

forme Auslegung dahin, die Vorschrift des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch auf das Mietrecht anzuwenden, ist deshalb nicht möglich und nicht geboten. Der eingeschränkte Anwendungsbereich und die Art der Umsetzung in der Bundesrepublik sprechen aber auch gegen eine **planwidrige Lücke**. Die Richtlinie gibt nur Mindeststandards vor. Es handelt sich nicht um eine Vollharmonisierung. Die einzelnen Mitgliedstaaten konnten also den Verbraucherschutz auch ausweiten und über die Mindestvorgaben hinausgehen. Das hat der deutsche Gesetzgeber aber nicht getan. Schließlich will die Regelung nach dem Erwägungsgrund den grenzüberschreitenden Warenverkehr erleichtern. Es mag vorkommen, dass in grenznahen Gebieten Mieter aus steuerlichen oder anderen Gründen, auf der anderen Seite der Grenze eine Wohnung anmieten, weil dies für sie vorteilhaft ist. Diese Fälle wollte die Richtlinie aber nicht erfassen.

### Zwischenergebnis:

Werbeanpreisungen sind im Mietrecht anders als im Kaufrecht nicht kraft Gesetzes zur Ermittlung der geschuldeten Beschaffenheit heranzuziehen. **283**

**γ) Exkurs: Ausblick auf zukünftige Rechtsentwicklung aufgrund europarechtlicher Vorgaben.** Es stellt sich die Frage, ob europarechtliche Vorgaben hier eine andere Auslegung verlangen. Bisher scheint es sich um ein Rechtsgebiet zu handeln, in dem sich „der nationale Gesetzgeber frei bewegen kann“<sup>1</sup>. Aber schon heute gibt es Auswirkungen, die es zu berücksichtigen gilt.<sup>2</sup> Nach einem ersten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher<sup>3</sup> sollten umfangreiche Informationspflichten eingeführt werden. Der Entwurf sollte ausdrücklich auch für die Vermietung von Wohnraum gelten. Dieser erste Richtlinienentwurf ging von einer vollständigen Harmonisierung aus (**Prinzip der Vollharmonisierung**). Das hätte bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die Vorgaben der Richtlinie eins zu eins hätten umsetzen müssen. Jeder Mitgliedstaat darf von den Vorgaben der Richtlinie weder nach „oben“ noch nach „unten“ abweichen, also weder strengere Anforderungen national festlegen noch die Ausnahmen von den Festlegungen der Richtlinie zulassen. **284**

Dieser Richtlinienentwurf enthielt in Kapitel II Regelungen über besondere Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher. Diese Verpflichtung sollte professionelle Wohnungsvermieter betreffen. In Artikel 5 waren die Allgemeinen Informationspflichten geregelt. Nach Absatz 1 hatte der Gewerbetreibende vor dem Abschluss eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags den Verbraucher über verschiedene Punkte zu informieren, sofern sich diese Informationen nicht unmittelbar aus **285**

<sup>1</sup> Artz, DMT-Bilanz (2011), S. 622.

<sup>2</sup> Dazu Artz, DMT-Bilanz (2011), S. 622; zu möglichen weiteren europarechtlichen Vorhaben mit Auswirkungen auf das Mietrecht: Hau, JZ 2010, 533.

<sup>3</sup> Vom 8. 10. 2008 – 2008/0196 (COD), herunterladbar [www.jura.unibielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/Begleitmaterial/index.html](http://www.jura.unibielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/Begleitmaterial/index.html).

den Umständen ergeben. Hierzu gehörten nach lit. a) die **wesentlichen Merkmale** des Produkts in dem für den Träger und das Produkt angemessenen Umfang. Dazu zählt bei einer Wohnung mit Sicherheit die Wohnungsgröße. Für die hier interessierende Frage der Beschaffenheitsvereinbarung wäre die Bestimmung in Artikel 5 Abs. 3 von besonderer Bedeutung gewesen. Danach sollten die in Abs. 1 genannten Informationen Bestandteil des Vertrags werden.<sup>1</sup>

