

Hans-Georg Eckert

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht
Rostock

Wegnahmerecht, Aufwendungsersatz- und Bereicherungsansprüche des Mieters *

Der Mieter, der das Mietobjekt ausbaut, verbessert oder modernisiert, erwartet regelmäßig Ersatz seiner Aufwendungen, und zwar auch dann, wenn er die angemietete Wohnung oder die Geschäftsräume zur Umsetzung seiner eigenen Vorstellungen und Bedürfnisses herrichtet oder verändert. Fast ebenso regelmäßig wird er enttäuscht, denn der Vermieter braucht sich die Investitionen des Mieters nicht aufdrängen zu lassen. Vorrangig bleibt der Mieter zur Wiederherstellung des Ursprungszustandes verpflichtet und die Vorschriften, auf die er seine Hoffnung auf finanziellen Ausgleich stützt, sind nicht so mieterfreundlich wie es den Anschein hat. Ein übersichtliches Regelwerk enthält das BGB nicht. Für Aufwendungen während der Vertragslaufzeit greifen speziell mietrechtliche Normen wie §§ 536a, 539 Abs. 2 BGB, ferner Bestimmungen des allgemeinen (u.a. §§ 280, 281 BGB) und des besonderen Schuldrechts (§§ 683, 684, 812 BGB) ein, die sich teils ergänzen, teils ausschließen. Verwendungen nach Beendigung des Mietverhältnisses sind entweder nach den Regeln zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis oder nach denen zur Geschäftsführung ohne Auftrag und nach Bereicherungsrechts abzuwickeln. Das Wegnahmerecht tangiert das Sachenrecht. Dieses Referat befasst sich weniger mit den Voraussetzungen der einzelnen einschlägigen Anspruchsgrundlagen,¹ sondern vorrangig mit der Kompatibilität der mietrechtlichen Regeln mit denen des sonstigen Schuldrechts, den Überschneidungen und den Einwirkungen auf die Mieteransprüche durch Vermieterwechsel und Verjährung, wobei die Novellierung des Verjährungsrechts im Allgemeinen Teil des BGB Anlass bietet, bisherige herrschende oder überwiegende Auffassungen zu überdenken.

I. Rechte und Ansprüche des Mieters

1. Wegnahme von Einrichtungen

1.1. Wegnahme vor oder bei Rückgabe des Mietobjekts

Das Wegnahmerecht (§ 539 Abs. 2 BGB) ist in der wirtschaftlichen Überlegung begründet, dass der Mieter sich ohne Belastung des Vermieters seine Investitionen am einfachsten erhält, wenn er sie nach Vertragsende, soweit technisch möglich, wieder zurückholt. Mit der Wegnahmebefugnis korrespondiert

* Erweiterte Fassung eines Vortrags des Verfassers am 9. 3. 2007 beim Mietgerichtstag in Dortmund

¹ Dazu ausführlich Emmerich NZM 1998, 49; Derleder WuM 2006, 175, sowie die gängigen Kommentare und Handbücher.

als Ausfluss der Pflicht, das Mietobjekt im vertragsgerechten Zustand zurückzugeben,² die Pflicht des Mieters, Einrichtungen wieder zu beseitigen. Wegnehmbare Einrichtungen sind bewegliche Sachen, die dem wirtschaftlichen Zweck der Mietsache dienen und die der Mieter mit ihr fest verbunden hat, aber nicht so fest, dass er sie nicht wieder ausbauen könnte.³ Solange der Mieter im Besitz der Mietsache ist, kann er die von ihm eingebrachten Einrichtungen wegnehmen. Das dingliche Wegnahmerecht schließt das Recht des Mieters ein, sich eine gem. §§ 94, 946 BGB in das Eigentum des Eigentümers des Mietobjekts übergegangene Einrichtung durch Abtrennung wieder anzueignen;⁴ § 951 Abs. 2 Satz 1 BGB lässt das Wegnahmerecht unberührt. Ergänzend verpflichtet § 258 Satz 1 BGB, die Kehrseite eines jeglichen Wegnahmerechts, den Wegnehmenden, die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Zustand zu versetzen. Da § 539 Abs. 2 BGB keine mit § 258 Satz 2 2.Hs. BGB korrespondierende Einschränkung des Wegnahmerechts enthält, kann der Vermieter, der die Wegnahme ohne Wiederherstellung des Ursprungszustandes befürchtet, dem Mieter nicht die Wegnahme untersagen, solange dieser keine Sicherheit wegen der Wiederherstellungskosten geleistet hat. Der Vermieter von Räumen - auch gewerblich genutzten (vgl. § 578 Abs. 2 BGB) -, der die Einrichtung behalten möchte, kann nach § 552 Abs. 1 BGB die Wegnahme untersagen, sofern der Mieter nicht ein von ihm darzulegendes berechtigtes Interesse daran hat; allerdings hat der Vermieter den Mieter angemessen zu entschädigen.

1.2. Aus dem Wegnahmerecht abgeleitete Ansprüche

a) Anspruch auf Duldung der Wegnahme

Nach Rückgabe des Mietobjekts verwandelt sich das Wegnahmerecht in einen Anspruch auf Duldung der Wegnahme (§ 258 Satz 2, 2. Halbsatz BGB),⁵ der den Vermieter nur verpflichtet, dem Mieter nochmals den Zutritt zur Mietsache zu gestatten, jedoch nicht zu weiterer Mitwirkung, erst recht nicht zur Herausgabe der Einrichtung. Auf den Eigentumsherausgabeanspruch gem. § 985 BGB kann der Mieter nicht ausweichen, weil § 258 Satz 2 BGB demgegenüber die speziellere Norm ist. Das mit der Wegnahme einhergehende Risiko der Beschädigung des Mietobjekts kann der Vermieter abwenden, indem er die Duldung von einer Sicherheitsleistung in Höhe der voraussichtlichen Kosten der Wiederherstellung abhängig macht. Ohne Verstoß gegen § 551 Abs. 1 BGB kann der Wohnraumvermieter diese Sicherheit zusätzlich

² BGHZ 81, 146 = NJW 1981, 1060 = ZIP 1981, 1095 = ZMR 1981, 367 = MDR 1981, 1008.

³ BGHZ 101, 37, 41 = NJW 1987, 2861 = MDR 1987, 927 = ZMR 1987, 371.

⁴ BGHZ 81, 146 (Fn. 2); Staudinger/Emmerich, Neubearbeitung 2006, § 539 Rdn. 39; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 539 Rdn. 75; MünchKomm-Schilling, BGB, 4. Aufl., § 539 Rdn. 15; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 539 Rdn. 10; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 539 Rdn. 13; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, § 539 Rdn. 18; Scheuer in: Bub/Treier, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., V. Rdn. 249; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 539 Rdn. 36; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. 1185; Pietz/Leo in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, Kap. 16 Rdn. 255; Jörn Eckert MDR 1989, 135, 136.

⁵ Dazu BGHZ 81, 146 (Fn.2).

zu der ohnehin gestellten Kautions verlangen, weil im Stadium der Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses die Gefahr eines Schadens hinzukommt, die über das mit der Überlassung der Mietsache üblicherweise verbundene und durch die Kautions abgedeckte Risiko hinausgeht.

b) Vertraglicher Abfindungsanspruch

Selbstverständlich steht es den Parteien frei, von vornherein oder später eine Vereinbarung zu treffen, die den Mieter zum Unterlassen der Wegnahme und den Vermieter zur Zahlung einer angemessenen Abfindung verpflichtet (§ 552 Abs. 2 BGB). Die Vereinbarung, dass der Mieter die Einrichtung ohne finanziellen Ausgleich zurückzulassen hat, ist bei der Wohnraumvermietung unwirksam (§ 552 Abs. 2 BGB). Allerdings kann der Verzicht des Vermieters auf die Wiederherstellung des Ursprungszustandes wirtschaftlich wertvoller sein als die Einrichtungen, die der Mieter nicht wegzunehmen braucht.

c) Schadensersatzanspruch wegen Vereitelung der Wegnahme

Schließlich begeht der Vermieter eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB, wenn er in einer von ihm zu vertretenden Weise die Wegnahme vereitelt. Praktisch bedeutsam ist die Weigerung, dem Mieter, der das Mietobjekt zurückgegeben hat, nochmals den Zutritt zu gestatten. Die Duldung ist eine Leistung i.S.d. § 281 BGB, d. h. der Mieter kann Schadensersatz statt der Leistung erst fordern, wenn er dem Vermieter erfolglos eine angemessene Frist zur Duldung der Wegnahme gesetzt hat, es sei denn dieser hat zuvor hinreichend verdeutlicht, dass er die Wegnahme nicht gestatten wird (§ 281 Abs. 2 BGB).⁶ Der Schaden des Mieters entspricht dem Zeitwert der Einrichtung unter Abzug der ersparten Kosten der Wiederherstellung des Ursprungszustandes..

d) Bereicherungsanspruch wegen Eigentumsverlustes

Im Grundsatz nicht ausgeschlossen ist ein Bereicherungsanspruch des Mieters nach § 951 BGB, falls er die Einrichtung mit dem Mietobjekt fest verbindet, so dass sie als dessen wesentlicher Bestandteil gem. §§ 94, 946 BGB in das Eigentum des Vermieters übergeht.⁷ Allerdings kann der Vermieter den Mieter auf das Wegnahmerecht verweisen (§ 951 Abs. 2 Satz 1 BGB). Bereichert ist der Eigentümer nicht um den Zeitwert der zurückgelassenen Einrichtung, sondern um die Erhöhung des Verkehrswerts des Mietobjekts.

1.3. Vorrang des Wegnahmerechts

⁶ MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 539 Rdn. 17; Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 539 Rdn. 33, und Pietz/Leo (Fn. 4) Kap.16 Rdn. 270, lassen § 280 BGB als Anspruchsgrundlage genügen.

⁷ Kandelhard (Fn. 4), § 539 Rdn. 34.

