicherheiten an beweglichen Sachen und das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung enthalten. Die Erstellung sollte in Kombination der bereits mit diesem Bereich befassten laufenden Forschungsarbeiten mit neuen Projekten und finanziell

104 Zur Frage, ob der gemeinsame Binnenmarkt per se die Kodifikation eines gemeinsamen Rechts erforderlich macht siehe Brandt, Die Chancen für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches, S. 32–34.

105 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., S. 17–21.

durch Förderung im Sechsten EU-Forschungsrahmenprogramm¹⁰⁶ bewerkstelligt werden.

Zum anderen sollte auf Basis des Referenzrahmens die Ergreifung einer weiteren Maßnahme erwogen werden: die Bereitstellung eines inhaltlich auf diesem basierenden optionalen Instruments, das als „besonders gut an grenzüberschreitende Verträge im Binnenmarkt angepasstes modernes Regelwerk“ fungieren könne.¹⁰⁷ Die Idee eines optionalen Instruments des europäischen Vertragsrechts war damit geboren.

3. Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands

In der Mitteilung vom 11. Oktober 2004¹⁰⁸ präzisierte die Kommission unter Berücksichtigung der infolge des Aktionsplans eingegangenen Stellungnahmen die geplanten Anschlussmaßnahmen und legte ein inhaltliches Konzept sowie einen Zeitplan für die Entwicklung des gemeinsamen Referenzrahmens vor. In der sog. Vorbereitungsphase sollten Forscher unter Einbeziehung von Interessengruppen und begleitet durch die Kommission einen Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens erstellen.¹⁰⁹ Inhaltlich sollten diesen Entwurf vor allem Mustervorschriften ausmachen; daneben sollte er gemeinsame vertragsrechtliche Grundsätze und die Definition von Schlüsselbegriffen umfassen. Die sog. Ausarbeitsungsphase sollte schließlich der Überprüfung des DCFR durch die Kommission und der Durchführung eines letzten Konsultationsverfahrens dienen, bevor der DCFR nach dem Plan der Kommission schließlich in seiner finalen Form als CFR im förmlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden würde.

III. Anfertigung des *Draft Common Frame of Reference*

Die Erstellung des Entwurfs für einen *Common Frame of Reference* und damit die beschriebene Vorbereitungsphase begann im Mai 2005 mit der Gründung des *CoPECL-Networks* als „Network of Excellence“ im Rahmen des Sechsten Europäischen Forschungsrahmenprogramms, eines der umfangreichsten Forschungsnetz-

106 Be (EP/Rat) 1513/2002/EG (Sechstes Rahmenprogramm EG für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration), ABI 2002 L 232/1.

107 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., S. 19, 27 f.

108 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg.

109 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., S. 10–12.

werke, die in Europa je ins Leben gerufen wurden.¹¹⁰ Unter der Leitung des deutschen Rechtswissenschaftlers *Schulte-Nölke* übernahm dieses der Kommission gegenüber die Verpflichtung, den Entwurf eines CFR anzufertigen. Die Abfassung der als „Common Principles of European Contract Law“ bezeichneten Vorentwürfe oblag dabei den „Principle Drafting Groups“, d.h. der *Study Group*, der *Acquis Group* und der *Project Group on a Restatement of Insurance Contract Law*, den weiteren am Netzwerk beteiligten „Supportive Groups“, hierunter die *Common Core Gruppe* und die *Association Henri Capitant* zusammen mit der *Société de Législation Comparée*,¹¹¹ kam hingegen unterstützende und evaluierende Funktion zu.

Inhaltlich hatte die Kommission in ihrer Mitteilung vom 11. Oktober 2004 eine strukturelle Dreiteilung des Textes in gemeinsame vertragsrechtliche Grundsätze, die Definition von Schlüsselbegriffen und schließlich Mustervorschriften als Hauptbestandteil des Gemeinsamen Referenzrahmens vorgegeben. Als relevante Basisquellen hierfür sollten der Vergleich nationaler Rechtsordnungen unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und gängiger Rechtspraxis, der Besitzstand der Europäischen Union sowie einschlägige internationale Rechtsinstrumente herangezogen werden.

Der DCFR setzte diese Vorgaben um, indem er dem Haupttext zunächst eine Erläuterung der vier ihm zugrundeliegende Leitprinzipien, nämlich Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit und Effizienz, voranstellte (die sog. „Principles“).¹¹² Wie bereits erwähnt, basierten diese auf den *Principes Directeurs du Droit Européen du Contrat*¹¹³, die von der *Association Henri Capitant* zusammen mit der *Société de Législation Comparée* anhand eines Vergleichs der den PECL und den nationalen Jurisdiktionen zugrundeliegenden Prinzipien erarbeitet wurden. Die geforderte Definition von Schlüsselbegriffen, für deren Formulierung das „Compilation and Redaction Team“ unter *Clive* verantwortlich zeichnete, erfolgte im Annex „Definitions“.¹¹⁴ Die Formulierungen wurden teilweise dem *Acquis* entnommen, hauptsächlich aber aus den Mustervorschriften („Model Rules“) extrahiert.¹¹⁵ Bei der Erarbeitung der *Model Rules* schließlich versuchten die *Principle Drafting Groups*, das von der Kommission als notwendige Voraussetzung für die Kohärenz des europäischen Vertrags-

110 Antonioli/Fiorentini, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 1 (8).

111 Zu weiteren Details siehe bereits I. 1.

112 DCFR Outline Edition, S. 57–99.

113 Die *Principes Directeurs* wurden 2008 als eigenständiges Forschungsprojekt veröffentlicht, *Fauvarque-Cosson/Mazeaud* (Hrsg.) *Association Henri Capitant & Société de législation comparée, European Contract Law*.

114 DCFR Outline Edition, S. 545–570.

115 Ebd., S. 10.

rechts erkannte Zusammenspiel rechtsvergleichender Methodik und des *Acquis*¹¹⁶ umzusetzen: Mit den rechtsvergleichend gewonnenen PECL stand, vor allem im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts, bereits eine Grundlage hierfür zur Verfügung. In den noch nicht von den PECL erfassten Rechtsbereichen, mithin im besonderen Vertragsrecht, entwickelte die *Study Group* unter Fortführung der rechtskomparativen Methodik in Arbeitsgruppen die bereits erwähnte PEL-Serie, die zu wesentlichen Teilen Basis der *Model Rules* wurde.¹¹⁷ Der unionsrechtliche Besitzstand fand vorrangig über die Arbeiten der *Acquis Group* Eingang in den DCFR, die in dieser Hinsicht die das Gemeinschaftsrecht nicht berücksichtigenden PECL¹¹⁸ ergänzten. Als weitere Quellen fanden zudem internationale, d.h. auch nichteuropäische Staaten umfassende, Instrumente wie das UN-Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods, CISG) Berücksichtigung.¹¹⁹

Die Vorgehensweise bei der Erstellung des DCFR gestaltete sich in der Praxis folgendermaßen: Vorbereitet wurde der DCFR von *Study Group* und *Acquis Group* in einer jeweils mehrstufigen Gremienstruktur, wobei die Arbeitsgruppen der *Study Group* enge Rücksprache mit dem *Coordinating Committee* halten mussten, das aus einer durch die Projektleiter ausgewählten Gruppe von Professoren verschiedener Mitgliedstaaten bestand.¹²⁰ Die Entscheidungsfindung über Inhalt und Form der Regelungen erfolgte laut dem Leiter des Netzwerks in einem „semi-verrechtlichten diskursiven Prozess“¹²¹, in dem darauf geachtet wurde, rechtsvergleichenden Argumenten den Vorrang vor politischen einzuräumen.¹²² In den Händen des *Compilation and Redaction Team*, zusammengesetzt aus Mitgliedern der vorgenannten Gruppen, lagen die sprachliche Supervision und schließlich die Verschmelzung der Vorarbeiten zum DCFR in seiner jetzigen Form. Überraschend und für Außenstehende leider unklar bleibt, warum bei diesem letzten Schritt die Arbeit der dritten

116 Schulze, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 1 (18, 29).

117 Schulte-Nölke, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 9 (12).

118 Schulte-Nölke, Juridica International 2008, 27 (28). Zwar wurde die Zusammenführung von *Acquis Communautaire* und *Acquis Commun* als das In-Angriff-Nehmen einer Jahrhundertaufgabe gewürdigt, zugleich aber kritisiert, dass eine hierfür erforderliche, weiterreichende Rekonzeptualisierung des Verbraucherschutzrechts unterblieben sei, Eidenmüller/Faust/Grigolet, et al., JZ 2008, 529 (533, 544).

119 Der DCFR enthält neben den *Model Rules* auch *Notes* (rechtsvergleichende Anmerkungen) und *Comments* (Kommentare zur näheren Erläuterung der *Model Rules*).

120 Näher zum unter anderem hierauf beruhenden Vorwurf des methodischen Nationalismus („methodological nationalism“) Antonioli/Fiorentini, in: Antonioli/Fiorentini (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 1 (19–21).

121 Schulte-Nölke, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 9 (20 f.).

122 Ebd.

der *Principle Drafting Groups*, der *Project Group on a Restatement of Insurance Contract Law*, außen vor blieb und nicht in den DCFR integriert wurde.¹²³

Die von der Kommission nachdrücklich verlangte Beteiligung interessierter Kreise¹²⁴ erfolgte über das von ihr zu diesem Zweck gegründete Netz von Experten der Interessengruppen („CFR-Net“), ein Assortiment aus Vertretern von Wirtschafts- und Verbraucherverbänden und europäischen Rechtspraktikern, sowie durch Organisation regelmäßiger Workshops und Diskussionsforen zu ausgewählten Themen,¹²⁵ die zur entsprechenden Anpassung von PECL und PEL in bestimmten Aspekten führten.¹²⁶ Der Informationsaustausch mit den Mitgliedstaaten lief über das parallel zum CFR-Net eingerichtete und wie dieses aus Mitteln des Sechsten Europäischen Forschungsrahmenprogramms finanzierte Sachverständigennetzwerk der Mitgliedstaaten. Das Europäische Parlament und der Rat wurden von der Kommission mit regelmäßigen Fortschrittsberichten auf dem Laufenden gehalten.¹²⁷

Ende 2007 übergab das *CoPECL-Network* der Kommission schließlich einen ersten Entwurf des DCFR, dessen Fertigstellung vom Europäischen Parlament begrüßt wurde. Dieses forderte zugleich die Kommission auf, einen Plan zur Auswahl der für den CFR relevanten Teile vorzulegen und erst nach eingehender Konsultation der betroffenen Kreise über den endgültigen Umfang eines CFR zu entscheiden, wobei es einen weitergehenden, über das Verbraucherrecht hinausreichenden Ansatz befürwortete.¹²⁸ Im Dezember 2008 wurde sodann die endgültige Version des DCFR an die Kommission übermittelt.

- 123 Den Ausführungen von *Schulte-Nölke* kann entnommen werden, dass die Gruppe nicht sehr eng in das CoPECL-Netzwerk eingebunden war, ebd., S. 10. Sie veröffentlichte ihre *Principles* 2009 separat unter dem Titel *Basedow/Birds/Clarke u. a. (Hrsg.) Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law"*, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*.
- 124 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., S. 10 f.
- 125 So fanden zum Beispiel in den Jahren 2005 bis 2007 drei europäische Diskussionsforen zum Thema des Gemeinsamen Referenzrahmens in London, Wien und Stuttgart statt.
- 126 DCFR Full Edition I, Intr. 43 (S. 16), 47 (S. 18). Die Einbeziehung dieser „Stakeholder“ wurde jedoch dennoch generell als unzureichend kritisiert, siehe nur *Antonioli/Fiorentini*, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, S. 1 (20 f.).
- 127 Bericht der Kommission, Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, KOM (2005) 456 endg.; Bericht der Kommission, Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM (2007) 447 endg.
- 128 Entschl (EP) B6-0513/2007 (Europäisches Vertragsrecht) vom 16.12.2007.

IV. Überprüfung des Entwurfs, Konsultation und Umsetzung

Die Ausarbeitungsphase sollte ursprünglich dazu dienen, den vom Netzwerk der Forscher erstellten *Draft Common Frame of Reference* auf seine Praxistauglichkeit überprüfen, um ihn gegebenenfalls entsprechend abzuändern und sodann nach Abschluss eines letzten Konsultationsverfahrens als rechtsverbindlichen *Common Frame of Reference* zu verabschieden. Bereits in dem Augenblick, als diese Phase eingeläutet wurde, stand jedoch fest, dass die unionspolitische „Großwetterlage“ es nicht erlauben würde, den DCFR volumnäßig in eine rechtsverbindliche Form zu gießen, geschweige denn, ihn in eine Art europäisches Zivilgesetzbuch zu überführen. Früh in der Folgezeit traten daher die Fokussierung der Kommission auf das Vertragsrecht, insbesondere das Kaufrecht, zu Tage und ihr Bestreben, in diesem Bereich ein fakultatives europäisches Rechtsinstrument zu schaffen.

Bei der Entwicklung dieses Instruments, das schließlich in Gestalt eines Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt wurde, spielten die Regelungen des DCFR weiterhin eine zentrale Rolle, da dessen kaufrechtlichen *Model Rules* das materielle Kernstück des Vorschlags bilden, freilich angepasst an die Rechtsform der Verordnung und unter Berücksichtigung neuerer Entwicklungen des *Acquis*. Die Entscheidung der Kommission, den DCFR trotz der an ihm geäußerten Kritik¹²⁹ weiterhin zu verwenden, kann man so verstehen, dass dieser Text im Rahmen der Weiterentwicklung des europäischen Vertrags- und Privatrechts von Bedeutung bleiben wird. Auch nach dem vorläufigen Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und dem Strategiewechsel zurück zum Vollharmonisierungsansatz¹³⁰ bleibt das umfassende Kompendium der DCFR Regelungen als Fundus erhalten, auf dessen Basis neue vereinheitlichende Rechtsakte aufbauen können und werden. Auch scheint es aufgrund des fortbestehenden Harmonisierungsbedarfs nicht ausgeschlossen, dass bei Änderungen der politischen Rahmenbedingungen die Strategie der Schaffung von optionalen europäischen Instrumenten auf dem Gebiet des Vertragsrechts weiterverfolgt wird, wofür die Regelungen des DCFR und des CESL den Ausgangspunkt und die Arbeitsgrundlage bilden könnten. Die Entwicklung des CESL kann ferner wichtige Anhaltspunkte für die Überlegung liefern, wie derartige Instrumente formell umgesetzt werden könnten.

Auch für die Ausgestaltung eines europäischen Instruments auf dem Gebiet des Mobiliarmietrechts ist also die Entwicklung des CESL aus dem DCFR sowie der ursprünglich avisierte Anwendungsbereich der vorgeschlagenen CESL Verordnung und ihre Funktionsweise von Bedeutung.

129 Näher hierzu im Folgenden.

130 Siehe hierzu sogleich § 2 IV. 3. a).

1. Kommissionsbeschluss zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen

Die angesprochene Ausrichtung des Projekts (nur) auf das Vertragsrecht trat erstmals deutlich durch die Ankündigung der Kommission im März 2010 zu Tage, weitere Maßnahmen zum fakultativen einheitlichen Vertragsrecht zu treffen.¹³¹ Infolgedessen setzte sie im April 2010 bis April 2012 eine Expertengruppe für den gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts ein.¹³² Auftrag der Gruppe war es, die Kommission bei der Ausarbeitung des Vorschlags für den gemeinsamen Referenzrahmen zu unterstützen, indem sie aus dem DCFR die Teile mit unmittelbarer oder mittelbarer Relevanz für das Vertragsrecht auswählen sowie diese neu gliedern, ändern und ergänzen sollte. Diese sog. Machbarkeitsstudie („feasibility study“) sollte auch andere einschlägige wissenschaftliche Untersuchungen, den *Aequiz* sowie das Ergebnis einer öffentlichen Konsultation berücksichtigen. Bedenklich an dieser Vorgehensweise ist, dass die *ad personam* berufenen Mitglieder der Expertengruppe bereits zu ca. zwei Dritteln am Entstehungsprozess des DCFR bzw. dessen Vorarbeiten beteiligt waren,¹³³ sodass mehrfach Zweifel an der angekündigten unabhängigen Überprüfung des DCFR¹³⁴ geäußert wurden.¹³⁵

Nicht nur die Einschaltung einer unabhängigen Kontrollinstanz, sondern auch eine verstärkte und frühzeitige Einbindung von Praktikern¹³⁶ und vor allem die gleichmäßige Repräsentation der Mitgliedstaaten in diesen Gremien hätten bereits im Vorfeld zur Legitimation und Akzeptanz des Vertragsrechtsinstruments beitragen können, eine Erkenntnis, die für zukünftige Vertragsrechtsinstrumente, beispielsweise für das Mobiliarmietrecht, beherzigt werden sollte.

131 Siehe die Erklärung der Kommission in ihrer Strategie „Europa 2020“, Mitteilung der Kommission Europa 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020 endg.

132 Be (Kom) 2010/233/EU (Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen), ABl 2010 L 105/109.

133 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke (Hrsg), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (13).

134 Be (Kom) 2010/233/EU (Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen), ABl 2010 L 105/110.

135 So u.a. Doralt, RabelsZ 75 (2011), 260 (279) sowie Basedow/Eidenmüller/Grigoleit, et al., F.A.Z. 01.07.2010, 8, denen zufolge elf der vierzehn Beteiligten nach „good practice“-Maßstäben als befangen gelten müssten.

136 Die Involvierung erfolgte jedoch erst im September 2010 durch die Konsultierung einer Gruppe von Interessenvertretern aus Wirtschafts- und Verbraucherverbänden, Vertretern des Banken- und Versicherungssektors und der Rechtsberufe, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., S. 8.

2. Grünbuch der Kommission Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen

Als Grundlage für die öffentliche Konsultation zu möglichen Optionen für die Einführung des europäischen Vertragsrechts erstellte die Kommission ein Grünbuch, das sieben Optionen für die Ausgestaltung eines europäischen Vertragsrechtsinstruments zur Verbesserung der bestehenden Rechtsvorschriften und zur Stärkung des Binnenmarkts vorstellt.¹³⁷ Diese waren nach dem Grad ihrer Regelungsintensität und ihrer Verbindlichkeit gestaffelt und reichten von der bloß unverbindlichen Veröffentlichung der Ergebnisse der Expertengruppe (dort als sog. „Option 1“ bezeichnet) über die Bereitstellung eines europäischen Instruments als Bezugspunkt, derer sich die EU-Organne bei der Gesetzgebung zur Verbesserung der Kohärenz der Rechtsvorschriften bedienen könnten („Option 2“), und die Einführung einer gem. Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV inhaltlich verbindlichen Verordnung zur Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechtsinstruments hin („Option 4“) bis zum Erlass einer verbindlichen, inhaltlich über das Vertragsrecht hinausgehenden Verordnung zur Schaffung eines thematisch umfassenden Europäischen Zivilgesetzbuchs („Option 7“).¹³⁸

Bereits die Formulierung und der Aufbau des Grünbuchs lassen erkennen, dass die Kommission schon zu diesem Zeitpunkt die Variante der Einführung eines optionalen Instruments auf dem Gebiet des Vertragsrechts favorisierte.¹³⁹ Option 4 ist nicht rein zufällig im Zentrum des Grünbuchs platziert, und sowohl die Detailliertheit, mit der diese Option ausgeführt wird, als auch die im Vergleich zu den anderen Vorschlägen positive Bewertung durch die Kommission selbst¹⁴⁰ weisen in diese Richtung. Auch fällt in diesem Zusammenhang auf, dass diese Gestaltungsvariante bereits ganz zu Beginn der Entwicklung, nämlich in der ersten Kommissionsmitteilung aus dem Jahr 2001¹⁴¹ (als Option IV), ins Gespräch gebracht worden war. Unter der Leitung der damaligen Kommissarin für Justiz und Vizepräsidentin der Europäischen Kommission Viviane Reding (Februar 2010 bis Juni 2014), deren

137 Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg.

138 Für eine detaillierte Darstellung der Optionen sowie eine rechtliche Analyse siehe *Baselow/Christandl/Doralt, et al.*, *RabelsZ* 78 (2011), 371.

139 Diese Beobachtung teilen u.a. StEckpfeiler/Martinek, A. Rn. 202; Rösler, *EuZW* 2011, 1; Stürner, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 47 (49) sowie Tonner, *EuZW* 2010, 767 (768).

140 Siehe Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg., S. 10, das insbesondere die Übereinstimmung der Option mit dem Subsidiaritätsprinzip sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz betont.

141 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg.

erklärtes Ziel es bereits vor dem Zeitpunkt ihres Amtsantritts war, die Verwirklichung des europäischen Vertragsrechts voranzutreiben, und die diese zur strategischen Priorität machte,¹⁴² wurde nicht nur das Grünbuch erstellt; bereits zeitgleich mit dessen Erstellung, also ohne die Ergebnisse der hierdurch angestoßenen, parallel laufenden öffentlichen Konsultation abzuwarten, wurde auch die bereits genannte Expertengruppe damit beauftragt, Teile des DCFR zur weiteren Verwendung auszuwählen und zu bearbeiten. Die Gruppe unterstellt daher eine politisch noch nicht getroffene Entscheidung für ein Vertragsrechtsinstrument und entwickelte unter dieser Annahme und unter Heranziehung des DCFR als Hauptquelle¹⁴³ Sachnormen für einen fiktiven Gesetzgebungsvorschlag, wobei von vornherein ebenfalls Klarheit darüber herrschte, dass das Instrument auf Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbar sein sollte.¹⁴⁴ Auch diese Vorgehensweise illustriert, dass seitens der Kommission ein großes Interesse daran bestand, die Entwicklung eines optionalen Vertragsrechtsinstruments voranzutreiben, und insbesondere die Absicht, die Ergebnisse des unter erheblichem finanziellen Aufwand entstandenen DCFR-Projekts für diese Zwecke weiter zu verwenden.¹⁴⁵

Während die Auswertung der rund 320 Beiträge von EU-Bürgern, Organisationen, Unternehmen und von den Mitgliedstaaten Ende Januar 2011 ergab, dass einige Mitgliedstaaten der favorisierte Option der Kommission (auch in Kombination mit Option 2 („toolbox“)) unter der Bedingung eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie der Verwendung benutzerfreundlicher Formulierungen zustimmten, erfuhren die weniger eingriffsintensiven Optionen 1 (Veröffentlichung der Ergebnisse der Expertengruppe) und 2 die meiste positive Resonanz.¹⁴⁶ Dennoch sah sich die Kommission durch das Ergebnis der Konsultation bezüglich der Entscheidung für ein optionales Instrument sowie die Beschränkung des materiellen Anwendungsbereichs auf Kaufverträge bestätigt¹⁴⁷ und trieb in diesem Sinne die Fertigstellung der Machbarkeitsstudie voran.

142 Schulte-Nölke, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (13); Reding, *ZEuP* 2011, 1; Siehe auch Redings Vorträge vom 3.6.2011 (Speech/11/411) und 19.7.2011 (Speech/11/539).

143 Schulte-Nölke, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (17).

144 Schulte-Nölke, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (14).

145 Siehe auch StEckpfeiler/Martinek, A. Rn. 203; Schulte-Nölke, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (13 f.).

146 Die detaillierten Ergebnisse der Konsultation wurden leider von der Internetseite der Kommission entfernt.

147 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., S. 8.

3. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

a) Entstehung des Verordnungsvorschlags

Die Machbarkeitsstudie der Expertengruppe, deren 187 Artikel neben umfangreichen Passagen des DCFR auch Impulse aus den *Acquis Principles* enthielt und die Neuerungen aus der Verbraucherrechterichtlinie¹⁴⁸ (VRRL) inkorporierte sowie im Aufbau des Kaufrechts- und Dienstleistungsteils an das UN-Kaufrecht angelehnt wurde,¹⁴⁹ wurde schließlich im Mai 2011 veröffentlicht und stieß ein weiteres Konsultationsverfahren an, das bis Juli 2011 lief.¹⁵⁰ Bereits im Juni 2011 hatte das europäische Parlament sich für die Erstellung eines optionalen Instruments auf dieser Basis ausgesprochen.¹⁵¹

Die Arbeiten an dem durch die Expertengruppe entworfenen Text wurden nahtlos – und erneut ohne das Konsultationsergebnis abzuwarten – fortgesetzt und wurden ergänzt durch die von einer kommissionsinternen Arbeitsgruppe vorbereiteten sog. „chapeau rules“, d.h. durch Regelungen zum Anwendungsbereich und zur Anwendbarkeit des Instruments (nunmehr Art. 1-16 CESL (VO)), sowie durch die Regelungen zu digitalen Inhalten, die durch eine weitere Gruppe vom Wissenschaftlern erstellt wurden.¹⁵² Noch im Oktober 2011 wurde der so erstellte Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht¹⁵³ von der Kommission angenommen.

Der Entwurf wurde daraufhin über mehrere Monate in verschiedenen Ausschüssen des Europäischen Parlaments, im Rat „Justiz und Inneres“ sowie in nationalen Parlamenten erörtert. Der Bundestag, der bereits kurz nach Erlass des Verord-

148 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEU Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64 (Verbraucherrechterichtlinie).

149 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (17).

150 Die Ergebnisse des Konsultationsverfahrens wurden unter dem Titel „A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders“ auf der Website der Europäischen Kommission veröffentlicht.

151 Be (EP) 2011/2013 (INI) (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juni 2011 zu Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen).

152 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 1 (17).

153 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.

nungsentwurfes eine von allen Fraktionen getragene Subsidiaritätsrüge erhoben hatte (erst die zweite überhaupt in der Geschichte des Bundestages), veranstaltete im November 2012 eine interparlamentarische Konferenz, bei der Parlamentarier aus den Volksvertretungen verschiedener Staaten ihre Skepsis dem Papier gegenüber bekämpften. Ein im Februar 2013 vorgelegter Berichtsentwurf von Mitgliedern des Europäischen Parlaments wurde unter Übernahme einiger Änderungsvorschläge, hierunter die Begrenzung des Anwendungsbereichs des Instruments auf Online-Geschäfte, im September 2013 angenommen. Das Europäische Parlament stimmte im Februar 2014 dem überarbeiteten Verordnungsentwurf der Kommission für ein fakultatives europäisches Kaufrecht mit einer Zweidrittelmehrheit zu.¹⁵⁴

Der Vorschlag scheiterte allerdings im Rat der Europäischen Union an massivem Widerstand der Mitgliedstaaten, u.a. seitens Großbritanniens und Belgiens. Bereits in der parallel von Juni bis September 2015 laufenden weiteren öffentlichen Konsultation zum Europäischen Kaufrecht¹⁵⁵ hatte sich ein gemischtes Stimmungsbild abgezeichnet: Während beispielsweise Verbraucherverbände dem Instrument unter der Bedingung aufgeschlossen gegenüberstanden, dass ein hohes Verbraucherschutzlevel gewahrt und keine bestehenden Verbrauchervorschriften unterlaufen werden,¹⁵⁶ wurden seitens der Mitgliedstaaten teilweise erhebliche Bedenken gegen das Vorhaben geäußert und stattdessen die Fortführung und Verbesserung des bisherigen Harmonisierungsansatzes befürwortet.¹⁵⁷ Die Kommission kündigte schließlich Ende 2014 an, den Vorschlag zurückzuziehen¹⁵⁸ und verfolgt derzeit mit zwei Vorschlägen für vollharmonisierende Richtlinien über bestimmte vertragliche Aspekte des Warenhandels sowie des Erwerbs digitaler Inhalte einen neuen Ansatz zur Schaffung eines einheitlichen Digitalen Markts.

Klarstellend sei angemerkt, dass die folgenden Ausführungen zu Anwendungsbereich und Funktionsweise den Verordnungsentwurf in der Form betreffen, in der er von der Kommission 2011 vorgelegt wurde.

b) Anwendungsbereich

Zum sachlichen Anwendungsbereich ist zunächst anzumerken, dass der Verordnungsentwurf gem. Art. 5 CESL (VO) Kaufverträge (siehe die Definition in Art. 2

154 Siehe hierzu: *Groß*, EuZW 2014, 204 (204).

155 Der Fragebogen, die einzelnen Beiträge, sowie eine Zusammenfassung der Ergebnisse sind unter folgendem Link einzusehen: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_en.htm (Stand: 08.01.2018).

156 Siehe S. 1 der unter http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=36408 (Stand: 08.01.2018) abrufbaren Summary of results.

157 Siehe ebd., S. 3 f.

158 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Arbeitsprogramm der Kommission 2015 – Ein neuer Start, KOM (2014) 910 endg., Annex 2, Nr. 60.

lit. k, h, i CESL (VO)) erfasst, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte (wobei digitale Inhalte in Art. 2 lit. j CESL (VO) definiert sind) und Verträge über verbundene Dienstleistungen, die in Art. 2 lit. m CESL (VO) näher bestimmt werden. Vom Wortlaut her problematisch ist hier Art. 5 lit. b CESL (VO), der rein sprachlich mit „Bereitstellung digitaler Inhalte“ auch Gebrauchsüberlassungsverträge (im System des Unionsrechts als Dienstleistungsverträge qualifiziert)¹⁵⁹ zu erfassen scheint.¹⁶⁰ Damit wäre einem künftigen optionalen Mobiarmietrechtsinstrument bereits im Voraus ein Teil des möglichen Anwendungsbereichs entzogen.¹⁶¹ Allerdings ist angesichts der Systematik des CESL, die sich insbesondere in Art. 91, 93 ff. CESL zeigt, davon auszugehen, dass das CESL nur auf kaufvertragsähnliche, d.h. gem. Art. 2 lit. k CESL (VO) durch die dauerhafte Übertragung des Eigentums (also nicht nur die vorübergehende Übertragung des Besitzes) gegen Zahlung eines Preises gekennzeichnete Verträge, und mithin nicht auf Gebrauchsüberlassungsverträge anwendbar sein soll.¹⁶² Die diesbezügliche Entwicklung des Anwendungsbereichs in der Praxis wird jedoch abzuwarten bleiben. Ferner ist die Anwendbarkeit auf grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte beschränkt, Art. 1 Abs. 2, 4 Abs. 1 CESL (VO). Hierfür müssen gem. Art. 4 Abs. 2, 3 CESL (VO) die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt (bzw. bei Verbrauchern die Anschrift) in verschiedenen Staaten haben, von denen mindestens einer ein EU-Staat ist.

Kritik hat insbesondere die Entscheidung erregt, für den Verbraucher nicht ebenfalls auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen, sondern auf die von ihm angegebene Adresse. Hierdurch wird dem Verbraucher bzw. den kolludierenden Parteien faktisch die Möglichkeit eingeräumt, durch Angabe einer bloßen Zustelladresse im Ausland das CESL auch für Binnensachverhalte zur Anwendung zu bringen, obwohl sein räumlicher Anwendungsbereich eigentlich nicht eröffnet wäre, und somit das nationale Recht in einem Bereich zu verdrängen, der eigentlich nicht zur Parteidisposition steht.¹⁶³ Diese Option der Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Binnensachverhalte soll ausweislich der Regelung des Art. 13 lit. a CESL (VO)

159 *EuGH*, Urt. v. 29.4.1999 – C-224/97, Slg. 1999 I-02517 – Ciola, Rn. 11 f.; Urt. v. 21.3.2002 – C-451/99, Slg. 2002 I-03193 – Cura, Anlagen, Rn. 18; Urt. v. 10.3.2005 – C-336/03, Slg. 2005 I-1947 – easyCar (UK) Ltd/Office of Fair Trading, Rn. 31; Kümmerle, in: *Andrés Santos/Baldus/Dedek* (Hrsg.), *Vertragstypen in Europa*, S. 295 (318 ff.).

160 Siehe *Schmidt-Kessel*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 29 (30 f.); *Zoll*, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, S. 279 (285 f.).

161 Zur Anwendbarkeit von Mobiarmietrecht auf Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte siehe § 4 I.3.b).

162 Vgl. GEKKomm/*Schmidt-Kessel*, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 63, 66; CESLComm/*Wendeborst*, Art. 5 Rn. 19.

163 *Leible*, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, S. 21 (29 f.); *Schmidt-Kessel*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, S. 29 (34).

allerdings nur dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegen, nicht aber den Parteien. Obwohl bislang unklar ist, ob die Parteien in der Praxis tatsächlich von dieser Umhungsmöglichkeit Gebrauch machen würden, sollte für ein künftiges Vertragsrechtsinstrument auf dem Gebiet des Mobiliarmietrechts ein weniger missbrauchsgefährdiger Anknüpfungstatbestand (z.B. der gewöhnliche Aufenthalt des Verbrauchers) gewählt werden.

Was den persönlichen Anwendungsbereich betrifft, ist das CESL gem. Art. 7 Abs. 1 CESL (VO) nur anwendbar, wenn der Verkäufer bzw. Lieferant Unternehmer ist. Bislang findet es auch dann Anwendung, wenn beide Vertragsparteien Unternehmer sind und zumindest eine der Parteien ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU, englisch SME (*small and medium-sized enterprise*)) ist, es sei denn, diese Voraussetzung wurde durch den betreffenden Mitgliedstaat gem. Art. 13 lit. b CESL (VO) abbedungen. Da es damit – abgesehen von der genannten Ausnahme für KMUs – bei reinen Unternehmerverträgen nicht zur Anwendung gelangt, sind nach dem Entwurf in seiner Version von 2011 folgende Kombinationen erfasst: B2C, SME2C, B2SME, SME2SME und SME2B, wobei, wie bereits angemerkt, eine Beschränkung des Instruments auf reine B2C-Sachverhalte die in der Diskussion bevorzugte Variante war. Es ist daher davon auszugehen, dass auch ein entsprechendes Mobiliarmietrechtsinstrument wohl nur diesen Bereich erfassen würde.

c) Ausgestaltung der Option

Das Konzept des optionalen Instruments als "Opt-in" Instrument ist *per se* keine radikale Neuerung im Unionsrecht. Vielmehr ist in den letzten Jahren eine verstärkte Tendenz des europäischen Gesetzgebers zu derartigen Gestaltungsangeboten zu beobachten.¹⁶⁴ Als Beispiel hierfür kann auf dem Gebiet des europäischen Zivilverfahrensrechts die Möglichkeit genannt werden, alternativ zur Geltendmachung bestimmter Forderungen mit den Mitteln des nationalen Zivilverfahrensrechts einen einheitlichen europäischen Verfahrensweg zu beschreiten, die durch die Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels (EuVTVO), durch die Europäische Mahnverordnung (EuMahnVO) und die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen eröffnet wurde. Ein weiteres Beispiel bietet das materielle Gesellschaftsrecht mit seiner Option der europäischen Aktiengesellschaft Societas Europaea (SE) eine Rechtsform, die jede Aktiengesellschaft mit Sitz in der EU wählen kann.¹⁶⁵

Ein Novum im Vergleich zu diesen bisherigen optionalen Instrumenten bildet jedoch die Tatsache, dass für die Wahl des gemeinsamen europäischen Kaufrechts

¹⁶⁴ Stürmer, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 47 (51 f.).

¹⁶⁵ Zur SE als optionales Instrument siehe ausführlich Bachmann, ZEuP 2008, 32 (51 ff.).

ein Konsens zweier Parteien erforderlich ist.¹⁶⁶ Ein weiterer Unterschied ist, dass die Rechtsnormen zur SE als supranationales Recht in Form der SE-VO¹⁶⁷ unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gelten (Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV) und nationales Recht gewissermaßen nur subsidiär in Bereichen gilt, zu denen die Verordnung keine Regelung enthält.¹⁶⁸ Die materiellen Rechtsnormen der CESL (VO) werden hingegen Bestandteil des nationalen Vertragsrechts selbst und treten als zusätzliches nationales Recht neben die bereits bestehende nationale Kaufrechtsordnung, sodass die Entscheidung für die Anwendung des CESL innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung getroffen wird und keine Rechtswahl i.S.d. Kollisionsrechts gem. Art. 3 Rom I-VO¹⁶⁹ darstellt.¹⁷⁰ Die Kommission hat sich mit diesem „Modell des zweiten Vertragsrechtsregimes“ gegen die ebenfalls in Erwägung gezogene Lösung eines „27+1-Modells“ entschieden, bei dem neben die (zum Zeitpunkt der Diskussion) 27 mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen eine weitere, nämlich eine supranationale unionsrechtliche tritt, die kollisionsrechtlich gleich behandelt wird und von den Parteien mittels einer echten Rechtswahl i.S.d. Art. 3 Rom I-VO zum Vertragsstatut bestimmt werden kann.¹⁷¹ Maßgebend für diese Entscheidung war zum einen zu verhindern, dass Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO für B2C-Verträge die Wahl des CESL konterkarieren würde, indem er die Rechtswahl, um die es sich bei einem „27+1-Modell“ handeln würde, bei Verbrauchern beschränkt.¹⁷² Zum anderen galt es zu vermeiden, dass Kollisionsnormen aus internationalen Abkommen, die auf-

166 Stürner, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 47 (52).

167 Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEU Nr. L 294 v. 10.11.2001 und Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEU Nr. L 294 v. 10.11.2001.

168 MüKo-AktG/Kalss, A. IV. Rn. 1, 3; Drinhausen/Eckstein/Müller, § 1 Rn. 54.

169 Verordnung Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABIEG Nr. L 177/6 v. 4.7.2008.

170 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., S. 6, 19 (Erwägungsgrund 10).

171 Leible, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 21 (23).

172 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., S. 7; Vgl. hierzu auch Schmidt-Kessel, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 29 (39 f.).

grund von Art. 25 Abs. 1 Rom I-VO vorrangig zur Anwendung kämen, die Wahl eines optionalen Instruments behindern könnten.¹⁷³

Das CESL gelangt folglich nur zur Anwendung, wenn die folgenden drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Wenn erstens nach den Regeln des internationalen Privatrechts das Recht eines Mitgliedstaates berufen ist, zweitens der räumlich-personliche Anwendungsbereich des CESL eröffnet ist und die Parteien seine Anwendung drittens vereinbart haben – was ihnen als Wahl zwischen dem originären nationalen Recht und dieser daneben nunmehr zusätzlich existierenden Kaufrechtsordnung möglich ist.

Für die kollisionsrechtliche Anknüpfung ist bei Verbraucherverträgen zu beachten, dass in der Regel gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO das Recht des Mitgliedstaates berufen sein wird, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Liegt eine Rechtswahl vor, kommt Art. 3 i.V.m. Art. 6 Rom I-VO zur Anwendung, sodass grundsätzlich ein Günstigkeitsvergleich des gewählten Rechts mit dem am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO erfolgen muss. Hierfür ist dann zu differenzieren: bei binnennmarktinternen Konstellationen ist dies unproblematisch, da der Günstigkeitsvergleich aufgrund der Identität der Vergleichsobjekte praktisch keine Auswirkungen hat.¹⁷⁴ Verkauft ein italienischer Unternehmer an einen deutschen Verbraucher Waren unter Wahl des italienischen Rechts und Vereinbarung des CESL, so ist die Wahl deutschen Rechts für den Verbraucher nicht günstiger, da in beiden Rechtsordnungen das CESL wählbar ist. Dieses Ergebnis muss wohl auch dann gelten, wenn man annimmt, dass das deutsche autonome Recht einen höheren Verbraucherschutzstandard enthielte als das CESL, da das nationale Recht mit dem Wahlrecht zugleich die Möglichkeit beinhaltet, diesen Standard abzubedingen.¹⁷⁵ Anders fällt das Ergebnis bei Drittstaatenbeteiligung aus: Verkauft dieser italienische Unternehmer stattdessen an einen Verbraucher in der Schweiz, greift die Günstigkeitsregelung des Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO und kann dazu führen, dass das CESL aufgrund eines etwaigen höheren Verbraucherschutzes im schweizerischen Recht nicht zur Anwendung gelangt. Befinden sich im umgekehrten Fall der Unternehmer in einem Drittstaat und der Verbraucher in einem Mitgliedstaat und wird das Recht des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers bzw. das eines anderen Mitgliedstaats gewählt (unter Vereinbarung des CESL), so bedarf es wiederum keines Günstigkeitsvergleichs bzw. geht dieser

173 Leible, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 21 (23), auch zu einer dritten denkbaren Option, die Kollisionsnormen bereits in die Verordnung zu integrieren und ihnen damit gem. Art. 23 Rom I-VO zum Vorrang zu verhelfen.

174 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., S. 7.

175 Hierdurch wird das CESL faktisch zum neuen nationalen Mindeststandard, siehe Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 29 (39 f.).

ebenso wie bei binnenmarktinterner Konstellation ins Leere. Wird in dieser Konstellation des unionsansässigen Verbrauchers stattdessen das Recht des Drittstaates unter Wahl des CESL berufen, kann das CESL grundsätzlich nur insoweit gelten, als ihm keine zwingenden Rechtsnormen des Drittstaats entgegenstehen (denn weder die Wahlmöglichkeit noch das CESL sind Bestandteil der drittstaatlichen Rechtsordnung), und zusätzlich muss ein Günstigkeitsvergleich der so ermittelten Regelungen mit dem – diesmal nationalen – Aufenthaltsrecht des Verbrauchers erfolgen.¹⁷⁶

Ist demnach also mitgliedsstaatliches Recht anwendbar und der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des CESL (wie bereits unter b) erörtert) eröffnet, muss als dritte Voraussetzung eine wirksame Vereinbarung des CESL vorliegen. Gem. Art. 8 Abs. 1 CESL (VO) gelten für die Vereinbarung die Regeln des CESL betreffend Vertragsschluss, Auslegung, Willensmängel und unfaire Vertragsbedingungen. Bei im CESL nicht explizit geregelten Fragen ist zunächst Art. 4 CESL heranzuziehen, bevor auf nationale Rechtsvorschriften zurückgegriffen werden darf.¹⁷⁷ Für Verbraucherverträge sind für den Opt-in die zusätzlichen Voraussetzungen der Art. 8 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 und Art. 9 CESL (VO) zu beachten. Danach ist stets eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich, d.h. der Vertrag kann nicht nach Art. 58 f. CESL durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden und der Verbraucher muss die Erklärung zur Geltung des CESL gesondert von seiner Vertragsschlusserklärung abgeben (Art. 8 Abs. 2 S. 1 CESL (VO)). Eine Bestätigung dieser Vereinbarung muss dem Verbraucher zudem gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 CESL (VO) auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt werden. Anders als bei Verträgen unter Unternehmern (*argumentum e contrario*) scheidet gem. Art. 8 Abs. 3 CESL (VO) bei diesen Verträgen eine nur teilweise Wahl des CESL aus, wodurch verhindert werden soll, dass der Unternehmer ein „Rosinenpicken“ betreibt und nur die für ihn vorteilhaften Regeln des CESL zur Anwendung bringt, ohne dem Verbraucher dessen Rechte einzuräumen, was dem gewünschten Verständnis des CESL als verbraucherfreundliches Instrument zuwiderlaufen könnte.¹⁷⁸ Der Unternehmer muss dem Verbraucher zudem nach den Bestimmungen des Art. 9 CESL (VO) ein Standard-Informationsblatt zukommen lassen. Kommt er dem nicht nach, so ist der Verbraucher an die Vereinbarung der Anwendung des CESL nicht gebunden¹⁷⁹ – wobei die Wirksamkeit des Kaufvertrags hiervon nicht

¹⁷⁶ Leible, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 21 (23); Mankowski, Recht der Internationalen Wirtschaft 2012, 97 (100 f.).

¹⁷⁷ Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 29 (40 f.).

¹⁷⁸ CESLComm/Wendehorst, Art. 8 Rn. 9.

¹⁷⁹ CESLComm/Wendehorst, Art. 9 Rn. 5.

berührt wird. Dieser unterliegt dann autonomem nationalen Recht, nach welchem sich auch sein Zustandekommen bestimmt.¹⁸⁰

Ob und wie diese eben dargestellte Konzeption eines optionalen Vertragsrechtsinstruments sich in der Praxis bewähren wird und als Vorbild für weitere Vertragsrechtsinstrumente wie auf dem Gebiet des Mobiliarmietrechts dienen sollte, hängt sehr davon ab, wie es rechtlich umsetzbar ist und wie es in der Praxis vom Wirtschaftsverkehr angenommen werden wird, d.h. insbesondere davon, in welchem Verhältnis die Kosten des hohen Verbraucherschutzniveaus des CESL zu den Ersparnissen aufgrund der Rechtsvereinheitlichung und den Vorteilen einer Erweiterung des Marktes stehen und inwieweit diese Kosten an Verbraucher durchgereicht werden.

180 Schmidt-Kessel, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 29 (42).

§ 3 Mobiliarmietrecht im Draft Common Frame of Reference

Der Feststellung der grundsätzlichen Möglichkeit der Einführung eines europäischen Instruments des Mobiliarmietrechts und den Überlegungen bezüglich seiner etwaigen formellen Ausgestaltung schließt sich zwingend die Frage nach dem Bedarf der materiellen Regelung dieser Materie an.

Unter der Prämisse, dass Rechtsvereinheitlichung nicht aus reinem Selbstzweck betrieben wird,¹⁸¹ ist daher zu klären, inwieweit das Mobiliarmietrecht überhaupt als Gegenstand des europäischen Privatrechts in Betracht kommt. Aus einer rechtshistorischen Perspektive wäre hierfür anzubringen, dass bereits das *Ius Commune* mit der der römischen *locatio conductio* (die Miet-, Pacht-, Dienst- und Werkvertrag umfasste) nachgebildeten Rechtsfigur der *locatio conductio rei* (Sachmiete und Pacht) die Grundlage für die heute in fast allen europäischen Rechtsordnungen existierende Miete legte¹⁸² und daher angesichts dieser gemeinsamen Wurzeln eine Verständigung auf gemeinsame Regelungen grundsätzlich nicht fernliegend erscheint. Auch die grenzüberschreitende Relevanz der Materie liegt auf der Hand, wenn man allein die Häufigkeit von Mietverträgen über Kraftfahrzeuge in einem anderen als dem Heimatstaat des Verbrauchers (häufig anlässlich einer Urlaubsreise) bedenkt. Umso merkwürdiger mutet an, dass dem Sujet lange Zeit auf internationaler Ebene kaum Aufmerksamkeit zuteilwurde.

I. Im europäischen (Privat-)Recht

Noch im Jahr 1996 gelangte *Stabentheiner* zu dem Befund,¹⁸³ dass das Mietrecht von europäischem Denken noch weitgehend unberührt sei und im Vergleich zu anderen zivilrechtlichen Bereichen kaum grenzüberschreitendes Wissen über mietrechtliche Fragen existiere. Zugleich prognostizierte er aufgrund der Entwicklungen in anderen Rechtsbereichen jedoch, dass Bestrebungen um eine Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts auch vor dem Mietrecht als Teil des Vertragsrechts nicht Halt machen würden – eine Vorhersage, die sich als äußerst zutreffend erweisen sollte.

Eine aktuelle Bestandsaufnahme des existierenden Europarechts zeigt, dass noch immer kein europäischer Rechtsakt existiert, der spezifisch das Mietrecht behandelt. Freilich wurde das Verbraucher-Mobiliarmietrecht seit *Stabentheiners* Diktum

181 Statt aller Callies/Ruffert/*Callies*, Art. 49 Rn. 2, demzufolge Rechtsangleichung allein Mittel zum Zweck der Integration und daher rein funktional zu verstehen ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. h AEUV).

182 *Basedow/Hopt/Zimmermann, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Stichwort "Miete und Pacht" (S. 1061); Staudinger/*Emmerich*, Vorbem. zu § 535 Rn. 1. Zur *locatio conductio* im römischen Recht siehe *Honsell*, Römisches Recht, S. 139–143 und *Mayer-Mahy*, Locatio conductio, 15 ff.

183 *Stabentheiner*, in: *Stabentheiner/Bydlinski* (Hrsg.), Mietrecht in Europa, S. 21 (21).

durch etliche allgemeine Sekundärrechtsakte maßgeblich gestaltet, wie beispielsweise durch die Klauselrichtlinie,¹⁸⁴ die Fernabsatzrichtlinie¹⁸⁵ und die Haustürwiderufsrichtlinie.¹⁸⁶ Die beiden letzteren wurden durch die neue Verbraucherrechtsrichtlinie abgelöst, die das Fernabsatzrecht und das Recht der Haustürgeschäfte einer umfassenden Neuregelung unterwarf sowie bestimmte allgemeine Vorgaben für Verbraucherträge, insbesondere vorvertragliche Informationspflichten auch für den stationären Handel sowie für Haustürgeschäfte, festlegte und die durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 in deutsches Recht umgesetzt wurde.¹⁸⁷ Auch diese Richtlinie behandelt allerdings nicht spezifisch das (Mobilien-)Mietrecht.

Abgesehen davon war das Mietrecht bis zu den Vorarbeiten des DCFR nur sehr vereinzelt Gegenstand von Rechtvergleichungs- und Rechtsvereinheitlichungsprojekten.¹⁸⁸ Während die *Commission on European Contract Law* bei der Arbeit an ihren PECL allein das allgemeine Vertragsrecht in den Fokus nahm und somit auch dem Mietrecht keine Aufmerksamkeit schenkte, beschäftigte sich das rechtsvergleichende Projekt „Tenancy Law and Procedure in the European Union“ des *European Private Law Forum* am Europäischen Hochschulinstitut Florenz im Jahr 2003 zumindest explizit mit dem Immobiliarmietrecht¹⁸⁹ – eine Tatsache die erstaunen mag, wenn man bedenkt, dass dessen Binnenmarktrelevanz in der Literatur sehr unterschiedlich eingeschätzt wird.¹⁹⁰

184 Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherträge, ABIEG Nr. L 95 v. 21.4.93, S. 29 (Klauselrichtlinie).

185 Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABIEG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 (Fernabsatzrichtlinie).

186 Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABIEG Nr. L 372 v. 31.12.1985, S. 31 (Haustürgeschäftsrichtlinie).

187 Siehe hierzu ausführlich *Wendehorst*, NJW 2014, 577.

188 So auch *Basedow/Hopt/Zimmermann, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Stichwort „Miete und Pacht“ (S. 1065).

189 Hierzu *Wurmnest*, ZEuP 2004, 434 (434 f). Die Ergebnisse des Projekts waren in Form von Länderberichten auf der Website des European University Institute unter <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectTenancyLaw.aspx> (Stand: August 2017) abrufbar.

190 So bescheinigt beispielsweise *Hau*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht, S. 143 (156) dem Rechtsgebiet „erhebliche Binnenmarktrelevanz“, während beispielsweise *Schmid*, verfügbar unter: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectTenancyLaw.aspx>, 1 (1, 45), ihm diese Relevanz weitgehend abspricht („an unsuitable candidate for European harmonisation, let alone unification“). Zu Perspektiven der Harmonisierung im Bereich des Immobiliarmietrechts weiterführend *Hau*, JZ 2010, 553.

Dem Mobiliarmietrecht widmete sich erstmals intensiver in rechtsvergleichender Weise das Forschungsprojekt unter der Leitung von *Lilleholt* an der Universität Bergen, nämlich als Teil der bereits unter § 2 I. 1. vorgestellten *Study Group*, ein Projekt, das bereits 1998 und somit weit vor der ersten Mitteilung der Europäischen Kommission von 2001¹⁹¹ ins Leben gerufen wurde.¹⁹² Dieses entwickelte in seinen *Principles of European Law on Lease of Goods* (PEL LG)¹⁹³ auf der Grundlage des Vergleichs des Mobiliarmietrechts etlicher europäischer Rechtsordnungen (darunter Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien und Luxemburg) Modellregeln für dieses Rechtsgebiet, übersetzte diese in elf Sprachen und versah sie mit umfangreichen Kommentaren. Diese *Principles* wurden durch die *Study Group* und die *Acquis Group* schließlich mit einigen Änderungen, die hauptsächlich dadurch bedingt waren, dass einige Regelungen der PEL LG bereits im allgemeinen Teil des DCFR enthalten waren und daher mit der Synthese überflüssig wurden,¹⁹⁴ als Buch IV Teil B (*Lease of goods*) in den DCFR aufgenommen.

Als weiteres Projekt auf diesem Gebiet, genaugenommen im Bereich des Leasings und nicht spezifisch europäisch, sei auch das im November 2008 angenommene UNIDROIT Model Law on Leasing erwähnt, ein Einheitsrecht, das von UNIDROIT¹⁹⁵ entworfen wurde, um Entwicklungs- und Schwellenländern zur Förderung ihrer Wirtschaftskraft einen einfacheren Zugang zur Möglichkeit des Finanzierungsleasings zu verschaffen.¹⁹⁶ Da sich dessen Anwendungsbereich diesem Zweck entsprechend und ausweislich von Art. 1 i.V.m. Art. 2 des Model Law on Leasing nur auf ‚property used in the trade or business of the lessee‘ und damit auf unternehmerisches Leasing erstreckt, muss dieses Modellgesetz für den Zweck der vorliegenden, das Verbrauchermietrecht betreffenden Abhandlung freilich unberücksichtigt bleiben.¹⁹⁷

191 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg.

192 Siehe das Vorwort von *von Bar in Lilleholt/Victorin/Fötschl u. a.* (Hrsg.), *Principles of European Law on Lease of Goods* (PEL LG), S. VIII sowie DCFR Full Edition I, Intr. 45 ff. (S. 17).

193 *Lilleholt/Victorin/Fötschl u. a.* (Hrsg.), *Principles of European Law on Lease of Goods* (PEL LG).

194 *Lilleholt/Victorin/Fötschl u. a.* (Hrsg.), *Principles of European Law on Lease of Goods* (PEL LG), S. IX.

195 Zu diesem Institut siehe bereits § 2 I. 1.

196 Siehe die Präambel des unter <http://www.unidroit.org/instruments/leasing/model-law> (Stand: 08.01.2018) einsehbaren Model Law on Leasing, sowie näher zu den Hintergründen *Stanford*, Uniform Law Review 2009, 578.

197 Ausführlich zum Inhalt des Modellgesetzes siehe StEckpfeiler/*Dageförde*, C. Rn. 1111 ff. m.w.N.

Es bleibt festzustellen, dass das (Mobiliar-)Mietrecht in der Literatur und im wissenschaftlichen Diskurs zum europäischen Privatrecht bis heute nur eine Nebenrolle spielt. In vielen Lehrbüchern zu diesem Thema findet das Mietrecht nicht einmal Erwähnung, vielmehr liegt der Fokus auf dem allgemeinen Vertragsrecht, dem Deliktsrecht sowie auf dem Kaufrecht,¹⁹⁸ wobei letzteres nicht allein dem viel diskutierten und mittlerweile gescheiterten Vorschlag der Kommission über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht¹⁹⁹ geschuldet ist, sondern oft als Prototyp für alle Vertragsarten des besonderen Schuldrechts angesehen zu werden scheint.²⁰⁰

II. Im DCFR

Der DCFR behandelt allein das Mobiliarmietrecht und lässt die Miete unbeweglicher Sachen unbehandelt, ohne diese Entscheidung inhaltlich näher zu erläutern²⁰¹ – sei es, weil die die Voraarbeiten leistenden Arbeitsgruppen von einer mangelnden Binnenmarktrelevanz des Gebietes ausgingen oder weil man sich von diesem sozialpolitisch umstrittenen und daher seit jeher „heißen“ Sujet fernhalten wollte, um den DCFR möglichst politisch neutral zu halten und somit eine breitere Akzeptanz für den späteren Gesamttext zu schaffen.

Innerhalb des DCFR ist das Mietrecht in Buch IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*), dort Teil B, eingeordnet, das heißt hinter Buch II (*Contracts and other juridical acts*), das Verträge und andere Rechtsakte, und Buch III (*Obligations and corresponding rights*), welches sämtliche Verpflichtungen, seien sie schuldrechtlicher oder sonstiger Natur, behandelt. Buch IV folgt mit den besonderen Vertragsarten und ihren Rechten und Pflichten, damit logisch dem, was allgemein zu Verträgen und Verpflichtungen zu regeln war. Die Miete wird also bereits systematisch als ein besonderes Schuldverhältnis qualifiziert.²⁰² In Buch IV werden die Regelungen zum Kaufvertrag („contract for the sale of goods“) in Teil A vorangestellt, wobei die prominente Stellung des Kaufrechts Anlass zu Spekulationen geben mag, ob bereits die Autoren des DCFR dieses als wahrscheinlichsten Kandi-

198 So z.B. bei *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss; *Kadner Graziano*, Europäisches Vertragsrecht; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht; *Rainer*, Europäisches Privatrecht; aber auch in neueren Werken wie *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht; *Langenbucher* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht findet das Mietrecht keine Erwähnung.

199 Siehe Fn. 1.

200 Dieser Zustand wird vielerseits beklagt, siehe beispielsweise von *Hau*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, S. 143 (145 f.).

201 DCFR Full Edition I, 30; DCFR Full Edition II, 4. Siehe hierzu auch Fn. 256.

202 Eine Einordnung, die nicht immer zwangsläufig erscheint, wenn man bedenkt, dass im englischen Recht die Immobiliarmiete (aber nur diese) als etwas qualifiziert wird, das im deutschen Recht eher einem dinglichen Nutzungsrecht nahekommt, *Poppens*, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht.

daten für eine Harmonisierung einstuften, was aber andererseits auch nur die enorme Praxisrelevanz der Materie widerspiegeln könnte.

Die Regelungen des Mietrechts selbst sind unterteilt in deren Anwendungsbereich und Spezialregeln für einen Verbrauchermietvertrag (Kapitel 1), Regelungen zur Mietzeit (Kapitel 2), zu Verpflichtungen des Vermieters (Kapitel 3) und den „remedies“²⁰³ des Mieters im Falle ihrer Verletzung (Kapitel 4), zum umgekehrten Fall (Kapitel 5 und 6) sowie schließlich Vorschriften zum Parteiwechsel und zur Untervermietung in Kapitel 7. Im Vergleich zu Titel 5 des BGB, der den Miet- und Pachtvertrag regelt, scheint der Abschnitt zum Mietrecht im DCFR eher kurz gehalten, was sich aber schnell relativiert, wenn man bedenkt, dass das Gros der mietrechtlichen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch allein das Wohnraummietrecht betrifft. Vergleicht man hingegen allein die das Mobiliarmietrecht behandelnden Vorschriften (§§ 535-548 und 578a-580a BGB) und die des DCFR, so fällt auf, dass der Regelungsumfang des DCFR schließlich doch weiterreicht als der des BGB: dieser enthält nämlich in Art. IV.B.-1:102-Art. IV.B.-1:104 DCFR im BGB nicht angelegte Sonderregelungen für Verbrauchermietverträge und regelt, anders als das BGB, auch explizit Rechtsbehelfe des Vermieters.

Wenngleich zum jetzigen Zeitpunkt klar ist, dass der DCFR und somit auch sein mietrechtlicher Teil nicht, wie ursprünglich konzipiert, als rechtsverbindlicher Referenzrahmen dienen wird, so ist zumindest festzustellen, dass der DCFR bereits erheblich zur „Europäisierung“ des Mietrechts beigetragen hat. Seine Behandlung des Mietrechts hat nämlich bereits dazu beigetragen, dass sich die Wahrnehmung des Mietrechts von einem klassischen nationalen Rechtsgebiet zu einer internationalen Perspektive verschiebt und am europäischen Diskurs teilnimmt. Aufgrund der zunehmenden Tendenz mancher nationalen Gerichte, sich bei Problemen des nationalen Rechts der *Model Rules* als Auslegungshilfe und Inspiration für denkbare Lösungswege zu bedienen,²⁰⁴ könnte dem DCFR-Mietrecht in diesem Zusammenhang auch eine Bedeutung als Auslegungshilfe zukommen. Nicht ausgeschlossen scheint trotz des vorläufigen Scheiterns des CESL überdies die Möglichkeit, ein optionales Instrument nach dessen Vorbild auch für grenzüberschreitende Mietverträge, zum Beispiel für die Kfz-Vermietung via Internet, aus den mietrechtlichen Vorschriften des DCFR zu entwickeln.

203 Also Gewährleistungs- und sonstige Leistungsstörungsrechte, die im Folgenden bewusst untechnisch als „Rechtsbehelfe“ übersetzt werden.

204 Siehe hierzu nur die einleitend genannten Beispiele.

Kapitel 2: Vergleich des Mobiliarmietrechts im DCFR und des deutschen Mobiliarmietrechts

Die folgende vergleichende Gegenüberstellung der Regelungen des DCFR im Bereich der Fahrnismiete mit denen des deutschen Rechts soll Aufschluss über die Qualität der vereinheitlichten Regelungen geben. Insbesondere wird ihr Potential für ein dem CESL vergleichbares Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts untersucht.

Hierfür empfiehlt sich die Orientierung an der rechtsvergleichenden Arbeitsweise, wenngleich es sich freilich nicht um Rechtsvergleichung im engeren Sinne handelt. Denn diese Disziplin ist mit den Vergleichen verschiedener nationaler Rechtsordnungen befasst,²⁰⁵ sodass das jeweilige Vergleichsobjekt die Gesamtheit geltender Rechtsvorschriften in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich ist.²⁰⁶ Der DCFR ist jedoch mangels verbindlicher Geltung seiner Regelungen keine Rechtsordnung in diesem Sinne, sondern ist als reine Rechtserkenntnisquelle (siehe § 1) vielmehr selbst eine Kompilation (zumindest größtenteils) rechtsvergleichender Resultate. Die folgenden Ausführungen orientieren sich dennoch aufgrund der funktionellen Parallelen an der für die Rechtsvergleichung entwickelten Methodik. Zu diesem Zwecke werden die im DCFR enthaltenen *Model Rules* vereinfachend als „Regeln“, „Regelungen“ oder „Vorschriften“ bezeichnet.

Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Vorgehensweise ist die Erfassung und deskriptive Darstellung zu vergleichenden Materials, gefolgt von einer Schilderung beobachteter Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Schließlich werden die untersuchten Lösungen unter einer gemeinsamen Perspektive einer rechtlichen Wertung

205 Zwigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 4.

206 Dudenredaktion, Duden - Deutsches Universalwörterbuch, Eintrag „Rechtsordnung“.

unterzogen,²⁰⁷ wobei Leitlinie dieser Schritte jeweils das Funktionalitätsprinzip, also eine Anknüpfung jeweils an das konkrete Sachproblem ist.²⁰⁸

Dem folgend wird ausgehend von der jeweiligen Regelung des DCFR die entsprechende Norm des deutschen Rechts gegenübergestellt und wertend verglichen, wobei zur Illustration einiger relevanter Punkte zudem vergleichsweise entsprechende Regelungen des CESL in Form des Annexes des Verordnungsentwurfes der Kommission²⁰⁹ herangezogen werden. Die Darstellung beschränkt sich aus den einleitend genannten Gründen auf eine Analyse des Verbrauchermobiliarmietrechts und auf die Konstellation des Verbrauchers in der Rolle des Mieters.²¹⁰

Der wertende Vergleich bildet schließlich die Basis für die Überlegung, wie ein europäisches Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument ausgestaltet werden könnte und inwieweit hierfür auf die Regelungen des DCFR zurückgegriffen werden sollte. Hierfür soll angenommen werden, dass die rechtstechnische Umsetzung der entspricht, die für das CESL geplant ist, also ein optionales Instrument, das in Form einer Verordnung als parallel zum originären nationalen Mietrecht geltendes „zweites“ Mietrechtsregime in nationales Recht überführt wird und durch eine „unechte“ Rechtswahl (da innerhalb derselben Rechtsordnung) zur Anwendung gelangt.

Den Ausgangspunkt dieser Erwägungen bildet der zu erwartende Umgang des Rechtsverkehrs mit diesem optionalen Mietrechtsinstrument:

Für die Annahme des Instruments durch die Unternehmer, also die Entscheidung, das Instrument durch „unechte Rechtswahl“ in einem Markt eines bestimmten europäischen Landes zur Anwendung zu bringen, indem dem Mieter der Vertragschluss unter der Bedingung der Wahl des Instruments (beispielsweise durch Klick auf den ‚blue button‘) angeboten wird, ist die unternehmerische Risikoanalyse ausschlaggebend. Diese erfolgt in der Praxis häufig durch Erstellung einer sog. Risikomatrix, die die Haftungs- und sonstigen unternehmerischen Risiken abbildet, die das neue Instrument birgt, und diese ins Verhältnis zu den Risiken setzt, die nach der relevanten anwendbaren nationalen Rechtsordnung (insbesondere der Anwendung zwingender Verbraucherschutzvorschriften) bestehen. Auf dieser Basis wird schließlich entschieden, ob das Instrument im Geschäftsverkehr in diesem Land zur Anwendung gebracht werden soll. Das Instrument kann nur dann

207 Siehe die Beschreibung dieser Methodik bei *Zweigert/Kölz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 6, 42–43.

208 *Zweigert/Kölz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 33, 43; zur besonderen Rolle des „functional approach“ in der europäischen Rechtswissenschaft sowie zu Alternativkonzepten *Smits* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 443 ff.

209 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.

210 Siehe näheres zum Verbraucherbegriff unter § 5 I.

Akzeptanz finden, wenn etwaige zusätzliche Risiken und die hierfür jeweils zu kalkulierenden Kosten durch die Steigerung des Gewinns, der durch die Erschließung des neuen Markts zu erwarten ist, durch die hierdurch zu erreichende Ausweitung der Marktpräsenz (und die sonstige Verbesserung des Goodwills) und/oder durch die Senkung von Vertragskosten (dadurch, dass die Verträge nicht an eine weitere nationale Rechtsordnung angepasst werden müssen) zumindest aufgewogen werden. Es ist daher für die Umsetzung eines Verbrauchermobiliarmietrechts-instruments von essentieller Bedeutung, dass das Instrument keine im Vergleich zu nationalen Rechtsordnungen unüblichen Zusatzrisiken schafft bzw. der Umfang bestehender Risiken aufgrund von Rechtsklarheit eindeutig bestimmbar ist und diese somit kalkulierbar sind.

Soll sich ein solches Instrument im Markt etablieren, ist allerdings ebenso relevant, dass das Instrument durch die Verbraucher angenommen wird. Der Verbraucher, der weder die Mittel noch das rechtliche Wissen hat, um das Instrument einer rechtlichen und wirtschaftlichen Analyse zu unterziehen, wird sich daher nur darauf einlassen, bei einem ‚blue button‘-Händler zu bestellen, wenn aus seiner Sicht garantiert ist, dass ihm bei dieser Transaktion mindestens das Verbraucherschutzniveau gewährt wird, das ihm bei einem vergleichbaren Geschäft nach nationalem Recht zusteht. Entstehen durch diesen Verbraucherschutz allerdings erhöhte Transaktions- und insbesondere Rechtsverfolgungskosten seitens der Unternehmer und werden diese Kosten an den Verbraucher in spürbarer Weise weitergereicht, wird der Verbraucher bereits aus wirtschaftlichen Erwägungen auf eine andere Transaktion ausweichen.

Das optionale Mietrechtsinstrument muss daher zugleich die richtige Balance zwischen Rechtssicherheit für Unternehmer und einem hohen Verbraucherschutzniveau, das jedoch die Einzeltransaktion nicht wirtschaftlich unattraktiv macht, treffen.

§ 4 Anwendungsbereich

Der inhaltliche Rahmen der zu vergleichenden Vorschriften wird im Wesentlichen durch ihren sachlichen sowie persönlichen Anwendungsbereich abgesteckt.

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Mietrechts des DCFR bestimmt sich, ausgehend von der Definition des Mietvertrages in Art. IV.B.-1:101 Abs. 2 DCFR, über seine Wesensmerkmale, die Festlegung des weiteren Anwendungsbereichs in Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 bis 5 DCFR sowie die Abgrenzung zu anderen Vertragsarten.

1. Definition

Die Festlegung der Charakteristika des Mietvertrages bildet sowohl im deutschen Recht als auch im DCFR den gesetzlichen Ausgangspunkt der mietrechtlichen Regelungen.

a) Definitionstechnik

Art. IV.B.-1:101 Abs. 2 DCFR definiert den Mobiliarmietvertrag (contract for the lease of goods) als einen Vertrag, d.h. einen zweiseitiger „Rechtsakt“ (juridical act), Art. II.-1:101 Abs. 1 S. 2 DCFR, durch den der Vermieter dem ‚Mieter‘ ein temporäres Nutzungsrecht an einer beweglichen Sache gegen Zahlung eines Mietzinses (rent) gewährt. ‚Lease‘ bezeichnet demgegenüber die Rechtsbeziehung (legal relationship), die aufgrund dieses Vertrags entsteht, also das Mietverhältnis selbst, und führt damit die in Art. II.-1:101 Abs. 1 S. 1 DCFR angelegte Differenzierung zwischen Vertrag und hieraus resultierender rechtlicher Beziehung fort.²¹¹ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass laut des Definitions-Annexes der englische Begriff ‚lease‘ alle Arten von Mietverhältnissen umfassen soll, wohingegen er in der Terminologie des Common Law, beispielsweise im englischen Recht, primär für die Miete von Grundstücken und Gebäuden verwendet wird.²¹²

Das deutsche Recht legt den Begriff des Mietvertrags, ohne eine ausdrückliche Definition zu enthalten, in § 535 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB über die Beschrei-

211 An dieser Differenzierung scheint den Erstellern des DCFR besonders gelegen zu sein, DCFR Full Edition I, Intr. 36 (S. 13); DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments A (S. 1427) für das Mietrecht. Zu Recht weist freilich Hellwege, AcP 211 (2011), 665 (667 f.) darauf hin, dass der DCFR selbst die Unterscheidung bereits im Einleitungskapitel (bei Art. II.-1:103 Abs. 1) nicht durchhält.

212 *St. Hailsham of Marylebone*, Halsbury's Laws of England, Para 17, siehe dort auch Fn. 11; Smith, Property Law, 43, 349. Die Miete beweglicher Sachen hingegen wird im englischen Recht als ‚hire‘, bei kurzfristigeren Mietverhältnissen als ‚rental agreement‘ bezeichnet, Triebel, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 96; Worthington, Personal Property Law, S. 77.

bung der Hauptleistungspflichten der Parteien fest. Ein Mietvertrag liegt dann vor, wenn sich eine Partei verpflichtet, einer anderen den Gebrauch einer Sache gegen Entrichtung eines Entgelts zu gewähren.²¹³ Es handelt sich um einen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag, d.h. ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem die Leistungspflichten synallagmatisch verknüpft sind und durch das ein Dauerschuldverhältnis begründet wird.²¹⁴ Hier zeigt sich die durchgehend sehr abstrakte und durch begriffliche Präzision geprägte Systematik des BGB: Es orientiert sich nicht, wie andere Rechtsordnungen, primär am Vertragsbegriff,²¹⁵ sondern kennt – ebenso wie der DCFR – eine Oberkategorie, das Rechtsgeschäft.²¹⁶ Auch die dogmatische Trennung zwischen Vertrag und dem hieraus resultierenden Schuldverhältnis (d.h. ein Rechtsverhältnis, das eine oder mehrere privatrechtliche Verpflichtungen einer Person gegenüber einer anderen zum Inhalt hat²¹⁷) zeugt von einem im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen hohen Abstraktionsniveau. Diese Besonderheit der deutschen Rechtslehre geht auf die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts zurück²¹⁸ und blieb nicht ohne – mehr oder weniger intensiven – Einfluss auch auf die Entwicklung anderer europäischer Rechtsordnungen.²¹⁹ Das könnte zu dem Schluss verleiten, es handle sich um allgemeingültige Konzepte. Bereits ein Blick in andere Rechtskreise wie den des Common Law²²⁰ oder auch die von vielen deut-

213 BGH, Urt. v. 4.5.1970 – VIII ZR 179/68 Rz. 34 = MDR 1970, 1004, 1006; BGHZ 82, 354, 357 = NJW 1982, 820, 822; BGHZ 137, 106 = NJW 1998, 595.

214 Statt aller Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 17.

215 So versteht beispielsweise das englische Recht den Vertrag als ‚an agreement [...] affecting the rights and duties of the parties‘, Birks, English Private Law, Para 8.01 und sieht in seinen Regelungen zu Entstehung, Wirksamkeit, Wirkung und Beendigung des Vertrags eine chronologische Systematik (‘life of a contract’), wobei die Entstehung von Verpflichtungen der Parteien – anders als im Konzept des Rechtsverhältnisses – lediglich *eine* dieser Wirkungen darstellen soll, Whittaker UK, November 2008 (82 f.).

216 Zu der später dem BGB zugrunde gelegten Definition des Rechtsgeschäfts schon Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts I, § 69, zu abweichenden Auffassungen siehe dort Fn. 1. Das Rechtsgeschäft ist noch heute Leitbegriff der deutschen Rechtswissenschaft, Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, S. 132–135.

217 Statt aller Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 1 (S. 1).

218 Zu den Einflüssen der Pandektenwissenschaft auf das BGB Staudinger/Olsen, Vorbem. zu § 241 Rn. 111–117; Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 51–53; 128–135; MüKo-BGB/Säcker, Einleitung Rn. 23 ff.

219 Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 55–63; 135–146; zur Rezeption insbesondere der Rechtsgeschäftslehre siehe Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Begriff ‚Rechtsgeschäft‘ (S. 793 ff.).

220 Auch nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union sollte das Common Law aufgrund seiner vom Civil Law stark unterschiedlichen Perspektive in

schen Rechtswissenschaftlern geäußerte Skepsis gegenüber dieser abstrakten, geradezu „doktrinären“ Systematik des BGB²²¹ belegen jedoch das Gegenteil.

Es sollte daher – auch aus Sicht des deutschen Juristen – nicht als Selbstverständlichkeit betrachtet werden, dass sich viel von dieser Struktur und Abstraktionshöhe auch im DCFR wiederfindet. Nicht nur die beschriebene Differenzierung zwischen Vertrag und Rechtsverhältnis, sondern auch die Definitionstechnik durch die Bildung von Oberbegriffen erinnert stark an den Stil des BGB, wobei anzumerken bleibt, dass der *juridical act* richtigerweise nicht als inhaltsgleiches Double des Rechtsgeschäfts im Sinne des deutschen Zivilrechts begriffen werden kann;²²² in seiner ihm auch von DCFR zugewiesenen Funktion als Rechtsinstitut des Einzelnen zur privatautonomen und willentlichen Selbstgestaltung seiner Rechtsverhältnisse²²³ (siehe Art. II.-1:101 Abs. 2 DCFR sowie die *Definitions*) wurde er aber zumindest eindeutig an das deutsche Rechtsgeschäft angelehnt.²²⁴ Es bleibt zunächst also festzuhalten, dass die Definitionstechnik des DCFR der des deutschen Rechts sehr ähnlich ist, wobei lediglich der DCFR eine Legaldefinition enthält.

b) Definitionsbedarf

Dies wirft aus deutscher Sicht sogleich die Frage nach der Notwendigkeit einer Definition auf; auch Definitionen sind kein Selbstzweck: Warum also eine Definition verfassen, die lediglich die Hauptleistungspflichten der Parteien beinhaltet – hätte es nicht genügt, diese schlicht in den *Model Rules* zu statuieren? Sicherlich zutreffend ist, dass Definitionen ihrem Zweck nach grundsätzlich nur insoweit eingesetzt werden sollten, als sie der Rechtssicherheit dienen.²²⁵ Der DCFR allerdings kann nicht ohne weiteres den Bewertungsmaßstäben unterworfen werden,

rechtsvergleichenden Überlegungen weiterhin einzbezogen werden, zumal Irland voraussichtlich weiterhin als Common Law Nation in der EU verbleiben wird.

- 221 So MüKo-BGB/Säcker, Einleitung Rn. 28 ff., insbesondere Rn. 30, und StEckpfeiler/Schiemann, C. Rn. 6. Zweifelnd am Nutzen der Rechtsgeschäftslehre für die deutsche und europäische Rechtswissenschaft auch Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 63 f., 146, 150 sowie Schmidt, ZEuP 2010, 304 (310 m.w.N.).
- 222 Hellwege, AcP 211 (2011), 665 (666 f.); Viquer, ERPL 2009, 487 (490, 494); A.A. Schmidt, ZEuP 2010, 304 (307). Näher zur Abweichungen der Begriffe am Beispiel des Angebots und der ‚notice‘ Jansen/Zimmermann, AcP 210 (2010), 196 (202 ff., insbesondere 205). Diese Abweichung war von den Autoren des DCFR wohl nicht beabsichtigt, DCFR Full Edition I, Intr. 42 (S. 16).
- 223 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, § 2 1.
- 224 Dazu Grundmann, ERCL 2008, 225 (228). In diesem Sinne wohl auch Eidenmüller, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 73 (75) und Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al., JZ 2008, 529 (531), die den Begriff ohne weiteres mit „Rechtsgeschäft“ übersetzen, sowie Jansen/Zimmermann, AcP 210 (2010), 196 (202 ff.).
- 225 Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al., JZ 2008, 529 (547).

die für nationale Kodifikationen gelten: Für seine ihm von der Kommission zugesetzte Aufgabe der Verbesserung der Kohärenz des bestehenden Gemeinschaftsrechts und dessen Terminologie spielen gerade Definitionen eine zentrale Rolle:²²⁶ Sie können nicht nur Leitlinie für den europäischen Gesetzgeber bei der Überarbeitung bestehender und dem Erlass neuer Rechtsvorschriften sein, sondern gleichermaßen als Hilfestellung bei der Umsetzung in nationales Recht und der Interpretation durch nationale Gerichte dienen und auf diese Weise sowohl horizontal als auch vertikal²²⁷ zu einer einheitlicheren Anwendung des Unionsrechts beitragen. Auch und gerade im Rahmen der Erarbeitung eines europäischen Instruments des Mobilarmietrechts kommt den Definitionen eine maßgebliche Bedeutung zu. Denn die für die europäische Gesetzgebungstechnik typische Aufnahme eines Definitions katalogs erleichtert die Anwendung des jeweiligen europäischen Rechts instruments und trägt zu seiner gleichmäßigen Auslegung durch nationale Gesetzgeber und Gerichte bei. Ähnlich wie die CESL (VO) sollte daher auch ein Mietrechtsinstrument einen detaillierten Definitions katalog enthalten. Allerdings sollte dieser anders als in der CESL (VO) in den „materiell-rechtlichen“ Teil des Instruments integriert werden, da die Definitionen wesentlicher Bestandteil dieser materiellen Regelungen sind und eine Auskoppelung in den Teil der eigentlichen Verordnung wie in der CESL (VO) daher nicht zweckdienlich ist.²²⁸ Soweit für die Anwendung des Instruments von Relevanz, sollte ein solcher Katalog durchaus auch Begrifflichkeiten wie beispielsweise „Rechtsgeschäft“ oder „Verpflichtung“ enthalten, denen komplexe dogmatische Konzepte zugrunde liegen. Dem Einwand, mangels gemeinsamen Vorverständnisses der Mitgliedstaaten könnten solche Definitionen die einheitliche Normgeltung gefährden,²²⁹ kann entgegnet werden, dass mithilfe einheitlich verwendeter Definitionen gerade ein gemeinsames europäisches Verständnis bestimmter Rechtskonzepte geschaffen werden kann.

Hierbei ist freilich auf die Qualität der einzelnen Begriffsbestimmungen und auf ihr Zusammenspiel zu achten, um nicht etwa neue Unsicherheiten zu schaffen. Die im DCFR enthaltenen mietrechtlichen Definitionen sind in beiderlei Hinsicht noch verbesserungsfähig: Bei näherem Hinsehen entpuppt sich beispielsweise die Definition des Mobilarmietvertrages in Art. IV.B.-1:101 DCFR als überflüssig, da dieser Terminus bereits unter Rückgriff auf die Definitionen ‚lease‘, ‚contract‘ und ‚goods‘

²²⁶ So bereits die Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., S. 2, 19: „[Der gemeinsame Referenzrahmen] sollte die besten Lösungen bezüglich gemeinsamer Terminologie und Regeln bieten, also in Bezug auf die Definition grundlegender Konzepte und abstrakter Begriffe.“

²²⁷ So anschaulich Ferrari, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 313 (319).

²²⁸ Vgl. auch die Kritik von CESLComm/Wendehorst, Art. 1 Rn. 12.

²²⁹ Brandt, Die Chancen für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches, S. 48–50; Jansen/Zimmermann, AcP 210 (2010), 196 (249).

eindeutig festgelegt werden kann. Ein Negativbeispiel für die Definition abstrakter Rechtsbegriffe bietet der Begriff ‚right‘, der innerhalb der ‚lease‘ Definition verwendet wird. Unter Verweis auf den jeweiligen Kontext werden hier sechs verschiedene Bedeutungsvarianten genannt, die aufgrund der eingeschobenen Beispiele und der dogmatischen Kategorisierung eher lehrbuchartigen Charakter als Definitionsqualität aufweisen. Die Bedeutungsermittlung im konkreten Fall bleibt nach wie vor dem Leser überlassen, sodass der Exkurs in den Definitionsteil bestenfalls ergebnislos bleibt, potentiell aber zur Verunsicherung des Rechtsanwenders führen wird.

2. Zeitweise Gebrauchsüberlassung

Wie bereits angesprochen, bildet die zeitweise Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Zahlung eines Entgelts auch im DCFR die Wesenselemente der Miete (wobei die Gebrauchsüberlassungspflicht und die Zahlungspflicht unter § 7 bzw. § 8 noch näher beleuchtet werden).

Der DCFR bringt diese notwendige zeitliche Beschränkung des eingeräumten Nutzungsrechts in seiner Definition des Mietvertrags durch das Wort ‚temporary‘ zum Ausdruck und begreift die Vereinbarung eines dauerhaften Nutzungsrechts gegen Entgelt nicht als Miete.²³⁰ Daher darf bei Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit das Kündigungsrecht der Parteien nicht ausgeschlossen werden,²³¹ ein Grundsatz, der generell für Dauerschuldverhältnisse auf unbestimmte Zeit in Art. III.-1:109 Abs. 2 DCFR niedergelegt ist.

Obwohl der Wortlaut des § 535 BGB dies nicht ebenso deutlich reflektiert, bildet die zeitliche Begrenzung der Gebrauchsüberlassung auch im deutschen Recht ein Wesenselement der Miete.²³² Dies lässt sich aus der Formulierung des § 535 Abs. 1 BGB „während der Mietzeit“ ableiten, ist jedoch überdies dem System des Mietrechts inhärent. Zum einen in der Regel, dass auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Mietverhältnisse stets nach den gesetzlichen Vorschriften kündbar sind, § 542 Abs. 1 BGB, wobei dieses Kündigungsrecht wiederum lediglich in bestimmten Grenzen vertraglich ausgeschlossen werden kann: So ist auch im deutschen Mietrecht wie für alle Dauerschuldverhältnisse die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zwingend und unabdingbar.²³³ Für den Aus-

230 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments D (S. 1429), Art. IV.B.-2:101, Comments A (S. 1456); Art. IV.B.-2:102, Comments C (S. 1463).

231 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, Comments D (S. 1463).

232 MüKo-BGB/Bieber, § 546 Rn. 1; Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 3 (S. 17); MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 1.

233 RGZ 128, 1, 16; BGH NJW 1951, 836; WM 1969, 625; ZMR 1978, 207, 209 (Kündigung aus wichtigem Grund bei Zerstörung der Vertrauensgrundlage aus § 242 BGB abgeleitet und allgemein anerkannt); NJW-RR 1987, 903, 905 (das Recht zur Beendigung eines

schluss des ordentlichen Kündigungsrechts sind ebenfalls Beschränkungen zu beachten.²³⁴ Zum anderen zeigt auch die Existenz des § 544 BGB, dessen Zweck es ist, Erbmiete oder ähnliche überlange schuldrechtliche Nutzungsverhältnisse zu verhindern, die Absicht des Gesetzgebers, allgemein die Dauer von Mietverhältnissen zu beschränken.²³⁵

Sowohl DCFR als auch BGB begreifen also die zeitliche Begrenzung des Mietverhältnisses als Wesensmerkmal der Miete. Eng hiermit verbunden und ebenso wesentlich ist zudem der von beiden Regelungssystemen anerkannte Charakter des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis,²³⁶ was sich vor allem in den Folgen von Leistungsstörungen niederschlägt und zu Besonderheiten im Vergleich zu Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch führt (siehe unten § 10 VI.). Bezuglich sonstiger Fragen der Mietdauer sei auf die Ausführungen unter § 6 verwiesen.

3. Vertragsgegenstand ‚goods‘

Der Anwendungsbereich des Mietrechts wird zudem maßgeblich durch die Mietsache als zentraler Gegenstand der Vereinbarung bestimmt.

Aufgrund der breit angelegten Definition von ‚lease‘ und der Tatsache, dass Art. I-1:101 Abs. 2 lit. f DCFR nur Eigentum und Sicherungsrechte an Immobilien aus dem Anwendungsbereich des DCFR ausschließt, nicht aber die Miete unbeweglicher Sachen,²³⁷ erfasst der allgemeine Teil des DCFR zwar auch die Immobiliarmiete – ein Schluss, der auch dadurch gestützt wird, dass im II. und III. Buch durchgängig von ‚goods and other assets‘ die Rede ist und ‚assets‘ auch ‚property‘

Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund muss in seinem Wesensgehalt respektiert werden).

234 Ein Ausschluss bis zur Dreißig-Jahres-Grenze verstößt in einzelvertraglichen Vereinbarungen in der Regel nicht gegen § 544 BGB, OLG Hamm NZM 1999, 753, 754 (zu § 567 a.F.); anders aber in AGB, vgl. OLG Celle Urt. v. 16.8.1989 – 2 U 219/88 Rz. 40 = MDR 1990, 154, 155; Staudinger/Rößl, § 542 Rn. 56; auch für Wohnraummietverträge ist ein Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts grundsätzlich möglich, BGH NJW 2004, 1448 f; die zulässige Bindungsdauer ist laut Rechtsprechung allerdings erheblich kürzer (vgl. nur BGH NZM 2005, 419, 420: 4 Jahre bei Formularmietverträgen) und es gelten erhöhte Anforderungen an die Ausschlussvereinbarung, Emmerich/Sonnenschein/Rößl, § 542 Rn. 16 ff.

235 Siehe Motive bei Mugdan II, S. 230 Rn. 413: „Sie ist aus volkswirtschaftlichen Gründen für erforderlich erachtet, um die Erbmiete oder ein dieser ähnliches Verhältnis auszuschließen.“; RGZ 73, 341, 342; BGH NJW 1996, 2028, 2029; NJW 2004, 1523, 1524; OLG Karlsruhe WuM 2008, 552, 553; Soergel/Heintzmann, § 544 Rn. 1.

236 Zum BGB Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 17; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 Rn. 1; zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, Comments A (S. 1455).

237 DCFR Full Edition I, Intr. 30 (S. 11) das Immobiliarmietrecht gehört nicht zum ausdrücklich ausgeschlossenen „immovable property law“, wie ein Vergleich von Rn. 29 mit Rn. 28 zeigt; vgl. auch Hau, WuM 2010, 131 (132).

und damit unbewegliche Besitztümer einschließt. Jedoch beschränkt der DCFR den Anwendungsbereich seines speziellen mietrechtlichen Teils in Art. IV.B.-1:101 Abs. 1 DCFR explizit auf die Miete von Mobilien (‘goods’), d.h. laut Definitions-katalog körperliche bewegliche Gegenstände (‘corporeal movables’). Es ist daher anhand dieser beiden Merkmale zu untersuchen, inwieweit Unterschiede zum deutschen Recht bestehen.

a) Körperlichkeit

Die die ‚goods‘ kennzeichnende Körperlichkeit (‘corporeal’) setzt nach dem DCFR deren physische Existenz voraus, sei es in fester, flüssiger oder gasförmiger Gestalt. Auch die „Mietsache“ des deutschen Rechts erfasst allein Sachen i.S.d. § 90 BGB, d.h. nur körperliche Gegenstände,²³⁸ also jedes in räumlicher Abgrenzung für sich bestehende und im Verkehrsleben als selbstständige Einheit anerkannte Stück der beherrschten Materie.²³⁹ Ebenso wie im DCFR wird also an die Körperlichkeit als Hauptkriterium angeknüpft, für die im deutschen Recht die räumliche Abgrenzbarkeit, Beherrschbarkeit und Wahrnehmbarkeit als Kriterien herangezogen werden, wobei ausschlaggebend hierbei letztlich die Verkehrsauffassung ist.²⁴⁰

Mietverträge über Rechte sind somit weder nach DCFR noch nach BGB möglich, im deutschen Recht aber als § 581 Abs. 1 S. 1 BGB unterfallende Rechtspachtverträge zu qualifizieren.

Auch Immaterialgüter können im deutschen Recht mangels Körperlichkeit und folglich mangels Sachqualität²⁴¹ nicht Gegenstand von Mietverträgen sein, wobei Geisteserzeugnisse freilich in einem Datenträger verkörpert werden können und somit zumindest dem Träger als ihrem materiellen Substrat Sachqualität zukommt.²⁴² Als aktuelles Beispiel sei die Software als mögliches Mietobjekt genannt: Eine CD mit elektronisch kodierter Software kann, ebenso wie Hardware und Speicherkapazität auf einem fremden Server,²⁴³ daher ohne weiteres gemietet wer-

238 Motive bei *Mugdan III*, S. 18 Rn. 32.

239 RGZ 87, 43, 45; *Enneckerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I/1, § 121 II. (S. 761).

240 Staudinger/*Stieber*, § 90 Rn. 1 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 20 II (S. 386 f.).

241 BGHZ 44, 288, 294 (Apfel-Madonna).

242 Palandt/*Ellenberger*, § 90 Rn. 2; BeckOK-BGB/*Fritzsche*, § 90 Rn. 19, 26; Staudinger/*Stieber*, § 90 Rn. 4, 12 f.; MüKo-BGB/*Stremann*, § 90 Rn. 25.

243 BGH NJW 2007, 2394, 2394; OLG Köln MMR 2003, 191 f.; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 367; *Müller/Bohne*, Providerverträge, § 1 3.; AnwHB-IT/*Szelinski/Bussche*, Teil 1. IT-Vertragsgestaltung Rn. 340. *Access Provider*-Verträge, bei denen der Vertrags-schwerpunkt nicht auf der Nutzung des fremden Rechners, sondern auf dem Transport von Daten aus dem und ins Internet liegt, unterfallen hingegen dem Dienstleistungsrecht, BGH NJW 2005, 2076.

den, ohne dass ein Bedürfnis dafür besteht, die Software selbst als Sache zu qualifizieren.²⁴⁴ Die Diskussion um die Sacheigenschaft der Software setzt sich aber in Bezug auf Verträge über die Online-Nutzung fremder Software, die häufig im Rahmen sogenannter *Application Service Providing*- (kurz ASP-) Verträge geschuldet wird, fort. Derartige Vertragskonstellationen, bei denen der Kunde nur die auf dem Server des Anbieters gespeicherte Software nutzt, ohne eine Kopie auf dem eigenen Computer abzuspeichern, ordnet der BGH im Anwendungsbereich des deutschen Zivilrechts dem Mietrecht zu, u.a. unter Hinweis auf den Sachcharakter der auf dem Anbieterserver gespeicherten Software, da diese notwendigerweise, um nutzbar zu sein, auf einem Datenträger verkörpert werden müsse und somit stets selbst als Sache zu betrachten sei.²⁴⁵

Angesichts mittlerweile stark fortgeschrittenen technischer Möglichkeiten der Softwarenutzung ist allerdings zweifelhaft, ob diese sehr lose Form der Verkörperung überhaupt noch die Sacheigenschaft zu begründen vermag.²⁴⁶ Denn anders als zu Beginn der technischen Entwicklungen kann sich Software auf wechselnden Speichermedien befinden, ist körperlos (beispielsweise durch Funkwellen) übertragbar und kann sogar über virtuelle Hardware betrieben werden, sodass die Speicherung auf einem Datenträger heute letztlich von völlig untergeordneter Bedeutung ist. Die Anknüpfung der Rechtsprechung an diesen Aspekt wirkt daher konstruiert und spiegelt die definitorisch maßgebliche Verkehrsauffassung nicht wider. Dennoch kommt eine analoge Anwendung des Miet- bzw. Pachtrechts²⁴⁷ bei Online-Überlassung von Software oder ihrer Nutzung über einen fremden Server in Betracht,

244 Auch der BGH betrachtet in BGHZ 102, 135, 144 = NJW 1988, 406, 408 sowie in BGHZ 109, 97, 100 = NJW 1990, 320, 321 den „Datenträger mit dem darin verkörperten Programm“ als körperliche Sache, scheint jedoch in späteren Entscheidungen auf die Sachqualität der Software selbst abzustellen, NJW 1993, 2436, 2438; NJW 2007, 2394, 2394. Dem folgend König, NJW 1993, 3121 (3124 et passim); A.A. Junker, NJW 1994, 897 (903); Mehrings, NJW 1986, 1904 (1905); Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128 (3131 f.); sowie Heydh, CR 2010, 765 (770), die die Frage als durch den BGH nicht abschließend geklärt erachtet; für eine Erweiterung des Sachbegriffs plädiert Bydlinski, AcP 198 (1998), 288 (327 f.).

245 BGH NJW 2007, 2394, 2394 f.

246 Siehe auch Heydh, CR 2010, 765 (770); Maume/Wilser, CR 2010, 209 (210); Müller-Hengstenberg/Kirn, NJW 2007, 2370 (2370, 2373); Schoengarth, Application Service Providing, 54 f.

247 Siehe vWestphalen/Hoeren, IT-Verträge Rn. 160 ff.; Staudinger/Stieper, § 90 Rn. 15; Lejeune, CR 2007, 75 (78); Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, S. 456; Redeker, NJOZ 2008, 2917 (2922 f.); MüKo-BGB/Stremann, § 90 Rn. 25. Zwar setzt die Anwendung von Pachtrecht keine Sachqualität des Vertragsgegenstands voraus; entgegen der Ansicht von Heydh, CR 2010, 765 (773) kann es dennoch in den angesprochenen Fällen nicht pauschal herangezogen werden, sondern nur, wenn der Anwender über die Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) hinaus unmittelbare Rechtsfrüchte (§ 99 Abs. 3 BGB) zieht, vgl. auch Koch, Computer-Vertragsrecht, 411 f.

wenn man als ausschlaggebend für die rechtliche Qualifikation statt des vom *BGH* entwickelten Kriteriums die von den Parteien vertraglich übernommenen konkreten Pflichten betrachtet: Der Anbieter verpflichtet sich zur vorübergehende Gebrauchsüberlassung, die, wie vom *BGH* im ASP-Urteil – insoweit zutreffend – festgestellt, durch Ermöglichung des Zugriffs auf den Server erfolgen kann. Einer Besitzeinräumung bedarf es nämlich für die Überlassung der Mietsache nicht notwendigerweise; der Mieter muss lediglich in die Lage versetzt werden, die Mietsache vertragsgemäß zu gebrauchen.²⁴⁸ Auch die häufige Vereinbarung laufender *pro rata temporis*-Zahlungen unterstreicht den mietvertraglichen Charakter. Im Regelfall wird der Anbieter nach der Vereinbarung neben der Ermöglichung des Zugangs auch verpflichtet sein, die Gebrauchsfähigkeit der Software zu erhalten und sie vorbeugend zu überwachen, was der mietvertraglichen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht.²⁴⁹ Aufgrund dieser der Miete sehr ähnlichen Ausgestaltung des Rechtverhältnisses kann trotz Unkörperlichkeit der Mietsache daher Mietrecht analog herangezogen werden.

Der DCFR begreift Software ebenfalls als unkörperlich, wie auch die gemeinsame Auflistung mit anderen unkörperlichen Vermögensgegenständen wie Elektrizität, Informationen oder Daten im Kaufrecht in Art. IV.A.-1:101 Abs. 2 DCFR zeigt, dem derselbe Begriff von „goods“ zugrunde liegt. Sie kommt also ebenso nur in Verkörperung auf einem dauerhaften Datenträger („durable medium“) als Mietsache in Betracht.²⁵⁰ Art. 2 lit. j CESL (VO) bekräftigt diese rechtliche Einordnung von Software, indem diese nicht unter „Waren“, sondern die eigene Kategorie der „digitalen Inhalte“ fällt und somit die Problematik der Körperlichkeit von Software vermeidet.²⁵¹ Im DCFR-Kaufrecht wird explizit angeordnet, dass die kaufrechtlichen Regelungen mit geeigneten Anpassungen auch auf die genannten unkörperlichen Gegenstände anwendbar sein sollen, was die Frage aufwirft, ob das Fehlen einer solchen Anordnung in Art. IV.B.-1:101 DCFR den Rückschluss gebietet, dass die mietrechtlichen Regeln keine entsprechende Anwendung finden können. Zwar beabsichtigten die Verfasser des DCFR, ein kohärentes Regelungssystem zu schaffen, dessen Einzelregelungen ausweislich Art. I.-1:102 Abs. 1 DCFR autonom und im Gesamtkontext zu interpretieren sein sollen;²⁵² dennoch bleibt zu bedenken,

248 *BGH NJW-RR* 1989, 589; *NJW* 2002, 3322; *NJW* 2007, 2394.

249 *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 408.

250 DCFR Full Edition II, Art. IV.A.-1:101, Comments C (S. 1208).

251 Die gleiche Begriffsbestimmung hat der Europäische Gesetzgeber in Art. 2 Nr. 3, 11 auch für die Verbraucherrechterichtlinie übernommen.

252 DCFR Full Edition I, Art. I.-1:102, Comments (S. 87). Auch die Principles of European Law on Lease of Goods (PEL LG) wurden im grundsätzlichen Bestreben entwickelt, mit den Regelungen anderer spezieller Vertragstypen zu harmonieren *Lilleholt*, in: *Viquer/Zimmermann* (Hrsg.), European Private Law beyond the Common Frame of Reference, S. 57 (59).

dass der DCFR eine Kompilation aus neun verschiedenen Textmassen ist,²⁵³ die aufgrund zahlreicher innerer Widersprüche kein homogenes Ganzes bilden,²⁵⁴ sodass der festgestellten Diskrepanz wohl keine systematische Bedeutung zukommen soll.