- 286** Zu diesem Vorschlag gab es dann in der Folgezeit eine Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses.<sup>2</sup> Danach sollten die in Kapitel II des Vorschlags enthaltenen **Informationspflichten** anders als die in Kapitel 5 enthaltenen Regelungen über Vertragsklauseln keine Anwendung auf Wohnraummietverhältnisse finden. Nach diesem Vorschlag hätten also sowohl private Vermieter wie auch professionelle Vermieter keine besonderen Informationspflichten, deren Inhalt Gegenstand des Mietvertrages geworden wären, gehabt. Da die Stellungnahme aber vom Modell der vollständigen Harmonisierung Abstand genommen hatte und zum bisher überwiegend geltenden Prinzip der **Mindestharmonisierung** zurückgekehrt war, wäre es jedem Mitgliedstaat gestattet gewesen, trotzdem entsprechende Regelungen in das Gesetz, das die Richtlinie in nationales Recht umsetzt, aufzunehmen.
- 287** Nach dem weiteren Entwurf eines Berichtes über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (sog. **Schwab-Bericht**)<sup>3</sup> sollten auf die Wohnraummiete nur die Kapitel über Haustürgeschäfte und Fernabsatzgeschäfte Anwendung finden. Das Kapitel über die Informationspflichten soll danach völlig entfallen.
- 288** Der Rat der Europäischen Union hat am 10. Dezember 2010<sup>4</sup> beschlossen, die geplante Verbraucherrechterichtlinie in Form der ursprünglich geplanten Rahmenrichtlinie nicht weiter zu verfolgen und das Projekt auf eine neue Richtlinie für Fernabsatz- und Haustürgeschäfte zu beschränken. Der neue Art. 3 Abs. 1a) aa) schließt das Wohnraummietrecht von der Anwendung vollkommen aus.
- 289** Das Europäische Parlament hat in seiner Sitzung vom 23. Juni 2011 zum Vorschlag über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher seinen Standpunkt unter weiterer Abänderung der bisherigen Vorschläge dahingehend festgelegt, dass Zweck der Richtlinie sei, durch Angleichung der Rechtsvorschriften

<sup>1</sup> Nach Artz, DMT-Bilanz (2011), S. 622, 623 hätte sich bei Umsetzung dieses Vorschlags die Frage nach umfassenden Aufklärungspflichten gestellt.

<sup>2</sup> Amtsblatt der Europäischen Kommission vom 23. 12. 2009 – C 317/55.

<sup>3</sup> ENTWURF EINES BERICHTS über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, (KOM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)), Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (Andreas Schwab).

<sup>4</sup> RAT DER EUROPÄISCHEN UNION, Dokument 16933/10.

der Mitgliedstaaten ein hohes **Verbraucherschutzniveau** zu erreichen und damit zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen (Artikel 1). Mietverträge fallen gemäß Artikel 2 unter die Dienstleistungsverträge. Nach Artikel 3 Abs. 2 Ziff. 3f der Entschließung soll die Richtlinie nicht gelten für Verträge „über die Vermietung von Wohnraum.“ Jedoch enthält die Richtlinie im Erwägungsgrund 13 eine Öffnungsklausel, wonach die Mitgliedstaaten „beispielsweise beschließen [können], die Anwendung dieser Richtlinie auf juristische und nicht-juristische Personen auszudehnen, die keine „Verbraucher“ im Sinne dieser Richtlinie sind, beispielsweise Nichtregierungsorganisationen, neu gegründete oder kleine Unternehmen. Nach dem Erwägungsgrund 26 sollte „die Vermietung von Räumen für andere als Wohnzwecke [...] unter diese Richtlinie fallen. Das bedeutet, dass die Vermietung z. B. einer Garage oder anderer Räume von einem Gewerbetreibenden an einen Verbraucher unter die Richtlinie fällt. Ferner darf nicht ganz übersehen werden, dass nicht zwingend der Gewerbetreibende immer der Vermieter sein muss. Denkbar sind auch die Fälle, in denen der Vermieter der Verbraucher ist und der Gewerbetreibende der Mieter. Wenn es bei solchen Verträgen nicht um Wohnraum geht, ist die Richtlinie ebenfalls anwendbar. Ferner können die Mitgliedstaaten auch kleine Unternehmen oder Vereine zu Verbrauchern erklären, so dass sie in den Schutzbereich der Richtlinie fallen. Dazu gehört nach Artikel 5 eine Informationspflicht über die „wesentlichen Merkmale der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Träger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang“. Unabhängig davon sieht diese Entschließung nicht mehr vor, dass die aufgrund der Informationspflicht mitgeteilten Tatsachen auch Bestandteil des Vertrages werden. Insofern hätte sich daraus auch keine Beschaffenheitsvereinbarung ergeben können. In dieser Form ist die Verbraucherrechtlicherichtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 auch veröffentlicht worden.<sup>1</sup>