In der gerichtlichen Praxis führen das Wegnahmerecht und die daraus abgeleiteten Ansprüche ein Schattendasein, weil deren Auswirkungen vielfach nicht hinreichend bedacht werden. Der Mieter, dem die Wegnahme selten Vorteile bringt, bevorzugt den Ersatz seiner Aufwendungen. Hierbei wird übersehen, dass das Wegnahmerecht nicht nur ein Recht ist, dessen Ausübung im Belieben des Berechtigten steht, es schließt vielmehr Auf- und Verwendungsersatz aus,⁸ sofern der Mieter diesen nicht wegen berechtigter Beseitigung eines Mangels gem. § 536a Abs. 2 BGB beanspruchen kann. Solange der Mieter sich den Wert seiner Investition durch Wegnahme der Einrichtung erhalten kann, besteht kein Grund, den Vermieter zu einer Ausgleichszahlung zu verpflichten. Dem kann der Mieter nicht entgegensetzen, die Wegnahme sei für ihn unwirtschaftlich, weil er die Einrichtung nicht mehr benötigt oder weil die Wiederherstellung des früheren Zustandes deren Wert aufzehrt. In der Praxis ist daher die strikte Trennung von Einrichtung und Aufwendung erforderlich, wobei nicht zu übersehen ist, dass der Übergang häufig fließend ist.⁹

2. Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung eines Mangels und zur Gefahrenabwehr

2.1. Notwenige Aufwendungen

§ 536 Abs. 2 Nr. 2 n.F. entspricht § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F., wobei die Neuregelung den Begriff der Notwendigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 547 Abs. 1 BGB a.F.¹⁰ folgend auf Maßnahmen zur Gefahrenabwehr beschränkt. Dies sind nur solche, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Mietsache unerlässlich sind und keinen Aufschub dulden, z.B. Reparatur eines undichten Daches, Behebung eines Wasserrohrbruches. Notwendig ist auch die vorbeugende Gefahrenabwehr, z. B. Vorkehrungen gegen Sturm- oder Hochwasserschäden. Aufschiebbare Aufwendungen, die dazu dienen einen Sachmangel zu beseitigen, sind nicht notwendig i. S. d. § 536a Abs. 2 BGB.¹¹

2.2. Verzug des Vermieters mit der Beseitigung eines Mangels

Sofern es nicht um eine in § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Gefahrenabwehr erforderliche Maßnahme geht, kann der Mieter Ersatz seiner Aufwendungen zur Mangelbeseitigung nur fordern, wenn der Vermieter damit in Verzug war. Diese Bestimmung steht in Einklang mit dem Aufwendungsersatzanspruch des Werkbestellers (§ 637 BGB); sowohl Vermieter als auch Werkunternehmer sollen vorrangig zur Mangelbeseitigung berechtigt sein, insbesondere sich ein Bild von dem Mangel machen können, bevor der Besteller oder Mieter ihn beseitigt. Auf ähnlichen Erwägungen beruht § 281 BGB (früher § 326 BGB a.F.):

⁸ Derleder WuM 2006, 175, 179; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 9; Palandt/Weidenkaff (Fn. 4), § 539 Rdn. 8; a.A. wohl MünchKomm-Schilling (Fn. 4), § 539 Rdn. 21.

⁹ Zur Abgrenzung Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 14, 15.

¹⁰ BGH NJW 1974, 743 = ZMR 1974, 382; BGHZ 64, 333, 339 = NJW 1975, 1553 = MDR 1975, 919; BGH NJW-RR 1991, 75 = ZIP 1990, 1485 = MDR 1991, 344; BGH NJW-RR 1993, 522.

¹¹ BGH NJW 1974, 743 = ZMR 1974, 382; BGH ZIP 1990, 1485 = NJW-RR 1993, 522 = MDR 1991, 344; BGH NJW-RR 1993, 522.

Bevor er sich schadenersatzpflichtig macht, muss der Schuldner Gelegenheit haben, die ihm obliegende Leistung nachzuholen. Demgemäß muss bei wirksamer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter der Vermieter ihm, der ohne renoviert zu haben, ausgezogen ist, eine Frist zur Nachholung der Leistung setzen. Schuldet der Vermieter die fälligen Schönheitsreparaturen und sieht man in der Renovierungsbedürftigkeit der Mieträume einen den Mietgebrauch beeinträchtigenden Sachmangel, so richtet sich der Aufwendungsersatzanspruch des Mieters, der nach erfolgloser Aufforderung des hierzu verpflichteten Vermieters die Schönheitsreparaturen selbst vornimmt, nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹²

2.3. Mangelbeseitigung ohne vorheriges Abhilfeverlangen

Mängelbeseitigung durch den Mieter, von denen der Vermieter erst geraume Zeit später, etwa nach Anmahnung von Zahlungsrückständen oder bei der Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses, erfährt, gehören zur gerichtlichen Alltagspraxis. Schon vor der Mietrechtsreform wurde diskutiert, ob dem Mieter nach anderen Vorschriften ein Ausgleich zuzubilligen ist und ob der Vermieter nicht zumindest die ersparten Aufwendungen abzuführen hat. Die Mietrechtsreform hat nicht zur Klärung beigetragen.¹³

a) Aufwendungsersatz nach den Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Da § 547 Abs. 2 BGB a.F. und § 539 Abs. 1 BGB n.F. zur Verpflichtung des Vermieters, sonstige Ver- oder Aufwendungen zu ersetzen, auf die Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen bzw. verweisen, liegt bei Fehlen eines vertraglichen Anspruchs das Ausweichen auf diesen „Notanspruch“ nahe.

aa) Meinungsstand vor der Mietrechts- und Schuldrechtsreform

„Sonstige“ Verwendungen im Sinn des § 547 Abs. 2 BGB a.F. waren die nicht in Absatz 1 genannten Verwendungen, also die nicht notwendigen. Die Beseitigung eines Sachmangels zählte zu den sonstigen Verwendungen i. S. d. § 547 Abs. 2 BGB a.F.; demgemäß entsprach es überwiegender Auffassung, dass der Mieter, der vorschnell, ohne den Vermieter zu fragen, einen Mangel behebt, Ersatz seiner Aufwendungen nach §§ 677, 683 BGB beanspruchen kann,¹⁴ wenn die Voraussetzungen dieses Anspruchs – Interesse und wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Vermieters sowie Fremdgeschäftsführungswille des Mieters – gegeben sind. Neben der als bindend angesehenen Verweisung in § 547 Abs. 2 BGB a.F.

¹² Die besonderen Probleme des Aufwendungsersatzanspruchs des Mieters, der Schönheitsreparaturen vornimmt, obwohl die ihn hierzu verpflichtenden vorformulierten Vertragsbedingungen der Inhaltskontrolle nicht standhalten, sind hier nicht darzustellen.

¹³ Dazu H.-G. Eckert NZM 2001, 409, 412.

¹⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 716; RGRK-Gelhaar, BGB, 12. Aufl., § 538 Rdn. 22; Sternel, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rdn. 432; MünchKomm/Voelkow, BGB, 3. Aufl., § 538 Rdn. 23; Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., Rdn. 3; Scheuer in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V. Rdn. 386, 396; Wolf/Eckert/Ball, Hdb. des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 265; Emmerich NZM 1998, 49, 51; weitere Nachweise bei Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641, 642 Fn. 8; a.A. Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 547 Rdn. 9.

finden sich die weiteren Argumente, dass dem Vermieter ungerechtfertigte Vorteile nicht deshalb zu belassen seien, weil der Mieter die formellen Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 BGB a.F. nicht beachtet habe, und dass kein Grund bestehe, ihn schlechter zu behandeln als einen Dritten, der Verwendungen auf eine ihm nicht gehörende Sache mache.¹⁵ Die Gegenauffassung warnte davor, den Grundsatz des § 538 Abs. 2 BGB a.F., demzufolge der Anspruch des Mieters auf Erstattung der Kosten der Mangelbeseitigung von einem vorherigen Abhilfeverlangen abhängt, mit dem Ausweichen auf § 547 Abs. 2 BGB zu unterlaufen.¹⁶ Ein klares Wort des Bundesgerichtshofs gab es nicht.¹⁷ Die fehlende Übereinstimmung mit dem Rechtsverlust des Gläubigers, der die gem. § 326 BGB a.F. gebotene Nachfristsetzung unterlässt, oder des Bestellers, der den Werkunternehmer nicht gem. § 633 Abs. 3 BGB a.F. zur Nachbesserung auffordert,¹⁸ wurde allenfalls in dem gegenläufigen Sinn problematisiert, nämlich auch bei Nichtbefolgen der Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. den vorschnell Handelnden nicht leer ausgehen zu lassen.¹⁹

bb) Auswirkungen der Mietrechts- und Schuldrechtsreform

Nach § 539 Abs. 1 BGB n.F. hat der Vermieter Aufwendungen des Mieters, die er nicht gem. § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen hat, nach den Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag zu erstatten. Bei isolierter Betrachtung lässt sich dieser Satz in dem Sinn begreifen, dass die Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen sind, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB n.F. nicht erfüllt sind, also auch bei Mangelbeseitigung des Mieters ohne Verzug des Vermieters. Gleichwohl gibt das Gesetz die Antwort, und zwar die amtliche Überschrift des § 539 BGB - „Ersatz sonstiger Aufwendungen“. Sie beschreibt den Anwendungsbereich des § 539 Abs. 1 BGB in dem Sinn, dass er die von § 536a Abs. BGB nicht erfassten Aufwendungen betrifft. Gesetzlich ist es somit nicht mehr – sofern es dies zuvor war - geboten, dem Mieter, der ohne vorherige Abhilfeaufforderung den Mangel selbst beseitigt, einen Ausgleich nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zuzubilligen. Kraft Gesetzes ausgeschlossen ist dieser Rückgriff damit nicht. Er wird weiterhin teils befürwortet,²⁰ teils abgelehnt.²¹

¹⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 716.

¹⁶ Stornel (Fn. 14), II. Rdn. 609; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 547 Rdn. 9; weitere Nachweise bei Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641, 642 Fn. 7. Dem in diesem Sinn häufig zitierten Beschluss des OLG Hamm, ZMR 1985, 15, 16, ist eine klare Stellungnahme nicht zu entnehmen.

¹⁷ In dem Urt. v. 30. 3. 1983, NJW 1984, 1552 = MDR 1983, 1018 = ZMR 1984, 124, äußert sich der BGH hierzu nicht.

¹⁸ Dazu H.-G. Eckert NZM 2001, 409, 412.

¹⁹ RGRK-Gelhaar (Rdn. 14), §§ 535, 536 Rdn. 93; OLG Koblenz NJW-RR 2000, 82 = ZMR 2000, 219, zu dem Anspruch des Vermieters, der dem Mieter keine Nachfrist gesetzt hatte, auf Ersatz der Kosten der Schönheitsreparaturen.

²⁰ MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 536a Rdn. 28; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 27; Kandelhard (Fn. 4) § 539 Rdn. 1; Wolf/Eckert/Ball (Fn. 4) Rdn. 258; Pietz/Leo (Fn. 4), Kap. 16 Rdn. 226.

²¹ Dauner-Lieb/Dötsch NZM 2004, 641, 645; Artz in FS Blank S. 5, 16; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a Rdn. 109, 133; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rdn. 311; Riecke in: Prütting/Wegen/Weinrich, BGB, § 539 Rdn. 1; im Grundsatz auch Derleder WuM 2006, 175, 179.