Auch sachlich besteht kein Grund, den Anwendungsbereich des Kaufrechts innerhalb des DCFR auf andere Güter zu erstrecken als den seines Mietrechts. Einer analogen Anwendung der mietrechtlichen Regeln der DCFR auf Online-Softwareüberlassungsverträge steht daher nichts entgegen, zumal Art. I.-1:102 Abs. 4 DCFR explizit dazu ermutigt, Regelungslücken im Einklang mit den dem DCFR zugrundeliegenden Prinzipien, vorliegend die in Art. II.-1:102 Abs. 1 DCFR niedergelegte Vertragsfreiheit, zu schließen. Dem stehen auch gem. Art. II.-1:102 Abs. 1 DCFR keine zwingenden Regeln entgegen. Denn die einzige denkbare Anwendung von Dienst- bzw. Werkvertragsrecht („services“) ist vorliegend ebenso wie im deutschen Recht ausgeschlossen, da dies voraussetzen würden, dass eine Arbeitsleistung nach den spezifischen Bedürfnissen und Weisungen der anderen Partei erbracht wird, die – je nach der Parteivereinbarung – ggf. zu einem bestimmten Erfolg („outcome“) führen muss.²⁵⁵ Bei ASP-Verträgen ist jedoch regelmäßig keine über die Überlassung und Erhaltung der Software hinausgehende Leistung geschuldet und auch kein konkreter Erfolg. Eine analoge Anwendung des DCFR-Mietrechts kommt daher ebenfalls in Betracht.

Da sowohl das BGB als auch der DCFR nur Miete körperlicher Dinge vorsehen, sind sie, wie das Beispiel der Software zeigt, in diesem Aspekt sehr ähnlich und werfen dementsprechend bezüglich des Mietgegenstands parallele Fragen auf, die meist übereinstimmenden Lösungen zugeführt werden können.

b) Beweglichkeit

Der den Anwendungsbereich des DCFR-Mietrechts drastisch beschränkende Hauptunterschied besteht jedoch darin, dass der DCFR – trotz der zunächst breiter angelegten Definition von „lease“ – nur bewegliche („movables“) umfasst, während das BGB auch unbewegliche Gegenstände als Mietobjekt vorsieht. Der Ausschluss von Immobilien wird über die Definition des Oberbegriffs „movables“ bewirkt, der körperliche und unkörperliche, aber nicht unbewegliche Besitztümer („immovable property“) erfasst. In Abgrenzung zu „goods“ sind unter „immovable property“ Grundstücke zu verstehen oder etwas, das derart mit einem Grundstück verbunden ist, dass es nicht durch eine gewöhnliche menschliche Maßnahme fortbewegt wer-

²⁵³ Nämlich die Texte der sieben Arbeitsgruppen, der *Aquis Group* sowie die bereits zuvor entstandenen PECL, DCFR Full Edition I, Intr. 45 ff. (S. 17 ff.).

²⁵⁴ *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (541, 549, 550); *Jansen*, in: *Micklitz/Cafaggi* (Hrsg.), European Private Law after the Common Frame of Reference, S. 147 (166 f.).

²⁵⁵ DCFR Full Edition II, Art. IV.C.-1:101, Comments A (S. 1597); *Kadner Graziano*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), Service Contracts, S. 59 (63, 68).

den kann (‘anything so attached to land as not to be subject to change of place by usual human action’). Die Abgrenzung von Mobiliar- und Immobiliarmietrecht hängt also in vielen Fällen davon ab, was man als gewöhnliche menschliche Maßnahme begreifen mag, was im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten befürchten lässt.

Die allgemeinen Regelungen des DCFR sind *e contrario* Art. I-1:101 Abs. 2 lit. f zwar auch auf Immobiliarmietverhältnisse anwendbar.²⁵⁶ In Buch IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*), d.h. dem besonderen Schuldrecht, wird dieser Bereich jedoch, wie bereits festgestellt, über die Definition von ‘goods’ ausgeschlossen. Die Absicht der Verfasser des DCFR war allerdings die Ausklammerung des gesamten Immobiliarrechts, was vielleicht zu dem voreiligen und in dieser Pauschalität nicht haltbaren Schluss verleiten könnte, dass allein beweglichen Gütern Bedeutung im grenzüberschreitenden Handel zukomme²⁵⁷ und daher für die Behandlung des Immobiliarrechts kein Bedarf bestehe. Die offizielle Begründung geht dahin, dass schlicht aus organisatorischen und finanziellen Gründen einige Sujets unberücksichtigt bleiben mussten.²⁵⁸ Speziell bezüglich der Miete von Immobilien ist freilich plausibler, dass auf die Regelung dieses Rechtsgebiets verzichtet wurde, da es zum einen unterschiedlichste Ausgestaltungen in den verschiedenen Rechtstraditionen gefunden hat,²⁵⁹ zum anderen soziale und politische Aspekte empfindlich berührt²⁶⁰ und somit schwer konsensfähig ist. Wahrscheinlicher ist also, dass sich die Verantwortlichen mit Blick auf die Sicherstellung der späteren Akzeptanz des Regelwerks für die bloße Befassung mit dem Mobiliar(miet)recht entschieden. Diesem Trend folgt im Übrigen auch das CESL und bezieht sich nur auf bewegliche Kaufgegenstände, Art. 2 lit. h CESL (VO).

Im deutschen Recht kommt heute der Unterscheidung von Immobiliar- und Mobiliarmiete ebenfalls erhebliche Bedeutung zu. Nachdem beides bis zur Einführung

256 Siehe oben unter I. 3. b).

257 Ausführlich zur Binnenmarktrelevanz immobiliarmietrechtlicher Fragen bei *Hau*, JZ 2010, 553 (554).

258 DCFR Full Edition I, Intr. 29 (S. 11); von Bar, in: *Gottwald* (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, S. 1 (7).

259 *Lillebøl*, in: *Vaquer/Zimmermann* (Hrsg.), European Private Law beyond the Common Frame of Reference, S. 57 (58); Remien, in: *Schmid* (Hrsg.), Tenancy Law in the EU – A Comparative Survey of Private Law Housing Regulation (2).

260 *Lillebøl*, in: *Vaquer/Zimmermann* (Hrsg.), European Private Law beyond the Common Frame of Reference, S. 57 (58). Diese sensiblen Bereiche wurden bereits durch die PECL ausgespart, Remien, in: *Schmid* (Hrsg.), Tenancy Law in the EU – A Comparative Survey of Private Law Housing Regulation (13). Freilich korrespondiert mit der erhöhten sozialen Bedeutung die gesteigerte rechtliche Relevanz, was sich schon im deutschen Recht an der Flut der Rechtsprechung im Immobiliarmietrecht zeigt. Kritisch zu dieser Eingrenzung auch *Panek*, in: *Antonioli/Fiorentini* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, S. 143 (160 f.).

des sozialen Mietrechts rechtlich nahezu gleichbehandelt worden war,²⁶¹ gelten seit der Mietrechtsreform 2001²⁶² neben den für alle Mietverhältnisse geltenden Vorschriften (§§ 535-548 BGB) Sonderregelungen für Mietverhältnisse über Wohnraum, die eine zentrale Stellung einnehmen (§§ 549-577a), und über andere Sachen (§§ 578-580a). Die auf Mietverhältnisse über bewegliche Sachen anwendbaren Rechtsvorschriften beschränken sich daher auf die §§ 535 bis 548, 579 Absatz 1 Sätze 2 und 3, 580 sowie 580a Absätze 3 und 4 BGB. Bewegliche Sachen sind nach unvereinheitlichtem deutschen Mietrecht alle Sachen, die nicht Grundstücke, den Grundstücken gleichgestellt oder mit diesen verbunden sind.²⁶³ Für die Qualifikation dieser mit einem Grundstück verbundenen Sachen als unbeweglich ist es dabei unerheblich, ob sie einfache oder wesentliche Bestandteile i.S.d. § 93 BGB sind, denn auch einfache Bestandteile nehmen „für die Dauer der Verbindung [mit dem Grundstück] den Charakter des Unbeweglichen an“.²⁶⁴ Scheinbestandteile i.S.d. § 95 BGB, d.h. Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck oder zur Ausübung eines dinglichen Rechts mit dem Grund oder Boden oder Gebäude verbunden wurden, bleiben hingegen rechtlich selbstständige bewegliche Sachen.²⁶⁵ Auch Zubehör (§ 97 BGB), das im Zweifel als mit vermietet gilt,²⁶⁶ und einfache Bestandteile beweglicher Sachen kommen als Gegenstand des Mobiliarmietrechts in Betracht.

Auch der DCFR klammert ‚fixtures‘ (fest eingebaute Sachen) und ‚accessories to immovable property‘ (laut der Definition von ‚accessory‘ wohl einfachen Bestandteilen entsprechend) aus dem Anwendungsbereich des Mobiliarmietrechts aus, indem er sie dem unbeweglichen Vermögen zuschlägt.²⁶⁷ Schiffe und Flugzeuge werden sowohl im BGB als auch im DCFR als bewegliche Sachen kategorisiert,²⁶⁸ wobei im BGB – anders als im DCFR – für im See- oder Binnenschiffsregister bzw. für in der Luftfahrzeugrolle eingetragene Fahrzeuge (gem. § 98 Abs. 2 S. 1

261 Staudinger/*Emmerich*, Vor § 535 Rn. 21; *Emmerich/Sonnenschein/Emmerich*, Vor § 535 Rn. 7.

262 Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19.6.2001 (BGBl. I S. 1149), in Kraft seit 1.9.2001, BT-Drucks. 14/4553 und 14/5663.

263 Grundlegend RGZ 87, 43, 51.

264 RGZ 158, 362, 368 f. Im Unterschied zu wesentlichen Bestandteilen besitzen sie jedoch gem. § 93 BGB keine Sonderrechtsfähigkeit.

265 BGHZ 23, 57, 59 = NJW 1957, 457; NJW 1987, 774, 775; NJW-RR 2006, 1160, 1161; MiKo-BGB/*Sresemann*, § 95 Rn. 37.

266 Für die Grundstücksmiete folgt dies aus einer entsprechenden Anwendung des § 311c BGB, BGH WM 2000, 539, 542; NJW 2007, 216 Rz. 13; Staudinger/*Emmerich*, § 535 Rn. 5.

267 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments E (S. 1429).

268 Zum BGB Staudinger/*Emmerich*, § 578a Rn. 1. Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments E (S. 1429).

Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen) mit § 578a BGB eine Sonderbestimmung geschaffen wurde, die bei Veräußerung oder Belastung eines vermieteten Schiffes oder Flugzeugs zur Anwendung bestimmter immobiliarmietrechtlicher Vorschriften führt.

c) Sonstige Anforderungen

Neben den bereits genannten Hauptkriterien der Körperlichkeit und Beweglichkeit sind bezüglich anderen Aspekten des Mietgegenstands des DCFR der Vollständigkeit halber noch einige Anmerkungen zu machen. Es gilt für beide Regelwerke: Die Mietsache muss, wie auch die in Art. IV.B.-7:103 DCFR bzw. § 540 BGB vorausgesetzte Möglichkeit der Untervermietung zeigt, nicht im Eigentum des Vermieters stehen. Sie kann sich sogar im Eigentum des Mieters selbst befinden,²⁶⁹ beispielsweise in den Fällen, in denen dem Vermieter ein den Eigentümer von der Nutzung ausschließendes Nießbrauchrecht („usufruct right“) zusteht, in denen der Vermieter dem Eigentümer die von ihm gemietete Sache unvermietet oder in der Konstellation des *Lease-and-Lease-Back*. Als taugliches Mietobjekt kommen jeweils auch Tiere in Betracht, denen im deutschen Recht die Regelung des § 90a gewidmet wurde, ohne dass damit eine inhaltliche Einschränkung des Sachbegriffs verbunden gewesen wäre²⁷⁰ und die nach der Definition von „goods“ im DCFR als gewöhnliche bewegliche Sachen gehandhabt werden. Auch Sachgesamtheiten („aggregates of goods“) sowie vertretbare Sachen i.S.d. § 91 BGB („fungible goods“) können ohne weiteres gemietet werden.²⁷¹ Soll jedoch nach Ende der Mietzeit nicht dieselbe Sache, sondern Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückgegeben werden (wie oft im Fall von verbrauchbaren Sachen, § 92 BGB),²⁷² liegt wegen der auf die *konkrete* Sache bezogenen Rückgabeverpflichtung (Art. IV.B.-5:109 DCFR („the goods“) bzw. § 546 Abs. 1 BGB („die Mietsache“)) weder nach DCFR noch nach deutschem Recht Miete vor.²⁷³ Das BGB kennt für diesen Fall den Vertragstypus des Sachdar-

269 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments J (S. 1433). Für das BGB RGZ 104, 308, 309 f.

270 Wahrer Zweck der Einführung der Norm sei vielmehr die „Sedierung [aufgebrachter Tierschutzorganisationen] durch terminologische Konzession“ gewesen, Bydlinski, AcP 198 (1998), 288 (293). Die Verfasser des DCFR betonen im Übrigen ebenfalls, dass die Gleichbehandlung von Tieren mit Sachen keine ethischen Implikationen habe, DCFR Full Edition V, Art. VIII.-1:201, Comments (S. 4248).

271 Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments C (S. 1428). Zum BGB Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 3; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 63.

272 Auch diese Güter können jedoch vermietet werden, wenn sie nach ihrer Rückgabe weiterhin verbrauchbar sind, MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 63 – eine Argumentation, die wohl ebenso auf das DCFR Mietrecht zu übertragen sein dürfte.

273 Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments C (S. 1428). Zum BGB Soergel/Eckert, § 607 Rn. 2; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 63; Palandt/Weidenkaff, Einf v § 607 Rn. 2.

lehens, das in §§ 607 ff. BGB geregelt ist. Der DCFR regelt zwar ‚loans‘, allerdings nur Gelddarlehen. Der ‚loan for consumption‘, der Pendant des Sachdarlehens wäre, ist hingegen nicht eigens geregelt²⁷⁴ und kann auch nicht als ‚service contract‘ i.S.d. Buches IV Teil C (*Service*) begriffen werden, da in keiner Form Arbeitskraft geschuldet ist,²⁷⁵ sodass für diese Verträge auf die allgemeinen Regeln der Bücher II und III zurückgegriffen werden muss.

d) Résumé

Der Hauptunterschied bezüglich des Mietgegenstands zwischen BGB und DCFR liegt also in der rechtpolitisch bedingten Beschränkung des DCFR auf die Mobiliarmiete, wobei hierbei allenfalls die eher unscharfe Abgrenzung von Immobilien- und Mobiliarmietrecht kritikwürdig erscheint. Auch der Anwendungsbereich eines künftigen europäischen Mobilienrechtsinstruments dürfte aus den genannten Gründen auf die Miete beweglicher Gegenstände beschränkt sein, wobei jedoch darauf zu achten ist, griffigere Kriterien für die Abgrenzung bereitzustellen und so dessen Anwendungsbereich zweifelsfrei festzulegen. Für ein solches Instrument kommen also mannigfaltige Mietgegenstände in Betracht, deren Kreis durch die zunehmende Häufigkeit von Vertragsschlüssen via Internet noch erweitert wird. Weitere Konsequenz dieser Art des Kontrahierens ist, dass zunehmend auch Geschäften von Verbrauchern grenzüberschreitende Relevanz zukommt. Für Verbrauchermitverträge ist zum Beispiel zu denken an die grenzüberschreitende Miete von Fortbewegungsmitteln, d.h. von Kraftfahrzeugen, Motorrädern, Wohnwagen, Segel- und Motorbooten,²⁷⁶ nicht im Schiffsregister eingetragenen Schiffen und Fahrrädern, wobei die Kfz-Miete das wohl praxisrelevanteste Geschäft sein dürfte. Auch die grenzübergreifende Miete von Baumaschinen und anderen technischen Geräten, wie z.B. Ton- und Lichtanlagen für den privaten Gebrauch oder Gartengeräten, kommt in Betracht, von Ausstattung für Kranken- und Altenpflege, von Medien, wie die Miete von Filmen und Serien über Online-Anbieter oder – wie bereits erwähnt – von Raum auf Servern und von sonstigen Gegenständen zur Freizeitgestaltung, z.B. Reitpferden²⁷⁷, Hüpfburgen, Fotoausrüstungen, Strandkörben oder Musikinstrumenten.

4. Anwendungsbereich gem. Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 bis 5 DCFR

a) Abgrenzung zu Veräußerungsverträgen

Für den weiteren Anwendungsbereich bestimmt Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 DCFR, dass mietrechtliche Regeln unabhängig von der durch die Partei verwendeten Terminologie nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn eine nach einer bestimmten

274 DCFR Full Edition III, Art. IV.F.-1:101, Comments A (S. 2456).

275 DCFR Full Edition II, Art. IV.C.-1:101, Comments A (S. 1597f).

276 Zur Charter von Hochseeyachten als Miete BGHZ 130 128 = NJW 1995 2629.

277 OLG Köln NJW-RR 1993, 1119.

Nutzungsdauer vorzunehmende Eigentumsübertragung vereinbart wurde. Als wichtigstes Beispiel nennen die *Comments* hier den bedingten Kauf, insbesondere den Kauf unter Eigentumsvorbehalt (‘sale with retention of ownership’). Da derartige Verträge ohnehin der Definition des Kaufvertrags in Art. IV.A.-1:202 DCFR unterfallen, erhellt erst die folgende Überlegung den Zweck der Abgrenzung: Ließe man die der Eigentumsübertragung vorausgehende Überlassung der Sache als mietvertragliches Element genügen und ginge man daher von einem gemischten Vertrag i.S.v. Art. II.-1:107 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 DCFR aus, könnte man mietvertragliche Regeln in dieser Konstellation für anwendbar halten.²⁷⁸ Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 DCFR will also derartige Abgrenzungsschärfen verhindern²⁷⁹ und schließt daher als speziellere Regelung i.S.d. Art I.-1:102 Abs. 5 DCFR klarstellend die Anwendung mietrechtlicher Regelungen aus. Die bloße Option des Eigentumserwerbs soll nach Art. IV.B.-1:101 Abs. 4 DCFR die Anwendung mietrechtlicher Vorschriften freilich nicht hindern, selbst, wenn der Gläubiger beweisbar von Beginn an die Option auszuüben beabsichtigte oder die Ausübung objektiv wirtschaftlich sinnvoll wäre.²⁸⁰ Absatz 4 stellt die Anwendbarkeit mietvertraglicher Regeln für die bereits definitorisch von Absatz 2 erfassten ‚financial leases‘ klar, für die allerdings in Buch IV.B. etliche Sonderregelungen vorgesehen sind.²⁸¹

Im Gegensatz zum DCFR kommt das deutsche Recht ohne explizite Festlegung eines Anwendungsbereichs aus. Dieser folgt vielmehr aus der Gesetzesystematik und der Beschreibung der vertraglichen Grundpflichten in § 535 BGB.

Auch das deutsche Mietrecht findet keine Anwendung auf Verträge, die auf endgültige Übertragung eines Vermögensgegenstandes in fremdes Vermögen und damit auf einen Wechsel in der Güterzuordnung gerichtet sind (sog. Veräußerungsverträge),²⁸² insbesondere nicht auf den bedingten Kauf, den das deutsche Recht in der Form des Kaufs mit aufschiebend bedingter Übereignung kennt.²⁸³ Der Mietvertrag als Gestattungsvertrag zielt hingegen nur auf zeitweilige Überlassung des Ge-

278 Dies entbehrt nicht einer gewissen Nachvollziehbarkeit, wie das Beispiel des römischen Rechts belegt, das als Ersatz für die fehlende Institution des Eigentumsvorbehalts dem Käufer bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung die Stellung eines Mieters oder Prekaristen einräumte, *Kunkel/Honsell/Mayer-Mahy, et al., Römisches Recht*, § 63 (S. 163).

279 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments A* (S. 1427), *Comments G* (S. 1431).

280 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments G* (S. 1431).

281 Der DCFR verzichtet aufgrund unterschiedlicher Gestaltungsvarianten bewusst auf die Definition solcher ‚financial leasing contracts‘, DCFR Full Edition II, 1431 f. So knüpfen die Sonderregelungen teilweise an das Vollamortisierungselement (beispielsweise Art. IV.B.-2:103, IV.B.-3:101, IV.B.-3:104 und IV.B.-5:104 DCFR), teilweise an das Finanzierungselement (z.B. Art. IV.B.-4:104 DCFR) an.

282 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, § 48 I (S. 212).

283 DCFR Full Edition VI, Art. IX.-1:103, *Comments C* (S. 5399).

brauchs der Sache.²⁸⁴ Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insoweit allenfalls in Verträgen, die Elemente beider Gattungen enthalten, so beispielsweise der Abzahlungs- und der Mietkauf (Näheres hierzu unter 5. a)).

Der Begriff „Leasing“ wird im BGB nicht verwendet²⁸⁵, ist jedoch auch dem deutschen Recht bekannt und umfasst verschiedene Vertragsformen, die wirtschaftlich der mittel- und langfristigen Verschaffung der unternehmerischen Einsatzmöglichkeit von Wirtschaftsgütern gegen Entgelt dienen,²⁸⁶ d.h. zumindest auch entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Gütern auf Zeit betreffen, sodass auch hier eine grundsätzliche Nähe zum Mietrecht besteht. Das im DCFR in Art. IV.B.-1:101 Abs. 4 umschriebene ‚financial leasing‘ entspricht in seinen Merkmalen den im deutschen Recht als Finanzierungsleasing bezeichneten Verträgen, deren rechtliche Einordnung allerdings höchst umstritten ist. Auch wenn diese Verträge verbreitet in erster Linie dem Mietrecht zugeschlagen werden,²⁸⁷ unterscheiden sich beide Modelle maßgeblich: Während das Finanzierungsleasing durch die Finanzierungsfunktion und das Vollamortisationsprinzip gekennzeichnet ist, fehlt dem auf die Gebrauchsüberlassung konzentrierten herkömmlichen Mietvertrag jegliches Finanzierungslement; etwaige Amortisationserwägungen werden bei ihm nicht wesentlicher Vertragsbestandteil, sondern dienen dem Vermieter allenfalls als interner Kalkulationsfaktor.²⁸⁸ Finanzierungsfunktion und Amortisationsinteresse kennzeichnen auch das *Sale-and-Lease-Back*-Geschäft, bei dem das Leasinggut durch den Leasingnehmer an den Leasinggeber veräußert wird, um es sodann zurück zu leasen.²⁸⁹ Es wird deshalb trotz des Fehlens der die sonst das Leasing kennzeichnenden Dreieckskonstellation nach herrschender Meinung dem Finanzierungsleasing zugeordnet und im Wesentlichen wie dieses behandelt.²⁹⁰ Das Operating-Leasing

284 Soergel/Heintzmann, Vor § 535 Rn. 16. Zum Begriff des Gebrauchsüberlassungsvertrags siehe *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 1 (S. 1 f.).

285 Beachte aber zumindest die Umschreibung des Finanzierungsleasing in § 506 Abs. 2 BGB.

286 LeasingHB/Martinek, § 2 I (S.10).

287 BGHZ 68 118, 123 = NJW 1977, 848, 849; BGHZ 71, 189, 193 f. = NJW 1978, 1383, 1384; BGH NJW 1982, 870, 871; BGHZ 112, 65, 71 = NJW 1990, 3016, 3017; siehe zum Meinungsstand Staudinger/Stoffels, Leasing Rn. 64 ff. m.w.N.

288 Zum Vollamortisationsprinzip BGHZ 95, 39, 52 ff. = NJW 1985, 2253, 2256 f.; BGHZ 112, 65, 71 f. = NJW 1990, 3016, 3017 f.; Siehe auch die Unterscheidung bei MüKo-BGB/Koch, Finanzierungsleasing Rn. 26; Staudinger/Stoffels, Leasing Rn. 10 ff.; Graf von Westphalen (Hrsg.), Der Leasingvertrag, Kapitel A Rn. 12.

289 Staudinger/Stoffels, Leasing Rn. 30 ff.; vWestphalen/Graf von Westphalen, Leasing Rn. 36.

290 BGH NJW 1990, 829, 831; BFH BB 2006, 1668, 1670; MüKo-BGB/Koch, Finanzierungsleasing Rn. 13; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 66 I (S. 103); Staudinger/Stoffels, Leasing Rn. 31; vWestphalen/Graf von Westphalen, Leasing Rn. 36. A.A. LeasingHB/Martinek, § 3 VIII (S. 28). Papapostolou, Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, S. 31.

hingegen, das als jederzeit kündbarer, meist kurzfristig angelegter Vertrag nicht auf Vollamortisation gerichtet ist und das Finanzierungselement entbehrt, ist nach einhelliger Ansicht wegen des dominierenden Gebrauchsüberlassungsinteresses dem Mietrecht zuzuordnen.²⁹¹ Im deutschen Recht findet also das Mietrecht auf Leasingverträge grundsätzlich Anwendung, wobei die folgende Abhandlung, in deren Zentrum der typische, durch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung gekennzeichnete Mietvertrag steht, Finanzierungsleasingverträge (sowie das *Sale-and-Lease-Back*) nicht vertieft behandelt.²⁹²

b) Regelung vertraglicher Rechtsfolgen

Art. IV.B.-1:101 Abs. 5 DCFR, der feststellt, die mietrechtlichen Spezialregelungen seien allein auf die *vertragliche* Rechtsbeziehung aus dem Mietvertrag anwendbar, mag zumindest den deutschen Rechtsanwender zunächst verwundern, da bereits die systematische Stellung des Mietrechts in Buch IV des DCFR deren primären Regelungsgegenstand indiziert. Der in Absatz 5 implizit beabsichtigte Ausschluss dinglicher Regelungen²⁹³ erklärt sich aber dadurch, dass nicht alle mitgliedsstaatliche Rechtsordnungen die Miete als schuldrechtliches Rechtsverhältnis behandeln. Als Beispiel sei nur das englische Recht genannt, das zumindest die Immobiliarmiete nicht dem Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse zuordnet, sondern in ihr ein dingliches, durch vertragliche Ansprüche ergänztes Rechtsverhältnis sieht.²⁹⁴

Wie sich bereits aus der Stellung des Mietrechts im BGB ergibt (Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse), werden im deutschen Recht ausschließlich die schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien geregelt. Allenfalls für die hier nicht zu behandelnde Wohnraummiete wird vereinzelt eine gewisse Verdinglichung der Miete vertreten.²⁹⁵

291 BGH NJW 1998, 1637, 1639; Flume, DB 1972, 1 (2); LeasingHB/Martinek, § 4 Rn. 4 ff.; Graf von Westphalen (Hrsg.), Der Leasingvertrag, Kapitel A Rn. 9, Kapitel B Rn. 76.

292 Speziell zum Finanzierungsleasing im DCFR und einem Vergleich zum österreichischen Recht siehe Gräßlinger, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Finanzierungsleasing?.

293 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments B (S. 1428).

294 National Carriers Ltd v Panalpina Northern Ltd [1981] AC 675, per Lord Wilberforce: „[...] a lease is more than a contract: it conveys an estate in land,“ woraus er den konsequenteren Schluss zieht, dass ‚lease contracts‘ eigenen Prinzipien unterliegen, sodass nicht ohne weiteres auf die Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts zurückgegriffen werden kann. Siehe auch Ingram v IRC [1997] All ER 395, per Lord Justice Millet; Megarry/Wade, The Law of Real Property, 628 f.

295 So Canaris, in: Jakobs/Knobbe-Kenk/Picker u. a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, S. 371 (392); Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 1 (S. 7); näher zur Dinglichkeit der Miete Lönning, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, insbes. § 2–3 (S.18 ff.). Deziert gegen eine solche Bezeichnung sprechen sich jedoch Staudinger/

5. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

Um die Konturen des Gebiets des Mobiliarmietrechts näher zu bestimmen, ist ferner eine Negativabgrenzung zu den Bereichen anderer Rechtsverhältnisse nützlich. Diese Abgrenzung erfolgt für beide zu betrachtende Systeme zum einen nach den (im deutschen Recht dem § 535 BGB impliziten) Wesensmerkmalen der Miete und zum anderen nach dem Gesamtinhalt der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, ohne dass hierbei die Vertragsbezeichnung durch die Parteien ausschlaggebend ist (siehe auch Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 DCFR).²⁹⁶ Im Folgenden werden insbesondere die Unterschiede zum Kauf, zur Pacht, zur Leih sowie zum Dienst- und Werkvertragsrecht untersucht. Die Verwahrung wird hauptsächlich in Abgrenzung zur Immobiliarmiete relevant²⁹⁷ und bleibt daher außer Betracht.

a) Kauf

Aus Sicht des DCFR scheint der größte Abgrenzungsbedarf gegenüber den kaufrechtlichen Regelungen zu bestehen²⁹⁸ – womöglich, weil die Verfasser des Entwurfs bereits die spezielle wirtschaftliche und unionspolitische Relevanz des kaufrechtlichen Teils antizipierten – und zwar wird die Abgrenzung vor allem für Kostellationen relevant, in denen es nach einer Phase der Gebrauchsüberlassung zur Eigentumsübertragung kommt, so wie in der bereits unter 4. a) besprochenen Gestaltungsvariante des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt.

Abgrenzungsschwierigkeiten treten vor allem bei Verträgen auf, die nicht auf sofortigen Einmaltausch der Leistungen gerichtet und somit nicht ohne weiteres dem Kaufrecht zuzuordnen sind (für den DCFR *argumentum e* Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 DCFR).

Wenn der (verpflichtenden, nicht als bloße Option ausgestalteten) Eigentumsübertragung eine Zeitspanne vorausgeht, während der der Vertragspartner bereits zum Gebrauch des Gegenstands berechtigt ist – also mietrechtliche Elemente hinzutreten – soll, ungeachtet der Regel über Mischverträge in Art. II.-1:107 Abs. 1 und 2 DCFR, nicht einmal partiell Mietrecht Anwendung finden, sondern ausschließlich

Emmerich, § 566 Rn. 6 und MüKo-BGB/*Häublein*, Einl. § 535 Rn. 7 sowie bei § 566 Rn. 3 aus.

296 Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments G (S. 1430). Zum BGB Schmidt-Futterer/*Blank*, Vor § 535 Rn. 3.

297 *Fritz*, Gewerberaummietrecht, I. Rn. 18; MüKo-BGB/*Häublein*, Vorbem. zu § 535 Rn. 12 f.

298 Siehe Art. IV.B.-1:101 Abs. 3 und 4; DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments G (S. 1430 f.).

Kaufrecht gelten.²⁹⁹ Aus Sicht des deutschen Rechts findet sich die beschriebene Situation beim Mietkauf, dem Teil- bzw. Abzahlungskauf (auch als „gestreckter Kauf“ bezeichnet)³⁰⁰ und bestimmten Varianten des hier nicht zu behandelnden Finanzierungsleasing. Der Mietkauf ist ein Mietvertrag mit eingeräumter Kaufoption, wobei die bereits gezahlten Mietraten ganz oder teilweise auf den Kaufpreis angerechnet werden.³⁰¹ Bis zur Zäsur der Ausübung des Erwerbsrechts ist Miet-, im Anschluss hieran Kaufrecht anzuwenden.³⁰² Der DCFR, in dessen System diesem Vertrag das ‚hire-purchase‘ entspricht,³⁰³ wählt dieselbe Lösung: Da es sich um eine bloße Kaufoption handelt, gilt nicht Art. IV.B.-1:101 Absatz 3 DCFR, sondern Absatz 4, sodass gem. Art. II.-1:107 Abs. 2 DCFR auch nach dem DCFR Mietrecht für den ersten und Kaufrecht für den zweiten Vertragsabschnitt bestimend ist. Auch beim Abzahlungskauf, d.h. dem Kauf beweglicher Sachen mit Teilzahlungsabrede,³⁰⁴ wird der Gegenstand bereits während der Phase der stückweisen Zahlung des vorher bestimmten oder bestimmbaren Kaufpreises überlassen und erst nach vollständiger Zahlung übereignet. Auch diese Form unterliegt wegen der bereits anfänglichen eindeutigen Ausrichtung auf den Erwerb des Gegenstands dem Kaufrecht.³⁰⁵ Auch nach den Regelungen des DCFR gelangt man für diese Konstellation unproblematisch nach Art. IV.A.-1:202, IV.B.-1:101 Abs. 3 DCFR zur Anwendung des Kaufrechts.

b) Leihe

Aufgrund der gemeinsamen Zielrichtung dieser Verträge (Gebrauchsüberlassung auf Zeit) näherliegend und daher in der deutschen Rechtsliteratur häufiger thematisiert ist die Abgrenzung zu anderen Gestattungsverträgen, namentlich zur Leihe.

Sowohl im DCFR als auch im BGB ist unentgeltliche Gebrauchsüberlassung nicht unter Miete zu fassen.³⁰⁶ Von Mietzins bzw. ‚rent‘ kann nur dann gesprochen wer-

299 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments G (S. 1430); *Lillebølt*, in: *Viquer/Zimmermann* (Hrsg.), European Private Law beyond the Common Frame of Reference, S. 57 (63 f.).

300 Dazu MüKo-BGB/*Westermann*, Vorbem. zu § 433 Rn. 28.

301 BGH WM 1985, 634, 635; WM 1990, 1307, 1308; Palandt/*Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rn. 30.

302 Näher hierzu Staudinger/*Stoffels*, Leasing Rn. 40; MüKo-BGB/*Westermann*, Vorbem. zu § 433 Rn. 28.

303 Vgl. die Beschreibung bei DCFR Full Edition VI, Art. IX.-1:103 Comments C (S. 5399).

304 Staudinger/*Beckmann*, Vorbem. zu § 433 ff. Rn. 142; Reinicke/*Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 1273; MüKo-BGB/*Westermann*, Vorbem. zu § 433 Rn. 28.

305 Wegen dieser klaren Zielrichtung wird in der Literatur die Abgrenzung zum Mietrecht kaum diskutiert. Beachte aber die Abgrenzung bei BGH WarnR 1964 Nr. 88 (Kauf einer Rennstute gegen Beteiligung an Gewinn geldern).

306 Vgl. Art. IV.B.-1:101 Abs. 2; DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments F (S. 1430).

den, wenn nach der Parteivereinbarung diese Leistung ernstlich als Entgelt (hierzu näher § 8 I.) für die Gebrauchsüberlassung gewollt ist, d.h. nicht rein symbolischen Charakter hat. Selbst ein Rechtsverhältnis, bei dem die Gebrauchsüberlassung gegen ein (weit) unter der Marktmiete liegendes Entgelt gewährt wird, ist daher als Miete zu qualifizieren.³⁰⁷ Unentgeltliche Gebrauchsüberlassungsverträge sind im deutschen Recht als Leihe einzurordnen, mit der Konsequenz, dass der Vermieter abweichend von den mietvertraglichen Regelungen statt „aktiver“ Gebrauchsgewährung lediglich Gebrauchsgestattung schuldet und der Entleiher anstelle des Vermieters (§ 535 Abs. 1 S. 3 BGB) die Lasten trägt (§ 601 Abs. 1 BGB).³⁰⁸

Der DCFR enthält keine besonderen Regelungen zum Vertragstyp der Leihe. Insbesondere scheidet die Behandlung als ‚service contract‘ aus, der zwar grundsätzlich auch als unentgeltlicher Vertrag denkbar ist, Art. IV.C.-1:101 Abs. 1 lit. b DCFR, jedoch stets des Einsatzes von Arbeitskraft durch den Leistungserbringer bedarf, ggf. zur Erzielung eines gewissen Erfolges, und damit eines über die bloße Gebrauchsüberlassung hinausgehenden Tätigwerdens.³⁰⁹ Auch die Regelungen der ‚donation‘ in Buch IV.H. finden keine Anwendung, da diese gem. Art. IV.H.-1:101 Abs. 2 DCFR immer eine Eigentumsübertragung voraussetzen.³¹⁰ Daher bleibt es bei der Anwendung der allgemeinen Regeln der Bücher I bis III auf diese Verträge. Zwar wurde die Aufnahme des ‚gratuitous use‘ bei der Erstellung des DCFR durchaus erwogen, ein entsprechender Entwurf konnte jedoch aus Zeitgründen letztlich keine Berücksichtigung finden.³¹¹ Aufgrund ihrer geringen wirtschaftlichen Relevanz dürften wohl auch in Zukunft keine weiteren Vereinheitlichungsversuche bezüglich der Leihe zu erwarten sein.

c) Pacht

Als weiteres Beispiel für einen Gestaltungsvertrag ist die Pacht zu nennen. Ein Gesichtspunkt, der den Anwendungsbereich des DCFR-Mietrechts im Vergleich zu dem des BGB erweitert, ist, dass ‚use of goods‘ laut der *Comments* zugleich den Genuss von Früchten der Mietsache miteinschließen soll.³¹² Das Mietrecht des

307 Zum BGB *BGH LM* § 535 BGB Nr. 45 = WM 1970, 853, 854; *OLG Stuttgart ZMR* 2010, 446, 447; dies gilt auch, wenn das Entgelt nur einmalig zu entrichten ist, *BGH NZM* 2003, 372, 374. Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments F* (S. 1430).

308 *Fritz*, Gewerberaummietrecht, I. Rn. 17; MüKo-BGB/*Häublein*, Vorbem. zu § 535 Rn. 10.

309 DCFR Full Edition II, Art. IV.C.-1:101, *Comments A* (S. 1597).

310 Der Verweis bei DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments F* (S. 1430) auf die Regelungen der *Donation* scheint daher eher fragwürdig.

311 *Basedow/Hopt/Zimmermann, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Stichwort ‚Gratuitous Use‘ (S. 800); Zum Inhalt des Entwurfs siehe auch *Basedow/Hopt/Zimmermann, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Stichwort ‚Leihe‘ (S. 1007).

312 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments C* (S. 1428).

DCFR erfasst also Teilespekte dessen, was im deutschen Recht als Pacht gem. § 581 BGB einzuordnen wäre, namentlich den Aspekt des Fruchtgenusses, sodass „goods“ definitorisch „fruits“ einschließt und sich eine exakte Unterscheidung der Termini erübrigert. Er enthält daher auch keine Definition von „fruits“, sondern will die Reichweite der Nutzung im Einzelfall der Vertragsvereinbarung und den sonstigen Umständen entnehmen. Grundsätzlich sollen neben „natural fruits“ insbesondere Einnahmen aus Unter Vermietung (also wohl auch Rechtsfrüchte) erfasst sein.³¹³

Im deutschen Recht ist die oft komplizierte Unterscheidung zum Fruchtgenuss aufgrund der separaten Regelung des Pachtvertrags wichtiger, wenngleich die Vorschriften über den Mietvertrag gem. § 581 Abs. 2 BGB größtenteils entsprechende Anwendung finden. So ist die unentgeltliche Überlassung beweglicher Sachen, die natürliche Früchte hervorbringen können und zu diesem Zweck überlassen werden, wie beispielsweise Tiere (§ 90a S. 3 BGB) zur Gewinnung von Milch, Wolle oder Jungtieren (Erzeugnisse i.S.d. § 99 Abs. 1 BGB), ohne weiteres Pacht.³¹⁴ Bezuglich beweglicher Sachen, die nicht von Natur aus fruchttragend sind, wie beispielsweise Maschinen und Fahrzeugen, ist jedoch nach der Rechtsprechung zu differenzieren, ob sie bei Vertragsschluss geeignet sind, als unmittelbare Quelle für Erträge zu dienen und vertraglich zur entsprechenden Nutzung überlassen werden, sodass Pacht vorliegt, oder ob sie lediglich Gebrauchsvorteile bringen und sie daher Mietobjekt sind.³¹⁵ Teilweise wird diese Anknüpfung als zu eng kritisiert und stattdessen der vereinbarte Vertragszweck, d.h. das wirtschaftliche Interesse der Parteien, als allein maßgeblich angesehen.³¹⁶ Pacht kommt zudem bei Unter Vermietung in Betracht, bei welcher der Weitervermietende juristische Früchte (§ 99 Abs. 3 BGB) aus der Sache zieht.

Die Relevanz der Abgrenzung von Miete und Pacht hat im deutschen Recht jedoch zum einen dadurch abgenommen, dass viele öffentlich-rechtliche Regelungen beide Rechtsinstitute nunmehr gleich behandeln. Zum anderen schwindet ihre Bedeutung aufgrund der zunehmenden Praxis, einzelvertragliche Regelungen der entscheidenden Punkte zu treffen und folglich pachtrechtliche Sonderregelungen abzubedin-

313 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments C (S. 1428).

314 RGZ 22, 272, 274; Staudinger/Stieper, § 99 Rn. 6.

315 RGZ 109, 206; RGZ 122, 274, 276; BGH ZMR 1969, 206; NJW 1979, 2351; WM 1981, 226. Vgl. auch die Abgrenzung in BGH LM Nr. 7 zu § 196 BGB = MDR 1962, 719 (Miete eines Lastkahns); LM Nr. 18 zu § 196 BGB = NJW 1968, 692, 693 (Miete einer Bäckereimaschine); anders – allerdings ohne Begründung – NJW 1969, 879, 880 (Pacht einer Kaffeeröstmaschine). So auch MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535 Rn. 6; Jauer-nig/Teichmann, § 581 Rn. 3.

316 Michalski, in: Jickeli/Krentz/Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, S. 383 (402 f.); Voelkskow, NJW 1983, 910 (911 et passim).

gen³¹⁷ sodass die Einordnung auch in der Rechtsprechung häufig offen gelassen wird.³¹⁸ Gerade bei beweglichen Sachen, für welche die pachtrechtlichen Vorschriften des BGB im Vergleich zu Landpachtvertrag ohnehin nur wenige Sonderregelungen bereithalten (nämlich lediglich bezüglich des Inventars, §§ 582 ff.), wirkt sich die rechtliche Einordnung zudem inhaltlich kaum aus.

Es ist daher unbedenklich und im Sinne einer möglichst einfachen Regelung sogar sinnvoll, dass der DCFR, der nur die Fahrnmiete behandelt, auch den Fruchtgenuss unter Miete fasst und detaillierte Regelungen der Parteivereinbarung überlässt, sodass der so erweiterte Anwendungsbereich des Mobiliarmietvertrages auch für ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument beibehalten werden sollte.

d) Dienst- und Werkvertrag

„Service“ erfasst im System des DCFR nicht nur den klassischen Dienstvertrag der nationalen Vorbilder, sondern ist als eigenständiges Modell konzipiert, bestehend aus einem Teil mit allgemeinen Regelungen zum „service“ und besonderen Bestimmungen für die nach sechs Basisaktivitäten typisierten „service“-Verträge. Diese Vertrags-Prototypen sind aus deutscher Sicht teilweise dem Werkvertrags-, dem Dienstleistungs- sowie dem Recht der Verwahrung zuzuordnen. Sie sind nicht nach abstrakten Merkmalen des Leistungsversprechens kategorisiert, sondern es stehen grundsätzlich ergebnis- und tätigkeitsbezogene Pflichten gleichberechtigt nebeneinander, wie Art. IV.C.-2:105 und Art. IV.C.-2:106 DCFR zeigen. Für die Vertragsarten wird dann jeweils die eine oder andere Pflicht als (die Alternative aber nicht ausschließende) Regel angenommen, wobei den Ausschlag für die Zuordnung letztlich die konkrete Parteivereinbarung geben soll.³¹⁹

Bei Verträgen, die sowohl Elemente des „service contract“ als auch des „lease contract“ enthalten, bestimmt sich die Abgrenzung der Vertragsarten – ebenso wie bei anderen „mixed contracts“ – nach Art. II.-1:107 DCFR.³²⁰ Gemäß dessen Abs. 3 lit. b und Abs. 4 ist Mietrecht anzuwenden, wenn das Gebrauchsüberlassungselement den Vertrag eindeutig beherrscht und der zu erbringende „service“ lediglich als Nebensächlicher, untergeordneter Aspekt erscheint, wie beispielsweise die Repara-

317 Michalski, in: Jickeli/Kreutz/Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, S. 383 (383).

318 Beispielsweise OLG Köln MMR 2003, 191.

319 Näher zu den Pflichten im „service contract“ Unberath, ZEuP 2008, 745 (766 ff.).

320 Wegen der unterschiedlichen Interessenlage finden insbesondere die zu Art. 22 Nr. 1 S. 1 Brüssel I-VO entwickelten Abgrenzungskriterien (vgl. EuGH, Urt. v. 22.4.1999 – C-423/97, Slg. 1999 I-2195 – Travel Vac; BGH NJW-RR 2008, 1381, 1383, Anschluss EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-73/04, Slg. 2005 I-8667 – Klein/Rhodos Management Ltd.) keine Berücksichtigung, Hau, GPR 2011, 303 (304).

turverpflichtung des Vermieters.³²¹ Wenn beide Elemente nur lose verbunden sind und keine Regelungswidersprüche drohen, dann sollen gemäß dessen Abs. 2 für die einzelnen Pflichten die jeweils einschlägigen speziellen Bestimmungen gelten. Im Falle von konfliktierenden Regelungen ist jedoch der vorherrschende Teil zu ermitteln und daher wieder Abs. 3 lit. b und Abs. 4 anzuwenden, wobei ‚service‘ anzunehmen sein soll, wenn der Gebrauchsgewährnde die faktische (nicht wirtschaftliche) Kontrolle über den Gegenstand ausübt. Als weitere maßgebende Aspekte sollen Ausmaß und Intensität des *Service*-Elements, eine notwendige Qualifikation für den ‚service‘ und der Wert der einzelnen Vertragselemente herangezogen werden.³²²

Im deutschen Recht werden für die Zuordnung solch gemischter Verträge ähnliche Überlegungen angestellt, wobei sich nach einhelliger Ansicht eine schematische Lösung verbietet,³²³ sondern immer anhand des durch Auslegung zu ermittelnden Vertragszwecks die den Vertrag prägende Sachleistung zu bestimmen ist.³²⁴ Mietrecht ist ohne weiteres anwendbar und „absorbiert“ andere anwendbare Regelungen, wenn andersartige Leistungspflichten lediglich als Nebenabreden bestehen. Bei Verträgen, die nur lose im Zusammenhang stehende miet- und andersartige Vertragselemente gleichberechtigt nebeneinander enthalten, ist meist die Kombination beider Regelungen sachgerecht. Überwiegt in einem solchen Fall aber nach dem Vertragszweck der eine Typus, so werden die Regelungen der untergeordneten Vertragsart regelmäßig verdrängt, sind aber gegebenenfalls (entsprechend) ergänzend heranzuziehen.³²⁵ Liegt der Schwerpunkt des Vertrags also auf der Gebrauchsüberlassung, so ist Miete anzunehmen, liegt sie auf dem herbeizuführenden Erfolg oder der zu verrichtenden Tätigkeit, dann gelten die Regelungen des Werkvertrags- bzw. Dienstleistungsrechts.³²⁶ Die Abgrenzung wird typischerweise in Fällen relevant, in denen Maschinen oder Fahrzeuge zusammen mit Bedienpersonal überlassen werden. Beschränkt sich die Vertragspflicht auf die Überlassung und Stellung des Personals, d.h. steht weder eine Dienstleistung noch ein zu erbringender Erfolg im Vordergrund, so ist Miete anzunehmen, insbesondere, wenn allein der Mieter

321 Siehe auch das Beispiel bei DCFR Full Edition I, Art. II.-1:107 (S. 157); DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments C (S. 1433).

322 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments I (S. 1433).

323 MüKo-BGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 28 ff.; Palandt/*Grüneberg*, Vor § 311 Rn. 24 ff.; Staudinger/*Löwisch*, § 311 Rn. 32 ff.

324 BGH WM 1985, 360, 361; NJW-RR 1996, 1203, 1204; NJW-RR 2004, 1566, 1567; NJW 2008, 1072, 1073.

325 RGZ 161, 321, 323 f.; Staudinger/*Löwisch*, § 311 Rn. 36 ff.; näher zum gemischten Vertrag im Mietrecht MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 20 ff.

326 Emmerich/Sonnenschein/*Emmerich*, vor § 535 Rn. 16; MüKo-BGB/*Häublein*, Vorbem. zu § 535 Rn. 14.

den Einsatz der Sache bestimmt.³²⁷ Miete wird daher beispielsweise angenommen bei Verträgen über die Überlassung von Baugeräten oder Zelten, selbst wenn der Vermieter die Aufstellung übernimmt,³²⁸ oder über die Benutzung von Geräten eines Fitnesscenters.³²⁹ Miete liegt auch vor, wenn eine Sache zur Bearbeitung und Nutzung überlassen wird und diese Bearbeitung die Nutzung erst ermöglichen soll.³³⁰ Demgegenüber liegt bei Verträgen über den Besuch von Theater- und Konzertaufführungen ein Werkvertrag mit mietrechtlichem Einschlag vor, da in diesem Fall der Vertragsschwerpunkt auf dem werkrechtlichen Element liegt, sodass die §§ 631 ff. BGB Anwendung finden.³³¹

Sowohl die (durch die Rechtsprechung entwickelten) Regelungen des BGB als auch die des DCFR ermöglichen eine einzelfallgerechte Abgrenzung nach sehr ähnlichen Gesichtspunkten. Für ein Mobiliarmietvertragsinstrument empfähle es sich, explizite Abgrenzungsregelungen, wie sie bereits im DCFR enthalten sind, aufzunehmen, um möglichst Gewissheit über dessen Anwendungsbereich zu schaffen.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des DCFR-Mietrechts erfasst zunächst alle denkbaren Personenkonstellationen. Den Mittelpunkt der vorliegenden Betrachtung bilden aufgrund der sehr wahrscheinlichen Beschränkung eines Mobiliarmietrechtsinstruments auf diese³³² allerdings nur die Verbraucherleihverträge („consumer contracts for the lease of goods“). Diese werden in Art. IV.B.-1:102 DCFR unter Verweis auf den in Art IV.B.-1:101 Abs. 2 DCFR genannten Mietvertrags-Terminus definiert, näher gekennzeichnet lediglich durch die Festlegung der Parteirollen auf den unternehmerischen Vermieter und den Verbraucher als Mieter.³³³ Der DCFR trifft für diese Verträge im Verlauf der Abhandlung näher zu besprechende Sonderregelungen.

III. Résumé

Betrachtet man, was den Anwendungsbereich des Mietrechts im DCFR im Vergleich zu demjenigen im BGB ausmacht, so bleibt Folgendes zusammenfassend

³²⁷ RGZ 82, 427, 429; BGH WM 1985, 360, 361; NJW-RR 1996, 1203, 1204; NJW-RR 2004, 1566, 1567 (Miete eines Flugzeugs mit Besatzung zur Durchführung von Roll- und Bremstests).

³²⁸ OLG Düsseldorf VersR 1974, 1113; OLG Hamm NJW-RR 1995, 525.

³²⁹ OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 243 f.

³³⁰ So BGH WM 1964, 426 und BGHZ 86, 71, 76 = NJW 1983, 679, 680 (Überlassung eines Grundstücks zur Bebauung und anschließenden Nutzung als Miete).

³³¹ RGZ 133, 388, 389; AG Halle/Westfalen NJW-RR 1994, 884; AG Aachen NJW 1997, 2058.

³³² Siehe bereits § 2 IV. 3. a) und b).

³³³ Zu den Parteirollen und dem Verbraucherbegriff siehe § 5 I.

festzuhalten: Als Ausgangspunkt enthält der DCFR – anders als das BGB – eine Definition des Mietvertrags, die zwar zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs nicht unabdingbar, aber durch die Funktion des DCFR zu rechtfertigen ist. Rechts-technisch ist diese stark an das BGB angelehnt, bleibt aber inhaltlich verbess-erungswürdig. Als weitere Besonderheit enthält der DCFR spezielle verbraucher-schützende mietrechtliche, über den bestehenden *Acquis* hinausgehende³³⁴ Rege-lungen, was zunächst verwundern mag, auf den zweiten Blick aber folgerichtig erscheint, bedenkt man, auf welches Maß der Verbraucherschutz im Kaufrecht im Vergleich hierzu angewachsen ist, ohne dass dieser Unterschied sachlich gerechtfer-tigt ist. Den Hauptunterschied bildet die rechtspolitisch motivierte Aussparung des Immobiliarmietrechts im DCFR, was bedauerlicherweise auch zur Folge hat, dass im Falle eines europäischen Spezialrechtsakts in diesem Bereich kaum auf rechts-vergleichende Vorarbeiten aufgebaut werden können wird.³³⁵

334 Herresthal, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 163 (180).

335 Vgl. auch Hau, JZ 2010, 553 (553: 560 f.).

§ 5 Zustandekommen und Wirksamkeit des Verbrauchermobiliarmietvertrags

Bei Verbrauchermobiliarmietverträgen sind bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses bzw. bei diesem einige Besonderheiten zu beachten, da es sich um einen Bereich handelt, der besonders von europäischen Richtlinien beeinflusst ist. Zunächst werden jedoch die Parteien dieses Vertragstypus näher vorgestellt.

I. Vertragsparteien

Für den hier interessierenden ‚consumer contract for the lease of goods‘ sind die Parteirollen laut der Definition in Art. IV.B.-1:102 i.V.m. Art. I-1:105 DCFR auf den unternehmerischen Vermieter und den Verbraucher als Mieter festgelegt. Das deutsche Mietrecht kennt demgegenüber keinen Verbrauchermietvertrag, sondern legt den Fokus, bedingt durch die Entwicklung des sozialen Mietrechts im Bereich der Wohnraummiete, auf den Mieterschutz im Allgemeinen.³³⁶ Anders als im Kaufrecht, das aufgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie³³⁷ um die §§ 474 ff. BGB ergänzt wurde, existieren speziell für das Mietrecht keine verbraucherschützenden europarechtlichen Vorgaben. Es gelten die §§ 13 und 14 BGB, die inhaltlich weitgehend an mehrere europäische Richtlinien angelehnt wurden³³⁸, und die für alle Vertragstypen geltenden Schutzzvorschriften des Schuldrechts, auf die unter II. und III. näher eingegangen wird.

Ein Vermieter – ungeachtet dessen, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt – ist gem. § 14 Abs. 1 BGB Unternehmer, wenn er bei Abschluss des Mietvertrags in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit handelt, d.h. planmäßig und für gewisse Dauer Leistungen am Markt gegen ein Entgelt anbietet,³³⁹ wobei er nicht notwendigerweise mit Gewinnerzielungsabsicht handeln muss³⁴⁰. Daher kommt es für die Frage, ob ein privater Vermieter Unternehmer ist, selbst wenn er dies zur Verwaltung seines Vermögens betreibt, auf den Umfang der Geschäfte an, d.h. darauf, ob diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordern.³⁴¹ Ausschlaggebend ist stets die Zweckrichtung des Geschäfts, nicht hingegen das Vorhandensein geschäftlicher Erfahrung, sodass auch der Exis-

336 MüKo-BGB/*Häublein*, Vorbem. zu § 535 Rn. 14

337 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 16 (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

338 Siehe den amtlichen Hinweis dort.

339 BGH NJW 2006, 2250, 2251; OLG Frankfurt a. M. NJW 2004, 3433.

340 BGH NJW 2006, 2250, 2251; LG Mainz NJW 2006, 783.

341 Zur privaten Vermögensverwaltung durch Immobilienvermietung BGHZ 149, 80, 86 f. = MDR 2002, 222, 223 (zum VerbrKrG); NJW 2002, 368, 369; OLG Koblenz NJW-RR 2011, 1203; Blank/Börstinghaus/Blank, vor § 535 Rn. 68.

tenzgründer unternehmerisch handelt,³⁴² wenn er beispielsweise einen Mietvertrag über ein als Firmenwagen zu verwendendes Fahrzeug abschließt. Die Definition des DCFR entspricht im Wesentlichen der des BGB und soll nach gleichen Kriterien ermittelt werden,³⁴³ sodass sich in diesem Punkt kaum Unterschiede ergeben.

Verbraucher können sowohl nach der Definition des DCFR als auch nach der des BGB nur natürliche Personen sein. Anders als Art. I-1:105 Abs. 1 DCFR hebt aber in § 13 BGB nicht der Bezug zu jeder Art der beruflichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft auf, sondern es sind nur Rechtsgeschäfte für *selbstständige* berufliche Zwecke vom Verbraucherschutz ausgeschlossen. Er geht damit über das Niveau des europäischen Verbraucherschutzes hinaus. Mietet ein Arbeitnehmer beispielsweise ein Kfz zu beruflichen Zwecken, handelt er, ebenso wie beim Abschluss oder der Änderung des Arbeitsvertrags selbst,³⁴⁴ als Verbraucher. Der DCFR regelt diesen Punkt bewusst anders,³⁴⁵ wodurch diese Verbraucher-Definitionen der Unternehmer-Definition des DCFR nicht spiegelbildlich gegenüber stehen, sodass Zuordnungs- und Auslegungsschwierigkeiten entstehen können.³⁴⁶ Die Problematik der gemischten Nutzung zu unternehmerischen und privaten Zwecken (‘dual use’) führen die bislang herrschende Meinung im deutschen Recht³⁴⁷ sowie der DCFR ähnlichen Lösungen zu: Die beabsichtigte überwiegende Nutzung zu privaten Zwecken (‘primarily’ im DCFR) soll grundsätzlich für die Begründung der Verbrauchereigenschaft genügen;³⁴⁸ beide setzten sich damit in Gegensatz zur *EuGH*-Rechtsprechung, die dem Vertragsschließenden die Verbrauchereigenschaft (im prozessualen Zusammenhang, bei der Auslegung von Art. 13-15 EuGVÜ) bereits bei jedem nicht zu vernachlässigenden gewerblichen Zweck abspricht.³⁴⁹

Mit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, die in Erwägungsgrund 17 S. 2 vorsieht, dass ein Verbrauchervertrag auch dann vorliegen soll, wenn bei ‘dual use’ der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht über-

342 BGHZ 162, 253, 257 = NZM 2005, 342.

343 DCFR Full Edition I, Art. I-1:105, Comments C (S. 93).

344 BAG NJW 2005, 3305; BVergJ NJW 2007, 286.

345 DCFR Full Edition I, Art. I-1:105, Comments B (S. 92).

346 Beispiel und nähere Erläuterung bei Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al., JZ 2008, 529 (548).

347 OLG Bremen NJOZ 2004, 2059, 2060; OLG Celle NJW-RR 2004, 1645, 1646; ZGS 2007, 354, 355; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 4; Soergel/Pfeiffer, § 13 Rn. 38; Pfeiffer, NJW 1999, 169 (173); AnwK-BGB/Ring, § 14 Rn. 31; Soergel/Saenger, § 13 Rn. 17; Staudinger/Weick, § 13 Rn. 44 ff.

348 Hierzu DCFR Full Edition I, Art. I-1:105, Comments D (S. 94); Piekenbrock/Ludwig, GPR 2010, 114 (121 Fn. 112); Whittaker UK, November 2008 (107 f.).

349 *EuGH*, Urt. v. 20.1.2005 – C-464/01, Slg. 2005 I-439 – Gruber/BayWa, NJW 2005, 653, 654 Rn 36 f.; für eine Übertragung dieser Judikatur auf die die Auslegung des § 13 BGB, Mankowski, EWiR 2005, 305 (306); A.A. Ebers VuR 2005, 361, 364 f.; Soergel/Saenger, § 13 Rn. 17.

wiegt, wurde auch für das deutsche Recht durch Einfügung des Wortes „überwiegend“ in § 13 BGB der Streit zugunsten der bislang herrschenden Präponderanztheorie entschieden.³⁵⁰ Weiterhin verbleibende Zweifelsfälle bleiben nach der herrschenden Meinung im deutschen Recht den Beweislastregeln überlassen.³⁵¹ Der DCFR hält für diese Fälle in Art. I-1:105 Abs. 3 DCFR eine sich am Schutzzweck der jeweiligen Norm orientierende Vermutungsregel bereit.

Zur Problematik, ob jegliche gewerbliche oder nur selbstständige Geschäftszwecke die Verbrauchereigenschaft hindern, äußert sich die Verbraucherrechterichtlinie nicht explizit. Sie definiert „Verbraucher“ in Art. 2 Nr. 1 VRRL als „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. Eine entsprechende Anpassung des § 13 BGB wurde nach Inkrafttreten der Richtlinie diskutiert und verbreitet für nicht erforderlich befunden, da das zu diesem Zeitpunkt geltende sekundäre Europarecht bereits das Merkmal der Selbstständigkeit der beruflichen Tätigkeit voraussetzte und somit dem deutschen Verbraucherbegriff in seiner bestehenden Gestalt entspreche.³⁵² Begründet wurde dieses Verständnis damit, dass das europäische Unternehmerleitbild voraussetze, dass ein Unternehmer das wirtschaftliche Risiko seines Handelns trage und somit der unselbstständig Beschäftigte nicht erfasst sein könne.³⁵³

Die Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers in DCFR und BGB sind also aufgrund der gemeinsamen europarechtlichen Vorbilder sehr ähnlich, divergieren aber in Nuancen – ein Befund, der sich auch bei gesamteuropäischer Betrachtung und Vergleich einzelstaatlicher Umsetzung ergibt. Schon in ihrem Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz³⁵⁴ hatte die Kommission die Absicht zur Vereinheitlichung der Begriffe bekundet, ein Vorhaben, das mit der Verbraucherrechterichtlinie begrüßenswerter Weise umgesetzt wurde, wobei zu hoffen bleibt, dass auch der *EuGH* seine Rechtsprechung insbesondere zur 'dual use'-Problematik anpassen wird und so ein weiterer Schritt zu einer Vereinheitlichung dieser so relevanten Begrifflichkeiten erreicht wird.

350 Genaugenommen entspricht § 13 BGB jedoch auch in seiner neuen Fassung nicht exakt der Regelung der VRRL, sondern müsste richtlinienkonform statt „überwiegend weder [...] noch“, „nicht überwiegend“ gelesen werden, BeckOGK/ Alexander, § 13 Rn. 311.

351 BeckOGK/ Alexander, § 13 Rn. 304; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 4.

352 Ausführlich *Effer-Ube/Watson*, GPR 2009, 7 (9); *Eidemüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (548 m.w.N.); *StEckpfeiler/Martinek*, A. IV. Rn. 98; *Piekenbrock/Ludwig*, GPR 2010, 114 (118 ff.).

353 MüKo-BGB/*Micklitz*, § 14 Rn. 32.

354 Grünbuch der Kommission, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg., S. 10.

II. Vertragsschluss

1. Einigung

Der Abschluss des Mietvertrags erfolgt im DCFR wie im BGB nach den allgemeinen Regelungen (Art. II.-4:101 ff. DCFR bzw. §§ 145 ff. BGB).³⁵⁵ Gem. Art. II.-4:101 DCFR muss zusätzlich zum Rechtsbindungswillen der Parteien eine ausreichende Einigung („sufficient agreement“) erzielt werden, d.h. die wesentlichen Vertragsbestimmungen müssen gem. Art. II.-4:103 Abs. 1 lit. a DCFR durch die Parteien genau festgelegt werden oder gem. dessen lit. b zumindest anderweitig, d.h. durch gesetzliche Regelungen,³⁵⁶ bestimmt sein. Auch im deutschen Recht ist eine Einigung zumindest über die Vertragsparteien, den Mietgegenstand, die Dauer der Überlassung und das Entgelt erforderlich,³⁵⁷ wobei ebenso wie im DCFR Bestimmbarkeit genügt,³⁵⁸ sodass beispielsweise die Entgelthöhe bei fehlender Vereinbarung durch ergänzende Vertragsauslegung oder die analoge Anwendung der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB („übliche Vergütung“) ermittelt werden kann.³⁵⁹ Die Bestimmbarkeit richtet sich im DCFR nach Art. IV.B.-5:101 Abs. 2, II.-9:104 DCFR, sodass ebenso wie im BGB zunächst die übliche Vergütung („price normally charged“) bestimmt für die Entgelthöhe ist. Sollte es keinen marktüblichen Preis für die Miete dieser Sache geben, ist gem. Art. II.-9:104 DCFR ein vernünftiger Preis („reasonable price“) anzusetzen, wobei problematisch ist, was „reasonable“ im Einzelfall bedeuten mag. Auch Art. I.-1:105 DCFR kann in diesem Punkt, abgesehen von der Bemerkung, dass „reasonable“ nach einem objektiven Maßstab zu ermitteln sei, nicht viel zur Klärung beitragen, sodass der Begriff durch die Rechtsprechung konkretisiert werden müsste. Zielführender erscheint hier die subsidiäre Ausweichlösung³⁶⁰ des deutschen Rechts für den Fall des Fehlens eines

355 Die Regelungen des DCFR entsprechen in großen Teilen denen des BGB. Zu Abweichungen siehe Eidenmüller, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 73 (77 ff.); Hellwege, AcP 211 (2011), 665 (673 f.); Jansen/Zimmermann, AcP 210 (2010), 196 (223 ff.).

356 DCFR Full Edition I, Art. II.-4:103, Comments C (S. 278).

357 BGH NJW-RR 2000, 382, 382 f. (fehlt die Einigung über wesentliche Punkte, kann trotz Überlassung kein entgeltliches Nutzungsverhältnis angenommen werden); KG NZM 2000, 1229.

358 BGH NJW-RR 1992, 517 = WuM 1992, 313; NJW 2002, 3016, 3018.

359 BGH NJW-RR 1992, 517; NJW 1997, 2671, 2672; NJW 2003, 1317, 1318; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 4; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rn. 1.

360 Ständige Rechtsprechung BGH NJW 2010, 1742 Rz. 18; NJW-RR 2007, 103 Rz. 20; 1988, 970; NJW 1985, 1895, 1896. A.A. Staudinger/Rieble, § 316 Rn. 10 ff., der für die Anwendung des § 316 verlangt, dass bereits in der Parteivereinbarung die einseitige Leistungsbestimmung vorgesehen sein muss und daher bei Fehlen einer solchen Vereinbarung und Scheitern der Auslegungshilfen der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB die Unwirksamkeit des Vertrages annimmt.

nach §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB maßgeblichen Marktpreises, die nur anwendbar ist, falls die Vergütung auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bestimmt werden kann:³⁶¹ die einseitige Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen durch den Vermieter als Gläubiger der Gegenleistung gem. §§ 316 i.V.m. 315 BGB,³⁶² die in Verbraucherträgen meist zur Anwendung des Listenpreises des entsprechenden Vermieters führen dürfte.

Auch ein konkludenter Abschluss des Mietvertrags kommt sowohl nach deutschem Recht als auch nach den Regeln des DCFR (Art. II.-4:102 DCFR) in Betracht,³⁶³ beispielsweise durch Überlassung der Mietsache und die Entgegennahme oder das Fordern des Mietzinses für eine längere Zeit.³⁶⁴ Zumindest für das deutsche Recht ist jedoch zu beachten, dass an diese Art des Vertragsschlusses strenge Anforderungen zu stellen sind,³⁶⁵ sodass allein der Gebrauch einer fremden Sache noch kein Mietverhältnis zu begründen vermag.³⁶⁶

Für ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument wäre also zu empfehlen, ebenso wie in DCFR und BGB, eine Auslegungsregelung für den Fall aufzunehmen, dass die Parteien sich nicht über die Höhe der zu entrichtenden Miete geeinigt haben. Ein Verweis auf die marktübliche Höhe der Miete wäre hierfür durchaus ein geeigneter Bezugspunkt, allerdings wäre hier darauf zu achten, dass im internationalen Kontext bestimmt werden müsste, welcher Markt hierfür als Referenzmarkt dienen soll. Naheliegend und interessengerecht wäre es, auf den europäischen Markt für die jeweilige Mietsache abzustellen, was aufgrund der für diesen Wirtschaftsraum mittlerweile bereitstehenden Informationen und Analysen auch praktikabel sein dürfte. Ähnlich wie in Art. 30 CESL sollte auch eine Bestimmung aufgenommen werden, die den konkludenten Abschluss des Mietvertrages für zulässig erklärt, ggf. unter Aufnahme einer Auslegungsregelung, dass im Zweifel der bloße Gebrauch der Mietsache ohne das Hinzutreten weiterer Indizien noch keinen Vertragsschluss bedeute. Es sollte jedoch darauf geachtet werden, diese Regelung klar zu formulie-

361 *BAG NZA* 2002, 624, 627 (zum Dienstvertrag); *BGH LM* § 316 Nr. 1; *NJW* 2006, 2472; *MüKo-BGB/Müller-Glüge*, § 612 Rn. 31; *SchulzeBGB/Schreiber*, § 612 Rn. 3; a.A. *BeckOK-BGB/Fuchs*, § 612 Rn. 14.

362 § 315 BGB findet für die Ausübung und die gerichtliche Kontrolle der Gegenleistungsbestimmung ergänzend zu § 316 BGB Anwendung, *BeckOGK/Netzer*, § 316 Rn. 14.

363 Für das deutsche Recht statt aller Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn. 1. In Art. II.-1:101 Abs. 2 und Abs. 1 DCFR impliziert.

364 *BGH NZM* 2003, 314 = *NJW* 2003, 1317; *OLG Düsseldorf NZM* 2002, 739, 741; *Staudinger/Emmerich*, Vorbem. zu § 535 Rn. 68; Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn. 1.

365 Siehe nur *Sternel*, Mietrecht aktuell, I Rn. 39 m.w.N.

366 Die Grundsätze über das Entstehen eines Rechtsverhältnisses durch sozialtypisches Verhalten finden außerhalb des modernen Massenverkehrs, insbesondere bei der Miete, keine Anwendung, *BGH NJW* 1980, 1577, 1578.

ren und nicht wie in Art. 30 CESL auf Angebot bzw. (unerklärlicherweise)³⁶⁷ alleine auf die Annahme abzustellen, sondern allgemein auf die Einigung. Beispielsweise könnte man im Anschluss an die Definition des Mietvertrags folgende Regelung einfügen: ‘Such agreement may be made expressly by offer and acceptance or other statements or may be implied from conduct. For the avoidance of doubt, the use of the goods will only constitute implied consent if the circumstances of the case support such interpretation.’

2. Vorvertragliche Pflichten

a) Systematik der vorvertraglichen Pflichten

Aus Sicht des unternehmerischen Vermieters ist zu beachten, dass der DCFR (Buch II Kapitel 3 (*Marketing and pre-contractual duties*) Abschnitt 1 (*Information duties*)) weitgehende allgemeine, teilweise nicht nur gegenüber Verbrauchern bestehende, vorvertragliche Informationspflichten statuiert. Ihre Nichteinhaltung wirkt sich insofern sogar auf den Inhalt des Vertrages selbst aus, als dem Unternehmer infolge des Fehlens oder der Fehlerhaftigkeit der betreffenden Informationen gem. Art. II.-3:109 Abs. 2 DCFR diejenigen Verpflichtungen erwachsen, welche die andere Vertragspartei vernünftigerweise erwarten konnte. Die Verletzung dieser Pflichten löst als ‚non-performance‘³⁶⁸ alle Rechtsbehelfe des allgemeinen Leistungsstörungsrechts in Buch III Kapitel 3 (*Remedies for non-performance*) aus (klarstellend auch Art. II.-3:109 Abs. 2 S. 2 DCFR). Zusätzlich normiert Art. II.-3:109 Abs. 3 DCFR einen diesen gegenüber selbstständigen Schadensersatzanspruch für den Fall der Informationspflichtverletzung, selbst wenn es nicht zu einem Vertragschluss gekommen sein sollte. Unbeschadet dieser Regelungen kann der Vertrag zudem nach dessen Absatz 4 angefochten werden. Diese Regelungen sind für Verbraucherverträge gem. Art. II.-3:109 Abs. 5 DCFR zwingend.

Die Regelung der genannten vorvertraglichen Informationspflichten betreffen inhaltlich einen Ausschnitt dessen, was das deutsche Recht als die auf *Jhering*³⁶⁹ zurückgehende Haftung aus *culpa in contrahendo* (c.i.c.) begreift. Auch im deutschen Recht trifft den Vermieter gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB eine Aufklärungspflicht hinsichtlich derjenigen Eigenschaften und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die, für den Vermieter erkennbar, von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Mieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung

367 Vgl. die Kritik bei GEKKomm/*Gebauer*, Art. 30 GEK-E Rn. 11 f.; CESLComm/*Terry*, Art. 30 Rn. 11, 13.

368 So der übergeordnete Begriff des DCFR für sämtliche Leistungsstörungen, siehe Art. III.-1:102 Abs. 3 DCFR. Da eine Übersetzung mit „Nichterfüllung“ daher irreführend wäre, soll im Folgenden der originale englische Terminus verwendet werden (näher zum Begriff der ‚non-performance‘ unten § 10I.1).

369 Von *Jhering*, in: *Demelius/von Jhering* (Hrsg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, S. 1 (1 ff.).

nach Treu und Glauben erwartet werden kann.³⁷⁰ Darüber hinaus erfasst die *c.i.c.* die Haftung für Körper- und Eigentumsschäden während der Vertragsanhaltung³⁷¹, die der DCFR wie die meisten europäischen Rechtsordnungen und auch der *EuGH*³⁷² dem Deliktsrecht zuordnet. Der DCFR geht aber insoweit über dieses enge europäische Verständnis der vorvertraglichen Haftung hinaus als er, ebenso wie das deutsche Recht,³⁷³ eine Haftung für Abbruch der Vertragsverhandlungen vorsieht (Art. II.-3:301 Abs. 2 und 3 DCFR), die daher auch im Vorfeld des Mietvertragsschlusses zu beachten ist. Mit Art. II.-7:304 enthält der DCFR zudem eine Schadensersatzpflicht mit Haftung auf das negative Interesse (Abs. 2) für den Fall, dass ein Vertrag wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften nichtig ist und nur die eine Partei Kenntnis hiervon hatte oder haben musste – ein weiterer Fall, der im deutschen Recht als *c.i.c.*-Haftung nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gehandhabt wird.³⁷⁴

Trotz dieser Überschneidungen kann die DCFR-Haftung jedoch nicht mit der deutschen *c.i.c.*-Haftung gleichgesetzt werden, nicht nur aufgrund ihres geringeren Umfangs, sondern auch, weil sie mangels durchgängigen Verschuldenserfordernisses keine wirkliche *culpa*-Haftung ist.³⁷⁵

b) Einzelne Informationspflichten des DCFR

Im Hinblick auf Mietverträge ist insbesondere die in Art. II.-3:101 DCFR statuierte Informationspflicht problematisch, die mit ‚supply‘ laut den *Definitions* auch das zur Verfügung Stellen einer Sache im Wege der Miete erfasst und dem Vermieter aufgibt, den Mieter mit Blick auf etwaige Mängelrechte³⁷⁶ schon im Vorfeld des Vertragsschlusses genau über die Beschaffenheit der Mietsache zu informieren. Diese Informationspflicht gilt zwar sowohl für B2B- als auch B2C-Verträge, muss bei B2C-Verträgen aber den erhöhten Anforderungen des Absatzes 1 genügen. Danach muss der unternehmerische Vermieter den Mieter als Verbraucher bereits vor Vertragsschluss über Anhaltspunkte aufklären, dass die Mietsache von normalen

370 BGH NJW 2000, 1714, 1718; NJW 2004, 2674 2675; BGHZ 168, 168, 172 = NJW 2006, 2618 Rz. 15; NJW-RR 2009, 1101, 1102 Rz. 12.

371 RGZ 78, 239, 240 (Linoleumrolle), BGH NJW 1962, 31, 32 (Bananenschale); NJW 1976, 712 (Gemüseblatt); LG Trier NJW-RR 2006, 525 (Glasflaschenstapel).

372 EuGH. Urt. v. 17.9.2002 – C-344/00, Slg. 2004 I-2229 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (Tacconi), Rz. 27 = NJW 2002, 3159, 3160.

373 BGHZ 76, 343, 349 = NJW 1980, 1683; BGH NJW 1996, 1884, 1885; NJW 2006, 1963, 1964.

374 Statt aller Palandt/*Grüneberg*, § 311 Rn. 38 f.

375 Ausführlich auch zu weiteren Kritikpunkten *Lehmann*, ZEuP 2009, 693 (709 ff.).

376 *Faust*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 115 (121, 118).

Qualitäts- und Leistungsstandards abweichen könnte, wobei hierunter nicht nur zu erwartende Qualitätsabweichungen fallen, sondern auch die künftige Ungeeignetheit zum vertraglich vereinbarten Zweck, sowie – äußerst weitreichend – darüber hinausgehend sämtliche die Vertragsentscheidung beeinflussende Informationen.³⁷⁷

Kommt der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Mieter infolgedessen auch nach Übergabe der Mietsache wegen *jeder* Pflichtverletzung – und nicht nur bei Fehlinformation über verkehrswesentliche Eigenschaften oder bei Täuschung – ein Anfechtungsrecht gem. Art. II.-3:109 Abs. 4, II.-7:201 Abs. 1 lit. b iii DCFR geltend machen und sich damit unter Umgehung der Regeln des allgemeinen Anfechtungsrechts sowie des Gewährleistungsrechts³⁷⁸ direkt vom Vertrag lösen. Denn die vorgenannten ersten beiden Fälle der Informationspflichtverletzung stellen nach Beginn der Mietzeit gem. Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 lit. a bzw. b DCFR zugleich einen Mangel (*lack of conformity*) dar, sodass die Art. IV.B.-4:101 ff. DCFR anwendbar wären. Die Vertragsbeendigung (*termination*)³⁷⁹ ist jedoch nach den ergänzend anwendbaren Regelungen des allgemeinen Gewährleistungsrechts nicht ohne weiteres möglich, sondern gem. Art. III.-3:502 Abs. 1 DCFR nur, wenn der Mangel einer wesentlichen (*fundamental*) „non-performance“ gleichkommt.³⁸⁰ In den übrigen Fällen ist eine Beendigung grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Heilung des Mangels möglich (Art. III.-3:503 i.V.m. Art. III.-3:202 DCFR), sodass insbesondere diese speziellen Voraussetzungen umgangen werden. Durch die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln auf die Eigenschaften der Mietsache betreffende vorvertragliche Informationspflichten wird der Anwendungsbereich der für den Fall der „lack of conformity“ ausdifferenzierten mietvertraglichen Gewährleistungsregeln also stark verkürzt (und zwar auf Fälle, in denen entweder das Anfechtungsrecht – was unwahrscheinlich ist – nicht ausgeübt wird oder der Vermieter vorvertraglich selbst die mangelbegründenden Informationen nicht kannte). Die Möglichkeit des Mieters, bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung direkt den selbstständigen Schadensersatzanspruch des Art. III.-3:701 Abs. 1 DCFR geltend zu machen, umgeht

³⁷⁷ DCFR Full Edition I, Art. II.-3:101, Comments B (S. 201) nennt als Beispiel die vorvertragliche Pflicht, darüber zu informieren, dass kurz nach einem Autokauf ein neues Modell des gleichen Typs erscheinen wird.

³⁷⁸ Vgl. Faust, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 115 (126 f); zum parallelen Problem des Verhältnisses von *c.i.c.* zum mietrechtlichen Gewährleistungsrecht siehe BGH NJW 1980, 777, 780; BGHZ 136, 102, 106 f. = NJW 1997, 2813, 2814; NJW 2000, 1714, 1718.

³⁷⁹ Näher zu dieser Terminologie siehe § 10 VI. 1.

³⁸⁰ Dies entspricht übrigens der Vertragsaufhebung (*avoidance*) nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG, die ebenfalls eine „wesentliche“ (*fundamental*) Vertragsverletzung (i.S.d. Art. 25 CISG) verlangt.

zudem die allgemeine Mängelmitteilungspflicht des Mieters aus Art. IV.B.-4:103 DCFR³⁸¹ und ist daher ebenso problematisch.

Speziell für Verbraucherverträge ist zudem Art. II.-3:102 DCFR zu beachten, dessen Absatz 1 vorschreibt, dass dem Verbraucher bereits im dem Vertragsschluss weit vorgeschalteten Vermarktsstadium diejenige Information vollständig zu vermitteln ist, die der durchschnittliche Verbraucher erwarten kann, um eine informierte Entscheidung über den Vertragsschluss treffen zu können – eine Regelung, die bedenklich weitgehende Informationspflichten nach sich ziehen könnte. Ebenso zur Vermeidung von Irreführung des Verbrauchers schreibt Absatz 2 für sogenannte ‚commercial communications‘ die Angabe aller relevanten Informationen inklusive des genauen Preises vor (Art. II.-3:102 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. II.-3:107 DCFR), sobald der Unternehmer darin den Eindruck der Vollständigkeit der enthaltenen Informationen vermittelt. Zum anderen bestimmt Art. II.-3:103 Abs. 1 DCFR zusätzliche Informationspflichten für Verträge, bei denen der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer erheblich informationell benachteiligt ist, d.h. bei Fernabsatzgeschäften, aber auch komplexen Verträgen, bei denen naturgemäß ein großes Informationsgefälle besteht.³⁸² Ein Verstoß gegen eine dieser Informationspflichten wird dadurch sanktioniert, dass im Falle des Bestehens eines Widerrufsrechts die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, bevor vollständig informiert wurde, Art. II.-3:109 Abs. 1 DCFR.

Im deutschen Recht geht die bislang herrschende Meinung hingegen im Falle einer Nichtaufklärung über Mängel der Mietsache davon aus, dass die *c.i.c.*-Haftung wegen vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, jedenfalls solange kein Vorsatz vorliegt, hinter das mietrechtliche Gewährleistungsrecht zurücktritt³⁸³ sodass somit – zumindest bislang – eine klare Abgrenzung möglich ist. Auch nach Neufassung des § 312 BGB und der Einführung auch von allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten besteht im deutschen Recht die beschriebene Gefahr der Umgehung des Gewährleistungsrechts nicht in gleichem Maße. Zum einen ist die die Wareneigenschaft betreffende Pflicht vergleichsweise enger formuliert (hierzu sogleich näher) und zum anderen wirft sie wegen der im Wesentlichen auf Schadensersatz konzentrierten Rechtsfolge allenfalls Bedenken für das Zusammenspiel zwischen dem Schadensersatz wegen der Verletzung von Informationspflichten und dem Gewährleistungsrecht auf. Anders als im Kaufrecht, wo der Verbraucher unter Umgehung der Verjährungsfrist des § 438 BGB einen Schadensersatzanspruch mit der Behauptung geltend machen könnte, über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache (den Mangel) nicht informiert worden zu sein,³⁸⁴ gibt es

381 Ausführlich hierzu § 10 I. 2. a).

382 Vgl. auch *Faust*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 115 (121).

383 *BGH NJW* 1980, 777, 780 = *LM* § 537 BGB Nr. 26; *BGHZ* 136, 102 = *NJW* 1997, 2813.

384 *Möller*, *BB* 2014, 1411 (1413).

allerdings für den Schadensersatzanspruch aus § 536a BGB keine spezielle Verjährungsfrist, die umgangen werden könnte, sondern es gilt die regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB. Probleme aufwerfen könnte allenfalls die Umgehung der Anzeigepflicht des Mieters gem. § 536c BGB bzw. des Rechts des Vermieters zur zweiten Andienung, wenn bereits mit der reinen Verletzung der Informationspflicht die Schadensersatzpflicht nach §§ 311, 280 Abs. 1 BGB begründet würde.

c) Umfang der Informationspflichten

Was den allgemeinen Umfang der Informationspflichten betrifft, so wurden die Pflichten des DCFR zwar aus dem *Acquis*, namentlich aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie³⁸⁵, der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³⁸⁶ sowie bezüglich der in Art. II.-3:103 DCFR genannten Einzelpflichten aus der Haustürwiderrufsrichtlinie³⁸⁷, der Fernabsatzrichtlinie³⁸⁸, der E-Commerce-Richtlinie³⁸⁹, der Pauschalreiserichtlinie³⁹⁰ und der Timesharing-Richtlinie³⁹¹ abgeleitet, die jeweils auch ins deutsche Recht umgesetzt worden sind. Der DCFR ging aber über eine schlichte Umsetzung dieser Richtlinien weit hinaus, indem er deren Vorgaben auch auf andere als die betreffenden Vertragsarten und -konstellationen erstreckte und eine pauschale Regelung zur Sanktionierung der Pflichtverletzung bereitstellte.³⁹²

385 Siehe Fn. 337.

386 Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEU Nr. L 149 v. 11.6.2005, S. 22 (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

387 Siehe Fn. 186.

388 Siehe Fn. 185.

389 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABIEG Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1 (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

390 Richtlinie 90/314/EG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABIEG Nr. L 158 v. 23.6.1990, S. 59 (Pauschalreiserichtlinie).

391 Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABIEG Nr. L 280 v. 29.10.1994, S. 83 (Teilzeitwohnrechterichtlinie).

392 Vgl. *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (544 f); *Herresthal*, in: *Wagner* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 163 (178). Auch *Mance*, ZEuP 2010, 457 (460) beklagt die generelle Tendenz des DCFR „to generalise from limited examples“, die sich auch hier zeigt.

Diese erhebliche Diskrepanz zur Regelung der vorvertraglichen Informationspflichten im BGB hat sich durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ins deutsche Recht, durch die vorvertragliche Informationspflichten allgemein für entgeltliche Verbraucherverträge, d.h. auch Verträge im stationären Handel, sowie für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (früher „Haustürgeschäfte“) eingeführt wurden, zwar etwas nivelliert. Denn auch im BGB existieren nunmehr diese weitergehenden Informationspflichten gegenüber Verbrauchern, für deren Erfüllung der Unternehmer gem. § 312k Abs. 2 BGB, ebenso wie im DCFR (siehe nur Art. II.-3:103 Abs. 3 DCFR) die Beweislast trägt. Aber auch nach Inkrafttreten der Verbraucherrechterichtlinie reichen die Regelungen des DCFR noch über den jetzt bestehenden *Acquis* hinaus, sodass die Verbraucherrechterichtlinie (ebenso wie das entsprechend gefasste CESL) letztlich eine Absage an das ausufernde Informationspflichtenmodell des DCFR bedeuten.

Beispielsweise enthält die Neuregelung durch die Verbraucherrechterichtlinie, anders als Art. II.-3:102 DCFR, keine speziellen Informationspflichten für das Marketingstadium. Zum anderen sieht sie für andere als Fernabsatzverträge oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge („distance and off-premises contracts“)³⁹³ in Art. 5 VRRL (bzw. Art. 20 CESL), umgesetzt in § 312a Abs. 2, Art. 246 EGBGB, lediglich bestimmte Informationspflichten vor, die die näheren Vertragskonditionen betreffen, z.B. die „wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem [...] angemessenen Umfang“ (Nr. 1), die Identität des Unternehmers, den aufgeschlüsselten Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung, das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts, gegebenenfalls die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen und gem. Art. 246 Abs. 3 EGBGB die Belehrung über ein etwaiges Widerrufsrecht. Damit betrifft Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB im Vergleich zu Art. II.-3:101 DCFR nicht *jegliche* Eigenschaften der Ware, sondern nur „wesentliche“ in „angemessene[m] Umfang“ und bezieht sich schon vom Wortlaut nicht auf die Mängelrechte, was durch die entsprechende Norm des DCFR hingegen gerade beabsichtigt war (s.o.). Oft werden sich diese wesentlichen Eigenschaften bereits aus den Verpackungsangaben auf der Ware bzw. den sonstigen Umständen (Art. 246 Abs. 1 EGBGB) ergeben, sodass diese Verpflichtung unschwer zu erfüllen ist.³⁹⁴ Um zusätzlich einer Überregulierung und übermäßigen Ausweitung der Informationspflichten entgegenzuwirken,³⁹⁵ enthalten die Richtlinie (sowie das CESL) eine Ausnahme von diesen Pflichten für sog. Alltagsgeschäfte („day-to-day-transactions“), die beim Vertragsschluss sofort erfüllt

³⁹³ Beachte die separate Regelung vorvertraglicher Informationspflichten für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge in § 312d BGB i.V.m. Art. 246a, b BGB, die sich großenteils decken und für welche die Ausführungen entsprechend gelten.

³⁹⁴ Siehe auch Möller, BB 2014, 1411 (1413).

³⁹⁵ CESLComm/Howells/Watson, Art. 20 Rn. 11.

werden und die in Art. 246 Abs. 2 BGB umgesetzt wurde.³⁹⁶ Speziell für das Mobi- liarmietrecht ist anzumerken, dass § 312 Abs. 2 Nr. 5 BGB, der eine weitere Aus- nahme für „Verträge über die Beförderung von Personen“ regelt, nicht auf die Vermietung von Kfz zur Personenbeförderung anzuwenden ist.³⁹⁷ Das folgt bereits daraus, dass § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB für diese Verträge explizit eine Ausnahme vom Widerrufsrecht des § 312g Abs. 1 BGB regelt, was nur dann erforderlich ist, wenn sie nicht bereits von der Ausnahme des § 312 Abs. 2 BGB erfasst sind.

Das deutsche Mobiliarmietvertragsrecht beinhaltet ferner einen weiteren Unter- schied zu den Informationspflichten des DCFR, indem es nicht allein dem Vermie- ter, sondern auch dem Mieter gewisse Informationspflichten auferlegt, beispiels- weise hinsichtlich seiner Solvenz oder der von ihm wirklich beabsichtigten Nut- zung der Mietsache.³⁹⁸ Der DCFR statuiert hingegen keinerlei generellen Aufklä- rungspflichten für Verbraucher. Nach den Regelungen des DCFR würde dies zu einer vollständige Freizeichnung des Mieters von vorvertraglicher Verantwortung führen,³⁹⁹ was eine zu einseitige Verteilung der Nebenpflichten bedeutet und die Annahme des Mobiliarmietrechtsinstruments durch Unternehmer erschweren kann.

d) Rechtsfolgen der Informationspflichtverletzung

Im Übrigen fallen auch die Regelungen der Rechtsfolgen der Informationspflicht- verletzung im deutschen Recht vergleichsweise zurückhaltender aus. Die Verbrau- cherrechterichtlinie verlangt in Art. 6 Abs. 6 VRRL als Rechtsfolge lediglich ein Verbot der Abwälzung von denjenigen Zusatzkosten auf den Verbraucher, über die dieser nicht ordnungsgemäß informiert wurde und überlässt die Rechtsfolgen im Übrigen dem nationalen Recht, allerdings mit der Maßgabe, Sanktionen zu wählen, die „wirksam, angemessen und abschreckend“ sind, Art. 24 Abs. 1 S. 2 VRRL. Unbeschadet des § 312e BGB, der diese Vorgabe umsetzt, kommen im deutschen Recht nur eine Schadensersatzhaftung gem. 280 Abs. 1, ggf. i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 und daneben allenfalls Unterlassungsansprüche nach dem UKlaG oder Ansprüche aus dem UWG als Rechtsfolge in Betracht,⁴⁰⁰ wobei abzuwarten sein wird, ob diese Sanktionen aus europäischer Sicht den Vorgaben genügen. Auch das CESL normiert weniger weitreichende Rechtsfolgen als der DCFR, indem es in Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 CESL als Folge des Informationspflichtverstoßes ledig-

396 Die Bestimmung der erfassten Alltagsgeschäfte soll sich dabei nach den zu § 105a BGB entwickelten Grundsätzen richten, Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12637, S. 74.

397 Spindler/Schuster/Schirmbacher, § 312 Rn. 40.

398 Zum Immobiliarmietrecht Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 64.

399 Kritisch dazu Faust, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 115 (123); Lehmann, ZEuP 2009, 693 (709).

400 StEckpfeiler/Gsell, L. Rn. 12.

lich einen Schadensersatzanspruch vor sowie das durch die Verbraucherrechtsrichtlinie vorgegebene Verbot der Abwälzung von Zusatzkosten vorsieht.

Wenngleich es also grundsätzlich zu begrüßen ist, dass der DCFR das Bedürfnis nach einer Regelung der vorvertraglichen Verantwortlichkeit auch auf europäischem Niveau erkennt⁴⁰¹ und entsprechende Vorschriften vorsieht, so müssten sich unternehmerische Vermieter nach den Regelungen des DCFR also im Vergleich zum deutschen Mobilarmietrecht auf höhere Anforderungen bereits vor Vertragsschluss einstellen, um sich nicht den Haftungsrisiken und sonstigen Folgen des Art. II.-3:109 DCFR auszusetzen. Aus Sicht des Verbrauchers scheint diese rechtliche Situation zwar auf den ersten Blick vorteilhafter, was wohl auch Hauptbeweggrund der Ausweitung der Informationspflichten im DCFR gewesen sein mag.

„Viel hilft viel“ gilt aber in diesem Zusammenhang nicht uneingeschränkt: Es dürfte dem Verbraucher zunächst schwerfallen, aus den wenig systematischen Regelungen⁴⁰² überhaupt zu erkennen, welche Informationen er erwarten kann, wie allein der unübersichtliche und schwer lesbare Art. II.-3:102 Abs. 1 DCFR veranschaulicht. Diese Unsicherheit besteht nicht nur bezüglich des „Ob“ einer Rechtsfolge, sondern setzt sich auch bezüglich der Frage fort, welche Rechtsfolge des Art. II.-3:109 DCFR eingreift und wie diese genau ausfallen soll (siehe auch diesbezüglich nur Abs. 2 „reasonably expected as a consequence“).⁴⁰³ Selbst wenn der Unternehmer von sich aus sämtliche nach dem DCFR vorgeschriebenen Informationen bereitstellen würde, stünde der Verbraucher aufgrund des erheblichen Umfangs der Pflichten vor dem Dilemma des ‚information overload‘,⁴⁰⁴ der selbst bei sehr rational denkenden Menschen dazu führen kann, dass sie die Informationen vollständig ignorieren (man bedenke nur den Umgang sogar juristisch ausgebildeter Personen mit AGB). Auch etwaige aufgrund des gesteigerten Informationsaufwands erhöhte Transaktionskosten sowie die potentielle Belastung des Unternehmers mit zusätzlichen Schadensersatzforderungen trüge über die Preiskalkulation der Verbraucher.

Für ein Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument kommt eine derartige Ausdehnung der Informationspflichten und Rechtsfolgen freilich nach den Neuregelungen

401 So auch *Lebmann*, ZEuP 2009, 693 (704 et passim); *Tommasi*, GPR 2010, 291 (300 f.).

402 Orientierungsschwierigkeiten (besonders bezüglich des Verhältnisses der Normen untereinander) bestehen sogar seitens juristisch gebildeter Betrachter, vgl. nur *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (544 f.); *Macgregor* 2008, 1 (8). Verhalten kritisch hingegen *Lebmann*, ZEuP 2009, 693 (705 f.) („Bemühen zur Ordnung und Systematisierung“).

403 Vgl. auch die Kritik von *Whittaker UK*, November 2008 (103 f.) und *Lebmann*, ZEuP 2009, 693 (706, 712 f.) an Systematik und Komplexität der Rechtsfolgenregelung.

404 Ausführlicher *Faust*, in: *Schnülze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 115 (131 f.). A.A. wohl *Macgregor* 2008, 1 (7), die einen bedeutenden Zuwachs an Verbraucherschutz lobt.

durch die Verbraucherrechterichtlinie erst Recht nicht mehr in Betracht. Allenfalls zu erwägen wäre es, im Sinne des Verbraucherschutzes spezielle Informationspflichten des Vermieters bezüglich des Mobiliarmietrechts aufzunehmen, wie beispielsweise bei der Kfz-Vermietung darüber, dass ein vermietetes Fahrzeug nicht pflichtversichert ist.⁴⁰⁵ Im Interesse der Ausgewogenheit der vertraglichen Pflichten wäre auch die Normierung bestimmter Aufklärungspflichten des Mieters, beispielsweise über für die Durchführung des Mietvertrags relevante Nutzungsabsichten, zu erwägen.

3. Form

Weder im DCFR noch im BGB gibt es für den Abschluss des Mobiliarmietvertrags besondere Formvorschriften (insbesondere finden §§ 550, 578 BGB keine Anwendung). Es gilt der Grundsatz der Formfreiheit.⁴⁰⁶ Den Parteien steht es aber nach beiden Systemen frei, die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung zu vereinbaren.⁴⁰⁷ Auch speziell für den Verbrauchermobiliarmietvertrag existieren außer den allgemeinen Vorgaben für Verbraucherverträge, die Formvorschriften für bestimmte Informationen enthalten (siehe etwa Art. II.-3:103 Abs. 1 i.V.m. III.-5:104; Art. II.-3:105 Abs. 2; Art. II.-3:106 Abs. 4; Art. II.-3:202 Abs. 1, 4 DCFR) keine Formvorschriften.

4. Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

In der Vertragsgestaltungspraxis des Mietrechts spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erhebliche Rolle.⁴⁰⁸ Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist im deutschen Recht insbesondere auf die wirksame Einbeziehung gem. §§ 305 Abs. 2 und 305c Abs. 1 BGB zu achten. Auch der DCFR sieht in Art. II.-9:103 DCFR mit dem Erfordernis, die andere Partei hinreichend auf nicht individuell ausgehandelte Klauseln („terms not individually negotiated“) aufmerksam zu machen, eine Art Einbeziehungskontrolle vor, die allerdings in einigen Punkten von der deutschen Regelung abweicht.

Die Kontrolle des DCFR erstreckt sich, ebenso wie Art. 7 Abs. 1 CESL, abweichend von der des BGB, auf *alle* nicht individuell ausgehandelten Klauseln, d.h. Klauseln, auf die die Gegenseite keine (echte) Einflussnahmemöglichkeit hatte, und damit auch auf solche, die nicht vorformuliert sind (Art. II.-1:110 Abs. 1 und 2

405 BGH NJW-RR 2007, 298.

406 Im DCFR gem. Art. II.-1:106 DCFR; für das BGB Motive bei *Mugdan I*, S. 450 Rn. 178; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 5 (S. 67); auch das CESL geht in Art. 6 CESL vom Grundsatz der Formfreiheit aus.

407 Im deutschen Recht gilt §§ 127, 125 S. 2 BGB. Bei Formvereinbarung kommt der Mietvertrag im Zweifel bis zur Erfüllung des Formerfordernisses nicht zustande, § 154 Abs. 2 BGB.

408 Ulmer/Brandner/*Christensen*, Teil 2 Mietverträge Rn. 1.

DCFR), was sich aus der Anlehnung der Regelung an der – nur für Verbraucherverträge geltenden und von der Verbraucherrechterichtlinie unberührten – Klauselrichtlinie⁴⁰⁹ erklärt. Für Verbraucherverträge zu beachten sind insbesondere die ebenfalls der Richtlinie entstammenden Beweislastregelungen für Verbraucherträge in Abs. 4 und 5,⁴¹⁰ die der deutsche Gesetzgeber durch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB umgesetzt hat.⁴¹¹ Zu beachten ist auch, dass sowohl der DCFR in Art. II.-9:410 DCFR als auch Art. 84 CESL für Verbraucherträge eine Liste von Klauseln (sog. „black list“) enthalten, die stets und unabhängig davon, ob sie individuell ausgehandelt wurde, als unfair und unwirksam zu handhaben sind.