### Zwischenergebnis:

Europarechtlich hat und wird sich hier also nichts ändern. Wohnraummietverhältnisse sind von den Regelungen ausgenommen. Außerdem würden die Inhalte der Informationspflicht auch nicht automatisch zum Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung werden. Der Gang des Rechtsetzungsverfahrens zeigt zumindest deutlich, dass Werbeanpreisungen bei der Wohnraummiete europarechtlich keine Auswirkungen auf die geschuldete Beschaffenheit haben. Der **europäische Gesetzgeber** geht selbst davon aus, dass hier erst noch eine Regelung erfolgen muss. Selbst wenn die schärferen Vorschläge der Kommission aus Oktober 2008 irgendwann in Kraft treten sollten, würde dies auch nur für gewerbliche Vermieter gelten. Privatvermieter wären davon nicht betroffen.

290

<sup>1</sup> Amtsblatt der Europäischen Union v. 22. 11. 2011 L 304/64 herunterladbar unter <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/artz/aktuelles>

- 291** **δ) Die Auslegung der Willenserklärungen.** Da § 434 Abs. 1 S. 3 BGB also weder im Wege der Auslegung noch im Wege der Analogie auf den Mietvertrag anzuwenden ist, muss die **vereinbarte Beschaffenheit** durch Auslegung der wechselseitigen Willenserklärungen ermittelt werden. Dies ist immer eine Einzelfallentscheidung, weil sich die zu berücksichtigenden Umstände von Fall zu Fall unterscheiden. Grundsätzlich denkbar sind hier verschiedene Fallkonstellationen:

		Vor Mietvertragsabschluss wird die Fläche der Wohnung problematisiert	
		Ja	Nein
Der Mietvertrag sieht die Angabe einer Wohnfläche vor	ja	– Mieter fragt nach – Vermieter übergibt Berechnung	
	nein	– Mieter fragt nach – Vermieter übergibt Berechnung	

**Tabelle 8: Mögliche Fallgestaltungen nach Flächenangaben in eine Werbeanzeige<sup>1</sup>**

- 292** Die Fälle unterscheiden sich zunächst danach, ob die Mietvertragsparteien das Thema Wohnfläche vor Abschluss des Mietvertrages weiter thematisiert haben. So kann der Mieter ausdrücklich nachgefragt haben, ob die Fläche tatsächlich so groß ist, wie der Vermieter in der Anzeige angegeben hat oder der Vermieter kann dem Mietinteressenten eine Wohnflächenberechnung übergeben haben. Auch die Ausstellung einer Bescheinigung zur Beantragung von Wohngeld oder Leistungen nach dem SGB vor Abschluss des Mietvertrages fallen hierunter. Gemeinsam ist diesen Fallgestaltungen, dass der Vermieter seine Angaben aus der Anzeige wiederholt und ggf. zu belegen versucht. Der Vielfalt der **unterschiedlichen Fallgestaltungen** ist hier keine Grenze gesetzt.
- 293** Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, ob der Vermieter im Mietvertrag die Eintragung einer Wohnfläche „aktiv“ unterlässt, also das entsprechende Feld bewusst nicht ausfüllt oder sogar durchstreicht, oder ob das verwendete Mietvertragsformular die Angabe eine Wohnfläche gar nicht vorsieht.
- 294** • Hat der Vermieter eine Wohnfläche in einer Werbeanzeige angegeben und haben die Parteien daraufhin das Thema vor Abschluss des Vertrages noch einmal thematisiert, indem sie darüber gesprochen haben oder dem Mieter sogar **Wohnflächenberechnungen** übergeben worden