Schwung in die Diskussion brachte die Schuldrechtsreform mit der Neuausrichtung der kaufrechtlichen Gewährleistung. Vorrangig ist nunmehr gem. § 439 BGB n.F. die Nacherfüllung, die beim Kauf Nachbesserung oder Ersatzlieferung sein kann. Das Gesetz begründet nicht nur die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers, sondern auch sein dahingehendes Recht („Recht zur zweiten Andienung“).²² Mit der Nachbesserung kann er bei einem behebbaren Mangel die sekundären Rechte des Käufers wie Minderung des Kaufpreises, Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatzansprüche abwehren, die er grundsätzlich nur geltend machen kann, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 323 Abs. 1, 441 Abs. 1 Satz 1 und § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 281, 284 BGB n.F.).²³ Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht (§ 637 BGB n.F., zuvor § 633 Abs. 3 BGB a.F.) und zum Mietrecht sieht das Kaufvertragsrecht keinen Aufwendungsersatzanspruch des Käufers vor, der nach Fristablauf den Mangel selbst beseitigt. Dies ist entbehrlich, weil er die Mangelbeseitigungskosten als Schaden liquidieren kann, sofern der Verkäufer die Nachbesserung verweigert oder nicht in der ihm gesetzten angemessenen Frist durchgeführt hat.²⁴ Diese grundsätzliche Wertung des Gesetzes würde unterlaufen, wenn der Käufer gleichwohl auf Kosten des Verkäufers die Sache reparieren lassen kann, ohne ihm zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Der Rechtsverlust des eigenmächtig handelnden Käufers steht in Einklang mit der Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht; schon vor der Schuldrechtsreform war anerkannt, dass der Besteller, der den Mangel beseitigt, ohne dem Unternehmer zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben zu haben, einen Ausgleich nicht nach den Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag oder nach Bereicherungsrecht erlangen kann, weil das Werkvertragsrecht eine abschließende Sonderregelung enthält und das Nachbesserungsrechts des Werkunternehmers nicht durch Anerkennung einer ihn mit Kosten belastenden Ersatzvornahme des Bestellers ausgehebelt werden darf.²⁵ Ebenso ist unbestritten, dass der Gläubiger, der dem im Verzug befindlichen Schuldner keine angemessene Frist zur Leistung setzt, nicht gem. § 281 BGB n.F. (ähnlich früher § 326 BGB a.F.) Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn er die Leistung selbst erbringt oder von Dritten erbringen lässt. Im Mietrecht betrifft dies den Anspruch des Vermieters auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen; der Vermieter, der ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 281 BGB (früher § 326 BGB a.F.) vorschnell renovieren lässt, verliert seinen Schadensersatzanspruch gegen den Mieter. Bei der Beseitigung eines Mangels der Mietsache ist die Situation nicht anders: Vorrangig ist das inzident aus §§ 536a Abs. 2 Nr. 1 und 536c Abs. 2 Satz 2 BGB folgende Recht des Vermieters, den Mangel der Mietsache selbst zu beheben. Dieses Recht darf nicht durch vorschnelles Handeln des Mieters ausgehöhlt werden.²⁶ Wie der Verkäufer und Werkunternehmer muss der Vermieter Gelegenheit zur Prüfung und Beweissiche-

²² BT-Drucks. 14/6040, S. 89, 220.

²³ BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348 = ZIP 2005, 861 = MDR 2005, 673.

²⁴ Ball (Vorsitzender des VIII. Zivilsenats des BGH) NZV 2004, 217, 227.

²⁵ BGH NJW 1966, 39 = MDR 1966, 140; BGHZ 96, 221 = NJW 1986, 922 = MDR 1986, 401.

rung haben; wenn der Mangel behoben ist, ist naturgemäß eine zuverlässige Nachprüfung erschwert. Hervorzuheben ist, dass der VIII. Zivilsenat des BGH, der den Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Gewährleistungspflichtigen so konsequent betont,²⁷ auch für die Wohnraummiete zuständig ist.

Schließlich hat Vermieter nicht selten seinerseits Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer, Werkunternehmer oder Bauträger, ggf. auch gegen seinen Hauptvermieter. Bei Erstvermietung von Räumen wird mancher mietrechtliche Sachmangel zugleich als Baumangel den Nachbesserungsanspruch des Vermieters gegen den Unternehmer oder Bauträger auslösen. Sein Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch gem. § 637 BGB bzw. § 634 Nr. 4 i.V. m. §§ 636, 280, 281 BGB, sogar die Minderung des Werklohns (§ 638, 636 BGB) scheitern, wenn der Mieter ohne Abhilfeverlangen den Mangel beseitigt hat. Ebenso kann der Zwischenvermieter seine Gewährleistungsrechte gegen den Hauptvermieter besser durchsetzen, wenn er selbst den Mangel festgestellt hat. Gewährleistungsrechte des Vermieters gegen Dritte lassen daher die tatbestandlichen Voraussetzungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag – Interesse sowie wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Vermieters – entfallen. Erkennt man den Vorrang der Mangelbeseitigung durch den Vermieter an, so handelt auch dann, wenn der Vermieter keine Gewährleistungsrechte gegen einen Dritten hat, der Mieter weder in dessen Interesse noch mit dessen mutmaßlichem oder tatsächlichem Willen.

b) Mangelbeseitigungskosten als Schaden i. S. d. § 536a Abs. 1 BGB

Im Kauf- und Werkvertragsrecht schließt der Schadensersatzanspruch des Käufers oder Bestellers den sog. „kleinen“ Schaden, also den Minderwert oder die Kosten der Mangelbeseitigung ein. Die Geltendmachung dieses Schadens setzt die erfolglose Aufforderung zur Nachbesserung voraus, sofern diese nicht ausnahmsweise verzichtbar ist. Hingegen finden sich in der mietrechtlichen Literatur Stimmen, die dem Mieter Ersatz der Mangelbeseitigungskosten über den Schadensersatzanspruch nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. bzw. § 536a Abs. 1 BGB n.F. zubilligen, also ohne vorherige Abhilfeaufforderung.²⁸ Eröffnet wäre dieser Schadensersatzanspruch, wenn der Vermieter das Entstehen eines nachträglichen Sachmangels zu vertreten hat oder wenn der Mangel schon bei Vertragsschluss vorhanden war, ohne dass die dahingehende Haftung des Vermieters abbedungen war. Diese Auffassung nimmt dem Vermieter die Chance, einen solchen den Mangel selbst zu prüfen und zu beheben. Im Kauf- und Werkvertragsrecht hingegen hat der Gewährleistungspflichtige unabhängig davon, ob er den Mangel zu vertreten hat, stets das Recht zur

²⁶ Dauner-Lieb/Dötsch NZM 2004, 641, 646; Artz in FS Blank S. 5, 16

²⁷ BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348 = ZIP 2005, 861 = MDR 2005, 673.

²⁸ Sternel (Fn. 14), II. Rdn. 609; Staudinger/Emmerich, BGB, Bearbeitung 2006, § 536a Rdn. 22 und 41; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 536a Rdn. 18; Kraemer in Bub/Treier (Fn. 4), III. B. Rdn. 1376, 1369. Das hierzu häufig zitierte BGH-Urteil vom 7. 6. 1971 (BGHZ 56, 136 = NJW 1971, 1450) betraf einen Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen, auf den der BGH § 538 BGB a.F. analog anwandte.

Nachbesserung. Dass der Vermieter, der den Mangel zu vertreten hat oder gem. § 536a BGB verschuldensunabhängig haftet, Schadensersatz schuldet, ist hinzunehmen; warum er als weitere Sanktion das Recht zur Nachbesserung einbüßen soll, ist nicht einzusehen. Insbesondere erfordern das Vertretenmüssen des Vermieters und seine Garantiehaftung keine Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters dahingehend, dass er es bei der Anzeige des Mangels gem. § 536c BGB belässt und sodann auf Kosten des Vermieters umgehend den Mangel behebt.²⁹ Nach richtigem Verständnis ist § 536a Abs. 2 BGB in Bezug auf die Schadensposition „Mangelbeseitigungskosten“ Spezialvorschrift gegenüber § 536a Abs 1 BGB.³⁰ Dass dem Vermieter die Abhilfemöglichkeit bleiben muss, folgt auch aus § 536c Abs. 2 BGB, der dem Mieter den Schadensersatzanspruch versagt, falls der Vermieter infolge der unterlassenen Mangelanzeige nicht abhelfen konnte. Schließlich lässt sich ganz simpel einwenden, dass der Mieter nur deshalb einen Schaden erleidet, weil er den Mangel nicht von dem hierzu verpflichteten Vermieter hat beseitigen lassen.

c) Ersatz ersparter Aufwendungen

Liegen die Voraussetzungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor, so soll § 684 Satz 1 BGB den Ausgleich nach Bereicherungsrecht eröffnen, der allerdings den Vermieter nur zur Vergütung der seinerseits ersparten Aufwendungen verpflichtet.³¹ Im Kaufrecht wollen einige Autoren, die den Ausschluss der Aufwendungsersatzansprüche gem. § 683 BGB mittragen, dem voreilig handelnden Käufer nicht die volle Härte des Rechtsverlustes zumuten.³² Dem Verkäufer, der die Aufwendungen des Käufers nicht vergüten muss, wollen sie zumindest einen Ausgleich in Höhe der Aufwendungen auferlegen, die nach der Mangelbeseitigung des Käufers nicht mehr anfallen. Einstieg, so die Begründung, sei § 326 Abs. 2 BGB n.F. (früher § 324 Abs. 1 BGB a.F.), denn der Käufer, der den Mangel behebe, sei dafür verantwortlich, dass der Verkäufer – insoweit Schuldner – nicht mehr leisten könne (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.); nach Satz 2 müsse er sich anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistungspflicht erspart habe. Der Schuldner, der seine Leistung mangelhaft erbringt, dürfe keinen Vorteil daraus ziehen, dass der Gläubiger nicht Nachbesserung oder Nacherfüllung verlange.³³ Demgemäß müsse sich der Verkäufer die ersparten Mangelbeseitigungskosten auf den Kaufpreis anrechnen lassen; soweit er ihn schon erhalten habe, müsse er ihn nach § 812 BGB zurückzahlen. Umgekehrt bedeutet diese Argumentation, dass der Gläubiger nicht deshalb benachteiligt werden darf, weil er den Schuldner nicht in Verzug setzt.³⁴

²⁹ Artz in FS Blank, S. 5, 11

³⁰ MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 536a Rdn. 14; Erman/Jendrek (Fn. 4), § 536a Rdn. 13 und 20; Feldhahn in: Prütting/Wegen/Weinrich, BGB, § 536a Rdn. 9.

³¹ Dazu Derleder WuM 2006, 175, 180.

³² Lorenz NJW 2003, 1417 und NJW 2005, 1321; Katzenstein ZGS 2004, 144 und ZGS 2004, 300; Gsell ZIP 2005, 922, 925

³³ Braun ZGS 2004, 423, 430

³⁴ Ähnliches Mitgefühl mit dem Vermieter, der nach Rückgabe des unrenovierten Mietobjekts ohne vorherige Fristsetzung die vom Mieter geschuldeten Schönheitsreparaturen selbst durchführen lässt, findet sich nur ganz ausnahmsweise, z.B. OLG Koblenz NJW-RR 2000, 82 = ZMR 2000, 219; Bergerhoff ZMR 2001, 944.

Dem folgend müsste der Vermieter die ersparten Mangelbeseitigungskosten auf die Miete verrechnen bzw. die Miete in dieser Höhe zurückzahlen.³⁵

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs weist derartige Erwägungen zurück.³⁶ Er betont den Vorrang der Mangelbeseitigung durch den Verkäufer, den die Zuerkennung eines Anspruchs auf Ersatz der ersparten Aufwendungen unterlaufen würde. Auch wenn die Mietrechts- und die Schuldrechtsreform nicht aufeinander abgestimmt sind, sollte wegen des vorrangigen Vermieterrechts, den Mangel zu prüfen und selbst zu beseitigen, im Mietrecht nichts anderes gelten. Dieses Recht ist auch dann beeinträchtigt, wenn der Vermieter nur die von ihm ersparten (internen) Aufwendungen und nicht die möglicherweise höheren tatsächlichen (externen) Kosten des Mieters zu erstatten hat. Eine dem Vermieter günstige Beweislastverteilung gleicht die ihm entstehenden Nachteile der voreiligen Mangelbeseitigung durch den Mieter nicht aus.