Was die Folge mangelhafter Einbeziehung der Klauseln betrifft, ordnet das BGB an, dass die betreffenden AGB nicht Vertragsbestandteil werden, während der DCFR es der anderen Vertragspartei überlassen will, die Nichtgeltung der nicht individuell ausgehandelten Klauseln geltend zu machen⁴¹² – angesichts des sonst im DCFR stark vorangetriebenen Verbraucherschutzes eine schwer nachvollziehbare Lösung. Leider hat auch das CESL in Art. 70 Abs. 1 CESL fast wortgleich die Formulierung des DCFR übernommen und, obgleich es nicht von einer Rügepflicht des Verbrauchers auszugehen scheint, verpasste es dadurch, die Anforderungen an eine Einbeziehung sowie die Folge der Nichteinbeziehung klar zu regeln.⁴¹³ Immerhin bietet Art. 70 Abs. 2 CESL nunmehr eine Auslegungshilfe dafür, wann keinesfalls ein ausreichender Hinweis auf die Vertragsbedingungen anzunehmen ist (nämlich bei alleinigem Hinweis im Vertragsdokument selbst). Bei Verbraucherträgen kommt der Zugänglichmachung der in Rede stehenden Vertragsklauseln im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch gesteigerte Relevanz dadurch zu, dass gem. Art. II.-9:403 DCFR, II.-9:407 Abs. 1 und 2 DCFR zusätzlich bei der Inhaltskontrolle (in assessing unfairness) – und damit eigentlich systemwidrig⁴¹⁴ – zu berücksichtigen ist, ob der Verbraucher eine echte Gelegenheit hatte, sich vor Vertragschluss mit der Bestimmung vertraut zu machen. In diesem Punkt wird der DCFR konkreter als der entsprechende, ebenfalls der Umsetzung des Art. 4 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie dienende § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der lediglich Berücksichtigung

409 Siehe Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie (siehe Fn. 184).

410 Kritisch zur Reichweite der Beweislastregel Eidenmüller, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 73 (93 f.).

411 Staudinger/Schlosser, § 310 Rn. 54 ff. Im CESL findet sich die entsprechende Regelung in Art. 7 Abs. 4 CESL.

412 ‘[T]he contract is treated as having been made without the terms, if the other party wishes this result’, DCFR Full Edition I, Art. II.-9:103, Comments G (S. 591).

413 CESLComm/Kieninger, Art. 71 Rn. 17 f.

414 Dies wurde bereits bezügliche der Richtlinievorgabe kritisiert und als mutmaßlicher Redaktionsfehler bewertet, siehe Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, S. 662; Remien, ZEuP 1994, 34 (54–57). Dementsprechend überrascht es nicht, dass das CESL diesen Aspekt nicht in seinen Abschnitt zur Inhaltskontrolle aufgenommen hat, siehe Art. 83 CESL.

der „den Vertragsschluss begleitenden Umstände“ bei der Kontrolle gem. § 307 Abs. 1 und 2 BGB fordert.⁴¹⁵ Der DCFR verschärft hierdurch letztlich für B2C-Geschäfte die Einbeziehungsvoraussetzungen des Art. II.-9:103 DCFR, was es vor allem aus Sicht des Vermieters in der Phase des Abschlusses des Verbrauchermobilarmietvertrags zu berücksichtigen gälte.

Der DCFR unterwirft also Vertragsbestimmungen in größerem Umfang der AGB-Kontrolle als das BGB, ein Ansatz, der auch im CESL übernommen wurde und auch für ein Verbrauchermobilarmietrechtsinstrument im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes generell zu befürworten wäre. Hierbei sollte insbesondere darauf geachtet werden, die Anforderungen an eine Einbeziehung von AGB in Verbraucherverträge und die Folgen der Nichteinbeziehung detailliert und aussagekräftig zu regeln, wobei freilich darauf zu achten wäre, sich nicht zu etwaigen Normen des finalen CESL in Widerspruch zu setzen. Keinesfalls sollte in diesem Sinne aber die Regelung übernommen werden, welche die Nichteinbeziehung einer Klausel erst an eine Rüge des Verbrauchers knüpft, sondern dies sollte *ipso iure* erfolgen.

III. Wirksamkeit

1. Gesetzliche Verbote und Sittenwidrigkeit

Neben der Problematik des Vertragsschlusses mit Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen, die vom DCFR erstaunlicherweise überhaupt nicht behandelt wird, kommt Nichtigkeit des Mietvertrags vor allem aufgrund Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder wegen Sittenwidrigkeit in Betracht.

Gem. Art. II.-7:302 DCFR ist ein Vertrag, der gegen eine zwingende gesetzliche Regelung (europarechtlichen Ursprungs, aber auch eine solche des nationalen Rechts)⁴¹⁶ verstößt, nichtig, wenn diese selbst die Nichtigkeit anordnet. Nach dessen Abs. 2 lit. b kann mangels Regelung der Rechtsfolge in diesem Gesetz auch ein Gericht die Nichtigkeit erklären.⁴¹⁷ Im BGB ist ein solcher Vertrag hingegen gem. § 134 BGB *ipso iure* nichtig. Im Mietrecht und insbesondere bezüglich beweglicher Sachen kommen allerdings nur wenige die Nichtigkeit bewirkenden gesetzliche Verbote in Betracht.⁴¹⁸ Auch ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote der Art. II.-2:101 ff. DCFR bzw. des AGG, die beide die unionsrechtlichen Richt-

415 Nach h.M. sind hier in neben dem ansonsten gebotenen generalisierend-typisierenden Prüfungsmaßstab konkret-individuelle Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen, BeckOK-BGB/Becker, § 310 Rn. 20; Erman/Roloff, § 310 Rn. 24; Staudinger/Schlosser, § 310 Rn. 70. In anderen EU-Mitgliedstaaten findet die Diskussion über den Prüfungsmaßstab bislang keine Entsprechung, MüKo-BGB/-Basedow, § 310 Rn. 78.

416 DCFR Full Edition I, Art. II.-7:302, Comments B (S. 539).

417 Kritisch zu dieser Rechtsfolge Ernst, in: Harrer/Ernst/Gruber u. a. (Hrsg.), Europäische Rechtskultur, S. 109 (129).

418 Vgl. Staudinger/Emmerich, Vor § 535 Rn. 116.

linienvorgaben⁴¹⁹ umsetzen – und auch für das Mobiliarmietrecht gelten⁴²⁰ –, führt trotz des Umsetzungsspielraums der Richtlinien weder nach den Vorschriften des DCFR noch des AGG zur Nichtigkeit des Vertrages. Gem. Art. II.-2:104 Abs. 1 i.V.m. III.-3:701 ff. DCFR bzw. § 21 Abs. 2 AGG kann der Diskriminierte Schadensersatz verlangen und kann gem. Art. II.-2:104 i.V.m. III.-3:302 DCFR einen Erfüllungsanspruch dieser Pflicht zur Nicht-Diskriminierung geltend machen („specific performance“), nämlich in Gestalt des Abschlusses des Vertrages.⁴²¹ Dieser Kontrahierungszwang besteht nach h.M.⁴²² auch im deutschen Recht. Er wird aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG abgeleitet, trotz der Bedenken im Hinblick auf die verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Vertragsfreiheit. Dies wird mit dem Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG begründet, der allerdings erst aus dem Hinzutreten weiterer anerkennenswerter Aspekte folgt,⁴²³ vorliegend aus der europarechtlich gebotenen Bekämpfung ungerechtfertigter Benachteiligungen i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG.⁴²⁴ Dieser Punkt illustriert, dass in DCFR und BGB inhaltlich aufgrund der teilweise sehr detaillierten europarechtlichen Vorgaben in vielen Punkten bereits Gleichlauf besteht, obgleich mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung.

Auch eine Nichtigkeit von Mietverträgen wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wird heute eher selten relevant. Für diese Fälle gilt im DCFR Art. II.-7:301 DCFR (*Contracts infringing fundamental principles* – Verträge, die grundlegende Prinzipien verletzen), wobei aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. II.-7:302 DCFR und dessen Wortlaut „not void under the preceding Article“ klar wird, dass der Regelung der Gesetzeswidrigkeit nicht wie im BGB als Spezialregelung Vorrang gebührt, sondern Art. II.-7:301 DCFR als umfassender Tatbestand⁴²⁵ greift, sobald der Gesetzesverstoß zugleich solche „fundamental principles“ betrifft. Er lässt damit für Art. II.-7:302 DCFR einen Restanwendungsbereich für schlichte Gesetzesverletzungen. Mobiliarmietverträge können insbesondere gem. § 138 Abs. 1 BGB bzw.

419 Insbesondere der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABIEG Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22 (Anti-Rassismusrichtlinie) und der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABIEG Nr. L 157 v. 9.6.2006, S. 24 (Gleichbehandlungs-Richtlinie).

420 Zum AGG siehe Schmidt-Futterer/*Blank*, Vor § 535 Rn. 177.

421 DCFR Full Edition I, Art. II.-2:104 Comments D (S. 189). Zur rechtlichen Einordnung der *specific performance* siehe § 10 II. 1. a).

422 Siehe ausführlich und m.w.N. zum Streitstand MüKo-BGB/*Thüsing*, § 21 AGG Rn. 17 ff.

423 Vgl *Lorenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 4 Rn 8 (S. 87).

424 MüKo-BGB/*Thüsing*, § 21 AGG Rn. 15.

425 Ebenso *MacQueen*, in: *Hartkamp/Hondius/Zimmermann* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, S. 415 (422).

Art. II.-7:301 DCFR nichtig sein, wenn sie auf einen anstößigen oder unerlaubten Zweck gerichtet sind.⁴²⁶ Auch Mietverträge, die durch übermäßig lange Laufzeit oder extreme Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit den Vertragspartner praktisch seiner wirtschaftlichen Eigenständigkeit berauben, sind nach deutschem Recht sittenwidrig.⁴²⁷

Nichtig sind im deutschen Recht zudem Verträge, die den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB erfüllen.⁴²⁸ Der DCFR hingegen sanktioniert die ungerechte Ausbeutung („unfair exploitation“) einer Vertragspartei (Art. II.-7:207 DCFR), die neben Geld auch auf Erlangung weitere Vorteile abzielen kann,⁴²⁹ nicht mit einer *ipso iure*-Nichtigkeit, sondern sieht lediglich die Anfechtbarkeit des Vertrags vor.

Mit dieser Ausnahme sind die Regelungen der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit in BGB und DCFR wie beschrieben sehr ähnlich.

2. Unwirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen

a) Auswirkung der Unwirksamkeit

Die Wirksamkeit von AGB in Mietverträgen ist vorrangig vor §§ 134, 138 BGB nach §§ 305 ff. BGB zu bestimmen,⁴³⁰ ebenso wie die Regelungen der Art. II.-9:401 ff. DCFR über unfaire, nicht individuell ausgehandelte Vertragsklauseln („unfair terms“) den Art. II.-7:301 und II.-7:302 DCFR vorgehen.⁴³¹ Ein grundlegender Unterschied des DCFR zu den Regelungen der §§ 307-309 BGB ist unter anderem,⁴³² dass „unfair terms“ im DCFR nicht zwischen den Parteien unwirksam sind, sondern gem. Art. II.-9:408 DCFR nur den Verwender, nicht aber die Gegenseite binden, wenn letztere die „unfairness“ geltend macht. Diese trotz der Geltung der Klauselrichtlinie für Verbraucherträge bestehenden Unterschiede erklären sich dadurch, dass diese in Art. 6 nur die Mindestvorgabe macht, Regelungen vorzusehen, nach denen missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unwirksam sind, wobei den Mitgliedstaaten die übrige Ausgestaltung weitgehend überlassen bleibt.⁴³³ Die Folge der mangelnden Bindungswirkung bezieht sich auch im DCFR

426 Siehe etwa RG JW 1926, 2169 (Schmuggeldampfer).

427 BGH MDR 1970, 34; Siehe Erman/*Arnold*, § 138 Rn. 128 m.w.N.

428 Anders als für Immobiliarmietverträge kommen im Mobiliarmietrecht keine Verstöße gegen spezielle Wuchertatbestände wie §§ 5 WiStG, 291 StGB i.V.m. § 138 Abs. 2 BGB in Betracht.

429 DCFR Full Edition I, Art. II.-7:207, Comments D, E (S. 508 f.).

430 Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 16; Erman/*Arnold*, § 138 Rn. 8.

431 Ebenso *MacQueen*, in: *Hartkamp/Hondius/Zimmermann* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, S. 415 (420).

432 Zu weiteren Differenzen siehe ausführlich *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber/Karakostas* (Hrsg.), *Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht*, S. 49 (68 ff.).

433 BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 306 Rn. 2.

grundsätzlich nur auf die jeweilige Vertragsklausel, soll aber, wenn die unfaire Klausel essentiell für den Vertrag ist und nicht durch andere Vorschriften (sog. „default rules“ oder „background provisions“, was auch immer hierunter zu verstehen sein mag) ersetzt werden kann, gegebenenfalls zur Nichtaufrechterhaltung des gesamten Vertrages führen.⁴³⁴

Auch im deutschen Recht richtet sich der Inhalt des Vertrages bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln gem. § 306 Abs. 1 und 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften, d.h. im Einzelnen das Recht des einschlägigen Vertragstyps, das allgemeine Vertrags- und Schuldrecht in seiner jeweiligen Auslegung durch das Richterrecht und schließlich die analoge Anwendung einzelner gesetzlicher Regelungen.⁴³⁵ Die bislang h.M. hält zur Ermittlung des Vertragsinhalts auch die ergänzende Vertragsauslegung, falls dispositives Gesetzesrecht nicht zur Verfügung steht und auch die ersatzlose Streichung der Klausel nicht zu angemessenen Ergebnissen führt, für richtlinienkonform.⁴³⁶ Laut *BGH* handelt es sich hierbei auch nicht um eine gemäß der Rechtsprechung des *EuGH* („Banco Español de Crédito“)⁴³⁷ verbotene inhaltliche Anpassung der Klausel, da durch die ergänzende Vertragsauslegung nicht die bestehende Klausel abgeändert werde, sondern ausgehend von der „unabänderliche[n] Unwirksamkeit“ der Klausel die durch diese erst entstandene Lücke geschlossen werde.⁴³⁸ Auch eine komplette Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund einer unwirksamen Klausel ist in § 306 Abs. 3 BGB vorgesehen, wird jedoch praktisch äußerst restriktiv gehandhabt.⁴³⁹

Auch bezüglich der prozessualen Geltendmachung der Unwirksamkeit von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherträgen stimmen der DCFR und das deutsche Recht insofern überein, als das Gericht, selbst wenn sich der Verbraucher im Prozess nicht eindeutig zur Geltung unfairer Klauseln äußert, von Amts wegen über die jeweiligen Konsequenzen der Unfairness entscheiden muss.⁴⁴⁰ Hintergrund dieses Gleichlaufs ist wiederum die Umsetzung der Vorgaben der *EuGH*-Rechtsprechung zur Klauselrichtlinie, die schrittweise zu einer Stärkung der Rolle der

434 DCFR Full Edition I, Art. II.-9:408, Comments C (S. 656).

435 Wolf/Lindacher/*Lindacher/Hau*, § 306 Rn. 14.

436 MüKo-BGB/*Basedow*, § 306 Rn. 22 f.; *Staudinger/Schlosser*, § 306 Rn. 12; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 306 Rn. 11; Wolf/Lindacher/*Wolf/Hau*, § 306 Rn. 15.

437 *EuGH*, Urt. v. 14.6.2012 – C-618/10 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) – Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino = NJW 2012, 2257, 2258.

438 *BGH* NJW 2013, 991, 993; beachte auch die Grundsatzentscheidung des *BGH* zur Tarifpreisklausel *BGHZ* 90, 69, 75 = NJW 1984, 1177, 1178.

439 *BGH* NJW 1982, 824, 825; *BGHZ* 90, 69, 77 = NJW 1984, 1177, 1178; NJW 1986, 928, 930.

440 Für den DCFR DCFR Full Edition I, Art. II.-9:408, Comments A (S. 654 f.); Für das deutsche Recht BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 306 Rn. 2.

nationalen Gerichte bei der Klauselkontrolle geführt haben. Während der *EuGH* im Verfahren „Océano“⁴⁴¹ noch davon ausging, dass die nationalen Gerichte nur befugt seien, die Missbräuchlichkeit von Klauseln von Amts wegen zu prüfen, geht er seit „Mostaza Claro“⁴⁴² sogar von einer Verpflichtung hierzu aus, eine Linie, die er seitdem mehrfach bestätigte.⁴⁴³ Auch nach Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie gilt diese Rechtsprechung des *EuGH* weiterhin fort, da entgegen des anfänglichen Vorhabens die Klauselrichtlinie nicht von der Verbraucherrechtsrichtlinie abgelöst und damit der Vollharmonisierung unterworfen wurde, sondern von dieser weitgehend unberührt blieb.⁴⁴⁴ Auch das CESL enthält in Art. 79 CESL eine Art. II.-9:408 DCFR entsprechende Regelung und spiegelt die *EuGH*-Rechtsprechung wider.⁴⁴⁵

b) Inhaltskontrolle

Was die Inhaltskontrolle selbst betrifft, enthält der DCFR drei Generalklauseln, deren Geltung sich danach richtet, ob es sich um einen B2C-, einen C2C- oder einen B2B-Vertrag handelt. Für die vorliegend interessierenden Verbrauchermitverträge gilt Art. II.-9:403 DCFR, der die Kontrolle aller nicht individuell ausgehandelten Klauseln gem. Art. II.-1:110 Abs. 1 DCFR vorsieht. Eine eckige Klammer, eingefügt in Art. II.-9:403 DCFR auf Drängen der *Study Group* und gegen den Widerstand der *Acquis Group*,⁴⁴⁶ weist auf die Erwägung hin, in Verbraucherverträgen sogar individuell ausgehandelte Klauseln *generell* (also über die Klauseln der *black list* hinaus) der Überprüfung zu unterwerfen. Besonders die Besorgnis um die Erosion der Privatautonomie hat vehementen Widerstand gegen diesen Vorschlag hervorgerufen.⁴⁴⁷ Auch der Entwurf der CESL (VO) bezieht sich in Art. 2 lit. d CESL (VO)

441 *EuGH*, Urt. v. 27.6.2000 – verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000 I-4941 – Océano Grupo = NJW 2000, 2571; Besprochen von *Hau*, IPRAK 2001, 96 (96).

442 *EuGH*, Urt. v. 26.10.2006 – C-168/05, Slg. 2006 I-10421 – Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL = NJW 2007, 135.

443 U.a. in *EuGH*, Urt. v. 21.2.2013 – C-472/11 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) – Banif Plus Bank Zrt/Csaba Csipai u. a. = NJW 2013, 987 Rn. 22 und in „Banco Español de Crédito“ (s. bereits Fn. 437).

444 Siehe hierzu MüKo-BGB/*Basedow*, Vorbem. zu §§ 305–310 Rn. 23. Diese enorme Beschränkung des ursprünglich anvisierten Anwendungsbereichs der VRRL wird vielfach als Scheitern des Vollharmonisierungsansatzes verstanden, *Stürner*, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, S. 47 (48); *Tonner*, EuZW 2010, 767 (769).

445 CESLComm/Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, Art. 79 Rn. 4.

446 DCFR Full Edition I, Art. II.-9:403, Comments A (S. 634).

447 *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (583); *Eidenmüller*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 73 (94 f.); *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679 (703 f.); *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber/Karakostas* (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht, S. 49 (73 f.).

und Art. 83 und 7 CESL lediglich auf nicht individuell ausgehandelte Klauseln und bestätigt letztlich, dass eine solche Ausdehnung keine europäische Akzeptanz finden kann.

Zu beachten ist, dass im Verbrauchermobiliarmietrecht der Vertragsgestaltung bereits *a priori* erhebliche Grenzen gesetzt sind, sei es im Wege nicht individuell ausgehandelter Klauseln oder individualvertraglich, da Art. IV.B.-1:104 Abs. 1 DCFR die Abbedingung oder inhaltliche Modifikation sämtlicher Rechtsbehelfe des Mieters untersagt.

Für alle übrigen Vertragsbestimmungen regelt Art. II.-9:403 DCFR (entsprechend Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie), dass die vom Unternehmer eingeführte Klausel allgemein ‚unfair‘ ist, wenn sie den Verbraucher entgegen Treu und Glauben signifikant benachteiligt („significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing“). Bei dieser Beurteilung zu berücksichtigen sind die in Art. II.-9:407 DCFR genannten Umstände, einschließlich der Transparenz (Art. II.-9:402 DCFR). Art. II.-9:406 DCFR enthält im Einklang mit der Klausel-Richtlinie eine Liste kontrollfester ‚terms‘.⁴⁴⁸ Diesen Regelungen entspricht im Wesentlichen § 307 Abs. 2 BGB und dem Grundsatz der Kontrollfestigkeit von Leistungsbestimmungen.⁴⁴⁹ Auf den ersten Blick scheint es jedoch, als messe der DCFR, anders als das BGB in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die Klauseln gem. Art. II.-9:403 DCFR nicht am Maßstab des dispositiven Rechts, sondern anhand einer allgemeinen Interessenabwägung („significantly disadvantages the consumer“). Ein Blick in die *Comments* zeigt aber, dass die Verfasser des DCFR diese Formulierung nicht in diesem Sinne verstanden wissen wollten, sondern im Vergleich mit der anstelle der Klausel konkret anwendbaren dispositiven Regelung.⁴⁵⁰ Im DCFR wird damit jede Abweichung von dessen Normen relevant. Das BGB stellt hingegen in Annahme einer Leitbildfunktion der Vertragstypen⁴⁵¹ – die als Modell eines gelungenen Interessenausgleichs verstanden werden – in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Vermutung auf, dass die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen Regelung für die Unangemessenheit der Klausel streitet. Zwar ist die Bezugnahme des DCFR auf dessen dispositivo Regelungen vorteilhaft, da sie eine

448 Ausführlich zur Inhaltskontrolle etwa *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber/Karakostas* (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht, S. 49 (68 ff.).

449 *Staudinger/Coester*, § 307 Rn. 129, 284; *Erman/Roloff*, § 307 Rn. 46.

450 DCFR Full Edition I, Art. II.-9:403, *Comments B* (S. 635); Vgl. auch *Ernst*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 55 (63).

451 BGHZ 41, 151, 154 = NJW 1964, 1123; BGHZ 54, 106, 109 f. = NJW 1970, 1596, 1598; BGHZ 89, 206, 211 = NJW 1984, 1182, 1183; Näher zum Hintergrund der gesetzlichen Formulierung des „wesentlichen Grundgedanken“ *Staudinger/Coester*, § 307 Rn. 229 f.; Ulmer/Brandner/Fuchs, § 307 Rn. 193 ff.; MüKo-BGB/Wurmmest, § 307 Rn. 64 ff.

gewisse Einheitlichkeit der Inhaltskontrolle bewirken kann,⁴⁵² andererseits sollte sich dieser für die Inhaltskontrolle sehr bedeutsame Aspekt auch deutlich im Wortlaut niederschlagen. Im Kontext eines europäischen Instruments ist die Herangehensweise des DCFR allerdings ohnehin misslich und nicht umsetzbar, da bis auf die Vorschriften des Instruments selbst kein rechtliches Normengefüge zur Verfügung steht, das als Vergleichsobjekt mit der in Frage stehenden Klausel herangezogen werden könnte. Ein Rückgriff auf die jeweiligen nationalen Regelungen verbietet sich bereits aus Gründen der einheitlichen Anwendung des Instruments. Entschlössen man sich also, die AGB-Thematik in ein künftiges Mobiliarmietrechtsinstrument aufzunehmen, bliebe allein die Möglichkeit, als Maßstab der Inhaltskontrolle bei der im Wortlaut des DCFR bereits angelegten Interessenabwägung im Einzelfall zu bleiben und diese anhand allgemeiner im europäischen Privatrecht geltender Prinzipien durchzuführen, wie auch in Art. 83 CESL vorgesehen.⁴⁵³ Die Regelung des Art. IV.B.-1:104 Abs. 1 DCFR sollte jedoch auch in ein entsprechendes Rechtsinstrument übernommen werden, da sie eine Abweichung von den Rechtsbehelfsvorschriften des Mobiliarmietrechts auch in AGB verhindert, die das Rückgrat des Verbraucherschutzes in einem solchen Instrument wären.

3. Anfechtung

Nach Art. II.-7:201 bis Art. II.-7:207 DCFR sind Mietverträge wie andere Verträge mit der Rechtsfolge rückwirkender Unwirksamkeit (Art. II.-7:212 Abs. 1 DCFR) anfechtbar und werden nach den Regelungen der ungerechtfertigten Bereicherung in Buch VII (*Unjustified enrichment*) rückabgewickelt, was im Grundsatz der Lösung des BGB in den §§ 119 ff., 142 Abs. 1, 812 ff. BGB entspricht. Speziell für das Mietrecht stellt sich aber, ebenso wie im deutschen Recht, die Frage des Verhältnisses von Anfechtung und Gewährleistungsrechten. Hierfür trifft Art. II.-7:216 DCFR eine explizite Regelung, der zufolge eine Wahlmöglichkeit zwischen der Anfechtung und den Rechtsbehelfen wegen „non-performance“ bestehen soll, allerdings laut der *Comments*⁴⁵⁴ nur gesetzt den Fall, es findet hierdurch keine Überkompensation statt und es werden dadurch keine (vertraglichen) Beschränkungen umgangen. Der DCFR schließt sich damit (in Übernahme des Art. 4:119 PECL) der Auffassung an, dass das Verhältnis der Gewährleistungsrechte zur Anfechtung nicht nach den Regeln der Spezialität aufzulösen sei (so aber i.Ü. noch Art. 3.2.7

452 Vgl. auch Riesenhuber, in: Riesenhuber/Karakostas (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht, S. 49 (72).

453 So auch CESLComm/Mazeaud/Sauhanor-Bronnland, Art. 83 Rn. 13.

454 DCFR Full Edition I, Art. II.-7:216, *Comments* (S. 534).

PICC), sondern als eine Frage „elektiver Normenkonkurrenz“⁴⁵⁵ im Rahmen der konkurrierenden Ansprüche entschieden werden müsse.⁴⁵⁶

Gerade im deutschen Mietrecht ist auch eine Abkehr von diesem Spezialitätsansatz zu beobachten, der vor allem noch im Kaufrecht als Abgrenzungsmethode vertreten wird,⁴⁵⁷ aber in der deutschen Rechtslehre aufgrund der Annäherung des Gewährleistungs- und des allgemeinen Leistungsstörungsrechts durch die Schuldrechtsmodernisierung zunehmend Kritik erfahren hat.⁴⁵⁸ Im Mietrecht besteht Abgrenzungsbedarf aufgrund der zeitlichen Anwendbarkeit des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts ohnehin erst ab Überlassung der Mietsache, sodass in der Zeit davor unstreitig die Möglichkeit der Anfechtung besteht.⁴⁵⁹ Bezuglich der Folgezeit wurden jedoch lange unterschiedliche Ansichten vertreten:⁴⁶⁰ Folgt man der Spezialitätslösung, so wird das Anfechtungsrecht des Mieters aus §§ 119 Abs. 2 und 123 BGB durch die Gewährleistungsregeln der §§ 536 ff. BGB sowie das Recht zur außerordentlichen Kündigung, § 543 BGB, verdrängt, da die besonderen Voraussetzungen dieser *spezielleren* Regelungen (z.B. des § 536b S. 2 BGB und § 543 Abs. 4 BGB) nicht durch die Anfechtung unterlaufen werden dürfen.⁴⁶¹ Nach anderer Ansicht war zwar die Anfechtung zuzulassen, dies aber abweichend von § 142 Abs. 1 BGB nur mit *ex nunc*-Wirkung, vor allem um Rückabwicklungsprobleme zu vermeiden.⁴⁶² Nach mittlerweile herrschender Meinung bleibt die Anfechtung richtigerweise immer und bezüglich ihrer Rechtsfolgen uneingeschränkt möglich.⁴⁶³ Zum einen dienen die Anfechtungsgründe der Beseitigung fehlerhafter Willensbildung bei Vertragsschluss, wohingegen die Gewährleistungsrechte den

455 Krampe, JuS 2005, 773 (777).

456 Diesen Ansatz befürwortet auch Krampe, JuS 2005, 773 (777); Wolf, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, S. 85 (127).

457 Er betrifft die Frage der Möglichkeit einer Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums trotz Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts und geht auf die Ruisdael-Entscheidung des RG zurück, RGZ 135, 339. Bislang wurde er auch vom BGH beibehalten, siehe nur BGHZ 34, 32, 35.

458 Siehe nur MüKo-BGB/Westermann, § 437 Rn. 53.

459 LG Köln WuM 1984, 297, 298; KG NZM 2002, 21; AG Bremerhaven DWW 1987, 364.

460 Zur Übersicht siehe Fischer, NZM 2005, 567.

461 LG Wuppertal WuM 1999, 39; KG GE 2001, 1131; LG Wiesbaden WuM 2004, 399. Der BGH bezog lange nicht eindeutig Stellung, siehe nur BGH WM 1967, 515; WM 1968, 1306.

462 Horst, DWW 2002, 6 (17); Paschke, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, 257 ff. (zur Anerkennung des „fehlerhaften Wohnraummietverhältnisses“ nach *Haupts* Lehre fehlerhafter bzw. faktischer Verträge).

463 BGHZ 178, 16, 27 ff. = NJW 2009, 1266, 1268; BGH NJW 2010, 3362, 3363; KG NJW-RR 2002, 155; ZMR 2009, 852; Blank/Börstinghaus/Blank, Vorbem. zu § 535 Rn. 7 f.; Dötsch, NZM 2011, 457 (458 ff.); Emmerich, NZM 1998, 692 (694 f.); Fischer, NZM 2005, 567 (570 f.); MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 37 f.; Staudinger/Röfjs, § 542 Rn. 181 f.

Mieter gegen aktuelle Leistungsstörungen schützen sollen, und können daher nicht durch letztere verdrängt werden. Zum anderen kann wegen der aus § 122 BGB folgenden Schadensersatzpflicht ohnehin nicht pauschal angenommen werden, dass die Anfechtung (mit Ausnahme der Arglistanfechtung) für den Mieter die im Vergleich zu der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten vorteilhaftere Lösung darstelle, was auch dafürspricht, diesem die Wahl zu überlassen. Die angeführten Bedenken bezüglich der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht laufen im Mobiliarmietrecht, wo das Austauschverhältnis der Leistungen zeitlich begrenzter und meist einfacher strukturiert ist als im Wohnraummietrecht (man bedenke nur die komplizierte Rechtslage bezüglich der Nebenkosten oder Schönheitsreparaturen), ohnehin leer.

Geht man also davon aus, dass ein Mobiliarmietrechtinstrument ähnlich wie das CESL einen Teil mit Anfechtungsregeln enthielte, so wäre der vom DCFR vorgeschlagene Weg der elektiven Konkurrenz der Anfechtungsregeln zum mietrechtlichen Gewährleistungsrecht durchaus ein gangbarer Weg. Auch Art. 57 CESL beschreitet diesen. Im Hinblick auf die Akzeptanz eines europäischen Rechtsinstruments ist zudem erwähnenswert, dass auch verschiedene andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen diese Wahl eröffnen, beispielsweise Österreich, die Niederlande, Italien oder Polen.⁴⁶⁴ Eine Ergänzung einer solchen Regelung um die in den *Comments* genannten Einschränkungen bezüglich der Überkompensation und der Umgehung vertraglicher Einschränkungen wäre allerdings aus Gründen der Rechtsklarheit ratsam.

4. Verbraucherwiderruf

Verbraucherwiderrufsrechte bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (früher: Haustürgeschäfte) sind in § 312g BGB bzw. Art. II.-5:201 Abs. 1 und 2 DCFR (*Contracts negotiated away from business premises*) geregelt. Obwohl infolge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie die Regelungen für diese Haustür- und die Fernabsatzgeschäfte in weitem Umfang zusammengeführt wurden, wird hier nur der Widerruf im Fernabsatzgeschäft näher beleuchtet, da Haustürgeschäfte in der Mobiliarmietrechtspraxis – anders als im Immobiliarmietrecht⁴⁶⁵ – eine untergeordnete Rolle spielen und sich wie bereits erläutert auch der Anwendungsbereich künftiger europäischer Verbraucherrechtsinstrumente auf den Bereich des Fernabsatzes zu konkretisieren scheint. Aufgrund des Anwendungsbereichs dieser Untersuchung werden auch Widerrufsrechte, die Verträge mit Finanzierungszweck betreffen (und die von den Änderungen der Verbraucherrechterichtlinie weitgehend unberührt geblieben sind), nicht näher betrachtet.

464 Siehe DCFR Full Edition I, Art. II.-7:216, Notes 1. (S. 535).

465 Vgl. nur Blank/Börstinghaus/Blank, Vor § 535 Rn. 75 ff.

Auch das Widerrufsrecht aus Fernabsatzverträgen ist im DCFR in Art. II.-5:201 DCFR geregelt, wobei der Vertragsschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (Abs. 3) als Unterfall des Kontrahierens außerhalb von Geschäftsräumen (Abs. 1) verstanden wird. Der DCFR versucht hier eine Zusammenfassung der Widerrufsrechte aus Fernabsatz, Haustürgeschäften und dem Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, die aufgrund der mangelnden Differenzierung nach dem jeweiligen Schutzzweck zunächst auf scharfe Kritik stieß.⁴⁶⁶ Im Unterschied hierzu wird im deutschen Recht auch nach Neufassung der §§ 312 und 312b BGB a.F. noch streng zwischen diesen Regelungen differenziert, wobei sie sogar so konzipiert sind, dass sich beide Normen bereits tatbestandlich ausschließen.⁴⁶⁷ Wie bereits erwähnt, änderte sich dieser Zustand durch die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, wobei beide noch immer in unterschiedlichen Normen definiert werden (§ 312b und § 312c BGB) und auch hinsichtlich der aus ihnen erwachsenden Verpflichtungen noch differenziert wird, wie z.B. in § 312f Abs. 1 bzw. 2 BGB, sodass der Abgrenzung nach wie vor Bedeutung zukommt. Entscheidend hierfür ist, dass Fernabsatzverträge anders als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge nicht unter körperlicher Anwesenheit der Vertragsparteien zustande kommen.⁴⁶⁸ Der pauschalierenden Herangehensweise wurde damit durch die VRRL eine Absage erteilt.

Was den weiteren Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts betrifft, so wird dieser, anders als vor der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, nicht mehr positiv festgelegt. Das Verständnis der Fernabsatzrichtlinie, nach deren Vorbild der bislang geltende § 312b BGB geregelt war, wonach Mobiliarmietverträge unter „Verträge über [...] die Erbringung von Dienstleistungen“ zu fassen waren,⁴⁶⁹ wird offensichtlich weiterhin beibehalten. § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB, der Dienstleistungen betrifft, führt nämlich beispielhaft auch die Miete von Kraftfahrzeugen auf. Dieser Ausschlusstatbestand gießt nunmehr die zur Fernabsatzrichtlinie ergangene „easyCar“-Entscheidung⁴⁷⁰ des EuGH vom 10.3.2005 in gesetztes Recht.⁴⁷¹ Danach sollte die Bereichsausnahme „Erbringung von Dienstleistungen [im Bereich] Beförderung“ des Art. 3 Abs. 2 Spiegelstrich 2 der Fernabsatzrichtlinie auch Kfz-

466 Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al., JZ 2008, 529 (545 f.); Eidenmüller, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 73 (90 ff.); Hellwege, AcP 211 (2011), 665 (674 f.).

467 So beispielsweise Palandt/Grüneberg, § 312b Rn. 21 (70. Auflage 2011) und Palandt/Grüneberg, § 312c Rn. 9 (Auflage 2016).

468 Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher, § 312c Rn. 4.

469 MüKo-BGB/Wendeborst, § 312b Rn. 34 (6. Auflage 2012).

470 EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-336/03, Slg. 2005 I-1947 – easyCar (UK) Ltd/Office of Fair Trading.

471 Kritisch zu daraus entstehenden Informationslücken Schauer, in: Jud/Wendeborst (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?, S. 99 (107).

Mietverträge über das Internet erfassen, sodass Verbrauchern kein Widerrufsrecht zustand. Zweck der Entscheidung war der Schutz von Unternehmern: Diese müssen nämlich Vorkehrungen treffen, um die Fahrzeuge termingerecht bereitstellen zu können, sodass die kurzfristige und kostenlose Widerrufsmöglichkeit des Verbrauchers für sie unverhältnismäßige Nachteile nach sich ziehen kann.⁴⁷² Der *EuGH* räumte dadurch den Interessen der Verkäufer Vorrang vor den Interessen des Fernkommunikationsmittel verwendenden Verbrauchers ein. Da die Fernabsatzrichtlinie laut ihrem Art. 14 als Mindestrichtlinie konzipiert war, war es den Mitgliedstaaten bislang trotz des Grundsatzes der richtlinienkonformen Auslegung⁴⁷³ grundsätzlich unbenommen, dem Urteil des *EuGH* im Interesse eines höheren Verbraucherschutzniveaus nicht zu folgen. Dennoch wurde ausgehend davon, dass der deutsche Gesetzgeber die vorbildgetreue Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie beabsichtigte,⁴⁷⁴ auch bislang die Ausnahmeregelung des § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB a.F. – ebenso wie „supply of [...] transport“ in Art. II.-5:201 Abs. 3 lit. a DCFR –⁴⁷⁵ im Sinne der *EuGH*-Rechtsprechung interpretiert.⁴⁷⁶ Die wesentliche Änderung, die mit der Verbraucherrechterichtlinie einhergeht, ist daher, dass sie aufgrund ihres vollharmonisierenden Charakters (Art. 4 der Richtlinie) endgültig eine verbleibende Abweichungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten sperrt.

Die Folgen des Widerrufs waren bislang in Art. II.-5:105 DCFR und § 257 BGB a.F. relativ parallel geregelt, wobei beide auf die Rechtsfolgen des Rücktritts, modifiziert durch einige Sonderregeln, verwiesen. Die neuen §§ 357 ff. BGB enthalten nunmehr ein eigenständiges und abschließendes Rückabwicklungsregime, das – im Gegensatz zum DCFR (Art. II.-5:105 Abs. 7 DCFR) und der bisherigen Fassung des BGB (§ 357 Abs. 2 BGB a.F.) – vorsieht, dass im Falle des Widerrufs grundätzlich der Verbraucher die Kosten der Rücksendung der Waren tragen muss

472 *EuGH* – easyCar (UK) Ltd/Office of Fair Trading (Fn. 470), Rn. 28.

473 Vgl. etwa *EuGH*, Urt. v. 10.4.1984 – C-14/83, Slg. 1984 1891 – von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, Rn. 26; Urt. v. 10.4.1984 – C-79/83, Slg. 1984 1921 – Harz/Deutsche Tradax GmbH, Rn. 26; Urt. v. 8.10.1987 – C- 80/86, Slg. 1987 3969 – Kolpinghuis Nijmegen, Rn. 12; Urt. v. 15.6.2000 – C-365/98, Slg. 2000 I-4619 – Brinkmann Tabakfabriken, Rn. 40; Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 und C-244/98, Slg. 2000, I-4941 – Océano Grupo, Rn. 30; Urt. v. 26.9.1996 – C-168/95, Slg. 1996 I-4705 – Strafverfahren gegen Luciano Arcaro, Rn. 41; Urt. v. 5.10.2004 – verb. Rs. C-397/01, C-398/01, C-399/01, C-400/01, C-401/01, C-402/01 und C-403/01, Slg. 2004 I-8835 – Pfeiffer, Rn. 113.

474 BT-Drucks. 14/2658, S. 33.

475 DCFR Full Edition I, Art. II.-5:201, Comments H (S. 392). Kritisch *Reich*, ZEuP 2007, 161 (161 ff.).

476 So richtig *Ullsch*, ZEuP 2006, 170 (188); weitere Auslegungsoptionen verkennend *Junker*, CR 2005, 651 (654); mittlerweile herrscht hierüber Einvernehmen, vgl. nur MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 83 (6. Auflage 2012).

(siehe für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene und Fernabsatzverträge § 357 Abs. 6 BGB).

Was die Verbraucherwiderrufsrechte betrifft, ist also der Regelungsspielraum auch für ein europäisches Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument aufgrund des vollharmonisierenden Charakters der Richtlinie nunmehr bis auf einige Umsetzungsoptionen in Randbereichen erheblich eingeschränkt. Zwar hat sich das CESL dennoch für den Weg entschieden, in Art. 40 ff. CESL kleinteilig das Verbraucherwiderrufsrecht in den beiden oben genannten Bereichen zu regeln, diese Normen zeigen jedoch zugleich die Gefahr einer solchen Herangehensweise: Denn das CESL übernahm hierbei nicht wortlautgetreu die Regelung der Richtlinie, sondern enthält in etlichen Punkten, an denen ausweisliche der Materialien keine abweichende Regelungsabsicht bestand, dennoch Wortlautdifferenzen, sodass Unklarheit darüber entsteht, welche Abweichungen letztlich gewissen Umsetzungsspielräumen geschuldet sind und welche lediglich semantischer bzw. grammatischer Natur sind.⁴⁷⁷ Für ein weiteres europäisches Instrument wäre es daher klug, lediglich einen Verweis auf die Verbraucherrechterichtlinie aufzunehmen, um eine Vervielfachung desselben Regelungsgehalts in verschiedenen Regelwerken und die mit etwaigen Abweichungen einhergehenden Unsicherheiten zu vermeiden. Selbst diese Vorgehensweise lässt die Möglichkeit offen, einzelne Spezialregelungen zu treffen, soweit dies nach der VRRL zulässig ist, und hierbei dennoch die Übersichtlichkeit der Materie zu wahren.

IV. Résumé

Abschließend bleibt festzustellen, dass im Bereich der allgemeinen für Verbrauchermietverträge geltenden Regelungen bereits ein weitgehender Gleichlauf zwischen dem DCFR und dem BGB bestand, da diese Materie stark von europäischem Sekundärrecht geprägt ist. Bislang fortbestehende Diskrepanzen zwischen beiden Regelungssystemen wurden nunmehr weitgehend durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie beseitigt, die in vielen Aspekten dazu führte, dass die Lösungen des BGB eher denen des DCFR angenähert wurden, als den DCFR zu überholen. Dies erklärt sich auch durch die Entstehungsgeschichte der Verbraucherrechterichtlinie, die auf dem *Consumer Law Compendium* basiert, das u.a. von der *Acquis Group* erarbeitet wurde, die auch an der Erstellung des DCFR maßgeblich beteiligt war. Zudem war *Schulte-Nölke* leitender Koordinator beider Projekte.⁴⁷⁸ Die Projekte überschneiden sich daher sowohl in personeller als auch inhaltlicher Hinsicht erheblich und sind daher allenfalls auf den ersten Blick „eigentlich unver-

⁴⁷⁷ Zu dieser Problematik sowie den Details des Verbraucherwiderrufsrechts des CESL *Weller*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 147 (173 f.).

⁴⁷⁸ *Schulte-Nölke*, in: *Howells/Schulze* (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, S. 29 (32 f.).

bundene Reformvorhaben“.⁴⁷⁹ Vermehrt wurde auch die Vermutung geäußert, dass eine Harmonisierung mittels des DCFR eine Art „Backup-Plan“ für den Fall des Scheiterns des mit der Verbraucherrechterichtlinie ursprünglich verfolgten umfassenderen Vollharmonisierungsansatzes sei und beide Projekte auch in diesem Zusammenhang zu sehen seien.⁴⁸⁰ Diese These kann sich zumindest dadurch bestätigt sehen, dass die Bestrebungen, ein optionales Instrument auf dem Gebiet des Kaufrechts einzuführen, umso vehementer verfolgt wurden, seit deutlich geworden war, dass die vollharmonisierende Verbraucherrechterichtlinie im ursprünglich anvisierten Umfang keine politische Akzeptanz finden würde.⁴⁸¹

Der Ausgestaltung der Regelungen zum Zustandekommen und zur Wirksamkeit von Verbrauchermobiliarmietverträgen in einem (optionalen) europäischen Mobilarmietrechtsinstrument, wenn man sich entschiede, diese allgemeinen Regeln aufzunehmen, sind daher durch den bestehenden rechtlichen Rahmen enge Grenzen gesetzt.

479 So Rösler, EuZW 2011, 1 (1).

480 Vgl. etwa Herresthal, EuZW 2011, 7 (7); Reich, in: Thévenoz/Reich (Hrsg.), *Liber amicorum Bernd Stauder: Droit de la consommation*, S. 357 (378, 382).

481 So auch StEckpfeiler/Gsell, L. Rn. 3; Reich/Micklitz, EWS 2011, 113 (113); Schmidt-Kessel, GPR 2010, 129 (130); Schulze, ZEuP 2014, 691 (691 f.).

§ 6 Beginn und Ende des Mietverhältnisses

I. Beginn

Art. IV.B.-2:101 DCFR legt als Spezialregelung zu Art. III.-2:102 DCFR den Beginn des Mietverhältnisses explizit fest, wobei dieser Zeitpunkt von maßgeblicher Bedeutung für die Erfüllung der Pflichten zur Übergabe der Mietsache („making the goods available“) und deren anfängliche Vertragsgemäßheit („conformity at the start of the lease period“) ist und den zeitlichen Rahmen auch für alle anderen Verpflichtungen absteckt.⁴⁸² Der Beginn soll gem. Abs. 1 lit. a der vertraglich festgelegte Zeitpunkt sein, oder, falls lediglich ein Zeitraum vereinbart wurde, soll gem. lit. b – in Wiederholung der allgemeinen Regelung des Art. III.-2:102 Abs. 2 DCFR – der Vermieter als Schuldner der Übergabeverpflichtung grundsätzlich einseitig die Leistungszeit festlegen können. In allen übrigen Fällen soll das Mietverhältnis gem. lit. c eine „angemessene Zeit“ („reasonable time“)⁴⁸³ nach Vertragsschluss auf Verlangen einer Partei beginnen. Gem. Abs. 2 markiert jedoch jedenfalls die Übergabe der Mietsache den Anfang des Mietverhältnisses.

1. Parteivereinbarungen

Die Verfasser des DCFR haben sich für die Option entschieden, den zeitlichen Bezugspunkt generell für alle Verpflichtungen vorab zu regeln und in den jeweiligen Normen nur auf den so definierten „Beginn der Mietzeit“ („start of the lease period“) zu verweisen, anstatt den maßgeblichen Zeitpunkt für jede Verpflichtung einzeln festzulegen. Im deutschen Recht hingegen existiert keine explizite Regelung des zeitlichen Beginns des Mietverhältnisses; lediglich für die Anwendbarkeit der Gewährleistungsrechte wird auf die Überlassung der Mietsache abgestellt („zur Zeit der Überlassung“, § 536 BGB). Für den „Beginn“, d.h. die Fälligkeit der einzelnen vertraglichen Verpflichtungen gilt, sofern nichts anderes bestimmt ist, § 271 Abs. 1 BGB, sodass die Mietsache bei fehlender Leistungszeitvereinbarung sofort zu überlassen ist.⁴⁸⁴ Das deutsche Recht sieht also tendenziell einen etwas früheren Beginn der mietvertraglichen Verpflichtungen vor als der DCFR.

Im Hinblick auf den in Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. a DCFR normierten Vorrang der Parteivereinbarung ergeben sich keine Unterschiede zum deutschen Recht und es hätte der expliziten Regelung mit Blick auf die in Art. II.-1:102 Abs. 1 und 2 DCFR (*Party autonomy*) geregelte Vertragsfreiheit auch nicht bedurft. Die Regelung in Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. b DCFR, bei der Vereinbarung eines bloßen Zeitraums für die Leistung grundsätzlich dem Vermieter das Recht einzuräumen, den Leistungszeitpunkt innerhalb dieser Zeitspanne festzulegen, leuchtet hingegen nicht

482 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, Comments A (S. 1455), Comments C (S. 1456).

483 Beachte die Definition von „reasonable“ in Art. I.-1:104 DCFR.

484 MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 66.

recht ein. Eine pauschale Befugnis der einen oder anderen Partei, den Beginn des Mietverhältnisses zu bestimmen, kann zunächst aufgrund der Vielgestaltigkeit der Interessenlage nicht angenommen werden. So kann zum Beispiel der Mieter ein Interesse daran haben, zeitgenau die Unterbringung des Mietgutes zu planen, oder der Vermieter aufgrund der sonst entstehenden Vorhaltekosten auf genaue zeitliche Koordinierung bezüglich der Beschaffung der Mietsache angewiesen sein. Die Regelung in lit. b ist genau besehen auch überflüssig. Denn selbstverständlich können die Parteien auch nur einen Leistungszeitraum vereinbaren, was dann regelmäßig impliziert, dass der Schuldner jederzeit innerhalb der Frist leisten und der Gläubiger die Leistung jederzeit innerhalb der Frist fordern können soll. Im ersten Fall begänne dann im System des DCFR die Mietzeit wegen der Vorleistungspflicht des Vermieters⁴⁸⁵ mit der tatsächlichen Überlassung der Mietsache nach Art. IV.B.-2:101 Abs. 2 DCFR, im letzteren Fall mit dem Leistungsverlangen durch den Mieter gem. dessen Abs. 1 lit. c, was jeweils der Partei zugutekommt, der an einem früheren Beginn des Mietverhältnisses gelegen ist, und somit eine interessengerechtere Lösung darstellt, ohne dass es einer weiteren Regelung wie in lit. b bedürfte.⁴⁸⁶

Auf den ersten Blick sinnvoll erscheint die Regelung des Art. IV.B.-2:101 Abs. 2 DCFR, demzufolge das Mietverhältnis aber jedenfalls beginnen soll, sobald der Mieter die Mietsache tatsächlich in Besitz genommen hat („takes control of the goods“). Nach dem deutschen Recht werden die entsprechenden Handlungen der Parteien – sofern die Inbesitznahme im Einverständnis mit dem Vermieter erfolgt – in der Regel als konkluidente Vereinbarung des Beginns des Mietverhältnisses zu verstehen sein,⁴⁸⁷ da ab diesem Zeitpunkt die Anwendung der mietrechtlichen Spezialregelung für beide Parteien meist sach- und interessengerecht sein wird. Je nach Inhalt der konkreten Parteivereinbarung ist es jedoch auch denkbar, dass die Mietsache überlassen wird, ohne dass zugleich das Mietverhältnis beginnt, sodass beispielsweise zunächst ein Leihverhältnis entsteht.⁴⁸⁸ Ergreift der Mieter jedoch eigenmächtig Besitz von der Mietsache, kommt nicht Mietvertragsrecht zur Anwendung. Das Verhältnis der Parteien richtet sich vielmehr primär nach den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, §§ 985 ff. BGB, mit dessen besonderen Folgen, insbesondere der verschuldensunabhängigen Haftung des deliktisch besitzenden Mieters für Verlust oder Beschädigung der Mietsache gem. §§ 992, 823, 848 BGB. Für den wahrscheinlichen Fall, dass der DCFR dem Mieter kein einseitiges Recht einräumen wollte, das Mietverhältnis durch das Ansichnehmen der Mietsache zu beginnen, sollte eine entsprechende Klarstellung eingefügt werden, um das

485 Siehe Art. IV.B.-5:102 DCFR.

486 Zu Schwachstellen der Lösung in lit. c siehe § 7 II. 2. a).

487 OLG Köln NZM 1999, 710, 711; OLG Hamburg WuM 2003, 84 = ZMR 2003, 179.

488 Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 535 Rn. 3 f.; Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 69.

erforderliche Einverständnis bezüglich der Inbesitznahme auszudrücken, z.B. ‚the lessee is granted and takes control of the goods‘. Insgesamt betrachtet hat die Regelung des DCFR für sich, dass sie eindeutig und allgemeingültig festlegt, wann das Mietverhältnis beginnt; sie muss sich aber der Kritik aussetzen, dass sie für die Folge, ob bereits Zahlung geschuldet sein soll (ebenso wie das deutsche Recht), wiederum doch auf die konkrete Parteivereinbarung abstellen will.⁴⁸⁹ Um dem Parteiwillen ausreichend Rechnung zu tragen, aber zugleich eine bestimmte gesetzgeberische Wertung und Regelungstendenz zum Ausdruck zu bringen, wären für solche Fälle Vermutungsregelungen die sinnvollere Gesetzestechnik.

Was die weiteren Folgen einer Überlassung der Mietsache vor dem ursprünglich vereinbarten Beginn des Mietverhältnisses betrifft, so ist die Annahme für den Mieter grundsätzlich nicht verpflichtend (Art. III.-2:103 Abs. 1 DCFR)⁴⁹⁰ und führt als solche auch nicht dazu, dass die Sache als im Hinblick auf Mängel als vertragsgemäß akzeptiert gilt.⁴⁹¹ Aus Sicht des deutschen Rechts ergibt sich ersteres bereits aus dem Verständnis, dass dem früheren Beginn eine (konkludente) einverständliche Vereinbarung zugrunde liegen muss. Letzteres zu erwähnen erscheint eher abwegig, wenn man bedenkt, dass auch die eigentliche, ursprünglich geplante Annahme der Mietsache (auch gem. Art. IV.B.-5:103 DCFR) keine Aussage über Mängelrechte beinhaltet. Interessanter ist hingegen die Frage, ob die frühe Annahme der Mietsache auch die Gegenleistungspflicht des Mieters auslöst, die Miete zu zahlen. Nach den Regelungen des DCFR soll dies, mit Ausnahme spezieller vertraglicher Gestaltungen, regelmäßig der Fall sein.⁴⁹² Hierdurch begründet der DCFR eine Ausnahme zu der Grundregel des Art. III.-2:103 Abs. 2 DCFR, nach der die Annahme einer verfrühten Leistung grundsätzlich keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Gegenleistung haben soll. Für die mietrechtliche Lösung spricht insbesondere, dass der Beginn der Mietzeit wie bereits festgestellt sämtliche Verpflichtungen der Parteien auslöst und damit auch die Gegenleistungspflicht ab diesem Zeitpunkt geschuldet sein muss.

Erwähnenswert ist ferner, dass im Falle eines ‚consumer contract‘ die Regelung des Art. III.-2:102 Abs. 3 DCFR ergänzend greift. Diese schreibt bei Fernabsatzverträgen über die Bereitstellung von Waren (distance contract for the supply of goods), die laut der *Definitions* auch Mietverträge erfassen, ergänzend fest, dass bezüglich der Verpflichtung des Unternehmers, d.h. der Überlassungsverpflichtung des Vermieters, spätestens 30 Tage nach Vertragsschluss geleistet werden muss. Das Mietverhältnis muss also in Verbrauchermitverträgen spätestens dann beginnen. Der

489 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, Comments F (S. 1458).

490 Verblüffenderweise ist die Annahme aber dann verpflichtend, wenn dem Mieter durch die Annahme keine unvernünftigen Nachteile („unreasonable prejudice“) entstehen.

491 So wohl klarstellend DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, Comments F (S. 1458).

492 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, Comments F (S. 1458).

DCFR setzte hierdurch Art. 7 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie um,⁴⁹³ eine Maßnahme, die im deutschen Recht aufgrund des bereits durch das Zusammenspiel von § 271 Abs. 1 und § 308 Nr. 1 BGB garantierten höheren Verbraucherschutzes nicht nötig war, da diese bereits die unangemessene Verlängerung der Leistungszeit durch den Unternehmer verhindern.⁴⁹⁴ Auch die Verbraucherrechterichtlinie sieht im Übrigen in Art. 18 Abs. 1 VRRL eine solche dreißigtägige Leistungsfrist für Unternehmer vor, die allerdings nur auf Kaufverträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Art. 17 Abs. 1 VRRL) und nicht auf Verbrauchermietverträge Anwendung findet⁴⁹⁵ und daher die für Verbrauchermietverträge geltende Rechtslage unberührt lässt.

In einem Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument könnte man folglich erwägen, die Regelung aus Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. a DCFR aus Klarstellungsgründen aufzunehmen. Auch dessen lit. c bzw. Abs. 2 erfüllt seinen Zweck, im Falle einer fehlenden Parteivereinbarung durch das Abstellen auf das explizite Verlangen des Vertragsbeginns durch eine Partei Klarheit über den Status der Vertragsdurchführung zu schaffen. Dies wird zusätzlich durch die Regelung in Art. IV.B.-2:101 Abs. 2 DCFR durch Anknüpfung an die faktische Überlassung der Mietsache erreicht, die mit einer Klarstellung (wie bereits zuvor erläutert) ebenfalls übernommen werden sollte. Von der Aufnahme von lit. b sollte man demgegenüber aus den erwähnten Gründen Abstand nehmen. Auch eine Art. III.-2:102 Abs. 3 DCFR entsprechende Regelung sollte Eingang in ein solches Instrument finden, um den Erfordernissen des europäischen Sekundärrechts hinreichend Rechnung zu tragen.

2. Regelungstechnik

Die Entscheidung des DCFR, den maßgeblichen Zeitpunkt für alle Verpflichtungen gemeinsam vorangestellt festzulegen, ist nicht allein eine Frage des Stils. Sie führt vielmehr zu einer inhaltlichen Abweichung von den Regelungen des deutschen Rechts, was die Anwendbarkeit der Mängelrechte anbelangt. Denn beginnt die Mietzeit nach Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 DCFR vor Übergabe der Mietsache, so finden gem. Art. IV.B.-3:102 DCFR bereits ab diesem Zeitpunkt auch die mietrechtlichen Mängelrechte Anwendung. Im deutschen Recht wird hingegen aus der Formulierung des § 536 Abs. 1 S. 1 BGB „zur Zeit der Überlassung [...] oder entsteht während der Mietzeit“ abgeleitet, dass die speziellen Mängelrechte erst ab Überlassung der Mietsache gelten,⁴⁹⁶ wohingegen vor diesem Zeitpunkt allgemeines

493 DCFR Full Edition I, Art. III.-2:102, Comments E (S. 727).

494 Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 1 Rn. 14 f.

495 Diese wurde in § 474 Abs. 3 S. 2 BGB umgesetzt und auch in Art. 95 Abs. 2 CESL übernommen.

496 Staudinger/*Emmerich*, § 536 Rn. 9; Palandt/*Weidenkaff*, § 536 Rn. 3, 16.

Leistungsstörungsrecht anzuwenden ist.⁴⁹⁷ Demnach finden also die Mängelrechte des DCFR tendenziell über einen im Vergleich zum BGB etwas längeren Zeitraum Anwendung.

Dieser Unterschied wird allerdings dadurch nivelliert, dass sich auch nach dem BGB der Wechsel des Haftungsregimes ab Übergabe der Sache seit der Schuldrechtsreform, mit der die beiden Regime einander stark angeglichen wurden, kaum noch auswirkt.⁴⁹⁸ Unterschiede ergeben sich neben einigen kleineren Abweichungen aber noch mit Blick auf die Garantiehaftung für anfängliche Mängel gem. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, weshalb einige eine vorgezogene Anwendung der Mängelhaftung ab Vertragsschluss befürworten⁴⁹⁹ – eine Lösung, die aber mit der herrschenden Meinung abzulehnen ist.⁵⁰⁰ Diese verbleibenden Unterschiede sind nämlich durch das ab Übergabe der Mietsache verstärkte Schutzbedürfnis des Mieters gerechtfertigt, da erst ab diesem Zeitpunkt seine Rechtsgüter mit der Mietsache physisch in Berührung kommen und sich Mängel der Mietsache daher auf sie auswirken können.

Nach dem DCFR sind Mängelrechte ab Vertragsschluss auch nur dann anwendbar, wenn dieser zugleich den Beginn der Mietzeit markiert. Im Regelfall, in dem der Beginn jedoch später liegt, ist der Zustand der Mietsache vor diesem Zeitpunkt ohne Bedeutung für die Bestimmung der Mängelhaftigkeit der Mietsache,⁵⁰¹ sodass es auch nach den Regeln des DCFR keine vorgezogene Mängelhaftung gibt. Hierfür besteht auch vergleichsweise weniger Anlass, da der DCFR keine Garantiehaftung für anfängliche Mängel kennt. Merkwürdig erscheint die Anknüpfung an andere Faktoren als die Übergabe der Mietsache, da diese keine gesteigerte Schutzbedürftigkeit des Mieters gegen Mängel der Mietsache begründen. Hier zeigt sich der Nachteil der pauschalen Vorabregelung, die Besonderheiten der einzelnen Rechte der Parteien nicht adäquat berücksichtigen kann. Es wäre daher ratsam, in einem Mobiliarmietrechtsinstrument den beabsichtigten Anwendungsbereich der Mängelrechte im entsprechenden Kapitel losgelöst vom allgemeinen Beginn des Mietverhältnisses zu regeln.

497 BGHZ 85, 267, 270 = NJW 1983, 446, 447; BGHZ 136, 102, 106 = NJW 1997, 2813, 2814; NJW 2005, 2152, 2154.

498 Siehe ausführlich Herresthal, in: *Artz/Börstinghaus* (Hrsg.), 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 157 (159 ff.).

499 Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 536 Rn. 4b; MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 536 Rn. 11; Joussen, ZMR 2004, 553 (553); Loosholders, in: *Artz/Börstinghaus* (Hrsg.), 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 141 (149 ff.).

500 BGHZ 85, 267 (270) = NJW 1983, 446; BGHZ 136, 102 = NJW 1997, 2813, 2814; BGH NJW-RR 2007, 1092, 1093; Palandt/Weidenkaff, § 536a Rn. 3.

501 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:102, Comments B (S. 1492).

II. Ende

Art. IV.B.-2:102 DCFR enthält, ebenso wie § 542 BGB, eine explizite Regelung zum Ende des Mietverhältnisses. Die Vorschrift des DCFR ist auch ähnlich strukturiert, da auch sie bezüglich der Beendigung zwischen bestimmter und unbestimmter Mietzeit („definite“ und „indefinite lease period“) unterscheidet.

1. Bestimmte Mietzeit

Die Regelung zu Mietverhältnissen mit bestimmter Mietzeit in Abs. 1 erstaunt zunächst, indem sie wie § 542 Abs. 2 BGB zwar vorsieht, dass ein Mietverhältnis mit Ablauf dieser Zeit endet, aber in Satz 2 die Möglichkeit einer Kündigung generell auszuschließen scheint, wohingegen der entsprechende § 542 Abs. 2 Nr. 1 BGB die *außerordentliche* Kündigung explizit für zulässig erklärt. Laut der *Comments* soll Art. IV.B.-2:102 Abs. 1 S. 2 DCFR jedoch nicht abschließend die Zulässigkeit der Kündigung regeln, sondern ebenfalls nur die Beendigung des befristeten Mietverhältnisses durch „ordentliche“ Kündigung ausschließen, d.h. die in Absatz 2 vorgesehene Kündigung durch Kündigungserklärung unter bloßer Angabe des Beendigungszeitpunktes (ohne Notwendigkeit eines Grundes).⁵⁰² Dies ist nur konsequent, wenn man bedenkt, dass auch der DCFR die Parteien nicht unter allen Umständen an dem Dauerschuldverhältnis festhalten will, wie beispielsweise Art. III.-1:109 Abs. 1 und 2 DCFR zeigen.⁵⁰³ Zulässig ist damit auch in befristeten Mietverhältnissen die Vertragsbeendigung („termination“)⁵⁰⁴ aufgrund von „non-performance“ gem. Art. III.-3:502 ff. DCFR bzw. die gerichtliche Auflösung des Mietverhältnisses infolge der Geltendmachung veränderter Umstände gem. Art. III.-1:110 Abs. 2 lit. b DCFR („change of circumstances“), was in etwa dem Rücktritt infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 Abs. 3 S. 1 BGB entspricht. Anders als das BGB sieht der DCFR jedoch bewusst keine allgemeine Regelung zur außerordentlichen Kündigung von Mietverhältnissen (entsprechend § 543 Abs. 1 BGB) vor, ebenso wenig wie ein Recht zur außerordentlichen Kündigung im Falle des Todes des Mieters, das im deutschen Mobiliarmietrecht in § 580 BGB vorgesehen ist.⁵⁰⁵ Dies wird schlüssig damit begründet, derartige Regelungen seien unnötig, was zweifelhaft erscheint, da folglich nicht allen Umständen, die ein berechtigtes Interesse zur Beendigung des Mietverhältnis darstellen können, adäquat Rechnung getragen werden kann. Betrachtet man beispielsweise⁵⁰⁶ den vorgenannten Fall, dass der

502 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, *Comments B* (S. 1461).

503 Vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, *Comments D* (S. 1429), Art. IV.B.-2:102, *Comments C, D* (S. 1463). Siehe hierzu auch § 4 I. 2.

504 Da der Terminus sowohl Kündigung als auch Rücktritt erfasst, wird im Folgenden der neutrale und wörtlich übersetzte Begriff „Beendigung“ verwendet.

505 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, *Comments C* (S. 1461).

506 Zu den systematischen Unterschieden der übrigen Kündigungsgründe siehe § 10 IV. unten.

Mieter verstirbt, so kann es im Interesse des Vermieters sein, zu kündigen, da er die Mietsache nur einer bestimmten Person, nicht aber dem Erben überlassen wollte, sowie im Interesse des Erben, der eventuell keine Verwendung für die Mietsache hat.⁵⁰⁷ Der DCFR könnte diese Umstände nur im Rahmen von Art. III.-1:110 DCFR berücksichtigen, der aber keinen der Kündigung gleichwertigen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, da er den Parteien kein ohne weiteres ausübbares Gestaltungsrecht an die Hand gibt, sondern die gerichtliche Geltendmachung des Begehrrens voraussetzt, wobei die Anordnung der Rechtsfolge gem. Art. III.-1:110 Abs. 2 DCFR auch dann noch im gerichtlichen Ermessen bleibt.⁵⁰⁸

Die *Comments* sehen zudem eine Ausnahme vom Ausschluss der ordentlichen Kündigung in befristeten Mietverhältnissen vor, falls die Parteien vereinbart haben, dass das Mietverhältnis enden soll, sobald ein zukünftiges ungewisses Ereignis eintritt (beispielsweise ein Ereignis, aufgrund dessen der Vermieter die Mietsache nunmehr für eigene Zwecke benötigt).⁵⁰⁹ In dieser Hinsicht ergeben sich keine Unterschiede zum deutschen Recht, da es sich aus deutscher Perspektive genau besehen bei dieser Konstellation nicht um eine vorab erklärte Kündigung, sondern die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung handelt und daher um den Fall eines Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit, bei dem die ordentliche Kündigung auch im deutschen Recht jederzeit möglich wäre.⁵¹⁰ Der DCFR muss sich dementsprechend aber zurecht die Frage gefallen lassen, ob im Falle eines ungewissen zukünftigen Ereignisses als ‚resolutive condition‘ i.S.d. Art. III.-1:106 Abs. 1 DCFR nicht auch nach seinen Regeln eigentlich ein unbefristetes Mietverhältnis anzunehmen wäre, mit der Folge, dass eine ordentliche Kündigung gem. Art. IV.B.-2:102 DCFR grundsätzlich möglich und die besprochene „Ausnahmeregelung“ hinfällig wäre.

Als weitere Ausnahme kommen mithin abweichende Vereinbarungen der Parteien in Betracht, durch die einem oder beiden von ihnen trotz bestimmter Mietzeit ein jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht zustehen soll. Derartige Absprachen sind nach beiden Regelungssystemen unproblematisch möglich.⁵¹¹

Mit Art. IV.B.-6:101 Abs. 1 DCFR sieht der DCFR zudem eine Regelung vor, die faktisch wie ein Sonderkündigungsrecht auch für befristete Mietverhältnisse wirkt und vor allem für Verbrauchermietverträge relevant wird: Hiernach soll der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses für künftige Mietzahlungsan-

507 Statt aller Palandt/*Weidenkaff*, § 580 Rn. 1.

508 DCFR Full Edition I, Art. III.-1:110, *Comments B* (S. 712); *Comments D* (S. 713 ff.).

509 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, *Comments C* (S. 1462).

510 Palandt/*Weidenkaff*, § 542 Rn. 4, 9.

511 Für den DCFR, der diese Konstellation unnötigerweise als Mischform von bestimmter und unbestimmter Mietzeit kategorisiert, DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, *Comments A* (S. 1461). Für das BGB BeckOK-BGB/*Wiederbold*, § 542 Rn. 12.

sprüche dann nicht mehr durchsetzbar sein, wenn der Mieter nach Übergabe der Mietsache die Mietsache zurückzugeben wünscht und es für den Vermieter vernünftig wäre, diese Rückgabe zu akzeptieren, wobei die Rückgabe insbesondere in Verbraucherverträgen in der Regel ‚reasonable‘ sein soll, da es dem unternehmerischen Vermieter meist ohne weiteres möglich sein wird, die Sache auch kurzfristig anderweitig zu vermieten.⁵¹² Trotz der Verpflichtung, dem Vermieter in diesem Fällen gegebenenfalls Schadensersatz zu leisten (Art. IV.B.-6:101 Abs. 2 DCFR), ist diese Regelung bedenklich weitgehend – zumal dieser Schadensersatz meist durch ein vom Vermieter verpflichtend vorzunehmendes Deckungsgeschäft (Art. II.-3:705 DCFR) zu kürzen sein wird. Letztlich führt der DCFR auf diesem Wege eine Interessenabwägung ein, die besser in einem Tatbestand eines – von ihm abgelehnten – allgemeinen Sonderkündigungsrechts aufgehoben wäre und die vor allem auch mit der zum *Principle* erhobenen Grundsatz der Vertragstreue⁵¹³ nicht in Einklang zu bringen ist: Es wird nicht etwa abgewogen, ob Gründe bestehen, die ein grundsätzlich gebotenes Festhalten am Vertrag unzumutbar erscheinen lassen (wie bei § 543 Abs. 1 BGB), sondern die Rückgabe der Mietsache und damit die faktische Beendigung des Vertrages soll bereits dann möglich sein, wenn die Rückgabe für den Vermieter ‚reasonable‘ ist, d.h. ihr keine praktischen Probleme oder das Anfallen von Zusatzkosten entgegenstehen.⁵¹⁴ Damit wird zugleich die typische vertragliche Risikoverteilung umgangen, indem letztlich dem Vermieter das Risiko der wirtschaftlichen Verwendbarkeit der Mietsache aufgebürdet wird.

Aus dieser Analyse sind wichtige Rückschlüsse für die Ausgestaltung des Kündigungsrechts in einem künftigen Instrument des Mobiliarmietrechts zu ziehen: Es empfiehlt sich die Einführung eines allgemeinen Sonderkündigungsrechts, das es erlaubt, den Besonderheiten des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis angemessen Rechnung zu tragen und eine geregelte Berücksichtigung der Parteiinteressen im Einzelfall ermöglichen würde. Im DCFR sind alle Fälle der außerordentlichen Beendigung allein über die notwendigerweise allgemein gehaltenen Tatbestände der Art. III.-3:502 f. DCFR zu lösen, die dies nicht leisten können. Von der Einführung von faktischen Sonderkündigungsrechten wie Art. IV.B.-6:101 Abs. 1 DCFR, die das Prinzip der Vertragstreue geradezu leichtfertig untergraben, ist hingegen abzusehen.

2. Unbestimmte Mietzeit

Bei unbestimmter Mietzeit hingegen soll das Mietverhältnis gem. Art. IV.B.-2:102 Abs. 2 DCFR (als Sonderregelung zu Art. III.-1:109 Abs. 1 und 2 DCFR), ebenso

⁵¹² DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:102, Comments E (S. 1465); Art. IV.B.-6:101, Comments B (S. 1573).

⁵¹³ DCFR Outline Edition, Ziffer 17 der Principles (S. 72); vgl. auch Art. II.-1:103 Abs. 1 DCFR.

⁵¹⁴ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-6:101, Comments B (S. 1573).

wie in § 542 Abs. 1 BGB, grundsätzlich jederzeit kündbar sein. Dies erfolgt gem. Art. IV.B.-2:102 Abs. 2 und 3 DCFR durch Erklärung der Kündigung („notice“) durch eine der Parteien, die gem. Art. I.-1:109 Abs. 2 DCFR –wie nach deutschem Recht⁵¹⁵ formfrei möglich ist und keine Angabe von Gründen erforderlich ist. Abweichend von der allgemeinen Regel des Art. I.-1:109 Abs. 3 DCFR wird die Erklärung nicht sofort mit dem Zugang wirksam, sondern entfaltet gem. Art. IV.B.-2:102 Abs. 2 DCFR erst verzögert zu dem in der „notice“ angegebenen Zeitpunkt ihre Wirksamkeit („delayed effect“ i.S.d. Art. I.-1:109 Abs. 3 DCFR), wenn dieser im Einklang mit der diesbezüglichen Parteivereinbarung steht (also auch wenn die Kündigungsfrist länger als vereinbart ist). Fehlt es an einer Parteivereinbarung, so wird das Mietverhältnis eine angemessene Zeit („reasonable time“) nach Zugang der Erklärung beendet.

Der wesentliche Unterschied zur Regelung im BGB ist, dass dieses in § 580a Abs. 3 BGB gesetzliche Kündigungsfristen vorsieht, eine Lösung, die der des DCFR vorzugswürdig ist. Zwar ist zur Ermittlung des „angemessenen Beendigungszeitpunkts“ als einer der maßgeblichen Anhaltspunkte die Länge der vereinbarten Mietzahlungsabschnitte genannt, der auch in § 580a Abs. 3 BGB die ausschlaggebende Größe ist. Es verbleibt jedoch aufgrund fehlender näherer Bestimmung sowie der nicht einschätzbareren Berücksichtigung weiterer Faktoren eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit über den tatsächlichen Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses.⁵¹⁶ Da dieser Zeitpunkt maßgeblich für alle mietvertraglichen Verpflichtungen ist, insbesondere die Frage der fortdauernden Zahlungsverpflichtung und der Rückgabepflicht, und der exakte Beendigungszeitpunkt auch relevant ist, um eine stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses zu vermeiden, werden Zweifel hierüber fast zwingend zu Streitigkeiten und meist zur Inanspruchnahme der Gerichte führen, was durch eine gesetzliche Festlegung der genauen Berechnung des Beendigungszeitpunktes ohne weiteres vermieden werden kann. Für ein Mobiarmietrechtsinstrument ist daher dringend eine Festlegung gesetzlicher Kündigungsfristen zu empfehlen.

III. Stillschweigende Verlängerung

Art. IV.B.-2:103 Abs. 1 DCFR selbst regelt nicht die stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses, sondern setzt diese in Art. III.-1:111 DCFR normierte Möglichkeit voraus und verweist auf diese Vorschrift. Eigenständige Bedeutung erlangt

515 BeckOK-BGB/Wiederhold, § 542 Rn. 14; Jauernig/Teichmann, § 542 Rn. 1, 4; Palandt/Weidenkaff, § 542 Rn. 14, 15.

516 Um den Erklärungsgegner vor einer nicht eindeutig geklärten Rechtslage zu schützen, sind daher im deutschen Recht Gestaltungsrechte grundsätzlich bedingungsfeindlich, siehe beispielsweise für die Anfechtung § 388 S. 2 BGB, für den Rücktritt MüKo-BGB/Gaier, § 349 Rn. 2 oder für die Kündigung von Dienstverträgen Palandt/Weidenkaff, Vorbem. v. § 620 Rn. 33.

er nur durch seinen Absatz 1 Halbsatz 2, der eine Sondervorschrift für die hier nicht zu behandelnden Finanzierungsleasingverträge beinhaltet, sowie die Spezialregelung für Verbraucherverträge in Absatz 2. Für alle Dauerschuldverhältnisse mit vorab bestimmter Dauer (‘a contract which provides for continuous or repeated performance of obligations for a definite period’) bestimmt Art. III.-1:111 DCFR, dass sich der Vertrag automatisch zu einem Vertrag mit unbestimmter Dauer verlängert, wenn beide Parteien die Verpflichtungen nach dem ursprünglichen Vertragsende weiter fortsetzen, d.h. der Vermieter weiter den Gebrauch gewährt und der Mieter die Mietsache behält und sie weiterhin so behandelt, als dauere die Mietzeit fort,⁵¹⁷ und die tatsächlichen Umstände der Annahme eines stillschweigenden Einverständnisses zu dieser Verlängerung nicht entgegen stehen.

Die entsprechende Norm des § 545 BGB korrespondiert zunächst in ihrer Rechtsfolge mit der Regelung des DCFR: Auch hiernach wird das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit verlängert, wobei der bisherige Inhalt des Mietverhältnisses – bis auf die Verlängerung – fortgilt⁵¹⁸ und nunmehr ordentlich kündbar ist.⁵¹⁹ Auch die übrige Regelung läuft im Wesentlichen parallel, unterscheidet sich jedoch in Nuancen von der des BGB. Hintergrund dieser Differenzen ist der unterschiedliche Normzweck des § 545 BGB im Vergleich zu Art. III.-1:111, IV.B.-2:103 DCFR: Nach deutschem Recht soll die Verlängerungsregelung Rechtsklarheit schaffen und die Entstehung eines vertragslosen Zustands bei Fortsetzung des Mietgebrauchs durch den Mieter verhindern.⁵²⁰ Die Norm ist daher auch als objektive Regelung ausgestaltet, bei der die Rechtsfolge der Verlängerung kraft Gesetzes und damit unabhängig vom tatsächlichen Parteiwillen eintritt, sobald ihre Voraussetzungen vorliegen, mit der Folge, dass der entgegenstehende Wille (sogar beider Parteien) unerheblich und Willensmängel unbeachtlich sind.⁵²¹ Die Regelung des DCFR hingegen will – in Abkehr von der dem deutschen Verständnis entsprechenden „Vorgängerregelung“ des Art. 2:103 PEL LG⁵²² – gerade dem wahren Parteiwillen

⁵¹⁷ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:103, Comments B (S. 1472).

⁵¹⁸ Zum BGB: MüKo-BGB/Bieber, § 545 Rn. 9; Palandt/Weidenkaff, § 545 Rn. 10. Zum DCFR: DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:103, Comments B (S. 1473).

⁵¹⁹ Zum BGB: ebd. Zum DCFR: DCFR Full Edition I, Art. III.-1:111, Comments (S. 719).

⁵²⁰ Motive bei Mugdan II, S. 230 f. Rn. 414 f.

⁵²¹ MüKo-BGB/Bieber, § 545 Rn. 1; Blank/Börstinghaus/Blank, § 545 Rn. 28; Staudinger/Emmerich, § 545 Rn. 2.

⁵²² Fn. 193.

⁵²³ Lillebøl/Victorin/Fötschl u. a. (Hrsg.), Principles of European Law on Lease of Goods (PEL LG), Art. 2:103, Comments A (S. 146) rules of this kind are „objective“ law. Ein Grund für diese Kehrtwende könnte sein, dass die Vorschrift in den allgemeinen Teil vorverlagert werden sollte, was eine Festlegung objektiver Voraussetzungen losgelöst von einem Vertragstypus unmöglich gemacht hätte.

Rechnung tragen.⁵²⁴ Dieses unterschiedliche Normverständnis erklärt auch, warum Art. III.-1:111 DCFR nur auf befristete Mietverhältnisse und nach Ablauf der Mietzeit Anwendung findet,⁵²⁵ § 545 BGB hingegen grundsätzlich bei jeglicher Beendigung⁵²⁶ eines zeitlich begrenzten oder auf unbestimmte Zeit eingegangenen Mietverhältnisses eingreift, d.h. auch bei ordentlicher oder außerordentlicher Kündigung.⁵²⁷ Endet aus Sicht des DCFR das Mietverhältnis durch Kündigung einer Partei, so ist eine stillschweigende Fortsetzung schon denklogisch nicht möglich, weil diese Partei bereits ihren eindeutigen Beendigungswillen zum Ausdruck gebracht hat, was eine stillschweigende Verlängerung ausschließt. Die Folge ist, dass die Nichtrückgabe der Mietsache in diesen Fällen regelmäßig eine Verletzung der Pflicht aus Art. IV.B.-5:109 DCFR bedeuten wird. Demgegenüber kann das deutsche Recht bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 545 BGB in jedem Fall eine Verlängerung des Mietverhältnisses annehmen.

Auch die unterschiedlichen Voraussetzungen beider Normen erklären sich vor dem Hintergrund dieses differierenden Grundansatzes. Beide verlangen zunächst eine faktische Fortsetzung des Mietverhältnisses, wobei § 545 BGB hierzu auf den Gebrauch der Mietsache abstellt, der in Art und Umfang dem bisherigen Mietgebrauch entspricht und über eine bloße Vorenthalterung des Besitzes, d.h. eine Verletzung der Rückgabepflicht aus § 546 BGB mit der Folge des § 546a BGB, hinausgeht.⁵²⁸ Auch die Art. III.-1:111, IV.B.-2:103 DCFR erfassen nicht die bloße Verletzung der Rückgabeverpflichtung, wofür – dem Selbstverständnis der Norm entsprechend – jedoch auf den zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen⁵²⁹ und nicht wie im deutschen Mietrecht auf das objektive Ausmaß der Benutzung abzustellen ist. Dementsprechend ist als weitere Voraussetzung im DCFR zu untersuchen, ob sonstige Umstände, insbesondere das Verhalten der Parteien (gegebenenfalls auch eine ausdrückliche Erklärung) im Widerspruch zu einer stillschweigenden Verlängerung stehen und sie daher ausschließen.⁵³⁰ Nach § 545 BGB ist zusätzliche Voraussetzung für eine Verlängerung, dass keine Vertragspartei innerhalb von zwei Wochen ihren Widerspruch zur Verlängerung erklärt, der Mieter ab Fortsetzung des

524 DCFR Full Edition I, Art. III.-1:111, Comments (S. 719).

525 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:103, Comments A (S. 1472).

526 Dies gilt auch bei Aufhebungsverträgen, wenn sich aus der Auslegung des Vertrages nichts anderes ergibt, Staudinger/*Emmerich*, § 545 Rn. 4; BeckOK-BGB/*Herrmann*, § 545 Rn. 2.

527 Blank/Börstinghaus/*Blank*, § 545 Rn. 3 ff.; Staudinger/*Emmerich*, § 545 Rn. 4; Palandt/*Weidenkaff*, § 545 Rn. 2.

528 BGH NJW-RR 1988, 76, 77 = WuM 1988, 59, 60; BayObLG 1981, 2759; OLG Düsseldorf OLGZ 1991, 253, 254 f.; MüKo-BGB/*Bieber*, § 545 Rn. 6; Staudinger/*Emmerich*, § 545 Rn. 8.

529 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:103, Comments B (S. 1473).

530 Ebd.

Gebrauchs (§ 545 S. 2 Nr. 1 BGB), der Vermieter ab Kenntnis von dieser Fortsetzung (§ 545 S. 2 Nr. 2 BGB). Da dieser Widerspruch auch formlos und konkudent erfolgen kann und daher auch nach dem BGB der Widerspruch nicht explizit erklärt werden muss,⁵³¹ besteht der größte Unterschied zu den Voraussetzungen des Art. III.-1:111 DCFR in der nach dem BGB erforderlichen Erklärungsfrist: Die Lösung des BGB schafft spätestens zwei Wochen nach Kenntnis des Vermieters von der Fortsetzung des Mietgebrauchs Klarheit darüber, ob das Mietverhältnis verlängert wurde oder nicht, wohingegen die für den DCFR geradezu typische Lösung, auf die Umstände des Einzelfalles zu verweisen, ohne klare Kriterien festzulegen, anhand derer sich die Parteien für ihr Verhalten orientieren könnten. Es ist daher zu bedauern, dass sich die Ersteller des DCFR gegen die Übernahme der in dieser Hinsicht zulänglicheren Vorlage der PEL LG entschieden haben, die regelungsmutiger die Option vorgesehen hatten, mittels einer „notice“ an den Vertragspartner innerhalb einer der Kündigungsfrist entsprechenden Zeitspanne ab dem ursprünglichen Ende der Mietzeit eine Verlängerung zu verhindern. Ein Mobi-liarmietrechtsinstrument sollte daher dringend eine „Widerspruchslösung“ enthalten, wie sie im BGB oder den PEL LG angelegt ist, da klare, den Parteien Rechtssicherheit bietende Regelungen unabdingbar für die Attraktivität und Praxistauglichkeit eines solchen Instruments sind.

Eine in §§ 535 ff. BGB nicht enthaltene und gegebenenfalls für ein solches Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument vorgestellte Regelung sieht jedoch Art. IV.B.-2:103 Abs. 2 DCFR vor, nach dem bei einem Verbrauchermietvertrag nicht zum Nachteil von den Regelungen der stillschweigenden Vertragsverlängerung abgewichen werden darf.⁵³² Die Kombination mit der vorgenannten Widerspruchslösung wäre besonders in Verbrauchermietverträgen vorteilhaft. Denn die verlässliche Anwendung der Norm würde nicht nur zu einer gegenüber Verbrauchern, die meist Rechtsläien sein werden, besonders wünschenswerten Rechtssicherheit führen; darüber hinaus führt die Anwendung einer Regelung zur stillschweigenden Verlängerung, wie sie das BGB oder die PEL LG vorsehen, in der Rechtspraxis meist zu den Verbrauchern günstigen Ergebnissen, da sie einen vertragslosen Zustand verhindert,⁵³³ sodass die Gewährleistung ihrer Anwendung bereits per se faktisch verbraucherschützende Wirkung entfalten würde.

531 Es genügt, wenn der Wille das Mietverhältnis zu den bisherigen Bedingungen nicht mehr fortsetzen zu wollen, mit hinreichender Deutlichkeit für den anderen Teil zum Ausdruck kommt, *BGH NZM* 2006, 699, 700 Rz. 25 = *NJW-RR* 2006, 1385; *Staudinger/Emmerich*, § 545 Rn. 11.

532 Auch § 545 BGB ist nämlich, ebenso wie die Regelung des DCFR, grundsätzlich abdingbar, statt aller *Palandt/Weidenkaff*, § 545 Rn. 4.

533 Zu § 545 BGB *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 545 Rn. 1.

§ 7 Pflichten des Vermieters

I. Allgemeines

1. Konzept der Pflichten und Pflichtverletzung

Der DCFR unterscheidet zunächst anders als das BGB nicht zwischen den Typus des jeweiligen Vertragsverhältnisses prägenden Hauptleistungs- und den Neben(leistungs)pflichten, die der Vorbereitung und Durchführung der Hauptleistungspflichten bzw. dem Schutz der Rechtsgüter des Vertragspartners dienen. Er verwendet universell den Begriff ‚obligation‘, also „Pflicht“ oder „Verpflichtung“. Art. III.-1:102 Abs. 1 DCFR definiert die ‚obligation‘ als eine Leistungsverpflichtung, die eine Partei einer Rechtsbeziehung, der Schuldner, der anderen Partei, dem Gläubiger, schuldet. Zwar ist im DCFR gelegentlich der Terminus ‚ancillary obligation‘ anzutreffen, die in den jeweiligen Anwendungsfällen wohl einer Neben(leistungs)pflicht des deutschen Rechts entsprechen würde, so beispielsweise die ‚ancillary obligation‘ des Mieters, die zurückzugebende Mietsache bei Annahmeverweigerung durch den Vermieter zu schützen, Art. III.-2:111 Abs. 1 DCFR. Der DCFR knüpft jedoch, anders als das BGB, keine eigene Rechtsfolge an diese vereinzelt vorgenommene Kategorisierung von Pflichten und deren Verletzung, sondern behandelt sie im Ergebnis als gleichwertige ‚obligation‘ i.S.v. Art. III.-3:101 Abs. 1, III.-1:102 Abs. 1 DCFR, sodass eine Einordnung einer Pflicht als ‚ancillary‘ eher zufällig und systemfremd scheint.

Dementsprechend erfolgt auch im Mietrecht keine Einteilung nach Art oder Bedeutung der Pflicht: Buch IV Teil B Kapitel 3 (*Obligations of the lessor*) und 5 (*Obligations of the lessee*) führen alle Verpflichtungen der Parteien gleichrangig nebeneinander auf, sodass beispielsweise die Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache dem Mieter zur Verfügung stellen (Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR), gleichrangig neben seiner Verpflichtung genannt wird, alles Zumutbare zu unternehmen, um dem Mieter die Rückgabe der Mietsache zu ermöglichen (Art. IV.B.-3:106 lit. a), obwohl das deutsche Recht erstere als typische Haupt- und letztere als Nebenpflicht einordnen würde. Allenfalls die Definition des Mietvertrages als ein Vertrag, durch den sich der Vermieter verpflichtet, dem Mieter ein temporäres Nutzungsrecht an der Mietsache gegen Zahlung eines Mietzinses einzuräumen (Art. IV.B.-1:101 DCFR), lässt erkennen, dass diese beiden Verpflichtungen den Kern der Vertragsart darstellen und sich daher in ihrer Bedeutung von den anderen Verpflichtungen abheben.

Diese im Vergleich zum deutschen Recht nicht vorhandene Differenzierung des DCFR zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten resultiert aus seiner Entscheidung für ein einheitliches Konzept der ‚non-performance‘,⁵³⁴ das nicht nur

⁵³⁴ Leible, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 97 (97).

keine Differenzierung nach Art der verletzten *Pflicht* vornimmt, sondern auch jede Art der *Verletzung*, also der Leistungsstörung, gleichbehandelt. Art. III.-3:101 Abs. 1 DCFR erklärt nämlich grundsätzlich für jede Art der Pflichtverletzung sämtliche Rechtsbehelfe des Kapitels 3 für anwendbar, was zu erheblichen Abweichungen von den deutschen Regelungen führt.⁵³⁵

2. Inhaltliche Struktur der mietrechtlichen Einzelverpflichtungen

Auch bezüglich der strukturellen Aufteilung der Pflichten des Vermieters wählen DCFR und BGB unterschiedliche Ansätze: § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB nennt die generelle, übergreifende Hauptpflicht des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren (Oberbegriff *Gebrauchsgewährung*), die sich gem. Satz 2 in die Pflicht, den vertragsgemäßen Gebrauch zunächst zu überlassen und anschließend in diesem Zustand zu erhalten, gliedert.⁵³⁶ Der DCFR hingegen regelt die Pflichten als parallele, gewissermaßen selbstständige Verpflichtungen getrennt voneinander, nämlich die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung (‘make the goods available’) in Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 und 2 DCFR, die Gebrauchserhaltungspflicht (‘ensure that the goods remain available’) in Art. IV.B.-3:101 Abs. 3 DCFR, und separat hiervon die Verpflichtung zur Sicherstellung der Vertragsmäßigkeit der Mietsache zu Beginn bzw. während des Mietverhältnisses in Art. IV.B.-3:102, -3:103, und -3:105 DCFR bzw. Art. IV.B.-3:104 und -3:105 DCFR.

Das System des DCFR ist regelungstechnisch tendenziell einfacher und dem Rechtsanwender auf Anhieb zugänglicher. Ein System wie das des BGB, das von einer generellen Hauptverpflichtung ausgeht und die anderen Pflichten hiervon differenziert und sozusagen als Hilfspflichten betrachtet, um die Hauptverpflichtung zu erfüllen, vermag jedoch die Rechtswirklichkeit besser abzubilden.⁵³⁷ Denn auch nach natürlicher Betrachtung ist es diese Hauptverpflichtung, die den Kern des Mietverhältnisses bildet. Freilich sind diese Erwägungen eher rechtsästhetischer Natur, da diese Unterschiede – bis auf die oben beschriebene fehlende Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenpflichten – in der faktischen Rechtsanwendung keine Auswirkung zeitigen.

Inwieweit aber inhaltliche Unterschiede der vier im DCFR genannten Pflichten des Vermieters zu denen des BGB-Mietrechts bestehen, wird im Folgenden dargestellt.

535 Auf die Auswirkungen dieses dogmatischen Unterschiedes sowie die ebenso fehlende Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen wird unter § 10 näher eingegangen.

536 Statt aller Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn. 14.

537 Vgl. auch *Fötschl*, Håkonarmál 2005, 13 (19 f.).

II. Gebrauchsüberlassung

1. Inhalt

Der Vermieter muss zunächst sowohl nach Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR als auch nach § 535 Abs. 1 und 2 BGB die Mietsache dem Mieter zur Verfügung stellen. Dies bedeutet im deutschen Recht, dem Mieter die Sache so zu überlassen, dass dieser in der Lage ist, den vertragsgemäßen Gebrauch davon zu machen.⁵³⁸

a) Unmittelbarer Besitz

Bei beweglichen Sachen wird dies zwar in der Regel, aber nicht zwangsläufig, eine Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch Übergabe der Sache bedeuten. Ist dies für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht erforderlich, genügt die Gewährung des ungestörten Zugriffs.⁵³⁹ Auch für das Verfügbarmachen der Mietsache im Sinne des DCFR genügt es, wenn der Vermieter dem Mieter die Kontrolle über die Mietsache verschafft. Diese Kontrolle muss ebensowenig wie im deutschen Recht zwingend die Form physischen unmittelbaren Besitzes (‘direct physical control’, Art. VIII.-1:205 Abs. 1, 2 DCFR) annehmen.⁵⁴⁰

b) Ermöglichung des Gebrauchs

„Gewähren“ i.S.v. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB impliziert zudem, dass der Vermieter nicht allein zur Duldung der Ingebrauchnahme durch den Mieter verpflichtet ist, sondern zu einem positiven Tun, d.h. dass er aktiv den Gebrauch durch den Mieter, ermöglichen muss.⁵⁴¹ Hierzu gehört auch die zum Beispiel bei Maschinen oder Fahrzeugen häufig erforderliche Einweisung in den Gebrauch und die Zurverfügungstellung von zur Nutzung erforderlichem Zubehör.⁵⁴² Auch die Pflicht zum Verfügbarmachen der Mietsache (‘make available’) impliziert die Notwendigkeit eines positiven Tuns. Es erstaunt daher, dass der DCFR auf der Ebene der Leistungsstörung Unterbleiben einer solchen Einweisung nicht konsequent als eine Frage der Überlassung der Mietsache, sondern gem. Art. IV.B.-3:102 Abs. 2 lit. c bzw. Art. IV.B.-3:103 lit. e DCFR – parallel zur Regelung des Art. IV.A.-2:301 DCFR im Kaufrecht – als Problem der ‘conformity’, der Mangelfreiheit der Mietsache, behandelt. Diese Inkonsistenz resultiert wohl daraus, dass nach der Konzept-

538 Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 15; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 67; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rn. 14.

539 BGHZ 65, 137, 139 = NJW 1976, 105, 106; BGH NJW-RR 1989, 589 f.; ZMR 2004, 813, 814 = NJW-RR 2004, 1566, 1567; zur Miete von Software und Serverkapazität NJW 2007, 2394, 2395 (siehe bereits § 4 I. 3. b)).

540 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments D (S. 1480 f.), siehe dort ebenfalls das Beispiel der Gebrauchsüberlassung mittels Mitteilung eines Zugangscodes.

541 Für das BGB: BGHZ 19, 85, 93 f. = NJW 1956, 104, 106; OLG Naumburg ZMR 2000, 290; Motive bei Mugdan II, S. 206 Rn. 370.

542 Ebenso bei Software, sofern vereinbart, BGH NJW 2007, 2394.

tion des DCFR die Hauptverpflichtung des Mieters der des Verkäufers sowohl sprachlich („make available“ in Art. IV.A.-2:201 DCFR und Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR) als auch inhaltlich nachgebildet wurde und ihr möglichst entsprechen sollte.⁵⁴³ Die Überlassungsverpflichtung in DCFR und BGB entsprechen sich wohl im Umfang, werden jedoch in diesem Aspekt auf Leistungsstörungsebene unterschiedlich behandelt.

c) Bewertung

Ein europäisches Mietvertragsrechtsinstrument sollte aufgrund der zentralen Bedeutung der Gebrauchsüberlassung für den Vertragstypus des Mietvertrages die fehlende Gebrauchsmöglichkeit aufgrund mangelhafter Instruktion oder Ähnlichem durchgehend als mangelndes Verfügbarmachen der Mietsache erfassen⁵⁴⁴ und nicht, wie im DCFR in Art. IV.B.-3:105 DCFR angelegt und in Art 100 lit. e CESL-E übernommen, als Mängelhaftigkeit der Mietsache („non-conformity“).

Denn zum einen ist die dieser Regelung zugrundeliegende Bemühung des DCFR, alle Vertragsarten durch Gleichlauf möglichst einheitlich und einfach zu regeln, insofern problematisch, als sie die Gefahr birgt, den Besonderheiten der einzelnen Vertragstypen nicht gebührend gerecht zu werden. Die Hauptpflicht des Sachschuldners bei Mietvertrag und Kaufvertrag ist – bis auf die fehlende Übereignungsverpflichtung – nämlich nicht identisch, sondern diese den Kern der Vertragsarten bestimmenden Verpflichtungen sind auf unterschiedliche Ziele gerichtet, und zwar beim Kaufvertrag auf die Verschaffung der Sache zu Eigentum, hingegen beim Mietvertrag auf deren Nutzung durch den Mieter, d.h. Einräumung des Gebrauchs. Eine Vereinheitlichung dieser Verpflichtungen ließe die Grenzen der Vertragstypen verschwimmen und ist rechtsdogmatisch nicht erstrebenswert.

Zum anderen gewinnt die Einordnung der Verpflichtung auch dadurch an Bedeutung, dass dem Mieter im ersten Fall alle Rechtsbehelfe, insbesondere der der „specific performance“,⁵⁴⁵ offenstehen. Auf diese kann der Mieter (sofern die „non-performance“ nicht entschuldigt i.S.v. Art. III.-3:101 DCFR ist) ohne weitere Voraussetzungen zurückgreifen, wohingegen im Fall der Annahme eines Sachmangels („non-conformity“) zusätzliche Voraussetzung für alle Rechtsbehelfe eine Mängelanzeige gem. Art. IV.B.-4:103 Abs. 1 DCFR sowie die Fristsetzung sind, um dem Vermieter die Möglichkeit zur Heilung des Mangels gem. Art. III.-3:202 Abs. 2 DCFR zu geben. Angesichts der Relevanz der Gebrauchsüberlassung für das Miet-

⁵⁴³ Vergleiche nur DCFR Full Edition II, Art. IV.A.-2:201, Comments B (S. 1259) sowie Art. IV.B.-3:101, Comments D (S. 1480 f.).

⁵⁴⁴ Für das BGB siehe nur MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 67.

⁵⁴⁵ Im Folgenden soll der Begriff „specific performance“ nicht mit „Erfüllung“ übersetzt, sondern beibehalten werden, um zum Ausdruck zu bringen, dass es sich nicht um ein Äquivalent zum deutschen Primäranspruch auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung handelt. Siehe hierzu näher unter § 10 II. 1.

verhältnis ist nicht ersichtlich, warum der Mieter nicht sofort die Ermöglichung des Mietgebrauchs durchsetzen können soll, sondern gezwungen sein soll, erst den Ablauf einer weiteren Frist abzuwarten. Auch aus diesem Grund sollte der Ansatz des DCFR nicht in ein künftiges Mobiliarmietrechtsinstrument übernommen werden.