<sup>1</sup> Der Begriff Anzeige wird hier zugleich als Synonym für ein Exposee oder ein Internetangebot gebraucht. Gemeint sind einseitige Angaben des Vermieters, die dem Mieter vor Vertragsschluss bekannt werden.

sind, und wird im Mietvertrag dennoch keine Wohnfläche abgefragt, dann gehen beide Mietvertragsparteien übereinstimmend davon aus, dass die vor Abschluss des Vertrages kommunizierte Fläche die geschuldete Beschaffenheit darstellen soll. Der Vermieter hat durch nichts zu erkennen gegeben, dass die von ihm selbst ins Spiel gebrachte Fläche falsch ist und er zumindest in Form einer Beschaffenheitsvereinbarung dafür nicht einstehen will. Ein objektiver Empfänger auf Vermieterseite muss die Willenserklärung des Mieters so verstehen, dass er eine Wohnung mit einer bestimmten Fläche anmieten will. Da der Vermieter auch im Mietvertrag nichts gestrichen oder weggelassen hat, liegt auf Seiten des Vermieters auch keine der Auslegung zugängliche abweichende Willenserklärung vor.

- Umgekehrt muss ein Mieter, der zwar in einer Anzeige eine Fläche gelesen, dann aber das Thema vor Mietvertragsschluss nicht weiter thematisiert hat und schließlich feststellen muss, dass der Vermieter in dem **Mietvertragsformular** an der Stelle, an der nach einer Wohnfläche gefragt wird, einen Strich macht, dies aus der Sicht des objektiven Empfängers so verstehen, dass der Vermieter aus der Angabe einer Wohnfläche in der vorgeschalteten Anzeige keine rechtlich bindenden Abreden entstehen lassen will.<sup>1</sup> Spätestens in dem Augenblick, in dem der Mieter dies bemerkt, kann er das Thema ansprechen. Das Streichen der Wohnfläche im Mietvertrag ist eine konkludente Willenserklärung, die ein objektiver Empfänger auch nur so wie dargelegt verstehen kann. 295
- Schwieriger sind die beiden Zwischenkonstellationen zu entscheiden. 296 Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine einseitige Vorstellung einer Vertragspartei für die Bestimmung des Vertragsinhalts dann von Bedeutung ist, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen **Willen des Erklärenden** erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt.<sup>2</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Parteien über die Wohnfläche gesprochen haben, dem Mieter eventuell sogar Flächenberechnungen übergeben worden sind oder wenn der Vermieter die in der Anzeige angegebene Fläche vor oder bei Vertragsschluss in eine amtliche Bescheinigung übernommen hat. In diesem Fall liegt ein widersprüchliches Verhalten des Vermieters vor, wenn er im Mietvertragsformular die dort abgefragte Fläche nicht angibt und ggf. das Feld durchstreicht. Da er aber zuvor durch sein Verhalten – nicht nur in der Anzeige – beim Mieter den berechtigten Eindruck erweckt hat, dass die Wohnung die vom Vermieter kommunizierte Fläche tatsächlich aufweist, muss er die Willenserklärung des Mieters auch so verstehen, dass dieser bei Anmietung davon ausgeht, dass die Wohnung die angegebene Fläche hat und dass dies auch die vereinbarte Beschaffenheit sein soll. Das Streichen der Fläche im Mietvertrag ist dann regelmäßig verglichen mit

<sup>1</sup> Lammel, Wohnraummietrecht, § 536 BGB Rn. 64.