2.4. Im Interesse des Mieters unaufschiebbare Mangelbeseitigung und Nichterreichbarkeit des Vermieters

Die gegenüber § 547 Abs. 1 BGB a.F. restriktive Fassung des § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. schafft ein Problem, das sich früher im Einzelfall mit einer großzügigen Auslegung der Notwendigkeit der Verwendung umgehen ließ. Nach der Neufassung muss die Gefahr der Mietsache drohen; das Wohlergehen des Mieters interessiert nicht. Dies zeigt anschaulich das Heizungsbeispiel, mit dem *Kandelhard*³⁷ argumentiert: Bei Außentemperaturen unter -10°C fällt die Heizung aus; es besteht die Gefahr, dass das Wasser in den Rohren gefriert. Um dies zu verhindern, lässt der Mieter, ohne zuvor mit dem Vermieter Kontakt aufzunehmen, die Heizung reparieren. Der Aufwendungsersatzanspruch gem. § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB steht außer Zweifel. Wird hingegen die Heizung bei Temperaturen knapp über dem Gefrierpunkt defekt, droht dem Mietobjekt keine Gefahr, aber dem frierenden Mieter und seiner Familie, die sich erkälten. Weniger dramatisch sind eine defekte Toilette oder der Ausfall der Warmwasserversorgung an einem Wochenende im Winter in einer von einer Familie mit kleinen Kindern genutzten Wohnung. Der Motorschaden eines gemieteten Kraftfahrzeugs bringt zwar die Disposition des Mieters, der sich auf Geschäfts- oder Urlaubsreise befindet, gründlich durcheinander; zur Vermeidung eines weitergehenden Schadens genügt die Stilllegung des Fahrzeugs. Ähnliche Probleme bereitet die Nichterreichbarkeit des Vermieters zu Zeiten, in denen er erreichbar sein müsste; ob der Mieter dann zu Nachforschungen verpflichtet ist,³⁸ ist zweifelhaft. Wenn der Mieter in derartigen Zwangslagen, die Heizung, den Warmwasserboiler oder

³⁵ So Artz FS Blank S. 5, 20

³⁶ BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348 = ZIP 2005, 861 = MDR 2005, 673; ebenso Arnold ZIP 2004, 2412, der ausdrücklich auf die Parallele zum Mietrecht verweist (S. 2415).

³⁷ Kandelhard (Fn. 4) § 536a Rdn. 16.

das Fahrzeug reparieren lässt, ohne den Vermieter zuvor zur Abhilfe aufzufordern, lässt sich nach dem Gesetzeswortlaut der Aufwendungsersatzanspruch nicht aus § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB herleiten; dem Ausweichen auf andere Anspruchsgrundlagen steht das vorrangige Nachbesserungsrecht des Vermieters entgegen.

Einige Autoren greifen in dieser Notlage auf die Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag zurück, obwohl sie dies wegen der Spezialregelung in § 536a Abs. 2 BGB im Grundsatz ablehnen.³⁹ Damit weichen sie das Verhältnis der konkurrierenden Ansprüche auf. Den besseren Ausweg bietet die Erweiterung des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, der seinem an dem früheren § 538 BGB a.F. angelehnten Wortlaut nach die modernen Abmilderungen des Vorrangs der Nacherfüllung nicht übernimmt. So verweisen sowohl § 440 Satz 1 BGB als auch § 637 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 323 Abs. 2 BGB, demzufolge die Fristsetzung unter besonderen Voraussetzungen entbehrlich ist. Ebenso verzichtet § 281 Abs. 2 BGB bei Vorliegen besonderer Umstände auf die Fristsetzung. Sowohl § 440 Satz 1 BGB als auch § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB erkennen an, dass für den Käufer oder Werkbesteller die Nachbesserung durch den Verkäufer oder Unternehmer unzumutbar sein kann. Der in diesen Vorschriften niedergelegte allgemeine Rechtsgedanke sollte auch im Rahmen des § 536a Abs. 2 Nr.1 BGB gelten.⁴⁰ Für die endgültige Erfüllungsverweigerung war dies ohnehin anerkannt.

3. Ersatz sonstiger Aufwendungen

Ansprüche nach §§ 677, 683 BGB sind gem. § 539 Abs. 1 BGB denkbar, soweit es nicht um den Ersatz der in § 536a Abs. 2 BGB erwähnten Aufwendungen geht. Um den Vermieter nicht zur Vergütung ihm aufgedrängter oder von ihm nicht gewollter Verwendungen zu verpflichten, sind strenge Anforderungen an die Feststellung des Interesses, des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Vermieters sowie des Fremdgeschäftsführungswillens des Mieters zu stellen. Insbesondere besteht keine Vermutung für einen dahingehenden Willen des Mieters. Bei einem langfristigen oder nach der Vorstellung des Mieters auf längere Zeit angelegten Mietverhältnis geht er in aller Regel davon aus, dass die Maßnahmen nur ihm zugute kommen.⁴¹ Im Zweifel ist ein Aufwendungsersatz des Mieters ausgeschlossen, wenn der Vermieter die Herstellung des früheren Zustandes verlangen kann.⁴² Der Vermieter, der darauf verzichtet, ge-

³⁸ AG Köln NJW 2007, 305.

³⁹ So Kandelhard (Fn. 4) § 536a Rdn. 16; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4) § 539 Rdn. 36; Derleder WuM 2006, 175, 179.

⁴⁰ Schmidt-Futterer/Eisenschmid (Fn. 23), § 536a Rdn. 120; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 36; im Ergebnis ebenso Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, Kap. 14 Rdn. 849, die auf die Erreichbarkeit des Vermieters abstellen. .

⁴¹ Vgl. RegE zum Mietrechtsmodernisierungsgesetz, NZM 2000, 415, 432.

⁴² BGH NJW 1974, 1463 = MDR 1974, 1014; Scheuer in: Bub/Treier (Fn. 4) V. Rdn. 409; Emmerich NZM 1998, 49, 53; a.A. Kandelhard (Fn. 4) § 539 Rdn. 30.

nehmigt damit nicht die Geschäftsführung des Mieters.⁴³ Mit dem Verzicht will er dem Mieter entgegenkommen, jedoch nicht gem. § 684 Satz 2 i.V.m. § 683 BGB eine eigene Verbindlichkeit begründen.

Bereicherungsansprüchen steht in tatsächlicher Hinsicht in aller Regel entgegen, dass der Vermieter bei laufendem Mietverhältnis durch die Investitionen des Mieters nicht bereichert ist, solange dieser das Mietobjekt bei gleich bleibender Miete nutzt.

4. Aufwendungsersatz nach einer vom Vermieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung

Die Partei, die durch ein von ihr zu vertretendes vertragswidriges Verhalten die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gem. § 543 BGB veranlasst, ist der Gegenseite gem. § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.⁴⁴ Als Folge der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses erwähnt § 314 Abs. 4 BGB ausdrücklich diesen Anspruch. Der zu ersetzende Schaden des Mieters besteht hauptsächlich in den Kosten, die ihm infolge der Aufgabe des Mietobjekts und der Beschaffung eines anderen Objekts entstehen, bei gewerblicher Vermietung ist Ersatz des entgangenen Gewinns nicht ausgeschlossen. Seit der Schuldrechtsreform erkennt § 284 BGB, der die von der Rechtsprechung entwickelte Rentabilitätsvermutung⁴⁵ umsetzt, als Schaden die Aufwendungen an, die die enttäuschte Vertragspartei im Vertrauen auf die Vertragserfüllung der Gegenseite machen durfte (frustrierte Aufwendungen). Ersatz dieser Schadensart ist auch im Mietrecht nicht ausgeschlossen, obwohl § 536a Abs. 1 BGB n.F. in der nachträglich der Terminologie des Schuldrechtsreformgesetzes angepassten Fassung dem Mieter nicht mehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern nur noch schlicht „Schadensersatz“ zubilligt.⁴⁶ Über § 282 BGB gelangt man jedenfalls zu § 284 BGB, weil dem Mieter, wie seine berechtigte außerordentliche Kündigung zeigt, die weitere Annahme der Leistung, d. h. die Fortsetzung des Mietgebrauchs nicht mehr zuzumuten ist.⁴⁷ Die frühere Beschränkung der Rentabilitätsvermutung auf die gewerbliche Nutzung⁴⁸ übernimmt § 284 BGB nicht. Auch der Wohnraummieter kann Ersatz der nutzlosen Aufwendungen verlangen, soweit er seine Investitionen nicht „abwohnen“ kann. In der Sondersituation der vom Vermieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung kann der Mieter somit Ersatz solcher Aufwendungen – anteilig nach dem Verhältnis der vorgesehenen Vertragslaufzeit zur tatsächlichen berechnet – verlangen, zu deren Vergü-

⁴³ Scheuer in Bub/Treier (Fn. 4), V. Rdn. 270; a.A. Kandelhard (Fn. 4) § 539 Rdn. 30.

⁴⁴ BGH NJW 1984, 2687 = ZIP 1984, 1107 = MDR 1985, 135 = ZMR 1984, 345; BGH NJW 1998, 372 = ZIP 1997, 2049 = ZfIR 1997, 726; BGH NZM 1998, 718; BGH NJW 2002, 3237 = MDR 2002, 1112.

⁴⁵ BGHZ 71, 234 = NJW 1978, 1805; BGH NJW 1988, 2664 = ZIP 1988, 1197 = ZMR 1988, 376; BGHZ 123, 96 = NJW 1993, 2527 = ZIP 1993, 1165 = MDR 1993, 1077; BGH NJW 2000, 2342 = NZM 2000, 496 = ZMR 2000, 590.

⁴⁶ In den nachträglichen terminologischen Änderungen erschöpft sich die Anpassung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts an das modernisierte Schuldrecht.

⁴⁷ Dazu Emmerich FS Blank S. 145.

⁴⁸ BGHZ 99, 182 = NJW 1987, 831 = ZIP 1987, 297 = MDR 1987, 399 = ZMR 1987, 138.

tung der Vermieter bei vertragsgemäßer Durchführung nicht verpflichtet wäre.⁴⁹ Typisches Beispiel für frustrierten Aufwand des Mieters ist die Herrichtung der Mieträume in den von ihm gewünschten Zustand, wobei er erwartet, dass ihm diese Aufwendungen, die der Vermieter bei vertragsgemäßigem Ablauf nicht zu vergüten hat, durch die Nutzung während der Vertragszeit zugute kommen.