2. Leistungszeit und -ort

a) Leistungszeit

Wie bereits unter § 6 I. ausgeführt, ist der Fälligkeitszeitpunkt der Pflicht zur Gebräuchsüberlassung nach beiden Regelungssystemen primär nach der Parteivereinbarung zu bestimmen. Fehlt es an einer solchen, ist diese Pflicht im deutschen Recht nach § 271 Abs. 1 Alt. 1 BGB sofort fällig. Nach Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR, der als mietrechtliche Spezialregel Art. III.-2:102 Abs. 1 und 2 DCFR verdrängt, ist die Mietsache zu Beginn der Mietzeit zur Verfügung zu stellen, d.h. bei fehlender Zeitbestimmung gem. Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. c DCFR zu einem vernünftigen Zeitpunkt nach Vertragsschluss und auf die Aufforderung einer der Parteien hin. Da hierbei die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „reasonable“ ausschlaggebend dafür ist, ob eine Aufforderung des Mieters, ihm die Mietsache bereitzustellen, dazu führt, dass Fälligkeit eintritt und somit die Weigerung des Vermieters eine „non-performance“ seiner Überlassungsverpflichtung aus Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR bedeutet und die entsprechenden Rechtsbehelfe zur Anwendung gelangen, entsteht durch die Konstruktion des DCFR im Vergleich zu der des BGB erhebliche Rechtsunsicherheit. § 271 Abs. 1 BGB grenzt die Leistungszeit durch das Wort „sofort“ hingegen scharf ein: Anders als bei der Zeitangabe „unverzüglich“ (d.h. gem. § 121 Abs. 1 BGB ohne *schuldbhaftes* Zögern), die nach subjektiven Maßstäben bestimmt wird und die im Einzelfall auch die Zubilligung einer Überlegungsfrist bedeuten kann,⁵⁴⁶ bedeutet „sofort“, dass der Schuldner so schnell leisten muss, wie es ihm nach den objektiven Umständen möglich ist.⁵⁴⁷ Es gilt also im Rahmen des § 271 BGB ein objektiver Maßstab, nach dem in der Regel noch am selben Tag, ggf. zu einer bestimmten Stunde zu leisten ist, der Gläubiger also, wenn überhaupt, nur in engen Grenzen auf die Leistung warten muss.⁵⁴⁸ Die Leistungszeit wird damit wesentlich präziser bestimmt.

Es lässt sich auch nicht einwenden, dass auch das BGB Ansprüche kenne, die erst auf das Verlangen einer Partei hin zu erfüllen sind, und damit in manchen Fällen Rechtsunsicherheit in Kauf nehme. Denn diese sog. verhaltenen Ansprüche unter-

546 RGZ 124, 115, 118.

547 Staudinger/Bittner, § 271 Rn. 26; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 3 III 3 (S. 61); MüKo-BGB/Krieger, § 271 Rn. 32; SchulzeBGB/Schulze, § 271 Rn. 9.

548 OLG München OLGZ 1992, 337 = NJW-RR 1992, 820, 821; Staudinger/Bittner, § 271 Rn. 26; BeckOGK/Krajska, § 271 Rn. 16; MüKo-BGB/Krieger, § 271 Rn. 32.

schieden sich sowohl in ihrem Normzweck als auch konstruktiv von der Regelung des Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. c DCFR. Bei einem verhaltenen Anspruch kann der Gläubiger *jederzeit* die Leistung fordern, der Schuldner darf sie aber erst auf dieses Verlangen hin erfüllen,⁵⁴⁹ da die Geltendmachung des Anspruchs wie beispielsweise bei § 285 BGB eine Gestaltungsentscheidung des Gläubigers voraussetzt und diese Wahlmöglichkeit dem Gläubiger erhalten bleiben soll. Mit der Geltendmachung tritt in für den Gläubiger eindeutig erkennbarer Weise Fälligkeit des Anspruchs ein.⁵⁵⁰ Ziel der Leistungsaufforderung des Art. IV.B.-2:101 Abs. 1 lit. c DCFR ist es hingegen, zu verhindern, dass das Mietverhältnis unbemerkt durch die Parteien beginnt.⁵⁵¹ Fälligkeit tritt, wie gezeigt, durch das Verlangen einer der Parteien nicht eindeutig, sondern nur dann ein, wenn zugleich ein „vernünftiger“ Zeitraum seit Vertragsschluss vergangen ist, sodass diese Lösung anders als bei verhaltenen Ansprüchen zu Unsicherheiten führt.

Um sich in der Rechtspraxis zu etablieren, ist ein durch die Parteien wählbares europäisches Rechtsinstrument jedoch verstärkt auf Attraktivität auch durch Anwendungsklarheit und -verlässlichkeit angewiesen, sodass es nicht empfehlenswert wäre, die Regelung des DCFR zu übernehmen. Stattdessen sollte eine einfache und eindeutige Fälligkeitsregelung getroffen werden.

b) Leistungsort

Für die Bestimmung des Orts, an dem die Gebrauchsüberlassung geschuldet ist, verweist der DCFR deklaratorisch auf die allgemeine Regelung des Art. III.-2:101 DCFR: Wurde keine anderweitige Parteivereinbarung getroffen, befindet sich der Leistungsort nach dessen Abs. 1 lit. b am Geschäftssitz des Schuldners der Überlassungsverpflichtung (d.h. des Vermieters) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das entspricht zunächst der deutschen gesetzlichen Regelung, nach der die Mietsache ebenfalls am Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses zu überlassen ist (§ 269 Abs. 1, 2 BGB). Da „place of business“ jeden Ort bezeichnet, an dem das Unternehmen dauerhaft seinen gewöhnlichen Geschäftsbeziehungen nachgeht,⁵⁵² wird häufig mehr als ein „Geschäftssitz“ in diesem Sinne auszumachen sein. In diesem Fall soll gem. Art. III.-2:101 Abs. 2 lit. a DCFR der Ort mit der engsten Verbindung zur in Frage stehenden Verpflichtung den Ausschlag geben. Bezuglich der mietrechtlichen Überlassungsverpflichtung soll dies laut der *Comments* in der Regel der Ort sein, an dem die Abholung für den Mieter am bequemsten ist, d.h. beispielsweise wenn der

549 BGHZ 175, 161 = NJW 2008, 1729, 1730; BGH NJW 2012, 917, 918.

550 Zu § 285 BGB: Staudinger/Emmerich, § 285 Rn. 29 bzw. soll der Anspruch erst in diesem Moment zur Entstehung gelangen, Palandt/Grüneberg, § 285 Rn. 9; SchulzeBGB/Schulze, § 285 Rn. 8.

551 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-2:101, *Comments E* (S. 1457).

552 Vgl. DCFR Full Edition I, Art. III.-2:101, *Comments E* (S. 722).

Mieter in der Nähe einer Niederlassung des Schuldners wohnt, soll er die Mietsache dort abholen können.⁵⁵³ Nach der Vorstellung der Autoren des DCFR soll der Vermieter diesen für den Mieter am besten gelegenen Ort aus dem Umständen des Vertragsschlusses erschließen und gegebenenfalls zusätzliche (finanzielle) Anstrengungen unternehmen, um die Mietsache dorthin zu schaffen.

Diese Lesart des Art. III.-2:101 Abs. 2 lit. a DCFR ist jedoch nicht mehr vom Wortlaut gedeckt. Anstatt in Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR auf diese allgemeine Regelung zu verweisen, hätte man dort entsprechende Sonderregelung aufnehmen können und müssen, um eine derartige Regelung zu implementieren. Selbst dann aber müsste sich eine solche Vorschrift den inhaltlichen Vorwurf gefallen lassen, eine Überbürgung des Vermieters zu bewirken, die nicht durch Verbraucherschutzwägungen zu rechtfertigen wäre. Schließlich steht es dem Verbraucher frei, einen Vermieter zu wählen, dessen Niederlassung ihm günstig gelegen ist, bzw. den Abholort vorab explizit zu vereinbaren. Eine für ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument gangbare Alternative wäre, an den Ort des Vertragsschlusses bzw. den Belegenheitsort der Sache anzuknüpfen, was eine gleichmäßiger Berücksichtigung der Interessen beider Parteien bedeuten würde. Unter *mehreren* möglichen Leistungsorten könnte man dann im Interesse des Verbraucherschutzes dem Verbraucher ein Wahlrecht einräumen (sozusagen umgekehrt zur Lösung des deutschen Rechts, das bei mehreren Niederlassungsorten in entsprechender Anwendung des § 262 BGB dem Schuldner die Wahl des Leistungsortes zubilligt).⁵⁵⁴ Man könnte zudem erwägen, allein für den Fall, dass – wie beispielsweise bei einer noch nicht konkretisierten Gattungsschuld – *kein* Ort mit der engsten Verbindung zu ermitteln ist, den für den Verbraucher nächstgelegenen Ort zum maßgeblichen zu machen bzw. ihm das Wahlrecht einzuräumen.

Der Vollständigkeit halber sei auf die Sonderregelung des Art. IV.B.-3:101 Abs. 2 DCFR hingewiesen, der eine Sonderregelung für die vorliegend nicht zu behandelnden Finanzierungsleasingverträge (sog. „financial leases“) trifft, indem er als Leistungsort den Geschäfts- oder Wohnsitz des Mieters nennt. Bei diesen wird die Mietsache nämlich oft direkt vom Lieferanten bereitgestellt und befindet sich zu keinem Zeitpunkt beim Schuldner, sodass eine Anknüpfung an den Niederlassungsort des Schuldners nicht sinnvoll wäre.

3. Verjährung

a) DCFR

Der Anspruch auf die Zurverfügungstellung der Mietsache aus Art. IV.B.-3:101 Abs. 1 DCFR unterliegt gem. Art. III.-7:101 DCFR als Recht auf die Erfüllung einer Verpflichtung („right to performance of an obligation“) der Verjährung, die

⁵⁵³ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments C (S. 1480).

⁵⁵⁴ Palandt/Grieneberg, § 269 Rn. 17; MüKo-BGB/Krüger, § 269 Rn. 46.

nach dem DCFR – ebenso wie im deutschen Recht – dogmatisch dem materiellen Recht zuzuordnen ist.⁵⁵⁵ Die anwendbare allgemeine Verjährungsdauer (‘general period of prescription’) beträgt gem. Art. III.-7:201 DCFR drei Jahre und beginnt nach Art. III.-7:203 Abs. 1 DCFR grundsätzlich mit Fälligkeit der Leistungsverpflichtung; Absatz 2 sieht zwar als Sonderregelung für fort dauernde Verpflichtungen zu einer Tätigkeit (oder einem Unterlassen) (‘continuing obligation’) vor, dass die Verjährung mit jedem Pflichtverstoß erneut beginnt. Im System des DCFR ist allerdings die Verpflichtung, die Mietsache zur Verfügung zu stellen, als einmalige Verpflichtung ausgestaltet, die zu einem konkreten Zeitpunkt zu erbringen ist (‘at the start of the lease period’ – zu Beginn der Mietzeit) und streng genommen getrennt von der Gebrauchserhaltungsverpflichtung aus Abs. 3 zu betrachten, die als Dauerverpflichtung konzipiert ist (‘throughout the lease period’).

Erstere Verpflichtung verjährt daher bei Anwendung der DCFR Regeln in drei Jahren ab Fälligkeit, wobei der Lauf der Verjährung unterbrochen ist, solange der Mieter die Identität des Vermieters oder die Tatsachen, die der Entstehung des Anspruchs zugrunde liegen, nicht kennt oder kennen konnte (vgl. Art. III.-7:301 DCFR) – beides Konstellationen, die in einem Mietverhältnis ohnehin selten vorkommen dürften.

Die Verjährung der Erhaltungsverpflichtung als Dauerverpflichtung beginnt mit jedem Verstoß hiergegen erneut (Art. III.-7:203 Abs. 1 DCFR), wobei hier zu differenzieren ist: Im Falle der Nichtüberlassung der Mietsache liegt der erste und letzte Verstoß gegen die Erhaltungspflicht bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der Überlassungsverpflichtung vor, sodass für beide Verpflichtungen zeitgleich drei Jahre später Verjährung eintritt. Alternativ könnte man den Standpunkt einnehmen, dass ohne Überlassung der Mietsache bereits keine Erhaltungspflicht besteht, sodass die Überlassungsverpflichtung die einzige maßgebliche Verpflichtung ist und letztlich auch dasselbe Ergebnis der Verjährung drei Jahre nach deren Fälligkeit anzunehmen wäre. Im Falle eines Verstoßes nur gegen die Erhaltungspflicht ist der jeweils aktuellste Verstoß maßgeblich, sodass die Verjährung eines solchen Anspruchs erst drei Jahre nach dem jeweils letzten maßgeblichen Verstoß eintritt.

Was die Rechtsfolgen der Verjährung betrifft, so führt die Verjährung, ebenso wie im deutschen Recht (§ 214 Abs. 1 BGB)⁵⁵⁶, nach Art. III.-7:501 Abs. 1 DCFR dazu, dass der Schuldner die Leistung dauerhaft verweigern kann, d.h. der Vermieter muss die Mietsache nicht verfügbar machen. Hat er die Mietsache trotz Verjährung zur Verfügung gestellt, kann er sie jedoch nicht zurückfordern (dessen Abs. 2, der § 214 Abs. 2 S. 1 BGB entspricht).

⁵⁵⁵ DCFR Full Edition II, Art. III.-7:101, Comments B (S. 1139).

⁵⁵⁶ BGH NJW 2010, 2422 Rz. 27.

b) Vergleich mit dem deutschen Recht

Im deutschen Recht unterliege der Anspruch auf Gebrauchsgewährung mangels Geltung spezieller Regelungen grundsätzlich der regelmäßigen Verjährungsfrist des §§ 195, 199 Abs. 1 BGB, die ebenfalls drei Jahre beträgt, beginnend mit dem Schluss des Jahres der Anspruchsentstehung und Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis des Mieters von den anspruchsbegründenden Tatsachen.

Nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* ist die Hauptleistungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch eine in die Zukunft gerichtete Dauererpflichtung,⁵⁵⁷ d.h. der Mieter erwirbt während der Vertragsdauer immer wieder erneut den Erfüllungsanspruch, sodass dieser während der Dauer des Mietverhältnisses nicht verjähren kann.⁵⁵⁸ Da es sich bei der Überlassungs- und der Erhaltungsverpflichtung um einen einheitlichen Anspruch auf Gewährung des Gebrauchs der Mietsache i.S.d. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB handelt (siehe bereits oben unter 1.) und sich daher beide Verpflichtung im Laufe des Mietverhältnisses stets aktualisieren, kann der Anspruch auf Gebrauchsgewährung schon begriffsnotwendig nicht verjähren, da Anknüpfungspunkt stets die aktuelle und nicht eine in der Vergangenheit liegende Zu widerhandlung ist.⁵⁵⁹ Es kommt bei längerer Nicht-Geltendmachung des Anspruchs nach den Umständen des Einzelfalls allenfalls Verwirkung gem. 242 BGB in Betracht, wobei zum Element des Zeitablaufs jedoch konkrete Anhaltspunkte in der Person des Mieters hinzutreten müssen, die darauf schließen lassen, er werde seinen Gebrauchsgewährungsanspruch nicht mehr geltend machen. Die Überlassungs- und Gebrauchsgewährungsverpflichtung sind nach deutschem Recht also unverjährbar, nach den Regeln des DCFR gilt die regelmäßige Verjährungsfrist ab Fälligkeit.

c) Bewertung

Die Lösung des deutschen Rechts überzeugt und sollte auch in ein Instrument des europäischen Mobilarmietrechts übernommen werden. Die Problematik der Verjährung zeigt erneut, dass die strenge Aufteilung der Hauptpflicht des Vermieters im DCFR in die Pflicht, die Mietsache verfügbar zu machen, und die Pflicht zur anschließenden Erhaltung ihres Gebrauches nicht sinnvoll ist, da es sich genau besehen um dieselbe Verpflichtung handelt, nämlich die stetige Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs, die ggf. auch die Wiedereinräumung einer verloren

557 *BGH NZM* 2003, 472; *NZM* 2006, 696, Rz. 11.

558 *BGH NJW* 2010, 1292 et passim; *AG Berlin-Tiergarten*, GE 2009, 1195, 1197 = *WuM* 2009, 453, 454; *LG Aachen ZMR* 2010, 113, 114 f.; *LG Berlin MM* 2014, Nr 12, 28. So auch *Staudinger/Emmerich*, § 535 Rn. 31; *MüKo-BGB/Häublein*, § 535 Rn. 107; *Lorenz/Eichhorn*, *Jus* 2014, 783 (784); *BeckOGK/Schmidt*, § 535 Rn. 428; Kritisch zur Rechtsprechung des *BGH Eichel*, *NJW* 2015, 3265 (3266); A.A. *LG Berlin GE* 2008, 1196; *Lehmann-Richter*, *NJW* 2008, 1196 (1198); *Schmid*, *ZMR* 2009, 585 (585).

559 *BGH NJW* 2010, 1292, 1293 Rz. 18.

gegangenen Zugriffsmöglichkeit bedeuten kann und damit auch stets die Verpflichtung, die Mietsache verfügbar zu halten bzw. zu machen, beinhaltet.

Daher sollten beide auch hinsichtlich der Verjährung einheitlich gehandhabt und insgesamt als sich stetig aktualisierende Dauerverpflichtung behandelt werden. Der DCFR bietet hierfür die Lösung an, für Dauerverpflichtungen ähnlich wie beim Unterlassen für den Beginn der Verjährung an den Zeitpunkt der letztmaligen Zu widerhandlung anzuknüpfen, ein Ansatz, der auch im deutschen Recht über eine analoge Anwendung des § 199 Abs. 5 denkbar wäre. Begreift man jedoch die Gebrauchsgewährungsverpflichtung des Vermieters als echte Dauerverpflichtung (wie es bezüglich der Erhaltungspflicht auch der DCFR zu tun scheint), so muss sich diese Einordnung konsequenterweise auch bei der Verjährung insofern widerspiegeln, dass während des Mietverhältnisses die sich stetig erneuernden Pflichten nicht verjähren können.

Diese Lösung hätte in einem europäischen Instrument des Mobiliarmietrecht zudem den Vorteil, dass sie verbraucherfreundlich wäre, da der Verbraucher seine Rechte jederzeit geltend machen könnte und sich nicht mit der eher verwirrenden Rechtslage des DCFR zum Beginn der Verjährung der verschiedenen Pflichten auseinandersetzen müsste. Es wäre allerdings ratsam, die Unverjährbarkeit des Gebrauchsgewährungsanspruchs zumindest deklaratorisch zu regeln, um eine klare und eindeutige Anwendung des Mobiliarmietrechtsinstruments zu gewährleisten und auch die Möglichkeit der Verwirkung, die auch nach dem DCFR gem. Art. III.-1:103 Abs. 1 DCFR (*Good faith and fair dealing*) bekannt ist, für diesen Spezialfall feststellend in diese neue Vorschrift aufzunehmen.

III. Gebrauchserhaltung

Laut Art. IV.B.-3:101 Abs. 3 DCFR muss der Vermieter ferner – wie auch gem. § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB – dem Mieter den Gebrauch während der Mietzeit erhalten, d.h. die stetige Verfügbarkeit der Mietsache gewährleisten und sicherstellen, dass dem Mietgebrauch keine Rechte Dritter entgegenstehen. Für die Verjährung der Gebrauchserhaltungspflicht gelten die Ausführungen unter II. 3. entsprechend.

1. Abwehr von Drittstörungen

Um die Verfügbarkeit der Mietsache zu gewährleisten, darf der Vermieter nach beiden Regelungssystemen die Sache selbst nicht (weiter-)nutzen und darf auch keinem Dritten den Gebrauch gestatten oder sonst ermöglichen.⁵⁶⁰ So darf beispielsweise der Mieter eines Fahrzeugs erwarten, dass dies abschließbar und somit gegen unbefugten Gebrauch Dritter geschützt ist.

560 Zum DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments D (S. 1481); Zum BGB MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 132 f.

Eine über diese Pflicht des Vermieters zur Unterlassung von Eigenstörungen und Verhinderung von Drittstörungen hinausreichende Verpflichtung zur aktiven Abwehr von Störungen durch Dritte, wie sie im deutschen Recht in Bezug auf gemietete Immobilien angenommen wird,⁵⁶¹ ist im DCFR nicht vorgesehen.⁵⁶² Auch nach dem BGB wird man eine so weitreichende Abwehrpflicht bei beweglichen Mietsachen nicht annehmen können. Denn bei Immobilien ist diese Pflicht zur Störungsabwehr nur deshalb von besonderer Relevanz, weil der Mieter mit sämtlichen seiner in die Räumlichkeiten eingebrachten Rechtsgütern meist ohne Ausweichmöglichkeit etwaigen störenden Außeneinwirkungen Dritter (oft anderer Mieter im selben Haus) ausgesetzt ist und der Vermieter als Eigentümer (und ggf. sogar Vertragspartner des Störers) am besten in der Lage ist, die Störung zu verhindern bzw. beheben zu lassen. Diese Ratio lässt sich jedoch nicht auf die Miete von Mobilien übertragen, da die Situation kollidierender Interessen mehrerer Mieter kaum auftreten wird und die faktische Einwirkungsmöglichkeit des Vermieters auf die Sache (und somit seine Abwehrfähigkeit) meist geringer sein wird als bei der Immobiliarmiete. In diesem Punkt besteht daher Gleichlauf zwischen dem Mobilarmietrecht des DCFR und dem des deutschen Rechts.

2. Instandhaltungsmaßnahmen des Vermieters

Der DCFR will laut der *Comments*⁵⁶³ auch die Einschränkung bzw. völlige Aufhebung der Nutzbarkeit der Mietsache aufgrund von Reparatur- und Instandhaltungsmaßnahmen des Vermieters als Frage der Verfügbarkeit der Mietsache behandeln. Es soll – zunächst unabhängig davon, weshalb die Reparatur oder Instandhaltung im Einzelfall erforderlich ist, – ‚non-performance‘ in Form fehlender Gebrauchsgewährung i.S.d. Art. IV.B.-3:101 Abs. 3 DCFR vorliegen, sodass dem Mieter alle Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen d.h., falls die ‚non-performance‘ des Vermieters nicht entschuldigt ist, gem. Art. III.-3:101 Abs. 2 i.V.m. III.-3:104 Abs. 1 DCFR auch Schadensersatz. Rechtsbehelfe sind nur insoweit ausgeschlossen, als der Mieter selbst diese Einschränkungen verursacht hat (Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR), beispielsweise durch unsorgfältigen Umgang mit der Mietsache.

Das deutsche Recht begegnet dieser Situation hingegen mit der Anwendung der mietrechtlichen Mängelrechte. Nimmt der Vermieter Reparaturen an der Mietsache

561 RGZ 103, 140, 142 (Entfernung verdächtiger Personen aus einem Mietshaus); BGH ZMR 1953, 337, 338 (Fernhaltung Unbefugter aus einem Kühlhaus); BayObLG NJW 1987, 1950, 1951 (Schutz vor vom Nachbargrundstück ausgehender Baulärm); OLG Düsseldorf ZMR 2001, 706 (Schutz vor Hitze aus benachbartem Sonnenstudio); LG Köln WuM 2012, 315 (Errichtung einer Mauer in 30 cm Entfernung zu den Fenstern der Mietwohnung); LG Berlin NZM 2016, 262, 263 (Verhinderung des Eindringens von Wildschweinen auf das Mietgrundstück).

562 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, *Comments D* (S. 1481).

563 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, *Comments F* (S. 1482).

vor, die infolge eines Mangels i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich sind, werden sämtliche nachteilige Auswirkungen dieses Mangels durch die Gewährleistungsrechte reguliert, sodass der Mieter bei eingeschränkter Brauchbarkeit der Mietsache infolge des Mangels beispielsweise die Miete mindern oder Schadensersatz verlangen kann, oder sogar gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB ganz von der Entrichtung der Miete befreit ist, wenn er die Mietsache überhaupt nicht mehr nutzen kann, weil er sie beispielsweise zur Reparatur vorübergehend an den Vermieter zurückgeben musste.⁵⁶⁴ Auch wenn der Vermieter tätig wird, ohne dass zuvor ein Mangel vorliegt, etwa um künftigen Mängeln vorzubeugen, oder er sonstige Modernisierungsmaßnahmen ergreift und die Mietsache hierdurch ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch (teilweise) einbüßt, begründet die Gebrauchsbeschränkung infolge dieser Tätigkeit bereits einen Mangel, sodass auch dann die § 536 ff. BGB zur Anwendung gelangen.

Auch für den DCFR wäre es konsequent gewesen, die beschriebenen Umstände als Mängel zu qualifizieren, denn auch nach Art. IV.B.-3:103 lit. b DCFR führt die eingeschränkte Nutzbarkeit der Mietsache aufgrund der notwendigen Reparaturarbeiten zum Vorliegen eines Mangels der Mietsache.⁵⁶⁵ Zudem sind laut Art. IV.B.-3:101 Abs. 4 DCFR ausdrücklich sämtliche Folgen einer Beschädigung der Mietsache während der Mietzeit nach Art. IV.B.-3:104 DCFR (und damit als Mängel) zu regeln. Innerhalb der Systematik des DCFR wirkt sich die Einordnung allerdings nicht dahingehend aus, dass dem Mieter das Minderungsrecht verwehrt bliebe, da dieses Recht aus Art. IV.B.-4:102 DCFR und damit auch die Privilegierung des Mieters im Vergleich zur allgemeinen Regelung der Minderung (Art. III.-3:601 DCFR)⁵⁶⁶ dem Mieter sowohl bei Verzögerung als auch im Fall des Mangels zusteht. Auch die Mängelanzeigepflicht aus Art. IV.B.-4:103 DCFR wird in der Regel nicht eingreifen, da dem Vermieter der Mangel im Falle von Instandhaltungsmaßnahmen denklogisch bereits bekannt ist.

Dennoch sollte das Instrument des europäischen Mobilarmietrechts im Interesse der dogmatischen Klarheit die eingeschränkte Nutzbarkeit bzw. Nichtverfügbarkeit der Mietsache aufgrund von Instandhaltungsmaßnahmen des Vermieters als Sachmangelfolge behandeln. Es könnte eine klarstellende Regelung diesbezüglich enthalten.

3. Rechte Dritter

Gem. Art. IV.B.-3:101 Abs. 3 DCFR muss der Vermieter zudem sichergehen, dass dem Gebrauch der Mietsache durch den Mieter keine Rechte Dritter entgegenste-

⁵⁶⁴ Siehe beispielsweise BGH LM Nr. 37 zu § 537 BGB = NJW 1987, 432, 433 = WuM 1987, 53, 54.

⁵⁶⁵ Näher zum Mangelbegriff im DCFR unter § 7 IV. 2.

⁵⁶⁶ Siehe hierzu § 10 IV. 1. und 2.

hen. Hierfür muss das betreffende Recht des Dritten nicht zwingend bereits ausgeübt worden sein: ‚Non-performance‘ liegt bereits dann vor, wenn es bei vernünftiger Betrachtung wahrscheinlich ist, dass die Ausübung des Rechts des Dritten den Gebrauch des Mieters beeinträchtigen wird (or is otherwise likely to interfere with the lessee’s use).⁵⁶⁷ Als derartiges Drittrecht kommt beispielsweise das Recht des Eigentümers der Mietsache in Betracht, die Mietsache gem. Art. VIII.-6:101, VIII.-1:202 DCFR vom Mieter heraus zu verlangen, wenn der Vermieter kein Recht zur Vermietung der Sache hatte und dem Mieter kein Recht zum Besitz aus Art. VIII.-1:207 DCFR zusteht. Ein weiteres Beispiel ist das Sicherungsrecht eines Dritten an der Mietsache, das jedoch meist erst im Falle der Verwertung den Mietgebrauch beeinträchtigen und dessen bloßes Bestehen daher regelmäßig keinen Verstoß gegen die Erhaltungspflicht bedeuten wird. Auch die Veräußerung der Mietsache oder sonstige Verfügungen hierüber sind vom Mieter grundsätzlich hinzunehmen, solange hierdurch faktisch das Gebrauchsrecht des Mieters nicht beeinträchtigt wird.⁵⁶⁸ Dies ist auch der Regelung des Art. IV.B.-7:101 DCFR implizit, die eine solche Verfügung während des Mietverhältnisses als „reguläre“ Maßnahme regelt und sie nicht als ‚non-performance‘ einordnet.

Das deutsche Recht hingegen behandelt nach § 536 Abs. 3 BGB auch Drittrecthe abweichend vom DCFR als Frage des Gewährleistungsrechts und bringt daher § 536 Abs. 1 und 2 entsprechend zur Anwendung. Von dieser Einordnung abgesenen gelten für die Beurteilung des Vorliegens einer drittrecthsbedingten Leistungsstörung ähnliche Maßstäbe wie im DCFR: Auch nach dem BGB ist maßgeblich dafür, ob das Drittrecth einen Sachmangel begründet, ob der Mieter durch dieses Drittrecth in seinem vertragsgemäßen Gebrauch tatsächlich gestört wird (ihm also der vertragsgemäße Gebrauch i.S.v. § 536 Abs. 3 BGB „entzogen“ wird).⁵⁶⁹ Der bloße Bestand von Rechten Dritter, die dem Besitzrecht des Mieters vorgehen, dieses aber faktisch nicht berühren, vermag daher noch keinen Rechtsmangel zu begründen.⁵⁷⁰ Im Falle einer Geltendmachung des Rechts durch den Dritten ist für jeden Einzelfall zu prüfen, ob dem Mieter hierdurch der vertragsgemäße Gebrauch tatsächlich ganz oder teilweise entzogen wird. Hierbei kann gegebenenfalls jedoch bereits die mündliche Geltendmachung ausreichen, wenn sie für den Mieter Anlass genug ist, den Gebrauch der Mietsache aufzugeben.⁵⁷¹ Das deutsche Recht verfolgt in Bezug auf Drittrecthe also eine ähnliche Linie wie der DCFR, nur dass es tendenziell in diesen Fällen zurückhaltender mit der Annahme der Beeinträchtigung

567 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments G (S. 1483).

568 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:101, Comments B (S. 1584).

569 BGH NJW-RR 1999, 1239, 1240 = NZM 1999, 875; NJW 2008, 2771, 2772 = NZM 2008, 644 Rz. 9.

570 Ebd.

571 BGH NJW 2008, 2771, 2772 = NZM 2008, 644 Rz. 10; OLG Düsseldorf ZMR 2012, 436 Rz. 15.

des Gebrauchs zu sein scheint als letzterer. Dies zeigt sich beispielsweise in Fällen der Doppelvermietung, bei der der DCFR bereits eine ‚non-performance‘ annimmt, wenn dem Recht des Mieters nicht Priorität vor dem Recht eines weiteren Mieters eingeräumt wird.⁵⁷² Das deutsche Recht hingegen erblickt in der Doppelvermietung allein aufgrund des Abschlusses gleichrangiger Mietverträge noch keinen Rechtsmangel, sondern erst darin, dass einem der Mieter die Mietsache überlassen wird, da dann die Erfüllung der Verpflichtung dem anderen Mieter gegenüber § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wird (mit den für die Gegenleistung geltenden Folgen des § 537 Abs. 2 BGB).⁵⁷³

Die Störung des Mietgebrauchs durch das Bestehen von Rechten Dritter sollte auch in einem europäischen Mobiliarmietrechtsinstrument im Sinne des DCFR und des BGB geregelt werden, allerdings ebenfalls unter Einordnung als Mangel, da auch Dritte die Gebrauchsbeschränkung der Mietsache bewirken und auch hier die mängelspezifischen Voraussetzungen der Mangelanzeige (Art. IV.B.-4:103 DCFR) und der Fristsetzung (Art. III.-3:202 Abs. 2 DCFR) Anwendung finden sollten.

4. Untergang der Mietsache

Auch die Regelung des Art. IV.B.-3:101 Abs. 4 DCFR, der die Anwendung von Mängelrechten dann vorsieht, wenn die Mietsache während des Mietverhältnisses völlig zerstört wird oder auf andere Weise untergeht („the goods are lost“), beispielsweise infolge Diebstahls eines gemieteten Kfz oder weil ein vermietetes Pferd verstirbt, wirft die Frage der Abgrenzung zwischen Verfügbarkeit und Mangelhaftigkeit der Mietsache auf. Während die Fälle des Untergangs der Mietsache im deutschen Recht als mangelnde Verfügbarkeit der Mietsache begriffen werden und nach den Unmöglichkeitsregeln der §§ 275 ff. BGB und § 326 BGB zu lösen sind, soll nach dem DCFR die Mietsache mangelhaft sein. Der Tatsache, dass es dem Vermieter nunmehr unmöglich ist, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu erhalten, wird insofern Rechnung getragen, als der Mieter wegen dieser ‚non-conformity‘ den Rechtsbehelf der ‚specific performance‘ nicht geltend machen kann, Art. III.-3:302 Abs. 3 lit. a Alt. 2 DCFR. Er kann gem. Art. III.-3:303 DCFR jedoch grundsätzlich Schadensersatz verlangen, sofern diese „mangelhafte Leistung“ des Vermieters nicht gem. Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 entschuldigt ist. Dieser Schadensersatz kann nach Art. III.-3:104 Abs. 1 DCFR aber nicht verlangt werden, wenn das Leistungshindernis außerhalb des Einflussbereichs des Vermieters lag und der Vermieter es vernünftigerweise nicht vorhersehen oder vermeiden konnte. Dann richtet sich die Rückabwicklung der Leistung gem. dessen Absatz 3 nach den Regeln der ‚restitution‘ wie beim Rücktritt. Hintergrund der Entscheidung, den Untergang der Mietsache als Frage der ‚conformity‘ einzustufen, ist laut

572 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments G (S. 1483).

573 BGH NJW 2006, 2323 Rz. 10; KG Berlin NZM 2008, 889, 890.

den *Comments*⁵⁷⁴, dass der Mieter in Fällen, in denen er vertraglich zur Instandsetzung und -haltung verpflichtet ist, auch die Gefahr des zufälligen Untergangs tragen soll (und die Instandhaltungspflicht eine „geteilte“ Verpflichtung der Parteien ist, Art. IV.B.-5:104 DCFR). Begriffe man jedoch den Untergang als ‚availability‘ würde diese Verpflichtung aber wegen der eindeutigen Verantwortung des Vermieters aus Art. IV.B.-3:101 Abs. 1, 3 DCFR beim Vermieter verbleiben.

Schon diese Risikoverteilung ist allerdings fragwürdig und sollte nicht in ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts übernommen werden. Der Vermieter sollte das Risiko tragen, dass die Mietsache durch ein von keiner der Parteien zu vertretendes Ereignis untergeht, selbst wenn der Mieter vertraglich bestimmte Instandhaltungspflichten übernommen haben sollte, bereits deshalb, weil der Vermieter die Mietsache meist leichter und kostengünstiger gegen diese Risiken versichern kann und auch, weil die Bereitstellung der Mietsache seine Primärverpflichtung ist und daher seiner Risikosphäre angehören sollte. Versteht man die völlige Zerstörung der Mietsache als Sachmangel (was bereits sprachlich konstruiert erscheint), käme zudem die den mietrechtlichen Rechtsbehelfen vorgesetzte Mängelmitteilungspflicht aus Art. IV.B.-4:103 DCFR und zur Fristsetzung aus Art. III.-3:202 Abs. 2 DCFR zum Tragen. Die Mängelmitteilung ist aber sinnlos, wenn die Mietsache untergegangen ist und daher ohnehin keine Beseitigung dieses Zustands möglich ist. Anstatt eine Risikoverteilung über die Einordnung des Untergangs der Mietsache als Sachmangel zu versuchen, sollte das Mietrechtsinstrument die Risikoverteilung über klare Regelungen zur Unmöglichkeit vornehmen bzw. eine explizite Gefahrtragungsregelung vorsehen.

IV. Vertragsgemäßer Gebrauch zu Beginn des Mietverhältnisses

1. Systematik

Art. IV.B.-3:102 DCFR regelt die Verpflichtung des Vermieters, die Vertragsmäßigkeit der Mietsache zu gewährleisten, als von der Überlassungs- und Erhaltungsverpflichtung unabhängige weitere Pflicht des Vermieters, während der diesem im deutschen Recht entsprechende § 535 Abs. 1 S. 2 BGB – wie bereits erwähnt – als Ausgestaltung der übergeordneten Gebrauchsgewährungspflicht aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen ist. Dem Mieter steht nach dem BGB daher ein Erfüllungsanspruch auf Gebrauchserhaltung der mangelfreien Mietsache zu, der ihm neben dem Gewährleistungsrecht zur Verfügung steht⁵⁷⁵ und damit selbst bei Ausschluss der Gewährleistungsansprüche unberührt bleibt.⁵⁷⁶ Die Rechtsposition des Mieters ist also im Vergleich zum System des DCFR, nach dem die ‚specific performance‘

574 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, *Comments E* (S. 1481 f.).

575 BGH NJW 1982, 874, 875; NJW-RR 2003, 727 = NZM 2003, 355; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536 Rn. 529; Palandt/*Weidenkaff*, § 536 Rn. 6.

576 BGH NJW-RR 2007, 1021, 1022; Staudinger/*Emmerich*, § 535 Rn. 28b.

der Verpflichtung nur ein weiterer neben anderen Rechtsbehelfen ist⁵⁷⁷ und nur unter gewissen weiteren Voraussetzungen zur Verfügung steht, stärker. Zudem finden die besonderen Ausschlussgründe der Rechtsbehelfe⁵⁷⁸ anders als im deutschen Recht auch auf diesen Rechtsbehelf Anwendung.

Systematisch ist ferner bemerkenswert, dass der DCFR zeitlich differenzierend unterschiedliche Maßstäbe für die Vertragsmäßigkeit der Mietsache regelt: Zu Beginn der Mietzeit muss der Vermieter sicherstellen, dass sie den Anforderungen der Art. IV.B.-3:102 f. DCFR genügt, wohingegen während der Mietzeit nur die geringeren Anforderungen des Art. IV.B.-3:104 DCFR erfüllt sein müssen. Hierfür nennen die *Comments* zwei Gründe. Zum einen seien die Anforderungen an den Zustand zu Beginn und während der Mietzeit naturgemäß unterschiedlich, beispielsweise beziehe sich die Erhaltungspflicht des Vermieters typischerweise nicht auf den natürlichen Verschleiß der Sache,⁵⁷⁹ d.h. nach dem Verständnis des DCFR kleinere Verschlechterungen der Sache, die ihren Gebrauch nicht (erheblich) beeinträchtigen.⁵⁸⁰ Zum anderen sei bezüglich der Rechtsbehelfe zu berücksichtigen, dass Mängel während der Mietzeit möglicherweise auch durch ein Verhalten des Mieters selbst verursacht werden können, da der Mieter die tatsächliche Herrschaft über die Mietsache habe und damit die Mangelursache außerhalb des Einflussbereiches des Vermieters liegen könne.⁵⁸¹

Im System des BGB, das von einer einheitlichen Gebrauchsgewährungspflicht zu Beginn und während der gesamten Mietzeit ausgeht, wird konsequenterweise auch bezüglich des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht zeitlich differenziert, sondern die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit decken sich inhaltlich in jedem Stadium des Mietverhältnisses.⁵⁸² Den vorgenannten Überlegungen des DCFR wird im deutschen Recht jedoch ebenfalls Rechnung getragen. Abnutzungen, d.h. geringfügige Verschlechterungen der Mietsache während ihrer Nutzung, lösen auch im deutschen Recht keine Gewährleistungsrechte des Mieters aus, solange sie die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB nicht überschreiten und damit nicht die Qualität eines Mangels erreichen. Die Tatsache, dass anfängliche Mängel mangels Einflussmöglichkeit des Mieters ohne weiteres dem Vermieter zugeschrieben werden können, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertraglich vereinbarten Zweck gewissermaßen stillschweigend garantiert,⁵⁸³ spiegelt die Garantiehaftung des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB wider, während der Vermieter für nachträgliche

577 Siehe hierzu ausführlich § 10 II.

578 Siehe hierzu § 10 I. 2. unten.

579 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:102, *Comments A* (S. 1490).

580 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, *Comments B* (S. 1500).

581 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:102, *Comments A* (S. 1490).

582 Statt aller Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn. 17, 36.

583 Motive bei *Mugdan* II, S. 209 f. Rn. 377.

Mängel nach der 2. Alternative nur verschuldensabhängig auf Schadensersatz haf-
tet. Ähnlich wie im DCFR wird also auch hier zwischen anfänglichen und nachträg-
lich auftretenden Mängeln differenziert. Die Lösung des DCFR ist insofern er-
staunlich, dass sie der zweiten in den *Comments* angeführten Ratio, nämlich der
Berücksichtigung des Eigenverschuldens des Mieters, durch die Beschreibung des
nachträglichen Mangels gar nicht gerecht wird. Hierdurch wird allein der Maßstab
für das Vorliegen eines Mangels während der Mietzeit im Vergleich zu ihrem Be-
ginn herabgesetzt. Hätte man an das Eigenverschulden des Mieters anknüpfen
wollen, so hätte man auf Rechtsbehelfsebene nach Auftreten des Mangels differen-
zieren müssen.

Für ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument sind folgende Überlegungen
festzuhalten: Es ist aus dogmatischen Gründen nicht erforderlich, verschiedene
Mangelbegriffe für den Beginn der Mietzeit und die darauffolgende Zeit festzule-
gen. Pragmatischer und für die Rechtsanwendung klarer wäre es, ausgehend von
einer einheitlichen, durchgehend bestehenden Verpflichtung des Vermieters zur
Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs während des gesamten Mietverhält-
nisses einen einheitlichen Mangelbegriff für das gesamte Mietverhältnis einzufüh-
ren. Die Aspekte des Mangelbegriffs, die sich spezifisch auf den Beginn des Miet-
verhältnisses beziehen, wie zum Beispiel die ordnungsgemäße Verpackung der
Mietsache, wären dann für während des Mietverhältnis auftretende Mängel schlicht
außer Acht zu lassen. Auch sollte man den Mangelbegriff nicht damit überfrachten,
eine Differenzierung nach dem Verschulden der Parteien zu versuchen, sondern
eine solche allenfalls auf Rechtsbehelfsebene vornehmen.

2. Mangelbegriff

a) Maßstab und Umfang

Der Mangelbegriff des DCFR ist zugleich weiter und enger als der des BGB. Wie
bereits unter III. besprochen, erfasst er, anders als der des BGB, Rechtsmängel
nicht. Bezüglich einiger Aspekte geht er allerdings über den Maßstab des BGB weit
hinaus.

Anders als das BGB beinhalten die Art. IV.B.-3:102 ff. DCFR ausführliche Rege-
lungen über die erforderliche Qualität und Quantität der zu erbringenden Leistung
des Vermieters. Art. IV.B.-3:102 Abs. 2 DCFR sieht in lit. a bis c vor, dass die
Mietsache hinsichtlich der Menge, Qualität und Beschreibung, ihrer Verpackung
und hinsichtlich etwaigen mitgelieferten Zubehörs oder einer Anleitung der Verein-
barung der Parteien entsprechen muss. Lit. d verweist zudem auf den Folgeartikel,
der neben der Bezugnahme auf den vom Mieter (einseitig) dem Vermieter mitge-
teilten Verwendungszweck einige objektive Anforderungen enthält, die kumulativ
zu den in Art. IV.B.-3:102 Abs. 2 DCFR genannten Voraussetzungen eingehalten

werden müssen,⁵⁸⁴ damit die Mietsache vertragsgemäß und damit mangelfrei ist. So muss sie für den gewöhnlichen Verwendungszweck geeignet sein (Art. IV.B.-3:103 lit. b DCFR); dieselben Eigenschaften haben, die ein zuvor vorgelegtes Ansichtsstück aufwies (lit. c); in der üblichen Art und Weise oder in einer anderen adäquaten Form verpackt sein, um die Mietsache zu schützen (lit. d); mit üblicherweise zu erwartendem Zubehör und Anleitungen bereitgestellt werden (lit. e); und schließlich auch alle sonstigen Eigenschaften und Leistungsmerkmale aufweisen, die der Mieter üblicherweise erwarten kann (lit. f).

Im Unterschied zum subjektiven Mangelbegriff des deutschen Mietrechts, das den Mangel als jede dem Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der im Vertrag vereinbarten (Soll-)Beschaffenheit begreift,⁵⁸⁵ soweit dies die Gebrauchstauglichkeit der Sache beeinträchtigt, und damit primär auf die Eignung zum vertraglich vereinbarten Verwendungszweck abstellt, kann der Maßstab des DCFR als gemischt subjektiv-objektiv charakterisiert werden. Dieser Ansatz ist prinzipiell ebenso legitim und auch im Einklang mit der Regelung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs nach dem Vorbild der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.⁵⁸⁶ Zudem sind auch im deutschen Recht bei fehlender Parteivereinbarung objektive Anhaltspunkte, nämlich die Verkehrsanschauung nach §§ 133, 157 BGB und Treu und Glauben, § 242 BGB, zur Bestimmung des Verwendungszweckes sowie der Sollbeschaffenheit heranzuziehen.⁵⁸⁷ Die Regelung des DCFR führt aber durch ihre Ambition, alle Details erfassen zu wollen, zu einer Überdehnung des Mangelbegriffs, der in dieser Form weder zielführend noch praxisgerecht ist. Denn dadurch, dass für die Mangelfreiheit alle Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, sind die Anforderungen äußerst hoch und die Sache wird sehr schnell als mangelhaft zu qualifizieren sein, mit der Folge, dass der Mieter beispielsweise von Anfang an und sogar für die Zeit, während der Vermieter die Nacherfüllung vornimmt (Art. IV.B.-4:102 Abs. 2 DCFR), die Miete mindern kann. Man bedenke nur den Fall, dass die Mietsache bei Übergabe zwar nicht wie abgesprochen verpackt ist, aber dennoch unversehrt beim Mieter ankommt – allein dies würde Mängelrechte auslösen. Der Umstand, die fehlerhafte Verpackung bereits als Mangel zu qualifizieren, mutet aus deutscher Sicht ohnehin seltsam an, wenn man sich vergegenwärtigt, dass diese Verpflichtung des Vermieters nicht unmittelbar der Erfüllung der Hauptleistungspflicht, d.h. der Gebrauchsgewährung, dient, sondern eher die Rolle einer Hilfspflicht einnimmt und daher im deutschen Recht auch als Schutz-

584 '[D]efault rules that supplement the individual agreement regarding the condition of the goods' DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:103, Comments (S. 1493).

585 BGH NJW-RR 1991, 204 = LM § 537 BGB Nr. 44; NJW 2000, 1714, 1715; NJW 2010, 1133 Rz. 11; NJW 2011, 514, 515.

586 Siehe Art. 2 Abs. 1 und Begründungserwägung 7 der Richtlinie (siehe Fn. 337).

587 BGH NJW 2010, 1133 Rn. 11; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536 Rn. 20; Staudinger/*Emmerich*, § 536 Rn. 5; MüKo-BGB/*Häublein*, § 536 Rn. 4.

pflicht bzw. leistungssichernde Nebenpflicht i.S.v. §§ 241 Abs. 2, 242 BGB zu kategorisieren wäre.⁵⁸⁸

Freilich besteht aus der Perspektive des DCFR die Notwendigkeit, diejenigen Pflichten, die bei Verletzung zur ‚non-performance‘ führen sollen, als eigenständige Verpflichtungen zu regeln, da er das Konzept von Nebenpflichten in Form von Schutz- und Leistungstreupflichten nicht kennt, sondern sämtliche vertragliche Pflichtverletzungen unter das Konzept der ‚non-performance‘ bringen oder auf das Deliktsrecht zurückgreifen muss.⁵⁸⁹ Beispieleweise seien hierfür die Pflichten bezüglich der Installation in Art. IV.B.-3:102 Abs. 2 lit. c DCFR genannt. Dennoch schießt er inhaltlich mit der vorliegenden Regelung, dass bereits die von einer Vereinbarung abweichende Verpackung Mängelrechte auslösen soll, selbst wenn die Verpackung dennoch adäquat war und die Mietsache unbeeinträchtigt hiervon geblieben ist, über das Ziel hinaus. Auch können derartige Überregulierungen mangels der Existenz einer Erheblichkeitsregelung (ähnlich § 536 Abs. 1 S. 3 BGB) nicht ausgeglichen werden, sodass nur eine *grobe* Korrektur durch die Beschränkung der Ausübung des Mängelrechtes gem. Art. III.-1:103 Abs. 1 Alt. 3 DCFR (*Good faith and fair dealing*) möglich ist, wobei zu beachten ist, dass eine Verletzung dieser Norm keine Rechtsbehelfe auszulösen vermag, siehe deren Absatz 3.

Die Art. IV.B.-3:102 f. DCFR könnten sich zudem dem Vorwurf ausgesetzt sehen, allein von ihrem Wortlaut der Parteivereinbarung nicht ausreichend Rechnung zu tragen: Denn die Normen lassen aufgrund der Kumulation der Anforderungen nicht zu, bestimmte Merkmale zu vereinbaren, die *negativ* vom gewöhnlich zu erwartenden Standard abweichen. Dies entspricht zwar für Verbraucherverträge inhaltlich Art. IV.B.-1:103 DCFR, wonach jegliche Vereinbarung unwirksam ist, nach der zulasten des Verbrauchers von Mängelrechten abgewichen werden soll. Art. IV.B.-3:102 f. DCFR geht aber darüber hinaus, da die Vorschriften der mietrechtlichen Mängelrechte auch im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern untereinander Anwendung finden. Ob diese Auswirkung gewollt war, ist fraglich, da sie die Parteiautonomie unnötig beschränkt.

Auffallend im Vergleich zur deutschen Definition des Mangels ist auch, dass der vereinbarte Gebrauchszeitpunkt der Mietsache erst in Art. IV.B.-3:103 Abs. 1 DCFR und damit an vierter Stelle der Merkmale genannt wird, während er im deutschen Recht das Kernstück des Mangelbegriffes bildet.⁵⁹⁰ Der Ansatz des deutschen Rechts ist nachvollziehbar und spiegelt die Besonderheiten des Vertragstypus Mietvertrag besser wider, da nicht Übergabe und Übereignung einer in gewisser

588 Müko-BGB/Bachmann, § 241 Rn. 85; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 2I (S. 11); Staudinger/Olzen, § 241 Rn. 151; BeckOK-BGB/Sutschet, § 241 Rn. 46.

589 Siehe hierzu ausführlicher unter VI. b).

590 Der vertragsgemäße Gebrauch wird darüber hinaus sogar als Zentralbegriff des Mietrechts insgesamt gehandelt, Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 35.

Weise beschaffenen Sache geschuldet werden, sondern die Gewährung des Gebrauchs dieser Sache in der vereinbarten Art und Weise.

Betrachtet man zudem die inhaltliche Ausgestaltung dieses Aspekts des Sachmangels unter dem DCFR, lässt sich ein weiterer Punkt anmerken, der ebenso wie der zu umfangreiche Mangelbegriff zu einer Interessendisproportionalität der Regelung zulasten des Vermieters beiträgt. Nach Art. IV.B.-1:103 lit. a DCFR soll es für die Verwendungszweckvereinbarung genügen, wenn der Mieter dem Vermieter die beabsichtigte Verwendung einseitig mitteilt. Entspricht die Tauglichkeit der Miet-sache nicht dieser Verwendung, so liegt ein Mangel vor. Der Vermieter kann sich dem nur entziehen, indem er den Mieter auf die fehlende Tauglichkeit hinweist;⁵⁹¹ selbst wenn er schweigt, wird dies als „Zusicherung“ bezüglich des Verwendungszwecks gewertet. Ein Mangel liegt bei Untauglichkeit nur dann nicht vor, wenn der Mieter sich nicht hierauf verlassen hat oder vornünftigerweise nicht verlassen durfte. Anders als im deutschen Recht, nach dem zwar auch konkludente Verwendungsvereinbarungen möglich sind, jedoch immer auch eine Zustimmung des Vermieters nötig ist, indem er zumindest zustimmend reagiert,⁵⁹² kann nach der Regelung des DCFR leicht der Fall eintreten, dass der Vermieter für eine nicht getroffene Aussage haftet. Dies widerspricht aus deutscher Sicht sowohl dem Grundsatz der Privatautonomie, dass Leistungsverpflichtungen rechtsgeschäftlicher Art generell durch einen Vertrag, d.h. eine zweiseitige Willenserklärung, begründet werden,⁵⁹³ als auch dem Grundsatz, dass Schweigen kein Erklärungswert kommt.⁵⁹⁴

Im Grundsatz sollte auch für ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts ein weiter Mangelbegriff gelten. Hier gilt es, einen Kompromiss zwischen einer detaillierten Regelung zu finden, die zugleich anwenderfreundlich ist, die jedoch nicht wie die Regelung des DCFR zur Verpackung der Mietsache vorschnell zur Annahme eines Mietmangels führt. Dem könnte durch die Einführung einer Erheblichkeitsregelung Rechnung getragen werden. Es wäre ferner darauf zu achten, dass zumindest Parteivereinbarungen, die nicht einseitig zulasten des Verbrauchers als Mängelausschluss wirken, Vorrang vor den übrigen Merkmalen eingeräumt wird. Insgesamt könnte der Überdehnung des Mangelbegriffs dadurch entgegengewirkt werden, dass die verschiedenen Kriterien nur teilweise kumulativ und im Übrigen in einer sinnvollen Rangfolge zur Anwendung kommen. Schließlich sollte die Verwendungszweckvereinbarung nicht einseitig möglich sein, sondern zumindest durch den Vermieter bestätigt werden.

591 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:103, Comments (S. 1493 f.).

592 BGHZ 181, 170 = NJW 2009, 2807; NJW 2010, 1133 Rn. 14.

593 Statt aller Palandt/*Grüneberg*, § 311 Rn. 2.

594 BGHZ 71, 243, 247 = NJW 1978, 1483; BGH NJW-RR 1994, 1163, 1165; ZIP 1999, 1762, 1763.

b) Verbrauchermietverträge

Für Verbrauchermietverträge ist schließlich der bereits erwähnte Art. IV.B.-1:103 DCFR zu beachten, der vor der Mitteilung eines Mangels getroffene Vereinbarungen für unwirksam erklärt, die direkt oder indirekt die Gewährleistungsrechte des Mieters beschränken oder ausschließen. So entfaltet beispielsweise eine Abrede keine Bindungswirkung, die die Sollbeschaffenheit der Mietsache in einer Weise beschreibt, die indirekt den Vermieter von seiner Pflicht zur vertragsgemäßen Leistung entbindet. Das ist laut der *Comments* beispielsweise der Fall, wenn der Vermieter sich vorbehält, einen Hochzeitsanzug bei mangelnder Verfügbarkeit in einer anderen als der vereinbarten Größe zu überlassen.⁵⁹⁵ Auch eine Beschreibung der Mietsache, die zu einer Einschränkung der Mängelrechte führt, soll unzulässig sein.⁵⁹⁶ Dies wirft die Frage auf, ob auch die Vereinbarung zulässig sein soll, der besagte Hochzeitsanzug werde – gegen einen geringeren Mietpreis – mit einem Loch an einer verdeckten Stelle vermietet, eine Absprache, die so oder ähnlich nach deutschem Mietrecht zulässig wäre.⁵⁹⁷ Sollte auch ein solcher Fall nach dem Willen der Autoren des DCFR erfasst sein, müsste sich die Norm jedenfalls die Kritik gefallen lassen, sie beschränke die Vertragsfreiheit der Parteien über Gebühr. Während einsichtig ist, dass insbesondere gegenüber Verbrauchern eine Umgehung der Mängelrechte durch Einsatz von geschickt formulierten AGB unzulässig sein sollte, muss andererseits sichergestellt werden, dass auch Verbrauchern noch Verhandlungs- und Entscheidungsspielraum verbleibt und dieser nicht einer bevormundenden Schutzberechtigung zum Opfer fällt.

Ebenso muss Art. IV.B.-1:103 DCFR wohl im Wege eines Erst-Recht-Schlusses so gelesen werden, dass er für Verbraucher auch eine Umverteilung der Instandhaltungsverpflichtung auf den Mieter als direkte Beschränkung bzw. Verzicht auf die „conformity“-Verpflichtung des Vermieters verbietet. Nach dem deutschen Mietrecht kann grundsätzlich auch ein *Verbraucher-Mieter* wirksam vertraglich die Erhaltungspflicht bezüglich der Mietsache übernehmen, da § 535 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich abdingbar ist.⁵⁹⁸ Der formularvertraglichen Abwälzung dieser Pflicht sind jedoch durch § 307 Abs. 2 BGB enge Grenzen gesetzt, da es sich um eine das Leitbild der Miete prägende Kardinalpflicht des Vermieters handelt.⁵⁹⁹

595 Vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:103, *Comments* (S. 1448 f), Art. IV.B.-3:101, *Comments H* (S. 1484).

596 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:103, *Comments* (S. 1448).

597 Statt vieler BGH NJW 2004, 3174, 3175; 2005, 218, 219; siehe auch BGH NJW-RR 2006, 1158 = NZM 2006, 582, 583: „Haben die Parteien einen konkret gegebenen schlechten Bauzustand als vertragsgemäß vereinbart, so sind insoweit Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters ausgeschlossen“.

598 MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 108.

599 Ausführlich hierzu BeckOGK/*Schmidt*, § 535 Rn. 381 ff.

Ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts sollte auch eine Norm enthalten, die die eine Umgehung der Mängelrechte des Vermieters durch einen vor Mitteilung des Mangels getroffenen Ausschluss oder eine entsprechende Beschreibung der Mietsache verbietet bzw. beschränkt. Wie bereits unter a) oben beschrieben, sollte hierbei jedoch dem Vorrang der Parteivereinbarung insofern Rechnung getragen werden, als eine Abweichung von dieser Regelung, die dem beiderseitigen Parteiwillen entspricht, in einem Rahmen zulässig sein soll, in dem der Verbraucher nicht unangemessen benachteiligt wird. Möchte der Verbraucher also im oben genannten Beispiel den Anzug mit dem verdeckten Loch dennoch mieten und dafür einen Preisabschlag erhalten, so muss ihm diese Vereinbarung auch rechtlich möglich sein. Das Instrument sollte zudem eine Regelung enthalten, die eine Abwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter grundsätzlich verbietet und diese nur bezüglich bestimmter Einzelaspekte der Erhaltung zulässt und soweit die hauptsächliche Erhaltungslast beim Vermieter verbleibt.

V. Vertragsgemäßer Gebrauch während des Mietverhältnisses

1. Grundsatz

a) Maßstab

Während im deutschen Recht der Maßstab für die Vertragsmäßigkeit der Mietsache gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses derselbe ist, begründen nach Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR abweichend von der Bestimmung der Vertragsmäßigkeit zu Beginn der Mietzeit gewöhnliche Abnutzungserscheinungen keinen Mangel der Mietsache. Der Vermieter muss aber sicherstellen, dass die Mietsache die vertraglich vereinbarte Quantität, Qualität und sonstige Beschreibung behält (lit. a) und für den Mietgebrauch weiterhin nutzbar bleibt, selbst, wenn der Vermieter hierfür Veränderungen der Mietsache vornehmen muss (lit. b). Diese Maßnahmen sind vom Mieter – ebenso wie im deutschen Recht⁶⁰⁰ gem. Art. IV.B.-5:108 Abs. 1 DCFR zu dulden.

b) Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht

Inhaltlich umfasst die Erhaltungspflicht des Vermieters also sowohl nach § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB als auch gem. Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR die Pflicht zur Instandhaltung sowie zur Instandsetzung der Mietsache,⁶⁰¹ wobei Instandsetzung Maßnahmen zur Beseitigung von während der Vertragsdauer auftretenden Mängeln, d.h. vor allem die Reparatur der Mietsache, und Instandhaltung die Erhaltung

600 Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 535 Rn. 67; BeckOGK/*Schmidt*, § 535 Rn. 481.

601 Für den DCFR: DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments B (S. 1500); Für das deutsche Recht: BGHZ 118, 194, 198 = NJW 1972, 1759.

ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs bezeichnet („maintain the original standard and functioning of the goods“ im DCFR).⁶⁰²

Anders als nach dem DCFR erfasst die auf § 28 Abs. 2 S. 1 der II. BV zurückgehende Begriffsdefinition der Instandhaltungspflicht des Vermieters im deutschen Recht alle Maßnahmen, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (vergleiche auch § 538 BGB) notwendig sind, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden Mängel zu beseitigen.⁶⁰³ Die Pflicht des Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR umfasst hingegen nur notwendige Maßnahmen, um den ursprünglichen Standard und die Funktionsfähigkeit der Mietsache zu erhalten, und nimmt explizit die übliche Abnutzung der Mietsache von der Erhaltungspflicht des Vermieters aus.

Die Verpflichtung, den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu erhalten, kann sowohl nach DCFR (siehe lit. b) als auch nach BGB bedeuten, dass der Vermieter hierfür Veränderungen bzw. Verbesserungen an der Mietsache vorzunehmen hat. Der in den *Comments* genannte Fall, dass ein vermieteter Traktor während der Mietzeit geänderten öffentlich-rechtlichen Sicherheitsstandards genügen muss und der Vermieter daher verpflichtet ist, hierzu erforderliche technische Modifikationen am Fahrzeug vorzunehmen,⁶⁰⁴ wäre nach deutschem Recht ebenso zu handhaben, da auch hiernach der Vermieter die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Normen durch den Zustand der Mietsache gewährleisten muss.⁶⁰⁵ So muss der Vermieter eines Hauses dieses mit zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen versehen, wenn die konkrete Gefahr von Einbrüchen besteht, obwohl es sich um eine „den bisherigen Standard verbessernde Maßnahme“ handelt⁶⁰⁶ – ein Fall, der sich ohne Weiteres und mit der gleichen Begründung auf die Mobiliarmiete übertragen lässt, sodass der Vermieter beispielsweise verpflichtet ist, ein Kfz entsprechend aufzurüsten, wenn bekannt wird, dass dieses Modell aufgrund einer technischen Besonderheit oder aus anderen Gründen besonders diebstahlsanfällig ist. Auch nach der Regelung des DCFR muss der Vermieter alle Maßnahmen vornehmen, um Gefahren von der Mietsache abzuwehren, wie der Wortlaut von Art. IV.B.-5:108 Abs. 1 DCFR zeigt („prevent danger“).

602 Für das deutsche Recht statt aller Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 28; Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments B (S. 1500).

603 BGH NZM 2005, 863, 864; OLG Köln NJW-RR 1994, 524; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395, 396.

604 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments B (S. 1500).

605 OLG Dresden NZM 2006, 865; OLG Düsseldorf NZM 2009, 281, 282; Blank/Börstinghaus/Börstinghaus, § 535 Rn. 371.

606 BGH NZM 2001, 686, 687 Rn. 19. Zu den Grenzen der Sicherungspflichten des Vermieters BGH NJW 2006, 2326.

Von derartigen Verbesserungspflichten, die der Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen geschuldet sind oder dem Schutz der Mietsache und (dadurch) der Ermöglichung des vertragsgemäßen Gebrauchs dienen, sind sonstige Verbesserungen zu unterscheiden: Da das Verwendungsrisiko der Mietsache im Verantwortungsbereich des Mieters liegt, ist der Vermieter nach deutschem Recht zu anderen als den eben genannten Verbesserungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen nicht verpflichtet.⁶⁰⁷ Daher trägt der Mieter zum Beispiel bei der Anmietung von technischen Geräten wie Computern das Risiko, dass diese Geräte unerwartet schnell veralten.⁶⁰⁸ Obgleich die *Comments* diesen Fall nicht erwähnen, wird auch Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 lit. b DCFR (‘remain fit for the purpose of the lease’) dahingehend auszulegen sein, dass der Vermieter lediglich dafür zu sorgen hat, dass die Mietsache so, wie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart, den Gebrauchs Zweck erfüllt, nicht aber darüber hinaus.

Was die Instandsetzungsverpflichtung betrifft, so bleibt zu erwähnen, dass diese in beiden Rechtssystemen faktisch in der Unmöglichkeit ihre Grenze findet, wobei die systematische Einordnung und die hieran anknüpfenden Rechtsfolgen wie unter III. beschrieben differieren.

Zur Grundregel des Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR lässt sich also zusammenfassend zunächst feststellen, dass die inhaltlichen Anforderungen des DCFR und des BGB an die Erhaltungspflicht in weiten Teilen übereinstimmen, mit Ausnahme der Verantwortlichkeit für die Beseitigung von gewöhnlichen Abnutzungen der Mietsache. Diese Ähnlichkeit besteht jedoch nur vordergründig, wie ein Blick in die Folgeabsätze der Norm des DCFR zeigt, die Ausnahmen von dieser generellen Erhaltungspflicht des Vermieters enthalten.

2. Ausnahmen

Die Ausnahme in Absatz 2 bestimmt zunächst, dass die Erhaltungspflicht des Vermieters aus Absatz 1 bei (hier nicht näher zu behandelnden) Finanzierungsleasingverträgen nicht gelten soll, was nachvollziehbar erscheint, da bei diesen aufgrund des Ziels der Vollamortisation innerhalb der Mietdauer typischerweise die Verpflichtung, den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu erhalten, durch den Mieter getragen wird.⁶⁰⁹

Absatz 3 des Art. IV.B.-3:104 DCFR sieht sodann vor, dass die Pflicht des Vermieters, die Sache in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten, die Verpflichtung des Mieters aus Art. IV.B.-5:104 DCFR (*Handling the goods in accordance with the contract*) unberührt lässt. Was zunächst wie ein deklaratorischer Verweis auf Sorgfaltspflichten des Mieters wirkt, ist tatsächlich aber eine erhebliche weitere Ausnahme zur

607 BGH NJW 2004, 3174, 3175; NJW 2005, 218, 219; NZM 2010, 356, 357 Rz. 26.

608 OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 1460.

609 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, *Comments C* (S. 1501).

Erhaltungspflicht des Vermieters: Denn Art. IV.B.-5:104 DCFR bestimmt in seinem Abs. 1 lit. a und b nicht nur, dass der Mieter die Mietsache nur im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und der vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt zu handhaben hat. Litera c regelt überdies, dass der Mieter alle vernünftigen Maßnahmen zu treffen hat, die gewöhnlich während der Mietzeit notwendig werden können, um den normalen Standard und die normale Funktionsfähigkeit der Mietsache zu erhalten. Dies ist unter Berücksichtigung der Dauer der Miete, ihres Zweckes und der Art der Mietsache zu bestimmen.

Die zweite Ausnahmeregelung führt somit zu einer äußerst erheblichen Abweichung des DCFR-Mobiliarmietrechts zu dem des BGB: Während letzteres in § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB davon ausgeht, dass im Grundsatz der Vermieter die komplette Instandsetzung und -haltungspflicht der Mietsache während der Mietzeit trifft, sieht die Grundregel des DCFR ein Modell der geteilten Erhaltungsverpflichtungen vor.

Das Modell der grundsätzlichen Teilung der Erhaltungspflicht und damit auch der Teilung der wirtschaftlichen Belastung (vergleiche Art. III.-2:113 Abs. 1 DCFR, der einen Gleichlauf von Verpflichtung und Kostentragungspflicht vorsieht) überrascht zunächst, da es eine Abweichung von der übrigen Linie des DCFR bedeutet, eher mietergünstige Regelungen zu treffen – eine Tendenz, die in erhöhtem Maße für Verbrauchermitverträge zutrifft. Die Teilung der Erhaltungspflichten aber benachteiligt grundsätzlich den (Verbraucher-)Mieter, der in der Regel nicht die Verhandlungsposition haben dürfte, eine vertragliche Abweichung von dieser Grundregelung zu erreichen, bzw. eine dieser Zusatzlast entsprechende Reduktion der Miete durchzusetzen. Das BGB gewährt ihm mit der grundsätzlichen Entscheidung, dem Vermieter die gesamte Erhaltungspflicht aufzuerlegen, eine wesentlich günstigere Ausgangsposition, bei der grundsätzlich der Vermieter die Rechtfertigungslast für eine abweichende Regelung trägt.

Die Lösung des BGB besticht zudem durch ihre Klarheit. Denn nach Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 und 3 DCFR stellt sich für jedes Mietverhältnis erneut die Frage, wie die Erhaltungspflichten des Mieters und des Vermieters voneinander abzugrenzen sind. Eine denkbare Aufteilung der Pflichten der Parteien nach Instandsetzung (‘repairs’) und Instandhaltung (‘maintenance’) lehnt der DCFR als nicht notwendig ab und merkt an – was ihm zuzugeben ist –⁶¹⁰ dass die Begriffe ohnehin fließend ineinander übergehen.⁶¹¹ Er bietet jedoch keine geeigneteren Abgrenzung an, sondern umschreibt auch die jeweilige Verpflichtung der beiden Parteien mit sehr ähnlichen Worten und zwar ‚do what is necessary to maintain the original standard and functioning of the goods‘ bezüglich der Erhaltungspflicht des

610 Vgl. auch Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 28.

611 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments A (S. 1499 f.).

Vermieters⁶¹² und ‚take all measures which could ordinarily be expected to become necessary in order to preserve the normal standard and functioning of the goods‘ die Erhaltungspflicht des Mieters betreffend. Hiernach scheint also der Mieter für all die Maßnahmen verantwortlich zu sein, die *ex ante* als notwendig zu erwarten waren, wohingegen der Vermieter alle übrigen Erhaltungsmaßnahmen zu übernehmen hat. Welche Maßnahmen dies sind, soll unter Berücksichtigung der Dauer der Mietzeit, des Mietzweckes und der Art der Mietsache bestimmt werden. Danach soll der Mieter zum Beispiel bei der kurzfristigen Miete eines Autos außer des Tankens keinerlei Maßnahmen treffen müssen, während er bei längerer Mietdauer (mehrere Monate oder Jahre) auch für Servicekontrollen, Ölwechsel und ggf. Austausch der Reifen verantwortlich sein soll; Reparaturen sollen dagegen nicht erfasst sein, was sich wiederum anders darstellen kann, wenn das Fahrzeug zu einem Zweck vermietet wird, der es stark beansprucht.⁶¹³ Allein dieses Beispiel wirft viele, teilweise sehr technische Fragen auf und zeigt die Unschärfe dieser Abgrenzung: Was soll bei einem mehrere Wochen oder wenige Monate andauernden Mietverhältnis gelten? Welche Maßnahmen sind üblicherweise zu erwarten? Ab wann liegt ein „besonders beanspruchender Gebrauch“ des Fahrzeuges vor und welche Reparaturen sind dann vom Mieter zu übernehmen? Zusätzlich ist das Ergebnis noch einer Art „Vernünftigkeitstest“ („test of reasonableness“) zu unterziehen, um Besonderheiten des konkreten Vertragsgestaltung Rechnung tragen zu können.⁶¹⁴

Die Regelung führt also dazu, dass die Parteien kaum vorab abstrakt absehen können, welche Maßnahmen von wem getragen werden müssen, sodass sie besonderes Konfliktpotenzial aufwirft und die Entscheidung, wie eine Teilung der Erhaltungsverpflichtung ausgestaltet sein soll, letztlich der Rechtsprechung überlässt. Den Verbraucher stellt sie insbesondere vor das Dilemma, ob er einen kostspieligen und im Ausgang unklaren Prozess überhaupt beginnen möchte: Typischerweise wird das Problem aufgeworfen, wenn der Mieter mit einer notwendig gewordenen Erhaltungsmaßnahme an den Vermieter herantritt und dieser mit dem Argument, es handle sich in technischer Hinsicht um eine von vornherein zu erwartenden Maßnahme, vorbringen wird, der Mieter sei hierfür selbst zuständig – ein Einwand, der ihm so nur aufgrund der geteilten Erhaltungspflicht offen steht. Der Mieter trägt daher, anders als im deutschen Modell, vermehrt die Klagelast. Einzig positiv ist, dass aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR und Abs. 3 i.V.m. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. c DCFR wohl nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen der Vermieter die Beweislast dafür trägt, dass es sich um eine vom Mieter zu übernehmende Maßnahme handelt.

612 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments B (S. 1500).

613 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments C (S. 1502).

614 Ebd.

Wegen der beschriebenen Probleme sollte ein Instrument des europäischen Mobi-liarmietrechts die Erhaltungspflicht im Grundsatz vollständig dem Vermieter zuweisen. Hierdurch wird sichergestellt, dass die Parteien vorab eine Regelung treffen, wenn der Mieter einzelne Verpflichtungen übernehmen soll (wie beispielsweise die Servicekontrolle bei einem Auto), was zulässig sein sollte, soweit die hauptsächliche Erhaltungspflicht beim Vermieter verbleibt. Folglich besteht jederzeit Klarheit darüber, dass alle nicht auf den Mieter übertragenen Einzelpflichten durch den Vermieter vorzunehmen sind, was dazu beiträgt, Rechtsstreitigkeiten bereits vorab zu vermeiden. Inhaltlich sollte die Erhaltungspflicht des Vermieters jedenfalls auch die gewöhnliche Abnutzung der Mietsache erfassen.

VI. Sonstige Pflichten

1. Mitwirkungspflichten

Anders als das Mietrecht des BGB regelt der DCFR mit Art. IV.B.-3:106 DCFR explizit die Verpflichtung des Vermieters, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um dem Mieter die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache aus Art. IV.B.-5:109 DCFR zu ermöglichen (lit. a) und seine Pflicht, die zurückzugebende Mietsache entsprechend der vertraglichen Vereinbarung anzunehmen (lit. b). Dies stellt sich als Ausprägung der in Art. III.-1:104 DCFR normierten allgemeinen Kooperationspflicht zwischen Schuldner und Gläubiger einer Pflicht dar, die ergänzend für alle anderen Mitwirkungspflichten des Vermieters (beispielsweise die Mitteilung von Informationen, die der Mieter zur Einhaltung seiner Sorgfaltspflicht aus Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. a und b DCFR benötigt) zur Anwendung kommt.⁶¹⁵ Streng genommen hätte es dieser erneuten, separaten Regelung der Kooperations- und Annahmeverpflichtung daher – ebenso wenig wie der Kooperations- und Annahmeverpflichtung des Mieters bezüglich der Mietsache zu Beginn der Mietzeit (Art. IV.B-5:103 DCFR) – nicht bedurft, zumal im Mietrecht keine besondere Rechtsfolge der Verletzung der Annahmepflicht geregelt ist, sondern auf die allgemeinen Rechtsbehelfe verwiesen wird.⁶¹⁶ Denn auch die Verletzung der allgemeinen Kooperationspflicht aus Art. III.-1:104 DCFR stellt eine ‚non-performance‘ dar und bringt gem. Art. III.-3:101 DCFR dieselben Rechtsbehelfe zur Anwendung.

Im Falle der Nichtannahme der Mietsache durch den Vermieter ergeben sich danach folgende Konsequenzen, wobei nach dem Grund der Annahmeverweigerung zu unterscheiden ist:

Nimmt der Vermieter die Mietsache nicht zurück, weil der Mieter seiner Verpflichtung aus Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 DCFR, die Mietsache sorgsam zu behandeln (Abs. 1 lit. a und b) oder die ihm obliegenden Erhaltungsmaßnahmen vorzuneh-

⁶¹⁵ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:106, Notes 1 (S. 1509).

⁶¹⁶ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:106, Comments A (S. 1509).

men (Abs. 1 lit. c), nicht nachgekommen ist und ist die Mietsache daher nicht in ordnungsgemäßem Zustand, so stellt die Verweigerung der Annahme die Ausübung eines dem Vermieter nach Art. III.-3:401 DCFR aufgrund der ‚non-performance‘ des Mieters zustehenden Zurückbehaltungsrechts dar.⁶¹⁷ Zusätzlich soll der Vermieter auch Rechtsbehelfe wegen Verzögerung der Rückgabe gegen den Mieter geltend machen können.⁶¹⁸ Die Weigerung ist in diesem Fall also keine Nichterfüllung der Pflicht aus Art. IV.B.-3:106 DCFR.

In den übrigen Fällen stellt die Nichtannahme eine ‚non-performance‘ seitens des Vermieters dar, die alle Rechtsbehelfe seitens des Mieters auslöst, der insbesondere Schadensersatz gem. Art. III.-3:701 ff. DCFR z.B. für Kosten, die ihm durch die Annahmeverweigerung entstanden sind, geltend machen kann, soweit die Nichtannahme nicht gem. Art. III.-3:101 Abs. 1 und 2, III.-3:104 DCFR entschuldigt war. Zu beachten ist auch, dass der Mieter gem. Art. III.-2:111 Abs. 1 DCFR ab Nichtannahme verpflichtet ist, die notwendigen Maßnahmen zum Schutz und zum Erhalt der Mietsache zu treffen. Er kann sich aber sowohl dieser als auch der Rückgabeverpflichtung aus Art. IV.B.-5:109 DCFR dadurch entledigen, dass er die Sache bei einem geeigneten Dritten hinterlegt und den Vermieter davon benachrichtigt (Abs. 2 lit. a) oder nach vorheriger Benachrichtigung die Sache verkauft und dem Vermieter den Kaufpreis auskehrt (Abs. 2 lit. b).

Nach dem BGB stellt die Nichtannahme der zurückzugebenden Mietsache die Verletzung einer bloßen Obliegenheit dar. Weil § 546 BGB keine Regelung zu dem Zustand trifft, in dem die Mietsache zurückzugeben ist, und sie daher in dem Zustand zurückzugeben ist, in dem sie sich im Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückgabeverpflichtung befindet,⁶¹⁹ kann der Vermieter weder ein Zurückbehaltungsrecht mit seiner Rücknahmeverpflichtung geltend machen (hierfür fehlt es auch an dem Synallagma zwischen dieser Verpflichtung und der Rückgabeverpflichtung) noch die Annahme aus anderen Gründen verweigern. Eine Nichtannahme der Mietsache führt damit immer, und zwar anders als nach den Regeln des DCFR unabhängig vom Zustand der Mietsache, bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB zum Annahmeverzug des Vermieters⁶²⁰ und löst dessen Folgen aus, wie zum Beispiel der Haftungsmilderung seitens des Mieters gem. § 300 Abs. 1 BGB. Der Annahmeverzug löst zudem, ähnlich der oben beschriebenen Regelung des DCFR, das Recht des Mieters aus, die Mietsache schuldbefreiend gem. §§ 372 ff. BGB zu hinterlegen. Handelt es sich bei der zu hinterlegenden Sache um eine Kostbarkeit

617 DCFR Full Edition I, Art. III.-1:104, Comments C, D (S. 677 f.); DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:104, Notes 5 (S. 1568).

618 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:106, Comments A (S. 1509).

619 BGHZ 86, 204, 209 ff. = NJW 1983, 1049; BGHZ 104, 285, 289 = NJW 1988, 2665; BGH NZM 2002, 913; Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 20.

620 BGH NJW 1983, 1049, 1050; OLG Celle NZM 2002, 742; LG Lüneburg ZMR 2010, 765, 766; Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 19.

i.S.d. § 372 S. 1 BGB, d.h. um bewegliche Sachen, deren Wert im Vergleich zu ihrem Umfang und ihrem Gewicht besonders hoch ist,⁶²¹ wie zum Beispiel um gemieteten wertvollen Schmuck oder Kunstwerke, so kann die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle i.S.v. § 372 BGB erfolgen, alle anderen beweglichen Sachen sind gem. § 383 BGB am Leistungsort zu versteigern und der Erlös ist sodann zu hinterlegen.

Die Lösungen von DCFR und BGB divergieren also bezüglich der Verpflichtung zur Rücknahme der Mietsache durch den Vermieter. Das Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts sollte im Prinzip der Lösung des BGB folgen, nach der die Mietsache unabhängig von ihrem Zustand nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben und zurückzunehmen ist, wobei die Rücknahme durch den Vermieter durchaus als Verpflichtung ausgestaltet sein sollte. Denn so wird der Zustand vermieden, dass die Mietsache während eines Streits über die Erfüllung der Sorgfalts- oder etwa übernommene Instandhaltungspflichten des Mieters für keine der Parteien nutzbar ist, während bei einer Rücknahmeverpflichtung des Vermieters dieser die Mietsache in jedem Falle reparieren lassen und sie bereits weitervermieten kann und der Streit über die Erfüllung der Pflicht des Vermieters dann auf Ebene des Schadensersatzes verschoben werden kann. So ist gewährleistet, dass der letztlich für den Verstoß verantwortlichen Partei nicht unnötig ein zusätzlicher wirtschaftlicher Schaden durch die Verzögerung der Weitervermietung entsteht. In der Regel wird es auch für den Vermieter faktisch einfacher möglich sein, die Mietsache bis zu ihrer Weitervermietung adäquat zu verwahren. Für den Fall, dass der Vermieter dennoch die Rücknahme verweigert, sollte eine ähnlich Art. III.-2:111 DCFR strukturierte Regelung zur Hinterlegung bzw. zum Verkauf der Mietsache aufgenommen werden, die beide unter geringen Voraussetzungen möglich sein sollten, da der Vermieter sich bereits durch die Nichtannahme ins Unrecht gesetzt hat und wenig schutzwürdig ist.

2. Schutzpflichten

Neben den Maßnahmen, die erforderlich sind, um den ordnungsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu gewähren, enthält der DCFR keine explizite Regelung allgemeiner Fürsorge- und Schutzpflichten, die über die Mietsache selbst hinaus auf den Schutz des Mieters und dessen sonstige Rechtsgüter zielen würden. Es existiert keine § 241 Abs. 2 BGB entsprechende Norm und, wie bereits zuvor angemerkt, können wegen einer Verletzung der Verpflichtung des Vermieters, im Einklang mit Treu und Glauben zu handeln (Art. III.-1:103 Abs. 1 und 3 DCFR), aus der man gegebenenfalls auch Schutzpflichten bezüglich der Rechtsgüter des anderen Teils hätte ableiten können, keine Rechtsbehelfe geltend gemacht werden.

621 RGZ 116, 113, 114; KG Pfleger 1976, 316; Palandt/Griemeberg, § 372 Rn. 2; Staudinger/Olzen, § 372 Rn. 5.

Nach dem deutschen Recht ist der Vermieter hingegen durch eine vertragliche Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu unterlassen und abzuwehren, das Mietobjekt zu pflegen und dieses selbst sowie die Sachen des Mieters zu schützen (sog. Fürsorgepflicht).⁶²² Hierzu gehört insbesondere die vertragliche Verkehrssicherungspflicht des Vermieters, nach der der Vermieter den Mieter vor vermeidbaren Gefahren im Zusammenhang mit dem vertragsgemäßen Gebrauch schützen muss.⁶²³ Diese Verkehrssicherungspflichten werden dabei teilweise der Erhaltungspflicht selbst zugeschlagen, sodass sie als Teil der Hauptleistungspflicht zu betrachten sind,⁶²⁴ wobei dies konsequenterweise nur für diejenigen Verkehrssicherungspflichten gelten kann, die unmittelbar der Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs dienen, wie beispielsweise der unter V. 1. angesprochene Schutz gegen Diebstahl. Die Einordnung, die oft aber nicht eindeutig erfolgen kann, ist freilich in ihrer Auswirkung von nur geringer Relevanz. Diese der deliktischen Verkehrssicherungspflicht ähnelnde, aufgrund der vertraglichen Sonderbeziehung aber grundsätzlich über diese hinausgehende Pflicht⁶²⁵ führt beispielsweise dazu, dass der Vermieter Warnungen und sonstige Maßnahmen ergreifen muss, um den Mieter zu schützen, falls der Gebrauch einer Maschine oder eines Kfz Gefahren birgt, die der Vermieter kennt oder falls sich solche Gefahren während der Benutzung abzeichnen.⁶²⁶ Nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erstrecken sich diese Schutzpflichten auch auf Dritte, die bestimmungsgemäß und für den Vermieter erkennbar mit der Mietsache und den aus ihr resultierenden Gefahren in Berührung kommen, sofern sie nicht selbst gleichartige vertragliche Ansprüche wegen dieser Schäden haben.⁶²⁷ Bei der Miete von Kfz, Maschinen und sonstigen Geräten sind insbesondere solche Personen in den Schutzbereich einbezogen, die vertragsgemäß den Gebrauch für den Mieter ausüben.⁶²⁸ Diesen Personen steht folglich ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter zu.

Wie aber ist mit der fehlenden Normierung derartiger Nebenpflichten im DCFR umzugehen? Gem. Art. II.-9:101 Abs. 2 und 3 DCFR sind bei einer fehlenden

622 RGZ 102, 231; BGH NJW 1957, 826; BGH NJW-RR 1989, 76; Blank/Börstinghaus/
Blank, § 535 Rn. 383; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 535 Rn. 99.

623 BGH NJW 2009, 142f.; NJW 1990, 1236, 1237; OLG Düsseldorf GE 2012, 546; Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 29, 82.

624 Siehe Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 29, 82; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 102, 146, wobei die von Häublein vorgenommene Unterscheidung nach Aufklärungs- und sonstigen Nebenpflichten nicht nachvollziehbar ist.

625 MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 102.

626 Vgl. MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 102.

627 BGHZ 133, 168, 173 f. = NJW 1996, 2927.

628 BGHZ 49, 278, 280 f.; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 183.

vertraglichen Regelung die Gerichte befugt, zusätzliche Bestimmungen mit Blick auf den Parteiwillen und die Vertragsumstände zu implizieren und ihn somit zu ergänzen, sodass man an eine gerichtliche Ergänzung der Nebenpflichten denken könnte. Dies ist aber nur eine Ausnahmekompetenz, die nach der Vorstellung der Verfasser des DCFR restriktiv gehandhabt werden soll⁶²⁹ und die auch nur eingreift, wenn keine der in Abs. 1 genannten Quellen zu einer Schließung der Lücke führt. Vorliegend sind jedoch vorrangig die Regeln des Deliktsrechts anwendbar, sodass eine Vertragsergänzung ausscheidet. Denn sowohl der Mieter, der durch eine von der Mietsache ausgehende Gefahr geschädigt wurde, als auch ein Drittgeschädigter können gem. Art. VI-1:101 ff. DCFR Schadensersatz vom Vermieter verlangen. Dieser Anspruch ist zwar insofern stärker als ein entsprechender deliktischer Anspruch nach deutschem Recht, als sich der Vermieter gem. Art. VI-3:201 DCFR (anders als nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB) für eine Schädigung durch Gehilfen nicht exkulpieren kann.⁶³⁰ Ebenso wie im deutschen Recht bleibt jedoch die typische Schwäche dieses Anspruchs, dass der Mieter das Verschulden („intention“ bzw. „negligence“ – Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Gehilfen bzw. des Vermieters beweisen muss, sofern nicht ausnahmsweise eine verschuldensunabhängige Haftung nach Kapitel 3 besteht. Der Anspruch aus §§ 241 Abs. 2, 280 BGB hat demgegenüber den Vorteil, dass gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden des Vermieters vermutet wird.

Für ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts verbietet sich freilich der Rückgriff auf Normen des Deliktsrechts, sodass dieses eigenständig Verpflichtungen des Vermieters zur Fürsorge und zum Schutz der Rechtsgüter des Mieters regeln sollte. Hierbei sollte auch klar festgelegt werden, unter welchen Umständen Dritte in diesen Schutz einbezogen werden können, wobei die deutschrechtlichen Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Anhaltspunkt dienen können. Im Zusammenspiel mit der für den Schadensersatzanspruch des Mietrechtsinstruments vorgeschlagenen Verschuldensvermutung⁶³¹ kann das Instrument einen effektiven Schutz des Mieters gewährleisten.

3. Pflicht zur Lastentragung

Schließlich fällt auf, dass der DCFR keine Regelung zur Verantwortlichkeit für die auf der Mietsache ruhenden Lasten trifft, wie sie in § 535 Abs. 1 S. 3 BGB normiert ist. Die dort genannten Lasten meinen sämtliche öffentlich- und privatrechtliche Belastungen, die den Eigentümer der Mietsache oder den an ihr dinglich Berechtigten in dieser Eigenschaft zu einer Leistung verpflichten, nicht aber sog. persönliche Lasten, die den Vermieter als Person treffen, z.B. weil er die Belastung vertraglich

629 DCFR Full Edition I, Art. II-9:101, Comments G (S. 578).

630 Vgl. auch *Dauner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (158) zum entsprechenden Problem im Kaufrecht.

631 Siehe hierzu § 10 VII. 1. unten.

übernommen hat oder kraft Gesetzes zu ihr verpflichtet ist.⁶³² Die Regelung wird daher kaum für Mietmietverhältnisse relevant, bei denen die denkbaren Lasten persönlicher Natur sind, wie beispielsweise Sach- und Haftpflichtversicherungen oder Einkommenssteuer.⁶³³ Auch die Kfz-Steuer, ebenso wie die von bestimmten Kommunen erhobene Pferdesteuer sind durch ihre Anknüpfung an die Halter-eigenschaft persönliche Lasten dieser Mietsachen.

Letztlich trifft also weder der DCFR noch der BGB bezüglich dieser Lasten der Mietsache eine Regelung, was auch nicht erforderlich ist, da diese denklogisch an die Verpflichtung des Vermieters zum Erhalt des vertragsgemäßen Gebrauchs aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB anknüpfen.⁶³⁴ Dieser Zusammenhang ist auch im DCFR ausdrücklich in Art. III.-2:113 Abs. 1 DCFR normiert, der bestimmt, dass die Kosten einer Verpflichtung vom Schuldner dieser Verpflichtung zu tragen sind. Auch für das Instrument des europäischen Mietmietrechts ist eine explizite Regelung zulasten der Mietsache aufgrund der grundsätzlichen Zuweisung der Erhaltungspflicht zum Pflichtenkreis des Vermieters also entbehrlich, da dieser damit zugleich alle zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu entrichtenden Lasten trägt.

VII. Résumé

Zusammenfassend lässt sich zu den Verpflichtungen des Vermieters aus Art. IV.B.-3:101 ff. DCFR feststellen, dass sie sich in weiten Teilen mit den Verpflichtungen des Vermieters im deutschen Recht decken. Insbesondere die abweichende Einordnung mancher Leistungsstörungen als Frage der Verfügbarkeit der Mietsache anstatt als Problem der Mangelhaftigkeit oder umgekehrt führt nicht zu so tiefgreifenden Unterschieden wie im deutschen Recht, da das Mietrecht des DCFR nicht über ein vergleichbar differenziertes und umfangreiches spezielles Leistungsstörungsrecht verfügt und dem Mieter nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht bis auf kleinere Besonderheiten im wesentlichen dieselben Rechte zu-stehen. Denn bereits das allgemeine Leistungsstörungsrecht der Art. III.-3:101 ff. DCFR regelt – anders als das des BGB – das Vorgehen bei mangelhafter Leistung, insbesondere das Heilungsrecht des Schuldners (Art. III.-3:201 ff.) und sieht auch eine Minderung der jeweiligen Gegenleistung vor (Art. III.-3:601 DCFR).

Den maßgeblichen Unterschied im Vergleich zu den deutschen Parallelregelungen bilden die fehlende Verantwortung des Vermieters für die gewöhnliche Abnutzung der Mietsache, die Teilung der Erhaltungspflicht zwischen beiden Parteien sowie

632 MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 144; Erman/*Lützenkirchen*, § 535 Rn. 66.

633 Blank/Börstinghaus/*Blank*, § 535 Rn. 601; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 535 Rn. 628.

634 Vgl. auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 535 Rn. 629. Auch die Regelung bezüglich der dinglichen Lasten dient primär der Klarstellung, dass die Verpflichtung des Eigentümers zur Lastentragung durch die Vermietung nicht auf den Mieter übergeht, Blank/Börsting-haus/*Blank*, § 535 Rn. 601.

das Fehlen einer Regelung vertraglicher Nebenpflichten. In einem europäischen Instrument des Mobiliarmietrechts ist eine hiervon abweichende Regelung dieser Themenkomplexe aus den genannten Gründen anzuraten.

§ 8 Pflichten des Mieters

I. Entrichtung der Miete

1. Inhalt und Entstehung

Gem. Art. IV.B.-5:101 Abs. 1 ist der Mieter verpflichtet, die Miete zu bezahlen. Wurde die Miete nicht vertraglich festgelegt, so bestimmt sich die Höhe der Miete nach Art. IV.B.-5:101 Abs. 2, II.-9:104 DCFR, d.h. es ist das übliche oder bei Nichtexistenz eines solchen ein vernünftiges Entgelt zu zahlen (siehe bereits unter § 5 II. 1.). Dasselbe gilt auch im deutschen Recht für die Mietzahlungspflicht aus § 535 Abs. 2 BGB.⁶³⁵ Ebenso wie im deutschen Recht muss auch nach dem DCFR die Miete nicht in Geld beglichen werden, sondern es kann auch eine beliebige andere Gegenleistung vereinbart werden.⁶³⁶

Art. IV.B.-5:101 Abs. 3 legt als Zeitpunkt, ab dem der Anspruch auf Zahlung der Miete entsteht, den Beginn der Mietzeit fest. Dies soll laut der *Comments*⁶³⁷ vor allem für den Fall gelten, in dem die Miete nach Zeitabschnitten bemessen ist. Der Anspruch auf Zahlung der gesamten Miete entsteht damit unabhängig davon, wann die Miete für die einzelnen Zeitabschnitte fällig wird, zu Beginn der Mietzeit (wie in Art. IV.B.-2:101 DCFR definiert). Hiernach wäre die Mietzinsforderung des DCFR in der Dogmatik des deutschen Rechts als „betagte Forderung“ zu charakterisieren, d.h. als Forderung, die sofort mit ihrer Begründung zur Entstehung gelangt, jedoch noch nicht fällig ist.⁶³⁸

Im deutschen Recht sind Ansprüche auf künftige Mieten hingegen in der Regel befristete Forderungen i.S.v. §§ 163, 158 BGB, sie entstehen also je nach Parteivereinbarung erst zum Anfangs- bzw. Endtermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung.⁶³⁹

Die Einordnung als befristeter bzw. betagter Anspruch ist also relevant für den Entstehungszeitpunkt der Forderung, was im sonst anwendbaren nationalen Recht beispielsweise Auswirkungen für den Beginn der Verjährung eines Anspruchs, im Bereicherungs-, im Zwangsvollstreckungs- oder im Insolvenzrecht haben kann. So ist die Unterscheidung im deutschen Recht beispielsweise maßgeblich dafür, ob der Mieter eine vor Fälligkeit geleistete Zahlung nach § 813 Abs. 2 BGB zurückverlangen kann, was bei einem betagten Anspruch nicht, wohl aber bei einem befristeten Anspruch möglich ist. Auch für den Zeitpunkt der Entstehung eines Pfändungs-

635 Statt aller BeckOGK/Schmidt, § 535 Rn. 469.

636 Für den DCFR: DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:101, Comments F (S. 1430). Für das BGB: Motive bei Mugdan II, S. 207 Rn. 372; BGH NJW-RR 1994, 971 = WuM 1994, 460.

637 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:101, Comment B (S. 1544).

638 BeckOK-BGB/Rövekamp, § 163 Rn. 7.

639 BGHZ 170, 196, 200 = NJW 2007, 1588, 1589 Rz. 12; NJW 2010, 444, 445.

pfandrechts zugunsten eines Gläubigers des Vermieters in der Zwangsvollstreckung und damit für die Frage, ob dem Gläubiger zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters gem. §§ 50 Abs. 1 InsO ein Absonderungsrecht bezüglich einer solchen Mietzinsforderung zusteht, ist der Entstehungszeitpunkt der Mietforderung von Bedeutung. Man stelle sich das Szenario vor, dass zeitlich zuerst die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bezüglich aller (auch künftiger) Mietforderungen an den Mieter erfolgt (und damit gem. § 829 Abs. 3 ZPO die Pfändung an bestehenden Forderungen Wirksamkeit erlangt) und danach der Eröffnungsbeschluss bezüglich des Vermögens des Vermieters ergeht: Betrachtet man die künftige Mietzinsforderungen als betagte Forderungen, so werden auch die künftigen Mietzinsansprüche vom Pfändungspfandrecht erfasst, mit der Konsequenz, dass der Gläubiger hieran ein Absonderungsrecht gem. § 50 Abs. 1 InsO hat. Versteht man die künftigen Mietzinsforderungen als befristete Forderungen, so erhält der Gläubiger hieran kein Pfändungspfandrecht, da zum Zeitpunkt des Entstehens der künftigen Forderungen bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, mit der Wirkung, dass gem. § 91 Abs. 1 InsO keine weiteren Rechte an den nunmehr zur Insolvenzmasse gehörenden Forderungen begründet werden können.

Welche Ausgestaltung der Mietzinsforderung auch für ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts gewählt würde, sie sollte aufgrund ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Folgen im daneben anwendbaren nationalen Recht explizit im Instrument niedergelegt werden.

2. Leistungszeit und -ort

a) Leistungszeit

Für die Fälligkeit der Miete bestimmt Art. IV.B.-5:102 DCFR, dass sie im Falle der Vereinbarung bestimmter Abschnitte jeweils am Ende eines Abschnittes eintritt (lit. a). Falls keine Intervalle vereinbart wurden, tritt sie bei bestimmter Mietdauer am Ende der gesamten Mietzeit ein (lit. b), bei unbestimmter Mietdauer jedoch nicht erst zum Beendigungszeitpunkt, sondern jeweils nach Ablauf eines vernünftigen (‘reasonable’ i.S.d. Art. I.-1:104 DCFR) Zeitabschnitts (lit. c). Abweichende Vereinbarungen sind möglich, was insbesondere bei der Festlegung sehr kurzer Zeitabschnitte sinnvoll sein kann.⁶⁴⁰

Abweichend von der Grundregel des § 271 Abs. 1 BGB, die auf einmalige Leistungshandlungen bezogen ist und wiederkehrende Leistungspflichten in einem Dauerschuldverhältnis wie dem Mietverhältnis nicht richtig erfassen kann,⁶⁴¹ (und von der Wohnraumiete, § 556b BGB) ist die Miete im deutschen Mobiliarmietrecht nicht sofort, das hieße zu Beginn der Mietzeit, sondern gem. § 579 Abs. 1 S. 1 BGB

640 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:102, Comments A (S. 1546).