<sup>2</sup> BGH, NJW 2004, 2156 = NZM 2004, 393; BGH, WuM 1997, 625.

den ansonsten aktiven Angaben zur Wohnfläche von untergeordneter Bedeutung.

- 297** • Fehlt im Mietvertrag die Abfrage nach einer Wohnfläche und haben die Parteien bei den **Vertragsverhandlungen** über das Thema auch nicht weiter gesprochen, haben die Parteien regelmäßig keine Beschaffensvereinbarung getroffen.<sup>1</sup> § 434 Abs. 1 S. 3 BGB gilt im Mietrecht ja gerade nicht. Werbeanpreisungen in Anzeigen stellen noch keine Willenserklärung dar. Der Vermieter legt dem Mieter den ausgefüllten Formularvertrag als Vertragsangebot vor. Dies enthält keine **Beschaffensvereinbarung** zur Fläche, was der Mieter erkennen kann. Seine Annahmeerklärung bezieht sich auf dieses Vertragsangebot. Vermieter und Mieter wollen die Wohnung so vermieten, wie sie ggf. besichtigt wurde und wie sie sich tatsächlich darstellt, ohne Maßangaben.

		Vor Mietvertragsabschluss wird die Fläche der Wohnung problematisiert	
		Ja	Nein
Der Mietvertrag sieht die Angabe einer Wohnfläche vor	Ja	Es liegt <b>eine</b> Beschaffensvereinbarung über die Fläche vor	Es liegt <b>keine</b> Beschaffensvereinbarung über die Fläche vor
	nein	Es liegt <b>eine</b> Beschaffensvereinbarung über die Fläche vor	Es liegt <b>keine</b> Beschaffensvereinbarung über die Fläche vor

**Tabelle 9: Auswirkungen von Flächenangaben in Werbeanzeigen**

### Zwischenergebnis:

Für die Frage, ob eine Flächenangabe in einer Anzeige zum Inhalt einer Beschaffensvereinbarung wird, kommt es entscheidend darauf an, ob die Mietvertragsparteien vor Abschluss des Vertrages das Thema „Fläche“ nochmals thematisiert haben. Wenn das der Fall war, ist es unerheblich, ob der Mietvertrag die Angabe einer Fläche vorsieht oder nicht.<sup>2</sup>

- 298** *ε) Zurechnung des Verhaltens Dritter.* Es stellt sich die Frage, ob die Fälle unterschiedlich zu behandeln sind, in denen der Vermieter selbst handelt oder in denen er den Vertrag durch einen Dritten – regelmäßig einen **Makler** – abschließen lässt, der dann auch ein eigenes Mietvertragsformular benutzt. Der Dritte kann dabei als Vertreter des Vermieters oder als dessen Abschlussgehilfe<sup>3</sup> tätig werden. Die Unterscheidung ist

<sup>1</sup> So der Sachverhalt der Entscheidung des LG Dortmund, Urt. v. 4. 11. 2010 – 11 S 133/10 (zitiert nach juris) zu Grunde lag. Dort ging es nicht um eine Anzeige, sondern um einen Zettel mit einer Flächenangabe, der dann nicht weiter problematisiert wurde.

<sup>2</sup> A. A. wohl BGH, NZM 2010, 614 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 33 mit Anm. *Eisenschmid*: Der BGH stellt wohl vor allem auf den Mietvertrag ab.

<sup>3</sup> BGH, WuM 2011, 96 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 51 mit Anm. *Eisenschmid*.

vor allem von Bedeutung für die Frage, wer Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist.