5. Ausgleich der dem Vermieter nach vorzeitiger Vertragsbeendigung bleibenden Werterhöhung

Wenn der Mieter seinen Aufwand in der vereinbarten Vertragslaufzeit amortisieren kann, besteht kein Anlass, den Vermieter nachträglich auf Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen. Jedoch ist der Vermieter, der infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung das Nutzungsrecht zurückerlangt und in den Genuss werterhöhender Investitionen des Mieters gelangt, auf Kosten des Mieters „in sonstiger Weise“ gemäß § 812 BGB ungerechtfertigt bereichert.⁵⁰ Die Bereicherung besteht nicht in dem Zeitwert der Aufwendungen bei Rückgabe des Mietobjekts, schon gar nicht in deren Neuwert, sondern nur in der nach Rückgabe an den Vermieter bleibenden Erhöhung des Ertragswerts des Mietobjekts.⁵¹ Dieser Bereicherungsausgleich hängt nicht davon ab, wer die vorzeitige Vertragsbeendigung zu vertreten hat. Er ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vertragsparteien Aufwendungsersatzansprüche ausdrücklich wirksam ausgeschlossen haben, der Vermieter jedoch durch das nicht bedachte vorzeitige Vertragsende von den Investitionen des Mieters bei Weiterverwertung der zurückgegebenen Mietsache profitiert.

„Vorzeitig“ ist zweifelsfrei die Vertragsbeendigung vor dem vertraglich festgelegten Endtermin. Die namentlich bei der gewerblichen Vermietung häufige Beendigung eines auf längere Zeit geschlossenen Mietverhältnisses aufgrund einer auf einen Schriftformmangel gem. § 550 BGB gestützten ordentlichen Kündigung wirft die Frage auf, ob dieses Vertragsende vorzeitig ist. Streng juristisch betrachtet ist ein Vertragsende nach ordentlicher Kündigung nicht vorzeitig. Im Sinn des in § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB angesprochenen bezweckten Erfolgs - langfristiger Vertrag – sollte es jedoch auf die übereinstimmende Vorstellung beider Vertragsparteien, einen Mietvertrag mit festgelegter Laufzeit geschlossen zu haben, ankommen.

6. Verwendungen nach Vertragsende

⁴⁹ Zur Alternativität der Schadensarten Emmerich FS Blank S. 145, 149.

⁵⁰ BGH NJW 1967, 2255; BGHZ 111, 125 = NJW 1990, 1789 = ZMR 1990, 330; BGH JW-RR 1993, 522; BGH NJW-RR 2006, 294 = NZM 2006, 15 = MDR 2006, 505 = ZfIR 2006, 92 = ZMR 2006, 185.

⁵¹ BGH NJW 1967, 2255; BGHZ 111, 125 = NJW 1990, 1789 = ZMR 1990, 330; BGH NJW-RR 1993, 522; BGH NJW-RR 2006, 294 (Fn. 50)

Der Vollständigkeit halber sollen Verwendungen, die der Mieter nach Vertragsende auf die Mietsache macht, nicht unerwähnt bleiben. Von dem schlichten Rückgabeverzug ohne weitere Komplikationen abgesehen, kommt dies insbesondere in drei Konstellationen vor:

- Der Mieter bestreitet das Vertragsende, z.B. die Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung gem. § 543 BGB, und verweigert die Rückgabe.⁵²
- Der Vermieter oder das Gericht bewilligt eine Räumungsfrist.
- Bei vertraglichem Ausschluss der stillschweigenden Vertragsverlängerung gem. § 545 BGB vergessen der Eigentümer als Vermieter und der Mieter das vertraglich bestimmte Vertragsende und gehen vom Fortbestehen des Mietverhältnisses aus.

6.1. Ausweichansprüche mangels vertraglicher Grundlage

Nicht zu erörtern ist hier die alte Streitfrage, ob bei Identität von Eigentümer und Vermieter in der Abwicklungsphase nach Beendigung des Mietverhältnisses, in der der Mieter nicht mehr besitzberechtigt ist, die Regeln zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff BGB) eingreifen.⁵³ Bei Anwendung dieser Vorschriften bestimmt sich der Ersatz notwendiger Verwendungen nach § 994 BGB, nützlicher nach § 996 BGB, wobei die Rechtsfolgen davon anhängen, ob der Mieter hinsichtlich seines fortbestehenden Besitzrechts gutgläubig oder bösgläubig ist. Leer geht der bösgläubige Mieter aus, der nicht i. S. d. § 994 BGB notwendige Verwendungen macht. Ersatz notwendiger Verwendungen kann der redlich an sein fortbestehendes Besitzrecht glaubende Mieter verlangen; dem insoweit unredlichen Mieter steht ohne Ausweichen auf den Bereicherungsausgleich Verwendungsersatz nur zu, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sind. Letzteres wird nur ausnahmsweise der Fall sein, denn nach Vertragsende ist der Vermieter nicht mehr Gewährleistungspflichtig, so dass selbst vernünftige Maßnahmen zur Mängelbeseitigung nicht in seinem Interesse liegen; dies dürfte nur bei unaufschiebbaren Maßnahmen zur Gefahrenabwehr der Fall sein.

Da nach Bewilligung einer Räumungsfrist gem. § 721 ZPO der Mieter die Wohnung nicht (mehr) unberechtigt besitzt, sind in dieser Phase die Regeln zum Eigentümer-Besitzerverhältnis nicht anzuwenden.⁵⁴ Wer generell diese Regeln für die Zeit nach Vertragsende nicht für einschlägig hält, weicht auf die Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag und/oder das Bereicherungsrecht („Bereicherung in sonstiger Weise“) aus, die nicht danach unterscheiden, ob der Mieter hinsichtlich seines fortbestehenden Mietrechts gut- oder bösgläubig ist.

⁵² Dazu Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 67

⁵³ Dazu BGH NJW-RR 2000, 895= NZM 2000, 566.

⁵⁴ Vgl. LG Berlin GE 1994, 707; a.A. Herrlein in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., Teil 4, Rdn. 25, der § 994 BGB nicht ausschließt.

6.2. Widersprüche zum Ersatz der Aufwendungen während der Vertragszeit

Die Anwendung der §§ 994, 996 sowie der §§ 683, 812 BGB bringen Wertungswidersprüche im Vergleich zum Ersatz von Mangelbeseitigungskosten während des Mietverhältnisses mit sich:

Der Begriff der Notwendigkeit i. S. d. § 994 BGB ist nicht so restriktiv wie in § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB. So ist beispielsweise die Reparatur einer defekten Heizung unabhängig von der Jahreszeit im Sinn des § 994 BGB notwendig.⁵⁵ Der gutgläubig besitzende frühere Mieter, der den Vermieter nicht vorher zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat, kann also ohne vorangehendes Abhilfeverlangen Ersatz seiner i.S.d. § 994 BGB notwendigen Aufwendungen verlangen, obwohl diese nicht zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Mietsache erforderlich sind. Das Negieren des nach Vertragsende fortbestehenden Rechts des Vermieters, den Mangel selbst zu beseitigen, schadet dem Mieter nicht.

Für den Vermieter weniger gefährlich ist der Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, denn deren tatbestandliche Voraussetzungen werden in aller Regel nicht erfüllt sein. Allerdings ist er in Höhe der ersparten Aufwendungen bereichert, wenn er den Mangel vor Weitervermietung behoben hätte, was in aller Regel anzunehmen ist. Wer § 994 Abs. 2 BGB nicht anwendet, muss sogar dem während des Rückgabeverzuges eigenmächtig handelnden Mieter einen finanziellen Ausgleich zubilligen.

Die Besserstellung des Mieters, der nach Vertragsende Verwendungen auf die Mietsache macht, gegenüber dem, der dies während des laufenden Vertrages tut, ist nicht begründbar. Dass der Mieter, der nach Vertragsende ohne vorherige Abhilfeaufforderung zumindest einen Ausgleich in Höhe der ersparten Aufwendungen des Vermieters erlangen kann, könnte als Argument dafür dienen, auch dem Mieter, der dies während der Vertragslaufzeit tut, zumindest denselben finanziellen Ausgleich zuzubilligen. Vorzuziehen ist allerdings der umgekehrte Schluss, dass der Mieter, der nach Vertragsende ohne vorheriges Abhilfeverlangen einen Mangel beseitigt, nicht besser stehen darf als derjenige, der während der Vertragslaufzeit eigenmächtig handelt.

II. Passivlegitimation nach Vermieterwechsel

Nach Auffassung des BGH⁵⁶, der das Schrifttum weitgehend folgt,⁵⁷ entsteht bei Veräußerung des Mietgrundstücks unter den Voraussetzungen des § 566 BGB, d. h. insbesondere bei Identität zwischen Ver-

⁵⁵ BGH NJW-RR 1996, 336.

⁵⁶ BGH NJW 2000, 2346 = NZM 2000, 711 = MDR 2000, 947 = ZMR 2000, 595; BGH NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = ZMR 2005, 354.

mieter, mit dem Eigentumsübergang ein neues Mietverhältnis zwischen Mieter und Erwerber, allerdings mit dem Inhalt des Vertrages zwischen Veräußerer und Mieter. Die Gegenmeinung begreift den Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis als gesetzlich angeordnete Vertragsübernahme⁵⁸ mit der Folge, dass das Mietverhältnis dasselbe bleibt. Nach beiden Auffassungen tritt der Erwerber, so der Gesetzeswortlaut, nur „in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein“. Vorher fällig gewordene Ansprüche, z. B. offene Mietforderungen verbleiben bei dem bisherigen Vermieter; für Mietrückstände z. B. liegt dies auf der Hand. Umgekehrt richten sich zuvor fällig gewordene Ansprüche des Mieters weiterhin gegen den Veräußerer.⁵⁹ Als Dauerverpflichtung trifft die Pflicht, dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch zu gewähren, ggf. also einen Mangel zu beseitigen, den Erwerber in gleicher Weise wie zuvor den Veräußerer, ohne dass der Erwerber einwenden kann, das Mietobjekt sei schon bei seinem Eintritt in das Mietverhältnis mangelhaft gewesen.

Am Modell des § 566 BGB ausgerichtet ordnet § 565 BGB bei der gewerblichen Zwischenvermietung von Wohnraum ebenfalls den Eintritt eines anderen – entweder des Hauptvermieters (§ 565 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder eines anderen Zwischenvermieters (§ 565 Abs. 1 Satz 2 BGB) - an Stelle des bisherigen Zwischenvermieters in das (Unter)Mietverhältnis an. Allerdings tritt nach dem Gesetzeswortlaut der neue Vermieter schlechterdings ohne Begrenzung auf die Zeit seiner Vermieterstellung in das Mietverhältnis ein, so dass eine Zäsur, die die Aufteilung der Passivlegitimation erleichtert, nicht aus dem Gesetz abzuleiten ist. Nicht überraschend ist daher der Streit, ob der Wohnungsinhaber wegen seiner vor dem Vermieterwechsel entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche nur den ersten Vermieter in Anspruch nehmen kann⁶⁰ oder ob alle Verbindlichkeiten auf den Hauptvermieter bzw. neuen Zwischenvermieter übergehen.⁶¹ Der Wortlaut des § 565 BGB – insbesondere der Unterschied zu § 566 Abs. 1 BGB – und der Schutz des Endmieters, dem die rechtliche Abstufung der Mietverhältnisse nicht zum Nachteil gereichen soll, sprechen für die zweite Alternative.