641 Staudinger/Bittner, § 271 Rn. 27.

– und damit ebenso wie im DCFR – zum Ende der Mietzeit zu entrichten, sodass auch nach dem BGB den Vermieter eine Vorleistungspflicht trifft. Auch § 579 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass im Falle der Bemessung der Miete nach Zeitabschnitten die Zahlung zum Ende des jeweiligen Abschnitts fällig ist. Das BGB trifft keine Sonderregelung für Mietverhältnisse mit unbestimmter Mietdauer, was in der Praxis auch nicht nötig sein dürfte, da die Parteien nach aller Wahrscheinlichkeit insbesondere für diesen Fall eine Regelung über Zeitabschnitte treffen werden. Hiervon abgesehen sind auch abweichende Vereinbarungen, d.h. insbesondere eine (auch formularvertragliche) Vorauszahlungsklausel und, anders als in der Wohnraummiete, auch in Kombination mit einer die Aufrechnungsbefugnis des Mieters ausschließenden Klausel möglich.⁶⁴²

Wie bereits erwähnt, steht es den Parteien auch nach dem DCFR frei, von Art. IV.B-5:102 DCFR abweichende Regelungen zu treffen. Eine solche Regelung wäre wohl auch in AGB (‘terms not individually negotiated’) nicht als unfair i.S.v. Art. II.-9:408 Abs. 1 DCFR anzusehen und daher wirksam. Auch wäre speziell für Verbrauchermietverträge wohl keine Vermutung der Unfairness gem. Art. II.-9:410 Abs. 1 lit. n anzunehmen, die dann eingreift, wenn eine Klausel den Verbraucher verpflichtet, seine Verpflichtungen, hier die Zahlungsverpflichtung, zu erfüllen, ohne dass der Unternehmer, der Vermieter, seine Verpflichtung erfüllt. Denn die Vorauszahlungsklausel bewirkt nicht, dass der Verbraucher vorleistet, ohne etwas zu erhalten – er hat lediglich zeitgleich mit der Erfüllung der Überlassungsverpflichtung des Vermieters zu leisten.

b) Leistungsort

Mangels abweichender Vereinbarung ist die Miete als Geldschuld gem. Art. III.-2:101 Abs. 1 lit. a DCFR am Geschäftssitz des Vermieters (und zwar dem mit der engsten Verbindung zur Verpflichtung, Abs. 2 lit. a, siehe hierzu bereits unter § 7 II. 2.) zu erbringen. Der Mieter trägt hierbei das Risiko der Übermittlung des Geldes, d.h. sowohl das Verlust-, als auch das Verzögerungsrisiko.⁶⁴³

Nach bisherigem Verständnis des deutschen Rechts, nach dem Geldschulden generell und somit auch die Mietschuld als qualifizierte Schickschulden gem. §§ 270 Abs. 1 und 4, 269 Abs. 1 BGB angesehen wurden, war dies bislang anders: Der Mieter musste hiernach die Leistung an dem Ort erbringen, an dem er bei Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte und sie im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Vermieter an dessen Wohnsitz bzw. Niederlassung zu übermitteln, sodass der Mieter dadurch die Transport-/bzw. Verlustgefahr sowie die Übermittlungskosten zu tragen hatte. Die Qualifizierung als Schickschuld bewirkte jedoch, dass der Ort der Leistungshandlung (beim Mieter) und der Erfolgsort (beim Vermieter) auseinanderfallen konnten, wobei für die Rechtzeitigkeit der

642 Siehe beispielsweise Staudinger/Emmerich, § 579 Rn. 8.

643 DCFR Full Edition I, Art. III.-2:101, Comments C (S. 721).

Leistung maßgeblich auf die Vornahme der Leistungshandlung (und nicht den Zeitpunkt des Erfolgseintritts) abzustellen war,⁶⁴⁴ sodass die Mietzahlung rechtzeitig erfolgte, wenn es rechtzeitig vor Fristablauf abgesendet worden war. Das Risiko der Verzögerung ging damit bisher zulasten des Vermieters als Zahlungsempfängers.

Dieses Verständnis lässt sich seit dem Urteil des *EuGH*⁶⁴⁵ zur Zahlungsdienst-Richtlinie⁶⁴⁶ jedenfalls in deren Anwendungsbereich, d.h. im Unternehmensverkehr, nicht mehr halten, da die §§ 270, 269 BGB nunmehr im Lichte dieser Richtlinie auszulegen sind. Der *EuGH* hat entschieden, dass es für die Rechtzeitigkeit der Zahlungsleistung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie darauf ankommt, ob der Gläubiger die Leistung rechtzeitig „erhalten“ hat, sodass es nunmehr auf den Leistungserfolg ankommt und die Regelung der §§ 270 Abs. 1, 4, 269 BGB richtlinienkonform als modifizierte Bringschuld auszulegen ist. Damit muss der Mieter jetzt die Miete so rechtzeitig überweisen, dass bei regelmäßigen Post- und Banklaufzeiten mit dem rechtzeitigen Eingang auf dem Bankkonto des Vermieters gerechnet werden kann, wobei Verzögerungen im banktechnischen Verkehr freilich nicht zulasten des Mieters gehen.⁶⁴⁷ Obgleich die *EuGH*-Entscheidung die richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts nur im Anwendungsbereich der Richtlinie gebietet, sprechen gute Argumente dafür, die Auslegung darüber hinaus auch auf Verbrauchergeschäfte zu erstrecken.⁶⁴⁸ Zwar kann als Argument für eine einheitliche Anwendung der Entscheidung auch auf Zahlungspflichten von Verbrauchern nicht gelten, dass ein gespaltenes Verständnis des § 270 BGB die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beeinträchtigen würde und der einheitlichen Systematik des BGB zuwiderliefe,⁶⁴⁹ da das BGB an vielen Stellen in gleicher Weise differenziert, beispielsweise in §§ 310 oder 475 ff. BGB. Ebenso wenig überzeugend gegen eine Änderung der Rechtslage auch für Verbraucher spricht jedoch der bloße, reflexhafte Verweis auf die Notwendigkeit des Mieter-bzw. Verbraucherschutzes.⁶⁵⁰

644 BGH NJW 1969, 875 f.; OLG Frankfurt MDR 1999, 667; OLG Naumburg WuM 1999, 160.

645 *EuGH*, Urt. v. 3.4.2008 –C-306/06, Slg. 2008 I-1931 = NJW 2008, 1935, 1936 Rn. 23-28 (DTK).

646 Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABIEG Nr. L 200 v. 8.8.2000, S. 35-38 (Zahlungsdienste-Richtlinie).

647 Herresthal, NZM 2011, 833 (838); Schmidt-Futterer/*Langenberg*, § 556b Rn. 8.

648 Für eine Erstreckung auch OLG Karlsruhe WM 2014, 1422, Rn. 23; LG Freiburg (*Breigan*), Urteil vom 28. April 2015 – 9 S 109/14 Rn. 29 ff.; MüKo-BGB/*Artz*, § 556b Rn. 6; Staudinger/*Bittner*, § 270 Rn. 4; Palandt/*Grineberg*, § 270 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Kerwer*, § 270 Rn. 11 f.; a.A. OLG Hamm, Beschluss vom 23. September 2014 – I-32 SA 59/14, 32 SA 59/14 Rn. 13 f. = MDR 2014, 1247; Staudinger/*Emmerich*, § 543 Rn. 54a; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, § 556b Rn. 9.

649 Palandt/*Grineberg*, § 270 Rn. 5 (70. Auflage 2011).

650 So aber Staudinger/*Emmerich*, § 543 Rn. 54a; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, § 556b Rn. 9.

Denn eine Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern ist in der Sache nicht zwingend geboten: Auch ein Verbraucher kann sich ohne weiteres in seinem Zahlungsverhalten auf die veränderte Rechtslage einstellen⁶⁵¹ und braucht hierfür keine speziellen Rechts- oder Fachkenntnisse; allein das Wissen um die regelmäßigen Post- und Banklaufzeiten genügt, um das Zahlungsziel einzuhalten (da hierüber hinausgehende und daher unvorhersehbare Verzögerungen ohnehin nicht zu seinen Lasten gehen). Diese sind mittlerweile aufgrund des technischen Fortschrittes so kurz (Eingang auf dem Konto des Vermieters spätestens am zweiten Geschäftstag nach Eingang des Zahlungsauftrags des Mieters an dessen Bank),⁶⁵² dass auch die Zahlungsfrist des Mieters durch die entsprechend frühere Überweisung nicht erheblich verkürzt wird. Auch die Zielsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie steht dem nicht entgegen, da laut deren Erwägungsgrund 7 der Zahlungsverzug eingedämmt werden soll, um der Insolvenzgefahr besonders kleinerer und mittlerer Unternehmen zu begegnen. Dieses Risiko wird jedoch auch durch Zahlungsverzögerungen seitens Verbrauchern erhöht. Dennoch hält der BGH (NJW 2017, 1596 (offen gelassen noch von BGH NJW 2010, 2879-2882) daran fest, dass für die Rechtzeitigkeit der Leistung bei Verbrauchern die rechtzeitige Veranlassung der Zahlung genügen soll, sodass sich in diesem Punkt die Lösung des DCFR von der des deutschen Rechts unterscheidet.

Schließlich bleibt anzumerken, dass, falls der Vermieter die Zahlung trotz des Leistungsangebots am richtigen Ort und zur richtigen Zeit („money properly tendered“) nicht annehmen sollte, der Mieter seine Zahlungsverpflichtung zum Erlöschen bringen kann, indem er das Geld gem. Art. III.-2:112 Abs. 1 DCFR nach Mitteilung an den Vermieter hinterlegt – eine Möglichkeit, die ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB auch nach deutschem Recht gem. § 372 S. 1 BGB offen steht.

Bezüglich der Zahlungsmodalitäten der Miete besteht bereits weitgehender Gleichlauf zwischen den Regelungen des DCFR und des BGB, der zum großen Teil europarechtlichen Vorgaben geschuldet ist. Ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts sollte diese Regelungen so übernehmen, da hier weder bedeutender Spielraum noch Bedarf für Änderungen auszumachen ist.

II. Annahme der Mietsache

Art. IV.B.-5:103 DCFR regelt die Pflicht des Mieters, alle notwendigen Vorbereitungen zu treffen, um es dem Vermieter zu ermöglichen, ihm die Mietsache zu Beginn der Mietzeit zur Verfügung zu stellen (lit. a) sowie die Pflicht, in der vertraglich vereinbarten Art und Weise die Verfügungsgewalt über die Mietsache zu übernehmen („take control of the goods as required by the contract“, lit. b). Diese Pflicht ist

651 OLG Karlsruhe WM 2014, 1422, ebd.

652 Siehe Herresthal, NZM 2011, 833 (834).

spiegelbildlich zur Pflicht des Vermieters aus Art. IV.B.-3:106 DCFR ausgestaltet und ist ebenfalls eine Ausprägung der allgemeinen Kooperationspflicht aus Art. III.-1:104 DCFR. Es gelten daher die bereits unter § 7 VI. a) dargestellten Grundsätze: eine Verletzung der Annahmepflicht durch den Mieter löst gem. Art. III.-3:101 DCFR sämtliche anwendbaren Rechtsbehelfe des Vermieters aus, wobei wiederum die berechtigte Annahmeverweigerung beispielsweise aufgrund der Mangelhaftigkeit der zur Verfügung gestellten Mietsache als Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts des Mieters aus Art. III.-3:401 DCFR aufgrund einer ‚non-performance‘ der Vermieter-Pflichten aus Art. IV.B.-3:102 DCFR zu verstehen ist. In diesem Fall begründet die Annahmeverweigerung keine ‚non-performance‘ des Vermieters.

Im Gegensatz hierzu trifft den Mieter im deutschen Recht – anders als im Kaufrecht, wo die Annahme der Sache eine gesetzlich geregelte Nebenpflicht ist, § 433 Abs. 2 BGB⁶⁵³ grundsätzlich keine Annahmepflicht bezüglich der Mietsache, da er zum vertragsgemäßen Gebrauch der Sache gem. § 535 Abs. 1 BGB lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet ist.⁶⁵⁴ Auch diese Obliegenheitsverletzung wirkt ebenso wie die Nichtannahme der zurückzugebenden Mietsache durch den Vermieter nur annahmeverzugsbegündend, bewirkt aber keine Pflichtverletzung, insbesondere keinen Schuldnerverzug des Mieters.⁶⁵⁵ (Zur Relevanz dieses Unterschiedes zwischen der Regelung des DCFR und der des BGB siehe bereits § 7 VI. a.)

Unabhängig davon, wie man die Nichtannahme rechtlich qualifiziert, muss der Mieter freilich, wenn er die Mietsache aus einem in seiner Sphäre liegenden Grund nicht annimmt, dennoch die geschuldete Miete entrichten. Dies ergibt sich für das deutsche Recht aus § 537 Abs. 1 S. 1 BGB⁶⁵⁶ und für den DCFR aus Art. IV.B.-5:101 Abs. 3 und Art. IV.B.-4:102 Abs. 1 (als spezielle Ausprägung des Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR), wonach der Mietzahlungsanspruch mit Beginn der Mietzeit und nicht erst mit Übergabe der Mietsache beginnt und der Mieter für aus seinem Einflussbereich stammende Umstände, die ihn am Mietgebrauch hindern, keine Mietminderung gem. Art. IV.B.-4:102 Abs. 1, III.-3:601 ff. DCFR geltend machen kann.

Auch für die Regelung der Annahme in einem europäischen Instrument des Mobi liarmietrechts sollte, bereits im Interesse einer einheitlichen Lösung, der bezüglich der Rückgabepflicht des Vermieters empfohlene Weg eingeschlagen werden. Der Mieter sollte verpflichtet sein, die Mietsache unabhängig von deren Zustand anzunehmen, sodass der Akt der Annahme keinerlei Aussage über die Vertragsmäßi-

653 Erman/Grunewald, § 433 Rn. 57; MüKo-BGB/Westermann, § 433 Rn. 76.

654 Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 91; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 96; BeckOK-BGB/Lorenz, § 293 Rn. 1.

655 AG Hamburg NZM 1998, 477.

656 Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 5; MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 166.

keit der Mietsache trifft und insbesondere nicht die Billigung des Zustands und den Verzicht auf Mängelrechte bedeutet. Auf diese Weise kann der Mieter die Mietsache auch bei Vorliegen von Mängeln bereits nutzen (soweit möglich) und wird von seiner Pflicht zur Entrichtung der Miete bis zur Behebung der Mängel befreit (zur Minderung kraft Gesetztes siehe § 10 IV. 1. unten). Ebenso wie bei Rückgabe der Mietsache wird hierdurch verhindert, dass durch die Nichtverfügbarkeit der Mietsache und etwaige Deckungsgeschäfte weitere Schäden entstehen, die das Mietverhältnis bereits zu Beginn seines Vollzugs belasten.

III. Pflichten im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache

1. Pflicht zur Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs

Sowohl nach Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. a DCFR als auch nach dem deutschen Recht darf der Mieter die Mietsache nur im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung nutzen, wobei neben besonderen vertraglichen Absprachen bezüglich der Nutzung insbesondere der Nutzungszweck die Grenze der vertraglich zulässigen Nutzung bildet.⁶⁵⁷ Mit einem zu Umzugszwecken gemieteten Kleintransporter dürfen also beispielsweise keine schweren und sperrigen Baustoffe zwischen Baustellen transportiert werden. Der Vertragszweck kann überdies einer Unter Vermietung der Mietsache an Dritte entgegenstehen.⁶⁵⁸ Zudem darf der Mieter die Mietsache nicht über den vertragsgemäßen Verbrauch hinaus abnutzen, § 538 BGB, und eine Nutzung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus kann Unterlassungs- (§ 541 BGB) und Schadensersatzansprüche auslösen (§§ 280 Abs. 1 bzw. 823 Abs. 1 BGB) oder sogar zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses führen, § 543 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 2 BGB. Auch nach dem DCFR löst diese Zu widerhandlung grundsätzlich sämtliche Rechtsbehelfe aus, Art. III.-3:101 Abs. 1 DCFR, wobei der Unterlassungsanspruch als ‚specific performance‘ des Anspruchs zur Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. Art. III. 3:302 Abs. 1 DCFR geltend gemacht werden kann.

Eine Pflicht, den vertragsgemäßen Gebrauch auszuüben, kennt das BGB grundsätzlich nicht, allerdings kann im Einzelfall etwas anderes aus der Obhutspflicht des Mieters folgen (siehe hierzu sogleich unter 2.). Der DCFR normiert zwar, anders als das BGB, eine Annahmeverpflichtung bezüglich der Mietsache (Art. IV.B.-5:103 DCFR, hierzu bereits unter II.), auch die hierin geregelte Verpflichtung, die tatsächliche Gewalt über die Mietsache auszuüben (take control of the goods), die

657 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:104, Comments B (S. 1550). Für das BGB Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 35.

658 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:103, Comments B (S. 1594). Für das BGB Weißker, in: Hannemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht (§ 50 Rn. 1).

als Verpflichtung zu einem aktiven Tätigwerden ausgelegt werden könnte, meint wohl lediglich die aktive Besitzübernahme durch den Mieter und keine Verpflichtung, den vertragsgemäßen Gebrauch auszuüben.

2. Sorgfalts- und Obhutspflicht

a) Sorgfaltsmaßstab

Nach Art. IV.B.-5:104 lit. b DCFR trifft den Mieter zudem die Pflicht, die Mietsache sorgfältig zu behandeln, wobei Maßstab der Sorgfaltspflicht die nach den Umständen vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt ist, die unter Berücksichtigung der Mietdauer, des Mietzwecks und der Art der Mietsache zu bestimmen sein soll.

Auch das deutsche Mietrecht kennt eine solche Obhutspflicht des Mieters bezüglich der Mietsache, d.h. die Pflicht, die Mietsache sorgfältig und pfleglich zu behandeln und sie nach Möglichkeit vor Schäden zu bewahren.⁶⁵⁹ Sorgfaltsmaßstab ist die gem. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 BGB geschuldete verkehrserforderliche Sorgfalt, so dass sich letztlich beide Maßstäbe inhaltlich entsprechen dürften.

b) Inhaltliche Ausprägungen der Obhutspflicht

Inhaltlich erfasst diese Pflicht insbesondere die in § 536c BGB normierte Pflicht des Mieters, während der Mietzeit auftretenden Mängel oder die unvorhergesehene Erforderlichkeit einer Maßnahme zum Schutz der Mietsache dem Vermieter anzuzeigen,⁶⁶⁰ eine Pflicht, die auch der DCFR kennt, sie jedoch in getrennten Normen regelt: Art. IV.B.-4:103 DCFR, demzufolge Mängel der Mietsache dem Vermieter anzuzeigen sind, um ihm die Ausübung seines Heilungsrechts zu ermöglichen,⁶⁶¹ wobei wie im deutschen Recht (§ 536c Abs. 2 BGB) ein Unterlassen zum Ausschluss der Mängelrechte führen kann,⁶⁶² und Art. IV.B.-5:107 DCFR, der eine Verpflichtung des Mieters begründet, den Vermieter über der Mietsache drohende Gefahren oder die Anmaßung von Rechten Dritter bezüglich der Mietsache (vergleichbar § 536 Abs. 1 S. 2 BGB) eine vernünftige Zeit nach Kenntnisverlangung (Abs. 2) oder Kennenmüssen (Abs. 3) zu informieren, um diesem die Gelegenheit zu geben, seine Rechtsgüter zu verteidigen.⁶⁶³

Die Obhutspflicht kann sich im deutschen Recht auch in einer Aufklärungspflicht äußern, zum Beispiel, weil der Mieter beabsichtigt, die Mietsache in einem Umfang

659 BGH NJW 2014, 1653; OLG Düsseldorf ZMR 1965, 51; LG Mannheim WuM 1982, 298, 299.

660 MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 166; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 91.

661 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:103, Comments A (S. 1531).

662 Zu unterschiedlichen Reichweite des Ausschlusses siehe ausführlich § 10 I. 3. a).

663 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:107, Comments (S. 1561).

zu nutzen, in dem sie oder der Vermieter besonderen Risiken ausgesetzt ist,⁶⁶⁴ oder sogar ausnahmsweise zu einer Nutzungspflicht der Mietsache selbst führen,⁶⁶⁵ wenn die Sache, zum Beispiel ein gemietetes Reitpferd, durch Nichtgebrauch Schaden erlitte. Bei derartiger Wichtigkeit der Nutzung wird die Verpflichtung jedoch regelmäßig als vertraglich vereinbarte, eigenständige Leistungspflicht ausgestaltet sein,⁶⁶⁶ sodass sich die Verpflichtung schon aus der vertraglichen Vereinbarung selbst ergibt (und auch nach dem DCFR bereits von Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. a DCFR erfasst wäre). Die Obhutspflicht kann weitere aktive Schutzmaßnahmen des Mieters erfordern, wie zum Beispiel die Beigabe von Frostschutzmittel bei Kfz oder Baumaschinen, die im Winter genutzt werden. Auch unvorhergesehene Gefahrenlagen können diese Pflicht auslösen: drohen der Mietsache durch unvorhergesehene Ereignisse wie z.B. Brand Schäden, so kann der Mieter verpflichtet sein, notwendige vorläufige Sicherungsmaßnahmen zu veranlassen, allerdings nur, wenn der Vermieter entsprechende Maßnahmen selbst nicht rechtzeitig in die Wege leiten kann.⁶⁶⁷ Da das deutsche Recht sämtliche zur Erhaltung der Mietsache erforderliche Maßnahmen grundsätzlich dem Vermieter zuweist, § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB, kann eine Verpflichtung des Mieters hierzu nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil der Mieter Ersatz für die hierfür erforderlichen Aufwendungen gem. § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB dementsprechend nur geltend machen kann, wenn die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig war.

Auch Art. IV.B.-5:105 Abs. 1 DCFR sieht vor, dass der Mieter solche Erhaltungs- und Reparaturmaßnahmen ergreifen muss, die nötig sind, um eine drohende Gefahr oder Beschädigung von der Mietsache abzuwenden, und wenn es dem Vermieter unmöglich ist, die Maßnahmen selbst vorzunehmen oder deren Vornahme nicht praktikabel ist, während dies für den Mieter sowohl möglich als auch praktikabel wäre. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Reparatur eines auf der Straße liegen gebliebenen Fahrzeugs oder eines Lecks eines Schiffes, oder falls die Gegengewichte eines gemieteten Krans dringend vor dem Herabfallen gesichert werden müssen.⁶⁶⁸ Der Mieter kann dann nach dessen Absatz 2 Freistellung von einer zu diesem Zweck eingegangenen Verbindlichkeit bzw. Kostenerstattung für entsprechende Ausgaben verlangen, soweit diese in Anbetracht des Zweckes der Maß-

664 BGH NZM 2010, 786; LG Kiel ZMR 2010, 532: Mieterpflicht, auf Anfrage mitzuteilen, wer die Mietsache nutzt. Zu den Aufklärungspflichten ferner Gsell, DWW 2010, 122.

665 MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 166; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 96; BeckOGK/Schmidt, § 535 Rn. 478.

666 Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 99.

667 MüKo-BGB/Häublein, § 535 Rn. 169; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 93 spricht von einer Verstärkung der Obhutspflicht in Gefahrenlagen.

668 Vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:105, Comments (S. 1554); Staudinger/Emmerich, § 536a Rn. 35.

nahmen vernünftigerweise anfallen mussten. Der DCFR behandelt diese Vorschrift in dem *Comments* zwar nicht im Zusammenhang mit der Obhutspflicht des Mieters, sondern beschreibt sie als Abweichung von der grundsätzlichen nach dem DCFR vorgesehenen Aufteilung der Erhaltungspflichten. Letztlich ist die Regelung aber auch im Zusammenhang mit der Obhutspflicht zu sehen, da nur diese begründen kann, warum der Mieter sonst in einem eigentlich fremden Pflichtenkreis tätig werden sollte. Sowohl nach dem DCFR als auch nach dem BGB stellt sich dieser Problemkreis also als ein Tätigwerden in fremdem Pflichtenkreis dar und würde daher grundsätzlich die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung bringen, wobei dem DCFR insbesondere daran gelegen war, eine *vertragliche Pflicht* des Mieters zum Eingreifen zu schaffen.⁶⁶⁹ Da § 536 Abs. 2 S. 2 BGB das *Selbstvornahmerecht* des Mieters und grundsätzlich keine Pflicht hierzu regelt, muss eine entsprechende Pflicht im deutschen Recht aus der allgemeinen Obhutspflicht des Mieters hergeleitet werden. Inhaltlich entsprechen sich die Regelungen in etwa, insbesondere kann die fehlende Gefahrwarnung in beiden Systemen Schadensersatzansprüche auslösen (§ 536 Abs. 2 BGB bzw. Art. III.-3:101, III.-3:701 DCFR).

Im Sinne der Rechtsklarheit wäre es in einem europäischen Mietrechtsinstrument wünschenswert, eine explizite Regelung der Obhutspflicht des Mieters und deren Ausprägungen aufzunehmen. Hier könnte insbesondere auch die Pflicht zur Vornahme von Notmaßnahmen normiert werden. Auch die Mangel- und Notmaßnahmen-Anzeigepflicht könnten in diesen Regelungskontext eingebettet werden und sollten, um die Transparenz über die Mitteilungsverpflichtungen zu wahren, gebündelt normiert werden.⁶⁷⁰

c) Zeitliche Dimension

Was die zeitliche Dauer der Obhutspflicht betrifft, so soll diese den Mieter im deutschen Recht grundsätzlich erst ab Überlassung der Mietsache treffen, selbst wenn diese vor Vertragsbeginn liegt. Ausnahmsweise ist auch ein Beginn der Obhutspflicht vor erfolgter Überlassung denkbar, wenn der Vermieter die Mietsache zu Vertragsbeginn bereitstellt, der Mieter sie aber noch nicht in Besitz nimmt.⁶⁷¹ Die Pflicht soll erst mit tatsächlicher Rückgabe der Mietsache enden und damit ggf. bis zu einem Zeitpunkt nach Vertragsbeendigung fortbestehen.⁶⁷²

669 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:105, *Comments* (S. 1555). Auch § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine spezialgesetzliche Regelung der berechtigten GoA, MüKo-BGB/*Häublein*, § 536a Rn. 23, für alle sonstigen Aufwendungen verweist § 539 Abs. 1 BGB auf die allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB.

670 Zur Multiplikation von Mitteilungspflichten siehe auch § 10 I. 3. unten.

671 Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 93; MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 168.

672 MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 168 f. m.w.N.

Mangels einer speziellen Regelung zur Dauer der Verpflichtungen aus Art. IV.B.-5:104 DCFR besteht diese während der Mietzeit, d.h. gem. Art. IV.B.-2:101 DCFR entweder ab Vertragsbeginn oder mit Übergabe, wenn diese früher als der Vertragsbeginn erfolgt (Abs. 2), sodass der Beginn der Verpflichtung im Wesentlichen parallel zum deutschen Recht geregelt ist. Art. IV.B.-2:102 DCFR sieht jedoch keine Verlängerung der Verpflichtungen für den Fall einer Rückgabe nach Vertragsende vor, sodass, solange das Mietverhältnis nicht gem. Art. IV.B.-2:103 Abs. 1 i.V.m. Art. III.-1:111 DCFR als bis zur Rückgabe der Mietsache stillschweigend verlängert gilt, die Obhutspflichten des DCFR an diesem Punkt enden und bei Beschädigung der Mietsache dann Schadensersatzansprüche gem. Art. VIII.-7:102 Abs. 1, VIII.-7:101 Abs. 1, VIII.-6:101 DCFR oder aufgrund Deliktsrechts geltend gemacht werden müssen.

Ein Mobiliarmietrechtsinstrument sollte das Bestehen der Obhutspflicht, ebenso wie das deutsche Recht, an die Zeitspanne anknüpfen, in der der Mieter die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Mietsache innehat, da er faktisch nur dann seiner Obhutspflicht genügen kann. Die aufzunehmende Regelung zur Obhutspflicht sollte daher auch den Beginn der Verpflichtung mit der faktischen Überlassung und ihr Ende erst mit tatsächlicher Rückgabe der Mietsache vorsehen.

3. Erhaltungspflicht

a) Üblicherweise zu erwartende Erhaltungsmaßnahmen und Notmaßnahmen

Anders als in Finanzierungsleasingverträgen, bei denen den Mieter gem. Art. IV.B.-5:104 Abs. 2 DCFR die gesamte Erhaltungspflicht treffen soll, muss der Mieter in den hier zu behandelnden „normalen“ Mietverhältnissen nach dessen Abs. 1 litera c nur diejenigen Maßnahmen treffen, die üblicherweise als erforderlich zu erwarten sind, um den gewöhnlichen Standard und die Funktionsfähigkeit der Mietsache zu erhalten, wohingegen die übrigen Erhaltungspflichten gem. Art. IV.B.-3:104 DCFR durch den Vermieter zu tragen sind. Sofern hierfür Modifikationen der Mietsache erforderlich werden, trifft den Mieter zudem eine Kooperationspflicht, bei der Wahrnehmung dieser Pflichten auf die Interessen des Vermieters Rücksicht zu nehmen und sich vorher mit diesem abzusprechen.⁶⁷³ Die Erhaltungspflichten der Parteien komplementieren sich gegenseitig,⁶⁷⁴ freilich mit der in den *Comments* nicht erwähnten Ausnahme der gewöhnlichen Abnutzungs- und Verschleißerscheinungen („normal wear and tear“), die weder Teil des Pflichtenprogramms des Vermieters sind (siehe Art. IV.B.-3:104 Abs. 1 DCFR), noch, solange sie die Funktionsfähigkeit der Mietsache nicht beeinträchtigen, Sache des Mieters („preserve the

673 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments C (S. 1503).

674 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:104, Comments B (S. 1551).

normal standard and functioning‘, Art. IV.B-5:104 Abs. 1 lit. c DCFR),⁶⁷⁵ sondern von diesem toleriert werden müssen.⁶⁷⁶

Wie bereits erwähnt trifft die Instandsetzungs- und Instandhaltungsverpflichtung gem. § 535 Abs. 1 BGB hiervon abweichend vollständig den Vermieter. Die Behandlung normaler Abnutzungsercheinungen der Mietsache wird im deutschen Recht in § 538 BGB dahingehend geregelt, dass die Abnutzung, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entsteht, dem Mieter erlaubt ist und nicht zu einer Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung seiner Obhutspflicht führt.⁶⁷⁷ Erreichen diese Abnutzung bzw. der Verschleiß jedoch den Grad, in dem sie die Eignung zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen, und sind sie allein durch vertragsgemäßes Verhalten des Mieters entstanden, liegt ein Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB vor, der die Instandsetzungsverpflichtung des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB auslöst. Dies ist dieselbe Schwelle, an der auch im DCFR die Erhaltungsmaßnahmen erforderlich werden. Anders als im BGB aber wird, da es sich bei Abnutzung um vorhersehbare Verschlechterungen handelt, die Instandsetzungspflicht des *Mieters* ausgelöst, Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. c DCFR. Nach beiden Systemen sind bis zu einem gewissen Maß also gewöhnlich Abnutzungen zu tolerieren, nur dass bei einer Überschreitung aufgrund der Teilung der Erhaltungspflichten nach dem deutschen System der Vermieter und nach dem DCFR der Mieter tätig werden muss.

Im Übrigen ist der Mieter jedoch, wie bereits unter 2. gezeigt, nur ausnahmsweise zu außerhalb seines Pflichtenkreises liegenden Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet: Nur in Notsituationen muss er gem. Art. IV.B.-5:105 Abs. 1 DCFR die eigentlich vom Vermieter nach Art. IV.B.-3:104 DCFR vorzunehmenden Maßnahmen ergreifen.

Art. IV.B.-5:106 DCFR regelt sodann die Kostenerstattung für Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen des Mieters. Er bestimmt, dass der Mieter außer in dem vorgenannten Fall, im Falle der Selbstbeseitigung von Mängeln gem. Art. IV.B.-4:101 Abs. 1 DCFR⁶⁷⁸ sowie als Ausgleich für einen etwaigen Eigentumsverlust nach Buch VIII (*Acquisition and loss of ownership of goods*) keinen Anspruch auf Ersatz von im Zusammenhang mit dem Erhalt oder der Verbesserung der Mietsache anfallenden Kosten hat. Für die Erhaltungskosten folgt dies bereits unmittelbar aus Art. IV.B.-5:104 Abs. 1 lit. c und Art. III.-2:113 DCFR, wonach der Mieter für die ihm aufgebürdeten gewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen ohnehin die Kosten

675 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:104, Comments B (S. 1500).

676 Ebd., S. 1501.

677 RGZ 84, 222, 224 f.; BGH NZM 2002, 913, 915 = NJW 2002, 3234, 3235; Emmerich, NZM 2000, 1155 (1162).

678 Siehe hierzu die Ausführungen zum Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme unter § 10 III.

tragen muss, da es sich um seine eigene Verpflichtung handelt. Nimmt er überdies Erhaltungsmaßnahmen des Vermieters oder Verbesserungsmaßnahmen vor, ohne dass dies nach IV.B.-5:105 Abs. 1 DCFR erforderlich ist, so kann er hierfür konsequenterweise auch keinen Ersatz vom Vermieter verlangen.

Der Fall, den der DCFR als Eigentumsverlust nach Buch VIII (*Acquisition and loss of ownership of goods*) bezeichnet, nämlich der Verlust des Eigentums durch Verbindung einer Sache des Mieters mit der Mietsache gem. Art. VIII.-5:203 DCFR, der nach dessen Abs. 2 zu einem Ausgleichsanspruch des Mieters gegen den Mieter führt, ist im deutschen Recht in § 539 Abs. 2 i.V.m. § 258 BGB geregelt, soweit es sich um „Einrichtungen“ handelt, d.h. um bewegliche Sachen, die vom Mieter mit dem Mietobjekt körperlich verbunden wurden und die dazu bestimmt sind, dem wirtschaftlichen Zweck der Mietsache als Hauptsache zu dienen.⁶⁷⁹ Diese kann der Mieter – anders als nach dem DCFR unabhängig von der dinglichen Rechtslage –⁶⁸⁰ jederzeit entfernen (und muss dies auch, sofern er mit der Anbringung die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten hat)⁶⁸¹, sodass es in diesem Fall einer Ausgleichszahlung nicht bedarf.

Alle weiteren Fälle des Aufwendungsersatzes, insbesondere Verbesserungsmaßnahmen an der Mietsache, sind nach § 539 Abs. 1 i.V.m. §§ 677 ff. BGB zu behandeln. Da es sich bei § 539 Abs. 1 BGB um eine Rechtsgrundverweisung handelt,⁶⁸² müssen für einen Aufwendungsersatzanspruch sämtliche Voraussetzungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1 BGB vorliegen. Häufig wird es für diesen Anspruch am Fremdgeschäftsführungswillen des Mieters fehlen, weil dieser die Aufwendungen nur für seine Zwecke und in seinem eigenen Interesse oder in der Annahme vornahm, er sei dazu verpflichtet. Der Anspruch scheidet auch aus (keine Geschäftsbesorgung „ohne Auftrag“), wenn der Mieter selbst zu der Maßnahme verpflichtet ist, sei es aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder weil er die Maßnahme selbst verschuldet hat gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB (Schadensersatz in Naturalrestitution wegen Verletzung seiner Obhutspflicht). Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen kann der Mieter dennoch Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Vermieter die Geschäftsführung gem. § 684 S. 2 BGB genehmigt, wobei auch hierbei Zurückhaltung geboten ist und eine solche nur angenommen werden kann, wenn er zum Ausdruck bringt, dass die Maßnahme auch in seinem Interesse vorgenommen wurde. Denn mit der bloßen Zustimmung zur Vornahme der Maßnahme bringt der Vermieter meist lediglich sein Einverständnis mit der Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs zum

679 RGZ 106, 49, 51 f.; BGHZ 101, 37, 41 f. = NJW 1987, 2861; OLG Düsseldorf NZM 1999, 668 = ZMR 1999, 386.

680 Siehe Staudinger/Emmerich, § 539 Rn. 24.

681 BGH NJW 1981, 2564, 2565; NJW 2006, 2115, 2116; LG Mannheim WuM 1976, 49, 51.

682 BGH NJW 1982, 1752 = WM 1982, 698; WuM 2009, 395, 397 Rz. 16 = NZM 2009, 541, 542; OLG Düsseldorf ZMR 2010, 679.

Ausdruck.⁶⁸³ Auch, wenn damit im deutschen Recht hohe Anforderungen an den Aufwendungsersatzanspruch des Mieters zu stellen sind, erlaubt diese Verweisung auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag eine im Einzelfall gerechte Entscheidung über das Bestehen eines solchen Anspruchs.

b) Maßnahmen bei zufälliger Verschlechterung der Mietsache

Für alle anderen als die angesprochenen Maßnahmen verbleibt die Verantwortlichkeit zur Erhaltung beim Vermieter, also insbesondere auch für Maßnahmen, die durch die zufällige, weder vom Mieter noch vom Vermieter zu vertretende Verschlechterung der Mietsache. Wurde jedoch die Instandhaltung auf den Mieter abgewälzt, so hat dieser auch das Risiko der zufälligen Verschlechterung zu tragen.⁶⁸⁴

Auch im deutschen Recht trifft den Vermieter bis zu einer gem. § 242 BGB zu ermittelnden Opfergrenze⁶⁸⁵ das Risiko, dass die Mietsache durch eine außerhalb des Mietgebrauchs liegende Ursache verschlechtert oder unbrauchbar wird,⁶⁸⁶ allerdings mit dem Unterschied, dass dies selbst dann gelten soll, wenn der Mieter vertraglich die Instandhaltung übernommen hat.⁶⁸⁷

Ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts sollte zunächst aus den bereits ausgeführten Gründen die Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht vollständig dem Vermieter auferlegen. Dies gilt auch für Maßnahmen zur Beseitigung der üblichen Abnutzungerscheinungen, soweit diese den vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen.

Was die Regelung der Kostenerstattung betrifft, ist dem Instrument freilich der Rückgriff auf detaillierte Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag verwehrt, sodass es einer expliziten Normierung des Kostenerstattungsanspruchs des Mieters bedarf. Art. IV.B-5:106 DCFR kann hierbei allerdings allenfalls den Ausgangspunkt bilden und müsste zumindest die Kostenerstattung in den häufigsten Fallkonstellationen ausführlicher behandeln.

IV. Rückgabe der Mietsache

Art. IV.B-5:109 DCFR sieht schließlich vor, dass der Mieter die Mietsache am Ende der Mietzeit (Art. IV.B-2:102 DCFR) an dem Ort zurückgeben muss, an dem sie ihm zur Verfügung gestellt wurde. Auch gem. § 546 Abs. 1 BGB ist der

683 BGH LM Nr. 3 zu § 683 BGB = BB 1955, 241; ZMR 1993, 93; NZM 1999, 19, 20 = ZMR 1999, 93; OLG Düsseldorf ZMR 2010, 679 Rz. 12.

684 DCFR Full Edition II, Art. IV.B-5:104, Comments B (S. 1551 f.).

685 BGH NJW-RR 1991, 204 = WuM 1990, 546; NJW 2005, 3284; NJW 2010, 2050, 2052.

686 NJW 2008, 2432 Rz. 9 = NZM 2008, 607; Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 28a.

687 BGH ZMR 1987, 257; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rn. 37.

Mieter zur Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet.

1. Inhalt der Rückgabeverpflichtung

Inhaltlich nennt weder Art. IV.B.-5:109 DCFR noch § 546 BGB weitere Anforderungen an die Rückgabe der Mietsache. Da aber sowohl nach der Auffassung des DCFR als auch nach der des BGB die Rückgabeverpflichtung des Mieters grundsätzlich spiegelbildlich zur Überlassung der Mietsache durch den Vermieter ausgestaltet ist,⁶⁸⁸ muss auch diese grundsätzlich dadurch erfolgen, dass dem Vermieter die Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ermöglicht wird und ihm vollständige der Besitz wieder eingeräumt wird⁶⁸⁹ („make available“, d.h. „obtain physical control of the goods“),⁶⁹⁰ und zwar an allen ihm ursprünglich vermieteten Sachen einschließlich Zubehörs.⁶⁹¹

Weder § 546 Abs. 1 BGB noch Art. IV.B.-5:109 DCFR bestimmt zudem den Zustand, in dem die Mietsache zurückzugeben ist. Wie bereits unter § 7 VI. 1 beschrieben, ist der Zustand der Mietsache nach beiden Systemen eine Frage der ordnungsgemäßen Erfüllung der Obhuts- bzw. Erhaltungspflichten des Mieters und nicht der Rückgabeverpflichtung,⁶⁹² sodass diese grundsätzlich unabhängig vom Zustand der Mietsache erfüllt werden kann.⁶⁹³

Anders als nach dem BGB, nach welchem der Vermieter bei Verletzung dieser Pflicht die Rückgabe nicht verhindern kann und auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der Obhutspflicht verwiesen wird (§ 280 Abs. 1 BGB), hat der Vermieter nach den Regelungen des DCFR das Recht, die Erfüllung der Rückgabepflicht durch die Zurückweisung der zurückzugebenden Mietsache zu verhindern, wenn diese sich aufgrund einer Verletzung der Obhuts- oder Erhaltungspflichten des Mieters nicht in vertragsgemäßem Zustand befindet. Denn er kann gem. Art. III.-3:401 DCFR ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Rücknahmeverpflichtung aus Art. IV.B.-3:106 DCFR ausüben (und darüber hinaus die weiteren Rechtsbehelfe aus Art. III.-3:101 DCFR geltend machen).

688 Für den DCFR vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:103, Comments A (S. 1548) bezüglich der Spiegelbildlichkeit der Annahme dieser Verpflichtung. Beide Verpflichtungen werden zudem parallel mit „make available“ bezeichnet. Für das BGB MüKo-BGB/Bieber, § 546 Rn. 4; Erman/Lützenkirchen, § 546 Rn. 5.

689 BGH NZM 2004, 98, 99; OLG Brandenburg NZM 2000, 463; Staudinger/Rolf, § 546 Rn. 9.

690 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-3:101, Comments D (S. 1480) zur Überlassungsverpflichtung des Vermieters.

691 Statt aller MüKo-BGB/Bieber, § 546 Rn. 6.

692 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-5:109, Notes 5 (S. 1568); Art. IV.B.-5:104 DCFR, Comments B (S. 1551 f.). Für das BGB statt aller Staudinger/Rolf, § 546 Rn. 23. Diese Rechtslage wurde zuletzt bestätigt durch BGH NJW 2018, 1746.

693 Siehe bereits Fn. 619 oben.

Selbst wenn der Mieter vertraglich Instandsetzungs- oder Instandhaltungspflichten (z.B. zu „Schönheitsreparaturen“, d.h. allgemein zur Behebung optischer Mängel) übernommen hat, die als Hauptleistungspflichten des Mieters auch grundsätzlich im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters stehen, kommt ein derartiges Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Mieters auf Rücknahme nach deutschem Recht nicht in Betracht, da die Rückgabeverpflichtung trotz ihrer Eigenschaft als selbstständige Leistungsverpflichtung des Mieters außerhalb des synallagmatischen Zusammenhangs steht.⁶⁹⁴ Denn die Instandhaltungsverpflichtung wird nicht um Willen der Rücknahmeverpflichtung erfüllt und umgekehrt. Verweigert der Vermieter die Mitwirkung bei der Rückgabe dennoch, so gerät er in Annahmeverzug. Dieser hat jedoch keine schuldbefreiende Wirkung – diese tritt erst durch Hinterlegung gem. §§ 372 ff. BGB ein.⁶⁹⁵

Wie bereits unter § 7 VI. 1. ausgeführt, sprechen die besseren Argumente dafür, auch in einem europäischen Mobiliarmietrecht die Erfüllung der Obhutsverpflichtung des Mieters von der Erfüllung der Rückgabeverpflichtung, die nur die Wieder-einräumung des Besitzes erfordert, zu trennen und dem Vermieter kein Recht zur Annahmeverweigerung einzuräumen. Für den Fall der unberechtigten Annahmeverweigerung durch den Vermieter sollte zudem eine Hinterlegungsregelung aufgenommen werden.

2. Anspruchsgegner

Anders als das BGB (§ 546 Abs. 2 BGB) kennt der DCFR jedoch keinen Direktspruch des Vermieters gegen einen Drittbesitzer der Mietsache auf Rückgabe. Einen solchen Anspruch hat nach Art. VIII.-6:101 Abs. 1 DCFR nur der Vermieter, der zugleich Eigentümer der Mietsache ist. In allen anderen Fällen ist der Vermieter darauf angewiesen, sich die Herausgabeansprüche des Mieters gegen den Untermieter abtreten zu lassen, die jedoch bei längerer Dauer des Untermietverhältnisses noch nicht fällig sein werden, und im übrigen Schadensersatz gegen den Mieter geltend zu machen.

Um die Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Vermieters zu gewährleisten, wäre es erwägenswert, dem Vermieter auch in einem europäischen Mobiliarmietrechtsinstrument einen solchen unmittelbaren Herausgabeanspruch gegen Dritte einzuräumen, zumal sonst ein Rückgriff auf nationales Sachenrecht erforderlich wäre.

3. Leistungsort

Die Mietsache ist nach dem BGB anders als nach der Regelung des DCFR nicht am Ort zurückzugeben, an dem sie zur Verfügung gestellt wurde, sondern ist bei beweglichen Sachen gem. § 269 Abs. 1 BGB aufgrund der Natur der Rückgabever-

694 MüKo-BGB/Bieber, § 546 Rn. 1; Staudinger/Rößl, § 546 Rn. 1, 26.

695 OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 735-736 = NZM 1999, 1142-1143.

pflichtung als vertragliches Rückgewährschuldverhältnis eine Bringschuld, sodass sie am Geschäftssitz des Vermieters zu erfüllen ist.⁶⁹⁶ Aus den Umständen des Einzelfalles kann sich jedoch etwas anderes ergeben, beispielsweise ist ein gemietetes Kfz regelmäßig an dem Ort zurückzugeben, an dem es dem Mieter überlassen wurde.⁶⁹⁷ Art. IV.B.-5:109 DCFR bestimmt, dass die Rückgabe am Ort der Zurverfügungstellung erfolgen muss, und geht damit gem. Art. IV.B.-3:101, III.-2:101 Abs. 1 lit. b DCFR ebenfalls von einer Rückgabe am Ort des Geschäftssitzes des Vermieters aus, sodass letztlich beide Regelungen meistens zum gleichen Ergebnis kommen dürften.

In einem europäischen Instrument des Mobiliarmietrechts sollte der Ort der Rückgabe der Rechtsklarheit wegen eindeutig bestimmt werden. Konsequent und auch der intuitiven Lösung entsprechend wäre es, nach dem Vorbild des DCFR die Spiegelbildlichkeit zwischen Überlassungs- und Rückgabeverpflichtung auch insfern herzustellen, als die Rückgabe grundsätzlich am Ort der Überlassung zu erfolgen hat, sofern die Parteien nichts hiervon Abweichendes vereinbaren.

4. Leistungszeit

Auch bezüglich des Rückgabedatums decken sich die Regelungen. Zwar ist die Rückgabeverpflichtung im BGB „nach Beendigung des Mietverhältnisses“ zu erbringen und nach dem DCFR „at the end of the lease period“ (also *zu* diesem Zeitpunkt), auch im BGB wird – abweichend vom Wortlaut – jedoch eine Rückgabe *bei* Beendigung, also mit dem Zeitpunkt oder Tag der Beendigung des Mietverhältnisses angenommen,⁶⁹⁸ was dementsprechend auch im Mobiliarrechtsinstrument geregelt werden sollte.

5. Rechtsfolgen unterbliebener Rückgabe

Einen entscheidenden Unterschied zum DCFR, der die Rückgabeverpflichtung mit den bei jeder Pflichtverletzung gem. Art. III.-3:101 DCFR zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen ahndet, bildet jedoch die Regelung des § 546a BGB, welche nach dem Mietrechtsreformgesetz 2001 nunmehr auch für die Fahrnmiete gilt.⁶⁹⁹ Das Fehlen der Regelung im DCFR führt dazu, dass der Vermieter die Voraussetzungen etwaiger Schadensersatz- und sonstiger Ansprüche wegen der Vorenthaltenheit der Mietsache, insbesondere einschließlich der Schadenshöhe und des Verschuldens des Mieters darlegen und beweisen muss, während die Regelung des BGB nur voraussetzt, dass die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses

696 MüKo-BGB/Bieber, § 546 Rn. 18; Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 40; Palandt/Weidenkaff, § 546 Rn. 10.

697 OLG Düsseldorf/ZMR 2008, 125.

698 BGH NJW 1989, 451 m.w.N.; Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 35; Palandt/Weidenkaff, § 546 Rn. 10.

699 Siehe hierzu ausführlich § 11 II. 1. unten.

vorenthalten, d.h. entgegen dem Willen des Vermieters nicht zurückgegeben wurde,⁷⁰⁰ und ihm dann eine Mindestentschädigung gewährt, die sogar über den bisherigen Mietzins hinausgehen kann, die Geltendmachung eines weiteren Schadens gem. Abs. 2 jedoch nicht ausschließt.

Wenngleich eine solche Regelung im Verhältnis zwischen Unternehmern als Interessenausgleich sinnvoll ist, sollte aber in einem Verbraucherermietvertragsrechtsinstrument auf diese den Vermieter einseitig privilegierende Regelung verzichtet werden. Denn insbesondere, wenn man sich dazu entschiede, das Einheitskonzept der Pflichten im DCFR beizubehalten, wäre die Sonderbehandlung der Rückgabe verpflichtung ein Fremdkörper und würde den Verbraucher, der sich schlechter gegen die Risiken der verspäteten Rückgabe versichern kann, benachteiligen.⁷⁰¹

V. Sonstige Pflichten des Mieters

Neben der bereits unter III. 2. angesprochenen Informationspflicht aus Art. IV.B.-5:107 DCFR im Falle einer Gefahr oder Beschädigung der Mietsache sind als weitere Pflicht des Mieters schließlich die in Art. IV.B.-5:108 DCFR normierten Duldungspflichten zu nennen. Nach dessen Abs. 1 muss der Mieter – grundsätzlich nach vorheriger Ankündigung durch den Vermieter – die Ausführung von Reparaturmaßnahmen und sonstigen Arbeiten an der Mietsache dulden, die notwendig zum Erhalt, zur Mängelbeseitigung und zur Vorbeugung gegen Gefahren für diese sind. Nach Abs. 2 soll dies auch bezüglich aller sonstiger Arbeiten (insbesondere Modernisierungsmaßnahmen) gelten, soweit der Vermieter nicht aus vernünftigem Grund widerspricht. Auch die Inspektion der Mietsache zum Zwecke dieser Maßnahmen (Abs. 3 S. 1) sowie durch potentielle Nachmieter zum Zwecke der Weitervermietung (Abs. 3 S. 2) sind vom Mieter zu dulden.

Anders als im Immobiliarmietrecht in §§ 555a und 555d BGB existiert im deutschen Recht keine gesetzliche Regelung zur Duldung von Instandhaltungsmaßnahmen für das Mobilialmietrecht. Eine entsprechende Duldungspflicht des Mieters erwächst jedoch ebenfalls seiner Obhutspflicht, da er aufgrund dieser auch gehalten ist, zum Erhalt der Mietsache beizutragen, indem er den instandsetzungspflichteten Vermieter gewähren lässt.⁷⁰² Bei der Durchführung der Maßnahmen hat der Vermieter die Interessen des Mieters gebührend zu berücksichtigen, insbesondere ist die Maßnahme, soweit dies im Einzelfall nicht untrüglich ist, vorher anzukündigen. Auch bestimmte Modernisierungsmaßnahmen, die zur Verbesserung der Mietsache oder zur Energieeinsparung führen, sind vom Vermieter zu dulden, allerdings nach der Wertung der §§ 555b ff. BGB nur nach vorheriger

700 BGHZ 90, 145, 148 = NJW 1984, 1527; BGH NJW 1996, 1886, 1887; NJW 2007, 1594, 1595; Staudinger/Rolfs, § 546a Rn. 15.

701 Siehe ausführlicher zu den Rechtsfolgen der verspäteten Rückgabe § 11 II. 1. unten.

702 Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 535 Rn. 67; BeckOGK/Schmidt, § 535 Rn. 481.

Ankündigung und wenn diese nach einer Interessenabwägung der Belange des Vermieters und des Umweltschutzes einerseits und der berechtigten Interessen des Mieters andererseits gerechtfertigt ist. Im Unterschied zu der im Rahmen von § 555d Abs. 2 BGB bei der Wohnraummiete durchzuführenden Interessenabwägung ist hierbei jedoch zu beachten, dass seitens des Mieters zwar sein Besitzrecht in die Abwägung einzustellen ist, für die Mobilarmiete jedoch nicht die nach Art. 13 GG besonders geschützten Belange. Andererseits ist die vereinbarte Mietzeit oft kürzer als bei der Wohnraummiete, sodass der Vermieter häufig darauf verwiesen werden kann, den Ablauf der Mietzeit abzuwarten und erst im Anschluss die Modernisierungsmaßnahmen durchzuführen.

Auch das deutsche Recht kennt die im DCFR vorgesehenen Inspektionsrechte des Vermieters bzw. eine entsprechende Duldungspflicht des Mieters. Mangels vertraglicher Vereinbarung ergeben sich diese aus Treu und Glauben,⁷⁰³ wobei der Vermieter auch hier gehalten ist, die Besichtigung vorher anzukündigen und auch im Übrigen schonend auszuüben.⁷⁰⁴

Schließlich ist festzustellen, dass weder der DCFR noch das BGB eine Regelung zur Verpflichtung des Mieters zur Leistung einer Mietsicherheit enthalten, obgleich diese in der Praxis äußerst üblich ist, sobald die Mietsache einen gewissen Wert hat. So hat der Mieter zum Beispiel bei der (grenzüberschreitenden) Kfz-Miete regelmäßig Sicherheit durch vorübergehende Belastung seiner Kreditkarte oder Hinterlegung einer Kaution zu leisten. Dies wirft einige Fragen auf, insbesondere nach der zulässigen Höhe einer Sicherheitsleistung, nach dem Zeitraum, für den diese einbehalten werden darf und danach, wie die Aufbewahrung der Kaution (z.B. treuhänderisch auf einem separaten Konto) erfolgen muss. Auch dieser äußerst wichtige Punkt sollte in dem europäischen Mobilarmietrechtsinstrument detailliert geregelt werden.

Sowohl nach dem DCFR als auch nach dem BGB sind die Duldungspflichten des Vermieters ähnlich ausgestaltet und insbesondere aus nachvollziehbaren Gründen höhere Anforderungen an die Duldungspflicht bei Modernisierungsmaßnahmen zu stellen als an die Duldung von Erhaltungsmaßnahmen, zu denen der Vermieter verpflichtet ist. Die Regelungen des DCFR können hier als Vorlage für die Ausgestaltung einer entsprechenden Vorschrift in einem europäischen Mobilarmietrechtsinstrument dienen, wobei zu erwägen wäre, für die Duldung von Modernisierungs- und ähnlichen Maßnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen (unter beispielhafter Auflistung der zu berücksichtigenden Hauptinteressen des Mieters und des Vermieters).

⁷⁰³ Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 97 ff.; Jauernig/Teichmann, § 535 Rn. 31 ff.; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rn. 82.

⁷⁰⁴ AG Lübeck WuM 1993, 344; AG Münster WuM 2000, 328; AG Hamburg NZM 2007, 211, 212; Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 97 ff.; Erman/Lützenkirchen, § 535 Rn. 102.

VI. Résumé

Es bleibt festzustellen, dass auch bezüglich der Mieterpflichten die größten Unterschiede zum deutschen Recht dadurch bedingt sind, dass der DCFR die Erhaltungspflichten auf beide Parteien aufteilt, während das BGB diese grundsätzlich dem Vermieter aufbürdet. Bezuglich der Verpflichtung des Mieters zur Zahlung der Miete sowie seiner Obhutspflicht (einschließlich hieraus abzuleitender Informations- und Duldungspflichten) besteht weitgehender Gleichlauf beider Regelungssysteme, was im Falle der Zahlungsverpflichtung auch durch die europarechtliche Harmonisierung bedingt ist. Abweichend geregelt ist hingegen die Folge der Mangelfähigkeit der Mietsache für die Annahmeverpflichtung des Mieters zu Beginn der Mietzeit sowie entsprechend auch für seine Rückgabeverpflichtung zum Ende der Mietzeit. Auffallend ist zudem, dass der DCFR die Pflichten beider Parteien sehr detailliert normiert, während § 535 BGB die Pflichten nur grob in vier Sätzen umreißt und sie im Übrigen durch Richterrecht herausgebildet wurden.

Ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument sollte aus den ausgeführten Gründen die Erhaltungspflicht generell dem Vermieter aufgeben und eine Verquickung der Pflicht des Vermieters zur mangelfreien Leistung und der Annahmeverpflichtung des Mieters sowie der Obhutsverpflichtung des Mieters und der Pflicht zur Rücknahme der Mietsache durch den Vermieter vermeiden, indem es eine vom Zustand der Mietsache unabhängige Annahme- bzw. Rücknahmeverpflichtung regelt. Auch eine Vorschrift zur Leistung einer Mietsicherheit sollte aufgenommen werden. Was die Regelungstechnik betrifft, muss ein solches Instrument im Vergleich zum nationalen Recht, dem es offensteht, die konkrete Ausgestaltung den Gerichten zu überlassen, zwingend detailliertere Regelungen enthalten, um die für seine Akzeptanz nötige Rechtssicherheit zu schaffen. Diese Regelungen sollten möglichst präziser als die des DCFR gefasst werden.

§ 9 Parteimehrheit, -wechsel und Dritte in Mietverhältnissen

Die vorangegangene Darstellung der Rechte und Pflichten der Parteien im Mietverhältnis steht bislang unter der Prämisse, dass es sich nur um ein Zweipersonenverhältnis handelt, das von Beginn bis Ende des Mietverhältnisses fortbesteht. Wie aber wirkt es sich auf diese Rechtspositionen aus, wenn auf Mieter- oder Vermieterseite eine Personenmehrheit steht, die Parteien ausgewechselt werden, einzelne Rechtspositionen des Mietverhältnisses auf Dritte übertragen oder weitere Mietverhältnisse an der Mietsache begründet werden?

I. Mehrheit von Mietern und Vermietern

Mangels miet-, erb- oder gesellschaftsrechtlicher Sonderregelungen richtet sich das Innenverhältnis mehrerer Vermieter oder Mieter allein nach den Regelungen der Schuldner- (Art. III.-4:106 ff. DCFR) bzw. Gläubigermehrheit (Art. III.-4:206 f. DCFR), je nachdem ob es sich um eine ‚solitary‘, ‚joint‘ oder ‚divided obligation‘ i.S.v. Art. III.-4:102 DCFR bzw. ein ‚solitary‘, ‚joint‘ oder ‚divided right‘ i.S.v. Art. III.-4:202 DCFR handelt, was in etwa der Gesamt-, der gemeinschaftlichen und der Teilschuld im deutschen Recht entspricht. Wie aus ihrer Stellung im dritten Buch hervorgeht, betreffen die Regelungen des DCFR zu Schuldnermehrheiten, ebenso wie die des BGB, sowohl vertragliche als auch sonstige Verpflichtungen, Art. III.-1:101, III.-4:101 DCFR.

Was das Außenverhältnis zwischen mehreren Schuldnern und dem Gläubiger bzw. *vice versa* betrifft, differenziert jedoch der DCFR im Unterschied zum BGB, das primär auf die Teilbarkeit der Leistung abstellt, nicht nach derartigen Kriterien. Die Art der Schuldnerschaft wird vorrangig durch die Parteivereinbarung bestimmt, Art. III.-4:103 Abs. 1 DCFR. Soweit vertraglich nichts festgelegt ist und die Art der Schuld nicht bereits aus der Natur der Verpflichtung folgt,⁷⁰⁵ soll nach dessen Absatz 2 immer ‚solitary liability‘ (Art. III.-4:102 Abs. 1 DCFR), d.h. Gesamtschuld vorliegen, sodass für ‚divided liability‘ (Teilschuld, Art. III.-4:102 Abs. 2 DCFR) nur ein geringer Anwendungsbereich verbleibt. Die Natur der Verpflichtung gibt insbesondere der ‚joint obligation‘ (Art. III.-4:102 Abs. 3 DCFR) ihr Gepräge,⁷⁰⁶ die der gemeinschaftlichen Schuldnerschaft, bei der die Erfüllung der Schuld inhaltlich das gemeinschaftliche Zusammenwirken aller Schuldner erfordert,⁷⁰⁷ nahekommt. Die Gläubigermehrheiten, d.h. ‚solitary‘, ‚divided‘ und ‚joint rights to performance‘, entsprechen ebenfalls den deutschen Kategorien der Teil-,

⁷⁰⁵ DCFR Full Edition I, Art. III.-4:103, Comments B (S. 977).

⁷⁰⁶ Die Comments enthalten a.a.O. ein Beispiel zur Teilschuld, die aber m.E. nur aufgrund konkludenter Vereinbarung und gerade nicht wegen der Natur der Schuld vorliegt; denn auf die Teilbarkeit will der DCFR gerade nicht abstellen, DCFR Full Edition I, Art. III.-4:102, Comments A (S. 971 f.), Notes I. (S. 974).

⁷⁰⁷ Statt aller Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 420 Rn. 9.

Gesamtgläubigerschaft und Gläubigergemeinschaft. Gem. Art. III.-4:203 DCFR wird für den Fall fehlender vertraglicher Vereinbarung und falls sich wiederum aus der Natur der zu erbringenden Leistung nichts anderes ergibt,⁷⁰⁸ Teilgläubigerschaft als Grundregel festgelegt.

1. Vermietermehrheit

Für Vermietermehrheiten gilt also im DCFR: Geht man davon aus, dass im Mietvertrag keine abweichende Vereinbarung bezüglich der Art der Schuld getroffen wurde, greift für die Pflichten der Vermieter gesamtschuldnerische Haftung, Art. III.-4:103 Abs. 2 DCFR. Bezuglich der Mietzinsforderung stehen die Vermieter bei Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung nach der Grundregel des Art. III.-4:203 Abs. 2 DCFR in Teilgläubigerschaft (*'divided rights'*), sodass jeder seinen Anteil der Miete (im Zweifel gleiche Anteile, Art. III.-4:204 DCFR) vom Mieter verlangen kann. *'Joint rights'* sollen hingegen gem. Art. III.-4:202 Abs. 3 DCFR nur vorliegen, wenn die Leistung unteilbar ist und nur an alle gemeinsam erbracht werden kann, was bei der Verpflichtung zur Zahlung der Miete nicht der Fall ist.⁷⁰⁹ Anders als im deutschen Recht (hierzu sogleich unter 2.) nimmt der DCFR somit Teilgläubigerschaft bezüglich der Mietzinsforderung an. Was vertragliche Erklärungen innerhalb des Mietverhältnisses betrifft, so muss insbesondere die Kündigung als *'unilateral juridical act'* gem. Art. II.-4:301 lit. c DCFR dem Adressaten zugehen, mangels anderweitiger Regelung in Buch III Kapitel 4 (*Plurality of debtors and creditors*) also jedem Vermieter gegenüber und muss auch von jedem Vermieter erklärt werden.

Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des deutschen Rechts sind für das Innenverhältnis vergleichsweise vielfältiger: So können mehrere Vermieter zueinander in Bruchteils- (insbesondere aufgrund Miteigentums)⁷¹⁰ oder Gesamthandsgemeinschaft stehen. Für ihr Verhältnis untereinander, etwa die Zuständigkeit zum Abschluss des Mietvertrags, gelten – vorbehaltlich anderweitiger rechtsgeschäftlicher Regelung – die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB, die allerdings von den Gesamthand-Sonderregelungen verdrängt werden und nur ergänzend zur Anwendung kommen, sobald die Vermieter eine BGB-Gesellschaft, Güter- oder Erbgemeinschaft (siehe hierzu § 2038 Abs. 2) bilden.⁷¹¹ Die Erben- und Gütergemeinschaft sind Gesamthandsgemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit, sodass der

708 DCFR Full Edition I, Art. III.-4:203, Comments (S. 1003).

709 DCFR Full Edition I, Art. III.-4:202, Comments D (S. 999).

710 RGZ 89, 176, 178; BGH LM Nr. 1 zu § 743 BGB = NJW 1958, 1723; WM 2000, 2379, 2380; OLG Frankfurt Seuffa 74 Nr. 132, 237; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 36 I (S. 622 f.); Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 73; Müko-BGB/Schmidt, § 741 Rn. 21.

711 Flume, ZHR 136 (1972), 177 (206 f.); vgl. auch BeckOK-BGB/Gehrlein, § 741 Rn. 2; Staudinger/von Pruff, § 741 Rn. 9ff.

Mietvertrag mit deren einzelnen Mitgliedern zustande kommt.⁷¹² Bei der GbR ist durch Auslegung des Mietvertrags⁷¹³ zu ermitteln, ob die Gesellschafter als bloße Innen-GbR im eigenen Namen handeln und selbst Partei des Mietvertrags werden, sodass sie im Außenverhältnis grundsätzlich als gewöhnliche Vermietermehrheit zu behandeln sind,⁷¹⁴ oder ob eine nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag zur Teilnahme am Rechtsverkehr bestimmte⁷¹⁵ und daher rechtfähige Außen-GbR vorliegt, die selbst Partei des Mietvertrags sein soll, mit der Folge, dass keine Vermietermehrheit vorliegt. Selbst im Falle einer Außen-GbR bleibt es den Gesellschaftern freilich unbenommen, den Vertrag im eigenen Namen zu schließen und anstelle der Gesellschaft sich selbst zu verpflichten.⁷¹⁶ Da auch das „Halten und Verwalten“ eines Gegenstands tauglicher Gesellschaftszweck der GbR ist, ist sie zur Bruchteilsgemeinschaft danach abzugrenzen, ob die weiteren Merkmale der Gesellschaft, d.h. Vertragsschluss und vertragliche Förderungspflicht, vorliegen und ob Gesellschaftsvermögen gebildet werden soll oder es nach dem Parteiwollen bei reiner Bruchteilszuständigkeit der Vermieter bleiben soll.⁷¹⁷

Was das Außenverhältnis zum Mieter betrifft, stehen Gesamthänder-Vermietern Forderungen gegen den Mieter aus dem Mietverhältnis nur in ihrer Verbundenheit zu, sodass, anders als nach dem DCFR, nur Leistung an die Gesamthandsgemeinschaft verlangt werden kann (vgl. §§ 432 Abs. 1, 2039 S. 1 BGB). Im Falle einer Bruchteilsgemeinschaft ist die Mietzinsforderung wegen des Grundsatzes der gemeinsamen Verwaltung (§§ 744, 745 BGB) und des Wesens der Gemeinschaft auf eine – trotz ihrer tatsächlichen Teilbarkeit – im Rechtssinne unteilbare Leistung gerichtet. Daher können die Teilhaber nicht anteilig Miete fordern (§ 420 BGB), sondern können als Mitgläubiger i.S.d. § 432 BGB, ebenso wie bei der Gesamthand, nur Leistung an die Gemeinschaft verlangen.⁷¹⁸ Hinsichtlich der Verbindlichkeiten der Vermieter liegt ebenso wie im DCFR Gesamtschuld vor,⁷¹⁹ wobei genauge-

712 *BGH* WuM 2002, 601 = ZMR 2002, 907 (für die Erbengemeinschaft); Schmidt-Futterer/*Blank*, Vor § 535 Rn. 265.

713 MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 46 m.w.N.

714 So führt beispielsweise ein Wechsel der Gesellschafter nur zum Vermieterwechsel, wenn dies vereinbart wird, *Jacoby*, ZMR 2001, 409 (417).

715 MüKo-BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 279.

716 Schmidt-Futterer/*Blank*, Vor § 535 Rn. 246; *Kraemer*, NZM 2002, 465 (470).

717 MüKo-BGB/*Schmidt*, § 741 Rn. 4 f.

718 RGZ 89, 176, 180; *BGH* LM Nr. 1 zu § 743 BGB = NJW 1958, 1723; LM Nr. 46 zu § 387 BGB = NJW 1969, 839; WM 1983, 604; NZM 2001, 45, 46; NJW 2005, 3781, 3782; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 11; ZMR 2000, 210; MüKo-BGB/*Schmidt*, § 741 Rn. 47 (zur Anwendbarkeit des § 432 siehe auch Rn. 48).

719 *BGH* LM Nr 4 zu § 425 BGB = WM 1961, 65, 66; OLG Frankfurt SeuffA 74 Nr. 132, 237; MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 59; Schmidt-Futterer/*Blank*, Vor § 535 Rn. 266 (für die nicht-rechtfähigen Gesamthandsgesellschaften) und Rn. 270 (für die Bruchteilsgemeinschaft).

nommen zwischen den einzelnen Vermieterpflichten zu differenzieren ist: Die gesamtschuldnerische Haftung kann, wie beispielsweise bei der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung,⁷²⁰ bereits aus der Unteilbarkeit der Leistung folgen, § 431 BGB; in den übrigen Fällen beruht sie auf § 427 BGB. Kündigungen und sonstige Vertragserklärungen müssen von allen Vermietern erklärt werden und gegenüber allen abgegeben werden.⁷²¹

Neben kleineren Divergenzen fällt im Vergleich beider Regelungssysteme vor allem unterschiedliche Grundkonzeption auf: Wie die Anwendung auf das Mietverhältnis zeigt, kommt der DCFR mit der pauschalen Annahme der Gesamtschuld aber letztlich meist zum gleichen Ergebnis wie das BGB. Er entspricht mit dieser Lösung eher der Rechtspraxis als die grundsätzliche Annahme der Teilschuld in § 420 BGB, eine Regelung, die aufgrund des § 427 BGB und der §§ 830, 840 BGB faktisch die Ausnahme darstellt. Zwar verdeutlicht das Regel-Ausnahmeverhältnis im deutschen Recht besser, dass es bestimmter Gründe bedarf, den Gläubiger durch die Bereitstellung von Gesamtschuldern zu begünstigen; dennoch scheint die Lösung des DCFR in diesem Punkt einfacher und praxisgerechter.

Wenngleich man sich im CESL für die Nichtregelung der Thematik der Schuld bei Personenmehrheiten entschied,⁷²² sollte diese für das Verhältnis der Parteien im Mietverhältnis wichtigen Regeln auch in ein Instrument des europäischen Mobi- liarmietrechts aufgenommen werden. Hierbei ist zuvörderst darauf zu achten, dass eine einfachere und besser auf das Mietverhältnis zugeschnittene Regelung getroffen wird, als dies bisher im DCFR (und auch nach deutschem Recht) der Fall ist. Im Sinne der Regelungsklarheit sollte eine Norm aufgenommen werden, die für die Hauptpflichten des Mietverhältnisses die Art der Schuld festlegt, wobei eine Regelung des Außenverhältnisses genügen sollte, da einer Mehrzahl von unternehmerischen Vermietern ohnehin in einer bestimmten Rechtsform nach ihrem nationalen Recht organisiert sein werden, die die Regelungen für das Innenverhältnis vorgibt bzw. ihre Rechte und Pflichten im Innenverhältnis vertraglich niederlegen werden. Eine Vermietermehrheit sollte dem Mieter als Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner gegenüberstehen, da dies für ihn vorteilhaft ist. Denn dann kann der Mieter an jeden von ihnen schuldbefreiend leisten (die Verteilung erfolgt dann im Innenverhältnis) bzw. kann der Mieter die Leistung von jedem der Vermieter zur Gänze fordern, sodass er an den liquidesten Vertragspartner herantreten kann, um seine Ansprüche geltend zu machen.

720 BGH NJW 1973, 455, 456.

721 BGHZ 26, 102 = BGH NJW 1958, 421; NJW 2005, 1715; OLG München NZM 1998, 474; Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 535 Rn. 75 f.

722 Erwägungsgrund 27 verweist insoweit auf die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts, das nach den einschlägigen Kollisionsnormen, insbesondere der Rom I-VO und der Rom II-VO, anwendbar ist.

2. Mietermehrheit

Bei Mietermehrheiten gilt im DCFR für rechtsgeschäftliche Erklärungen soeben Erwähntes entsprechend. Auch für sie gilt grundsätzlich gesamtschuldnerische Haftung, Art. III.-4:103 Abs. 2 DCFR, sodass jeder Mieter grundsätzlich die gesamte Miete zu entrichten verpflichtet ist und der Vermieter auch die Zahlung des gesamten Betrages von jedem Mieter verlangen kann, Art. III.-4:102 Abs. 1 DCFR. Anders als nach herrschender Meinung im deutschen Recht⁷²³ ist allerdings die Gleichstufigkeit der Verpflichtung keine Voraussetzung der „solitary liability“⁷²⁴, sodass insbesondere auch Gesamtschuld zwischen Mieter und Bürgen vorliegen kann. Was Vertragsverletzungen betrifft, soll die „non-performance“ eines einzelnen Mieters laut der *Comments* zu Art. III.-4:102 DCFR ausreichen, um die Rechtsbehelfe auszulösen, da der Vermieter von jedem der Mieter die gesamte Leistung zu fordern berechtigt ist.⁷²⁵ Der DCFR enthält damit, anders als das BGB, keine explizite Normierung des Grundsatzes der Einzelwirkung. Für die Einwendungen („defences“) bestimmt aber Art. III.-4:112 DCFR, dass jeder Schuldner alle *forderungsbezogenen* Einwendungen (nicht aber die *schuldnerbezogenen* der anderen) geltend machen kann, sodass letztlich doch nach dieser Wirkung differenziert wird.

Im deutschen Recht kann eine Mehrheit von Mietern im Innenverhältnis insbesondere in familien- oder gesellschaftsrechtlichem Verhältnis zueinanderstehen. Auch Bruchteilsgemeinschaft am Mietverhältnis selbst erscheint aufgrund der heutigen Anerkennung des Rechtsverhältnisses als Rechts- und Verfügungsgegenstand denkbar,⁷²⁶ wobei durch gemeinschaftliche Begründung des Mietverhältnisses – das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 705 BGB vorausgesetzt – in der Regel konkludent eine die Regeln der Bruchteilsgemeinschaft verdrängende (Innen-)GbR mit Zweck der gemeinschaftlichen Nutzung der Mietsache gebildet wird.⁷²⁷

Im Außenverhältnis haftet die Mietermehrheit ebenfalls grundsätzlich gem. § 427 BGB als Gesamtschuldner, sodass der Vermieter gem. § 421 S. 1 BGB auch einzelne Mieter wegen der gesamten Miete in Anspruch nehmen kann.⁷²⁸ Auch bezüglich der Rückgabepflicht der Mietsache aus § 546 BGB haften die Mieter gem. § 431 BGB gesamtschuldnerisch, sodass der einzelne Mieter die Pflicht nicht allein damit

⁷²³ Statt aller Palandt/*Grüneberg*, § 421 Rn. 7.

⁷²⁴ DCFR Full Edition I, Art. III.-4:103, *Comments D* (S. 979).

⁷²⁵ Vgl. DCFR Full Edition I, Art. III.-4:102, *Comments B* (S. 972).

⁷²⁶ Siehe MüKo-BGB/*Schmidt*, § 741 Rn. 18 m.w.N. zum Streitstand. Aufgrund der Natur als tatsächlichem Herrschaftsverhältnis allerdings nicht am Besitz, so schlüssig entgegen der h.M. MüKo-BGB/*Schmidt*, § 741 Rn. 17.

⁷²⁷ BGHZ 136, 314, 323 f. = BGH NJW 1997, 3437, 3439; NZM 2010, 277, 278; Staudinger/*Emmerich*, Vor § 535 Rn. 77, 80; MüKo-BGB/*Schmidt*, § 741 Rn. 19, 21.

⁷²⁸ BGH NJW 2010, 1965; LG Frankfurt a.M. ZMR 2009, 365, 366; MüKo-BGB/*Häublein*, § 535 Rn. 48.

erfüllen kann, dass nur er den Besitz aufgibt.⁷²⁹ Vertragsverletzungen wirken gem. § 425 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur gegen den Mieter, der sie begangen hat;⁷³⁰ Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis i.S.d. § 536b BGB, die in der Person eines der Mieter vorliegt, führt auch zum Wegfall entsprechender Mängelrechte aller Mieter.⁷³¹ Die Kündigung kann, bei der GbR aufgrund der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses,⁷³² aber auch in den übrigen Konstellationen,⁷³³ nur von und gegenüber allen Mietern erklärt werden (§ 425 Abs. 2 BGB erfasst nur die Fälligkeitskündigung, nicht die Beendigungskündigung). Gegenseitige Bevollmächtigung der Mieter zur Abgabe und Empfangnahme ist freilich möglich, durch Formularvertrag aber nur in den Grenzen des § 307 Abs. 1 BGB, wobei für die Entgegnahme von Erklärungen des Vermieters zusätzlich zu beachten ist, dass – anders als bei der Wohnraummiete, bei der aufgrund der räumlichen Nähe der Mieter mit der Weitergabe der Erklärung zu rechnen ist⁷³⁴ – auch eine wirksame Empfangnahme-Ermächtigung erfolgen muss. Da die mietvertraglichen Ansprüche der Mieter auf eine unteilbare Leistung gerichtet sind, sind die Mieter diesbezüglich Gesamtläubiger gem. § 432 BGB und können daher nur Leistung an alle gemeinschaftlich fordern.⁷³⁵

Ebenso wie bei Vermietermehrheiten sollten in einem Mobiliarmietrechtsinstrument auch Mietermehrheiten im Grundsatz als Gesamtschuldner haften, um eine ausgewogene Interessenlage zu schaffen und dadurch die Akzeptanz des Instruments auch durch Unternehmer zu stärken. Dies sollte auch durch einzelne Mieter begangene Vertragspflichtverletzungen betreffen. Denn auch ein Verbraucher kann sich aussuchen, mit wem er in Mietergemeinschaft ein Mietverhältnis begründet, und ihm kann es dementsprechend zugemutet werden, sich mit dieser Person im Innenverhältnis auseinanderzusetzen. Das Instrument sollte schließlich insbesondere klarstellen, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen von Personenmehrheiten und an Personenmehrheiten stets durch und an alle Personen erfolgen müssen, um wirksam zu werden, um Modifikationen und wesentliche Einwirkungen auf das Vertragsverhältnis durch Einzelne zu verhindern.

729 *BGHZ* 65, 226, 228 f. = *NJW* 1986, 287; *BGHZ* 131, 176, 183 = *NJW* 1996, 515 (auch nach Aufgabe des Besitzes durch einen Mitmieter); *BGH NJW* 2005, 3786, 3787.

730 *LG Berlin NZM* 2003, 311; *LG Flensburg ZMR* 2008, 895, 896; siehe näher, auch zu Ausnahmen *Jacobs*, *NZM* 2008, 111 (113 f.).

731 *BGH LM* Nr 5 zu § 539 = *BGH NJW* 1972, 249; *BeckOGK/Bieder*, § 536b Rn. 18 (auch zur dogmatischen Konstruktion der Wissenszurechnung); *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 536b Rn. 16; *Staudinger/Emmerich*, § 536b Rn. 8.

732 *BGHZ* 136, 314, 323 = *BGH NJW* 1997, 3437, 3439.

733 Statt aller *Schmidt-Futterer/Blank*, Vor § 535 Rn. 339 ff.

734 Vgl. beispielsweise *BGHZ* 136, 314, 324 = *BGH NJW* 1997, 3437, 3439.

735 *LG Kassel WuM* 1994, 534 (für Gemeinschaft); *Jacoby*, *ZMR* 2001, 409 (415); *Kraemer*, *NZM* 2002, 465 (470) (für die Innengesellschaft).

II. Parteiwechsel und Übertragung von Rechtspositionen

1. Abtretung und befreende Schuldübernahme

Ebenso wie das BGB kennt der DCFR die Übertragung einzelner Rechte bzw. Pflichten im Wege der Abtretung (‘assignment’, Art. III.-5:101 DCFR) bzw. den Parteiwechsel durch privative Schuldübernahme (‘complete substitution of new debtor’, Art. III.-5:202 Abs. 1 lit. a, III.-5:203 Abs. 1 DCFR).

Abweichend von Art. III.-5:105 Abs. 1 DCFR, der vorsieht, dass Ansprüche grundsätzlich ohne weiteres abtretbar sind, ist gem. Art. IV.B.-7:102 DCFR die Abtretung der Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter nicht ohne Zustimmung des Vermieters möglich. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Person des Mieters in diesem Schuldverhältnis eine besondere Bedeutung zukommt und die Gebrauchsüberlassung oft nur an denjenigen erfolgen soll, der durch seine persönliche oder berufliche Qualifikation mit der Mietsache sachgerecht umzugehen in der Lage ist. Zudem könnte es sonst zu einer unglücklichen Aufspaltung von Gebrauchsrecht an der Sache und der bezüglich ihr bestehenden Obhutspflicht kommen, da diese Pflicht ja weiterhin dem nichtbesitzenden Mieter obliegt, der sie aber faktisch oft mangels Kontrolle über die Mietsache nicht mehr erfüllen kann.⁷³⁶

Auch das deutsche Recht trägt der Maßgeblichkeit der Person des Gläubigers für Art und Umfang der Benutzung der vermieteten Sache Rechnung und erkennt daher ein besonders schutzwürdiges Interesse des Schuldners an der Beibehaltung eines bestimmten Gläubigers an, was sich auch in der Norm des § 540 Abs. 1 S. 1 BGB niederschlägt, der die Weitergabe der Mietsache an Dritte ohne Erlaubnis des Vermieters verbietet und den Verstoß mit einem außerordentlichen Kündigungsrecht des Vermieters (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) bzw. der Möglichkeit der Unterlassungsklage (§ 541 BGB)⁷³⁷ ahndet. Darüber hinaus ist jedoch auch nach ständiger Rechtsprechung im deutschen Recht die Abtretung des Gebrauchsüberlassungs- und Gebrauchsgewährungsanspruchs – jedenfalls ohne Zustimmung des Vermieters – unzulässig, da diese einer Inhaltsänderung i.S.d. § 399 Alt. 1 BGB gleichzustellen sei.⁷³⁸

Die Entscheidung der Verfasser des DCFR, das Abtretungsverbot explizit und in einer separaten Norm zu regeln, ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen und sollte auch in einem europäischen Mietrechtsinstrument beibehalten werden.

⁷³⁶ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:102, Comments (S. 1591).

⁷³⁷ Auch die Gebrauchsüberlassung an Dritte ist als vertragswidriger Gebrauch anzusehen, MüKo-BGB/Bieber, § 541 Rn. 4; Gather, DWW 1995, 234 (235).

⁷³⁸ RGZ 134, 91, 96 (Unübertragbarkeit des Nutzungsrechts des Pächters); BGHZ 96, 146, 149 = NJW 1986, 713, 714; BGH NJW 2003, 2987; NJW 2010, 1074, 1075; Staudinger/Busche, § 399 Rn. 8; Palandt/Grieneberg, § 399 Rn. 4; MüKo-BGB/Roth/Kieninger, § 399 Rn. 25.

2. Vertragsübernahme

Über die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten hinaus besteht aber vor allem bei Dauerschuldverhältnissen aufgrund der längeren Vertragslaufzeit ein gesteigertes Bedürfnis dafür, dass ein Dritter hinsichtlich des *gesamten* Schuldverhältnisses in die Stellung des Mieters oder Vermieters eintritt und diesen ersetzt.

a) Arten der Vertragsübernahme und Regelungsbedarf

Eine solche Vertragsübernahme kann sowohl im BGB als auch im DCFR durch Rechtsgeschäft erfolgen, was im BGB aus der Privatautonomie der Parteien abgeleitet wird und im DCFR in Art. III.-5:301 und III.-5:302 DCFR niedergelegt ist. Sie kann durch Vertrag zweier Beteiligter und Zustimmung des dritten Beteiligten bewirkt werden,⁷³⁹ wie auch explizit in Art. III.-5:302 DCFR vorgesehen, aber auch durch einheitlichen dreiseitigen Vertrag (der als „*multilateral juridical act*“ i.S.d Art. II.-1:101 auch im DCFR möglich ist), jedenfalls notwendigerweise stets unter Mitwirkung aller Beteiligten.

Gesetzliche Fälle des Parteiwechsels – wobei strittig ist, ob es sich um Vertragsübernahme kraft Gesetzes oder gesetzlich angeordnete Novation handelt⁷⁴⁰ – kennt das deutsche Mietrecht mit § 566 ff., 578, 578a BGB nur für Immobiliarmietverträge. Der DCFR stellt aber mit Art. IV.B.-7:101 DCFR für den Bereich der Mobiiliarmiete eine Regelung bereit, nach der die Übertragung des Eigentums des Vermieters auf einen neuen Eigentümer automatisch dazu führt, dass letzterer anstelle des Vermieters in den Mietvertrag eintritt, vorausgesetzt, der Mieter war bereits im Besitz der Sache. Hintergrund ist, dass zum einen der vermielterte Eigentümer (oder sonst an der Mietsache Berechtigter i.S.d. Absatzes 3)⁷⁴¹ weiter über die Sache verfügen können, d.h. sie auch weiterveräußern und übereignen können soll. Zum anderen soll aber der Mieter, der aufgrund des Vertrages berechtigter Besitzer der Mietsache ist, in diesem Besitz geschützt werden. Dieser Schutz erfolgt zwar bereits in gewisser Weise durch Art. VIII.-6:101 i.V.m. Art. VIII.-1:207 Abs. 1 lit. a DCFR, die verhindern, dass der neue Eigentümer die Mietsache herausverlangen kann, und ihn damit zur Dul dung des Gebrauchs des Mieters zwingen. Der DCFR möchte aber über diese „negative“ Verpflichtung hinaus den Schutz des Mieters durch die Anordnung eines echten Parteiwechsels und die hieraus folgenden „positiven“ Vertragsverpflichtungen des Eintretenden verstärken. Dem Erwerber sei dieser Eintritt in die Pflichtenstellung zuzumuten, da er schon dadurch gewarnt werde, dass der Übertragende keinen unmittelbaren Besitz („*direct possession*“, Art. VIII.-

739 Zum deutschen Recht BGHZ 72, 394, 396 = NJW 1979, 369; BGH NJW 1998, 531; NJW-RR 2005, 958; 959.

740 Hierzu sogleich bei Fn. 752 f.

741 Für die Anwendbarkeit des § 566 BGB muss der Vermieter hingegen zugleich Eigentümer sein, BGH NJW 1974, 1551; BGHZ 154, 171, 175 = NJW 2003, 2158; BGH NJW-RR 2012, 237 Rz. 12.

1:205 Abs. 1, 2 DCFR) an der Sache habe und ihm auch nur mittelbaren Besitz („*indirect possession*“, Art. VIII.-1:205 Abs. 1, 3 DCFR) verschaffen könne.⁷⁴²

Im Mobiliarmietrecht des BGB bleibt es mangels Anwendbarkeit des § 566 BGB⁷⁴³ bei einem solchen, rein „negativen“ Schutz des Mieters: Der Eigentumsübergang berührt grundsätzlich nicht den Bestand des Mietverhältnisses. Ist der Mieter aber schon im Besitz der Sache, kann er dem Herausgabeanspruch des neuen Eigentümers aus § 985 BGB jedoch gem. § 986 Abs. 2 i.V.m. § 931 BGB sein Besitzrecht aufgrund des Mietvertrags mit dem früheren Eigentümer entgegensemmen. § 986 Abs. 2 BGB führt als reine Einwendungserstreckung aber nicht zur Vertragssukzession und gewährt dem Besitzer der Mietsache auch nicht etwa einen selbstständigen Herausgabeanspruch gegen den Neu-Eigentümer, falls dieser auf irgendeinem Wege doch den Besitz erlangen sollte.⁷⁴⁴ Für unbewegliche Sachen gilt § 986 BGB nicht und kann auch nicht auf diese übertragen werden, da der Besitz beim Eigentumsübergang an ihnen kaum Bedeutung hat.⁷⁴⁵ Mit der Regelung des § 566 BGB für die Immobiliarmiete stellt der deutsche Gesetzgeber aber nicht lediglich einen äquivalenten Abwehranspruch zur Verfügung, sondern geht über diesen Schutz hinaus, indem er die mietvertraglichen Besitzrechte des Mieters gar durch Einräumung vertraglicher Ansprüche gegen den Neuerwerber absichert. Dieser Schutz wird faktisch noch dadurch verstärkt, dass dem Mieter eine Auseinandersetzung mit mehreren Personen erspart wird (mit dem Erwerber bezüglich des Besitzrechts und mit dem Veräußerer bezüglich sonstiger Ansprüche aus dem Mietvertrag).

Bedenkt man die dem zugrundeliegende Ratio, lässt sich aber hinterfragen, ob ein vergleichbar weitreichender Schutz auch – wie im DCFR vorgesehen – dem Mobiliarmieter zukommen sollte: Durch § 566 BGB soll der Mieter vor dem Verlust des gemieteten Grundstücks oder Raums infolge der Veräußerung und den damit verbundenen Kosten und Mühen geschützt werden. Für Wohnraummieter erlangen in diesem Zusammenhang die „schädliche Störung der häuslichen Ordnung, überhaupt des Familienlebens, sowie [...] der Ausübung des Berufs“⁷⁴⁶ und somit die grundrechtsrelevanten Implikationen der Wohnungsmiete an Bedeutung. Im Falle von gewerblich genutzten Räumen und Grundstücken gefährde eine vorzeitige Austreibung „die Grundlage für ihren Lebensberuf“ und „das in das Gut verwendete Vermögen“. Diesen Interessen kann, auch aufgrund des Insolvenzrisikos und der Klagelast des Mieters, nicht durch Schadensersatzansprüche gegen den

742 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:101, Comments B (S. 1584 f.).

743 Motive bei *Mugdan* II, S. 215 Rn. 386.

744 *Canaris*, in: *Jakobs/Knobbe-Keuk/Picker u. a.* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, S. 371 (393); *Staudinger/Gursky*, § 986 Rn. 49.

745 MüKo-BGB/*Baldus*, § 986 Rn. 27.

746 *Zeller*, Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, § 537 Abs. 3 (S.249).

Veräußerer, sondern allein durch Behalt der Mietsache Genüge getan werden.⁷⁴⁷ Die deutsche Regelung rechtfertigt sich also durch wirtschaftliche und soziale Überlegungen, die spezifisch die Miete von Immobilien betreffen, auf die Konstellation der Mobiliarmiete aber nicht zu übertragen sind.

Der DCFR führt als Ratio den Schutz des Besitzes des Mieters an,⁷⁴⁸ erklärt aber nicht hinreichend, warum der Mobiliarmieter über den durch die Regelungen in Buch VIII (*Acquisition and loss of ownership of goods*) gewährleisteten Besitzschutz hinaus schutzwürdig sein soll. Eine dem § 566 BGB vergleichbare Regelung stellt aber einen tiefen Eingriff in das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse dar, ein Prinzip, dem auch der DCFR folgt.⁷⁴⁹ Dennoch sollte eine Norm nach dem Vorbild des Art. IV.B.-7:101 DCFR in ein Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument aufgenommen werden, um dem besonderen Schutzbedürfnis des Verbrauchers Rechnung zu tragen und diesen davor zu bewahren, sich mit Dritten, die er nicht als Vertragspartei gewählt hat, rechtlich auseinanderzusetzen, wodurch dem Rechtslaien regelmäßig auch Rechtsberatungskosten entstehen werden. Man könnte ebenso argumentieren, dass der Mobiliarmieter in einem anderen Aspekt schutzwürdiger ist als der Mieter einer Immobilie, da nämlich bewegliche Mietsachen in der Regel häufiger und schneller weiterverkauft werden und daher volatiler sind.

b) Ausgestaltung der Regelung

Entscheidet man sich für die Aufnahme einer solchen Mieterschutzregelung in ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts, so stellt sich ferner die Frage nach deren genauem Inhalt. Absatz 1 liest sich für den deutschen Leser durchaus vertraut und erinnert sehr an § 566 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB, nur dass er mit „change in ownership“ präziser formuliert als die entsprechende Norm des BGB,⁷⁵⁰ die Maßgeblichkeit des *dinglichen* Rechtsgeschäfts zum Ausdruck bringt und die Regelung gem. Absatz 3 auch für den Übergang anderer Nutzungsrechte gelten soll. Der Veräußernde haftet ebenfalls, abweichend von Art. IV.G.-2:105 DCFR, subsidiär als Bürg („personal security provider“ i.S.d. Art. IV.G.-2:101, IV-2:106 Abs. 2 DCFR) und scheint wegen des in § 566 BGB angeordneten Verzichts auf die Einrede der Vorausklage auf ersten Blick vergleichsweise weniger scharf zu haften. Anders als § 566 BGB sieht der DCFR aber keine Haftungsbefreiung durch Anzeige der Übereignung und Verstreichen der Kündigungsfrist vor. Eine Befreiung tritt nur durch explizite Zustimmung des Mieters i.S.d. Art. III.-5:302 DCFR ein,⁷⁵¹ wenn also die Vertragsübernahme zusätzlich rechtsgeschäftlich vereinbart

747 Ebenda.

748 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:101, Comments A, B (S. 1584).

749 DCFR Outline Edition, Ziffer 4 der Principles (S. 63).

750 Es spricht in § 566 Abs. 1 von „Veräußerung“, meint aber dasselbe, S. statt aller Staudinger/Emmerich, § 566 Rn. 17.

751 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:101, Comments A, Comments B (S. 1586).

wird, was in der Praxis äußerst unwahrscheinlich ist. Der Veräußerer haftet also im Grunde zeitlich unbegrenzt nach, wofür kein Bedürfnis besteht, wenn der Mieter sein Einverständnis zur Fortführung des Vertrags mit dem neuen Vermieter durch Unterlassen der Kündigung oder sonst konkluident erklärt. Wie bereits erwähnt ist die freie Handelbarkeit gerade für bewegliche Wirtschaftsgüter essentiell. Diese würde jedoch faktisch stark eingeschränkt, müsste der Veräußerer mit einer zeitlich fast unbegrenzten subsidiären Nachhaftung rechnen. Für den früheren, nachhaltenden Vermieter könnte es auch schwierig sein, das Bestehen von etwaigen Schadensersatzansprüchen des Mieters gegen den (ggf. nunmehr zahlungsunfähigen) Erwerber zu verifizieren, da die bewegliche Mietsache schwer auffindbar oder weit entfernt sein kann. Auch im Hinblick auf größtmögliche Akzeptanz eines europäischen mobiliarmietrechtlichen Instruments durch die Wirtschaft sollte eine zukünftige Regelung daher einen Mechanismus zur Nachhaftungsbeschränkung vorsehen.

Begrüßenswert ist aber, dass Art. IV.B.-7:101 DCFR als Rechtsfolge unmissverständlich die Vertragsübernahme anordnet („substituted as a party to the lease“). Wie bereits angedeutet, besteht hier bezüglich § 566 BGB Uneinigkeit, ob es sich um eine gesetzliche Vertragsübernahme, mithin um einen Fall der Rechtsnachfolge handelt, bei der die Identität des Schuldverhältnisses gewahrt bleibt und lediglich ein Parteiewchsel stattfindet⁷⁵² oder ob man mit der Rechtsprechung eine gesetzlich angeordnete Novation annimmt,⁷⁵³ was grundsätzlich zum Verlust von Einwendungen aus dem früheren Mietvertrag führen würde. Letztere Meinung führte im deutschen Recht lange zu Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten, etwa dahingehend, welche unter dem alten Vertrag getroffenen Abreden fortgelten sollten und welche nicht.⁷⁵⁴ Eine solche Unsicherheit wäre auf Ebene des europäischen Privatrechts, das verstärkt auf Rechtsklarheit angewiesen ist, nicht hinnehmbar, sodass die eindeutige Rechtsfolgenregelung des DCFR für das Mietrechtsinstrument beibehalten werden sollte.

III. Untervermietung

In engem Zusammenhang mit dem Abtretungsverbot stehend und daher stimmig als Folgevorschrift zu diesem geregelt ist auch Art. IV.B.-7:103 DCFR, der ein Zustimmungserfordernis zur Untervermietung vorsieht und der deutschen Parallel-

752 So mit guten Argumenten *Dötsch*, ZMR 2011, 257 (259 f.); *Staudinger/Emmerich*, § 566 Rn. 5, 37; *Stryl*, NZM 2010, 343 (346 f.); *Weitemeyer*, in: *Börstinghaus/Eisenschmid* (Hrsg.), Festschrift für Hubert Blank, S. 445 (453 ff.).

753 RGZ 59, 177, 188; BGHZ 53, 174, 179 = NJW 1970, 752; BGH NJW 2000, 2346; BGHZ 166, 125, 130 = NJW 2006, 1800, 1801; *Staudinger/Emmerich*, § 566 Rn. 4; MüKo-BGB/*Häublein*, § 566 Rn. 23.

754 Hierzu und zu weiteren Folgeproblemen der Ansicht des BGH siehe etwa *Staudinger/Emmerich*, § 566 Rn. 39 ff.

regelung des § 540 BGB in Inhalt und Aufbau stark ähnelt. Trotz des systematischen Zusammenhangs mit Art. IV.B.-7:102 DCFR bleibt allerdings zu beachten, dass freilich kein Parteiwechsel, weder im engeren noch im weiteren Sinne, stattfindet, wie auch Art. IV.B.-7:103 Abs. 3 DCFR und die Überschrift des Kapitels 7 klarstellen.

Auch dieser Regelung liegt die Ratio zugrunde, dass das Mietverhältnis ein persönliches, von gegenseitigem Vertrauen getragenes Rechtsverhältnis ist, sodass sich der Vermieter nicht gegen seinen Willen einen anderen Mieter aufdrängen lassen muss.⁷⁵⁵ Diesen Hintergrund spiegelt § 540 BGB durch die Anknüpfung an die Gebrauchsüberlassung generell besser wider als der DCFR, der nur auf die Überlassung im Rahmen der Untervermietung abstellt und die sonstige Überlassung an Dritte nicht erfasst. Mit Blick auf den Zweck der Vorschrift erschiene auch eine entsprechende Ausweitung des Anwendungsbereichs der DCFR-Norm – unabhängig, ob sie aufgrund eines Vertrags mit dem Dritten oder faktischer Überlassung erfolgt – vernünftig. Denn nach der Systematik des DCFR stellt die unbefugte *unentgeltliche* Weitergabe der Mietsache an Dritte mangels expliziter Regelung dieser Thematik keine ‚non-performance‘ seitens des Mieters dar. Dies ist allenfalls der Fall bei besonderer vertraglicher Vereinbarung bzw. wenn der Vertragszweck der Überlassung an Dritte entgegensteht.⁷⁵⁶ Da der DCFR damit keine Sanktion für die unbefugte Überlassung vorsieht, ist der Vermieter hiergegen nicht ausreichend geschützt, wobei auch das Abtretungsverbot aus Art. IV.B.-7:102 DCFR keinen hinreichenden Schutz gegen die faktische Überlassung der Mietsache an Dritte zu bieten vermag.