Soweit die **eingeschaltete Hilfsperson** als Vertreter handelt, kommt es für die Auslegung der Willenserklärungen auf das (Vor-) Wissen des jeweiligen Empfängers an. Insofern ist das Wissen des Vertreters gem. § 166 BGB maßgeblich.<sup>1</sup> Prinzipiell ist der Makler nicht Vertreter des Vermieters. Etwas anderes kann aber dann anzunehmen sein, wenn er nicht nur den Mietinteressenten nachweist sondern auch beauftragt ist den Mietvertrag abzuschließen. Nach § 166 Abs. 1 BGB wird dem Vertretenen das Wissen seines Vertreters zugerechnet, wenn letzterer Vertretungsmacht hatte. Das kann an dieser Stelle unterstellt werden, weil es um die Auslegung des Inhalts des Vertrages geht. Fehlt die Vertretungsmacht, ist gar kein Vertrag zustande gekommen und damit auch keine Beschaffenheitsvereinbarung. Ähnliches gilt für eingeschaltete Hausverwaltungen. Auch sie sind bei Abschluss des Mietvertrages Vertreter des Vermieters. Das bedeutet, dass sich an dem zuvor gefunden Ergebnis nichts ändert, wenn nicht der Vermieter selbst, sondern ein Vertreter für ihn gehandelt hat. 299

## II. Wohnflächenangabe als zugesicherte Eigenschaft

**Gewährleistungsansprüche** können auch dann in Betracht kommen, wenn allein in der Flächenangabe in einem Mietvertrag eine Eigenschaftszusicherung des Vermieters zu sehen ist. Der Unterschied zur schlichten Beschaffenheitsvereinbarung besteht vor allem darin, dass die Miete sich selbst dann mindert, wenn keine oder nur eine unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt. Dies ergibt sich daraus, dass in der Verweisungsnorm des § 536 Abs. 2 BGB nur auf die Sätze 1 und 2 des § 536 Abs. 1 BGB und nicht auf Satz 3 verwiesen wird. Eine zugesicherte Eigenschaft liegt vor, wenn der Vermieter für deren Vorhandensein verschuldensunabhängig einstehen will, unabhängig davon, ob durch das Fehlen der Eigenschaft der Gebrauch der Mietsache tatsächlich beeinträchtigt wird. Im mietrechtlichen Gewährleistungsrecht werden Mängel und das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ansonsten gleich behandelt.<sup>2</sup> 300

Wegen dieser Rechtsfolgen sind an das Vorliegen einer zugesicherten Eigenschaft strenge Anforderungen zu stellen. Sie muss von allgemeinen Anpreisungen aber auch von der **Beschaffenheitsvereinbarung**<sup>3</sup> unterschieden werden. *Emmerich*<sup>4</sup> formuliert: „Bei der Annahme einer Zusicherung ist wegen ihrer weit reichenden Folgen für den Vermieter Zurückhaltung geboten.“ Dementsprechend ist auch nach Ansicht des *BGH*<sup>5</sup> unter einer zugesicherten **Eigenschaft** eine vertraglich bindende Erklärung zu verstehen, die über die bloße Angabe des Verwendungszwecks 301

<sup>1</sup> BGH, NJW 2004, 2156 = NZM 2004, 393.

<sup>2</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rn. VIII 31.

<sup>3</sup> *Emmerich* in: Staudinger (2011), § 536 BGB Rn. 35.

<sup>4</sup> *Emmerich* in: Staudinger (2011), § 536 BGB Rn. 34.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1980, 777.

im Vertrage hinausgeht. Dazu muss die Willenserklärung des Vermieters so ausgelegt werden können, dass er für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft einstehen<sup>1</sup> und bei ihrem Fehlen auch ohne Verschulden Schadensersatz leisten will.<sup>2</sup> Dabei kann Gegenstand einer zugesicherten Eigenschaft jede Eigenschaft der Mietsache sein, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betrifft und wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflusst.<sup>3</sup> Dabei ist der Begriff der Eigenschaften weit auszulegen.<sup>4</sup>