1. Wegnahmerecht und Sekundäransprüche

1.1. Eintritt des Grundstückserwerbers in das Miet- oder Abwicklungsverhältnis

⁵⁷ Staudinger/Emmerich (Fn.4), § 566 Rdn. 37 ; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4) § 539 Rdn. 40; MünchKomm-Häublein, BGB, 4. Aufl., § 566 Rdn. 23; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 566 Rd. 17.

⁵⁸ Derleder/Bartels JZ 1997, 981, 983; Weitemeyer FS Blank S. 445, 453.

⁵⁹ BGH NJW 2004, 851 = NZM 2004, 188 = ZMR 2004, 250; BGH NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = ZMR 2005, 354.

⁶⁰ MünchKomm-Häublein (Fn. 57) § 565 Rdn. 15; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 565 Rd. 25; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 565 Rdn. 5; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 565 Rd. 10; Börstinghaus NZM 2004, 481, 489.

⁶¹ So Stornel, Mietrecht aktuell, 3. Aufl. A.15; Palandt/Weidenkaff (Fn. 4), § 565 Rdn. 5; Kraemer in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. Rdn. 1033c; Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 539 Rdn. 35; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 539 Rdn. 18; Gramlich in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VI. Rdn. 28; Derleder/Bartels JZ 1997, 981, 982; Wolf/Eckert/Ball (Fn. 4) Rdn. 1268; unentschieden: Riecke (Fn. 21), § 565 Rdn. 6.

Dass sich das primäre Wegnahmerecht nur gegen denjenigen richten kann, der bei Beendigung des Mietverhältnisses Vermieter ist, liegt auf der Hand, wenn das Mietverhältnis nach dem Vermieterwechsel endet,⁶² denn man kann dem Mieter nicht ansinnen, vorsorglich wegzunehmen, solange der Veräußerer noch Vermieter ist. Bei fortdauerndem Besitz des früheren Mieters trotz Vertragsbeendigung vor der Veräußerung ist dies nicht so eindeutig, weil vertragliche Bindungen zwischen dem Mieter und dem Grundstückserwerber nicht mehr entstehen. Dessen Passivlegitimation lässt sich indessen mit der dinglichen Natur des Wegnahmerechts⁶³ sowie mit der Erwägung begründen, dass ihm der vertragliche Rückgabeanspruch zusteht.⁶⁴ Der Erwerber wird dem Duldungsanspruch auch nicht sein gutgläubig erworbenes Eigentum entgegenhalten können, wenn bei Übereignung des Grundstücks der Mieter Besitzer der ihm gehörenden Einrichtung war.

Umstritten ist, ob der Erwerber nach Rückgabe des Mietobjekts an den Veräußerer gem. § 258 BGB die Wegnahme dulden muss. Da Erwerber und Mieter vertraglich nicht verbunden sind, kann der Mietvertrag nicht Grundlage des Duldungsanspruchs sein.⁶⁵ Diese Auffassung widerspricht nicht dem mit § 566 BGB bezweckten Schutz des Mieters, denn dieser ist nach Beendigung des Mietvertrages nicht mehr gerechtfertigt. Auch der Hinweis auf den dinglichen Charakter des Wegnahmerechts hilft dem Mieter nicht, weil der Erwerber nach Besitzaufgabe des Mieters nicht damit zu rechnen braucht, dass die mit dem Mietobjekt verbundene Einrichtung nicht dem Veräußerer gehört und das Mietgrundstück noch mit einem Wegnahmerecht belastet ist. Der Mieter muss hinnehmen, dass er es versäumt hat, sein Wegnahmerecht vor Rückgabe auszuüben.

Die Passivlegitimation hinsichtlich der Sekundäransprüche bereitet wenig Probleme: Wer als Duldungspflichtiger die Wegnahme verhindert hat, schuldet Schadensersatz oder einen etwaigen Bereicherungsausgleich. Ob der Erwerber in die Vereinbarung des Veräußerers mit dem Mieter, dass dieser gegen finanzielle Abfindung bei Vertragsende die eingebrachten Einrichtungen im Mietobjekt belässt, eintritt, ist zweifelhaft, wenn das Mietverhältnis nach dem Eigentumswechsel endet. Die Antwort hängt davon ab, ob man diese Vereinbarung zur Vertragsabwicklung als in unlösbarem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis stehend begreift. Die Rechte des Mieters dürften hinreichend gewahrt sein, wenn er entweder die Einrichtung wegnehmen oder den Veräußerer auf Zahlung der Abfindung in Anspruch nehmen kann.

⁶² BGH NJW 1991, 3031, 3033 = MDR 1992, 237 = ZMR 1991, 369; Derleder WuM 2006, 175, 178; Scheuer in Bub/Treier, V. Rdn. 257; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 80.

⁶³ So Derleder WuM 2006, 175, 178.

⁶⁴ BGHZ 72, 147 = NJW 1978, 2148 = MDR 1979, 134 = ZMR 1979, 78; BGH NJW 1991, 3031, 3033 = MDR 1992, 237 = ZMR 1991, 369; MünchKomm-Schilling (Fn. 4) Rdn. 16; Scheuer (Fn. 21), V. Rdn. 257; a.A. Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 80.

⁶⁵ Schmidt-Futterer/Langenberg, § 539 Rdn. 80; Scheuer (Fn. 21), V. Rdn. 258; Pietz/Leo (Fn. 4), Kap. 16 Rdn. 274.; a.A. Staudinger/Emmerich (Fn. 4) § 539 Rdn. 35.

1.2. Vermieterwechsel bei der gewerblichen Zwischenvermietung

Wesentlicher Unterschied zum Eintritt des Grundstückserwerbers ist die Tatsache, dass der Eigentümer der vermieteten Wohnung, mit der der Endmieter die Einrichtung verbunden hat, derselbe bleibt. Daher besteht kein Grund, aus dem Ausscheiden oder dem Austausch des Zwischenvermieters Konsequenzen für das Wegnahmerecht und die Duldungsverpflichtung abzuleiten. Vorrangig bleibt zudem der Zweck des § 565 BGB, den Wohnungsinhaber gegen die besonderen mit diesem mehrstufigen Mietverhältnis verbundenen rechtlichen Risiken abzusichern; dieser Schutz sollte die Abwicklungsphase nach Beendigung des Endmietverhältnisses nicht ausnehmen.

2. Aufwendungsersatzansprüche

2.1. Eintritt des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis

Wenn nach der Vereinbarung der ursprünglichen Mietvertragsparteien der Anspruch des Mieters erst mit der Vertragsbeendigung entsteht, bleibt, so der BGH,⁶⁶ die Rechtsposition des Mieters, die er mit Vertragsschluss erlangt hat, in der Weise erhalten, dass er den Erwerber als neuen Vermieter in Anspruch nehmen kann. Im Übrigen ist jedenfalls zu dem Vermieterwechsel gem. § 566 BGB nahezu unumstritten, dass derjenige passivlegitimiert ist, der zur Zeit der Aufwendungen und bei Entstehung des Ersatzanspruchs — Vermieter war.⁶⁷ Der Anspruch entsteht nämlich schon mit Abschluss der Maßnahme, wird auch fällig und der Mieter kann ihn gegen den Vermieter geltend machen.⁶⁸ In dem hierzu stets zitierten Urteil vom 19. 3. 1965⁶⁹ hat der BGH sich allerdings nicht zur Passivlegitimation geäußert; es besagt nur etwas zur Verjährung. Eher beiläufig schloss sich der BGH im Urteil vom 12. 6. 1991 der herrschenden Auffassung an.⁷⁰

Von der in § 566 Abs. 1 BGB bestimmten Zäsur ausgehend lassen sich Verzugslagen, die vor dem Eintritt des neuen Vermieters in das Mietverhältnis entstanden sind und danach fortbestehen, unschwer lösen: Hat der Mieter dem Veräußerer eine Abhilfefrist gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB gesetzt, so wirkt die Verzugslage nach Eintritt des Erwerbers gegen ihn. Der Mieter, der danach den Mangel behebt, kann den Erwerber auf Aufwendungsersatz in Anspruch nehmen, ohne den Erwerber erneut zur Abhilfe aufgefordert zu haben.⁷¹ Auch bei Ablauf der Abhilfefrist vor dem Eigentumswechsel ist nicht das Fristende das

⁶⁶ BGH NJW 1988, 705 = MDR 1988, 226 = ZMR 1988, 20.

⁶⁷ Auch Picker, NJW 1982, 8, der als Kritiker dieser Auffassung zitiert wird, räumt ein, dass der Mieter einen entstandenen und fälligen Verwendungsersatzanspruch nicht gegen den Erwerber geltend machen kann.

⁶⁸ BGH NJW 1988, 705 = MDR 1988, 226 = ZMR 1988, 20.

⁶⁹ NJW 1965, 1225 = ZMR 1965, 383.

⁷⁰ BGH NJW 1991, 3031, 3033 = MDR 1992, 237 = ZMR 1991, 369, ebenfalls unter Hinweis auf BGH NJW 1965, 1225.

⁷¹ BGH NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = ZMR 2005, 354, zum Schadensersatzanspruch nach § 536a Abs. 1 BGB.

maßgebliche Ereignis, sondern das Tätigwerden des Mieters. Wenn er erst nach dem Eigentumswechsel den Mangel behebt, haftet ihm der Erwerber.

2.2. Vermieterwechsel bei der gewerblichen Zwischenvermietung von Wohnraum

Bei Annahme des zeitlich unbegrenzten Eintritts des Wohnungseigentümers oder neuen Zwischenvermieters in die Vermieterpflichten⁷² steht außer Zweifel, dass der neue Vermieter auch die vor seinem Eintritt begründeten berechtigten Aufwendungsersatzansprüche des Endmieters zu erfüllen hat, während dies bei Aufteilung der Passivlegitimation nach dem Zeitpunkt des Entstehens der Verbindlichkeit zweifelhaft ist.⁷³

Soweit der Endnutzer Ansprüche auf Ersatz sonstiger Aufwendungen nach § 683 BGB erhebt, ist nicht ausgeschlossen, dass er ein Geschäft des Wohnungseigentümers geführt hat. Auch ein Bereicherungsanspruch gegen den Hauptvermieter ist denkbar, soweit dieser Aufwendungen erspart hat, zu denen er verpflichtet gewesen wäre. Hiervon ausgehend wäre es unbefriedigend, wenn der Wohnungsinhaber den vertraglichen Anspruch gem. § 536a Abs. 2 BGB nur gegen denjenigen geltend machen könnte, der bei Entstehen des Anspruchs Vermieter war. Vielmehr muss sich der Wohnungseigentümer generell daran festhalten lassen, dass die Aufwendungen des Mieters seinem Eigentum zugute kommen und dass er das Risiko der Insolvenz des von ihm ausgewählten Zwischenvermieters trägt, der nicht mit dem Wert seiner Immobilie haftet. In der Praxis ist dessen Zahlungsverzug die häufigste Ursache für sein Ausscheiden aus der Vertragskette. Ohne Übergang des Aufwendungsersatzanspruchs auf den neuen Vermieter könnte im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zwischenvermieters der Wohnungsinhaber seine Aufwendungsersatzansprüche, etwa einen gem. § 536a Abs. 2 BGB berechtigten Anspruch, nach § 108 Abs. 2 InsO nur als Insolvenzforderung geltend machen, während dem Wohnungseigentümer die Vorteile seiner Reparaturmaßnahme in Form der ungeminderten Miete zufließen.