Inhaltlich besteht Ähnlichkeit zwischen der Regelung der Untervermietung in DCFR und BGB insofern, als nach beiden Normen die Zustimmung des Vermieters für die Untervermietung erforderlich ist (§ 540 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. Art. IV.B.-7:103 Abs. 1 DCFR) und dem Mieter im Falle der unberechtigten Verweigerung ein Kündigungsrecht eingeräumt wird (§ 540 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. Art. IV.B.-7:103 Abs. 2 DCFR). Sowohl das BGB als auch der DCFR gehen jedoch für bewegliche Mietsachen⁷⁵⁷ vom Grundsatz aus, dass der Vermieter nicht zur Gestattung der Untervermietung verpflichtet ist und die Verweigerung damit keine Verletzung einer Vertragspflicht bzw. nach der Terminologie des DCFR keine ‚non-performance‘ bedeutet.⁷⁵⁸ Die Verletzung dieser allgemeinen Obliegenheit führt aufgrund eines antizipierten Interessenausgleichs lediglich zur Einräumung

755 Die Berechtigung dieser Ratio wurde im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert, siehe Protokolle bei *Mugdan II*, S. 844 ff. Rn. 1955 ff. Zum DCFR vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:103, Comments (S. 1593 f.).

756 Vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:103, Comments B (S. 1594).

757 Anders ist dies für die Immobiliarmiete, siehe § 553 Abs. 1 S. 1 BGB.

758 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:103, Comments B (S. 1594). Für das BGB statt aller BeckOK-BGB/*Wiederhold*, § 540 Rn. 16.

eines Kündigungsrechtes für den Mieter. Dieses besteht jedoch nicht, wenn nach Art. IV.B.-7:103 Abs. 2 DCFR ein *guter Grund* (*good reason*) für die Verweigerung besteht bzw. wenn gem. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ein *wichtiger Grund* vorliegt, der in der Person des Dritten begründet ist. Nach dem DCFR ist damit die Situation wahrscheinlicher, dass dem Mieter trotz der Verweigerung kein Kündigungsrecht zusteht, was angesichts des Grundsatzes, dass der Vermieter keine Pflicht zur Gestattung der Untervermietung hat, zunächst folgerichtig erscheint. In einem optionalen Verbrauchermietrechtinstrument sollte aber den Interessen des Verbrauchers, der eventuell auf die Untervermietung angewiesen sein kann, um die Miete (zwischen) zu finanzieren, Vorrang eingeräumt werden und ein Kündigungsrecht nur dann ausscheiden, wenn berechtigte Einwände gegen die Person des Dritten (beispielsweise aufgrund dessen fehlenden Sachverstands zur fachgerechten Nutzung der Mietsache) bestehen.

Auch die Forthaftung des Mieters wird sowohl in Art. IV.B.-7:103 Abs. 3 DCFR als auch in § 540 Abs. 2 BGB klargestellt. Nach beiden Regelwerken besteht diese für die unbefugte Untervermietung bereits kraft Gesetzes, da diese sowohl nach dem DCFR als auch im BGB eine eigene vertragliche Pflichtverletzung des Mieters bedeutet und es somit auf fremdes Verschulden des Untermieters nicht ankommt. Beide Normen sind wohl als Klarstellung der Weiterhaftung auch im Falle berechtigter Untervermietung zu verstehen:⁷⁵⁹ Bei Weitergabe der Mietsache an einen Dritten stellt sich dieser als Erfüllungsgehilfe (im DCFR umschrieben als „Person, der die Erfüllung einer Verpflichtung überantwortet wurde“) bezüglich der nach beiden Systemen bestehenden Obhutsverpflichtung (siehe § 8 III. 2. oben) im Rahmen des § 278 BGB⁷⁶⁰ bzw. Art. III.-2:106 DCFR dar, wodurch der Mieter auch eine Pflichtverletzung des Untermieters/Dritten zu vertreten hat, wobei nach dem DCFR über diesen Weg auch die Forthaftung des Mieters bei unentgeltlicher Überlassung und fehlenden vertraglichen Überlassungsverbots an einen Dritten gelöst werden muss.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Regelung des IV.B.-7:101 DCFR durchaus eine geeignete Basis für eine entsprechende Regelung des europäischen Verbraucher-mobiliarmietrechts darstellt, aber neben der unberechtigten Untervermietung auch auf sonstige Tatbestände der unberechtigten Überlassung der Mietsache an Dritte erweitert werden sollte.

759 Für das BGB MüKo-BGB/*Bieber*, § 540 Rn. 24; Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-7:103, Comments C (S. 1595).

760 Statt aller BGH WM 91, 107.

§ 10 Rechtsbehelfe des Mieters

Im Folgenden werden die Rechtsbehelfe dargestellt, die dem Mieter im Falle einer Leistungsstörung durch den Vermieter zur Verfügung stehen. Da der DCFR bis auf den Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme keine mietrechtliche Sonderrechtsbehelfe bereithält, sondern nur mietrechtliche Modifikationen der für alle Vertragsarten geltenden Rechtsbehelfe (Buch III Kapitel 3 (*Remedies for non-performance*)) vorsieht, werden die allgemeinen Rechtsbehelfe lediglich überblicksartig behandelt und stattdessen die mietrechtlichen Sonderregelungen des DCFR in den Fokus genommen, wobei jeweils die Hauptunterschiede zum deutschen Leistungsstörungsrecht beleuchtet werden.

I. Allgemeine Voraussetzungen und Ausschlussgründe

Vorab werden zunächst die für alle Rechtsbehelfe gleichermaßen geltenden Grundsätze dargestellt, wobei die mietrechtlichen Spezialregelungen teilweise bereits auf dieser Ebene eingreifen und zu Abweichungen führen.

Dem Mieter stehen im Falle einer Pflichtverletzung des Vermieters („non-performance“)⁷⁶¹ im System des DCFR die folgenden Rechtsbehelfe („remedies“) zur Verfügung: Er kann gem. Art. III.-3:302 DCFR „specific performance“ verlangen, ein Anspruch, der auch das Heilungsrecht im Falle von Mängeln der Mietsache einschließt;⁷⁶² gem. Art. IV.B.-4:101 DCFR einen bestehenden Mangel der Mietsache selbst beheben und die hierfür aufgewendeten Kosten gegenüber dem Vermieter geltend machen; die Miete gem. Art. IV.B.-4:102 i.V.m. Art. III.-3:601 DCFR mindern; gem. Art. III.-3:401 DCFR ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen; das Mietverhältnis nach Art. III.-3:501 ff. DCFR beenden („terminate“); oder nach Art. III.-3:701 ff. DCFR Schadensersatz einschließlich Zinsen verlangen.

1. Allgemeine Voraussetzungen

Allen Rechtsbehelfen gemeinsam sind grundsätzlich die folgenden Voraussetzungen, die in Buch III Kapitel 3 Abschnitt 1 (*General*) gewissermaßen vor die Klammer gezogen behandelt werden. Zentrale Voraussetzung aller Rechtsbehelfe ist zunächst die „non-performance“ des Vermieters, die nach Art. III.-1:102 Abs. 3 DCFR jegliche Art der Verletzung einer vertraglichen Pflicht umfasst, sei es – nach der deutschen Terminologie – Nichtleistung, verzögerte Leistung oder Schlechtleistung.⁷⁶³ Der DCFR folgt damit einem einheitlichen Konzept der Nichterfüllung.⁷⁶⁴

761 Behandelt werden vorliegend nur die Vertragspflichtverletzungen, obwohl die Rechtsbehelfe bei jeglicher „non-performance“ einer vertraglichen oder sonstigen Verpflichtung Anwendung finden. Art. III.-1:101 DCFR.

762 Siehe Art. III.-3:302 Abs. 2 DCFR und DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments A (S. 1511).

763 Zur daher erfolgten Beibehaltung des Originalterminus bereits Fn. 545.

Es ist grundsätzlich unerheblich, ob diese ‚non-performance‘ entschuldigt ist oder nicht („excused“ bzw. „not excused“), wobei die Rechtsbehelfe der ‚specific performance‘ und des Schadensersatzes nur bei nicht entschuldigter ‚non-performance‘ eingreifen, Art. III.-3:101 Abs. 1 und 2 DCFR.

Keine allgemeine Voraussetzung für die Rechtsbehelfe ist hingegen eine Aufforderung zur ordnungsgemäßen Leistung unter Fristsetzung. Art. III.-3:103 DCFR ist vielmehr so zu verstehen, dass im Falle einer aufgrund von ‚non-performance‘ erfolgten freiwilligen Fristsetzung bis Fristablauf nur die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts und Schadensersatz für den bis dahin entstandenen Schaden möglich sein soll, um den Schuldner davor zu schützen, dass der Gläubiger, der durch seine Fristsetzung zum Ausdruck gebracht hat, dass er noch Interesse an der Leistung habe, seine Meinung vor Fristablauf ändert und die Leistung doch nicht mehr annehmen möchte. Der Gehalt dieser Regelung ergibt sich jedoch bereits aus Treu und Glauben (Art. III.-1:103 Abs. 1 DCFR) und sollte aus Gründen der Rechtsklarheit in ein Mobiliarmietrechtsinstrument nicht übernommen werden.⁷⁶⁵

2. Allgemeine Ausschlussgründe

Neben den genannten allgemeinen Voraussetzungen sind für die Rechtsbehelfe des Mieters aber auch folgende Ausschlussgründe des allgemeinen Teils zu beachten.

a) Verursachung der ‚non-performance‘ durch den Mieter

Zunächst ist Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR zu nennen, nach dem die Rechtsbehelfe des Gläubigers insoweit ausgeschlossen sind, als er die ‚non-performance‘ des Schuldners verursacht hat. Trotz fehlender gesetzlicher Regelung gilt auch im deutschen Recht, dass die Rechtsbehelfe des Mieters insoweit ausgeschlossen sind, als der Mietmangel seiner Sphäre zuzurechnen ist,⁷⁶⁶ sei es, dass er die Entstehung des Mangels zu vertreten hat, weil er oder ein Dritter, für dessen Verschulden er gem. § 278 BGB einstandspflichtig ist (z.B. ein Untermieter), ihn verschuldet hat,⁷⁶⁷ dass der Mieter die Beseitigung des Mangels verhindert oder verzögert⁷⁶⁸ oder dass

764 Siehe *Schmidt-Kessel*, in: *Remien* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und europäisches Vertragsrecht, S. 85 (435).

765 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:103, Comments (S. 780).

766 Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536 Rn. 351; Staudinger/*Emmerich*, § 536 Rn. 63; Müko-BGB/*Häublein*, § 536 Rn. 23 zur Minderung; entsprechendes gilt für alle sonstigen Rechtsbehelfe Staudinger/*Emmerich*, Vorbem. zu § 536 Rn. 9; Müko-BGB/*Häublein*, § 536a Rn. 20.

767 *BGH NJW* 1992, 1036, 1037; *NZM* 2011, 197, 198; *OLG Naumburg* *NZM* 2001, 100, 101. Beispiel für zuzurechnendes Verschulden eines Dritten *KG GE* 2004, 1393 Rz. 16 ff = *ZMR* 2004, 908.

768 *BGH NZM* 2010, 548 Rn 46; *NJW* 2015, 2419, 2420; *LG Berlin* *NZM* 1999, 1137, 1138; *LG Berlin* *GE* 2005, 621; *LG Hamburg* *ZMR* 2008, 456.

der Mangel auf einer von ihm gewünschten Veränderung der Mietsache beruht.⁷⁶⁹ Dieser Rechtsgedanke wird aus § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB gefolgt,⁷⁷⁰ findet sich aber auch in § 537 Abs. 1 S. 1 BGB wieder. Auch der Ansatz des DCFR entspricht diesem weiten Verständnis der Beeinträchtigung der Leistung des Vermieters durch Umstände seitens des Mieters, da auch er lediglich daran anknüpft, inwieweit die ‚non-performance‘ durch den Mieter „verursacht“, d.h. nicht zwingend *verschuldet* wurde.⁷⁷¹ Die Regelung sollte in dieser Form beibehalten werden, da sie interessengerecht ist, und sollte auch – wie im DCFR geschehen – explizit in ein künftiges Mietvertragsrechtsinstrument aufgenommen werden, freilich vorzugsweise mit konkretem Bezug zum mietrechtlichen Gewährleistungsrecht und nicht als abstrakte Vorabregelung.

b) Vertraglicher Ausschluss der Rechtsbehelfe

Auch kommt ein vertraglicher Ausschluss der Rechtsbehelfe in Betracht.

Im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des DCFR ist ein individualvertraglicher oder in AGB enthaltener Ausschluss grundsätzlich zulässig, solange er nicht die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer Person betrifft (Art. III.-3:105 Abs. 1 DCFR). Dessen Absatz 2 beschränkt dies sodann zusätzlich dahingehend, dass auch ein hiernach zulässiger Ausschluss dann unwirksam und dem Schuldner die Berufung darauf verwehrt ist, wenn diese entgegen dem Gebot von Treu und Glauben wäre.

Für Verbrauchermitverträge gilt jedoch abweichend hiervon die Sonderregelung in Art. IV.B.-1:104, die Art. III.-3:105 DCFR als *lex specialis* verdrängt. Diese kehrt zugunsten des Verbrauchers das oben genannte Regel-Ausnahme-Verhältnis um und verbietet generell den vor Kenntnis des Mangels erfolgten⁷⁷² und zulasten des Verbrauchers wirkenden vertraglichen Ausschluss oder die sonstige Einschränkung von den allgemeinen Rechtsbehelfen aus Buch III Kapitel 3 mit deren mietrechtlichen Modifikationen. Es handelt sich also um eine halbseitig zwingende Verbraucherschutzvorschrift. Zu deren Begründung führen die Autoren des DCFR an, dass Verbraucherschutz am besten dadurch erfolge, die wirksame Durchsetzung der Rechtsbehelfe zu sichern.⁷⁷³ Die Alternative hingegen, die unfaire Benachteiligung des Verbrauchers durch AGB-Vorschriften zu verhindern, sei nicht ebenso effektiv, da diese Prüfung sehr einzelfallabhängig ausfalle und dem Verbraucher daher nicht gleichermaßen Rechtssicherheit gewähren könne.⁷⁷⁴ Als einzige Ausnahme

769 So beispielsweise OLG Naumburg NZM 2001, 100.

770 Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 63; MüKo-BGB/Häublein, § 536 Rn. 23.

771 Siehe DCFR Full Edition I, Art. III.-3:101, Comments A (S. 774).

772 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, Comments A (S. 1450).

773 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, Comments A (S. 1449).

774 Ebd.

sieht Abs. 2 der Vorschrift eine Begrenzung bezüglich Schäden vor, die aus der Erwerbstätigkeit des Verbrauchers erwachsen, da solche Risiken für den Vermieter schwieriger zu kalkulieren seien und zu einer ausufernden Haftung des Vermieters führen könnten.⁷⁷⁵ Der Vermieter soll sich allerdings nicht auf diese Einschränkung berufen können, wenn seine ‚non-performance‘ gegen Treu und Glauben verstieß (Art. IV.B.-1:104 Abs. 2 S. 2 DCFR), z.B. weil er seine Leistungspflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzte.⁷⁷⁶ Als Beispiel stelle man sich den Fall vor, dass der Mietwagen auf dem Rückweg des Mieters aus dem Urlaub einen Motorschaden erleidet und der Mieter deswegen mit der Folge des Verdienstausfalls nicht rechtzeitig zu seinem Arbeitsplatz zurückkehren kann. Nach der Vorstellung des DCFR hat der Vermieter in einem derartigen Fall ein Interesse daran, diese Haftung zu begrenzen, da er diesen Schaden schwer vorhersehen oder gar kontrollieren kann und dieser zu einer betragsmäßig beträchtlichen Haftung führen kann.

Dem DCFR ist insofern Recht zu geben, als eine Regelung wie Art. IV.B.-1:104 DCFR die Verbraucherinteressen durch Schutz seiner Rechtsbehelfe effizienter wahren kann, als dies bei Rückgriff auf das allgemeine AGB-Recht der Fall ist – dies schon deshalb, weil eine Spezialvorschrift auch den individualvertraglichen Ausschluss erfasst, aber nicht zuletzt auch dadurch, dass die Rechtslage für den Verbraucher klarer wird. Das BGB schützt den Verbraucher bislang allerdings nur über die Vorschriften des allgemeinen AGB-Rechts und sieht derzeit nur für das Kaufrecht eine Art. IV.B.-1:104 DCFR vergleichbare Spezialregelung vor: Auch § 476 BGB verbietet einen Ausschluss der Mängelrechte des Verbrauchers durch eine vor Mitteilung des Mangels getroffene Vereinbarung, macht allerdings in Abs. 3 für Schadensersatzansprüche eine Ausnahme. Die Zulässigkeit ihres Ausschlusses beurteilt sich weiterhin nach den allgemeinen AGB-Vorschriften.

Auch für ein fakultatives Verbrauchervertragsrechtsinstrument sollte daher eine § 476 BGB nachgebildete Vorschrift eingeführt werden, wobei es sich anbieten würde, auch die Ausnahme des Schadensersatzes und den Verweis auf allgemeine AGB-Vorschriften entsprechend aufzunehmen. Durch die Erprobung der Regelung im Kaufrecht könnte man zugleich die Akzeptanz der mietrechtlichen Regelung erhöhen und – soweit übertragbar – auf die bereits zu § 476 BGB erarbeitete Kasuistik und Rechtsprechung zurückgreifen.

c) Verjährung

Ein weiterer Aspekt, der sowohl aus Sicht des deutschen Rechts als auch des DCFR zwar nicht zum eigentlichen Ausschluss der Rechtsbehelfe führt, aber durch deren Nicht-Durchsetzbarkeit faktisch ihren Ausschluss bewirkt, ist die Verjährung gem. §§ 194 ff. BGB bzw. Art. III.-7:101 ff. DCFR. Da der DCFR keine speziellen Verjährungsregeln für (Gewährleistungs-)Rechtsbehelfe enthält, finden die eben

775 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, Comments B (S. 1451).

776 Ebd.

genannten allgemeinen Regeln des dritten Buchs Anwendung, sodass die Verjährung der Ansprüche aus mietrechtlichen Rechtsbehelfen grundsätzlich, ebenso wie im deutschen Recht, drei Jahre beträgt (Art. III.-7:201 DCFR bzw. § 195 BGB). Für die Voraussetzungen und Folgen der Verjährung im Übrigen kann mangels Abweichungen auf die Ausführungen zur Verjährung des Überlassungsanspruchs unter § 7 II. 3. verwiesen werden.

Für einige Rechtsbehelfe gelten jedoch Besonderheiten: Da der DCFR in Art. 7:101 DCFR festlegt, dass nur das Recht auf die Erbringung einer Leistung der Verjährung unterliegt, verjähren das Zurückbehaltungsrecht sowie das Recht zur Minderung, bei dem es sich nach dem Entwurf des DCFR um ein Gestaltungsrecht handelt (siehe hierzu noch IV. 1. b)), und das Recht zur Vertragsbeendigung nicht.⁷⁷⁷

Bezüglich des Zurückbehaltungsrechts stellt sich die Rechtslage im deutschen Recht aufgrund von § 215 BGB ähnlich dar, demzufolge die Verjährung die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts dann nicht ausschließt, wenn der das Zurückbehaltungsrecht auslösende Gegenanspruch noch nicht verjährt war, als erstmals die Leistung verweigert werden konnte. Der Schuldner hat nämlich ein vertrauenswertes Interesse am Fortbestand einer einmal eingetretenen Zurückbehaltungslage und soll durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung gedrängt werden.⁷⁷⁸ Diesem Interesse wird im Ergebnis also sowohl nach dem DCFR als auch nach dem BGB Rechnung getragen. Die Minderung ist im deutschen Recht weder als Anspruch noch als Gestaltungsrecht ausgestaltet und kann daher weder verjähren⁷⁷⁹ (§ 194 BGB) noch ähnlich dem Minderungsrecht des Kaufrechts (§§ 438 Abs. 5, 218 BGB) unwirksam werden. Die Minderung des Mietrechts kann als rechtsvernichtende Einwendung⁷⁸⁰, ebenso wie im Regime des DCFR (Art. III.-1:103 Abs.1 DCFR),⁷⁸¹ allenfalls gem. § 242 BGB verwirkt werden, wenn der Mieter beispielsweise in Kenntnis des Mangels und über eine längere Zeit die Miete vorbehaltlos zahlt, ohne den Mangel zu rügen.⁷⁸²

Für das Recht zur Vertragsbeendigung sieht Art. III.-3:508 Abs. 1 bzw. 3 DCFR einen speziellen Ausschlusstatbestand vor, nach welchem der Gläubiger des Beendigungsrechts verlustig geht, wenn er es nicht innerhalb einer vernünftigen Zeit

777 DCFR Full Edition II, Art. III.-7:101, Comments C (S. 1140) zum Zurückbehaltungsrecht und zum Minderungsrecht. Für das Rücktrittsrecht, das ebenso wenig ein Recht auf Erbringung einer Leistung ist und im DCFR ebenso wie das Minderungsrecht als Gestaltungsrecht ausgestaltet ist, muss dasselbe gelten.

778 Siehe BeckOK-BGB/Henrich, § 215 Rn. 1.

779 BGH, NJW 1961, 916. Der Verjährung freilich unterworfen ist der Anspruch auf Rückerstattung der überzahlten Miete, vgl. OLG Köln NZM 1999, 73, 74.

780 BGH NJW-RR 1991, 779, 780; BeckOGK/Bieder, § 536 Rn. 99; Müko-BGB/Häublein, § 536 Rn. 27; Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 1.

781 DCFR Full Edition II, Art. III.-7:101, Comments D (S. 1141).

782 Müko-BGB/Häublein, § 536 Rn. 32; Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 38.

nach seiner Entstehung ausübt. Gleiches trifft für das Kündigungsrecht aus § 543 BGB gem. § 314 Abs. 3 BGB zu,⁷⁸³ der nach zutreffender Ansicht mangels Spezialvorschriften in §§ 535 ff. BGB auch im Mietrecht gilt.⁷⁸⁴ Dies ist allerdings nicht als Ausprägung des Rechtsinstituts der Verwirkung zu verstehen, sondern Ratio ist, dass die verspätet erklärte Kündigung der Annahme einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses entgegensteht.⁷⁸⁵ Der DCFR sieht diese Ratio mit einer etwas anderen Nuance im Schutz des Vermieters, der wissen müsse, ob er sich noch um die Leistung bemühen müsse oder nicht.⁷⁸⁶

Während der Anspruch des Mieters auf Aufwendungsersatz (Art. IV.B.-4:101 DCFR) nach den allgemeinen Regelungen innerhalb von drei Jahren verjährt, ist im deutschen Recht die Besonderheit des § 548 Abs. 2 BGB zu beachten, nach dem die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen bereits sechs Monate nach der Beendigung des Mietverhältnisses verjähren.

Darüber hinaus kann freilich nach DCFR als auch nach BGB für alle Rechtsbehelfe der allgemeine Ausschlusstatbestand der Verwirkung einschlägig sein.⁷⁸⁷ Trotz einiger kleinerer Unterschiede kommen der DCFR und das BGB hinsichtlich der Verjährung der mietrechtlichen Rechtsbehelfe überwiegend zu denselben Ergebnissen. Die Regelungen des DCFR sollten daher im Wesentlichen auch für ein Instrument des europäischen Verbrauchermitrechts beibehalten werden. Auch die verkürzte Verjährungsfrist der Aufwendungsersatzansprüche sollte nicht übernommen werden, da sie die Rechtsbehelfe des Mieters über Gebühr beschneiden würde. Denn die Ratio des BGB, eine schnelle Klärung der Ausgleichsansprüche herbeizuführen, bevor die Beweisbarkeit der Mängel infolge der Weitervermietung erschwert wird,⁷⁸⁸ gilt nicht im gleichen Maße bei der Mobiliarmiete, bei der die Mängellage leichter zu überschauen und zu dokumentieren ist.

3. Besonderheiten bei Mietmängeln

Die Mangelhaftigkeit der Mietsache⁷⁸⁹ löst nicht wie im BGB die Anwendung eines eigenen Gewährleistungsregimes aus, sondern wird grundsätzlich als gewöhnliche,

783 BGH WuM 2010, 352; OLG Düsseldorf/ZMR 2006, 855; NZM 2009, 281; LG Berlin NZM 2002, 214.

784 BGH NZM 2007, 400, 401 Rz. 21; BeckOGK/Martens, § 314 Rn. 83.1; a.A. bspw. MüKo-BGB/Gaier, § 314 Rn. 9.

785 BGH NJW 1985, 1894, 1895; MüKo-BGB/Bieber, § 543 Rn. 30; BeckOK-BGB/Wiederhold, § 543 Rn. 53.

786 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:508, Comments A (S. 881).

787 Für den DCFR DCFR Full Edition I, Art. III.-3:508, Comments D (S. 882). Für das BGB Blank/Börstinghaus/Blank, § 543 Rn. 219; Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn. 44.

788 BT-Drucks. 14/4553 S. 45; MüKo-BGB/Bieber, § 548 Rn. 1; BeckOGK/Reuschle, § 548 Rn. 2.

789 Im Detail zum Begriff des Mangels siehe § 7 IV. 2.

mit anderen Leistungsstörungen gleichzusetzende ‚non-performance‘ behandelt. Allein der Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme in Art. IV.B.-4:101 Abs. 1 DCFR ist als besonderer mietrechtlicher Gewährleistungsanspruch ausgestaltet.

a) Mietrechtliche Mangelmitteilung gem. Art. IV.B.-4:103 DCFR

Zu den Voraussetzungen der allgemeinen Rechtsbehelfe tritt im Falle der mangelhaften Leistung die besondere Voraussetzung der Mitteilung des Mangels gem. Art. IV.B.-4:103 DCFR hinzu, eine Pflicht, die ähnlich in § 536c BGB normiert ist. Beide Normen zielen darauf ab, dem Vermieter die Gelegenheit zu geben, seiner Erhaltungspflicht gerecht zu werden.⁷⁹⁰ Darüber hinaus soll sie die treuwidrige Geltendmachung von Mängelrechten durch einen Mieter, der eine Beeinträchtigung zunächst stillschweigend hingenommen hatte, verhindern und damit dem legitimen Interesse des Vermieters Rechnung tragen, zu wissen, ob der Mieter diese Rechte geltend machen wird oder nicht.⁷⁹¹ Abgesehen von der Tatsache, dass § 536c BGB zusätzlich zu dieser Mängelanzeigepflicht eine Anzeigepflicht für der Mietsache drohende Gefahren regelt, die im DCFR separat in Art. IV.B.-5:107 DCFR normiert ist⁷⁹², stimmen beide Normen in ihren Anforderungen weitgehend überein.

Kleinere Unterschiede weist jedoch die Ausgestaltung der Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht auf: Zum einen regelt der DCFR, anders als § 536c Abs. 2 S. 1 BGB, keinen expliziten Schadensersatzanspruch des Mieters bei Unterlassen der Anzeige. Ratio der deutschen Regelung ist, dass die Anzeigepflicht mehrheitlich als Ausfluss der Obhutspflicht des Mieters angesehen wird,⁷⁹³ sodass § 536c Abs. 2 S. 1 BGB letztlich eine spezialgesetzliche Ausgestaltung des aus § 280 Abs. 1 BGB folgenden Schadensersatzanspruchs ist (und daher entgegen des Wortlauts ebenso wie dieser Verschulden voraussetzt).⁷⁹⁴ Dies entspricht jedoch im Wesentlichen der „Rechtslage“ im DCFR: ein Verstoß gegen die Informationspflicht aus Art. IV.B.-5:107 Abs. 1 DCFR, die nicht nur bei einer Gefahr für die Mietsache besteht, sondern auch bei ihrer Beschädigung („damage to the goods“), die im Falle des Sachmangels meist vorliegen wird, kann gem. Art. III.-3:101, III.-3:701 DCFR unter der weiteren Voraussetzung der fehlenden ‚excuse‘ (also u.a. des Verschuldens des Mieters) Schadensersatzansprüche des Vermieters auslösen. Auch soweit

790 Zur unterschiedlichen Ausgestaltung dieser Pflicht in DCFR und BGB bereits § 7 III. und V.

791 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:103, Comments A (S. 1531). Für das BGB Staudinger/Emmerich, § 536c Rn. 1.

792 Hierzu bereits § 8 III. 2. oben.

793 BGHZ 68, 281, 284 = NJW 1977, 1236, 1237; Motive bei Mugdan II, S. 223 Rn. 400; teilweise wird auch ein Nebeneinander von Pflicht und Obliegenheit vertreten, Riesenhuber, ZMR 1994, 393 (395).

794 Staudinger/Emmerich, § 536c Rn. 1, 18; MüKo-BGB/Häublein, § 536c Rn. 1, 12.

der Mangel nicht in der Beschädigung der Mietsache liegen sollte und die Nichtanzeige einen Schaden des Vermieters auslöst – eine Konstellation, die ohnehin schwer vorstellbar scheint – könnte man auch im DCFR einen solchen Schadensersatzanspruch direkt aus der Verletzung der in Art. IV.B.-5:105 DCFR niedergelegten Obhutspflicht des Mieters herleiten. Trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung der Regelung besteht hier also Gleichlauf zwischen DCFR und BGB.

Zum anderen ist auch der Rechtsverlust infolge der Unterlassung der Anzeige unterschiedlich geregelt, von den Autoren des DCFR anschaulich ‚Cut-Off-Effekt‘ genannt. Um die Regelung des DCFR nachzuvollziehen, stelle man sich eine Zeitleiste vor, auf der chronologisch die folgenden Ereignisse erscheinen: Zuerst der Eintritt eines Mangels der Mietsache, als zweites der Zeitpunkt, zu dem der Mieter hiervon Kenntnis erlangte oder frühestens Kenntnis hätte erlangen müssen, drittens dann der Zeitpunkt, zu dem der Mieter vernünftigerweise die Anzeige hätte vornehmen müssen, dies aber nicht tat, viertens der Zeitpunkt, zu dem er tatsächlich Anzeige erstattete, und schließlich zuletzt der Zeitpunkt der Behebung des Mangels durch den Vermieter. Nach der Regelung des DCFR sind die Rechtsbehelfe nur für den Zeitraum ausgeschlossen, während dem der Mieter die Anzeige ungebührlich verzögert hat, d.h. zwischen Punkt drei und vier auf der imaginären Zeitleiste, während sie sowohl für den Zeitraum davor als auch als auch für den Zeitraum nach Erstattung der Anzeige weiterhin geltend gemacht werden können. Dies wird damit begründet, dass es zu einschneidend sei, den Mieter seiner Rechte komplett zu berauben, da im Dauerschuldverhältnis ja die Pflichtverletzung des Schuldners weiter andauere und sich gewissermaßen aktualisiere.⁷⁹⁵ Für den Zeitraum vor der Anzeige soll der Mieter nicht länger bestraft werden, als er die Anzeige tatsächlich verzögert hat.⁷⁹⁶

Der Wortlaut des § 536c Abs. 2 S. 2 BGB schließt zunächst die Minderung seitens des Mieters aus § 536 BGB, sein Recht auf Schadensersatz nach § 536a Abs. 1 BGB sowie sein Recht zur außerordentlichen Kündigung *ohne* Fristsetzung aus § 543 Abs. 3 S. 1 BGB *vollständig* aus, soweit die Unterlassung der Anzeige kausal für das Unterbleiben der Mängelbeseitigung war. Zum mindesten für die Minderung bleibt es jedoch nicht bei diesem vollständigen Ausschluss: Das Minderungsrecht soll dann wieder auflieben, sobald der Mieter den Mangel schließlich anzeigt und der Vermieter nicht tätig wird, obwohl ihm das möglich wäre.⁷⁹⁷ Dies soll auch für die anderen genannten Rechte gelten, da der Anspruch des Mieters auf Instandsetzung der Mietsache nicht durch das Unterlassen der Anzeige verwirkt werden

795 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:103, Comments B (S. 1532).

796 Ebd.

797 BGH NJW 2013, 1299 Rn. 15; LG Köln WuM 1996, 114 = MDR 1966, 761; Schmidt-Futterer/Blank, § 536c Rn. 19; Staudinger/Emmerich, § 536c Rn. 21; MüKo-BGB/Häublein, § 536c Rn. 13.

könne.⁷⁹⁸ Der Ausschluss des § 536c Abs. 1 BGB wirkt daher zeitlich etwas weitergehend als der des DCFR, denn er erfasst die gesamte Zeit vom Auftreten des Mangels bis zur Nachholung der Anzeige, soweit eine Beseitigung des Mangels jeweils theoretisch möglich war, mithin also Punkt eins bis vier auf der imaginären Zeitleiste.⁷⁹⁹

Die Lösung des DCFR, ausdrücklich nur die Zeitspanne von den Rechtsbehelfen auszunehmen, in der die Anzeige tatsächlich verspätet war (nach dem BGB am Begriff „unverzüglich“ zu messen), lässt sich jedoch vor allem für Verbraucher-mietverträge mit den vorgehend zum DCFR genannten Argumenten hören und sollte daher in ein Verbrauchervertragsinstrument übernommen werden. Besonders stichhaltig ist das Argument, der Verbraucher dürfe nicht für einen Zeitraum seiner Mängelrechte beraubt werden, in dem er mangels Kenntnis des Mangels die Anzeige nicht vornehmen konnte, weshalb teilweise auch im deutschen Recht vertreten wird, der Ausschluss des § 536c BGB müsse ein Mieterverschulden voraussetzen.⁸⁰⁰ Für das europäische Mobilarmietrechtsinstrument für Verbraucher könnte man ein solches Erfordernis entsprechend der Regelung des DCFR („reasonable delay“) in Betracht ziehen. Um die Position des Mieters insgesamt zu stärken, sollte die Regelung aber kombiniert werden mit einer inhaltlichen Beschränkung des Ausschlusses auf bestimmte Rechtsbehelfe, wie sie im deutschen Recht vorgesehen ist. Im deutschen Recht bleibt nämlich insbesondere der Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und damit auch der Anspruch auf Mängelbeseitigung unberührt, was sinnvoll erscheint, da der Vermieter nicht davor geschützt werden muss, die Miet-sache in den ursprünglich geschuldeten Zustand zu versetzen. Auch dem DCFR geht es erklärtermaßen darum, dem Vermieter die Chance einzuräumen, den Mangel zu beheben. Würde man den Vermieter aber vorschnell auch von der Pflicht hierzu befreien, schösse man über dieses Ziel hinaus.

Was die Ausnahmen vom „Cut-Off-Effekt“ angeht, sind sich BGB und DCFR im Ausgangspunkt einig: Der Mieter muss seine Rechte trotz unterlassener Anzeige weiter geltend machen dürfen, wenn dem Vermieter der Mangel bekannt war oder grob fahrlässig nicht bekannt war („knew or could reasonably be expected to have known“). Denn nach deutsch-rechtlichem Verständnis hat der Vermieter bei Kenntnis des Mangels bereits die Möglichkeit und die Verpflichtung, den Mangel zu beseitigen, sodass eine Mängelanzeige durch den Mieter überflüssig wäre.⁸⁰¹ Da nach dem Verständnis des DCFR aber die Mängelanzeige über diese Ratio hinaus

798 *LG Berlin* MM 1999, 395; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536c Rn. 36. Näher zu den Auswirkungen des Ausschlusses auf die einzelnen Mängelrechte, siehe Blank/Börsting-haus/Blank, § 536c Rn. 18 ff. und Staudinger/*Emmerich*, § 536c Rn. 19 ff.

799 Siehe auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536c Rn. 36.

800 So Staudinger/*Emmerich*, § 536c Rn. 20.

801 *BGH NJW* 1963, 1449; *BGHZ* 68, 281 = *NJW* 1977, 1236, 1237; *NZM* 2002, 217, 218; Staudinger/*Emmerich*, § 536c Rn. 14 f.

auch dazu dient, dem Vermieter mitzuteilen, ob der Mieter die Behebung eines ihm bekannten Mangels tatsächlich wünsche oder darauf verzichte, entfällt die Anzeigepflicht erst unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Vermieter dem Mieter die mangelbegründenden Fakten verschwiegen hatte, Art. IV.B.-4:103 Abs. 3 DCFR. Denn erst dann ist dieses Interesse des Vermieters in der Vorstellung des DCFR nicht mehr schutzwürdig.⁸⁰² Die Argumentation überzeugt nicht, wenn man, wie eigentlich auch der DCFR, davon ausgeht, dass der Vermieter grundsätzlich zur Beseitigung von während der Mietzeit auftretenden Mängeln (im Rahmen des Art. IV.B.-3:104 DCFR) verpflichtet ist und ein Schweigen des Mieters nicht ohne weiteres als Verzicht auf dieses Recht wirken sollte. Zwar thematisiert auch das BGB die Problematik des Verschweigens von Mängeln durch den Vermieter, allerdings in einem anderen Zusammenhang: Gem. § 536b BGB besteht ein weiterer Ausschlussgrund von Mängelrechten, wenn der Mieter den Mangel kannte oder grob fahrlässig nicht kannte (mit Ausnahme des arglistigen Verschweigens durch den Vermieter), allerdings betrifft dies zu Beginn der Mietzeit vorliegende Mängel. Ziel dessen ist allerdings nach mittlerweile vorherrschender Ansicht kein vermutterter Verzicht auf die Sachmängelrechte, sondern vielmehr zu Beginn des Mietverhältnisses zunächst Rechtsklarheit über den *status quo* der Mietsache und hieraus resultierende Mängelrechte zu schaffen.⁸⁰³ Durch die zusätzliche Voraussetzung des Verschweigens der Mängel durch den Vermieter erweitert der DCFR die Anzeigepflicht des Mieters im DCFR aufgrund einer systemwidrigen Ratio zugunsten des Mieters. Dies sollte in einem europäischen Mobiliarmietrechtsinstrument nicht übernommen werden.

Vielmehr sollte auch die weitere Ausnahme des BGB von der Anzeigepflicht im Mietrechtsinstrument normiert werden für den Fall, dass die Mängelbeseitigung unmöglich ist und auch keine Ausweitung des Mangels droht.⁸⁰⁴ Denn auch in diesem Szenario kann die Anzeige schon logisch ihren Zweck nicht erfüllen, dem Vermieter die Mängelbeseitigung zu ermöglichen.

Ein künftiges Rechtsinstrument sollte also die vorgenannten Beschränkungen der Anzeigepflicht enthalten, sich aber in anderer Hinsicht an der Regelung des DCFR orientieren, die zumindest für sich hat, dass sie positivgesetzlich normiert ist, wohingegen die Ausnahmetatbestände des BGB nur rudimentär geregelt und weitgehend richterrechtlich ausgestaltet sind. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten die beschriebenen Ausnahmetatbestände konkret normiert werden.

802 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:103, Comments C (S. 1533).

803 BeckOK-BGB/Wiederhold, § 536b Rn. 1; MüKo-BGB/Häublein, § 536b Rn. 1 f.; a.A. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536b Rn. 1.

804 BGHZ 68, 281, 284 = NJW 1977, 1236; BGH NZM 1999, 461; OLG Hamburg NJW-RR 1991, 1296, 1297; OLG Düsseldorf ZMR 1991, 24.

b) Allgemeine mangelbezogene Mitteilungspflicht gem. Art. III.-3:107 DCFR

Überdies verweist Art. IV.B.-4:103 Abs. 2 DCFR ergänzend für die Zeit nach Ende der Mietzeit noch auf die allgemeine mängelbezogene Mitteilungspflicht aus Art. III.-3:107 DCFR, ein Verweis der zunächst angesichts von dessen Absatz 4 für die hier interessierenden Mietverträge mit Verbrauchern ohne Belang zu sein scheint, da die Pflicht für diese Personengruppe keine Anwendung finden soll. Ein Blick in die *Comments* überrascht jedoch: Eine allgemeine Mitteilungspflicht auch für Verbraucher soll sich jedoch über die oben genannte Mitteilungspflichten hinaus auch aus Treu und Glauben (Art. III.-1:103 Abs. 1 DCFR) ergeben können,⁸⁰⁵ was insbesondere für Verbraucher zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führt. Für den Rechtsanwender und im konkreten Fall den Verbraucher kann es daher schwierig werden, zu ermitteln, wann ihn eine wie geartete Mitteilungspflicht gegenüber dem Vermieter trifft, um allen Mitteilungspflichten zu genügen.

Für ein europäisches Verbraucherinstrument des Mobiliarmietrechts wäre die bessere Lösung, nur eine einzige mängelbezogene Mitteilungspflicht vorzusehen. Diese könnte ähnlich Art. IV.B.-4:103 DCFR ausgestaltet werden, aber mit den oben genannten Modifikationen und sollte zeitlich über das Mietvertragsende hinaus verlängert werden, sodass ein Rückgriff auf weitere Mitteilungspflichten nicht erforderlich wäre. Wie § 536c BGB sollte diese Pflicht bis Rückgabe der Mietsache anwendbar sein und erst danach enden, da der Vermieter bis zu diesem Zeitpunkt darauf angewiesen ist, dass der Mieter ihm mitteilt, sobald Maßnahmen getroffen werden müssen, um die Mietsache zu schützen.

c) Ausschluss durch Leistungsbeschreibung

Die Ausgestaltung der zu erbringenden Leistung können die Parteien auch in Verbrauchermietverträgen hingegen frei regeln; die einzige Grenze bildet Art. IV.B.-1:103 DCFR, der eine vor Mitteilung eines Mangels erfolgte Beschreibung der Mietsache in einer Art und Weise, die einem indirekten Ausschluss der Mängelrechte des Mieters gleichkommt, verbietet. Hierdurch soll eine Umgehung der Regelung des Art. IV.B.-1:104 DCFR verhindert werden. Zulässig sind jedoch bestimmte Beschreibungen der Mietsache, die den Verbraucher warnen sollen, so zum Beispiel die Angabe, die Mietsache sei gebraucht, wohingegen beispielsweise allgemeine Vorbehalte die Qualität oder Quantität der Mietsache betreffend unwirksam sind.⁸⁰⁶ Eine solche Regelung ist zur Verhinderung von Umgehungen durchaus sinnvoll⁸⁰⁷ und sollte daher in ein optionales Instrument aufgenommen werden. Sollte zur Regelung des vertraglichen Ausschlusses von Rechtsbehelfen eine § 476 BGB nachgebildete Vorschrift eingeführt werden (wie unter 2. b) emp-

805 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:107, *Comments E* (S. 807).

806 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, *Comments D* (S. 1453).

807 Man vergleiche für Verbrauchsgüterkaufverträge nur § 476 Abs. 1 S. 2 BGB.

fohlen), könnte sie als allgemeines Umgehungsverbot bereits in diese Norm aufgenommen werden (vgl. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB).

d) Ausübung des Heilungsrechts des Vermieters

Hinsichtlich mangelhafter Leistung können sämtliche Rechtsbehelfe bis auf das Zurückbehaltungsrecht zudem (zumindest vorübergehend) aufgrund der Ausübung des Heilungsrechts des Schuldners nach Art. III.-3:202 Abs. 2 ausgeschlossen sein bzw. während der Nachfrist zur Mangelbehebung gem. Art. III.-3:204 DCFR, ein Zusammenhang, auf den unter II. 1. b) näher eingegangen wird.

e) Bewertung

Im Zusammenhang mit den Mitteilungspflichten des DCFR zeigt sich also bereits ein Nachteil der Tatsache, kein eigenes Gewährleistungsregime bereitzustellen: Es kommt zu einer Multiplikation der Mitteilungspflichten, die ungeschickt ist, da sie zu einer schwer zu überblickenden Rechtslage führt, wobei diese Unübersichtlichkeit noch verschärft wird durch ungeschriebene Mitteilungspflichten, die aus Art. III.-3:107 DCFR i.V.m. Treu und Glauben folgen sollen. Ein Instrument des europäischen Verbrauchermietvertragsrechts sollte die Voraussetzungen einer Anzeigepflicht daher klar regeln und sie in einer Norm bündeln.

Zur Entscheidung des DCFR gegen ein gesondertes Gewährleistungsrecht und der Vorabregelung aller Voraussetzungen der Rechtsbehelfe ist ferner anzumerken, dass sie in einem Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts praktisch so nicht umsetzbar sein wird. Funktional sollen im nationalen Recht mit dem „vor die Klammer Ziehen“ abstrahierter Regelungsinhalte Wiederholungen und Verweisungen innerhalb eines Gesetzestextes vermieden werden.⁸⁰⁸ Diese Zielsetzungen lassen sich jedoch – so man nicht die Schaffung eines echten europäischen Zivilgesetzbuchs anstrebt – nicht uneingeschränkt auf die europäische Regelungsebene übertragen: Ein europäisches Vertragsrecht, das den Weg der Regelung spezieller Vertragstypen in getrennten Instrumenten beschreitet, bedarf keines allgemeinen Schuldrechts, sondern wird sich auf die Spezialregelungen der einzelnen Vertragsarten konzentrieren müssen. Ein zu hoher Abstraktionsgrad erschwert zudem besonders dem juristischen Laien und vor allem dem hier interessierenden Verbraucher den Zugang zu den Regelungen, die gerade in Gestalt eines optionalen Instruments nach Vorstellung der Kommission⁸⁰⁹ einen einheitlichen und klaren rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Geschäfte bieten sollen. Diese im DCFR noch unberücksichtigte Erkenntnis scheint das CESL jedoch bereits zu beherzigen, indem es auf allgemeine schuldrechtliche Vorschriften verzichtet und

808 Vgl. Schmidt, ZEuP 2010, 304 (311–313).

809 Erstmals ausführlich Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg., S. 4, 9 ff.

das Leistungsstörungsrecht speziell für Kauf- und Verträge über verbundene Dienstleistungen regelt.⁸¹⁰

4. Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander

Schließlich stellt sich die Frage, wie die einzelnen Rechtsbehelfe des DCFR zueinanderstehen. Grundsätzlich stellt der DCFR systematisch in Buch III Kapitel 3 die Rechtsbehelfe in den Abschnitten 3 (*Right to enforce performance*) bis 7 (*Damages and interest*) gleichwertig nebeneinander. Diese äußere Aufteilung entspricht auch seinem Verständnis der Rechtsbehelfe. Gem. Art. III.-3:101 Abs. 1 DCFR hat der Gläubiger die freie Wahl zwischen den Rechtsbehelfen des dritten Kapitels (an die er erst gebunden ist, wenn der Vermieter sich aufgrund einer Nachfristsetzung darauf eingestellt hat, vgl. Art. III.-3:103 Abs. 2 DCFR bzw. wenn eine Partei den Vertrag aufgehoben hat)⁸¹¹, wobei für den Mieter zusätzlich der Rechtsbehelf des Aufwendungsersatzes aus Art. IV.B.-4:101 DCFR hinzutritt. Auch dem Anspruch auf „specific performance“⁸¹² aus Art. III.-3:302 DCFR, der anders als im deutschen Recht nicht als Primäranspruch, sondern als Rechtsbehelf ausgestaltet ist (siehe hierzu näher sogleich unter II. 1.), kommt hierbei keine Sonderstellung und kein Vorrang gegenüber den anderen Rechtsbehelfen zu.⁸¹³

Man könnte allenfalls erwägen, ob der Erfüllungsanspruch in seiner Form als Nacherfüllungsanspruch gem. Art. III.-3:302 Abs. 2 DCFR Vorrang genießt, da der Mieter gem. Art. III.-3:202 Abs. 2 DCFR keine Rechtsbehelfe außer das Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, wenn er nicht dem Vermieter den Mangel der Mietsache angezeigt hat und, falls dieser daraufhin Nacherfüllung angeboten hat, die Nacherfüllung nicht in einer vom Mieter gesetzten vernünftigen Frist erfolgte. Die Regelung aber ohne weiteres dahingehend auszulegen, auch der DCFR sehe einen dem deutschen Recht entsprechenden generellen Vorrang der Nacherfüllung vor allen anderen Rechtsbehelfen vor⁸¹⁴ (wenngleich der Impuls, dem deutschen Recht vertraute Konzepte auch in fremden Regelungen „wiederzuerkennen“ verständlich ist), wäre jedoch voreilig und trägt den Eigenheiten des DCFR nicht ausreichend Rechnung. Denn auch wenn der DCFR zunächst durch die ausdrückliche Normierung eines *Rechts* des Schuldners auf Nacherfüllung den Anschein erweckt, dieses Recht noch höher zu halten als das BGB, das keine derartige Vorschrift enthält, räumt der DCFR dem Recht nicht dieselbe Wertigkeit ein wie das BGB. Das Grundverständnis des DCFR geht nämlich dahin, dass grundsätzlich den Interessen des Gläubigers Vorrang vor dem Interesse des Schuldners an der

810 Vgl. auch Staudenmayer, NJW 2011, 3491 (3496).

811 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:102, Comments C (S. 777 f.).

812 Zur Beibehaltung des Originalterminus siehe bereits Fn. 545.

813 Vgl. Schmidt-Kessel, in: Wagner (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 69 (85).

814 So beispielsweise Leible, in: Schulze (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, S. 97 (113).

Erbringung der Nacherfüllung einzuräumen ist, da die ‚non-performance‘ durch den Schuldner und nicht den Gläubiger zu verantworten ist, der sich damit gewissermaßen ins Unrecht gesetzt hat und dessen Interessen daher nunmehr weniger schutzwürdig sind.⁸¹⁵ Zudem diente die Vorgängerregelung des Art. 8:104 PECL hauptsächlich der Beschränkung der Rechtsbehelfe des Gläubigers; trotz der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf mangelhafte Leistungen (selbst, wenn der Gläubiger sie aufgrund dessen nicht zurückgewiesen hatte), ist die Norm noch immer im Lichte ihres Vorgängers dahingehend zu verstehen, dass sie dem Schuldner die Möglichkeit gewährt, die Nacherfüllung anzubieten und dadurch bestimmte andere Rechtsbehelfe auszuschließen.⁸¹⁶ In gewissen Grenzen kommt der Nacherfüllung daher ein faktischer, nicht aber ein konzeptueller Vorrang zu.

Im deutschen Recht besteht dagegen auch für das Mietrecht ein dogmatischer Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs vor den anderen Mängelrechten des Mieters. Der Vorrang dieses Anspruchs, der im Mietrecht nicht eigens normiert ist, sondern sich aus der Erhaltungspflicht des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ableitet,⁸¹⁷ ergibt sich anders als im Kaufrecht nicht aus dem grundsätzlichen Erfordernis einer Nachfristsetzung,⁸¹⁸ sondern aus dem Verzugserfordernis, beispielsweise des § 536a Abs. 2 Nr. 1,⁸¹⁹ § 536a Abs. 1 Alt. 3 bzw. in § 536c Abs. 2 Nr. 1 BGB sowie aus dem Erfordernis der vorherigen Aufforderung zur Leistung aus § 543 Abs. 3 BGB.⁸²⁰

Sowohl nach deutschem Recht als auch nach Art. III.-3:102 DCFR ist eine Kumulation von Rechtsbehelfen möglich, solange sie nicht inkompatibel sind (are not incompatible). Ein plastisches Beispiel ist, dass der Mieter nicht zugleich den Vertrag beenden und ‚specific performance‘ verlangen kann.⁸²¹ Auch die Rechtsbehelfe des Mieters im deutschen Recht können nebeneinander geltend gemacht werden, soweit sie nicht inkompatibel sind.⁸²²

Die Gleichwertigkeit und Konkurrenz der Rechtsbehelfe sollten auch in einem europäischen Mobiliarmietrechtsinstrument entsprechend umgesetzt werden. Dies sollte insbesondere auch geschehen, ohne der Erfüllung absoluten Vorrang einzuräumen.

815 Vgl. DCFR Full Edition I, Art. III.-3:201, Comments A (S. 812).

816 Ebd.; Schmidt-Kessel, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (85).

817 Staudinger/Emmerich, § 535 Rn. 21 f.; MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535–§ 548 Rn. 2.

818 Jauernig/Berger, § 439 Rn. 4; SchulzeBGB/Saenger, § 439 Rn. 1.

819 BGH NJW 2008, 1216, 1217 Rn. 22.

820 MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535–§ 548 Rn. 2; Unberath, ZMR 2004, 309 (311, 313).

821 DCFR Full Edition I, Art. III.:102, Comments B (S. 777).

822 MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535–§ 548 Rn. 5; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536a Rn. 3, 160, 161.

räumen, was sogleich im Rahmen der Erläuterung des Konzepts der ‚specific performance‘ noch näher beleuchtet wird.

II. Specific performance

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

a) Anspruch auf Erfüllung

Der Mieter kann zunächst nach Art. III.-3:302 Abs. 1 DCFR ‚specific performance‘ der Vermieterpflichten, die regelmäßig nicht-monetärer Art sind, verlangen. Es gelten die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe, d.h. neben der ‚non-performance‘ des Vermieters ist weitere Voraussetzung, dass der Mieter die ‚non-performance‘ nicht verursacht hat.⁸²³ Als für diesen Rechtsbehelf spezifische Voraussetzung tritt hinzu, dass die ‚non-performance‘ nicht entschuldigt sein darf (Art. III.-3-101 Abs. 1 und 2, III.-3:104 DCFR). Augenfällig ist dabei zunächst, wie bereits unter I. 4. erwähnt, dass der DCFR die Erfüllung nicht wie das deutsche Recht als einen klagbaren Primäranspruch i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB einordnet, sondern als einen Rechtsbehelf, der es ihm erst erlaubt, den Erfüllungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, und der an weitere Voraussetzungen als die reine Fälligkeit der Leistung gekoppelt ist.

Aus deutscher Sicht spricht *prima facie* einiges gegen das Rechtsbehelfsmodell: Zwar kann angesichts der schlichten Ausgestaltung des Art. III.-3:302 Abs. 1 DCFR zu Recht bezweifelt werden, ob ein solches Modell regelungstechnisch zwingend komplizierter ist als das auf *Windscheid* zurückgehende, dem BGB zugrundeliegende Modell des klagbaren Primärrechts, ob es zu weniger Rechtssicherheit führt oder sich tatsächlich transaktionskostensteigernd dadurch auswirkt, dass die Parteien sich angesichts der fehlenden Klagbarkeit des Primäranspruchs gezwungen sehen, die Rechtsbehelfe *en detail* vertraglich zu regeln.⁸²⁴ Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch das weitere gegen das Rechtsbehelfsmodell vorgebrachte Argument, es sei tendenziell eher schuldnerfreundlich, da es nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Rechtsbehelfs durchzusetzen sei.⁸²⁵ Für den Mieter bedeutet das beispielsweise, dass er in dem Fall, dass der Vermieter ihm die Mietsache nicht wie vereinbart überließe, nicht nur den Abschluss des Mietvertrags und den hieraus bestehenden, fälligen Anspruch auf Überlassung beweisen müsste (so auch die Voraussetzung des § 535 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern sich darüber hinaus potentiell einer Fülle von möglichen Einwendungen des Vermieters ausgesetzt sähe: Neben den Einwänden aus Art. III.-3:302 Abs. 3 DCFR, die sich auf die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Leistungserbringung beziehen, und über die ähnlich ausgestalte-

823 Siehe hierzu bereits § 10 I. 1.

824 So aber die Kritik von *Weller*, JZ 2008, 764 (769), das Rechtsbehelfsmodell sei daher generell weniger effizient als das Modell des klagbaren Primärrechts.

825 *Weller*, JZ 2008, 764 (765).

ten Einwände des § 275 Abs. 1-3 BGB hinausgehen,⁸²⁶ muss der Mieter sich gegebenenfalls gegen den Einwand aus Art. III.-3:302 Abs. 4 DCFR wehren, er habe den Vermieter nicht rechtzeitig zur Leistung aufgefordert, obwohl er bereits von der ‚non-performance‘ wusste oder hätte wissen können. Auch der allgemeine Einwand aus Art. III.-3:104 DCFR, die ‚non-performance‘ sei aus diversen Gründen entschuldigt,⁸²⁷ kann vom Vermieter vorgebracht werden und die Durchsetzung des ursprünglichen Anspruchs zusätzlich erschweren bzw. zumindest verzögern.

Dennoch ist die Entscheidung des DCFR zu begrüßen, innerhalb des gewählten Rechtsbehelfsmodells einen den anderen Rechtsbehelfen gleichwertigen Rechtsbehelf der Erfüllung zu schaffen und damit einen Kompromiss zwischen dem Common Law und den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zu schaffen, zumal dieser Kompromiss noch näher an der zivilistischen Tradition liegt. Er reflektiert den Ansatz des Common Law insofern, als er zwischen dem unklagbaren Primärrecht selbst und den der Verwirklichung dieses Anspruchs dienenden Rechtsbehelfen unterscheidet.⁸²⁸ Im Vergleich zum Common Law, das den Rechtsbehelf der Erfüllung nur ausnahmsweise gewährt und den Gläubiger grundsätzlich auf die Geltendmachung von Schadensersatz verweist,⁸²⁹ räumt der DCFR der ‚specific performance‘ einen vergleichsweise höheren Stellenwert ein, indem er sie dem Gläubiger als reguläres, den anderen Rechtsbehelfen gleichwertiges ‚remedy‘ bereitstellt.⁸³⁰ Der DCFR wählt damit eine Lösung, die zwar der Erfüllung der Primärverpflichtung weniger Gewicht als im deutschen Recht⁸³¹ beimisst,⁸³² aber dennoch die Vorteile⁸³³ eines im Unterschied zum Konzept des Common Law am Prinzip der Vertragstreue orientierten Ansatzes beinhaltet. Abgesehen von der Tatsache, dass der Gläubiger durch die ‚specific performance‘ soweit wie möglich in die Position versetzt wird, die vertraglich ursprünglich vorgesehen war, hat die

826 Hierzu sogleich unter § 10 II. 2.

827 Dies gilt für alle außerhalb des Einflussbereichs des Vermieters liegenden Umstände. Siehe näher zum Verschuldenskonzept des DCFR unter § 10 VII. 1.

828 Vgl. *Atiyah*, An Introduction to the Law of Contract, S. 90 f.; *Chitty/Beale*, Chitty on Contracts, Rn. 1-019.

829 Statt aller *Furmston*, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 797 ff.

830 *Leible*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 97 (100); *Schmidt-Kessel*, in: *Wagner* (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (79).

831 Von *Schmidt-Kessel*, in: *Wagner* (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (85) aufgrund ihrer extremen Ausprägung augenzwinkernd als ‚performance fetishism‘ – Erfüllungsfetisch – bezeichnet.

832 Dies wird vor allem am Beispiel des Art. III.-3:302 Absatz 5 DCFR deutlich– hierzu sogleich näher.

833 Ausführlich hierzu siehe *Schmidt-Kessel*, in: *Wagner* (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (71 ff.).

Erfüllung den weiteren Vorteil, dass sie komplizierte und häufig ausufernde Streitigkeiten um einen an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatzanspruch vermeidet und zugleich dem besonderen Interesse des Gläubigers am Erhalt des Vertragsgegenstands Rechnung trägt: ein solches Interesse besteht beispielsweise dann, wenn der Vertragsgegenstand ein Unikat oder aus anderen Gründen rar ist oder der Mieter bei Beschädigung der Mietsache auf die Abhilfe durch den Vermieter angewiesen ist, weil nur dieser sie leisten kann.⁸³⁴ Insbesondere mit Blick auf eine möglichst breite Anerkennung eines europäischen Vertragsrechtsinstruments im gesamten europäischen Rechtsraum kann die Regelung des DCFR zur ‚specific performance‘ daher als konzeptionell gelungener Kompromiss gewertet werden.

b) Heilungsrecht des Vermieters

Absatz 2 des Artikels III.-3:302 Abs. 2 DCFR stellt zudem klar, dass, ebenso wie im deutschen Recht, die Erfüllung auch den Anspruch auf Nacherfüllung einer mangelhaften Leistung mit einschließt, dem im Mietrecht besondere Bedeutung zukommt.

Bezüglich der Voraussetzungen der Heilung unterscheidet der DCFR in seinen allgemeinen Voraussetzungen nach dem Zeitpunkt des Auftretens des Mangels: Vor Fälligkeit der relevanten Verpflichtung gibt Art. III.-3:202 Abs. 1 DCFR dem Schuldner ein uneingeschränktes Heilungsrecht, d.h. der Mieter kann bis zu diesem Zeitpunkt gar keine Rechtsbehelfe ausüben, mit dem Argument, dass der Mieter nach dem Vertrag zu diesem Zeitpunkt ohnehin noch nicht mit der Leistung rechnen durfte.⁸³⁵ Für das Mietrecht entfaltet diese Regelung faktisch keinen Anwendungsbereich, da mit der Übergabe der Mietsache, selbst wenn diese vor dem vereinbarten Zeitpunkt erfolgen sollte, automatisch das Mietverhältnis beginnt (Art. IV.B.-2:101 DCFR) und der Vermieter von diesem Zeitpunkt an auch die Mangelfreiheit gewährleisten muss (Art. IV.B.-3:102 DCFR). Es kommt also stets Art. III.-3:202 Abs. 1 DCFR Absatz 2 zur Anwendung, wonach der Mieter dem Vermieter zunächst den Mangel mitteilen und, falls der Vermieter sofort im Anschluss Heilung anbietet, ihm eine vernünftige Frist zur Heilung setzen muss. Das Erfordernis, dem Vermieter den Heilungsversuch zu gewähren, entfällt jedoch gem. Art. III.-3:203 lit. a bis d DCFR, wenn die Mängelhaftigkeit zu einer wesentlichen („fundamental“) ‚non-performance‘ führt; wenn der Vermieter bewusst mängelhaft geleistet hat oder die Leistung im Übrigen nicht im Einklang mit Treu und Glauben stand; wenn der Mieter Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter die Heilung nicht innerhalb eines vernünftigen Zeitraumes und nicht ohne Nachteil für die berechtigten Interessen des Mieters erbringen können wird; oder wenn die

834 Siehe DCFR Full Edition I, Art. III.-3:302, Comments B (S. 829); speziell zum Mietrecht DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, Comments B (S. 1450).

835 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:202, Comments A (S. 813); kritisch hierzu siehe *Faust*, in: *Wagner* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 19 (29).

Nacherfüllung nach den Umständen unzumutbar wäre. Für die Möglichkeit des Mieters, Erfüllung zu verlangen, bedeutet dies, dass er außerhalb dieser Ausnahmefälle nicht sofort mit Eintritt der Fälligkeit Erfüllung verlangen und diese einklagen kann, sondern falls der Vermieter eine Heilung anbietet, erst noch den Ablauf einer vernünftigen Nachfrist abwarten muss und der Vermieter daher etwaigen Rechtsverfolgungskosten entgehen kann,⁸³⁶ sodass für den Vermieter unglücklicherweise kein gesteigerter Leistungsanreiz gesetzt wird.

Im deutschen Recht kann der Mieter hingegen gem. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses und ohne weitere Voraussetzungen (auch nicht des § 536b BGB)⁸³⁷ und insbesondere ohne Fristsetzung Erfüllung der Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters verlangen, die die Nacherfüllung einschließt. Der Ansatz der DCFR führt also im Vergleich zur Nacherfüllung im deutschen Recht letztlich zu einer Schwächung der Rechte des Mieters bzw. besonders des Verbrauchers, weil er dem Mieter eine weitere Handlung in Gestalt der Fristsetzung abverlangt, bevor dieser seinen Nacherfüllungsanspruch geltend machen kann.

Zwar kann der Mieter gem. Art. III.-3:204 DCFR nachträglich Schadensersatz für die Schäden geltend machen, die ihm durch die ursprüngliche Schlechtleistung entstanden sind, sodass beispielsweise der Mieter einer defekten Maschine den Schaden ersetzt verlangen kann, den er durch die fehlende Nutzungsmöglichkeit während der Heilungsphase erlitten hat, was dem klassischen Nutzungsausfallschaden entspricht, der auch nach deutschem Recht zu ersetzen ist. Dies vermag die schwierige Realisierbarkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs aber nicht auszugleichen, da der Mieter in einem Prozess die Voraussetzungen für diesen Anspruch (bis auf die ‚excuse‘) beweisen muss und insbesondere auch den Umfang seines Schadens darlegen und beweisen muss, was häufig schwierig zu bewerkstelligen ist, wie beispielsweise im Fall entgangenen Gewinns.

Wenn man sich also bezüglich der Erfüllung bzw. Nacherfüllung entschiede, in einem Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts im Sinne des unter a) beschriebenen Kompromisses den Rechtsbehelfsansatz des DCFR zu verfolgen und nicht den Erfüllungsansatz des BGB, so sollte man zumindest die Nacherfüllung nicht an weitere als die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe knüpfen und auf das zusätzliche Fristerfordernis verzichten. Dies wäre auch dogmatisch in sich schlüssig, wenn man bedenkt, dass auch der DCFR die Nacherfüllung als Ausprägung der ‚specific performance‘ begreift (Art. III.-3:302 DCFR) und auch diese ohne weitere Voraussetzung verlangt werden kann.

In ihrer inhaltlichen Ausgestaltung sind das Heilungsrecht des DCFR und der Nacherfüllungsanspruch des deutschen Mietrechts ähnlich. Nach dem DCFR kann

836 Faust, in: Wagner (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 19 (30).

837 BGH NZM 2007, 484, 485 = ZMR 2007, 605.

der Vermieter zwischen Reparatur und Lieferung einer mangelfreien Mietsache wählen,⁸³⁸ was mangels ausdrücklicher Regelung aus den Grundsätzen der Wahlschuld abgeleitet werden kann (Art. III.-2:105 Abs. 1 DCFR).⁸³⁹ Die Möglichkeit der Ersatzlieferung ergibt sich auch implizit aus Art. III.-3:205 DCFR, der anordnet, dass der Vermieter die Sache auf eigene Kosten zurücknehmen darf und muss, falls die Sache im Zuge der Nacherfüllung ersetzt wurde und damit die Option der Nacherfüllung im Wege der Ersatzlieferung voraussetzt. Die Möglichkeit einer Ersatzlieferung bei Mangelhaftigkeit der Mietsache ist dem Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 1 BGB („den Gebrauch der Mietsache“) nicht zu entnehmen und mangels einer § 439 BGB entsprechenden Regelung hingegen grundsätzlich im deutschen Mietrecht nicht vorgesehen. Auch bei Gattungssachen konkretisiert sich die Schuld des Vermieters gem. § 243 Abs. 2 BGB auf die jeweilige Mietsache, sobald der Mieter die Sache angenommen und mit ihrer Benutzung begonnen hat, woraus lange gefolgert wurde, dass die Nacherfüllung durch Überlassung einer Ersatzsache generell nicht möglich sei.⁸⁴⁰ Angesichts der Rechtsprechung des BGH zum Kaufrecht, nach der die Nachlieferung sogar bei Stückkauf möglich sein soll, wenn die Sache nach den Vorstellungen der Parteien durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann,⁸⁴¹ wird auch im Mietrecht nunmehr überwiegend gefordert, zumindest bei mit unbehebbaren Mängeln behafteten Gattungsschulden die Ersetzung der Mietsache durch eine neue mangelfreie zuzulassen, wenn dies nach den Vorstellungen der Parteien nicht ausgeschlossen scheint.⁸⁴² Dem ist zuzustimmen, da bei der Miete, bei der der Vertragsgegenstand im Unterschied zum Kaufrecht nicht ins Eigentum des Gläubigers übergeht, der Mieter tendenziell ein geringeres Interesse daran haben wird, eine bestimmte individualisierte Mietsache zu erhalten. Zudem ist die Übertragung der Rechtsprechung des BGH zum Kaufrecht zu begrüßen, da sie es erlaubt, dem Parteiwillen im Einzelfall Rechnung zu tragen und so ein an dieser Stelle berechtigter und sinnvoller Gleichlauf von Kauf- und Mietrecht hergestellt werden kann. Die Position des deutschen Mietrechts zur Nachlieferung im Mietrecht hat sich also an das Leitbild der europarechtlich ge-

838 Vgl. DCFR Full Edition I, Art. III.-3:302, Comments C (S. 830). Das Recht zur Heilung ist zudem dem Nacherfüllungsanspruch aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nachgebildet, die diese Optionen vorsieht, DCFR Full Edition I, Art. III.-2:201, Comments A (S. 812).

839 So der Vorschlag von *Danner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (150).

840 *BGH LM* Nr. 238 zu § 242 BGB = *NJW* 1982, 873.

841 *BGH NJW* 2006, 2839, 2840 f.; *OLG Koblenz NJW-RR* 2009, 985; *OLG Hamm NJW-RR* 2005, 1220.

842 Staudinger/*Emmerich*, § 535 Rn. 3; MüKo-BGB/*Hänlein*, Vorbem. zu § 535–§ 548 Rn. 2; für eine analoge Anwendung des § 439 BGB bereits *Canaris*, in: *Aderhold/Grunewald/Klingberg u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, S. 135 (145).

prägten kaufrechtlichen Nacherfüllung angeglichen und sich dadurch der ebenso europarechtsorientierten Regelung des DCFR angenähert.

Auch ein Instrument des europäischen Verbrauchermietrechts sollte explizit beide Möglichkeiten der Nacherfüllung anbieten und somit auch – vorbehaltlich des entgegenstehenden Parteiwillens – die Nachlieferung.

2. Grenzen

Der Rechtsbehelf der ‚specific performance‘ wird durch Art. III.-3:301 Absätze 3 bis 5 beschränkt, so wie der Primäranspruch des deutschen Rechts durch § 275 BGB, wobei es dem Mieter gem. Art. III.-3:303, III.-3:701 ff. DCFR, ebenso wie nach §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB bzw. bei anfänglicher Unmöglichkeit gem. § 311a Abs. 2 BGB, unbenommen bleibt, statt der ‚specific performance‘ Schadensersatz geltend zu machen.

Absatz 3, der im Wesentlichen § 275 Abs. 1 bis 3 BGB entspricht, birgt im Vergleich zur Regelung des deutschen Rechts keine Überraschungen. Er sieht vor, dass ‚specific performance‘ dann nicht verlangt werden kann, wenn sie unmöglich oder illegal („unlawful“)⁸⁴³ wäre; wenn die Leistungserbringung unvernünftig aufwändig („unreasonably burdensome“) oder teuer wäre; oder wenn die Erzwingung der Leistungserbringung aufgrund ihres persönlichen Charakters unvernünftig wäre („would be unreasonable to enforce it“). Bei Mietverträgen, bei denen ja charakteristischerweise der Vermieter Eigentümer der Mietsache bleibt und die Sache nach Ende des Mietverhältnisses zurückzuhalten soll, soll ein solch unvernünftiger Aufwand beispielsweise dann vorliegen, wenn die Behebung des Mangels zu einer nicht zumutbaren Veränderung der Mietsache führen würde. Das im DCFR genannte Beispiel betrifft die Vermietung einer antiken Krone unter versehentlich falscher Größenangabe. Der Mieter soll in diesem Fall eine Anpassung der Krone an die vereinbarte Größe mangels Zumutbarkeit nicht verlangen können.⁸⁴⁴

Sowohl die zweite als auch die dritte Variante lassen jedoch im Vergleich zur deutschen Parallelregelung des § 275 Abs. 2 und 3 BGB an Kontur vermissen. Erneut zieht sich der DCFR auf das Kriterium der ‚reasonableness‘ zurück, ohne einen Maßstab bereitzustellen, an dem diese zu messen ist. Insofern ist die deutsche Regelung, die auf das Verhältnis zwischen Leistungsinteresse des Gläubigers und dem Aufwand des Schuldners zur Leistungserbringung abstellt, als gelungener zu bezeichnen. Bedenklich ist auch, dass laut der *Comments*⁸⁴⁵ bei der Beurteilung, ob eine Leistung eine unvernünftige Belastung darstellen würde, berücksichtigt werden soll, ob der Mieter sich nicht einfach durch ein anderweitiges Deckungsgeschäft die

843 Was im deutschen Recht der rechtlichen Unmöglichkeit entspricht, die ebenso zum Ausschluss der Leistungspflicht führt, siehe statt aller: Jauernig/Stadler, § 275 Rn. 15.

844 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, *Comments A* (S. 1511).

845 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:302, *Comments F* (S. 831).

Leistung besorgen könnte: auch dann soll der Vermieter von der Leistung frei werden. Diese Tendenz des DCFR, den Schuldner, sei es aufgrund der Möglichkeit eines Deckungsgeschäfts oder anderer Gründe, vorschnell aus der vertraglichen Primärverpflichtung zu entlassen (die im Übrigen auch bei Absatz 5 (hierzu so-gleich) oder Art. IV.B-6:101, III.-3:301 DCFR zu beobachten ist, hierzu unter § 11 I. 1. b)), ist angesichts des Grundsatzes *pacta sunt servanda* bedenklich, zumal sie den erklärten Zweck des Rechtsbehelfs der ‚specific performance‘ konterkariert, dem Gläubiger soweit wie möglich das zu gewähren, was ihm nach dem Vertrag zusteht.⁸⁴⁶ Ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument sollte alle drei dieser in DCFR und BGB geregelten Ausnahmetatbestände zur ‚specific performance‘ abbilden, allerdings klare Kriterien nennen, wann diese zum Tragen kommen. Beispielsweise könnte man ‚reasonably‘ durch ‚disproportionately‘ ersetzen und dann genau beschreiben, wann ein solch unverhältnismäßiger Leistungsaufwand vorliegen soll, um Unklarheiten in der Rechtsanwendung zu vermeiden.

Problematisch erscheint zudem, dass – mangels Klarstellung des Verhältnisses der Normen – neben dem Ausschlussgrund des Absatzes 3 als weitere Voraussetzung des Anspruchs auf ‚specific performance‘ Art. III.-3:104 DCFR Anwendung findet, der ebenso wie dieser *force majeure*-Ausnahmen enthält und sich inhaltlich mit der vorgenannten Ausnahme überschneidet, jedoch andere, weniger strenge Voraussetzungen aufstellt und auch Fahrlässigkeitsaspekte mit einbezieht (siehe Abs. 2), die in Art. III.-3:302 Abs. 2 DCFR nicht enthalten sind und auch nach der Logik des DCFR eher im Rahmen des Schadensersatzes zu berücksichtigen wären,⁸⁴⁷ was wohl der Tatsache geschuldet ist, dass Art. III.-3:104 DCFR dem Art. 79 Abs. 1 CISG nachgebildet ist, der speziell auf Schadensersatzansprüche zugeschnitten ist.⁸⁴⁸ Diese Widersprüchlichkeiten bergen das Risiko von Rechtsunsicherheit und sollten in einem Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts bereinigt werden.

Bei der Geltendmachung des Rechtsbehelfs der ‚specific performance‘ ist für den Mieter zudem Abs. 5 zu beachten, der, um die missbräuchliche Geltendmachung zu verhindern, einen etwaigen späteren Schadensersatzanspruch insoweit beschränkt, als der Gläubiger unvernünftiger Weise auf der Erfüllung der Primärverpflichtung beharrt hat. Dieser spezielle Fall der Schadensminderungspflicht des Art. III.-3:704 DCFR kann auch im deutschen Recht – wenngleich nur unter engen Voraussetzungen – über § 254 Abs. 2 BGB als Mitverschulden im Rahmen des Schadensumfangs berücksichtigt werden.⁸⁴⁹ Die Regelung kann nur dann für ein Mobiliarmietrechtsinstrument übernommen werden, wenn die Ausnahme sehr

⁸⁴⁶ DCFR Full Edition I, Art. III.-3:302, Comments B (S. 829).

⁸⁴⁷ Vgl. Schmidt-Kessel, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (75).

⁸⁴⁸ DCFR Full Edition I, Art. III.-3:104, Notes I.1. (S. 788).

⁸⁴⁹ BGH NJW 1989, 290, 291; 1997, 1231, 1232; OLG Naumburg BB 2001, 380; Palandt/Grüneberg, § 254 Rn. 47.

konkret ausgestaltet würde. Insbesondere wäre zu beachten, dass dem Mieter nicht indirekt die Pflicht auferlegt wird, vorschnell Deckungsgeschäfte zu tätigen.

Eine Besonderheit stellt schließlich Absatz 4 dar, der die Geltendmachung der ‚specific performance‘ dann ausschließt, wenn der Mieter die Leistung nicht innerhalb einer vernünftigen Zeit fordert, nachdem er von der ‚non-performance‘ Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen. Auch dieser Ausschluss führt zur Schwächung des Erfüllungsanspruchs und ist in der Sache nicht gerechtfertigt. Zudem besteht diese Mitteilungspflicht zusätzlich zur speziellen mietmangelbedingten Mitteilungspflicht des Art. IV.B.-4:103 DCFR und von ihr unabhängig und trägt zu der Fülle an Mitteilungspflichten des Mieters noch bei.⁸⁵⁰ Dieses Erfüllungsverlangen besteht neben der vorgenannten Pflicht, weil sie sich auch inhaltlich von der bloßen neutralen Mitteilung des Mangels unterscheidet und kann gleichzeitig bzw. zeitlich nach der Mitteilung aus Art. IV.B.-4:103 DCFR erklärt werden.⁸⁵¹

Zwar kennt auch das deutsche Recht ähnliche Ausschlüsse gem. § 242 BGB bzw. § 376 Abs. 1 S. 2 HGB, die Verwirkung ist aber an vergleichsweise wesentlich höhere Anforderungen geknüpft und die Norm des HGB betrifft Kaufleute, nicht Verbraucher, die als Rechtslaien von diesem Ausschluss überrascht werden können, zumal auch unklar ist, wie lange diese Ausschlussfrist genau dauern soll, sodass die Regelung auch aufgrund der hierdurch verursachten unerträglichen Rechtsunsicherheit und des Potenzials für Rechtsstreitigkeiten für Verbrauchermietverträge nicht übernommen werden sollte.

III. Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

Weniger Konfliktpotenzial birgt der spezielle Mietrechtsrechtsbehelf des Art. IV.B.-4:101 DCFR, der dem Mieter im Falle der Mängelhaftigkeit der Mietsache erlaubt, den Mangel selbst zu beheben oder beheben zu lassen und seine Aufwendungen vom Vermieter ersetzt zu verlangen, allerdings nur, wenn dem Vermieter gem. Abs. 2 zuvor nach den Regelungen der Art. III.-3:201 ff. DCFR die Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben wurde und insoweit, als die Aufwendungen vernünftigerweise gemacht werden durften und als der Mieter auch berechtigt wäre, ‚specific performance‘ der Instandhaltungsverpflichtung des Vermieters gem. Art. III.-3:302 DCFR zu fordern. Das bedeutet, dass über die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe hinaus („non-performance“ und Nicht-Ursächlichkeit des Mieters hierfür) auch die weitere Voraussetzung der ‚specific performance‘ Anwendung findet, dass die ‚non-performance‘ des Vermieters nicht entschuldigt sein darf (Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR).

850 Siehe hierzu bereits unter § 10 I. 3. e).

851 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:103, Comments D (S. 1533).

Man könnte die Frage nach dem Anwendungsbereich der Norm stellen, da die Aufwendungen des Mieters typischerweise im Wege des Schadensersatzes gem. Art. III.-3:701, III.-3:702 DCFR zu erstatten wären. Dem Mieter erwächst demgegenüber durch den Aufwendungsersatzanspruch kein Vorteil dergestalt, dass der Anspruch unter einfacheren Voraussetzungen zu erlangen wäre, da über die entsprechende Anwendung des Art. III.-3:302 DCFR ebenso wie für den Schadensersatz die allgemeinen Voraussetzung der Rechtsbehelfe gelten, d.h. eine nicht-entschuldigten „non-performance“ vorliegen muss, die allgemeinen Ausschlussgründe Anwendung finden⁸⁵² und über Absatz 2 auch das Recht zur vorherigen Nacherfüllung zum Tragen kommt. Auch kompensiert die Norm nicht die Defizite des Anspruchs auf „specific performance“ durch ein weitergehendes Selbstvornahmerecht des Mieters bei Mängeln, da er den gleichen Beschränkungen wie Art. III.-3:302 DCFR unterworfen ist. Der DCFR sieht aber den primären Zweck der Norm darin, inhaltlich in zweierlei Hinsicht den Umfang der Aufwendungen zu beschränken, nämlich bezüglich der Art der Verbesserungen, die an der Mietsache vorgenommen werden dürfen (nur im Rahmen dessen, was als Erfüllung verlangt werden könnte), und bezüglich der zu erstattenden Kosten (nur wenn die Aufwendungen vernünftigerweise gemacht werden durften).⁸⁵³ So soll der Mieter keinen Aufwendungsersatz verlangen dürfen, wenn er zum Beispiel Arbeiten von Personen vornehmen lässt, die nicht zur sachgerechten Vornahme der Reparaturen fähig sind, wenn die Kosten für die Reparatur per se überteuert sind oder außer Verhältnis zum Wert der Mietsache stehen.⁸⁵⁴

Im deutschen Recht findet die Regelung des Art. IV.B.-4:101 DCFR ihre Entsprechung im Aufwendungsersatzanspruch des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB bzw. dem subsidiär anwendbaren § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag. Ebenso wie die Norm des DCFR betrifft auch § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Anspruch, der an sich gleichermaßen im Wege des Schadensersatzes gem. § 536a Abs. 1 BGB zu erlangen wäre, da auch Aufwendungen, d.h. freiwillige Vermögensopfer im deutschen Recht als Schaden ersatzfähig sind, wenn der Gläubiger sie für erforderlich halten durfte.⁸⁵⁵ Die Ratio des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB ist daher vor allem, ein Selbstbeseitigungsrecht des Mieters zu normieren, der ja mit der Mängelbeseitigung nicht im eigenen, sondern im Pflichtenkreis des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB tätig wird.⁸⁵⁶ Ferner soll er die Einstandspflicht des Vermieters für Mängelbeseitigungskosten festlegen,⁸⁵⁷ sodass

852 Siehe § 10 I. 2.

853 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments B (S. 1514 f.).

854 Ebd.

855 BGHZ 66, 182, 192 = NJW 1976, 1198; BGHZ 111, 168, 175 = NJW 1990, 2060, 2061 f.

856 BeckOK/Bieder, § 536a Rn. 35.

857 BeckOK-BGB/Wiederhold, § 536a Rn. 24; Staudinger/Emmerich, § 536a Rn. 28 f.; MüKo-BGB/Häublein, § 536a Rn. 2.

ihm in dieser Hinsicht eine ähnliche Funktion wie Art. IV.B.-4:101 DCFR zu kommt. Wie die Norm des DCFR knüpft auch das BGB an ein Vertreten müssen des Vermieters an, indem es den Aufwendungsersatz über die Voraussetzung des Verzugs (§ 286 Abs. 4 BGB) vom Verschulden des Vermieters bezüglich der nicht erfolgten Mängelbeseitigung abhängig macht. Auch das deutsche Recht erlaubt nur den Ersatz von erforderlichen Aufwendungen, d.h. von solchen Aufwendungen, die der Mieter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für angemessen halten durfte, die also nach vernünftiger Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig waren.⁸⁵⁸ Schließlich ist ebenso wie im Zuge des gem. Art. IV.B.-4:101, III.-3:107 DCFR erforderlichen Nacherfüllungsverlangens für den Verzug eine Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB zu verlangen, also eine ernst gemeinte Aufforderung zur Mängelbeseitigung⁸⁵⁹ bzw. deren Entbehrlichkeit nach Absatz 2. Hierbei ist zu beachten, dass dessen Voraussetzungen selten vorliegen werden, da insbesondere für die Mängelbeseitigung keine Zeit nach dem Kalender i.S.d. Nr. 1 bestimmt sein dürfte und an die Ausnahme der Nr. 4 (besondere Gründe aufgrund von Interessenabwägung) hohe Anforderungen zu stellen sind, sodass dieser nur in Extremfällen und beispielsweise dann anzunehmen ist, wenn der Vermieter wissentlich untaugliche Reparaturversuche unternimmt.⁸⁶⁰ Darüber hinaus kann der Mieter auch Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Miet sache notwendig ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB). Im DCFR ist ein vergleichbarer Aufwendungsersatzanspruch für Notmaßnahmen separat in Art. IV.B.-5:105 Abs. 2 DCFR geregelt.

Auch das Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts sollte einen Aufwendungsersatzanspruch enthalten, der sich an den Regelungen des DCFR und des BGB orientiert, die, wie gezeigt, den Aufwendungsersatzanspruch im Wesentlichen unter denselben Voraussetzungen gewähren. Es wäre dabei sinnvoll und der Rechtssicherheit zuträglich, Anhaltspunkte zu geben, wann Aufwendungen „erforderlich“ bzw. „reasonable incurred“ sind, wobei darauf zu achten wäre, einen subjektiv-objektivierten Maßstab zu wählen, um nicht dem Mieter, der häufig als Verbraucher keine Fachkenntnisse über die Miet sache haben wird, das Einschätzungsrisiko aufzuerlegen. Beispielsweise könnte man formulieren: „The expenses are incurred reasonably if and to the extent the lessee, acting according to his best judgement, could consider the expenses to be necessary and expedient at the time they were incurred“. Des Weiteren würde es sich anbieten, klarstellend zu regeln, dass Aufwendungen alleine nach dieser Norm und nicht zusätzlich im Wege des Schadensersatzes zu ersetzen sind, um sicherzustellen, dass die besonderen Anfor-

858 BGH LM Nr. 86 zu § 635 BGB = NJW-RR 1989, 86, 88; LM Nr. 81 zu § 633 BGB = NJW-RR 1991, 789; WuM 2010, 348 Rn. 18 = NZM 2010, 507.

859 LG Duisburg WuM 1999, 112.

860 So beispielsweise AG Wetzlar WuM 2005, 715.

derungen nicht unterlaufen werden. Schließlich wäre es übersichtlicher und anwen-derfreundlicher, den regulären Aufwendungfersatzanspruch und den Aufwen-dungfersatzanspruch für Notmaßnahmen in einer Norm niederzulegen, wie im deutschen Recht geschehen.

2. Grenzen

Denkt man an die Grenzen des Selbstbeseitigungsrechts des Mieters, so drängt sich insbesondere die Frage auf, wie es sich nach beiden Regelungssystemen auswirkt, wenn der Mieter sich über das Nacherfüllungsrecht des Vermieters hinwegsetzt und den Mangel selbst beseitigt, ohne die Erfolglosigkeit der Mahnung bzw. der Fristsetzung abzuwarten, oder gänzlich von beidem absieht. Während in der deut-schen Rechtsliteratur diskutiert wurde, ob man einen Aufwendungfersatz nicht zumindest über § 326 Abs. 2 S. 2 BGB analog gewähren solle, wenn jedenfalls eine Frist gesetzt worden sei und lediglich die übrigen Voraussetzungen der Selbstbesei-tigung nicht vorlägen,⁸⁶¹ bleiben Rechtsprechung und herrschende Meinung bei der Linie, der Aufwendungfersatzanspruch komme nur unter den engen Voraussetzun-gen der §§ 536a Abs. 2 bzw. 539 Abs. 1 BGB in Betracht.⁸⁶² Auch nach dem klaren Wortlaut seines Absatzes 2 kann der Mieter aus Art. IV.B.-4:101 DCFR ohne die vorherige Einräumung seiner Heilungsmöglichkeit keinen Aufwendungfersatz vom Vermieter verlangen. Sämtliche anderen denkbaren Anspruchsgrundlagen scheitern ebenfalls:⁸⁶³ Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag („benevolent intervention in another's affairs“) kommen bereits mangels Anwendbarkeit dieser Normen nicht in Betracht, da diese gem. Art. V.-1:101 DCFR nur dann gegeben ist, wenn der Geschäftsführende mit der überwiegenden Absicht tätig wird, einem anderen einen Vorteil zu verschaffen, was aber der Mieter, der den Mangel in der Regel aus eigenen Motiven beseitigt, nicht erfüllt. Zwar kommt ein Anspruch aus „unjustified enrichment“, was dem deutschen Bereicherungsrecht entspricht, auf Herausgabe der Ersparnis, die der Vermieter dadurch erlangt hat, dass er die Mangelbeseitigung nicht mehr vornehmen muss (weil kein Mangel mehr vorliegt und daher die Vo-raussetzungen der „specific performance“ aus Art. III.-3:302 DCFR nicht mehr vorliegen) in Betracht (Art. VII.-1:101 Abs. 1, VII.-2:101 Abs. 1, VII.-5:102 Abs. 2 lit. a, VII.-5:103 Abs. 2 DCFR). Auch dieser Anspruch müsste jedenfalls durch die Wertung des DCFR aus Art. III.-3:202 DCFR ausgeschlossen werden, der dem

861 Siehe hierzu beispielsweise ausführlich *Arzt*, in: *Börstinghaus/Eisenschmid* (Hrsg.), Fest-schrift für Hubert Blank, S. 5 (15 ff.).

862 BGH NJW 2008, 1216 = NZM 2008, 279; OLG Düsseldorf/ZMR 2008, 279; Schmidt-Fu-pterer/*Eisenschmid*, § 536a Rn. 22, 27, 29; Jauernig/Teichmann, § 536a Rn. 2; Pa-lant/*Weidenkaff*, § 536a Rn. 15.

863 Vgl. zur eigenmächtigen Mängelbeseitigung im Kaufrecht *Dauner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (152 f.).

Schuldner ausdrücklich ein Heilungsrecht einräumt.⁸⁶⁴ Aufwendungen, die dem Mieter bei der „voreiligen Selbstbeseitigung“ entstehen, sind daher weder nach dem BGB ersatzfähig noch bei entsprechender Auslegung nach dem DCFR. Hierbei sollte es auch für ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts bleiben, wobei zu erwägen wäre, klarstellend aufzunehmen, dass der mietrechtliche Aufwendungsersatzanspruch eine abschließende Regelung darstellt.

Eine Besonderheit des deutsch-rechtlichen Aufwendungsersatzanspruchs und eine weitere Grenze des Aufwendungsersatzanspruchs stellt die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB dar, auf die bereits unter I. 2. c) eingegangen wurde und die für ein Instrument des europäischen Mietrechts nicht übernommen werden sollte.

IV. Minderung

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

Art. IV.B.-4:102 DCFR ist eine mietrechtliche Spezialregelung des im DCFR vorgesehenen allgemeinen, für alle Schuldverhältnisse geltenden Minderungsrechts des Gläubigers aus Art. III.-3:601 Abs. 1 DCFR. Absatz 1 erfüllt klarstellende Funktion, wie die allgemeine Regelung auf Mietverhältnisse, die als Dauerschuldverhältnisse dem Schuldverhältnis in zeitlicher Dimension ein besondere Gepräge geben, anzuwenden ist.⁸⁶⁵ Er konstatiert zum einen, dass die Miete grundsätzlich für die gesamte Zeit gemindert werden kann, während derer der Wert der Leistung des Vermieters vermindert ist (insbesondere auch während des Heilungsversuchs des Vermieters), wobei eine Reduzierung auf Null erfolgen kann, wenn die Mietsache gar nicht verfügbar gemacht wurde (due to delay).⁸⁶⁶ Zum anderen konkretisiert er Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR dahingehend, dass die Minderung insoweit ausgeschlossen ist, als der Wertverlust (nicht wie in der allgemeinen Regel die ‚non-performance‘ des Vermieters generell) durch den Mieter verursacht wurde.

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Minderung des DCFR als genereller Rechtsbehelf bei verzögerter⁸⁶⁷ oder mangelhafter Leistung konzipiert ist, wohingegen sie im deutschen Recht auf bestimmte Vertragstypen und diesbezüglich die Mängelge-währleistung beschränkt ist. Ein solch generelles Konzept der Minderung bietet für den Gläubiger unzweifelhaft den Vorteil, dass er zur Geltendmachung seiner An-sprüche nicht zwingend den Weg des Schadensersatzes beschreiten muss und es

864 Siehe hierzu die Argumentation von *Dauner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (152), der aufgrund der Annahme inhaltlicher Kohärenz des DCFR zuzustimmen ist.

865 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:102, Comments (S. 1527).

866 Ebd.

867 Trotz des missverständlichen Wortlauts ‚terms not conforming to the terms regulating the obligation‘ erfasst die allgemeine Minderung des Art. III.-3:601 DCFR auch Leistungsver-zögerungen, DCFR Full Edition I, Art. III.-3:601, Comments A (S. 910).

daher ermöglicht, verschuldensunabhängig die ursprüngliche Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung zu bewahren.⁸⁶⁸ Ein Nachteil ist jedoch, dass es schwer möglich ist, eine allgemeine Regelung zur Minderung zu schaffen, die allen denkbaren Vertragstypen und Konstellationen gerecht wird, was u.a. die Existenz der Spezialregelung des Art. IV.B.-4:102 DCFR zur Minderung in Mietverträgen belegt. Für ein europäisches Mobiliarmietrechtinstrument stellt sich aufgrund des auf das Mietrecht begrenzten Anwendungsbereichs freilich die Frage der Sinnhaftigkeit eines allgemeinen Minderungsrechts nicht.

Ein weiterer augenfälliger Unterschied zur Minderung nach deutschem Recht ist, dass § 536 Abs. 1 S. 1 BGB die Überlassung der Mietsache voraussetzt und damit in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Überlassung der Mietsache keine Anwendung findet, während der DCFR die Minderung auch bei verspäteter Überlassung der Mietsache zulässt. Welcher Rechtsbehelf im deutschen Recht zur Anwendung kommt, wenn der Vermieter seiner Überlassungspflicht nicht pünktlich nachkommt, hängt davon ab, wie der konkrete Mietvertrag ausgestaltet ist.⁸⁶⁹ Handelt es sich um ein absolutes Fixgeschäft, bei dem der Zeitpunkt der Leistungserbringung von einer solchen Relevanz ist, dass die spätere Leistung nicht mehr als die geschuldete betrachtet werden kann,⁸⁷⁰ beispielsweise die Miete eines Brautkleids, wird die Verzögerung zur (Teil-)Unmöglichkeit führen. Für die Zeit, während derer die Überlassung gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wird, erlischt damit grundsätzlich auch der Zahlungsanspruch des Vermieters gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Einen durch die Verzögerung entstandenen Schaden kann der Mieter dann gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 bzw. § 311a Abs. 3 BGB geltend machen bzw. er kann gem. § 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten. Kann aber nach der vertraglichen Vereinbarung die Leistung grundsätzlich nachgeholt werden, was meist bei der kurzfristigen Miete beweglicher Sachen der Fall sein wird, etwa indem die „verpasste“ Zeitspanne am Ende angehängt wird, liegt hingegen bloßer Verzug vor. Soll beispielsweise eine Maschine für einen bestimmten, zum Zeitpunkt der Überlassung zu entrichtenden Mietzins für zwei Wochen vermietet werden, wobei das Geschäft nicht mit der rechtzeitigen Lieferung stehen und fallen soll und gerät der Vermieter mit der Überlassung der Maschine in Rückstand, kann der Mieter gem. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB die Zahlung so lange verweigern, bis die Überlassung erfolgt. Er kann darüber hinaus gem. §§ 280 Abs. 1, 2 286 bzw. § 281 BGB einen etwa entstandenen Verzugsschaden liquidieren oder gem. § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag nach erfolgloser Nachfristsetzung zurücktreten.

Zwar ist der Mieter auch nach dem BGB gegen eine verspätete Leistung des Vermieters aufgrund der Möglichkeit des Zurückbehaltungsrechts geschützt, sodass

868 Schmidt-Kessel, in: Schulze (Hrsg.), New Features in Contract Law, S. 183 (191).

869 Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu § 536 Rn. 12; MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535-§ 548 Rn. 20.

870 Statt aller MüKo-BGB/Ernst, § 275 Rn. 46.

man durchaus der Auffassung sein kann, einer Minderung vor Überlassung der Mietsache bedürfe es nicht.⁸⁷¹ Die Lösung des DCFR gewinnt aber besonders für Verbrauchermietverträge dadurch an Attraktivität, dass sie zum einen einfacher ist als die zugegebenermaßen sehr dogmatische und nach Art der Schuld differenzierende deutsche Lösung: Sie bildet konsequent die Werterelation zwischen Leistung und Gegenleistung ab, indem sie die Zahlungspflicht des Mieters entsprechend verringert, wenn er eine geringwertige Leistung erhält, und völlig verneint, d.h. mit null beziffert, wenn ihm überhaupt keine Leistung zukommt. Dieser Ansatz ermöglicht dem Mieter auch, den Weg über den Schadensersatz und dementsprechend das Verschuldenserfordernis und die sonstigen Verzugsvoraussetzungen zu vermeiden. Diese Lösung stellt ihm zudem unkompliziert ein wirksameres Druckmittel für die rechtzeitige Leistung beiseite, als es über § 320 BGB erfolgen kann, da dieser als dilatorische Einrede⁸⁷² niemals das Erlöschen des Anspruchs auf die zurückbehaltene Leistung bewirken kann.⁸⁷³ Auch der Schadensersatzanspruch kann dies bei fehlender Beweisbarkeit seiner Voraussetzungen nicht kompensieren. Das Konzept des DCFR erhöht daher vergleichsweise den Anreiz für den Vermieter, rechtzeitig zu leisten, was insbesondere in Verbraucherträgen, die sich gegen Leistungsausfall typischerweise schlechter absichern können, wünschenswert ist und in ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts übernommen werden sollte.

a) Minderungsrecht

Das mietrechtliche Minderungsrecht im DCFR ist gem. Art. IV.B.-4:103, III.-3:601 DCFR an folgende Voraussetzungen geknüpft: Die verspätete oder mangelhafte Leistung des Vermieters, wobei es unerheblich ist, ob diese „non-performance“ entschuldigt ist oder nicht (Art. III.-3:101 Abs. 2 DCFR), infolge dieser „non-performance“ eine Wertminderung der Mietsache und diese Wertminderung darf nicht durch den Mieter selbst verursacht worden sein. Abweichend von der „allgemeinen“ Minderung nach Art. III.-3:601 DCFR, deren zusätzliche Voraussetzung ist, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung gesetzt (Art. III.-3:202 DCFR) und deren fruchtlosen Ablauf abgewartet hat (Art. III.-3:204 DCFR), kann der Mieter gem. Art. IV.B.-4:102 Abs. 2 DCFR bereits während der Heilungsphase bzw. Phase der nachträglichen Leistungserbringung mindern. Die mietrechtliche Minderung ist daher weitergehend als die des allgemeinen Teils. Der Grund hierfür ist, dass die Leistung des Vermieters an eine Zeitspanne gebunden ist, d.h. darin besteht, während der gesamten Mietzeit den Gebrauch zu gewähren (und nicht ein punktuell wirkendes

871 So MüKo-BGB/*Häublein*, Vorbem. zu § 535-§ 548 Rn. 11.

872 BGH NJW 1982, 874, 875; NJW 1999, 53, 54; MüKo-BGB/*Emmerich*, § 320 Rn. 1; BeckOGK/*Schmidt*, § 320 Rn. 8.

873 Sobald die Einrede entfällt, muss die zurückbehaltene Miete nachbezahlt werden, *BGHZ* 127, 245, 253 = *NJW* 1995, 254; *LG Berlin GE* 1995, 821, 823.