- 302** Demnach kann theoretisch – in Ausnahmefällen – dem Grunde nach die Angabe einer bestimmten Wohnfläche eine **zugesicherte Eigenschaft** sein. Bis 31. August 2001 hieß es in § 537 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. zusätzlich: „Bei der Vermietung eines Grundstücks steht die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich.“ Die Norm hatte nach allgemeiner Ansicht aber nur klarstellende Bedeutung.<sup>5</sup> Auch diese Norm „entband nicht von der Prüfung, ob die Angabe einer Wohnungsgröße in einem Mietvertrag tatsächlich eine Zusicherung darstellte.“<sup>6</sup> Demgemäß wurde auch unter Geltung des alten Rechts in der Angabe einer bestimmten Wohnfläche in einem Mietvertrag keine zugesicherte Eigenschaft gesehen.<sup>7</sup> Nach *Derleder*<sup>8</sup> hatte diese Rechtsprechung die Norm „entwertet“. Nur vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, dass schon in der Angabe einer Wohnungsgröße die Zusicherung einer Eigenschaft der Mietsache zu sehen sei.<sup>9</sup> Deshalb hat sich durch die Streichung von § 537 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. im Rahmen der Mietrechtsreform nichts geändert.<sup>10</sup> Nach den Gesetzesmaterialien<sup>11</sup> sollte mit der Streichung ge-

<sup>1</sup> BGH, NJW 2005, 2152 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 9 mit Anm. *Eisenschmid*; *Jenissen*, MietRB 2005, 259; *Pauly*, MDR 2005, 1204.

<sup>2</sup> BGH, NJW 1991, 912; OLG Dresden, RE v. 15. 12. 1997, NZM 1998, 184; OLG Düsseldorf, MDR 1990, 342; LG Dortmund, Urt. v. 4. 11. 2010 – 11 S 133/10 (zitiert nach juris); *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn. 295.

<sup>3</sup> BGH, NJW-RR 1987, 908; BGH, NJW 1981, 864.

<sup>4</sup> BGH, NZM 2006, 54 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 11 mit Anm. *Eisenschmid*; BGH, NJW 2000, 1714; KG, NZM 2000, 461; OLG Hamburg, NJW-RR 1998, 1091; *Emmerich* in: Staudinger (2011), § 536 BGB Rn. 36.

<sup>5</sup> *Voelskow* in: MünchKommBGB (3. Auflage, 1995), § 537 BGB Rn. 14; *Emmerich* in: Staudinger (2011), § 536 BGB Rn. 38.

<sup>6</sup> *Emmerich* in: Staudinger (2011), § 536 BGB Rn. 38.

<sup>7</sup> KG, GE 1992, 871; OLG Dresden, RE v. 15. 12. 1997, NZM 1998, 184; LG Dortmund, Urt. v. 10. 2. 1993, Az: 21 S 209/92; LG München, WuM 1987, 217; LG Mannheim, WuM 1989, 11; LG Münster, 1990, 146; LG Freiburg, WuM 1988, 263; LG Kleve, WuM 1988, 13; LG Würzburg, WuM 1984, 213; AG Münden, ZMR 1990, 25; AG Köln, WuM 1988, 14; AG Würzburg, DWW 1983, 308; AG Hamburg, WuM 1979, 214; *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn. 306.

<sup>8</sup> *Derleder*, PiG 65 (2002), S. 71, 75.

<sup>9</sup> AG Herne, WuM 1997, 550; AG Duisburg, WuM 1987, 217; AG Bergheim, WuM 1978, 189.

<sup>10</sup> *Lützenkirchen* in: Anwaltshandbuch Mietrecht, F 52; *Lützenkirchen/Dickersbach*, Vertragsstörungen im Mietrecht, Rn. 1008; nach *Derleder*, PiG 65 (2002), S. 71, 75 hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung „damit nur Rechnung getragen“.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 14/4553 abgedruckt auch bei *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, S. 49.