3. Bereicherungsanspruch auf Ausgleich werterhöhender Investitionen

Passivlegitimiert ist der Erwerber, der nach vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses von der durch den Mieter geschaffenen Werterhöhung profitiert.⁷⁴ Beim ersten Hinsehen ist man überrascht, weil man an die zeitliche Zäsur gem. § 566 Abs. 1 BGB denkt. Diese Zäsur ist jedoch irrelevant: Ohne dem Nutzungsrecht des Mieters dinglichen Charakter beizumessen, ist jedenfalls das Mietverhältnis, in das der Erwerber kraft Gesetzes eintritt, eine die eigene Disposition einschränkende Last, die einen höheren Ertrag als den bisherigen ausschließt. Da diese Last vorzeitig entfällt und er das Mietobjekt mit dem erhöh-

⁷² Oben Fn. 61.

⁷³ Oben Fn. 60.

ten Ertragswert weiterverwerten kann, kann er nicht einwenden, das Grundstück mit den werterhöhenden Investitionen des Mieters bezahlt zu haben.

III. Verjährung

Es besteht Einigkeit, dass § 548 Abs. 2 BGB das rechtliche Ende meint, also den vertraglichen Endtermin oder den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Kündigung, mag der Mieter diese auch für unberechtigt halten. Die Verjährungsfrist übereinstimmend mit § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB sechs Monate nach „Zurückhalten“ enden zu lassen, würde dem Mieter, der vertragswidrig die Rückgabe verzögert, Vorteile verschaffen. Im Extremfall verjähren folglich die in § 548 Abs. 2 BGB genannten Mieteransprüche bei Abbedingung der stillschweigenden Vertragsverlängerung gem. § 545 BGB auch dann sechs Monate nach dem rechtlichen Vertragsende, wenn beide Parteien dieses vergessen haben.

Dem Mieter, der die Mietsache nicht zurückgibt, weil er das Vertragsende in Abrede stellt, ist zu raten, zur Hemmung der Verjährung gem. § 204 BGB zumindest Feststellungsklage zu erheben.

1. Wegnahmerecht und daraus abgeleitete Ansprüche

a) Keine Verjährung des Wegnahmerechts

Das Wegnahmerecht ist kein Anspruch i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB. Folgerichtig erwähnt § 548 Abs. 2 BGB nur den Anspruch auf Gestattung der Wegnahme. Das Wegnahmerecht verjährt nicht.⁷⁵ Auch wenn der Mieter mehr als sechs Monate nach Vertragsende auszieht, kann der Vermieter die Wegnahme vor Rückgabe des Mietobjekts nicht mit der Verjährungseinrede verhindern.⁷⁶

b) Verjährung der Sekundäransprüche

Der Anspruch auf Duldung oder Gestattung der Wegnahme unterliegt der Verjährung gem. § 548 Abs. 2 BGB,⁷⁷ ohne dass es darauf ankommt, dass er erst mit der Umwandlung gem. § 258 Satz 1 BGB, also nicht vor Rückgabe des Mietobjekts entstehen kann, ggf. zu einem Zeitpunkt, zu dem er schon verjährt war. Der Vermieter braucht daher die Wegnahme nicht mehr zu dulden, wenn der Mieter das Mietobjekt später als sechs Monate nach Vertragsende zurückgibt, ohne zuvor seine Einrichtungen weggenommen zu haben. Andererseits kann der Mieter, der die Mietsache geraume Zeit vor Vertragsende zurückgegeben hat, den Vermieter noch lange Zeit, insbesondere nach Weitervermietung, mit dem Verlangen überraschen, seine Einrichtungen wegzunehmen. Die Verjährung wirkt sachenrechtlich. Dem Mieter gegenüber

⁷⁴ BGH NZM 2006, 15 = MDR 2006, 505 = ZMR 2006, 185 = ZfIR 2006, 92.

⁷⁵ Heitgreß WuM 1982, 31; a.A. MünchKomm-Schilling (Fn. 4) Rdn. 16; Pietz/Leo (Fn. 4), Kap. 16 Rdn. 277.

⁷⁶ Kandelhard (Fn. 4) § 539 Rdn. 36.

⁷⁷ OLG Bamberg NJW-RR 2004, 227; MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 548 Rdn. 22;

bleibt der Vermieter auf Dauer zum Besitz und zur Nutzung der Einrichtung berechtigt, schuldet ihm also weder den Ausgleich des Sachwerts noch Abgeltung der Nutzungen.⁷⁸

Ob der Anspruch des Mieters auf Schadensersatz wegen Vereitelung der Wegnahme ebenfalls in sechs Monaten nach Vertragsende verjährt, ist umstritten. Nach Ansicht des OLG Hamm⁷⁹ soll die Verjährungsfrist erst mit Eintritt des Schadens beginnen, weil andernfalls der Anspruch verjährt sein kann, bevor ein Schaden entstanden ist. Auch galt nach früherem Recht zu § 558 Abs. 1 BGB a.F., der die Ersatzansprüche des Vermieters betraf, dass die sechsmonatige Verjährungsfrist ohne Anrechnung der zuvor abgelaufenen Frist nicht vor Entstehung des Anspruchs, insbesondere des Schadensersatzanspruchs gem. § 326 BGB a.F. laufe.⁸⁰ Die Neufassung des § 548 BGB ist jedoch Ausnahmenvorschrift zu den Verjährungsregeln im Allgemeinen Teil des BGB.⁸¹ Der Sinn der abgekürzten Verjährung ist die zeitnahe Erledigung der Ansprüche zwischen Vermieter und Mieter, ohne dass es auf die rechtliche Entstehung des Mieteranspruchs in den sechs Monaten nach Vertragsende ankommt. Daher verjähren der Schadensersatzanspruch des Mieters gem. § 548 Abs. 2 BGB.⁸² Dies gilt auch für den Bereicherungsanspruch (oben I., 1.2., d) sowie den auf Parteivereinbarung beruhenden Abfindungsanspruch.⁸³ Einigen sich Mieter und Vermieter am letzten Tag der Sechsmonatsfrist auf den Verzicht auf die Wegnahme gegen Ausgleichszahlung, so ist der Zahlungsanspruch am nächsten Tag verjährt, sofern die Verjährung nicht zuvor nach § 203 BGB gehemmt war. Zur Vermeidung einer unbilligen Härte wird zu überlegen sein, ob eine solche Vereinbarung kurz vor Eintritt der Verjährung einen befristeten stillschweigenden Verzicht auf die Einrede einschließt.

c) Hemmung der Verjährung

Aufwendungsersatz- und aus dem Wegnahmerecht abgeleitete Ansprüche sind nicht nur materiellrechtlich verschieden. Die daraus hergeleiteten Ansprüche beruhen auf verschiedenen Sachverhalten und stellen unterschiedliche Streitgegenstände dar, so dass die prozessuale Verfolgung des einen Anspruchs nicht nach § 204 BGB die Verjährung des anderen hemmt.

⁷⁸ BGHZ 81, 146 (Fn. 2); BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 286 (a.A. Jörn Eckert MDR 1989, 135). Hingegen kann der Sicherungseigentümer der Einrichtung Nutzungsherausgabe nach den Regeln zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis verlangen, BGH NJW 2007, 216. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 734 = NZM 2004, 260 = ZMR 2004, 260 = ZMR 1987, 328, soll der Rechtsverlust des Mieters nicht von der ausdrücklichen Verjährungseinrede abhängen.

⁷⁹ OLG Hamm WuM 1986, 280; ebenso Schmidt-Futterer/Gather § 548 Rdn. 64; ferner Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 548 Rdn. 17 (Verjährungsbeginn mit Rückgabe).

⁸⁰ BGHZ 107, 179 = NJW-RR 1989, 1039 = ZIP 1989, 711 = ZMR 1989, 293; BGH NJW 1998, 1303 = ZIP 1998, 428 = ZfIR 1998, 288; BGH NZM 2004, 583 = MDR 2004, 1050 = ZMR 2004, 800.

⁸¹ So jedenfalls der BGH zu § 548 Abs 1 BGB: NJW 2005, 739 = NZM 2005, 176 = ZMR 2005, 291; BGH NZM 2005, 935.

⁸² Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 548 Rdn. 36; MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 548 Rdn. 22; Gramlich (Fn. 61), VI. Rdn. 24.

Unter Geltung des früheren Verjährungsrechts entschied der BGH, die Geltendmachung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts an den Einrichtungen hemme nicht die Verjährung.⁸⁴ Er stützte sich auf § 202 Abs. 2 BGB a.F., der die Hemmung infolge der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausschloss. Die Einrede des Vermieters, nicht zur Duldung der Wegnahme verpflichtet zu sein, so die damalige Begründung, sei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ähnlich. Die neuen Vorschriften zur Hemmung der Verjährung (§§ 203 ff BGB) sehen nur in § 205 BGB n.F. eine Verjährungshemmung auf Grund eines vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts, aber keinen der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts vergleichbaren Hemmungstatbestand vor. Dass diese den Ablauf der Verjährungsfrist nicht hemmt, belastet den Mieter nicht unangemessen, denn er kann die gesicherte Forderung des Vermieters erfüllen oder ihm eine andere gleichwertige Sicherheit anbieten.

Ebensowenig hemmt die Weigerung des Vermieters, nach Rückgabe der Mietsache die Wegnahme ohne vorherige Sicherungsleistung zu dulden (§ 258 Abs. 2, 2. Halbsatz BGB) die Verjährung. Hingegen sind Verhandlungen über eine Abfindung bei Zurücklassen der Einrichtungen im Mietobjekt geeignet, gem. § 203 BGB zu hemmen.

2. Ansprüche auf Aufwendungsersatz

Nach der Neuregelung in § 548 Abs. 2 BGB verjähren die Ansprüche des Mieters auf Ersatz der Aufwendungen in sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses. Davon erfasst werden die Notmaßnahmen gem. § 536 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die Mangelbeseitigung gem. § 538 Abs. 2 Nr. 2 BGB und auch sonstige Aufwendungen auf die Mietsache ohne Rücksicht auf die gesetzliche Grundlage (z.B. §§ 683, 812 BGB),⁸⁵ ebenso vereinbarte Aufwendungsersatzansprüche.⁸⁶ Auch der hier abgelehnte Anspruch auf Erstattung ersparter Aufwendungen (oben I., 2., 2.3., c) würde gem. § 548 Abs. 2 BGB verjähren, weil er letztlich durch die Aufwendungen des Mieters ausgelöst wurde. Der Mieter, der trotz Vertragsendes das Mietobjekt sechs Monate lang nicht zurückgibt, läuft Gefahr, berechnete Ansprüche zu verlieren.