Ergebnis geschuldet ist, wie beispielsweise die Übereignung der Kaufsache beim Kaufvertrag).⁸⁷⁴ Ausgeschlossen ist die Minderung gem. Absatz 3 ggf. nur für den Zeitraum, in dem er gem. Art. IV.B.-4:103 Abs. 1 DCFR unvernünftiger Weise die erforderliche Anzeige des Mangels nicht vorgenommen hat (siehe hierzu bereits detailliert I. 2. oben).

Das Minderungsrecht steht dem Mieter daher im Wesentlichen unter denselben (geringen) Voraussetzungen zu, wie das entsprechende Recht im deutschen Mietrecht. Diese Gestaltung sollte auch für ein Instrument des europäischen Mietrechts übernommen werden, insbesondere die Möglichkeit zur Minderung auch während der Phase der Nacherfüllung. Denn dadurch wird der Tatsache Rechnung getragen, dass primär der Vermieter die Verantwortung für die Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit der Mietsache trägt. Die Minderung stellt zudem in der Praxis das effizienteste Recht des Mieters dar, um sich gegen Schlechtleistungen des Vermieters zur Wehr zu setzen, da sie unter geringen Voraussetzungen zu erlangen ist und für den Vermieter einen wirksamen Anreiz zur Behebung des Missstands schafft, und sollte daher vor allem Verbrauchern möglichst umfassend zur Verfügung stehen.

b) Minderungserklärung

Die Minderung nach dem DCFR ist, anders als nach dem § 536 Abs. 1 S. 1 BGB, demzufolge sie *ipso iure* eintritt⁸⁷⁵ („ist [...] von der Entrichtung der Miete befreit“), als Gestaltungsrecht des Mieters konzipiert.⁸⁷⁶ Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des Art. III.-3:601 DCFR („may reduce the price“), der parallel hierzu formulierte Art. IV.B.-4:102 Abs. 1 DCFR („may reduce the rent“) sowie dessen Absatz 3 („the right to reduce the rent“), die die Notwendigkeit eines aktiven Tun des Mieters implizieren. Auch der Wortlaut des Art. III.-3:601 Abs. 2 DCFR („is entitled to reduce the price“) ist nicht zwingend dahingehend zu interpretieren, die Rückforderung einer Überzahlung sei auch ohne vorherige Ausübung eines Minderungsrechts zulässig,⁸⁷⁷ sondern könnte auch als „has reduced the price under the preceding paragraph“ verstanden werden. Hierfür spricht auch die Regelung des Art. 120 CESL-VO, die dieselben Formulierungen wie der DCFR benutzt und die eindeutig als Gestaltungsrecht verstanden werden will.⁸⁷⁸ Auch aus der Systematik des DCFR kann kein gegenteiliger Schluss gezogen werden: Das Fehlen einer Art. III.-3:507

874 Vgl. DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:102, Comments (S. 1527).

875 St. Rspr. BGH NJW 1987, 432, 433 = LM § 537 BGB Nr. 37; NJW-RR 1991, 779; NZM 2012, 109, 110.

876 A.A. Faust, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 19 (20 f.); Dauner-Lieb/Quecke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (155 ff.).

877 So Dauner-Lieb/Quecke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (155 ff.).

878 CESLComm/Zoll, Art. 120 Rz. 3.

Abs. 1 DCFR (*Notice of termination*) entsprechenden Vorschrift bedeutet nicht zwingend, dass es sich um einen bewussten Unterschied handelt, sodass es der ‚notice‘ bei der Minderung nicht bedürfe.⁸⁷⁹ Diese Abweichung kann sich auch aus dem Zweck der Regelung des Art. III.-3:507 DCFR erklären, welche dazu dient, dem Erfordernis der ‚notice‘ in Absatz 1 den Fall des Absatzes 2 gegenüberzustellen, demzufolge es in bestimmten Fällen keiner weiteren ‚notice‘ bedarf. Bei der Minderung hingegen gibt es derartige Ausnahmen nicht, weshalb man eventuell keinen Bedarf für eine entsprechende Regelung sah. Auch das Argument, wenn man die Minderung als Gestaltungsrecht begriffe, entstünde der unerträgliche Zustand, dass dieses Recht nicht von der Verjährung erfasst werde, wenn sie aber automatisch eintrete, so sei sie über die Verjährbarkeit des Zahlungsanspruches, an den sie gekoppelt sei, ebenfalls verjährbar,⁸⁸⁰ verfängt nicht. Laut der *Comments*⁸⁸¹ soll die Minderung bewusst nicht von der Verjährung erfasst sein, was aber durch die Möglichkeit der Verwirkung gem. Art. III.-1:103 Abs.1 DCFR ausreichend kompensiert werde. Schließlich spricht auch das System der Rechtsbehelfe des DCFR, nach dem jeder einzelne Rechtsbehelf, selbst die Erfüllung, zu ihrer Durchsetzung eines aktiven Tätigwerdens des Schuldners bedarf und in dem ein *ipso iure* eintretendes Recht ein Fremdkörper wäre, für die Qualifikation der Minderung als Gestaltungsrecht.

Das deutsche Minderungskonzept, das die Minderung kraft Gesetzes automatisch eintreten lässt, sobald und solange die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch einen Mangel der Mietsache eingeschränkt oder aufgehoben ist, ist vergleichsweise mieterfreundlicher. Denn im Prozess genügt der Mieter seiner Darlegungslast bereits mit der Darlegung des konkreten Mietmangels, wohingegen er die Erklärung der Minderung, das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung oder einen bestimmten Minderungsbetrag nicht darzulegen braucht,⁸⁸² da dieser vom Gericht ggf. gem. § 287 ZPO geschätzt werden muss.⁸⁸³ Das europäische Mietrechtsinstrument sollte dem deutschen Konzept aus diesen Gründen, aber auch deshalb folgen, weil die Lösung des DCFR, eine Minderungserklärung zu verlangen, die Minderung dann aber für die gesamte Dauer des Bestehens des Mangels (und nicht erst ab der Erklärung) zu gewähren, inkonsistent ist.

879 Faust, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 19 (20); Dauner-Lieb/Quecke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (157).

880 So die m.E. zweifelhafte Argumentation von Dauner-Lieb/Quecke, in: Schulze (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (156).

881 DCFR Full Edition II, Art. III.-7:101, *Comments C* (S. 1140).

882 BGH, NZM 2012, 109, 110; BGH, NJWE-MietR 1997, 202 = ZMR 1997, 567 = WuM 1997, 488 m.w.N.

883 Vgl. BGH ZMR 1985, 403 = WM 1985, 1213.

2. Rechtsfolge

Gem. Art. IV.B.-4:102 i.V.m. III.-3:601 Abs. 1 S. 2 DCFR wird die Minderung nach dem Verhältnis des Wertes der mangelhaften Leistung im Leistungszeitpunkt im Verhältnis zum Wert der mangelfreien Leistung errechnet, und damit sehr ähnlich § 536 Abs. 1 BGB („angemessen herabgesetzte Miete“),⁸⁸⁴ und orientiert sich bei Nicht-Verfügbarkeit der Mietsache an den Zeitabschnitten, für die die Miete zu zahlen ist.⁸⁸⁵

Der Rückzahlungsanspruch bei Zahlung aufgrund der Minderung nicht geschuldetter Miete, der sich im deutschen Recht aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bzw. im Falle des Entstehens des Mangels nach Zahlung aus S. 2 Alt. 1 ergibt,⁸⁸⁶ folgt im DCFR aus Art. III.-3:601 Abs. 2 DCFR. In diesem Vergleich offenbart sich aber zugleich die Schwäche der dogmatischen Konstruktion der Minderung *ex lege*; denn die folgerichtige Rückforderung über das Bereicherungsrecht eröffnet dem Vermieter als Bereicherungsschuldner die Möglichkeit, der Rückforderung des Mieters die Einrede der Entreicherung aus § 818 Abs. 3 BGB entgegenzuhalten.⁸⁸⁷ Entschlösse man sich daher, den deutschen Ansatz zur Grundlage eines Verbrauchervertragsrechtsinstruments zu machen, um dies mieter- und damit verbraucherfreundlich auszugestalten, so wäre insbesondere darauf zu achten, auch die Details des Rückzahlungsanspruchs zu regeln, um den Mieter nicht eventuell ergänzend anwendbaren nationalen Bereicherungsansprüchen und deren Schwächen auszusetzen.

Zuletzt sei noch erwähnt, dass Art. III.-3:601 Abs. 3 DCFR explizit anordnet, dass derselbe Schadensposten nicht sowohl im Wege der Minderung als auch des Schadensersatzes geltend gemacht werden kann (was bereits aus Art. III.-3:102 DCFR folgt), aber dass er für darüberhinausgehende Schäden Schadensersatz beanspruchen kann. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Nebeneinanders von Schadensersatz und Minderung drückt § 536a BGB aus, indem er die Geltendmachung von Schadensersatz „unbeschadet der Rechte aus § 536 BGB“ ermöglicht. Freilich trifft auch dies nur für von der Minderung noch nicht erfasste, weitergehende Schäden zu, da auch im Schadensersatzrecht des BGB eine Doppelkompensation des Gläubigers vermieden werden soll.⁸⁸⁸ Auch für ein Mietrechtsinstrument böte sich eine solche Klarstellung an.

⁸⁸⁴ Zur genauen Berechnung siehe Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 54 ff.

⁸⁸⁵ DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:102, Comments (S. 1527).

⁸⁸⁶ Siehe MüKo-BGB/Häublein, § 536 Rn. 28.

⁸⁸⁷ Teilweise wurde daher eine analoge Anwendung des § 441 Abs. 4 BGB gefordert, der einen vertraglichen Rückforderungsanspruch vorsieht, siehe nur *Derleder*, NZM 2002, 676 (677), die jedoch mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht möglich ist.

⁸⁸⁸ Siehe beispielsweise BGHZ 92, 177, 180 = NJW 1985, 132 zum Schadensersatzanspruch im Reiserecht.

V. Zurückbehaltungsrecht

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

Der Rechtsbehelf des Zurückbehaltungsrechts ist in Art. III.-3:401 DCFR geregelt und unterliegt keinen mietrechtlichen Modifikationen. Er entspricht weitgehend der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in §§ 320 f. BGB, wobei sich kaum bemerkenswerte Besonderheiten ergeben und sollte nach dem Vorbild dieser Normen auch in ein europäisches Vertragsinstrument übernommen werden.

Hinter beiden Normen steht zunächst dieselbe Ratio: Zum einen erfüllen sie eine Sicherungsfunktion insofern, als sie die leistungsbereite und -fähige Partei davor bewahren, selbst zu leisten, ohne die Gegenleistung zu erhalten und damit unbescherten Kredit zugunsten der anderen Partei zu gewähren. Zum anderen kommt ihnen eine Durchsetzungsfunktion zu, indem dem Schuldner ein Druckmittel zur Durchsetzung seines Anspruchs auf die Gegenleistung an die Hand gegeben wird.⁸⁸⁹

Beide setzen ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus,⁸⁹⁰ die Nichtleistung des Schuldners sowie das Nichtbestehen einer Vorleistungspflicht desjenigen, der das Zurückbehaltungsrecht ausüben möchte, Art. III.-3:401 Abs. 1 DCFR bzw. § 320 Abs. 1 S. 1 HS. 2 BGB. Bei der Mobiliarmiete ist zwar nach der gesetzlichen Grundregel meist nicht von einer Vorleistungspflicht des Mieters bezüglich seiner Zahlungsverpflichtung auszugehen (siehe bereits § 8 I. 2.), sollte diese aber dennoch vertraglich vereinbart sein, kann der Mieter seine Leistung gem. Art. III.-3:401 Abs. 2 DCFR bzw. § 321 Abs. 1 S. 1 BGB dennoch zurück behalten, wenn und solange er vernünftige Gründe zur Annahme hat, der Vermieter werde seine Pflicht nicht erfüllen. Dieses Zurückbehaltungsrecht entfällt jedoch in dem Moment, in dem Sicherheit für die Gegenleistung geleistet wird (Satz 2 der jeweiligen Norm).

Ebenso wie auf die Minderung kann auf das Zurückbehaltungsrecht nach dem DCFR jederzeit, d.h. nicht nur vor Überlassung der Mietsache, sondern auch vor und während Nachfristsetzung bei Schlechtleistung (siehe Art. III.-3:202 Abs. 2, III.-3:204 Abs. 1 und III.-3:103 Abs. 1 DCFR) und in Kombination mit den anderen Rechtsbehelfen zurückgegriffen werden (Art. III.-3:102 DCFR). Auch im

⁸⁸⁹ Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-1:104, Comments B (S. 1450); Für das BGB BGH NJW 2002, 3541, 3542; MüKo-BGB/Emmerich, § 320 Rn. 1; Staudinger/Schwarze, § 320 Rn. 3.

⁸⁹⁰ Beachte die Definition der ‚reciprocal obligation‘ im DCFR, insbesondere lit. c, wonach Gegenseitigkeit insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die Verpflichtungen so deutlich miteinander verbunden sind, dass die Erfüllung der einen vernünftigerweise als von der Erfüllung der anderen abhängig betrachtet werden muss. Dies entspricht auch dem Verständnis des BGB von dem Begriff des Synallagmas i.S.e. Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnisses, S. MüKo-BGB/Emmerich, § 320 Rn. 22.

deutschen Recht ist das Zurückbehaltungsrecht stets und neben den anderen Rechtsbehelfen zulässig, insbesondere kommt ihm Bedeutung neben der Minderung zu, da der Mieter diese bezüglich des Restbetrages der fälligen Miete, die nicht von der Minderung erfasst ist, einsetzen kann, um den Vermieter zusätzlich zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.⁸⁹¹

2. Grenzen

Aufgrund seiner Natur als Druckmittel zur Leistungserbringung durch den Schuldner entfällt das Zurückbehaltungsrecht in beiden Regelungssystemen in dem Moment, in dem der Schuldner leistet.⁸⁹² Wurde die Mietsache also nicht zum vereinbarten Zeitpunkt überlassen, dann kann der Mieter die Miete nur solange zurück behalten, bis der Vermieter die Mietsache schließlich bereitstellt. Nach dem DCFR, der die Minderung auch im Falle der Leistungsverzögerung zulässt (siehe IV. 1.), kann der Mieter in diesem Fall aber seinen Anspruch auf Minderung bzw. seinen Schadensersatzanspruch zumindest gegen einen Teil des dann wieder durchsetzbaren Zahlungsanspruchs aufrechnen,⁸⁹³ eine Möglichkeit, die auch im deutschen Recht, allerdings nur mit etwaigen Schadensersatzansprüchen, besteht.

Nach dem BGB ist das Zurückbehaltungsrecht zudem analog § 536c Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel zuvor dem Vermieter nicht angezeigt hat oder der Mangel diesem sonst bekannt ist, da sonst das Zurückbehaltungsrecht seine Druckfunktion nicht entfalten kann.⁸⁹⁴ Dasselbe ergibt sich für den DCFR aus Art. IV.B.-4:103 DCFR und Art. III.-3:107 DCFR. Darüber hinaus kennt das BGB noch weitere Ausschlussgründe, die der Rechtsnatur des Zurückbehaltungsrechtes geschuldet sind: So soll das Zurückbehaltungsrecht, da es seine Funktion verliert, ferner dann erloschen, wenn der Mieter deutlich gemacht hat, dass er an der Erfüllung kein Interesse mehr hat, z.B. durch fristlose Kündigung des Mietverhältnisses.⁸⁹⁵ Der Mieter ist auch dann an der Geltendmachung der Einrede gehindert, wenn der Mieter selbst in erheblichem Maße gegen seine Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis verstochen hat, der sogenannte *tu quoque*-Einwand, der aus § 242 BGB in der Ausprägung des Verbots des *venire contra*

891 BGHZ 84, 42, 45 f. = NJW 1982, 2242; BGHZ 127, 245, 253 = NJW 1995, 254, 255; NJW-RR 2003, 873, 874 = NZM 2003, 437.

892 Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments A (S. 1512). Für das BGB MüKo-BGB/Häublein, Vorbem. zu § 535-§ 548 Rn. 15; Jauernig/Stadler, § 320 Rn. 12.

893 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:102, Comments (S. 1527).

894 BGH NZM 2011, 179 Rz. 12; BeckOGK/Bieder, § 536 Rn. 30; Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 59.

895 BGH LM Nr. 20 = NJW 1982, 874, 875; LM ZPO § 448 Nr. 7 (Bl. 4) = NJW 1989, 3222, 3224.

factum proprium folgt.⁸⁹⁶ Diese Beschränkungen dürften auch nach den Wertungen des DCFR i.R.d. Art. III.-1:103 DCFR Anwendung finden bzw. müssten aufgrund des identischen Normzwecks auch Art. III.-3:401 DCFR inhärent sein.

Das Zurückbehaltungsrecht wird schließlich durch Art. III.-3:401 Abs. 4 DCFR beschränkt, der die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nur insoweit zulässt, als es den Umständen nach angemessen (‘reasonable’ i.S.d. Art. I.-1:104 DCFR) ist. Der Mieter kann also nur so viel von der Leistung zurückhalten, dass eventuelle Schadensersatzansprüche wegen der ‚non-performance‘ des Vermieters abgesichert sind.⁸⁹⁷ Auch § 320 Abs. 2 BGB, der eine ähnliche Regelung für den speziellen Fall der Teilleistung trifft, begrenzt in dieser Hinsicht den Umfang des Zurückbehaltungsrechts. Beide Regelungen sind Ausprägung des Gebotes von Treu und Glauben (§ 242 BGB bzw. III.-1:103 DCFR).⁸⁹⁸

Das Zurückbehaltungsrecht eines Instruments des europäischen Mietrechts sollte grundsätzlich den beschriebenen Regelungen nachgebildet werden, hierbei wäre im Bestreben, maximale Rechtssicherheit zu schaffen, allerdings darauf zu achten, die genannten Ausnahmen ausdrücklich zu normieren.

VI. Beendigung

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

Ein Rechtsbehelf des Mieters, der für das Mietverhältnis von essentieller Bedeutung ist (siehe bereits § 6 II. oben), ist sein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses. Der DCFR sieht ein solches Recht nur in seinem allgemeinen Teil und zwar in Art. III.-3:501 ff. DCFR vor, regelt also kein spezielles Recht der Kündigung von Mietverhältnissen, was angesichts dieser Bedeutung und der im Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis geltenden Besonderheiten überrascht. Der DCFR gibt dem Gläubiger nur eine einzige Möglichkeit der Beendigung an die Hand, die für jede Art von vertraglichem Schuldverhältnis Anwendung findet. Da die ‚termination‘ also sowohl den allgemeinen Rücktritt als auch die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen erfasst, wird im Folgenden der auch vom DCFR vor diesem Hintergrund bewusst neutral gehaltene Begriff⁸⁹⁹ der „Vertragsbeendigung“ verwendet.⁹⁰⁰

896 Statt aller MüKo-BGB/*Emmerich*, § 320 Rn. 28.

897 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments A (S. 1512).

898 Zum DCFR DCFR Full Edition I, Art. III.-3:401, Comments C (S. 844). Im BGB ergibt sich dies bereits auch dem Wortlaut des § 320 Abs. 2 BGB, siehe aber auch MüKo-BGB/*Emmerich*, § 320 Rn. 39, 41.

899 Er soll zugleich sprachlich die *ex nunc*-Wirkung der Beendigung zum Ausdruck bringen, DCFR Full Edition I, Art. III.-3:501, Comments C (S. 851).

900 Der von *Leible*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 97 (102 ff.) vorgeschlagene Begriff „Vertragsaufhebung“ kann zu

Das BGB stellt ein ausdifferenziertes System von Rechtbehelfen zur Vertragsbeendigung bei Leistungsstörungen bereit: Danach ist zunächst der Rücktritt gem. § 323 Abs. 1 BGB bzw. § 326 Abs. 4, 5 BGB möglich mit der Folge, dass das Schuldverhältnis in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestaltet wird und eine Rückabwicklung über §§ 346 ff. BGB erfolgt. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat mit § 314 BGB speziell für Dauerschuldverhältnisse ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht als *lex specialis*⁹⁰¹ zu den genannten Rücktrittsrechten geschaffen, um die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätzen zu kodifizieren⁹⁰² und ihrer Relevanz in der Praxis Rechnung zu tragen.⁹⁰³ Dieses tritt bei nicht vollzogenen Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts und sieht im Grundsatz keine Rückabwicklung der erbrachten Leistungen vor.⁹⁰⁴ Schließlich wurde durch die Mietrechtsreform der wiederum als speziellere Regelung dem § 314 BGB vorrangige § 543 BGB eingeführt, der verschiedene mietrechtliche Einzelnormen sowie die Grundsätze der Rechtsprechung vereinte, nach denen Dauerschuldverhältnisse einschließlich der Miete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden konnten, wenn durch besonders schwerwiegenende Pflichtverletzungen das Vertrauensverhältnis zwischen Parteien derart gestört war, dass dem anderen Teil die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden konnte.⁹⁰⁵ Auch im DCFR finden sich Spezialregelungen, die eigentlich den Besonderheiten von Teilleistungen Rechnung tragen sollen, sich aber auch auf Dauerschuldverhältnisse anwenden lassen („obligations under the contract are to be performed in separate parts or are otherwise divisible“), wenn man die periodischen Leistungen im Dauerschuldverhältnis als „performance in separate parts“ begreift. So sieht der DCFR beispielsweise im Falle von teilbaren Leistungen die Möglichkeit einer Kündigung des Schuldverhältnisses als Ganzes vor, wenn dem Gläubiger die Annahme weiterer Leistungen nicht zugemutet werden kann (Art. III.-3:506 Abs. 2 lit. b DCFR) und nimmt Teile der Leistung von der Rückabwicklung aus, die selbst vertragsgemäß waren und denen eine vertragsgemäß Leistung des anderen Teils gegenübersteht (Art. III.-3:511 DCFR).

Missverständen führen, da er dem deutschen Rechtsanwender suggeriert, es handle sich im eine einverständliche Beendigung des Mietverhältnisses.

901 Erman/Böttcher, § 314 Rn. 18; Palandt/Grüneberg, § 314 Rn. 12; Jauernig/Stadler, § 314 Rn. 2

902 Vgl. nur BGHZ 29, 171, 172 = NJW 1959, 875; BGHZ 41, 104, 108 = NJW 1964, 1129; BGHZ 133, 316, 320 = NJW 1997, 1702 jeweils zu folgendem Grundsatz: Dauerschuldverhältnisse sind aus wichtigem Grund kündbar, wenn die Durchführung des Vertrages erheblich gefährdet und daher dem Kündigenden nicht mehr zuzumuten ist.

903 BT-Drucks. 14/6040 S. 177.

904 Hierzu und insbesondere zu den Ausnahmen siehe MüKo-BGB/Bieber, § 543 Rn. 3.

905 MüKo-BGB/Bieber, § 543 Rn. 3.

Die Lösung des DCFR ist auf den ersten Blick einfacher zu handhaben, da es keine konfigurerenden Normen gibt, deren Verhältnis zu klären ist. Andererseits sind aus dem Bestreben, den Anwendungsbereich der Beendigung so weit wie möglich zu gestalten, 14 detaillierte und systematisch nicht leicht zu überblickende Normen entstanden, was den Erfolg dieses Simplifizierungsversuchs wiederum in Frage stellt. Für ein auf Verbrauchermobiliarmietrecht spezialisiertes europäisches Instrument kann freilich das Verhältnis zu allgemeinen Rücktritts- und Kündigungsrechten außen vor bleiben, sodass es genügt, die Kündigung des Mietverhältnisses in einer Kernvorschrift zu normieren. Diese kann und sollte dann auf die Besonderheiten des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis zugeschnitten werden, ohne dass es des hilfsweisen Rückgriffs auf die Regelungen zur Teilleistung bedarf.

a) Beendigungsrecht

Die Beendigungsgründe des DCFR sind zum einen danach kategorisiert, ob die ‚non-performance‘ wesentlich („fundamental“) ist oder nicht, und zum anderen danach, ob sie bereits eingetreten ist oder ihr Eintritt droht. Liegt eine wesentliche ‚non-performance‘ des Schuldners vor, so kann der Gläubiger ohne weitere Voraussetzungen, d.h. im Falle der Mängelhaftigkeit auch ohne die Einräumung einer Heilungsmöglichkeit (s. Art. III.-3:203 lit. a DCFR),⁹⁰⁶ die Beendigung erklären, Art. III.-3:502 Abs. 1 DCFR. Wesentlichkeit ist gem. Absatz 2 lit. a zum einen dann gegeben, wenn dem Gläubiger substanzell das entgeht, was er nach dem Vertrag zu erhalten erwarten durfte, es sei denn, der Schuldner hat diese Folge nicht vorausgesehen und musste dies auch vernünftigerweise nicht. Nach lit. b liegt sie auch dann vor, wenn die ‚non-performance‘ des Schuldners vorsätzlich oder fahrlässig war und der Gläubiger aufgrund dessen Anlass hat, die Verlässlichkeit einer künftigen Leistung des Schuldners in Frage zu stellen. Im Falle der Leistungsverzögerung ist die Beendigung auch dann möglich, wenn diese nicht den Grad der wesentlichen ‚non-performance‘ erreicht, aber nur unter der zusätzlichen Voraussetzung der Setzung einer angemessenen Nachfrist zur Leistungserbringung (Art. III.-3:503 Abs. 1 DCFR). Nach Art. III.-3:504 und Art. III.-3:505 DCFR ist eine Beendigung bereits bei drohender ‚non-performance‘ möglich, wenn diese vom Schuldner angekündigt wird, ihr künftiger Eintritt offensichtlich ist oder wenn der Gläubiger den Eintritt der ‚non-performance‘ vernünftigerweise befürchtet und er auf seine Aufforderung hin nicht innerhalb angemessener Zeit eine adäquate Sicherheit für die Leistung erhält.

Strukturell unterscheidet sich § 543 BGB von den Beendigungstatbeständen des DCFR insofern, als er generell für jede Kündigung einen wichtigen Grund verlangt

906 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:502, Comments C (S. 856).

(Absatz 1) und im Grundsatz gem. Absatz 3 immer⁹⁰⁷ zusätzlich den erfolglosen Ablauf einer Fristsetzung (bzw. eine erfolglose Abmahnung), bevor die Kündigung erfolgen darf, wodurch das Recht des Vermieters zur zweiten Andienung abgesichert wird. Auch Fälle der vorfälligen Erfüllungsgefährdung, wie im DCFR unter Art. III.-3:504 und Art. III.-3:505 DCFR geregelt, sind im deutschen Recht ohne weiteres unter § 543 Abs. 1 BGB zu subsumieren.⁹⁰⁸ Denn diese Norm findet bereits vor Überlassung der Mietsache Anwendung⁹⁰⁹ und verdrängt somit als Spezialnorm auch § 323 Abs. 4 BGB.⁹¹⁰

Die Frage, ob Art. III.-3:502 ff. DCFR oder § 543 BGB höhere Hürden für die Kündigung des Mietverhältnisses aufstellen, kann keiner definitiven Antwort zugeführt werden, da dies von der Bedeutung des Merkmals der Wesentlichkeit der ‚non-performance‘ abhängt, die aber schwer zu fassen ist, da es sehr vom einzelnen Mietvertrag abhängt, was der Mieter als Leistung erwarten durfte, und zudem (für lit. a) noch vom subjektiven Element der Vorhersehbarkeit für den Vermieter.⁹¹¹ Laut der *Comments* soll für diese Frage in Mietverhältnissen, in denen aufgrund des Charakters als Dauerschuldverhältnis stets künftige Leistungen zu erbringen sind, vor allem der Leistungsprognose eine besondere Bedeutung zukommen, d.h. vorliegend der Einschätzung der künftigen Zuverlässigkeit der Leistung des Vermieters: Sie wird nicht nur im Rahmen von Art. III.-3:502 Abs. 2 lit. b DCFR relevant, sondern sie soll auch maßgeblich für die Einschätzung sein, ob dem Mieter nach lit. a substanzell das entgeht, was er nach dem Mietvertrag erwarten durfte.⁹¹² Es bleibt also zunächst festzuhalten, dass es sowohl nach dem DCFR als auch nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB der Abwägung der beiderseitigen Interessen bedarf und der Tatsache, ob künftige Pflichtverletzungen des Vermieters zu befürchten sind, wesentliche Bedeutung hierbei zukommt. Nach beiden Vorschriften ist auch das Verschulden zu berücksichtigen, allerdings nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden *beider* Vertragsparteien und nicht wie im DCFR nur das des Vermieters. Die Berücksichtigung beiderseitigen Verschuldens erscheint sinnvoller, da sie einer Interessenabwägung bereits implizit ist und auch für die Prognose, ob eine unzumutbare Fortsetzung aufgrund der Zerrüttung des Vertragsverhältnisses anzuneh-

⁹⁰⁷ Absatz 3 erfasst die Verletzung sämtlicher Haupt- und Nebenpflichten aus dem Mietvertrag und damit das Gros dessen, was als wichtiger Grund in Betracht kommt, vgl. Blank/Börstinghaus/Blank, § 543 Rn. 185; Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 73.

⁹⁰⁸ BGH NJW 2005, 2552, 2553 f. = NZM 2005, 538, 539 f.; Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 7a.

⁹⁰⁹ BGH NJW-RR 2007, 884, 885; BeckOGK/Mehle, § 543 Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn. 9.

⁹¹⁰ Siehe BeckOGK/Looschelders, § 323 Rn. 8.

⁹¹¹ Vgl. Faust, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 19 (22 f.).

⁹¹² DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments A (S. 1512 f.).

men ist,⁹¹³ von Relevanz ist. Nach der Regelung des DCFR ist das Verschulden des Vermieters zudem als notwendige Voraussetzung ausgestaltet, wobei es in § 543 BGB nur als *ein* Faktor der Abwägung zu berücksichtigen ist⁹¹⁴ und eine fristlose Kündigung sogar völlig unabhängig vom Verschulden des Vertragspartners in Betracht kommen kann.⁹¹⁵

Die wesentliche ‚non-performance‘ des DCFR entspricht also nicht dem wichtigen Grund i.S.d. § 543 BGB und aufgrund des Verschuldenserfordernisses des DCFR scheint zunächst die Schwelle der Kündigung nach § 543 BGB vergleichsweise niedriger zu sein, wobei diese Einschätzung jedoch dadurch relativiert wird, dass es für die Kündigung nach dem BGB grundsätzlich zusätzlich und stets einer vorherigen Nachfristsetzung bedarf, § 543 Abs. 3 S. 1 BGB. Diese entfällt, wenn sie keinen Erfolg verspricht (Absatz 3 Satz 2 Nr. 1), z.B., weil die Beseitigung der Störung aus rechtlichen oder sonstigen Gründen unmöglich ist⁹¹⁶ oder der Vermieter von vornherein eine Abhilfe ernstlich und endgültig verweigert,⁹¹⁷ oder wenn die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (Absatz 3 Satz 2 Nr. 2). Letzteres ist dann der Fall, wenn wegen der Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Folgen für den Kündigenden nur noch die sofortige Vertragsbeendigung in Betracht kommt.⁹¹⁸ Ob in diesen Fällen auch nach dem DCFR eine wesentliche ‚non-performance‘ i.S.d. Art. III.-3:502 DCFR anzunehmen wäre und somit eine Fristsetzung entbehrlich wäre, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalles ab: Je nach Art und Schwere des Mangels und den genauen Umständen (insbesondere Verschulden des Vermieters) kann dem Mieter durch die Unmöglichkeit der Nacherfüllung substanziell, da dauerhaft, das genommen werden, was er nach dem Vertrag zu erwarten hatte, nämlich eine mangelfreie Mietsache (lit. a) bzw. im zweiten Beispiel kann die Weigerung des Vermieters dazu führen, dass der Mieter begründete Zweifel an der künftigen Leistungsbereitschaft des Vermieters hat (lit. b). Auch bei einer besonders schweren Vertragsverletzung hängt es wiederum vom Einzelfall und vom Verschulden des Vermieters ab, ob von einer wesentlichen ‚non-performance‘ auszugehen ist, sodass die Frage nach der höheren Kündigungshürde letztlich nur einzelfallbezogen zu beantworten ist.

913 BGH LM Nr. 3 zu § 589 BGB = NJW 2002, 2168, 2169; NZM 2002, 525, 526 = NJW-RR 2002, 947.

914 Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 6a.

915 BGH LM Nr. 1 zu § 554b BGB = ZMR 1969, 206, 207; LG Berlin WuM 1986, 251; ZMR 2000, 674.

916 BGH WarnR 1969 Nr. 347, 792, 793; OLG Hamm NJW 1989, 2629, 2630; LG Saarbrücken WuM 1995, 159.

917 Siehe beispielsweise BGH LM Nr. 22 zu § 537 BGB = ZMR 1976, 46, 47.

918 Blank/Börstinghaus/Blank, § 543 Rn. 205; Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 81; Häublein, ZMR 2005, 1 (6); Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn. 49.

Nach dem Wortlaut des DCFR scheint die Option der Kündigung bei unwesentlicher ‚non-performance‘ nach Fristsetzung nur im Falle der Leistungsverzögerung zu bestehen, Art. III.-3:503 DCFR. Es stellt sich also die Frage, wie im Falle einer mangelhaften Leistung, die nicht an die Schwelle einer wesentlichen ‚non-performance‘ heranreicht, zu verfahren ist. Ausgangspunkt ist hierbei, dass es auch in diesem Falle für den Gläubiger möglich sein muss, sich vom Vertrag zu lösen.⁹¹⁹ Es bieten sich daher zwei Lösungswege an, wobei in jedem Fall der Mieter zunächst dem Vermieter gem. Art. III.-3:202 DCFR durch Anzeige und Setzung einer Nachfrist Gelegenheit zur Heilung geben muss, so dies nicht gem. Art. III.-3:203 DCFR entbehrlich ist (so insbesondere bei wesentlicher ‚non-performance‘, bei der sich der Mieter dann bereits gem. Art. III.-3:502 Abs. 1 DCFR vom Vertrag lösen kann). Zum einen könnte Art. III.-3:503 DCFR zur Anwendung kommen, wenn man die vertraglich geschuldete Verpflichtung („contractual obligation“) in der Pflicht des Vermieters zur kostenlosen Nacherfüllung aus Art. III.-3:302 Abs. 2 DCFR sieht.⁹²⁰ Genaugenommen wären dann zwei Fristsetzungen nötig, um das Beendigungsrecht auszulösen, einmal die Fristsetzung zur Nacherfüllung, deren Nichteinhaltung dann die Verzögerung mit der Leistung („delay in performance“) bewirkt, und die in Art. III.-3:503 Abs. 1 DCFR zusätzlich vorgesehene Fristsetzung. Der Vorschlag, die Heilungsfrist so auslegen, dass sie zugleich eine Frist zur Erbringung der verzögerten, mangelfreien Leistung beinhaltet und somit nur eine Fristsetzung genügen zu lassen,⁹²¹ ist dogmatisch unsauber, weil erst mit Ablauf der ersten Frist „delay“ eintritt, der dann erst das zweite Fristsetzungserfordernis aus Art. III.-3:503 Abs. 1 DCFR auslöst. Zudem versteht der DCFR, wie auch die Definition von ‚non-performance‘ zeigt, „delay in performance“ stets in Abgrenzung zu „defective performance“ und verwendet konsequent den Oberbegriff, wenn er beide erfassen möchte. Schließlich erscheint die Lösung konstruiert: Der Erklärungswille des Mieters ist in diesem Moment allein darauf gerichtet, der Vermieter möge den bestehenden Mangel erstmalig beheben und nicht auf Nachholung einer verspäteten Leistung. Weniger gezwungen erscheint die Option auch auf diesen Fall Art. III.-3:502 DCFR anzuwenden, der grundsätzlich auch mangelhafte Leistungen erfasst („non-performance“). Ist bereits in der ursprünglichen mangelhaften Leistung eine wesentliche ‚non-performance‘ zu sehen, weil beispielsweise ein nicht nur geringfügiger Mangel der Mietsache besteht, der auch durch Nacherfüllung nicht zu beseitigen ist, oder hat der Vermieter bewusst eine mangelhafte Mietsache geleistet und den Mieter über die Mangelfreiheit getäuscht, so liegt bereits in dieser ersten Leistung eine wesentliche ‚non-performance‘ gem. lit. a bzw. lit. b, aufgrund

919 Hiervon scheinen auch die Ersteller des DCFR auszugehen, DCFR Full Edition I, Art. III.-3:502, Comments C (S. 856).

920 Für die Anwendung des Art. III.-3:503 DCFR auf mangelhafte Leistungen *Faust*, in: *Wagner* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 19 (24).

921 So *Dauner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, S. 135 (155).

derer der Mieter ohne die Notwendigkeit einer Fristsetzung (Art. III.-3:203 lit. a DCFR) die Beendigung erklären kann. Wird ein Mangel, der ursprünglich noch nicht die Wesentlichkeitsgrenze überschritten, jedoch nach Ablauf der gem. Art. III.-3:202 DCFR zu setzenden Nachfrist nicht geheilt, kann dieser zur wesentlichen ‚non-performance‘ i.S.d. Art. III.-3:502 DCFR „erstarken“⁹²² wobei die ‚non-performance‘ im Sinne dieser Norm ebenso wie oben in der Verletzung der Heilungspflicht zu sehen ist. Da bei behebbaren Mängeln die unterlassene Heilung meist auf einem Verschulden des Schuldners beruht⁹²³ und dies bei Mietverhältnissen regelmäßig dazu führen dürfte, dass die künftige Leistung des Schuldners in Frage zu stellen ist, wird meist eine wesentliche ‚non-performance‘ i.S.v. lit. b zu bejahen und eine Beendigung mithin auch wegen ursprünglich unwesentlich mangelhafter Leistung zulässig sein.

Zu beachten ist jedoch, dass beide Wege nur gangbar sind, wenn dem Mieter tatsächlich einen Anspruch auf Heilung i.S.v. Art. III.-3:302 Abs. 2 DCFR gegen den Vermieter hat: Da dieser, wie bereits besprochen, auch nach dem System des DCFR Teil des Anspruchs auf ‚specific performance‘ ist, besteht er in den Fällen des Art. III.-3:302 Abs. 3 und 4 DCFR nicht, d.h. dann nicht, wenn der Anspruch auf ‚specific performance‘ ausgeschlossen ist, und folglich kann auch der Mieter mangels ‚non-performance‘ den Mietvertrag nicht beenden.⁹²⁴ Die bereits unter II. aufgezeigte Schwäche des Erfüllungsanspruchs unter dem DCFR setzt sich mithin auch im Kontext der Vertragsbeendigung fort.

So ansprechend das Konzept des DCFR auf den ersten Blick scheint, die Beendigung für alle Arten von vertraglichen Schuldverhältnissen gemeinsam in einem Regelungskomplex zu kodifizieren, so schnell offenbaren sich auch die Nachteile dieser Vorgehensweise. Das System der Kündigungsgründe im DCFR ist zum einen unnötig kompliziert, wenn man beachtet, dass § 543 BGB in einer einzigen Norm alle vier im DCFR genannten Tatbestände erfasst und die Voraussetzungen der Kündigung zugleich dogmatisch klarer abbildet. Zum anderen ist dem DCFR aber vorzuwerfen, dass er lückenhaft regelt, indem er den Rechtsanwender mit der oben beschriebenen Frage, wie mit nicht wesentlicher ‚non-performance‘ im Falle einer mangelhaften Vermieterleistung umzugehen ist, alleine lässt und damit zu Rechtsunsicherheit führt. Ein weiteres Defizit im Vergleich zu der mietvertragspezifischen Lösung des BGB ist zudem die bereits zuvor angesprochene Unbestimmtheit des Begriffs der Wesentlichkeit der ‚non-performance‘, zu deren Bestimmtheit auch die Definition in Absatz 2 nicht merklich beizutragen vermag. Ein optionales Vertragsrechtsinstrument sollte sich an der vertragsspezifischen Lösung

922 So der Vorschlag von *Dauner-Lieb/Quecke*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 135 (155).

923 Vgl. ebd.

924 So zu Recht die Bedenken von *Faust*, in: *Wagner* (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 19 (24 f.).

des BGB orientieren, das mit den in § 543 Abs. 2 BGB aufgeführten Beispiels- und Regeltatbestände dem Rechtsanwender wichtige Leitlinien für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ an die Hand gibt, wohingegen die Lösung des DCFR – wie auch bei diversen anderen Themenkomplexen zu beobachten – die Ausfüllung dieses Begriffes in weiten Teilen der Rechtsprechung überlässt. Für ein Vertragsrechtsinstrument, das seiner Funktion als Instrument zur Förderung des Handels nicht gerecht werden kann, wenn die Rechtsanwender nicht abschätzen können, welche rechtlichen Risiken und Kostenrisiken in Form von eventuellen Rechtsstreitigkeiten es birgt, ist diese Unsicherheit daher dringend zu vermeiden. Es ist zudem darauf zu achten, alle möglichen Konstellationen der Beendigungsgründe zu erfassen, insbesondere auch die Beendigung bei unwesentlicher mangelhafter Leistung.

b) Beendigungserklärung

Gem. Art. III.-3:507 Abs. 1 DCFR ist zur Ausübung des Beendigungsrechts grundsätzlich wie im deutschen Recht eine Erklärung des Vermieters in Form einer ‚notice‘ i.S.d. Art. I-1:109 DCFR erforderlich. Im deutschen Mobiliarmietrecht sowie nach dem DCFR (Art. I-1:109 Abs. 2 DCFR) kann diese Erklärung formlos erfolgen. Art. III.-3:507 Abs. 2 DCFR sieht zudem die Möglichkeit vor, bereits in der Erklärung, mit der dem Schuldner die Nachfrist zur Leistung gesetzt wird, zu bestimmen, dass das Rechtverhältnis „automatisch“ mit erfolglosem Ablauf dieser Frist beendet werden soll. Genau genommen handelt es sich hierbei nicht wie in den *Comments* dargestellt,⁹²⁵ um eine Ausnahme von Absatz 1, da Absatz 2 nicht die Erklärung der Beendigung entbehrliegt, sondern die Erklärung erfolgt vielmehr unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Frist fruchtlos verstreicht. Absatz 2 erfüllt daher klarstellende Funktion, da die Möglichkeit der aufschiebenden Erklärung des Beendigungsrechts bereits aus Art. III.-1:106 Abs. 1 und 2 DCFR folgt. Auch im deutschen Recht ist die Fristsetzung zusammen mit der Erklärung der Kündigung für den Fall, dass die Abhilfe unterbleibt, als aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB ohne weiteres möglich,⁹²⁶ da es sich hierbei um eine als Potestativbedingung zulässige Bedingung handelt, durch die für den Empfänger der Kündigungserklärung keine ungewisse Lage entsteht.⁹²⁷

Was die Reichweite der Kündigungserklärung betrifft, unterscheidet Art. III.-3:506 DCFR zwischen nicht teilbaren Verpflichtungen (Abs. 1), bei denen die Vertragsbeziehung durch die Kündigung stets als Ganzes beendet wird, und teilbaren Leistungen in Absatz 2, wobei hier wiederum zwischen Verpflichtungen differenziert wird, die (zeitlich) in verschiedene Teilleistungen aufteilbar sind („to be performed

925 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:507, Comments B (S. 879).

926 BGHZ 1997, 263, 267 = NJW 1986, 2245; BGH ZMR 1973, 378, 379; OLG Hamburg NJW-RR 2001, 153.

927 Vgl. MüKo-BGB/Bieber, § 542 Rn. 13; Palandt/Weidenkaff, § 542 Rn. 17.

in separate parts⁹²⁸) oder sonst aufgrund ihres Inhalts teilbar sind (‘otherwise divisible’).⁹²⁸ Für diese Verpflichtungen gilt, dass gem. Absatz 2 lit. a grundsätzlich nur eine auf den jeweiligen Teil bezogene Beendigung zulässig ist und das Vertragsverhältnis als Ganzes nur dann gekündigt werden kann, wenn es dem Gläubiger nicht vernünftigerweise zumutbar ist, die anderen Teile der Leistung anzunehmen, oder der Beendigungsgrund die gesamte Vertragsbeziehung betrifft, Abs. 2 lit. b. Der DCFR lässt also grundsätzlich eine zeitliche sowie eine gegenständliche Aufspaltung des Mietverhältnisses in Teilleistungen zu.

Bei Mietverhältnissen wird in der Mehrheit der Fälle eine zeitlich in Teilleistungen aufspaltbare Verpflichtung vorliegen, sodass grundsätzlich nur bezüglich der gestörten Teilleistung die Beendigung erklärt werden kann. Die *Comments* bilden das Beispiel, dass eine gemietete Maschine während einer 10-tägigen Zeitspanne vom Vermieter zu Reparaturzwecken zurückgenommen werden muss und der Mieter gezwungen ist, ein Deckungsgeschäft zu tätigen. Die gemietete Ersatzmaschine kann jedoch nur für einen Monat gemietet werden, daher soll der Mieter gem. Art. III.-3:506 Abs. 2 lit. a DCFR berechtigt sein, das Mietverhältnis für einen Monat zu beenden. Ungeachtet der Tatsache, dass nach dem Wortlaut der Norm eigentlich nur eine Beendigung während der 10 Tage in Betracht kommt (‘terminate the contractual relationship so far as it relates to that part’), wird also nach dem DCFR das Vertragsverhältnis für die genannte Zeitspanne gewissermaßen „ausgesetzt“, während nach §§ 543, 542 Abs. 2 BGB das Mietverhältnis stets als Ganzes ab dem Wirksamwerden der Kündigung endet. Häufig wird zwar auch nach den Vorschriften des DCFR eine Beendigung des gesamten Vertragsverhältnisses gem. Art. III.-3:506 Abs. 2 lit. b DCFR zulässig sein, da sich der Kündigungsgrund in Mietverhältnissen oft auf das gesamte Vertragsverhältnis erstreckt, weil die ‚non-performance‘ des Vermieters Zweifel an seiner der zukünftigen Leistung aufwirft.⁹²⁹

Für ein Instrument des europäischen Vertragsrechts ist der Vorschlag des DCFR, die teilweise Kündigung des Mietverhältnisses in zeitlicher Hinsicht zuzulassen, jedoch ungeeignet, weil die ‚Aussetzung‘ des Mietverhältnisses zu Unsicherheiten zwischen den Parteien führt und Fragen über das Fortbestehen der sonstigen mietvertraglichen Pflichten aufwirft. Darüber hinaus genügt die Möglichkeit der vollständigen Minderung der Miete für die relevanten Zeiträume⁹³⁰, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Leistung des Mieters während einer bestimmten Zeitspanne keine Gegenleistung des Vermieters gegenübersteht. Der Ausgleich über die Störung dieses Äquivalenzverhältnisses hinausgehender Vermögenseinbußen (beispielsweise die oben genannte Tatsache, dass eine Ersatzmaschine nur für

928 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:506, Comments (S. 875 f.).

929 Vgl. DCFR Full Edition I, Art. III.-3:506, Comments (S. 876); DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101 (S. 1513).

930 Siehe hierzu ausführlich § 10 IV. 1.

einen gesamten Monat gemietet werden kann) kann adäquat über den Schadensersatzanspruch erfolgen.

Eine gegenständliche Aufspaltung der Leistungen innerhalb eines Mietverhältnisses ist hingegen denkbar und sinnvoll: Mietet ein Mieter beispielsweise zehn Mountainbikes für einen Ausflug einer Gruppe von zehn Personen und kann der Vermieter dauerhaft nur neun davon liefern, so kann der Mieter nach Art. III.-3:506 Abs. 2 lit. b DCFR bezüglich des nicht lieferbaren Fahrrads die Beendigung erklären und sich anderweitig ein Ersatzrad beschaffen. Nach dem BGB ist die Teilkündigung eines einheitlichen Mietvertrages, soweit sie nicht im Vertrag vorbehalten wurde, hingegen grundsätzlich unzulässig.⁹³¹ Nur ausnahmsweise soll bei der Anmietung mehrerer Sachen gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB die Teilkündigung bezüglich einzelner Sachen möglich sein, wenn deren vertragsgemäßer Gebrauch ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird,⁹³². Gerade wenn man die Parallele zum Kaufrecht betrachtet, ist nicht einzusehen, warum bei der Miete mehrerer Einzelgegenstände nicht die Kündigung bezüglich einzelner von ihnen zulässig sein sollte. Die Regelung wäre klarer und besser zu handhaben als eine dauerhafte Minderung auf Null für die betreffende Sache und sollte in ein optionales Mobilarmietrechtsinstrument aufgenommen werden.

Bei der Ausübung des Kündigungsrechts ist schließlich noch Art. III.-3:508 Abs. 1 DCFR zu beachten, der das Recht, die Beendigung zu erklären im Falle der wesentlich verzögerten oder wesentlich mangelhaften Leistung (nicht aber der vollständigen Nichtleistung) des Vermieters ausschließt, wenn vom Kündigungsrecht nicht innerhalb einer vernünftigen Zeit Gebrauch gemacht wird. Die vernünftige Zeit beginnt dabei gem. Abs. 2 mit Ablauf der Nacherfüllungsfrist, falls eine solche gesetzt wurde, oder in allen anderen Fällen ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Gläubigers von der verspäteten Leistung bzw. Schlechteistung zu laufen. Bei Vorliegen eines Beendigungsrechts nach Art. III.-3:503 bis III.-3:505 gilt nach Absatz 3 Entsprechendes, wobei die vernünftige Zeit ab Entstehung des Kündigungsrechts beginnt. Unabhängig der Ausschlussfrist des Art. III.-3:508 Abs. 1 DCFR können freilich auch die Grundsätze der Verwirkung gem. Art. III.-1:103 Abs. 1 DCFR („good faith and fair dealing“) zu einem Ausschluss führen.

Auch im BGB findet das Recht zur Kündigung zeitlich seine Grenze in § 314 Abs. 3 BGB, sodass der Mieter nur innerhalb angemessener Zeit kündigen kann, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Nach überwiegender und dogmatisch schlüssiger Ansicht wird § 314 Abs. 3 BGB – anders als seine Absät-

931 So für das Wohnraummietrecht beispielsweise *OLG Karlsruhe OLGZ 1983, 455 = NJW 1983, 1499; LG Braunschweig ZMR 1986, 165; LG Köln ZMR 1992, 251* (Wohnung und Garage); MüKo-BGB/Bieber, § 542 Rn. 15; Palandt/Weidenkaff, § 542 Rn. 16.

932 MüKo-BGB/Bieber, § 542 Rn. 15.

ze 1 und 2 – nicht durch § 543 BGB verdrängt.⁹³³ Systematisch folgt dies daraus, dass die allgemeinere Norm, hier § 314 BGB, hinter die speziellere Vorschrift (§ 543 BGB) immer nur insoweit zurücktritt, als diese abweichende Regelungen enthält und damit neben § 543 BGB noch Raum für den Regelungsgehalt des § 314 Absatz 1 und 2 BGB bleibt.⁹³⁴ Sowohl die Vorschrift des DCFR als auch die BGB-Norm beruhen auf der Ratio, dass der Schuldner ein berechtigtes Interesse daran hat, zu erfahren, ob das Vertragsverhältnis aufgelöst wird oder er noch zur Leistungserbringung verpflichtet bleiben wird.⁹³⁵ Bezüglich der Länge der Ausschlussfrist stellen beide auf die Umstände des Einzelfalls ab,⁹³⁶ wobei im deutschen Recht als Anhaltspunkt für die Angemessenheit der Frist als Anhaltspunkt zwei bis drei Monate herangezogen werden können,⁹³⁷ je nach Einzelfall aber auch eine erheblich kürzere oder längere Frist denkbar ist.⁹³⁸ Die Folge dieser unvorhersehbaren Ausschlussfrist ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit,⁹³⁹ die zumindest für ein europäisches Verbraucher-Vertragsrechtsinstrument nicht hinnehmbar ist, da diese die Attraktivität des Instruments für beide Parteien schmälert und das Potential von Rechtsstreitigkeiten birgt. Es wäre zu erwägen, vollständig auf eine Ausschlussfrist für das Beendigungsrecht zu verzichten: Im Grundsatz – freilich in den Grenzen der Verwirkung – gilt für den Vermieter ohnehin, dass er davon ausgehen muss, seine Leistung erbringen zu müssen, solange der Mieter nicht die Annahme explizit verweigert hat. Wollte man ihm zusätzlich Klarheit diesbezüglich verschaffen, könnte man (klarstellend) die Möglichkeit des Vermieters normieren, dem Mieter in Fällen, in denen die weitere Leistung in Frage gestellt wurde, eine Frist zu setzen, innerhalb derer er erklären möge, ob er trotz eines konkreten Leistungshindernisses noch an der Erfüllung festhalten wolle, mit der Folge, dass der Rücktritt daraufhin ab einem konkreten Zeitpunkt ausgeschlossen wäre und Sicherheit auch für den Vermieter bestünde.

933 BGH NZM 2007, 400 Rn 21 = NJW-RR 2007, 886 = ZMR 2007, 825 (zur Gewerberaummiete); OLG Düsseldorf, NZM 2009, 281, 283; Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 5, 5a; MüKo-BGB/Häublein, § 543 Rn. 72.

934 Vgl. auch MüKo-BGB/Bieber, § 543 Rn. 2; Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 90.

935 Zum DCFR DCFR Full Edition I, Art. III.-3:508, Comments A (S. 881); Zum BGB BeckOGK/Martens, § 314 Rn. 69.

936 Zum DCFR DCFR Full Edition I, Art. III.-3:508, Comments A (S. 882); Zum BGB BeckOGK/Martens, § 314 Rn. 69; Palandt/Grüneberg, § 314 Rn. 10.

937 Staudinger/Emmerich, § 314 Rn. 91; BeckOGK/Martens, § 314 Rn. 70.

938 BGH GE 2007, 711, 713 Rn. 21 (4 Wochen); OLG Düsseldorf GE 2008, 54, 55 (4 Monate); OLG Koblenz MDR 2011, 1162 (10 Monate).

939 So auch BeckOGK/Martens, § 314 Rn. 69.

2. Rechtsfolge

Gem. Art. III.-3:509 Abs. 1 DCFR bewirkt die Beendigung wie im deutschen Recht das Erlöschen der noch nicht erfüllten Verpflichtungen *ex nunc*⁹⁴⁰ und insoweit als die Beendigung erklärt wurde (siehe 1. b)).

Grundsätzlich bewirkt die Beendigung gem. Art. III.-3:510 DCFR die Rückabwicklung der Leistungen der Parteien, sodass nach dessen Absatz 1 die durch die Leistung des Anderen erhaltenen Vorteile zurückzuerstatten sind, die ähnlich des deutschen Rechts auch die gezogenen Früchte erfassen (Abs. 5). Gem. Absatz 3 und 4 ist Wertersatz zu leisten, wenn eine Rückübertragung nicht möglich ist.⁹⁴¹ Findet im Verhältnis zu einem Verbraucher eine Rückabwicklung statt und ist diesem Geld zurückzuerstatten, so ist zusätzlich Art. III.-2:102 Abs. 4 DCFR zu beachten, wonach die Erstattung so bald wie möglich, spätestens aber 30 Tage nach Entstehen der Rückerstattungsverpflichtung geschehen muss.

Im BGB ist jedoch zumindest nach Überlassung der Mietsache der Rücktritt wegen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts (anders als bei vertraglich vereinbartem Rücktritt) insoweit ausgeschlossen, als der Mietvertrag fristlos gekündigt werden kann.⁹⁴² Die Rechtsfolge des Rücktritts, also die Rückabwicklung des Mietverhältnisses, wird folglich durch die Rechtsfolge der Kündigung verdrängt, die Wirkungen nur für die Zukunft entfaltet und (bis auf die Rückgabe der Mietsache gem. § 546 BGB) keine Rückabwicklung auslöst.⁹⁴³ Wie bereits unter 1. a) angesprochen, ist auch bei der Rückabwicklung gem. Art. III.-3:511 Abs. 1 DCFR die Besonderheit zu beachten, dass eine Rückgewährpflicht insoweit nicht besteht, als sich jeweils beiderseits vertragsgemäß erbrachte Leistungen gegenüberstehen. Damit berücksichtigt auch der DCFR die besondere Interessenlage bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen die Rückabwicklung oft Schwierigkeiten bereitet.⁹⁴⁴ Anders allerdings als nach der Lösung des BGB, nach der Leistungspflichten, die bereits vor der Kündigung fällig geworden, aber noch nicht erfüllt sind, von der Kündigung unberührt bleiben, hat die Beendigung nach dem DCFR auch bei Dauerschuldverhältnissen eine gewisse Rückwirkung, da alle in der Vergangenheit liegenden Leistungen, denen keine adäquate Gegenleistung gegenüberstand, rückabgewickelt werden müssen. Bereits

940 Zum DCFR DCFR Full Edition I, Art. III.-3:509, Comments C (S. 887); Zum BGB MüKo-BGB/Bieber, § 542 Rn. 8.

941 Ausführlich zur Rückabwicklung unter dem CESL siehe Wendehorst, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 371.

942 BGHZ 50, 312, 315 = NJW 1969, 37; BGH NJW 1981, 1264, 1265; 1986, 124, 125; 2002, 1870. Offen bleibt damit die Frage, ob der Rücktritt aufgrund der Existenz des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund generell ausgeschlossen ist, bejahend Staudinger/Emmerich, § 542 Rn. 180.

943 MüKo-BGB/Gaier, § 314 Rn. 23.

944 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:511, Comments A (S. 898 f.).

die Bewertung, welchen Leistungen eine gleichwertige Leistung des Vertragspartners gegenübersteht, ist schwer zu leisten und öffnet Streitigkeiten der Parteien Tür und Tor. Auch die Rückabwicklung kann zu weiteren Problemen führen, insbesondere dann, wenn Leistungsstörungen in weiter zurückliegenden oder gar mehreren Zeitabschnitten in Streit stehen. Diese stellen sich beispielsweise, weil der Mieter dann für die entsprechende Zeit die Gebrauchsvorteile als Wertersatz zurückerstattet müsste oder weil bestimmte Leistungsstörungen aufgrund des Zeitablaufs schwer beweisbar oder vor längerer Zeit erbrachte Leistungen schwerer bewertbar sind.

Für die Umsetzung in ein europäisches Mietvertragsrechtsinstrument sollten die Unklarheiten, die aus der Ermittlung der Gleichwertigkeit der erbrachten Leistungen und der teilweisen Rückabwicklung folgen, dringend vermieden werden. Eine „clear cut“-Lösung, wie sie das BGB vorsieht, ist daher zu bevorzugen, da Rückabwicklungen dann vermieden werden können. Beide Parteien sind vor Leistungsstörungen, die vor der Kündigung liegen, hinreichend durch die sonstigen Rechtsbehelfe geschützt. Denn sowohl das BGB (§ 314 Abs. 4 BGB) als auch der DCFR (Art. III.-3:509 Abs. 3 DCFR) stellen klar, dass neben der Kündigung weiterhin die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen möglich ist. Für den Mieter ist insbesondere an Schadensersatz für eine Ersatztransaktion aus Art. III.-3:706 DCFR oder sogar den Ersatz des Marktpreises für eine fiktive Ersatztransaktion aus Art. III.-3:707 DCFR zu denken.

VII. Schadensersatz

1. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen

Bei „non-performance“ der Pflichten des Vermieters kann der Mieter ferner gem. Art. III.-3:701 Abs. 1 DCFR Schadensersatz verlangen. Auch dieser Rechtsbehelf unterliegt im DCFR – anders als der mietrechtliche Schadensersatzanspruch des BGB – keinen mietrechtsspezifischen Besonderheiten. Voraussetzung des Schadensersatzes ist, dass seitens des Vermieters eine „non-performance“ einer Verpflichtung vorliegt, für die der Mieter nicht ursächlich ist (Art. III.-3:704 DCFR), diese „non-performance“ nicht entschuldigt ist gem. Art. III.-3:101 Abs. 2 i.V.m. Art. III.-3:104 DCFR und dem Mieter durch die „non-performance“ ein Schaden („loss“) entsteht, wobei hierfür jede Kausalität genügt, die nicht die Kausalkette unterbricht.⁹⁴⁵ Ein feinerer Filter ist erst durch das Kriterium der Vorhersehbarkeit auf Ebene des Schadensumfangs vorgesehen, Art. III.-3:703 DCFR (hierzu sogleich unter 2.). Interessant speziell für die mietrechtliche Betrachtung ist die Regelung des Verschuldenserfordernisses, da § 536a Abs. 1 BGB die Besonderheit einer Garantiehaftung für anfängliche Sach- und Rechtsmängel vorsieht.

945 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:701, Comments E (S. 916).

§ 536a BGB enthält drei Haftungstatbestände: § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB statuiert die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Sach- und Rechtsmängel, während der Vermieter für solche Mängel, die nach Vertragsschluss auftreten (Abs. 1 Alt. 2) und bei Verzug mit seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung gem. §§ 535 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB (Abs. 1 Alt. 3) jeweils nur bei Verschulden haftet. Die verschuldensunabhängige Garantiehaftung stellt eine Besonderheit des Mietrechts und eine Ausnahme zum Grundsatz der Verschuldenshaftung des deutschen Schadensersatzrechts dar, die ursprünglich aufgrund der Vorstellung eingeführt wurde, der Vermieter gebe bei Abschluss des Mietvertrages stets eine stillschweigende Garantie bezüglich der Mangelfreiheit der Mietsache ab.⁹⁴⁶ Ob diese Regelung noch sachgerecht ist, wird vor allem nach der Schuldrechtsmodernisierung vielfach in Zweifel gezogen, da sie jetzt im deutlichen Gegensatz zu § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und zu § 311a Abs. 2 BGB steht, der auch für anfängliche Unmöglichkeit eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung vorsieht und mit Blick auf diesen Grundsatz dogmatisch nunmehr einen rechtfertigungsbedürftigen Fremdkörper darstellt.⁹⁴⁷

Der DCFR geht, ohne zwischen anfänglichen und nachträglichen Mängeln zu unterscheiden, im Gegensatz dazu laut der *Comments* im Kern von einer verschuldensunabhängigen Haftung aus und verfolgt somit im Grundsatz das für das Common Law charakteristische Konzept der ‚strict liability‘.⁹⁴⁸ Abgeschwächt wird diese strenge Haftung jedoch durch Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR, die eine Haftung des Schuldners dann ausschließen, wenn die ‚non-performance‘ entschuldigt ist, d.h. wenn sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hindernis beruht und vom Schuldner vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, dieses Hindernis oder seine Konsequenzen zu verhindern oder zu überwinden. Betrachtet man die Schadensersatzhaftung des DCFR also funktional, so wirkt Art. III.-3:104 DCFR, selbst wenn man aufgrund seiner Entstehungsgeschichte nicht von einer Mischform aus Verschuldens- und Garantiehaftung sprechen möchte,⁹⁴⁹ dennoch wie ein Funktionsäquivalent zur Verschuldenshaftung des deutschen Rechts:⁹⁵⁰ Zwar haftet der Schuldner für alles, was *innerhalb* seines

946 Motive bei *Mugdan II*, S. 209 f. Rn. 377.

947 Staudinger/*Emmerich*, § 536a Rn. 1; MüKo-BGB/*Häublein*, § 536a Rn. 6. Die Beibehaltung im Zuge der Schuldrechtsreform wurde schlicht mit dem „Interesse des Mieterschutzes“ begründet, BT-Drucks. 14/6857, S. 66.

948 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:701, *Comments C* (S. 916).

949 Siehe näher hierzu *Ackermann*, in: *Wagner* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 35 (41 f.).

950 Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: *Remien* (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und europäisches Vertragsrecht*, S. 85 (95, 97) zu der entsprechenden Regelung der PECL; *Leible*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, S. 97 (108 f.).

Einflussbereichs liegt, völlig verschuldensunabhängig, jedoch ist *außerhalb* des Einflussbereichs des Schuldners eine Entlastung bei externen Störungen vorgesehen. Inhaltlich unterscheidet sich die mietrechtliche Haftung des DCFR von der des BGB also nur darin, dass der DCFR keine Garantiehaftung für anfängliche Mängel kennt und interne Störungsursachen den Schuldner – anders als bei der Verschuldenshaftung nach dem BGB – nicht entlasten, also Irrtümer und auch die fehlende Steuerungs- oder Geschäftsfähigkeit keine Berücksichtigung finden. Die Fälle, in denen der Unterschied beider Regelungen sich faktisch auswirkt, beschränken sich daher auf derartige Sonderkonstellationen sowie auf anfängliche Mängel.

Teilweise wird argumentiert, dass Mischlösungen wie die des DCFR bereits aus rechtsökonomischer Sicht sinnlos sind, weil sie weder dem Gläubiger noch dem Schuldner klare Verhaltensanreize geben.⁹⁵¹ Ungeachtet der Tatsache, dass die Lösungen des Civil und des Common Law bei näherer Betrachtung nicht so weit voneinander entfernt liegen, wie es auf den ersten Blick scheint (man bedenke nur die vielen Durchbrechungen der Verschuldenshaftung im BGB),⁹⁵² stellt die Lösung des DCFR aber durchaus einen gangbaren Weg auch für ein europäisches Mobilarmietrechtsinstrument dar: Denn zum einen ist die Garantiehaftung des BGB für anfängliche Mängel, wie zuvor bemerkt, dogmatisch nicht zwingend, sondern vielmehr rein rechtspolitisch motiviert;⁹⁵³ zum anderen ist die Risikoverteilung des DCFR, die gewissermaßen nach „Sphären“ erfolgt, aus Interessengesichtspunkten nachvollziehbar und ist im Grundsatz auch dem BGB nicht fremd, wenn man beispielsweise die Verantwortlichkeit von Leistungshindernissen vor Gefahrübergang im Werkrecht bedenkt.⁹⁵⁴ Derartige Mittelwege können darüber hinaus gerade im europäischen Kontext zweckführend sein, da sie potenziell eine breitere Akzeptanz des Instruments bewirken können, als wenn sie eindeutig den Weg des Common oder des Civil Law beschritten. Auch die Nicht-Übernahme der Differenzierung des deutschen Rechts zwischen anfänglichen und nachträglichen Mängeln in den DCFR ist im Hinblick auf die Attraktivität des Instruments ratsam und sollte so beibehalten werden.

2. Rechtsfolge und Grenzen

Was den Schadensumfang betrifft, so ist der Gläubiger gem. Art. III.-3:702 DCFR so zu stellen, wie er stünde, wenn die verletzte Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Ebenso wie im deutschen Recht gem. § 249 Abs. 1 BGB haftet der Vermieter wegen der Nictherfüllung der vertraglichen Pflicht also auf das Erfüllungsinteresse.⁹⁵⁵ Falls das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen

⁹⁵¹ Näher hierzu *Ackermann*, in: *Wagner* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference*, S. 35 (42).

⁹⁵² *Riesenhuber*, ERCL 4 (2008), 119 (121).

⁹⁵³ Siehe *Hau*, JuS 2003, 130 (131 f.).

⁹⁵⁴ *BGH* 1978, 352 („Sphärentheorie“).

⁹⁵⁵ *BGH NJW* 1998, 2902.

wurde, dann ist hierfür, ebenso wie im deutschen Recht, davon auszugehen, dass der Vermieter nicht länger als bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt gebunden sein soll.⁹⁵⁶ Inhaltlich erfasst der Schadensersatz gem. Art. III.-3:701 Abs. 2 DCFR sowohl gegenwärtige als auch künftige Schäden und gem. Abs. 3 sowohl materielle Schäden (einschließlich entgangene Einkünfte, entgangener Gewinn, sonstige Belastungen und Werteinbußen an materiellen Gütern) als auch immaterielle Schäden (einschließlich Schmerzensgeld, Beeinträchtigung der Lebensqualität). Nach beiden Regelwerken erfasst der Schadensersatzanspruch des Mieters also sowohl den Schaden, der dadurch entsteht, dass er die Mietsache nur mangelhaft erhält, also etwa deren Minderwert, entgangenen Gewinn infolge fehlender Weitervermietungsmöglichkeit (§ 252 BGB) oder den abstrakt oder konkret zu berechnenden Mehrbetrag für eine anzumietende Ersatzsache,⁹⁵⁷ aber auch typische Mangelfolgeschäden, die durch die fehlerhafte Mietsache an anderen Rechtsgütern des Mieters entstanden sind. Die Rechtsfolge des DCFR ist aber im Vergleich zu der des deutschen Rechts, die etliche Beschränkungen vorsieht, vergleichsweise weiter: Zwar gilt auch nach dem deutschen Recht der Grundsatz der Totalreparation, nach § 536a BGB (sowie nach allgemeinem Schadensrecht) ist der Schadensersatz zunächst auf Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) und erst, falls diese nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, auf Schadenskompensation gerichtet, während der DCFR direkt und ausschließlich auf Schadenskompensation abzielt („the general measure of damages is [...] such sum“ in Art. III.-3:702 DCFR). Auffallend ist auch, dass für immaterielle Schäden, die im deutschen Recht nach § 253 Abs. 1 und 2 BGB eher restriktiv gehandhabt werden, eine unbeschränkte Ersatzpflicht vorgesehen ist. Aus Sicht des deutschen Rechts erscheint die Ersatzpflicht des DCFR daher ausufernd, zumal auch das Konzept der Vorhersehbarkeit („foreseeability“) und des Mitverschuldens den Anspruch nicht adäquat einschränken.⁹⁵⁸

Der Grundsatz der „foreseeability“ ist in Art. III.-3:703 DCFR niedergelegt: Diesem zufolge haftet der Schuldner nur für den Schaden, den er als wahrscheinliche Folge einer „non-performance“ vorhergesehen hat oder vernünftigerweise vorhersehen musste. Da dies die auf Tatbestandsebene breite, da zunächst für jeden kausalen Schaden begründete Haftung einschränkt, kommt der Vorhersehbarkeit in etwa die Funktion der Adäquanztheorie des deutschen Rechts zu,⁹⁵⁹ jedoch mit dem Unterschied, dass es hierfür nicht auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses an-

⁹⁵⁶ Für den DCFR DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-4:101, Comments A (S. 1514); für das deutsche Recht: BGH WM 72, 335.

⁹⁵⁷ Siehe für den DCFR Art. III.-3:706, III.-3:707 DCFR; für das BGB Palandt/*Grüneberg*, § 281 Rn. 25 f.

⁹⁵⁸ So auch die Bedenken von *Eidenmüller/Faust/Grigoleit, et al.*, JZ 2008, 529 (539).

⁹⁵⁹ Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: *Remien* (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und europäisches Vertragsrecht*, S. 85 (95).

kommt, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die in Frage stehende Verpflichtung eingegangen wurde (*at the time when the obligation was incurred*).⁹⁶⁰ Auch in dieser Hinsicht bleibt die Haftung des Vermieters jedoch weiter als die des BGB, weil er für sämtliche Schäden und damit auch für die nicht vorhersehbaren haftet, wenn die ‚non-performance‘ absichtlich (*intentional*), bedingt vorsätzlich (*reckless*) oder grob fahrlässig (*grossly negligent*) erfolgte.

Des Weiteren schließt auch Art. III.-3:704 DCFR, der als Spezialregelung Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR verdrängt, eine Haftung des Vermieters insoweit aus, als der Mieter zur ‚non-performance‘ oder deren Auswirkungen beigetragen hat und vernünftigerweise den Schaden hätte abmildern können, aber dies nicht getan hat (Art. III.-3:705 DCFR), was in etwa der Regelung des Mitverschuldens und der Schadensminderungspflicht gem. § 254 BGB entspricht. In diesem Zusammenhang ist zuletzt noch auf die bereits unter II. 2. erwähnte Beschränkung aus Art. III.-3:302 Abs. 5 DCFR hinzuweisen, demzufolge Schadensersatz auch insoweit nicht verlangt werden kann, als der Gläubiger, d.h. der Mieter, den Schaden dadurch erhöht hat, dass er unvernünftiger Weise auf ‚specific performance‘ bestanden hat, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, eine vernünftige Ersatztransaktion ohne erheblichen Aufwand oder Ausgaben vorzunehmen.

Während also der Tatbestand der Schadensersatznorm des DCFR als taugliche Vorlage für ein optionales Instrument bewertet werden kann, sollte der Schadensbegriff auf Rechtsfolgenseite beschränkt werden, um eine potentiell ausufernde Haftung zu vermeiden, zumal man eine solche Entwicklung nicht wie im nationalen Recht der Rechtsfortentwicklung durch Gerichte überlassen werden kann. Ein Ansatzpunkt wäre es, auf Formulierungen wie ‚includes‘ (sinngemäß: „erfasst insbesondere“), in Art. III.-3:701 DCFR zu verzichten, einzelne Schadensposten zur Klarstellung aufzuführen und zu erläutern und insbesondere den Schadensersatz für immaterielle Schäden zu begrenzen. Letztere Überlegung wurde wohl auch bei der Erstellung des CESL beherzigt, das in Art. 2 lit. c CESL „Verlust“ als den materiellen sowie den immateriellen Verlust in Form erlittener Schmerzen und erlittenen Leids definiert, hiervon jedoch andere Formen des immateriellen Verlusts wie Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangene Freude ausnimmt. Zu bedenken ist hierbei freilich, dass eine Beschränkung der immateriellen Schäden zu einer besseren Akzeptanz eines solchen Instruments seitens deutscher Unternehmer beitragen würde – die Kehrseite dieser Medaille wäre aber eine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus in denjenigen Mitgliedstaaten, in denen ein weiteres Verständnis von der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden vorherrscht.

960 Siehe hierzu auch *Leible*, in: *Schulze* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, S. 97 (110).

§ 11 Rechtsbehelfe des Vermieters

Auch für die vertraglichen Rechtsbehelfe des Vermieters gelten die Regeln des Dritten Buches, Kapitel 3 (*Remedies for non-performance*) des DCFR. Sie folgen daher im Wesentlichen den bereits bezüglich der Rechtsbehelfe des Mieters dargestellten Grundsätzen. Die mietrechtlichen Spezialregelungen des Art. IV.B.-6:101 und des Art. IV.B.-6:102 DCFR betreffen nur den Rechtsbehelf der ‚specific performance‘ sowie den Schadensersatzanspruch in Verbraucherträgen. Die Aufmerksamkeit gilt im Folgenden daher besonders diesen beiden Rechtsbehelfen.

I. Specific performance

1. Verpflichtungen nicht monetärer Art

In Bezug auf die Verpflichtungen des Mieters, die nicht-monetärer Art sind, ergeben sich kaum Unterschiede zum unter § 10 II. beschriebenen Recht des Mieters auf ‚specific performance‘. Dies betrifft primär die in Art. IV.B-5:104 Abs. 1 DCFR niedergelegte Pflicht des Mieters zur Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs, zur Obhut und zur gewöhnlichen Erhaltung der Mietsache sowie die Rückgabepflicht aus Art. IV.B.-5:109 DCFR zum Ende des Mietverhältnisses. Gem. Art. III.-3:302 Abs. 1 DCFR kann die jeweils geschuldete Leistung des Mieters – anders als im deutschen Recht – jedoch nur dann verlangt werden, wenn die ‚non-performance‘ nicht gem. Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR entschuldigt ist, wobei der Mieter jedoch durch in seiner Person oder Einflussphäre liegende Hindernisse nicht entlastet wird. Der Mieter kann gegen diesen Anspruch auf ‚specific performance‘ insbesondere die Einwendungen aus Art. III.-3:302 Abs. 3 DCFR vorbringen, beispielsweise weil eine Maßnahme, zu der er sich vertraglich verpflichtet hatte, ihm rechtlich oder tatsächlich unmöglich geworden ist.⁹⁶¹ Zudem sollte auch der Vermieter, der seines Anspruches nicht verlustig gehen oder keine Einschränkungen im Umfang eines etwaigen Schadensersatzanspruchs in Kauf nehmen möchte, Art. III.-3:302 Abs. 4 und 5 DCFR beachten und die ‚specific performance‘ innerhalb einer vernünftigen Zeit nach Kenntnisserlangung der Leistungsstörung fordern sowie drohende Schäden durch entsprechende, vernünftigerweise mögliche Ersatztransaktionen vermeiden (etwa indem er Reparaturen, die eigentlich im Pflichtenkreis des Mieters liegen, von einem Dritten vornehmen lässt).

Bezüglich einer Umsetzung in ein Instrument des europäischen Mobiliarmietrechts gelten die Ausführungen unter § 10 II. entsprechend, insbesondere die Beibehaltung der Rechtsbehelfssystematik und die Grenzen des Anspruchs betreffend. Auch bezüglich des Anspruchs des Vermieters auf ‚specific performance‘ der nicht-

961 Zum unglücklichen Zusammenspiel von Art. III.-3:104 und III.-3:302 Abs. 3 DCFR siehe bereits unter § 10 II. 2.

monetären Verpflichtungen besteht kein Grund, diesen durch eine Frist (über die Verwirkung hinaus) auszuschließen, wie in Art. III.-3:302 Abs. 5 DCFR vorgesehen. Sollte die Regelung des Absatzes 4 übernommen werden, die einen späteren Schadensersatzanspruch insoweit beschränkt, als der Anspruchsgläubiger unvernünftiger Weise auf Erfüllung beharrt hat, so könnte man erwägen, einen Zusatz aufzunehmen, um zwischen den möglichen Anspruchsgegnern zu differenzieren. In dem Fall, dass der Anspruchsgegner der Mieter (und Verbraucher) ist, wird das Beharren auf der Erfüllung nämlich eher ‚unreasonable‘ sein, da es dem Vermieter leichter möglich sein wird, die Reparaturen durch Dritte vornehmen zu lassen und damit eine Vergrößerung des Schadens zu vermeiden. Man könnte ebenso erwägen, die Ausschlussnorm nur in dieser Konstellation zur Anwendung zu bringen.

2. Zahlungsverpflichtung

Typischerweise stellt sich für den Vermieter jedoch eher das Problem der ‚specific performance‘ der Verpflichtung zur Mietzahlung. Für die Durchsetzung solcher monetären Verpflichtungen gelten nach dem DCFR besondere Regelungen: Nach der Grundregel des Art. III.-3:301 DCFR kann der Vermieter zunächst jeden fälligen Zahlungsanspruch nach Absatz 1 sofort und – bis auf die sich aus Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR ergebenden Einwände – ohne weitere Einschränkung durchsetzen. Die *Comments* merken hierzu an, dass die Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung zwar in den wenigsten Fällen entschuldigt sein dürfte, derartige Situationen wie ein Streik einer Bank aber theoretisch denkbar seien.⁹⁶² Auch die allgemeine Voraussetzung aus Art. III.-3:101 Abs. 3 DCFR, dass der Vermieter die ‚non-performance‘ des Mieters nicht verursacht hat, dürfte bei Geldschulden praktisch nicht relevant werden und wird regelmäßig erfüllt sein.

Nach Absatz 2 des Art. III.-3:301 DCFR kann der Gläubiger grundsätzlich auch in einer Situation, in der er vorleistungspflichtig ist und die Zahlungsverpflichtung erst fällig wird, nachdem er seine Leistung erbracht hat, seine Leistung erbringen und Zahlung verlangen, selbst wenn der Zahlungsschuldner die Leistung offensichtlich nicht annehmen will. Denn nach Vorstellung der DCFR „verdient“ er die Zahlung durch Erbringung seiner Leistung.⁹⁶³ Der vorleistungspflichtige Vermieter kann also im Grundsatz, ebenso wie im deutschen Recht, dem Mieter die Mietsache überlassen und Zahlung des Mietzinses verlangen, selbst wenn der Mieter ankündigt, die Mietsache nicht annehmen zu wollen. Dies soll nach Art. III.-3:301 DCFR aber dann nicht gelten, wenn der Schuldner, d.h. der Vermieter, entweder ohne bedeutsamen Aufwand oder Ausgaben eine Ersatztransaktion hätte tätigen können

⁹⁶² Vgl. zur Entschuldigung bei Schadensersatz, bei dem jedoch gem. Art. III.-3:101 Abs. 2 DCFR dieselben Regeln wie für die ‚specific performance‘ gelten, DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-6:101, *Comments A* (S. 1570).

⁹⁶³ DCFR Full Edition I, Art. III.-3:301, *Comments B* (S. 825).

(lit. a)) oder seine Leistung den Umständen nach unvernünftig wäre (lit. b)),⁹⁶⁴ etwa weil der Sachleistungsgläubiger in einem Dauerschuldverhältnis bereits vor Erbringung der Leistung klarstellt, dass er generell kein Interesse mehr an ihr hat.⁹⁶⁵ Im Mietrecht betrifft dies also die Situation vor Gebrauchsüberlassung der Mietsache. Lässt beispielsweise der Mieter den Vermieter eines Rasenmähers bereits vor der Gebrauchsüberlassung und vor Fälligkeit der Pflichten wissen, dass er das Gerät nunmehr nicht mehr benötigen wird, da er beschlossen hat, seinen Garten mit Kunstrasen auszulegen, so kann der Vermieter den Mieter nicht durch Bereitstellung des Rasenmähers zur Zahlung zwingen.

Über diese Situation hinaus ergänzt jedoch Art. IV.B.-6:101 DCFR die Regelung des allgemeinen Teils um ein faktisches Vertragsbeendigungsrecht des Mieters auch nach Überlassung der Mietsache. Auch dann kann der Vermieter die Zahlung der fälligen Miete nur bezüglich bereits fälliger Mieten verlangen, nicht aber bezüglich künftiger Mietzahlungsansprüche, wenn der Mieter die Mietsache zurückgeben möchte und es für den Vermieter vernünftig wäre, sie zurückzunehmen. Wann dies vernünftig ist, soll davon abhängen, in welcher Situation sich die Parteien befinden, von der Art der vermieteten Sache, der zu diesem Zeitpunkt im Vergleich zur Gesamtmietdauer verbleibenden Mietzeit und weiteren Faktoren.⁹⁶⁶ Dem Vermieter verbleibt in diesem Falle nur der Rückgriff auf einen Schadensersatzanspruch, wobei aber ein Deckungsgeschäft seitens des Vermieters, zur Tätigung dessen er gem. Art. III.-3:705 DCFR meist verpflichtet sein dürfte, in Anrechnung gebracht wird.

Betrachtet man zunächst die allgemeine Regelung des DCFR zur Durchsetzbarkeit des Primäranspruchs auf Zahlung, so lässt sich zweierlei feststellen: Zum einen ist er, wie bereits zur ‚specific performance‘ von nicht-monetären Ansprüchen unter § 10 II. 1. a) festgestellt, im Vergleich zum Erfüllungsanspruch des deutschen Rechts schwächer und spielt nicht eine vergleichbar zentrale Rolle. Dies zeigt sich bereits darin, dass er stets nur unter zusätzlichen Voraussetzungen durchsetzbar ist, beispielsweise bei Fehlen eines Entschuldigungsgrundes gem. Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR.⁹⁶⁷ Freilich sind nicht viele Situationen denkbar, in denen die Nichtzahlung der Miete entschuldigt sein könnte (zumal eine Entschuldigung des Mieters für aus seiner Einflussphäre stammende Störfaktoren nach Art. III.-3:104 DCFR schon grundsätzlich nicht in Frage kommt). Nimmt man das in den *Comments* erwähnte Beispiel des Bankstreiks,⁹⁶⁸ so kann der Vermieter so lange keine

964 Die Vorschriften sind wohl als im Spezialitätsverhältnis zu einander stehend zu lesen, siehe Schmidt-Kessel, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (81).

965 DCFR Full Edition I, Art. III.-3:301, Comments B (S. 825).

966 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-6:101, Comments B (S. 1573).

967 Auch das Schadensersatzrecht, das sofort auf Kompensation, nicht auf Naturalrestitution zielt (siehe bereits unter § 10 VII. 2.), folgt im Übrigen dieser Linie.

968 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-6:101, Comments A (S. 1570).

Zahlung der Miete verlangen, wie der Streik andauert. Da der Zinsanspruch gem. Art. III.-3:708 Abs. 1 DCFR aber unabhängig davon entsteht, ob die verspätete Zahlung entschuldigt ist oder nicht, sind die Auswirkungen des Ausschlusses der ‚specific performance‘ letztlich gering. Auch wird in einem solchen Fall der Vermieter das Mietverhältnis nicht kündigen können, da weder ein Beendigungsgrund in Gestalt einer wesentlichen ‚non-performance‘ i.S.v. Art. III.-3:502 Abs. 2 DCFR vorliegen dürfte (die Nicht-Zahlung gibt weder Anlass, an der künftigen Leistungswilligkeit des Mieters zu zweifeln, noch entzieht sie dem Vermieter aufgrund ihrer vorübergehenden Natur der Substanz des Vertrages) noch bestünde in den meisten Fällen ein Beendigungsgrund i.S.v. Art. III.-3:503 DCFR, da die durch den Vermieter zu setzende Frist sich vernünftigerweise an der angekündigten Streikdauer orientieren müsste.

Zum anderen wird der Rechtsbehelf der ‚specific performance‘ aber erheblich durch die Bestimmung des Art. III.-3:301 Abs. 2 DCFR entwertet, eine Regelung, die weitreichend das Konzept des Synallagmas im DCFR bestimmt: Vor allem in Dauerschuldverhältnissen kann der Sachleistungsgläubiger durch (schlichte) Annahmeverweigerung die Durchsetzung seiner Zahlungspflicht vereiteln. Oder anders betrachtet: Dem Zahlungsgläubiger ist es verwehrt, die Kooperationspflicht des Zahlungsschuldners zur Annahme der (Miet-)sache aus Art. III.-1:104 DCFR (im Mietrecht konkretisiert in Art. IV.B.-5:103 DCFR) im Wege der ‚specific performance‘ gem. Art. III.-3:302 Abs. 1 DCFR zu erzwingen.⁹⁶⁹ Dies führt zu einem (gewollten) Ungleichgewicht im synallagmatischen Verhältnis der Parteien zugunsten des Zahlungsschuldners, das aus Sicht des deutschen Rechts bzw. aus Sicht der meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen befremdlich wirkt, da diese von einer Gleichwertigkeit beider Leistungspflichten ausgehen. Die dahinterstehende Ratio entstammt dem Common Law: Der Preis einer Sache kann erst verlangt werden, wenn er durch Erbringung der eigenen Leistung verdient wurde, wobei die Möglichkeiten des Zahlungsgläubigers, den Zahlungsschuldner zur Annahme einer Leistung gegen seinen Willen zu zwingen und damit den Preis zu verdienen, beschränkt sind.⁹⁷⁰

Die Vorstellung des deutschen Rechts ist es vielmehr, dass sich die Zahlungs- und die Sachleistungsverpflichtung von Anfang an gleichwertig gegenüberstehen und grundsätzlich keine der Parteien leisten muss, bevor sie nicht die Leistung der anderen Partei erhält, was mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend gemacht wird und prozessual durch Verurteilung Zug-um-Zug reflektiert wird, §§ 320, 322 BGB. Der Zahlungsgläubiger kann die Annahme der angebotenen Leistung durch den Zahlungsschuldner zwar ebenso wenig erzwingen, jedoch lässt eine Annahmeverweigerung den Zahlungsanspruch grundsätzlich unberührt und

969 Vgl. Schmidt-Kessel, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference, S. 69 (81).

970 White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor (1961) UKHL 5; DCFR Full Edition I, Art. III.-3:301, Comments B (S. 824 f.).

bewirkt nicht dessen Undurchsetzbarkeit, sondern sie wird über die Regelungen des Gläubigerverzuges sanktioniert (§§ 293 ff. BGB). Selbst wenn die Sachleistung zufällig untergeht und infolgedessen nicht mehr erbracht werden kann, bleibt die Zahlungsverpflichtung bestehen, § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, ggf. gemindert nach dessen Satz 2. Der Gedanke ist, dass beide Parteien sich bezüglich der Leistungserbringung grundsätzlich an ihrer vertraglichen Willenseinigung festhalten lassen müssen und eine einseitige Leistungsverweigerung grundsätzlich nicht möglich sein soll.

Diese durch Art. III.-3:301 Abs. 2 DCFR angelegte Abwertung des Zahlungsanspruchs des Vermieters vor Überlassung der Mietsache wird durch die nach ihrer Überlassung geltende mietrechtliche Sonderregelung des Art. IV.B.-6:101 DCFR noch verschärft: Wie bereits unter § 6. II. beschrieben, wirkt die Beschränkung der Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruches des Vermieters gegen einen rückgabewilligen Mieter wie Sonderkündigungsrecht des Mieters aus einem Grund, der alleine seinem Risikobereich zuzuordnen ist, und führt zu einer bedenklichen Risikoverschiebung zugunsten des Vermieters. Im deutschen Recht ist das Verwendungsrisiko, wie § 537 Abs. 1 S. 1 BGB betont, klar dem Mieter zugewiesen.⁹⁷¹ Übt der Mieter den Gebrauch an der Mietsache aus einem aus seiner Einflusssphäre stammenden Grund nicht aus und verwertet der Vermieter die Sache in dieser Zeit anderweitig, muss er sich gem. § 537 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch den Wert etwaiger ersparter Aufwendung (zum Beispiel bestimmte Betriebskosten der Mietsache, die dann entfallen) oder sonstiger Vorteile anrechnen lassen, die er hierdurch erlangt. Anders als nach dem DCFR ist der Vermieter zu einer anderweitigen Verwertung jedoch nicht verpflichtet, da § 254 BGB im Zusammenhang mit dem Erfüllungsanspruch nicht anwendbar ist.⁹⁷² Der Mieter ist nach herrschender Meinung auch nicht zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache berechtigt und ein solches Recht kann richtigerweise auch nicht daraus abgeleitet werden, dass den Mieter – bis auf wenige Ausnahmen (siehe § 8. III. 1.), keine Gebrauchspflicht bezüglich der Mietsache hat.⁹⁷³

Weder Art. III.-3:301 Abs. 2 noch Art. IV.B.-6:101 DCFR sollten daher in ein Instrument des europäischen Mietrechts umgesetzt werden. Sollte ein Sonderkündigungsrecht des Mieters politisch gewünscht sein, so wäre darauf zu achten, dass dieses explizit als Kündigungsgrund normiert und, um die Vertragsbindung zu honorieren, nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig ist.

971 BGHZ 38, 295, 298 = BGH NJW 1963, 341, 342; NJW 1981, 43, 45 = WM 1980, 1397; NJW 1997, 193, 194; Staudinger/Emmerich, § 537 Rn. 1; Müko-BGB/Bieber, § 537 Rn. 1; Schmidt-Futterer/Langenberg, § 537 Rn. 3.

972 BGH NJW 1987, 842 = WM 1987, 288; NJW 2007, 2177, 2179.

973 Offen gelassen von BGH NJW 2006, 1588; Staudinger/Emmerich, § 537 Rn. 6; Müko-BGB/Häublein, § 535 Rn. 166; a.A.: Schmidt-Futterer/Streyl, § 546 Rn. 77.

II. Schadensersatz und Zinsen

1. Schadensersatz

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Vermieters gegen den Mieter aus Art. III.-3:701 Abs. 1. DCFR entsprechen zunächst den unter § 10 VII. 1. für den Schadensersatzanspruch des Mieters beschriebenen, d.h. es muss eine ‚non-performance‘ des Mieters i.S.d. Art. III.-3:701 DCFR vorliegen, die nicht gem. Art. III.-3:101 Abs. 2, III.-3:104 DCFR entschuldigt ist und dem Vermieter einen Schaden verursacht. Diese ‚non-performance‘ wird meist in der Beschädigung der Mietsache aufgrund der Verletzung der Sorgfalt-, Obhuts- und Erhaltungspflicht des Mieters liegen (siehe hierzu § 8 III.). Ein weiterer typischer Anwendungsfall ist der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rückgabepflicht des Mieters zum Ende der Mietzeit aus Art. IV.B.-5:109 DCFR. Denkbar ist schließlich ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der aufgrund der Nicht- bzw. verspäteten Entrichtung der Miete entstanden ist (und sofern diese nicht entschuldigt ist).⁹⁷⁴ Denn jeder Schaden, der durch die verspätete Zahlung entsteht und der über den durch Art. III.-3:708 Abs. 1 DCFR zu ersetzen den Zinsschaden hinausgeht, kann gem. Art. III.-3:708 Abs. 2 DCFR, ebenso wie im deutschen Recht (§ 288 Abs. 4 BGB), im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden. Im DCFR kommt zudem ein vertraglicher Schadensersatzanspruch auch wegen Verletzung der Annahmepflicht der Mietsache aus Art. IV.B.-5:103 DCFR, da diese Pflicht, anders als im deutschen Recht (siehe § 8 II.), als selbstständige Pflicht des Mieters ausgestaltet ist, deren ‚non-performance‘ alle Rechtsbehelfe der Art. III.-3:101 DCFR auslöst. Im deutschen Recht hingegen ist die Nichtannahme der Mietsache als bloße Obliegenheitsverletzung allenfalls geeignet, vorvertragliche Schadensersatzansprüche auszulösen, sofern deren besondere Voraussetzungen vorliegen. Alle Schadensersatzansprüche wegen der genannten Pflichtverletzungen sind im DCFR aufgrund seines Einheitskonzepts, das jede Pflichtverletzung als gleichwertig ansieht und grundsätzlich dieselben Folgen an alle Verstöße knüpft,⁹⁷⁵ auf Art. III.-3:701 Abs. 1. DCFR zu stützen.

Im deutschen Recht hingegen ergibt sich der Schadensersatzanspruch des Vermieters je nach verletzter Pflicht des Mieters aus verschiedenen Vorschriften: Bei Verletzung der Anzeigepflicht des Mieters aus § 536c BGB Schadensersatz gem. § 536c Abs. 2 S. 1 BGB verlangen, bei Verletzung der Rückgabepflicht nach Ende der Mietzeit aus § 546 Abs. 1 BGB folgt dieser aus § 546a BGB (hierzu sogleich). Mangels sonstiger mietrechtlicher Spezialregelungen stehen dem Vermieter bei allen sonstigen Pflichtverletzung des Mieters die allgemeinen Schadensersatzan-

⁹⁷⁴ Siehe Fn. 968 oben.

⁹⁷⁵ Siehe hierzu ausführlich unter § 7 I. 1.

sprüche aus §§ 280 ff. BGB zu. Dem Vermieter erwächst ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, wenn der Mieter seine Sorgfalt- und Obhuts- und Erhaltungspflichten verletzt, wobei eine solche Pflichtverletzung freilich nur insoweit anzunehmen ist, als die Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache aus der Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs resultiert (so klarstellend auch § 538 BGB)⁹⁷⁶. Für jede durch den vertragsgemäßen Gebrauch verursachte, auch über bloße Abnutzung hinausgehende Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter aufzukommen,⁹⁷⁷ da nach deutschem Recht, anders als im DCFR, den Vermieter (vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen) die komplette Instandsetzungspflicht gem. § 535 Abs. 1 BGB trifft (siehe § 8 III. 3.). Hierbei haftet der Mieter über § 278 BGB auch für Beschädigungen der Mietsache durch seine Erfüllungsgehilfen, d.h. sämtliche Personen, die auf Veranlassung des Mieters mit der Mietsache in Berührung kommen.⁹⁷⁸ Zu diesem Personenkreis zählen neben einem etwaigen Untermieter (§ 540 Abs. 2 BGB) beispielsweise Familienangehörige und Bekannte des Mieters, die die Mietsache mit dessen Willen nutzen, oder Dienstleister, die die Mietsache auf Anweisung des Mieters reinigen oder reparieren und so dessen Obhuts- und Erhaltungspflichten für ihn ausüben. Auch für die Haftung des Mieters nach dem DCFR dürfte nichts anderes gelten, da Art. III.-2:106 DCFR eine Haftung für Dritte unter im Wesentlichen gleichen Voraussetzungen vorsieht, d.h. bei Tätigwerden des Dritten im Pflichtenkreis des Schuldners mit dessen Wissen und Willen. Denn auch die in dieser Norm vorgesehene Überantwortung der Erfüllung einer Verpflichtung („entrusts performance of an obligation“) impliziert, dass der Dritte wissentlich und willentlich durch den Mieter in dessen Pflichtenkreis aus Art. IV.B.-5:101 ff. DCFR tätig wird.

Eine Besonderheit gegenüber dem DCFR bildet die mietrechtliche Spezialregelung des § 546a BGB, der die Nichtrückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses mit einem Entschädigungsanspruch des Vermieters auf einen Mindestbetrag in Höhe der vereinbarten Miete oder der ortsüblichen Miete, falls diese höher sein sollte, sanktioniert. Hiermit sollen Streitigkeiten über die Höhe des Anspruchs verhindert werden und dem Vermieter die unkomplizierte Geltendmachung des Vorentaltungsschadens gestattet werden.⁹⁷⁹ Auch ein Verschulden muss der Vermieter dem Mieter zur Geltendmachung dieses vertraglichen Anspruchs eigener Art⁹⁸⁰ nicht nachweisen; es genügt der Beweis, dass das Mietverhältnis beendet ist und ihm die Sache vorenthalten wurde, d.h. ihm die Mietsache entgegen

976 Statt aller Palandt/*Weidenkaff*, § 538 Rn. 1.

977 Siehe *BGH NJW* 2008, 2432 f.

978 *BGH NJW* 1991, 1750, 1752; *NJW* 2010, 2341.

979 Motive bei *Mugdan II*, S. 231 f. Rn. 415.

980 *BGHZ* 68, 307, 310 = *ZMR* 1978, 16, 18; *BGHZ* 90, 145 = *NJW* 1984, 1527, 1528; *LG Berlin ZMR* 1992, 541.

seinem Willen nicht zurückgegeben wurde.⁹⁸¹ Dem Vermieter bleibt es zudem unbenommen, einen weitergehenden Schaden etwa gem. § 546a Abs. 2 i.V.m. § 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geltend zu machen, der ihm etwa dadurch entsteht, dass er die Sache nicht rechtszeitig an einen Anschlussmieter übergeben konnte oder selbst die Mietsache nicht in Benutzung nehmen konnte. Der Entschädigungsanspruch ist daher im Vergleich zum Schadensersatzanspruch an wesentlich geringere Voraussetzungen geknüpft und leichter zu beweisen, stellt also im Verhältnis dazu (und auch zu den allgemeinen Regelungen des BGB) eine Privilegierung des Vermieters dar. Es verwundert nicht, dass der DCFR keine Sonderregelung wie § 546a BGB bereitstellt: Sie wäre bereits mit Blick auf das zuvor beschriebene Einheitskonzept, das alle Pflichtverletzungen gleich behandelt, ein Fremdkörper. Das BGB billigt hingegen der Rückgabeverpflichtung durch die im Vergleich zu für andere Pflichtverletzungen geltende härtere Sanktion implizit eine besondere Bedeutung zu. Speziell für Verbrauchermietverträge gilt das Fremdkörper-Argument aber umso mehr, da eine solche Privilegierung des Vermieters bezüglich seines Anspruchs auf Rückgabe der Mietsache in klarem Widerspruch zur speziellen Rechtsfolgenregelung des Art. IV.B.-6:102 DCFR stünde (hierzu sogleich unter b)).

Ein europäisches Verbrauchermobiliarmietrechtsinstrument sollte also, auch aus Erwägungen des Verbraucherschutzes, auf eine Spezialregelung wie § 546a BGB verzichten. Es wäre zu erwägen, anders als im deutschen Recht sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters aufgrund der erhöhten Übersichtlichkeit in einer Norm zu bündeln, wobei innerhalb dieser Norm eine Unterscheidung nach der Art der Pflichtverletzung (zum Beispiel der Anzeigepflicht) nicht zwingend nötig ist, wenn man das Konzept der Einheitspflichtverletzung des DCFR beibehielte.

b) Rechtsfolge

Die Rechtsfolge des Schadensersatzes im DCFR richtet sich zunächst nach den allgemeinen Vorschriften der Art. III.-3:701 ff. DCFR. Aus Art. III.-3:702 DCFR folgt für den Schadensumfang, dass der Vermieter so zu stellen ist, wie er stünde, wenn das Mietverhältnis bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt fortbestanden hätte – hierbei ist allerdings stets seine Verpflichtung zur Schadensminde rung aus Art. III.-3:705 Abs. 1 DCFR zu berücksichtigen. Zwar besteht diese Pflicht auch im deutschen Recht aus § 254 BGB, im Falle der Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 546a BGB findet jedoch § 254 BGB keine Anwendung, da es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern einen vertraglichen Anspruch eigener Art handelt.⁹⁸² Bezuglich des weiteren Schadenser-

981 *BGH NJW* 1983, 112; *BGHZ* 90, 145, 148 = *NJW* 1984, 1527; *BGH NZM* 2010, 815; Staudinger/Rölf, § 546a Rn. 15 Schmidt-Futterer/Strey, § 546a Rn. 38; Palandt/Weidenkaff, § 546a Rn. 8.

982 *BGHZ* 104, 285 = *NJW* 1988, 2665; *BGHZ* 68, 307, 310 = *NJW* 1977, 1335; MüKo-BGB/Bieber, § 546a Rn. 7; Blank/Börstinghaus/Blank, § 546a Rn. 2.

satzumfanges kann auf die Ausführungen zu § 10VII.2 verwiesen werden. Das dort angesprochene Problem der weitreichenden Schadenshaftung stellt sich zunächst auch für Schadensersatzansprüche gegen den Mieter, der sich erheblichen materiellen Schäden ausgesetzt sehen kann. Das Vorhersehbarkeitskriterium bietet hiergegen nur geringen Schutz, da es, anders als die Adäquanztheorie im deutschen Recht, dann seine einschränkende Wirkung nicht entfaltet, sobald die Pflichtverletzung absichtlich, bedingt vorsätzlich oder grob fahrlässig geschieht (Art. III.-3:703 DCFR). Gibt beispielsweise der Mieter eine Baumaschine nicht rechtzeitig zurück, obwohl er wusste, dass er dies an einem bestimmten Termin tun musste, oder beschädigt er sie grob fahrlässig, hat er jeglichen dem Vermieter hierdurch kausal entstandenen Schaden zu ersetzen. Hatte der Vermieter die Baumaschine für einen bestimmten Arbeitsabschnitt in einem Bauprojekt vorgesehen und gerät aufgrund der verspäteten oder der Rückgabe im beschädigten Zustand das gesamte Projekt ins Stocken, sodass sich der Vermieter allen anderen Subunternehmern gegenüber schadensersatzpflichtig wird, kann den Mieter daher ggf. eine Ersatzpflicht in immenser Höhe treffen, selbst wenn er von alle dem keine Kenntnis hatte, da das Vorhersehbarkeitskriterium in diesem Fall nicht greift. Speziell im Verhältnis von Unternehmer und Verbraucher gewinnt diese ausufernde Haftung erheblich an Brisanz, da sich ein Verbraucher im Regelfall schwer bzw. nur unter meist unverhältnismäßigen Kosten gegen ausufernde Ansprüche des Vermieters absichern können wird.

Eine Haftungsbegrenzung soll nach dem DCFR durch die verbrauchermietrechtliche Spezialnorm des Art. IV.B-6:102 DCFR erreicht werden, die den Schadensersatzanspruch des Vermieters insoweit reduziert, als dieser die Mietsache tatsächlich gegen den eingetretenen Schaden versichert hatte (unabhängig davon, ob dies erwartet werden durfte) oder insoweit, als der Verbraucher vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dass der Vermieter sie gegen diesen Schaden versichern würde. Der Mieter soll dabei davon ausgehen dürfen, dass eine solche Versicherung abgeschlossen werde, wenn der Vermieter hierzu vertraglich oder gesetzlich verpflichtet ist oder wenn er es aufgrund der Gesamtumstände erwarten durfte, wobei die Üblichkeit einer Versicherung, die Art der Mietsache und die Dauer des Mietverhältnisses zu berücksichtigen sein sollen.⁹⁸³

Der DCFR setzt sich mit dieser Regelung in direkten Gegensatz zu einer Grundregel des deutschen Schadensrechts, nach der Leistungen einer Versicherung auf den Schadensersatzanspruch im Rahmen der §§ 249 ff. BGB nicht angerechnet werden, da diese im Regelfall den Geschädigten und nicht den Schädiger begünstigen sollen – ein Gedanke, der beispielsweise auch in der Norm des § 86 VVG Ausdruck findet.⁹⁸⁴ Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Vermieter die Prämien offen oder verdeckt zusammen mit der Miete auf den Mieter abwälzt. In diesem Falle wird von

983 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.-6:102, Comments B (S. 1581 f.).

984 Vgl. hierzu MüKo-BGB/Oetker, § 249 Rn. 254 ff.

der Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung des jeweiligen Versicherungsvertrags ein konkluenter Regressverzicht des Versicherers zugunsten des Mieters für leichte Fahrlässigkeit angenommen, wobei der Versicherer die Beweislast dafür trägt, dass der Mieter im Einzelfall doch grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat und ein Regress daher möglich ist.⁹⁸⁵ Hintergrund ist, dass der Versicherer auf die Belange des Vermieters als auch des Mieters Rücksicht nehmen muss und der Regressverzicht eine angemessene Gegenleistung dafür sei, dass der Mieter die Versicherungsprämien bezahle. Für die Mietvertragsparteien untereinander bedeutet dies, dass der Vermieter im Versicherungsfall zumindest bei Vorliegen leichter Fahrlässigkeit gezwungen ist, die Versicherung in Anspruch zu nehmen und dadurch den Mieter so zu stellen, als sei er selbst Versicherungsnehmer. Tut er dies nicht, kann er insoweit gegenüber dem Mieter keinen Schadensersatz verlangen, sondern muss den Schaden an der Mietsache selbst beheben.⁹⁸⁶

Der DCFR schießt im Vergleich hierzu auch an dieser Stelle in seinem Bemühen, den größtmöglichen Verbraucherschutz zu erreichen, aufgrund mangelnder Differenzierung der Regelungen über das Ziel hinaus: Durch die Grundannahme der Anrechenbarkeit der Versicherung im Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher wirkt sich das Bestehen der Versicherung grundsätzlich zum Nachteil des Vermieters aus, ohne dass unterschieden wird, welchen Zweck die Versicherung im Einzelfall verfolgt oder wer sie faktisch finanziert. Diese einseitige Belastung wird dadurch verstärkt, dass eine Anrechnung selbst dann erfolgt, wenn überhaupt keine Versicherung besteht, aber der Verbraucher dies erwarten konnte. Dies kommt letztlich einer Versicherungsverpflichtung seitens des Vermieters gleich, die – wie der DCFR selbst feststellt –⁹⁸⁷ nicht wünschenswert ist. Die Regelung sollte also nicht in der Form wie im DCFR geregelt in ein europäisches Mietrechtsinstrument übernommen werden. Eine erste Eingrenzung der Haftung des Mieters kann, wie bereits unter § 10 VII. 2 vorgeschlagen, durch eine generelle Beschränkung des Schadensersatzes auf bestimmte Schadensposten erreicht werden. Eine weitere Begrenzung durch die Anrechnung von Versicherungsleistungen könnte nach Vorbild der Lösung des deutschen Rechts aufgenommen werden, wobei es interessengerecht erscheint, eine Anrechnung nur dann vorzunehmen, wenn der Mieter tatsächlich offen oder verdeckt finanziell an der Versicherung beteiligt ist. Wenn keine Versicherung besteht, sollte auch im Grundsatz keine Anrechnung erfolgen dürfen, um dem Vermieter keine faktische Versicherungspflicht aufzuerlegen. Für Verbrauchermietverträge könnte man zusätzlich einen Anreiz zur Versicherung der

985 BGHZ 145, 393, 398 = NJW 2001, 1353, 1354; BGHZ 175, 374, 380 f. Rz. 23 = NJW 2008, 1737; ZMR 2010, 515 = WuM 2011, 579 Rz. 8 f.; NZM 2011, 894 = WuM 2011, 575. Diese mit Bezug zum Immobiliarmietrecht ergangenen Entscheidungen lassen sich ohne Weiteres auch auf das Mobilarmietrecht übertragen.

986 BGH NJW 2015, 699, 700 f. = WuM 2015, 88.

987 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.–6:102, Comments A (S. 1581).

Mietsache schaffen und dem Mieter die Chance geben, das Risiko des Geschäfts zu erfassen, indem man dem Vermieter eine vorvertragliche Informationspflicht aufgibt, den Mieter zu unterrichten, ob eine Versicherung besteht und wie diese, ggf. anteilig, finanziert wird. Folge dieses Verstoßes wäre dann die Anrechnung der Versicherung, (i) im Falle einer bestehenden Versicherung unabhängig von deren Finanzierung und (ii) im Falle des Nichbestehens, falls der Verbraucher vernünftiger Weise von einer Versicherung der Mietsache ausgehen durfte. Hierbei wäre aber darauf zu achten, die Kriterien einer solchen „vernünftigen Erwartung“ genau zu umschreiben.

Zuletzt ist zum Schadensersatzanspruch noch eine weitere Besonderheit des deutschen Rechts zu erwähnen: Gem. § 548 Abs. 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterung der Mietsache, also wegen aller Ansprüche, die auf der Verletzung der Fürsorge- und Obhutspflichten des Mieters beruhen und die nicht zu deren volliger Zerstörung führen,⁹⁸⁸ in sechs Monaten ab Rückerhalt der Mietsache durch den Vermieter. Zweck der Regelung ist es, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine Klärung der offenen Ansprüche zu erreichen, insbesondere um spätere Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Zustands der Mietsache zu vermeiden. Für sämtliche anderen Ansprüche des Vermieters gelten die allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195, 199 BGB, bezüglich derer auf die Ausführungen unter § 10 I. 2. verwiesen werden kann.⁹⁸⁹ Der DCFR stellt keine vergleichbare Sonderregelung zur Verfügung.

Für ein optionales Vertragsrechtsinstrument wäre durchaus zu erwägen, eine ähnliche Regelung aufzunehmen, da eine kürzere Verjährung gerade bei Mobiliarmietverträgen, die in der Regel kurzfristiger als Immobiliarmietverhältnisse sind, dem Charakter des Mietverhältnisses besser entspricht und sich die Regelung zudem meist mieter- und verbraucherschützend auswirkt.⁹⁹⁰

2. Zinsen

Erbringt der Mieter die Mietzahlung verspätet, so erwächst dem Vermieter auch nach dem DCFR ein Zinsanspruch. Er hat seine Rechtsgrundlage in Art. III.-3:708 Abs. 1 DCFR, dessen einzige Voraussetzung die verspätete Zahlung einer geschuldeten, fälligen Geldsumme ist, sodass der Zinsanspruch allein entsteht, wenn diese verspätete Leistung entschuldigt ist. Der DCFR geht also im Gegensatz zum deutschen Recht von Fälligkeits- und nicht von Verzugszinsen (siehe § 288 Abs. 1 BGB) aus. Derartige Zinsen sind im deutschen Recht nur in Ausnahmefällen vorgesehen, nämlich gem. § 291 BGB bei Prozesszinsen und nach § 353 HGB für beiderseitige Handelsgeschäfte. Unterwürfe der deutsche Verbrauchermieter sich

988 Siehe Staudinger/Emmerich, § 548 Rn. 4.

989 Staudinger/Emmerich, § 548 Rn. 1a; Palandt/Weidenkaff, § 546a Rn. 2.

990 Zu einer möglichen Ausnahme von dieser Wirkung Staudinger/Emmerich, § 548 Rn. 1.

demnach einem dem DCFR nachgebildeten optionalen Instrument, wäre er insofern schlechter gestellt.

Ein weiterer augenfälliger Unterschied zum BGB ist die Zulässigkeit von Zinseszinsen gem. Art. III.-3:709 Abs. 1 DCFR, wonach alle 12 Monate der Zinsanspruch dem ausstehenden Kapital zuzurechnen ist. Dies widerspricht dem in §§ 248 und 289 BGB enthaltenen Zinseszinsverbot und benachteiligt ebenfalls tendenziell den Mieter, wobei freilich zu beachten ist, dass dieses Verbot stark durch die Möglichkeit der Geltendmachung eines solchen Zinses als Verzugsschaden gem. § 289 Abs. 2 BGB – eine Möglichkeit, die auch gegenüber Verbrauchern besteht – abgeschwächt wird.⁹⁹¹

Im Interesse des Mieterschutzes sollte ein europäisches Mobilarmietrechtsinstrument also vom Konzept des Verzugszinses und dem Verbot des Zinseszinses ausgehen.

III. Weitere Rechtsbehelfe

Der Vollständigkeit halber sind schließlich die Rechtsbehelfe des Vermieters zu erwähnen, für die der DCFR keinerlei mietrechtsspezifische Sonderregelung bereitstellt und die daher ausschließlich aus dem allgemeinen Schuldrecht hervorgehen.

1. Zurückbehaltungsrecht

Ebenso wie dem Mieter ist es auch dem nicht vorleistungspflichtigen Vermieter möglich, sich gem. Art. III.-3:401 DCFR auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Mieter zu berufen. Bezuglich der Voraussetzungen und der Grenzen dieses Rechts kann hierbei weitgehend auf die Ausführungen unter § 10 V. verwiesen werden. Wie die *Comments*⁹⁹² betonen, hilft das Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Pflicht des Vermieters zur Überlassung der Mietsache nur so lange, wie diese Überlassung nicht erfolgt ist. Dies folgt im deutschen Recht bereits aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts, das gem. § 322 BGB lediglich zu einer Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug führen kann, dem Gläubiger aber niemals das Recht gibt, seine bereits erbrachte Leistung rückgängig zu machen. Nach Überlassung der Mietsache kommt bei Nichtleistung des Mieters also vor allem ein Zurückbehaltungsrecht mit etwaigen Erhaltungsmaßnahmen, zum Beispiel seiner Reparaturverpflichtung (soweit diese ihm auch nach dem DCFR obliegt) in Betracht. Der Hauptanwendungsfall des Zurückbehaltungsrechts im deutschen Recht, die Einbehaltung der Mietsicherheit von der Fälligkeit des Rückgewähranspruchs des Mieters bis zur Erfüllung der Gegenansprüche des Vermieters, sofern nicht ohnehin aufge-

991 BeckOGK/*Dornis*, § 289 Rn. 5, 15 f.

992 DCFR Full Edition II, Art. IV.B.–6:101, *Comments A* (S. 1570).

rechnet werden kann,⁹⁹³ findet im DCFR keine Parallele, da, wie bereits unter § 8 V. angesprochen, diese Thematik im DCFR vollständig ausgespart wurde.

Beendigung

Wie bereits unter § 10 VI. 1. ausgeführt, sieht der DCFR weder eine Spezialnorm für die Beendigungen von Dauerschuldverhältnissen im allgemeinen noch Sondervorschriften zur Kündigung von Mietverhältnissen vor. Ebenso wie die Kündigung des Mieters richtet sich auch die des Vermieters nach den allgemeinen Beendigungstatbeständen der Art. III.-3:502 ff. DCFR.

Die Beendigungserklärung und die Rechtsfolgen der Kündigung betreffend gelten im Wesentlichen die Anmerkungen zur Beendigung seitens des Mieters.

Bezüglich der Beendigungsgründe sei zunächst an die bereits erläuterten strukturellen Unterschiede erinnert: Während § 543 BGB generell einen wichtigen Grund für die Kündigung sowie den erfolglosen Ablauf einer Nachfristsetzung verlangt, genügt es nach dem DCFR, wenn die ‚non-performance‘ entweder wesentlicher Art ist oder im Falle einer unwesentlichen ‚non-performance‘ vergeblich eine Nachfrist gesetzt wurde. Der DCFR räumt dem Verschulden der anderen Partei, also des Kündigungsgegners, im Rahmen der Wesentlichkeit der ‚non-performance‘ eine maßgebende Rolle ein, wohingegen dies im BGB nur einen Faktor im Rahmen der Interessenabwägung darstellt. Anders als das BGB in § 543 Abs. 2 stellt der DCFR zudem keine Lösung für die klassischen Fälle des Vorliegens eines wesentlichen Kündigungsgrundes bereit, sondern überlässt es der Bestimmung dieses Begriffes im Einzelfall, ob das Mietverhältnis (ohne Fristsetzung) beendet werden kann. Wie bereits unter § 10 VI. 1. ausgeführt, ist diese Entscheidung des DCFR unglücklich, besonders im Hinblick auf für ein optionales Instrument zwingend notwendige Sondervorschriften für Mietverhältnisse, die im Interesse der Rechtssicherheit insbesondere Regelatbestände enthalten sollten. Der DCFR verpasst es, die Kündigungsgründe der beiden Mietvertragsparteien im Mietrecht einer detaillierten, auf die Bedürfnisse der Praxis abgestimmten und interessenangemessenen Regelung zuzuführen.

Betrachtet man die beiden gesetzlich definierten Beispiele des Kündigungsgrundes in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 (Obhutspflichtverletzung des Mieters bzw. unbefugte Überlassung der Mietsache an Dritte) und Nr. 3 BGB (Zahlungsverzug des Mieters) und löst sie nach dem DCFR, ergeben sich folgende Unterschiede: Im Fall einer erheblichen Gefährdung der Mietsache infolge wesentlicher Vernachlässigung der Sorgfalts- und Obhutspflichten des Vermieters (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB) ist nur aufgrund des konkreten Einzelfalles zu entscheiden, ob dieser Verstoß vorsätzlich oder grob fahrlässig war und Anlass gibt, die Verlässlichkeit der zukünftigen Leistung des Mieters in Zweifel zu ziehen, sodass ein Beendigungs-

993 Zur Immobiliarmiete Staudinger/Emmerich, § 551 Rn. 30, 31.

grund aufgrund von wesentlicher ‚non-performance‘ nach Art. III.-3:502 Abs. 1 und 2 lit. b DCFR anzunehmen wäre und eine Fristsetzung entbehrlich wäre. Der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB setzt hingegen *de lege lata* kein Verschulden des Mieters voraus,⁹⁹⁴ erfordert jedoch außer in den engen Ausnahmefällen des § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 oder 2 BGB stets eine zusätzliche Fristsetzung, bevor das Mietverhältnis beendet werden kann. Die Situation stellt sich für das Kündigungsrecht des Vermieters ähnlich dar wie unter § 10 VI. 1. a) bezüglich des Kündigungsrechts des Mieters beschrieben: Im Vergleich beider Regelungen ist nicht eindeutig auszumachen, welche Regelung geringere Hürden für die Kündigung aufstellt, da teilweise die eine, teilweise die andere Regelung strengere Anforderungen aufstellt und die Frage nur für den konkreten Einzelfall zu beantworten ist.

Die unbefugte Überlassung der Mietsache an einen Dritten § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB wird – so man davon ausgeht, dass dies erstmalig erfolgt und keine besonderen Abreden bestehen – regelmäßig keine wesentliche ‚non-performance‘ i.S.d. Art. III-3:502 DCFR bedeuten. Denn solange die Miete weiterbezahlt wird, entgeht dem Vermieter nicht substanzell das, was unter dem Mietvertrag geschuldet ist (lit. a) und allein die Drittüberlassung für sich genommen lässt noch keinen Rückschluss auf die künftige Zuverlässigkeit des Mieters zu (lit. b). Sowohl nach Art. III.-3:503 Abs. 1 DCFR als auch nach § 543 Abs. 3 S. 1 BGB ist daher in diesen Fällen grundsätzlich eine Fristsetzung zur Abhilfe erforderlich. Ebenso wie bei der Immobiliarmiete ist hierbei darauf zu achten, dass diese Frist der für ein eventuell bestehendes Untermietverhältnis geltenden Kündigungsfrist entsprechen muss, da sonst der Mieter nicht im Stande ist, die Pflichtverletzung zu beheben.⁹⁹⁵ Ein solches Erfordernis könnte man auch nach dem DCFR annehmen, wenn man davon ausgeht, dass die Frist in einem solchen Fall nur dann ‚reasonable length‘ hat, wenn man die notwendige Beendigung des Untermietverhältnisses berücksichtigt.

Für die Ausgestaltung eines europäischen Mietrechtsinstruments wäre es ratsam, einen die Obhutspflichtverletzung des Mieters bzw. unbefugte Überlassung der Mietsache an Dritte betreffenden Regeltatbestand aufzunehmen. Es wäre jedoch im Hinblick auf den sowohl nach DCFR als auch nach BGB an das Verschulden anknüpfenden allgemeinen Kündigungstatbestand stringent, auch diesen Regeltatbestand verschuldensabhängig auszugestalten.

994 Staudinger/Emmerich, § 543 Rn. 29, wobei dieser den Wertungswiderspruch insbesondere zu § 543 Abs. 1 BGB betont und daher für eine zurückhaltende Anwendung des Kündigungsgrundes auf schuldlos handelnde Mieter plädiert.

995 Zur Immobiliarmiete, aber im Grundsatz auf die Mobiliarmiete übertragbar: *LG Mannheim* WuM 1985, 262; *LG Hamburg* WuM 1994, 536; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 Rn. 75.

Die größere Abweichung ergibt sich bei der Kündigung wegen eines Verstoßes des Mieters gegen seine Verpflichtung zur Zahlung der Miete: Zwar werden die in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a und b beschriebenen Verzugsszenarien, die davon ausgehen, dass die Miete nach Zeitabschnitten geschuldet wird, regelmäßig auch eine wesentliche ‚non-performance‘ i.S.d. Art. III-3:502 DCFR darstellen und daher ebenso wie im deutschen Recht eine Kündigung ohne Fristsetzung ermöglichen (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB). Denn die (sich über mehrere Zahlungstermine erstreckende) Nichtzahlung wird in den meisten Fällen zumindest fahrlässig erfolgen und daher nach litera b Anlass geben, an der künftigen zuverlässigen Leistung des Schuldners zu zweifeln. Je nach Verhältnis der ausstehenden Zahlungen zur insgesamt geschuldeten Miete kann zudem wesentliche ‚non-performance‘ auch gem. litera a vorliegen. In Mietverhältnissen, in denen die Miete in einer Gesamtzahlung und meist zu Beginn des Mietverhältnisses zu begleichen ist, wird hingegen jeder Zahlungsverzug eine wesentliche ‚non-performance‘ nach dem DCFR darstellen, sodass ebenfalls eine Kündigung ohne Fristsetzung möglich ist. Geht man davon aus, dass der Mieter üblicherweise in einem solchen Fall vorleistungspflichtig ist und daher die Nichtleistung regelmäßig vor Überlassung der Mietsache erfolgen wird, finden im deutschen Recht hier die Regelungen des Rücktritts Anwendung, sodass es gem. § 323 Abs. 1 BGB (außer im Falle eines relativen Fixgeschäfts, § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB) hingegen grundsätzlich einer Fristsetzung bedarf. Der wesentliche Unterschied zur Regelung des DCFR liegt jedoch darin, dass der Mieter in den Fällen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gem. S. 2 die Möglichkeit hat, den Kündigungsgrund vor Zugang der Kündigungserklärung durch Zahlung zu heilen und damit einer Kündigung zuvor zu kommen oder gem. S. 3 selbst nach Zugang der Kündigungserklärung deren Unwirksamkeit durch unverzügliche Erklärung einer möglichen Aufrechnung herbeiführen kann. Diese Schutzmechanismen, die den Mieter vor einer plötzlichen Kündigung bewahren, stehen dem Mieter nach dem DCFR nicht zur Verfügung.

Dieser Schutzmechanismus ist gerade bei Verbrauchermietern interessengerecht, die nicht so zahlungsstark wie unternehmerische Mieter sind und i.d.R. auch keine professionelle Buchhaltung haben, die immer eine rechtzeitige Zahlung sicherstellt. Demgegenüber wird der unternehmerische Vermieter durch den Zahlungsrückstand *eines* Mieters nicht derart belastet, wie dies bei einem Privatvermieter, der nur wenige Mietsachen vermietet, der Fall wäre. Es sollte daher zumindest für Verbrauchermitverträge ein dem deutschen Recht nachgebildeter Heilungsmechanismus in ein optionales Instrument aufgenommen werden.

Kapitel 3: Gestaltung eines europäischen Verbrauchermobiliarmietrechtsinstruments

Nachdem auf Basis der vergleichenden Darstellung des Mobiliarmietrechts des DCFR und des deutschen Mobiliarmietrechts zahlreiche Empfehlungen und Vorschläge zur Ausgestaltung einzelner Regelungen eines europäischen Mobiliarmietrechtsinstruments für Verbraucher unterbreitet wurden, soll nunmehr zusammenfassend dargestellt werden, wie das optionale Instrument regelungstechnisch gestaltet werden sollte und welche inhaltlichen Hauptweichenstellungen getroffen werden sollten, um die zu Beginn von Kapitel 2 umrissenen Ziele der Rechtssicherheit und des hohen Verbraucherschutzniveaus zu erreichen.

§ 12 Regelungstechnische Gestaltung des Instruments

I. Systematik

1. Aufbau

Der Aufbau des DCFR, der, wie das BGB, „vom Allgemeinen zum Besonderen“ regelt, ist für ein Instrument des europäischen Mietrechts weder erforderlich noch geeignet. Hierbei kann zunächst kritisch hinterfragt werden, ob es überhaupt notwendig ist, einem speziell dem Mietrecht gewidmeten Vertragsrechtsinstrument Regelungen zu Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages⁹⁹⁶ voranzustellen. Da diese Regelungen für alle Vertragsarten gelten, beispielsweise auch für das Kaufrecht, könnte man entweder erwägen, hierfür ein separates Vertragsrechtsinstrument einzuführen, was zugleich nutzbringend für die Einheitlichkeit mit anderen europäischen Vertragsrechtsinstrumenten wäre, würde man auf diese allgemeinen Regelungen referenzieren. Alternativ könnte man mit dem Argument, dass die Thematik des Vertragsschlusses und der Wirksamkeit von Verbraucherträgen im nationalen Recht mittlerweile in einem hohen Maße ohnehin durch europäische Richtlinien und Verordnungen (zuletzt durch die Verbraucherrechterichtlinie)

996 Siehe hierzu § 5.

harmonisiert worden sei, sogar vollständig auf eine weitere Normierung in einem Vertragsrechtsinstrument verzichten.

Auch die Aufteilung des Leistungsstörungsrechts des DCFR in einen allgemeinen Teil und einen Teil zu den besonderen Vertragsarten ist für ein Mobiliarmietrechtsinstrument nicht nötig und würde zu überflüssigen Doppelungen führen, wie beispielsweise die Vervielfachung der Mitterlungspflichten des Mieters⁹⁹⁷ veranschaulicht. Die Konzentration auf ein spezielles mietrechtliches Rechtsbehelfssystem wird sowohl zur Vereinfachung des Systems als auch zur Präzisierung der Normen führen und wird viele Probleme beseitigen, die im DCFR daraus erwachsen, dass die allgemeinen Leistungsstörungen nicht auf den speziellen Charakter des Mietverhältnisses zugeschnitten sind, was die Anwendung erschwert und zu Rechtsunsicherheiten führt. So muss der DCFR beispielsweise für die Folgen der Kündigung des Mietverhältnisses auf die Regeln der Teilleistung in Art. III.-3:506 DCFR und der Rückabwicklung in Art. III.-3:509 DCFR zurückgreifen, die aber ersichtlich nicht auf den Fall der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen zugeschnitten sind und die typischen Probleme (beispielsweise die Rückabwicklung) nicht adäquat lösen können.⁹⁹⁸

Schließlich ist im Interesse der Anwendungsklarheit auch darauf zu achten, die innere Systematik des Mobiliarmietrechtsinstruments zu wahren, insbesondere das Verhältnis verschiedener Normen klarzustellen. Als Beispiel sei hier der Aufwendungsersatzanspruch des Mieters aus Art. IV.B.-4:101 DCFR zu nennen. Hier wurde es im DCFR versäumt, das Verhältnis zum Schadensersatzanspruch (Art. III.-3:701 ff. DCFR), der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs parallel zur Anwendung kommt, festzulegen. Die Bestimmung des Verhältnisses sollte aber erfolgen, um zu vermeiden, dass die speziellen Voraussetzungen des Aufwendungsersatzes unterlaufen werden.⁹⁹⁹

2. Vollständigkeit

Soll das optionale Instrument das Mobiliarmietrecht in einer Weise regeln, die Sicherheit und damit Kalkulierbarkeit schafft, so ist insbesondere die Vollständigkeit in dessen Kernbereich von überragender Bedeutung.

Im DCFR sind bedauernswerterweise einige Regelungsbereiche ausgespart worden, wie beispielsweise die Schutz- und Fürsorgepflichten des Vermieters, insbesondere, inwieweit auch Dritte in deren Schutzbereich einzbezogen werden können, die bestimmungsgemäß bzw. nach dem Vertrag in Kontakt mit der Mietsache kommen.¹⁰⁰⁰ Weitere Beispiele für Regelungslücken im DCFR sind das Fehlen einer

997 Ausführlich hierzu § 10 I. 3.

998 Siehe § 10 VI. 1. a) und 2.

999 Siehe hierzu bereits § 10 III. 1.

1000 Siehe § 7 VI. 2.

Regelung zur Kündigung des Mietvertrages im Fall einer unwesentlichen ‚non-performance‘ wegen mangelhafter Leistung¹⁰⁰¹ oder die vollständige Aussparung von Regelungen zur Leistung einer Mietsicherheit durch den Mieter,¹⁰⁰² die allerdings auch dem deutschen Mobiliarmietrecht vorgeworfen werden kann. In einigen wenigen Bereichen regelt der DCFR auch umfassender als das deutsche Mietrecht: So sieht er beispielsweise die Möglichkeit der gegenständlichen Teilkündigung des Mietverhältnisses vor,¹⁰⁰³ die auch in ein Mobiliarmietrechtsinstrument übernommen werden sollte.

Um Rechtssicherheit und damit Berechenbarkeit zu gewähren, ist ferner darauf zu achten, dass das Mobiliarmietrechtsinstrument soweit möglich im Sinne eines ‚closed systems‘ auch sämtliche Rechtsfolgen klar regelt, um die Notwendigkeit eines ergänzenden Rückgriffs auf das jeweils anwendbare nationale Recht und die damit einhergehende Unsicherheit zu vermeiden. So sollte etwa die Rückforderung zu viel gezahlter Miete infolge der automatischen Minderung nicht nach nationalem Bereichserungsrecht gelöst werden,¹⁰⁰⁴ sondern die Rechtsfolge einer Zuvielleistung möglichst abschließend im Mietrechtsinstrument niedergelegt werden.

3. Einheitlichkeit mit europäischen Rechtsinstrumenten

Bei der Erstellung des Entwurfs für ein europäisches Mobiliarmietrechtsinstrument sollte ferner darauf geachtet werden, einen Regelungsgleichklang mit anderen europäischen Rechtsinstrumenten wie den anwendbaren Verordnungen herzustellen. Es sollte auf begrifflichen Gleichlauf geachtet werden und auch inhaltlich parallele Regelungen aufgenommen werden, um Auslegungswidersprüche zu vermeiden. Dieser Gleichlauf sollte aber nicht mechanisch, sondern nur sofern und soweit versucht werden, als es inhaltlich sinnvoll ist, insbesondere unter Berücksichtigung der Charakteristika des jeweiligen Vertragstypus. Der DCFR hält hier einige Negativbeispiele bereit: So sollte die fehlende Einweisung in den Gebrauch der Mietsache wegen des Vertragszwecks der Nutzungsüberlassung anders als im Kaufrecht nicht als Fall der mangelhaften Leistung, sondern als Fall der unvollständigen Gebrauchsüberlassung behandelt werden.¹⁰⁰⁵ Auch der Mangelbegriff sollte sich nicht zu sehr am kaufrechtlichen Mangelbegriff orientieren, sondern der für das Mietverhältnis zentralen Bedeutung des Gebrauchsزwecks adäquat Rechnung tragen.¹⁰⁰⁶ Sollte man sich – entgegen des hier unterbreiteten Vorschlags – doch entscheiden, einen allgemeinen Teil zu Zustandekommen und Wirksamkeit

1001 Siehe ausführlich § 10 VI. 1. a).

1002 Siehe § 8 V.

1003 Siehe § 10 VI. 1. b).

1004 Siehe hierzu § 10 IV. 2.

1005 Siehe § 7 II. 1. b).

1006 Siehe ausführlich § 7 IV. 2. a).

des Mietvertrags aufzunehmen, so wäre hier jedenfalls penibel auf Parallelität zu den im CESL normierten allgemeinen Regelungen zu achten.

II. Regelungstiefe

An vielen Stellen trifft der DCFR sehr kleinteilige Regelungen, ohne hierbei aber Vollständigkeit zu erreichen, wie beispielsweise im bereits genannten Falle der Beendigungsgründe, die eine Regelung zur unwesentlichen mangelhaften Leistung vermissen lassen. Ein weiteres Beispiel ist der in Art. IV.B.-3:102 und IV.B.-3:103 DCFR niedergelegte Mangelbegriff, der alle denkbaren Kriterien auflistet, es aber versäumt, deren Verhältnis zueinander zu klären (Kumulation bzw. (teilweise) Alternativität), was schließlich zulasten der Parteivereinbarung geht.¹⁰⁰⁷

Das europäische Mietrechtsinstrument wird hier die Balance zwischen einer möglichst weitgehenden Vollständigkeit auf der einen und einer nicht zu detaillierten Regelung auf der anderen Seite finden müssen, ein Kompromiss, der durch Einsatz verschiedener Regelungstechniken erreicht werden kann. So bietet sich die Konkretisierung bestimmter Normen durch den Einsatz von Regeltatbeständen an, wie beispielsweise zur Begrenzung der ausufernden Rechtsfolgenregelung des Schadensersatzes¹⁰⁰⁸ oder zur Konkretisierung der außerordentlichen Kündigungsgründe. Die Regeltatbestände können als wichtige Leitlinien für die Anwendung des Mobiliarmietrechtsinstruments in der Praxis und insbesondere der Rechtsprechung dienen und eine einheitliche Anwendung des Instruments befördern. Ein weiteres Hilfsmittel, um die Anwendbarkeit einer bestimmten Norm zu steuern, ist der Einsatz von Interessenabwägungsklauseln, die durch beispielhafte Nennung der zu berücksichtigenden Einzelinteressen mit Leben gefüllt werden. Dies könnte man beispielweise zur Konkretisierung der Grenzen des Anspruchs auf ‚specific performance‘ (Art. III.-3:302 Abs. 3 DCFR)¹⁰⁰⁹ oder der Entscheidung, wann der Mieter gem. Art. IV.B.-5:108 DCFR während des laufenden Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters zu dulden hat, einsetzen.¹⁰¹⁰ Schließlich ist es ratsam, bestehende Ausnahmen zu einzelnen Regelungen explizit zu normieren, um auch hierdurch die Anwendung zu erleichtern. Dies betrifft beispielsweise die Ausnahmen der Mangel anzeigenpflicht des Mieters aus Art. IV.B.-4:103 DCFR oder die Regelung der Fälle, in denen ihm die Berufung auf sein Zurückbehaltungsrecht aus Art. III.-3:401 ff. DCFR verwehrt ist.¹⁰¹¹

1007 Ebenda.

1008 Ausführlich hierzu siehe § 10 VII. 2.

1009 Siehe hierzu § 10 II. 2.

1010 Siehe § 8 V.

1011 Ausführlich hierzu § 10 I. 3. a) bzw. § 10 V. 2.

III. Regelungsklarheit

1. Klare Systematik und Risikozuweisung

Für die Akzeptanz des Mietrechtsinstruments ist, wie bereits beschrieben, sowohl für den Unternehmer als auch den Verbraucher von enormer Bedeutung, dass das Instrument eine Rechtslage schafft, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglichst voraussehbar und damit kalkulierbar ist. Dies ist nicht nur für die Preisbildung des Unternehmers relevant, sondern auch für die Entscheidung des Verbrauchers, ob der Preis angesichts des für ihn bestehenden Risikos angemessen ist. Die vorab zu treffende Risikoverteilung ist also nicht nur deshalb von maßgeblicher Bedeutung, sondern auch dadurch, dass sie die Parteien zwingt, explizite Parteivereinbarungen zu treffen, sobald von der grundsätzlichen Risikoverteilung abgewichen werden soll und daher auch hierdurch bereits im Vorfeld dazu beiträgt, Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien zu vermeiden.

Am Beispiel der Aufteilung der Erhaltungspflichten zwischen Mieter und Vermieter (Art. IV.B.-3:104 und IV.B.-5:104 DCFR)¹⁰¹² offenbart sich die Schwierigkeit der vom DCFR an vielen Stellen versuchten Kompromisslösungen: Der Vermieter trägt die Erhaltungsmaßnahmen, die nicht *ex ante* als notwendig zu erwarten waren, um den vertragsgemäßen Gebrauch zu gewähren, wobei die Dauer des Mietverhältnisses, sein Zweck und die Art der Mietsache zu berücksichtigen sind. Es ist nach dieser Formel im Voraus kaum abzusehen, welche Partei die Verantwortung (und damit auch die Kosten) für die Erhaltungsmaßnahmen trägt, was jedoch ein ganz entscheidender Faktor für die Vertragsentscheidung sein wird. Die Parteien würden an Rechtssicherheit gewinnen, wenn man, wie vorgeschlagen, dem Vermieter grundsätzlich die gesamte Erhaltungslast auferlegt und eine Abwälzung auf den Mieter nur ausnahmsweise und bezüglich abgrenzbarer Einzelverpflichtungen zuließe, und könnten ihre Kalkulation auf dieser Basis treffen. Ein weiteres Beispiel ist die unklare Regelung der Verantwortlichkeit für den zufälligen Untergang der Mietsache. Der DCFR versucht die Risikoverteilung über die schwer nachvollziehbare und systemwidrige Einordnung dieser Leistungsstörung als Sachmangel zu bewerkstelligen,¹⁰¹³ sollte aber stattdessen eindeutige und explizite Regelungen zur Sach- und Preisgefahr treffen, so wie dies §§ 275 und 326 oder § 446 BGB tun. Ein europäisches Mietrechtsinstrument würde also durch eine klare Risikoverteilung an Kontur und Attraktivität gewinnen.

Ebenso wichtig für die Anwenderfreundlichkeit des Instruments ist es aber, auch im Übrigen inhaltlich eine klare Systematik zu verfolgen. So würde es sich beispielsweise anbieten, die Verpflichtung des Vermieters zur Überlassung der Mietsache und die des Mieters zu deren Rückgabe spiegelbildlich auszugestalten, also

1012 Siehe hierzu die ausführliche Analyse unter § 7 V.

1013 Siehe § 7 III. 4.

nicht nur inhaltlich dieselben Anforderungen zu stellen, sondern auch den Leistungs-ort der Rückgabeverpflichtung parallel zum Ort der Überlassungsverpflichtung zu regeln.¹⁰¹⁴ Als weiteres Beispiel kann die klare Trennung der Verpflichtung des Vermieters zur mangelfreien Leistung von der Annahmeverpflichtung des Mieters sowie dessen Obhutsverpflichtung bezüglich der Mietsache von der Pflicht des Vermieters zur Rücknahme dienen. Im DCFR sind diese Pflichten insofern verbunden, dass er der jeweiligen annahme- bzw. rücknahmeverpflichteten Partei ein Recht einräumt, die Annahme im Fall von Mängeln zu verweigern. Eine klare Trennung dieser Verpflichtungen (und Verlagerung der Auseinandersetzung auf Rechtsbehelfsebene) hätte den Vorteil, dass jederzeit feststeht, in wessen Obhut die Mietsache sich gerade befindet, was dazu beitragen würde, weitere Schäden zu vermeiden.¹⁰¹⁵ Auch der Ansatz, alle Ansprüche als gleichwertig zu regeln und grundsätzlich als einheitliche Rechtsfolge alle Rechtsbehelfe zur Anwendung zu bringen, besticht im Vergleich zur Lösung über Primär- und Sekundäranansprüche sowie verschiedenen Rechtsfolgenregime durch seine Schlichtheit und ist daher grundsätzlich für ein europäisches Rechtsinstrument gut geeignet.¹⁰¹⁶

2. Verwendung von Rechtsbegriffen

Ein guter Ansatz des DCFR ist zunächst die Aufnahme von Definitionen für die wichtigsten Begrifflichkeiten, u.a. auch für abstrakte Rechtsbegriffe und Konzepte, da auch dies zur Rechtsklarheit und Anwendungsfreundlichkeit des Instruments erheblich beitragen kann. Aufgrund der fehlenden Begriffseinheitlichkeit im europäischen Rechtsraum käme den Definitionen sogar eine größere Bedeutung zu als im nationalen Recht. Auch das CESL enthält einige Definitionen, regelt diese aber nicht als Teil des eigentlichen CESL-Textkörpers, sondern vorab im Rahmen der CESL-VO. Sinnvoller wäre es, die Definitionen – wie bei einem Vertragsdokument – direkt in den Text des Mobiliarmietrechtsinstruments, möglichst in Form eines vorangestellten Definitionsabschnittes, zu inkorporieren. Die Definitionen müssen allerdings, um dem beschriebenen Zweck gerecht zu werden, präzise und untereinander widerspruchsfrei sein.¹⁰¹⁷

Negativ fällt im DCFR hingegen die häufige, nahezu inflationäre Verwendung von unbestimmten (Rechts)begriffen auf, wie beispielsweise ‚reasonable‘, ‚ordinary‘ oder ‚normal‘. Diese Begriffe verschleieren kaum die mangelnde Entscheidungsfreudigkeit des DCFR im Hinblick auf die Auflösung bestimmter Interessenkonflikte und die Lösung von Rechtsfragen. Sie führen allerdings zu einer Abwälzung von Grundsentscheidungen auf die Gerichte und gefährden daher die Anwendungseinheitlichkeit der Regelungen. Dieser Zustand ist aber für ein Instrument des europä-

1014 Siehe hierzu § 8 IV. c).

1015 Siehe hierzu § 7 VI. 1., § 8 II. und § 8 IV. a).

1016 Ausführlich hierzu § 10 II. 1. a).

1017 Siehe näher zum Umgang mit und Anforderungen an Definitionen § 4 I. 1. b).

ischen Mietrechts nicht hinnehmbar, da dies, wie beschrieben, um als alternatives Regelungsangebot neben dem unvereinheitlichten nationalen (Mobiliar-)Mietrecht akzeptiert zu werden, besondere Rechtssicherheit gewähren muss. Die Problematik wird durch das Beispiel des Kündigungsgrundes der ‚fundamental non-performance‘ in Art. III.-3:502 DCFR illustriert, der eine Kündigung des Mietverhältnisses ohne weitere Voraussetzung zulässt. Trotz der Bedeutung dieser Norm für den Bestand des Mietverhältnisses gelingt dem DCFR die Konturierung des Begriffes ‚fundamental‘ nicht, sodass eine unerträgliche Rechtsunsicherheit entsteht.¹⁰¹⁸ Ein weiteres Beispiel ist die „Vernünftigkeit“ (z.B. in ‚expenses reasonably incurred‘) und damit die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen des Mieters als Aufwendungersatz i.S.d. Art. IV.B.-4:101 DCFR. Auch hier sollte dem Rechtsanwender ein konkreter Maßstab an die Hand gegeben werden, auch, um den Mieter nicht einem zu hohen Einschätzungsrisiko auszusetzen.¹⁰¹⁹ Wie bereits unter II. vorgeschlagen ließe sich diese Unsicherheit beispielsweise durch die Verwendung von Regeltatbeständen und Interessenabwägungsklauseln unter Benennung der typischerweise in die Abwägung einzustellenden Interessen und Positionen der Parteien eindämmen, was allerdings die Entschlossenheit voraussetzt, gewisse Wertentscheidungen vorab zu treffen. Da das europäische Privatrecht, wie unter § 2 I. gezeigt, jedoch nicht nur gemeinsame rechtliche Wurzeln hat, sondern auch aktuell die wesentlichen Grundwerte teilt, sollte diese Bewertung gelingen und allenfalls kleinere Diskrepanzen aufdecken.

1018 Siehe hierzu ausführlich § 10 VI. 1. a).

1019 Siehe § 10 III. 1.

§ 13 Inhaltliche Gestaltung des Instruments

Während die inhaltliche Ausgestaltung des Instruments in einigen Bereichen (vor allem des Verbraucherrechts) bereits durch europarechtliche Vorgaben vorgezeichnet ist, wie beispielsweise die Bestimmungen zum Leistungsort der Mietzahlung durch die Zahlungsdiensterichtlinie,¹⁰²⁰ und in anderen Punkten bereits in DCFR und BGB übereinstimmend adäquate Regelungen getroffen wurden, die lediglich einer technisch sorgfältigen Umsetzung bedürfen, sind in vielen Fragen, wie gezeigt, weichenstellende Entscheidungen zu treffen. Im Folgenden werden nochmals die wichtigsten Entscheidungen anhand von Beispielen zusammenfassend dargestellt.

I. Pflichten der Parteien

Um der zentralen Bedeutung der Gebrauchsgewährungsverpflichtung des Vermieters und dessen Charakter als Dauerverpflichtung gerecht zu werden, sollten zunächst die Ansprüche auf Überlassung des Gebrauchs, auf dessen Erhaltung, und auf die Gewähr der Vertragsmäßigkeit zu Beginn und während des Mietverhältnisses nicht jeweils als isolierte Einzelverpflichtungen des Vermieters dargestellt werden, sondern in ihrer Funktion als Einzelaspekte der übergeordneten Gebrauchsgewährungsverpflichtung, die als Dauerverpflichtung während des gesamten Mietverhältnisses besteht. Denn dies zeitigt auch weitere Auswirkungen, beispielsweise auf die Verjährung der Ansprüche.¹⁰²¹ Auch der Mangelbegriff sollte entsprechend dem Dauercharakter der Verpflichtung nicht zu Beginn und während des Mietverhältnisses unterschiedlichen Maßstäben unterliegen, sondern ebenfalls während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses einheitlich sein.¹⁰²²

Die Pflicht zur Erhaltung der Mietsache sollte nicht zwischen den Parteien geteilt sein, sondern im Grundsatz dem Vermieter obliegen. Hiervon sollten nur in begrenzten Umfang bezüglich einzelner abgrenzbarer Verpflichtungen und solange der *Verbraucher-Mieter* hierdurch nicht ungerechtfertigt benachteiligt wird Ausnahmen vereinbart werden können. Zulässig wäre beispielsweise die Vereinbarung, dass der Mieter die Fütterung des gemieteten Pferds übernimmt, wobei im Falle der Krankheit des Pferdes die Verantwortung und damit auch die Kostentragungspflicht beim Vermieter verbliebe.

Keinesfalls sollten aber die Regelungen zur „specific performance“ der Zahlungsverpflichtung in ein Instrument des Mobiarmietrechts übernommen werden. Hiernach kann der Mieter die Zahlung der Miete verweigern, wenn er die Mietsache zurückgeben möchte und die Rücknahme für den Vermieter vernünftig wäre,

1020 Siehe hierzu § 8 I. 2. b).

1021 Siehe § 7 II. 3.

1022 Hierzu § 7 IV. 1.

wobei dies nach Art der Mietsache, der verbleibenden Mietzeit und der Gesamtsituation zu bestimmen sein soll.¹⁰²³ Dies stellt einen zu schweren Eingriff in den Grundsatz *pacta sunt servanda* dar und bewirkt eine systemwidrige Verlagerung des Verwendungsrisikos auf den Mieter, dem durch die Verweigerung faktisch ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt wird. Eine solch einseitige Risikoverlagerung bezüglich der für den Vermieter maßgeblichen Hauptleistungspflicht würde das Instrument für Unternehmer untragbar machen.

Was die im deutschen Recht als vertragliche Nebenpflichten zu qualifizierenden Verpflichtungen der Parteien betrifft, kann im Grundsatz das „Einheitssystem“ des DCFR beibehalten werden und auf gesonderte Rechtsfolgen verzichtet werden, weil es durch seine klare Konzeption besticht.¹⁰²⁴ Allerdings sollte hier dennoch ein regulierendes Element vorgesehen werden, um eine vorschnelle oder unverhältnismäßige Haftung zu vermeiden. Beispielsweise sollte die nicht ordnungsgemäße Verpackung der Mietsache nicht zur Bejahung eines Mangels führen, wenn hierdurch die Kaufsache nicht beeinträchtigt wurde, und es sollte nicht allein deswegen die Vertragsbeendigung nach Art. III.-3:503 DCFR (Beendigung nach Fristsetzung) möglich sein. Als solch regulierendes Element könnte man eine Erheblichkeits- oder Zumutbarkeitsregelung ähnlich § 324 BGB einfügen.

Die Nebenpflichten sollten in einem europäischen Instrument auch inhaltlich vollständig erfasst werden. So ist insbesondere darauf zu achten, eine Vorschrift zu den Fürsorge- und Schutzpflichten des Vermieters sowie zur Einbeziehung Dritter in deren Schutzbereich zu regeln¹⁰²⁵ und auch eine umfassende Obhutspflicht des Mieters vorzusehen, die über die in Art. IV.B.-5:104 lit. a und b DCFR angelegten Pflichten hinausgeht. Die Obhutspflicht könnte als übergeordnete Pflicht auch alle hieraus folgenden Informations-, Duldungspflichten und sonstigen Pflichten erfassen, die aus ihr folgen und bisher im DCFR separat geregelt sind, sodass hierdurch Regelungslücken vermieden würden.¹⁰²⁶

Um das Instrument für Unternehmer attraktiver zu gestalten, sollte zudem eine § 546 Abs. 2 BGB nachgebildete Norm aufgenommen werden, die es dem Vermieter erleichtert, die Mietsache nach Ende des Mietverhältnisses auch von einem Dritten zurückzuerhalten.¹⁰²⁷

II. Rechtsbehelfe

Das europäische Instrument sollte die der Frage der Anwendbarkeit der Rechtsbehelfe vorgeordnete Frage der Klassifizierung einer Leistungsstörung sorgfältig

1023 Näher siehe § 11 I. 2.

1024 Siehe hierzu detailliert § 7 I. 1.

1025 Siehe § 7 VI. 2.

1026 Ausführlich zu den Obhutspflichten unter § 8 III. 2.

1027 Siehe § 8 IV. b).

regeln. Im DCFR erfolgt die Zuordnung teilweise aus Erwägungen der Risikoverteilung, die allerdings besser, ggf. explizit, an anderer Stelle niedergelegt werden sollten. Die Einordnung der Leistungsstörung als Sachmangel oder fehlende Verfügbarkeit der Mietsache muss konsequent und vor allem dahingehend erfolgen, ob die Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften für Mängel angezeigt wäre (Mängelanzeige, Fristsetzung zur Beseitigung). Als Beispiel seien nur die eingeschränkte Nutzbarkeit der Mietsache infolge von Reparaturen durch den Vermieter¹⁰²⁸ oder der Untergang der Mietsache genannt.¹⁰²⁹ Die Einordnung sollte zudem explizit festgelegt werden, wie beispielsweise in Art. IV.B.-3:101 Abs. 4 DCFR geschehen.

Wie bereits beschrieben, wäre es auch für das Mobiliarmietrechtsinstrument ein gangbarer Weg, das Verhältnis aller Rechtsbehelfe im Sinne der Gleichrangig- und Gleichwertigkeit auszustalten. Dringend zu vermeiden ist allerdings die Abwertung des Erfüllungsanspruchs, die im DCFR an vielen Stellen zu beobachten ist, da deren Durchsetzbarkeit auch in den Erwägungen der Parteien dahingehend, ob sie das Instrument überhaupt zur Anwendung bringen wollen, eine zentrale Rolle spielen dürfte. So sollte zum Beispiel die Nacherfüllung durch den Vermieter als Teil des Erfüllungsanspruchs ohne weitere Voraussetzungen verlangt werden können, keine Ausschlussfrist für das Erfüllungsverlangen enthalten sein und der Erfüllungsanspruch nicht unangemessen durch die Pflicht zur Vornahme eines Deckungsgeschäfts beschränkt werden.¹⁰³⁰

Auch die Ausgestaltung der Rechtsbehelfe sollte überdacht werden, wobei der DCFR bisweilen auch Aspekte enthält, die zwar von der deutsch-rechtlichen Lösung abweichen, aber für die Gestaltung des Mietrechtsinstruments einen Mehrwert bringen würden und übernommen werden sollten. Beispielhaft seien nur die folgenden Gestaltungsvorschläge genannt:

Das Minderungsrecht des Mieters ist im DCFR als Gestaltungsrecht konzipiert, während die Minderung im deutschen Recht *ipso iure* wirkt. Hier sollte die mieterfreundlichere zweite Variante in das Mobiliarmietrechtsinstrument übernommen werden. Begrüßenswert ist hingegen der Vorschlag des DCFR, die Minderung während der gesamten Vertragsdauer (nicht erst ab Überlassung der Mietsache) und auch während der Vornahme der Instandsetzungsmaßnahme, die den Mangel beheben sollen, zur Anwendung zu bringen.¹⁰³¹ Auch das Konzept, das Minderungsrecht bei Nichtanzeige des Mangels durch den Mieter tatsächlich nur während des Zeitraums der Verspätung der Anzeige auszuschließen, was leicht von der deutschen Lösung abweicht, aber konsequenter ist, sollte übernommen werden. Die Rechtsfolge der Rückzahlung zu viel entrichteter Miete betreffend, sollte das

1028 Hierzu § 7 III. 4.

1029 Siehe § 7 III. 2.

1030 Siehe § 10 II. 1. b).

1031 Siehe auch § 10 IV. 1. und § 10 IV. 1. a).

Instrument jedoch eine eigene Regelung zur Rückerstattung vorsehen, da ein Rückgriff auf nationales Bereicherungsrecht zu vermeiden ist.¹⁰³²

Was die Vertragsbeendigung betrifft, so sind, wie bereits erwähnt, die Kündigungsgründe detaillierter auszugestalten, indem beispielsweise tatbestandliche Regelbeispiele genannt werden. Dies gilt insbesondere für die Kündigung seitens des Vermieters, damit der Mieter sein Verhalten daran ausrichten kann, sodass ihm nicht unbemerkt die Kündigung droht. Die Kündigungsgründe sollten zudem vollständig geregelt werden, d.h. auch unter Aufnahme einer Regelung zur nicht wesentlichen mangelhaften Leistung (so man das System des DCFR zur ‚fundamental‘ und ‚non-fundamental non-performance‘ beibehalten wollte).¹⁰³³ Statt der im DCFR angelegten Rechtsfolge der Kündigung, die eine Rückabwicklung des Vertrages vorsieht, sollte die Folge der *ex nunc*-Wirkung aufgenommen werden, um Rückabwicklungsprobleme zu vermeiden. Die Rechtsfolgen sollten insgesamt besser auf die Besonderheiten des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis zugeschnitten werden.¹⁰³⁴

Auch bei der Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs kann teilweise auf Vorschläge des DCFR zurückgegriffen werden, wobei andere Punkte dezidiert abweichend geregelt werden sollten. So ist zwar das Verschuldenskonzept im DCFR anders als nach deutschem Schadensersatzrecht, da der DCFR im Grundsatz von einer ‚strict liability‘ für alle Faktoren ausgeht, die nicht im Einflussbereich des Schuldners liegen und außerhalb dessen eine verschuldensabhängige Haftung vorsieht. Dies ist als guter Kompromiss zwischen Common und Civil Law zu werten¹⁰³⁵ und kann zumindest für die Haftung des Vermieters so in das Mietrechtsinstrument übernommen werden. Ferner sieht der DCFR stets denselben Verschuldensmaßstab vor und kennt keine Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel.¹⁰³⁶ Bei näherem Hinsehen ist eine solche Haftung nicht selbst erklärend oder dogmatisch zwingend und sollte im Sinne der Akzeptanz des Instruments durch die Unternehmer daher nicht in ein europäisches Mietrechtsinstrument übernommen werden. Die Rechtsfolgenregelung des DCFR ist hingegen stark verbesserungswürdig: So sieht dieser stets direkte Schadenskompensation vor, wobei die Primärfolge der Naturalrestitution dem Grundsatz *pacta sunt servanda* besser Rechnung trägt und das mildere Mittel für den Schuldner sein kann.

1032 Hierzu § 10 IV. 2.

1033 Siehe § 10 VI. 1. a).

1034 Ebenda und § 10 VI. 1. a).

1035 Selbst, wenn mit Irland nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union nur noch eine Common Law Nation in der EU verbleibt, sollten derartige Kompromisse zumindest erwogen werden, zumal das Common Law nach wie vor wertvolle Denkanstöße für gesamteuropäische Regelungen bieten kann.

1036 Hierzu § 10 VII. 1.

Die Regelung des Schadensumfangs ist jedoch zu weit geraten, da quasi jede Folge der ‚non-performance‘ erfasst ist (außer die non-performance erfolgte vorsätzlich oder grob fahrlässig). Zu ersetzen sind überdies alle denkbaren immateriellen Schäden, darunter beispielsweise entgangene Lebensfreude.¹⁰³⁷ Hier ist dringend eine Begrenzung geboten, um beide Parteien vor einer ausufernden und unkalkulierbaren Haftung zu bewahren und die Akzeptanz des Instruments abzusichern. Andererseits sollte die Regelung, dass das „unvernünftige“ Beharren auf ‚specific performance‘ den zu ersetzenden Schaden mindert, entfallen, da auch hierdurch der Erfüllungsanspruch geschwächtigt wird. Ein Thema, zu dem das BGB keine explizite Regelung enthält, der DCFR hingegen begrüßenswerter Weise schon, ist die Versicherung der Mietsache und wie sich das Bestehen einer solchen auf den Schadensersatzanspruch des Vermieters auswirkt. Diese im DCFR enthaltene Regelung ist zwar zu modifizieren,¹⁰³⁸ sollte aber auch in das europäische Rechtsinstrument integriert werden.

III. Spezielle Erwägungen des Verbraucherschutzes

Auch die Integration von speziellen Verbraucherschutzvorschriften sollte bewusst und gezielt erfolgen. Im DCFR ist leider zu oft eine reflexhafte Benachteiligung des Unternehmers aus Verbraucherschutzerwägungen zu beklagen, ohne dass diese im Gesamtkontext gerechtfertigt wären. Beispielsweise ist der Leistungsort für die Überlassung der Mietsache nach dem DCFR am Geschäftssitz des Schuldners und bei mehreren Geschäftssitzen der Ort, der dem Verbraucher am „angenehmsten“ ist.¹⁰³⁹ Ferner kann der Verbraucher durch einseitige Erklärung den Verwendungszweck der Mietsache festlegen und somit den Mangelbegriff einseitig bestimmen.¹⁰⁴⁰ Schließlich kann er die Zahlung der Miete verweigern, wenn er die Mietsache zurückgeben möchte und es für den Vermieter vernünftig wäre, diese zurückzunehmen.¹⁰⁴¹

Stattdessen sollte der Verbraucherschutz besser dosiert, aber gezielt eingesetzt werden, um das Instrument nicht für Unternehmer völlig unattraktiv zu machen: Wie bereits in Art. IV.B.-1:103 DCFR angelegt, sollte die Umgehung der Mängelrechte durch einen vor Mitteilung des Mangels getroffenen Ausschluss der Rechtsbehelfe oder eine entsprechende wirkende Beschreibung der Mietsache explizit verboten werden; dies aber unter Zulassung von Parteivereinbarung, die Verbraucher nicht unangemessen benachteiligen.¹⁰⁴² Eine weitere Möglichkeit wäre, ähnlich

1037 Siehe § 10 VII. 2.

1038 Siehe hierzu § 11 II. 1. b).

1039 Siehe § 7 II. 2. b).

1040 Siehe hierzu § 7 IV. 2. a).

1041 Siehe hierzu ausführlich § 11 I. 2 und § 10 I. 2. b).

1042 Hierzu näher § 7 IV. 2. b).

§ 548 BGB eine kurze Verjährungsfrist für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis vorzusehen. Schließlich könnte man den Mieter entsprechend § 543 Abs. 2 S. 3 BGB durch eine Heilungsmöglichkeit durch Zahlung vor Zugang einer Kündigung des Vermieters vor der Kündigung schützen. Ein dosierter Einsatz des Verbraucherschutzes würde zudem den bereits erwähnten Effekt mindern, dass Unternehmer die Kosten des Verbraucherschutzes über die Preiskalkulation an Verbraucher durchreichen, sodass der gezieltere Einsatz von Verbraucherschutzregeln wiederum den Verbrauchern selbst zugutekäme.

Schlusswort

Die vergleichende Auswertung der mietrechtlichen Normen des DCFR mit denen des unvereinheitlichten deutschen Bürgerlichen Rechts zeigt also, dass auch im Mobiliarmietrecht Potential für ein vereinheitlichendes europäisches Rechtsinstrument besteht und dass der DCFR im Grundsatz einen guten Ausgangspunkt hierfür darstellt. Freilich sind, wie voranstehend gezeigt, noch etliche Regelungstechnische und inhaltliche Anpassungen und Verbesserungen nötig, um die Eignung als europäisches Rechtsinstrument zu erreichen. Hierbei sind, wie gezeigt, insbesondere die genannten Aspekte zu Aufbau, Regelungsvollständigkeit, -tiefe und -klarheit sowie zur widerspruchsfreien Vereinbarkeit mit bisherigem europäischen Sekundärrecht zu beachten. Auch die verbraucherschützenden Normen sollten sorgfältig austariert werden, um ein gutes Schutzniveau zu bieten, ohne zugleich eine zu einseitige Belastung der Unternehmer zu bewirken oder aufgrund der erhöhten Preise letztlich durch die Verbraucher selbst finanziert zu werden.

Dass in Sachen optionales Instrument durch das vorläufige Scheitern des CESL das letzte Wort gesprochen ist, erscheint unwahrscheinlich. Es wäre nach Ansicht der Verfasserin wünschenswert, auch diesen Ansatz weiter zu verfolgen, da es an sich die charmantere und nachhaltigere Lösung wäre, eine inhaltlich umfassendere Harmonisierung eines Rechtsgebiets dadurch zu erreichen, dass ein Instrument aufgrund seiner Qualität und Praktikabilität freiwillig Anwendung findet, als eine lediglich fragmentierte Rechtsangleichung im Wege der Vollharmonisierung zu erzwingen.

Insgesamt ist zu erwarten, dass dem DCFR und dem CESL angesichts des eingangs erwähnten ungebrochenen Harmonisierungswillens der Europäischen Kommission und den in Bezug auf die Rechtsvereinheitlichung positiven Entwicklungen in Wissenschaft und Praxis noch weitere Rechtsvergleichungs- und Rechtsvereinheitlichungsprojekte nachfolgen werden. Denn die Harmonisierung des Vertragsrechts bleibt, wie bereits von der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung 2001

festgestellt, nach wie vor „wesentlich für die Vollendung des Binnenmarkts“¹⁰⁴³ und der Weg zu einem vereinheitlichten Vertragsrecht, das durch seine Qualität überzeugt, führt noch immer über die Ermittlung der *ratio scripta*, der optimalen juristischen Lösung durch europäische Rechtsvergleichung,¹⁰⁴⁴ zu deren Bestimmung DCFR und CESL bereits einen bedeutenden Beitrag geleistet haben.

Gerade in Zeiten des politischen Umbruchs, in denen sich die Europäische Union neu ordnet und orientiert, gewinnt die Rechtsvereinheitlichung als Motor der Entwicklung des Binnenmarkts immens an Bedeutung und wird nunmehr neuen Schwung erhalten. Beobachten wir also gespannt, wie sich die derzeit laufenden Vereinheitlichungsprojekte entwickeln und bewähren und freuen wir uns auf die Analyse und Diskussion weiterer rechtsvereinheitlicher Meilensteine.

1043 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg., S. 5.

1044 *Coing*, RabelsZ 32 (1968), 1 (21).

Literaturverzeichnis

- Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre premier. Avant projet (Académie des Privatistes Européens), Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milano 2002.
- Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre deuxième I. Avant-projet (Académie des Privatistes Européens), Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milano 2007.
- Académie des Privatistes Européens*, Code européen des contrats – Livre deuxième II. Avant-projet (Académie des Privatistes Européens), Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milano 2008.
- Ackermann, Thomas, Beyond Expectation? – An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), The Common Frame of Reference. A View from Law & Economics, München 2009, S. 35–68.
- Alpa, Guido/ Andena, Mads, Grundlagen des Europäischen Privatrechts, Berlin, Heidelberg 2010.
- Antonioli, Luisa/Fiorentini, Francesca, Introduction, in: Antonioli, Luisa/Fiorentini, Francesca (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, München 2011, S. 1–49.
- Artz, Markus, Das Selbstbeseitigungsrecht des Mieters im Lichte des modernisierten Schuldrechts, in: Börstinghaus, Ulf/Eisenschmid, Norbert (Hrsg.), Festschrift für Hubert Blank, München 2006, S. 5–22.
- Atiyah, Patrick S., An Introduction to the Law of Contract, 6. Aufl., Oxford, New York 2005.
- Bachmann, Gregor, Die Societas Europaea und das europäische Privatrecht, ZEuP 2008, S. 32–58.
- von Bar, Christian, Die Study Group on a European Civil Code, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag. 1. Dezember 2000, Bielefeld 2000, S. 1–11.

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), Bd. I – Introduction, Principles, Definitions; I.-1:101 to III.-4:207, München 2009

(zitiert: DCFR Full Edition I/*Bearbeiter*).

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), Bd. II – III.-5:101 to IV.C.-8:111, München 2009

(zitiert: DCFR Full Edition II/*Bearbeiter*).

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), Bd. III – IV.D.-1:101 to V.-3:106, München 2009

(zitiert: DCFR Full Edition III/*Bearbeiter*).

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), Bd. V – VIII.-1:101 to VIII.-7:104, München 2009

(zitiert: DCFR Full Edition V/*Bearbeiter*).

von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), Bd. VI – IX.-1:101 to X.-10:502; Annexes, München 2009

(zitiert: DCFR Full Edition VI/*Bearbeiter*).

von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition (prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law), München 2009

(zitiert: DCFR Outline Edition/*Bearbeiter*).

Basedow, Jürgen, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, S. 89–96.

Basedow, Jürgen/Blaurock, Uwe/Flessner, Axel, et al., Editorial, ZEuP 1993, S. 1–3.

- Basedow, Jürgen/Christandl, Gregor/Doralt, Walter, et al.*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final, *RabelsZ* 78 (2011), S. 371–438.
- Basedow, Jürgen/Eidenmüller, Horst/Grigoleit, Hans Christoph, et al.*, Wissenschaft und Praxis, F.A.Z. 01.07.2010, S. 8.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Bd. I, Oxford 2012.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard, et al.*, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Bd. II, Oxford 2012.
- Beck-online Grosskommentar*, hrsg. v. Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan, et al., München 2019
 (zitiert: BeckOGK/Bearbeiter).
- Beck'scher Online Kommentar BGB*, hrsg. v. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang, 48. Aufl., München 2018
 (zitiert: BeckOK-BGB/Bearbeiter).
- Beck'sches Handbuch der AG*, hrsg. v. Drinhausen, Florian/Eckstein, Hans-Martin. Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 3. Aufl., München 2018
 (zitiert: Drinhausen/Eckstein/Bearbeiter).
- Birks, Peter*, English Private Law, Bd. II – Law of Obligations, Litigation, Oxford, New York 2000.
- Blank, Hubert/Börstinghaus, Ulf* (Hrsg.), Miete, Kommentar, 5. Aufl., München 2017
 (zitiert: Blank/Börstinghaus/Bearbeiter).
- Bonell, Michael Joachim*, An international restatement of contract law. The UNIDROIT principles of international commercial contracts, 3. Aufl., Ardsley, New York 2005.
- Brandt, Lars-Peter*, Die Chancen für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches, Göttingen 2009.
- Bussani, Mauro/Mattei, Ugo*, The Common Core Approach to European Private Law, Columb.J.Europ.Law 1997, S. 339.
- Bydlinski, Peter*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 198 (1998), S. 288–328.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016
 (zitiert: Callies/Ruffert/Bearbeiter).

- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: *Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Kenck, Brigitte/Picker, Eduard u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 371–427.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Stellung der „Unidroit Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: *Basedow, Jürgen* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, S. 5–31.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Der Vertrag mit ersetzbarer Primärleistung, in: *Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingberg, Dietgard u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008, S. 135–160.
- Chitty, Joseph/Beale, Hugh*, Chitty on Contracts, 33. Aufl., Oxford 2018.
- Coing, Helmut*, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 32 (1968), S. 1–21.
- Coing, Helmut*, Europäisches Privatrecht I – Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard* (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 3. Aufl., Bd. I – Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn 2016
(zitiert: AnwK-BGB/Bearbeiter).
- Dauner-Lieb, Barbara/Quecke, Moritz*, Das Kaufrecht im Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens. Erste Annäherung an einen komplexen Text, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 135–160.
- Derleder, Peter*, Mängelrechte des Wohnraummieters nach Miet- und Schuldrechtsreform, *NZM* 2002, S. 676–685.
- Dötsch, Wolfgang*, Anfechtung eines Mietvertrages in Veräußerungssachverhalten (§§ 566 ff. BGB). Zugleich ein Beitrag zu den dogmatischen Grundlagen des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“, *ZMR* 2011, S. 257–263.
- Dötsch, Wolfgang*, Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums gem. § 119 II BGB im Mietrecht – Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht?, *NZM* 2011, S. 457–460.
- Doralt, Walter*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts. Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *RabelsZ* 75 (2011), S. 260–285.
- Effer-Uhe, Daniel Oliver/Watson, Jonathon Mark*, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *GPR* 2009, S. 7–15.
- Eichel, Florian*, Verjährung in Dauerschuldverhältnissen, *NJW* 2015, S. 3265.
- Eidenmüller, Horst*, Privatautonomie, Verteilungsgerechtigkeit und das Recht des Vertragsschlusses im DCFR, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 73–96.

- Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph, et al.*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, S. 529–584.
- Emmerich, Volker*, Nichtigkeit und Anfechtung von Mietverträgen, NZM 1998, S. 692–697.
- Emmerich, Volker*, Schönheitsreparaturen bei Beendigung des Mietverhältnisses, NZM 2000, S. 1155–1163.
- Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen* (Hrsg.), Miete. Handkommentar §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 11. Aufl., Berlin 2014
(zitiert: Emmerich/Sonnenschein/Bearbeiter).
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I/1 – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, hrsg. v. *Westermann, Harm Peter*, 15. Aufl., Köln 2017
(zitiert: Erman/Bearbeiter).
- Ernst, Wolfgang*, Europäisches Vertragsrecht – Entwürfe, Kritik, Perspektiven, in: *Harrer, Friedrich/Ernst, Wolfgang/Gruber, Michael u. a.* (Hrsg.), Europäische Rechtsskultur. Analyse und Kritik der europäischen Rechtssetzung und Rechtssprechung: Symposium für Heinrich Honsell zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 109–140.
- Ernst, Wolfgang*, Zur Struktur des CFR, in: *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, S. 55–70.
- Faust, Florian*, Informationspflichten, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 115–134.
- Faust, Florian*, Remedies for Breach of Contract in the DCFR, in: *Wagner, Gerhard* (Hrsg.), The Common Frame of Reference. A View from Law & Economics, München 2009, S. 19–34.
- Ferrari, Elena Ioriatti*, Draft Common Frame of Reference and Terminology, in: *Antonioli, Luisa/Fiorentini, Francesca* (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, München 2011, S. 313–333.
- Fischer, Nikolaj*, Anfechtung von Willenserklärungen im Mietrecht, NZM 2005, S. 567–575.
- Flume, Werner*, Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, DB 1972, S. 1.
- Flume, Werner*, Gesellschaft und Gesamtheit, ZHR 136 (1972), S. 177–207.

- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II – Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- Fötschl, Andreas*, Comparative Spots on the law of lease, Håkonarmål 2005, S. 13–20.
- Fritz, Jürgen*, Gewerberäummiertrecht. Leitfaden für die Praxis mit Bausteintexten zum Gewerberäummiertvertrag, 4. Aufl., München 2005.
- Furmston, Michael P.*, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 16. Aufl., London 2012.
- Gandolfi, Giuseppe*, Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, ZEuP 2002, S. 1–4.
- Gather, Hans-Herbert*, Vertragswidriger Gebrauch der Mietsache, DWW 1995, S. 234–238.
- Gebauer, Martin*, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts. Eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts, Heidelberg 1998.
- Gernhuber, Joachim*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- Gitter, Wolfgang*, Gebrauchsüberlassungsverträge, Tübingen 1988.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., Bd. VII – Europäisches Aktienrecht, SE-VO, SEBG, Europäische Niederlassungsfreiheit, München 2017
(zitiert: MüKo-AktG / Bearbeiter).
- Groß, Christian*, Kaufrecht: Zustimmung des Parlaments zum Kommissionsvorschlag für ein Europäisches Kaufrecht, EuZW 2014, S. 204.
- Grüblinger, Kirstin*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Finanzierungsleasing?, Diss. Wien 2010.
- Grundmann, Stefan*, Europäisches Schuldvertragsrecht: Standort, Gestalt und Bezüge, JuS 2001, S. 946–951.
- Grundmann, Stefan*, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?, ERCL 2008, S. 225–247.
- Gsell, Beate*, Aufklärungspflichten im Mietrecht, DWW 2010, S. 122–130.
- Hau, Wolfgang*, Vorgaben des EuGH zur Kauselrichtlinie, IPrax 2001, S. 96–98.
- Hau, Wolfgang*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Reformiertes Mietrecht und modernisiertes Schuldrecht, JuS 2003, S. 130–137.
- Hau, Wolfgang*, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Europäisches Mietrecht im DCFR, WuM 2010, S. 131–132.
- Hau, Wolfgang*, Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahme und Perspektiven, JZ 2010, S. 553–561.

- Hau, Wolfgang*, Vollharmonisierung und Gebrauchsüberlassungsverträge, in: *Stürner, Michael* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, München 2010, S. 143–158.
- Hau, Wolfgang*, Mitgliedschaftlich organisiertes Timesharing und ausschließliche internationale Zuständigkeit, GPR 2011, S. 303–304.
- Häublein, Martin*, Die fristlose Kündigung im Mietrecht nach Miet- und Schuldrechtsreform, ZMR 2005, S. 1–8.
- Heiderhoff, Bettina*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg 2016.
- Hellwege, Phillip*, Allgemeines Vertragsrecht und „Rechtsgeschäfts“-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR), AcP 211 (2011), S. 665–702.
- Herresthal, Carsten*, Consumer Law in the DCFR, in: *Wagner, Gerhard* (Hrsg.), *The Common Frame of Reference. A View from Law & Economics*, München 2009, S. 163–206.
- Herresthal, Carsten*, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, EuZW 2011, S. 7–12.
- Herresthal, Carsten*, Der zeitliche Anwendungsbereich der mietrechtlichen Mängelhaftung, in: *Artz, Markus/Börstinghaus, Ulf* (Hrsg.), *10 Jahre Mietrechtsreformgesetz. Eine Bilanz*, München 2011, S. 157–168.
- Herresthal, Carsten*, Fälligkeit der Miete unter dem neuen Recht des Zahlungsverkehrs, NZM 2011, S. 833.
- Heydn, Truiken*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, CR 2010, S. 765–776.
- Honsell, Heinrich*, *Römisches Recht*, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg 2015.
- Horst, Hans Reinold*, Mietrechtliche Schnittstellen der Schuldrechtsreform, DWW 2002, S. 6–21.
- Jacobs, Jörn*, Haftung der (studentischen) Wohngemeinschaft nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR, NZM 2008, S. 111–120.
- Jacoby, Florian*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mietvertragspartei, ZMR 2001, S. 409–417.
- Jansen, Nils*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 2005, S. 750.
- Jansen, Nils*, Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht, JZ 2006, S. 536–546.
- Jansen, Nils*, The authority of an academic ‘Draft Common Frame of Reference’, in: *Micklitz, Hans-Wolfgang/Cafaggi, Fabrizio* (Hrsg.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham 2010, S. 147–172.

- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard*, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht. Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210 (2010), S. 196–250.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., München 2018
 (zitiert: Jauernig/*Bearbeiter*).
- von Jhering, Rudolf*, Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen,
 in: *Demelius, Gustav/von Jhering, Rudolf* (Hrsg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1861, S. 1–112.
- Joerges, Christian*, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, European Law Journal 1997, S. 378–406.
- Joussen, Jacob*, Der anfängliche Mangel im Mietrecht – das Verhältnis von § 536a zu § 311a BGB, ZMR 2004, S. 553–558.
- Junker, Abbo*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1992 und 1993, NJW 1994, S. 897–905.
- Junker, Markus*, Anm. z. EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-336/03, Slg. 2005 I-1947 – easyCar (UK) Ltd/Office of Fair Trading, CR 2005, S. 651–655.
- Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut* (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB, 8. Aufl., Bd. II – Schuldrecht 2017
 (zitiert: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*).
- Kadner Graziano, Thomas*, Europäisches Vertragsrecht. Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts, Basel, Baden-Baden 2008.
- Kadner Graziano, Thomas*, Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Fra-me of Reference, in: *Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Service Contracts, Tübingen 2010, S. 59–97.
- Koch, Frank*, Computer-Vertragsrecht, 7. Aufl., Freiburg, München, Berlin 2009.
- König, Michael*, Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, NJW 1993, S. 3121–3124.
- Kötz, Hein*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: *Bernstein, Herbert* (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1981, S. 481–500.
- Kötz, Hein*, Europäisches Vertragsrecht I – Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996.
- Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II. Deutsche Ausgabe von Cristian von Bar und Reinhard Zimmermann, München 2002.

- Kommission für Europäisches Vertragsrecht*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III. Deutsche Ausgabe von Cristian von Bar und Reinhard Zimmermann, München 2005.
- Kraemer, Hans-Joerg*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Partei gewerblicher Mietverträge, NZM 2002, S. 465–473.
- Krampe, Christoph*, Eichen am Wasser – Der Ruisdael-Fall RGZ 135, 339, JuS 2005, S. 773–779.
- Kronke, Herbert*, Ziele – Methoden, Kosten – Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, S. 1149–1157.
- Kümmerle, Saskia*, „Güter und Dienstleistungen“ – Vertragstypenbildung durch den EuGH, in: *Andrés Santos, Francisco Javier/Baldus, Christian/Dedek, Helge* (Hrsg.), Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, München 2011, S. 295–348.
- Kunkel, Wolfgang/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo, et al.*, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987.
- Lando, Ole*, European Contract Law, The American Journal of Comparative Law 1983, S. 653–659.
- Lando, Ole*, Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992), S. 261–273.
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts I – Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1 – Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2 – Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Lehmann, Matthias*, Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht, ZEuP 2009, S. 693–715.
- Lehmann-Richter, Arnold*, Der Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters und Gegenrechte des Vermieters, NJW 2008, S. 1196–1201.
- Leible, Stefan*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, S. 2558–2562.
- Leible, Stefan*, Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 97–114.

- Leible, Stefan*, Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: *Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München 2012, S. 21–33.
- Lejeune, Mathias*, Anm. z. *BGH*, Urt. v. 15.11.2006 – VII ZR 120/04, CR 2007, S. 75–79.
- Leupold, Andreas/Glossner, Silke* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht*, 3. Aufl., München 2013
 (zitiert: AnwHB-IT / Bearbeiter).
- Lilleholt, Kåre*, A European Law of Lease?, in: *Vaquer, Antoni/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), *European Private Law beyond the Common Frame of Reference. Es-says in honour of Reinhard Zimmermann*, Groningen 2008, S. 57–64.
- Löning, Georg*, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, Jena 1930.
- Loosholders, Dirk*, Mietrechtliche Gewährleistung und allgemeines Leistungsstörungsrecht nach der Schuldrechtsreform, in: *Artz, Markus/Börstinghaus, Ulf* (Hrsg.), *10 Jahre Mietrechtsreformgesetz. Eine Bilanz*, München 2011, S. 141–150.
- Lorenz, Stephan/Eichhorn, Veronika*, Grundwissen – Zivilrecht: Die Gewährleistung im Mietrecht, JuS 2014, S. 783–786.
- Macgregor, Laura*, Report on the Draft Common Frame of Reference. A report prepared for the Scottish Government by Laura Macgregor, University of Edinburgh, on the document known as “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law” 2008, S. 1–18.
- MacQueen, Hector L.*, Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles, in: *Hartkamp, Arthur S./Hondius, Ewoud H./Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, Nimwegen 2004, S. 415–430.
- Mance, Jonathan Hugh*, The Common Frame of Reference, ZEuP 2010, S. 457–462.
- Mankowski, Peter*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 20.1.2005 – C-464/01, Slg. 2005 I-439 – Gruber/BayWa, EWiR 2005, S. 305–306.
- Mankowski, Peter*, Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 2012, S. 97–105.
- Marly, Jochen*, Praxishandbuch Softwarerecht. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 7. Aufl., München 2018.
- Martens, Sebastian A. E.*, Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts, EuZW 2010, S. 527.

- Martinek, Michael/Stoffels, Markus/Wimmer-Leonhardt, Susanne* (Hrsg.), Handbuch des Leasingrechts, 2. Aufl., München 2008
 (zitiert: LeasingHB/Bearbeiter).
- Maume, Philipp/Wilser, Christian*, Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, S. 209–215.
- Mayer-Maly, Theo*, Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien, München 1956.
- McGregor, Harvey*, Contract Code. Drawn up on behalf of the English Law Commission, Mailand 1993.
- Megarry, Robert/Wade, William*, The Law of Real Property, 8. Aufl., London 2011.
- Mehring, Josef*, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, S. 1904–1909.
- Metzger, Axel*, Extra legem, intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, Tübingen 2009.
- Michalski, Lutz*, Abgrenzung von Gewerberaummiete und Pacht, in: *Jickeli, Joachim/Kreutz, Peter/Reuter, Dieter* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenchein. 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, Berlin 2003, S. 383–405.
- Möller, Christian*, Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im deutschen Recht, BB 2014, S. 1411–1418.
- Mugdan, Benno* (Herausgeber), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899 (Nachdruck 2005).
- Mugdan, Benno* (Herausgeber), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (Nachdruck 2005).
- Mugdan, Benno* (Herausgeber), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 3: Sachenrecht, Berlin 1899 (Nachdruck 2005).
- Müller, Ulf/Bohne, Michael*, Providerverträge, München 2005.
- Müller-Hengstenberg, Claus*, Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, S. 3128–3134.
- Müller-Hengstenberg, Claus/Kirn, Stefan*, Vertragscharakter des Application Service Providing Vertrags, NJW 2007, S. 2370–2373.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. Krüger, Wolfgang/Westermann, Harm Peter, 8. Aufl., Bd. I – Allgemeiner Teil: §§ 1–240, ProstG, AGG, München 2018
 (zitiert: MüKo-BGB/Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Krüger, Wolfgang, 8. Aufl., Bd. II – Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, München 2019
 (zitiert: MüKo-BGB / Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Krüger, Wolfgang / Westermann, Harm Peter, 7. Aufl., Bd. III – Schuldrecht Besonderer Teil: §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, München 2016
 (zitiert: MüKo-BGB / Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Krüger, Wolfgang / Westermann, Harm Peter, 7. Aufl., Bd. IV – Schuldrecht Besonderer Teil II: §§ 535-630 HeizkostenV, BetriebskostenV, EFZG, TzBfG, KSchG, München 2016
 (zitiert: MüKo-BGB / Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland, 7. Aufl., Bd. V – Schuldrecht Besonderer Teil III: §§ 631-704, München 2017
 (zitiert: MüKo-BGB / Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Krüger, Wolfgang, 7. Aufl., Bd. VII – Sachenrecht: §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, München 2017
 (zitiert: MüKo-BGB / Bearbeiter).

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, hrsg. v. Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen, et al., 70. Aufl., München 2011
 (zitiert: Palandt / Bearbeiter).

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, hrsg. v. Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen, et al., 78. Aufl., München 2019
 (zitiert: Palandt / Bearbeiter).

Panek, Grzegorz, Lease of Goods, in: Antonioli, Luisa / Fiorentini, Francesca (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, München 2011, S. 143–161.

Papapostolou, Nikolaos, Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, München 1987.

Paschke, Marian, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete. Grundfragen der privatautonomen Gestaltung des Wohnraummietverhältnisses, Berlin 1991.

Pfeiffer, Thomas, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr. Die Änderungen des AGB-Gesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1999, S. 169–174.

Pfeiffer, Thomas, Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZEUP 2008, S. 679–707.

Piekenbrock, Andreas / Ludwig, Thomas Claus, Zum deutschen und europäischen Verbraucherbegriff, GPR 2010, S. 114–122.

- Poppen, Kevin*, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht, Osnabrück 2011.
- Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, München 2007.
- Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, München 2009.
- Rainer, Johannes Michael*, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2007.
- Ranieri, Filippo*, Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl., Wien, New York 2009.
- Redeker, Helmut*, Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, S. 2917–2926.
- Reding, Viviane*, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP 2011, S. 1–6.
- Reich, Norbert*, Die Stellung des Verbraucherrechts im „Gemeinsamen Referenzrahmen“ und im „optionalen Instrument“, in: *Thévenoz, Luc/Reich, Norbert* (Hrsg.), Liber amicorum Bernd Stauder: Droit de la consommation, Genf 2006, S. 357–382.
- Reich, Norbert*, Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischen Verbrauchervertragsrecht“, ZEuP 2007, S. 161–179.
- Reich, Norbert/Micklitz, Hans-Wolfgang*, Wie „optional“ ist ein „optionales“ EU-Vertragsrecht? Einige Fragen zu einer etwas nebulösen Diskussion, EWS 2011, S. 113–119.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*, Kaufrecht, 8. Aufl., Köln, München 2009.
- Remien, Oliver*, Ansätze für ein europäisches Vertragsrecht, ZVglRWiss 87 (1988), S. 105–122.
- Remien, Oliver*, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertagsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, S. 34–66.
- Remien, Oliver*, Tenancy Law in Europe and the Principles of European Contract Law, in: *Schmid, Christoph U.* (Hrsg.), Tenancy Law in the EU – A Comparative Survey of Private Law Housing Regulation, Florenz 2003.
- Remien, Oliver*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, S. 699–720.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Habermann, Norbert/Honsell, Heinrich/Kannowski, Bernd, Neubearbeitung 2013, Bd. Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch; §§ 1-14; VerschollenheitsG, Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Jickeli, Joachim/Habermann, Norbert/Knothe, Hans-Georg, Neubearbeitung 2017, Bd. §§ 90-124; §§ 130-133 (Allgemeiner Teil 3), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Looscheders, Dirk/Olzen, Dirk/Schiemann, Gottfried, Neubearbeitung 2015, Bd. Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Bittner, Claudia/Feldmann, Cornelia/Löwisch, Manfred, et al., Neubearbeitung 2014, Bd. §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht 1), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Coester, Michael/Coester-Waltjen, Dagmar/Krause, Rüdiger, et al., Neubearbeitung 2013, Bd. §§ 305-310; UklAG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Feldmann, Cornelia/Löwisch, Manfred/Thüsing, Gregor, Neubearbeitung 2012, Bd. §§ 311, 311a, 312, 312a-i (Vertragsabschluss), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Rieble, Volker/Schwarze, Roland, Neubearbeitung 2015, Bd. §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Bittner, Claudia/Feldmann, Cornelia/Löwisch, Manfred, et al., Neubearbeitung 2016, Bd. §§ 362-396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Busche, Jan/Looschelders, Dirk/Rieble, Volker, Neubearbeitung 2012, Bd. §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldern und Gläubigern), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Beckmann, Roland Michael/Matusche-Beckmann, Annemarie/Schermaier, Martin Josef, Neubearbeitung 2014, Bd. §§ 433-480 (Kaufrecht), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Emmerich, Volker/Rolfs, Christian/Weitemeyer, Birgit, Neubearbeitung 2014, Bd. §§ 535-555f (Mietrecht 1), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Emmerich, Volker/Rolfs, Christian, Neubearbeitung 2014, Bd. §§ 562-580a; Anh zum Mietrecht: AGG (Mietrecht 3), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Kaiser, Dagmar/Stoffels, Markus, Neubearbeitung 2014, Bd. Leasingrecht, Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. von Proff, Maximilian/Eickelberg, Jan/Mayer, Jörg, et al., Neubearbeitung 2015, Bd. §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Bittner, Claudia/Feldmann, Cornelia/Löwisch, Manfred, et al., Neubearbeitung 2012, Bd. §§ 985-1011 (Eigentum 3), Berlin

(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Martinek, Michael/Honsell, Heinrich/Schiemann, Gottfried, 6. Aufl., Ergänzungsband: Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2018

(zitiert: StEckpfeiler/Bearbeiter).

Riedl, Kristina, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa. Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung, Baden-Baden 2004.

Riesenhuber, Karl, Der Gewährleistungsausschluss wegen nachträglich erkannter Mängel im Mietrecht, ZMR 1994, S. 393-396.

- Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003.
- Riesenhuber, Karl, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 2006.
- Riesenhuber, Karl, Damages for Non-Performance and the Fault Principle, ERCL 4 (2008), S. 119–153.
- Riesenhuber, Karl, Die Inhaltskontrolle im Common Frame of Reference (CFR) für ein Europäisches Privatrecht, in: Riesenhuber, Karl/Karakostas, Ioannis K. (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht. Deutsch-griechische Perspektiven, Berlin 2009, S. 49–79.
- Riesenhuber, Karl, Systembildung durch den CFR – Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, S. 174–216.
- Rösler, Hannes, Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU, EuZW 2011, S. 1.
- Schauer, Martin, Fernabsatzverträge, in: Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Wien 2009, S. 99–118.
- Schmid, Christoph U., Tenancy Law and Procedure in the EU - General Report, verfügbar unter:
<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/Research Themes/ProjectTenancyLaw.aspx>, S. 1–73.
- Schmid, Michael J., Zur Verjährung des Anspruchs auf Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes, ZMR 2009, S. 585–590.
- Schmidt, Jan Peter, Der „juridical act“ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?, ZEuP 2010, S. 304–320.
- Schmidt-Futterer Mietrecht, hrsg. v. Blank, Hubert. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 13. Aufl., München 2017
 (zitiert: Schmidt-Futterer/Bearbeiter).
- Schmidt-Kessel, Martin, Remedies for Breach of Contract in European Private Law, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), New Features in Contract Law, München 2007, S. 183–196.
- Schmidt-Kessel, Martin, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: Remien, Oliver (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und europäisches Vertragsrecht. Zwischenbilanz und Perspektiven – Würzburger Tagung vom 27. und 28.10.2006, 1. Aufl., Tübingen 2008, S. 85–100.
- Schmidt-Kessel, Martin, The Right to Specific Performance under the DCFR, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), The Common Frame of Reference. A View from Law & Economics, München 2009, S. 69–86.

- Schmidt-Kessel, Martin*, Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz. Meilensteine auf dem Weg zum legitistischen Desaster, GPR 2010, S. 129–137.
- Schmidt-Kessel, Martin*, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung, in: *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München 2012, S. 29–50.
- Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Kommentar, München 2014
(zitiert: GEKKomm / Bearbeiter).
- Schoengarth, Anita*, Application Service Providing. Vertragsgestaltung und Risiken insbesondere Betriebsausfallschäden, Köln 2004.
- Schulte-Nölke, Hans*, Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?, JZ 2001, S. 917–920.
- Schulte-Nölke, Hans*, From the *Acquis Communautaire* to the Common Frame of Reference – the Contribution of the Acquis Group to the DCFR, Juridica International 2008, S. 27–31.
- Schulte-Nölke, Hans*, Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen. Zu den Voraussetzungen einer ertragreichen Diskussion des DCFR, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 47–71.
- Schulte-Nölke, Hans*, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR, in: *Howells, Geraint / Schulze, Reiner* (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, München 2009, S. 29–46.
- Schulte-Nölke, Hans*, Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in: *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, S. 9–22.
- Schulte-Nölke, Hans*, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012, S. 1–45.
- Schulze, Reiner*, Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts. Studien eines Forschungsnetzwerks, Baden-Baden 2003.
- Schulze, Reiner*, European Private Law and Existing EC Law, ERPL 2005, S. 3–19.
- Schulze, Reiner*, Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 1–33.

- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Common European Sales Law (CESL). Commentary, Baden-Baden, München, Oxford, et al. 2012
 (zitiert: CESLComm/Bearbeiter).
- Schulze, Reiner*, Europäisches Privatrecht im Gegenwind, ZEuP 2014, S. 691–695.
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2019
 (zitiert: SchulzeBGB/Bearbeiter).
- Schwintowski, Hans-Peter*, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, JZ 2002, S. 205–211.
- Smith, Roger J.*, Property Law, 4. Aufl., Harlow, New York 2003.
- Smits, Jan M.*, Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?, in: *Örüü, Esin* (Hrsg.), Comparative law. A handbook, Oxford 2008, S. 219–240.
- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. *Eckert, Hans-Werner*, 13. Aufl., Bd. IIa – Allgemeiner Teil 3: §§ 13, 14, 126a, 126b, 127, 194–218, Stuttgart 2007
 (zitiert: Soergel/Bearbeiter).
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. *Soergel, Hans Theodor/Eckert, Hans-Werner*, 13. Aufl., Bd. VIII – Schuldrecht 6: §§ 535–610, Stuttgart 2007
 (zitiert: Soergel/Bearbeiter).
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München 2015
 (zitiert: Spindler/Schuster/Bearbeiter).
- St. Hailsham of Marylebone, Quintin Hogg*, Halsbury's Laws of England. Landlord and Tenant, 4. Aufl., London 1997.
- Stabentheiner, Johannes*, Ein neues Bezugsfeld der mietrechtlichen Betrachtung. Perspektivenwandel durch internationalen Rechtsvergleich, in: *Stabentheiner, Johannes/Bydlinski, Franz* (Hrsg.), Mietrecht in Europa, Wien 1996, S. 21–37.
- Stanford, Martin*, UNIDROIT's Preparation of a Model Law on Leasing: the Crossing of New Frontiers in the Making of Uniform Law, Uniform Law Review 2009, S. 578–598.
- Staudenmayer, Dirk*, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, S. 3491–3498.
- Sternel, Friedemann*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Köln 2009.
- Strel, Elmar*, Kauf bricht nicht Miete. Grundlagen und Regelungszusammenhang der §§ BGB § 566 bis BGB § 566c BGB, NZM 2010, S. 343–355.

- Stürner, Michael*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in: *Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012, S. 47–84.
- Tilmann, Winfried*, Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05.1989, ZEuP 1993, S. 612–615.
- Tilmann, Winfried*, Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments, ZEuP 1995, S. 534–551.
- Tommasi, Sara*, Neue Entwicklungen zum Thema culpa in contrahendo, GPR 2010, S. 291–302.
- Tonner, Klaus*, Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer. Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht, EuZW 2010, S. 767–771.
- Triebel, Volker*, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995.
- Ulmer, Peter/Brandner, HansErich/Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl., Köln 2016 (zitiert: Ulmer/Brandner/Bearbeiter).
- Utsch, Michael*, Anm. z. EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-336/03, Slg. 2005 I-1947 – easyCar (UK) Ltd/Office of Fair Trading, ZEuP 2006, S. 170–189.
- Unberath, Hannes*, Mietrecht und Schuldrechtsreform, ZMR 2004, S. 309–315.
- Unberath, Hannes*, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, S. 745–774.
- Vaquer, Antoni*, Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR), ERPL 2009, S. 487–512.
- Voelksow, Rudi*, Zur Abgrenzung von Miete und Pacht, NJW 1983, S. 910–912.
- Weitemeyer, Birgit*, Der Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis nach § 566 BGB – ein Rechtsinstitut auf dem Weg zum Sukzessionsschutz, in: *Börstinghaus, Ulf/Eisenischmid, Norbert* (Hrsg.), Festschrift für Hubert Blank, München 2006, S. 445–458.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich, JZ 2008, S. 764–773.
- Weller, Matthias*, Kapitel 4: Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften, in: *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München 2012, S. 147–177.

- Wendehorst, Christiane*, Rücktritt („Beendigung“) im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München 2012, S. 371–399.
- Wendehorst, Christiane*, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtslinie, NJW 2014, S. 577–584.
- Graf von Westphalen, Friedrich/Thüsing, Gregor* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 38. Aufl., München 2016
(zitiert: vWestphalen/Bearbeiter).
- Whittaker, Simon*, The ‘Draft Common Frame of Reference’: An Assessment commissioned by the Ministry of Justice UK, November 2008,
http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference_an_assessment.pdf.
- Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts I – bearbeitet von Theodor Kipp, 9. Aufl., Aalen 1906 (Nachdruck 1963).
- Wolf, Manfred*, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: *Basedow, Jürgen* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, S. 85–128.
- Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. Aufl., München 2013
(zitiert: Wolf/Lindacher/Bearbeiter).
- Worthington, Sarah*, Personal Property Law. Text, Cases and Materials, Oxford 2000.
- Wurmnest, Wolfgang*, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, S. 714–744.
- Wurmnest, Wolfgang*, Tenancy Law and Procedure in the European Union, ZEuP 2004, S. 434–435.
- Zeller, Otto*, Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II – Aeußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, Osnabrück 1967.
- Zimmermann, Reinhard*, Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive, ZEuP 2005, S. 264–290.
- Zimmermann, Reinhard*, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, EuZW 2009, S. 319–323.
- Zoll, Fryderyk*, Das Dienstleistungsrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012, S. 279–296.

Zweigert, Konrad, Sources of International Uniform Law, Bd. I, Leiden 1971.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.