2.1. Konkurrenz der Verjährung gem. § 548 Abs. 2 BGB mit der regelmäßigen Verjährung

Mangels entgegenstehender Absprache entstehen die Ersatzansprüche mit Vornahme der Aufwendungen.⁸⁷ In der Praxis macht der Mieter sie häufig Jahre später geltend, etwa durch Aufrechnung gegen Mietrückstände oder in der Abwicklungsphase, wenn es darum geht, Vermieteransprüche abzuwehren. Dies veranlasste den BGH zu der Mahnung, Aufwendungsersatzansprüche nicht nach „ungebührlich“

⁸³ BGH NJW 1974, 743 = MDR 1974, 838 = ZMR 1974, 382.

⁸⁴ BGHZ 101, 37 = NJW 1987, 2861 = ZMR 1987, 371, zum früheren Verjährungsrecht (§ 202 BGB a.F.)

⁸⁵ BGH NJW 1974, 743 = MDR 1974, 838 ZMR 1974, 382; BGHZ 108, 256 = NJW 1989, 2745 = ZMR 1989, 371.

⁸⁶ Sogar der Anspruch, den Untermieter und Hauptvermieter ausgehandelt haben, BGH NJW 1986, 254 = ZMR 1986, 10.

langer Zeit geltend zu machen, andernfalls seien sie verwirkt.⁸⁸ Kaum ein Autor versäumt, dem ausdrücklich beizupflichten.⁸⁹ Die Zustimmung fällt nicht schwer, denn der Vermieter braucht nicht damit zu rechnen, mit einem Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen überzogen zu werden, die etliche Jahre zurückliegen.

Erforderlich wurde der Rückgriff auf die Verwirkung wegen der bis zum Jahr 2002 geltenden regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 195 BGB a.F.), die in aller Regel während der Vertragszeit nicht ablief. Ein Urteil des OLG Celle⁹⁰ zeigt, dass derartiges doch vorkommen kann; in dem ihm vorliegenden Fall verlangte der Mieter im Jahr 1960 Ersatz von Verwendungen, die seine Rechtsvorgänger in den Jahren 1903 und 1928, also vor mehr als dreißig bzw. fünfzig Jahren vorgenommen hatten. Damit stellte sich die Frage, ob der Anspruch nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist verjähren konnte. Es ist zuzugeben, dass diese kaum vorstellbare Konstellation nicht geeignet war, Gesetzgebungsbedarf zu begründen. Trotzdem hatten die Väter des BGB das Zusammentreffen der regelmäßigen und der kurzen Verjährungsfrist bedacht und erwogen, an § 558 Abs. 1 BGB a.F. folgenden Absatz anzuschließen:
„Die Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruch entstanden ist, wenn nicht der Anspruch gem. Abs. 1 bereits früher verjährt ist.“

Dieser nicht Gesetz gewordene Absatz sollte klar stellen, dass § 558 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist abkürzen sollte. Letztlich sah die Kommission keinen Regelungsbedarf. Es könne nur ganz ausnahmsweise vorkommen, so die Begründung, dass die Verjährung nach den Sonderregeln über die kurze Verjährung noch weiterlaufe, während sie nach der dreißigjährigen regelmäßigen Frist schon abgelaufen sei. Dies setze ein dreißigjähriges Mietverhältnis voraus, so dass die vorgesehene Bestimmung nur äußerst selten praktische Bedeutung erlange.⁹¹ Ungeachtet der von ihm bedachten Gesetzesmaterialien sprach sich das OLG Celle in dem zitierten Urteil vom 8. 6. 1962⁹² für die regelmäßige Verjährung während der Laufzeit des Mietvertrages aus und begründete dies mit der Erwägung, § 558 BGB a.F. besage nur etwas zum Beginn der abgekürzten Frist, aber nichts zur konkurrierenden regelmäßigen Verjährung; die Ausnahme von der regelmäßigen Verjährung bedürfte der ausdrücklichen gesetzlichen Klarstellung. Gramlich⁹³ sah in Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Aufklärung lang zurückliegender Sachverhalte keinen Grund, den Verwendungsersatzanspruch des Mieters von der dreißigjährigen regelmäßigen Ver-

⁸⁷ BGH, Urt. v. 14. 10. 1987 – VIII ZR 246/86, NJW 1988, 705 = ZMR 1990, 20.

⁸⁸ BGH NJW 1959, 1629 = MDR 1959, 754.

⁸⁹ Stornel (Fn. 14), II. Rdn. 607; MünchKomm-Voelskow, BGB, 3. Aufl., § 547a Rdn. 12; Soergel/Heintzmann (Fn. 14) § 558 Rdn. 20; MünchKomm-Schilling, § 539 Rdn. 9; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536a Rdn. 153; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 4), § 539 Rdn. 69; Pietz/Leo (Fn. 4), Kap. 16 Rdn. 246; Riecke (Fn. 21), § 548 Rdn. 17.

⁹⁰ OLG Celle NJW 1962, 1918.

⁹¹ Protokolle, Bd. II. S. 177; Mugdan, Bd. II, S. 841.

⁹² NJW 1962, 1918.

jähung auszunehmen. Die überwiegende Auffassung, die Verjährung beginne erst mit Vertragsende,⁹⁴ war von dem Ausnahmefall des OLG Celle abgesehen, ohne praktische Relevanz, zumal sie ohnehin auf die Verwirkung auswich.

Nunmehr beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB nur noch drei Jahre; die Mehrzahl der Immobilienmietverhältnisse – sei es über Wohnraum oder gewerblich genutzte Räume und Grundstücke – dauert länger als drei Jahre. Nach überwiegender Ansicht ist § 548 BGB weiterhin Sonderregelung gegenüber den allgemeinen Verjährungsvorschriften in dem Sinn, dass der Anspruch auf Aufwendungsersatz vor Vertragsende nicht verjähren kann, die Verjährungsfrist mit Vertragsende beginnt und sechs Monate später abläuft.⁹⁵ Nach dieser Lesart verzögert § 548 BGB n.F. die Verjährung, in sehr vielen Fällen sind Aufwendungsersatzansprüche, die gem. § 195 BGB n.F. in der regelmäßigen Frist verjährt wären, noch nicht verjährt. Dem stets bemühten Zweck des § 548 BGB – Förderung der raschen Auseinandersetzung der Mietvertragsparteien und Schutz vor schwieriger Beweisführung – widerspricht dies. Dass dieses Problem auch bei der Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters (§ 548 Abs. 1 BGB) auftreten kann, lässt sich nicht leugnen. Allerdings erlangt der Vermieter in aller Regel Kenntnis von der Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache erst, wenn er sie zurückerhält. Deshalb beginnt nach § 548 Abs. 1 BGB die Verjährungsfrist erst mit diesem Ereignis. Der Mieter hingegen weiß regelmäßig, wegen welcher Aufwendungen er den Vermieter in Anspruch nehmen kann.

Die Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist auf drei Jahre (§ 195 BGB) gibt Anlass zu der Überlegung, ob der Aufwendungsersatzanspruch des Mieters während der Vertragszeit in der regelmäßigen Frist verjähren kann oder ob es weiterhin sinnvoll ist, der sechsmonatigen Verjährungsfrist eine mehrjährige – zehn oder zwanzig Jahre – verjährungslose, aber verwirkungsbedrohte Zeit vorangehen zu lassen. Nach Neufassung des § 548 BGB sprechen gewichtige Gesichtspunkte dafür, § 548 Abs. 2 BGB n.F. als Abkürzung der Verjährung in regelmäßiger Frist zu begreifen und die Verjährung der Aufwendungsersatzansprüche vor Vertragsende nicht auszuschließen. Der Normzweck spricht zweifelsfrei dafür, denn ihm läuft es zuwider, den entstandenen und fälligen Aufwendungsersatzanspruch der regelmäßigen Verjährung zu entziehen und seine Durchsetzbarkeit über Jahre oder Jahrzehnte zu verfestigen. Es erscheint auch wenig sinnvoll, den Anspruch während der Vertragslaufzeit von der regelmäßigen Verjährung auszunehmen, ihn aber von Amts wegen mit der Verwirkung zu erschlagen. Dieser auf Treu und Glauben

⁹³ Gramlich (Fn. 61) VI. Rdn. 52; im Ergebnis ebenso Wolf/Eckert/Ball, Hdb. des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., 2000, Rdn. 262

⁹⁴ BGH NJW 1959, 1629; Fr. Krämer NJW 1962, 2301; RGRK-Gelhaar (Fn. 14), § 558 Rdn. 13; MünchKomm-Voelskow, BGB, 3. Aufl., § 547 Rdn. 12, jeweils zu § 558 BGB a.F.

⁹⁵ Zu § 548 Abs. 2 BGB n.F.: Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 548 Rdn. 34, 35; Erman/Jendrek, § 548 Rdn. 14; Fritz (Fn. 22) Rdn. 447; Palandt/Weidenkaff, § 548 Rdn. 12; Riecke (Fn. 21), § 548 Rdn. 17.

beruhende anspruchsvernichtende Einwand hat zwangsläufig unscharfe Konturen; der BGH ließ im Dunkeln, welche Zeitspanne verstrichen sein muss. Demgegenüber hat die Verjährung in der dreijährigen Regelfrist, die nach § 199 Abs. 1 BGB mit Ende des Jahres beginnt, in der der Anspruch entstanden ist, den Vorzug der Rechtssicherheit. Ebenso wenig wie ein sonstiger Anspruchsinhaber wird der Mieter unangemessen benachteiligt, wenn der Vermieter seinen Anspruch nach drei Jahren mit der Verjährungseinrede abwehren kann. Zu den grundlegenden Erwägungen des modernisierten Verjährungsrechts gehört es, nur in besondere Sachverhalte, insbesondere Eingriffe in die körperliche Integrität, von der regelmäßigen Verjährung auszunehmen (§§ 197, 199 BGB). Der dem Mieter seit Abschluss der Investition bekannte Aufwendungsersatzanspruch steht nicht auf dieser Stufe.

Diese Ansicht lässt sich sogar mit der Neufassung des § 548 BGB vereinbaren. Im Gegensatz zu § 558 BGB in der bis zum 31. 8. 2001 geltenden Fassung („... die Verjährung der Ansprüche des Mieters beginnt mit der Beendigung des Mietverhältnisses.“) und zu § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F. besagt § 548 Abs. 2 BGB n.F. lediglich, dass die Mieteransprüche in sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses verjähren. Da diese Bestimmung nicht den Beginn der Verjährung festlegt, schließt sie eine schon vorher laufende Verjährung nicht aus, lässt sich also durchaus in dem Sinn verstehen, dass die Mieteransprüche spätestens in sechs Monaten nach Vertragsende verjähren. Zuzugeben ist, dass diese eng am Wortlaut ausgerichtete Lesart nicht unbedingt der Intention der Referenten entspricht, die in dem Bemühen um eine verbesserte sprachliche Gestaltung mit der Neufassung des § 548 Abs. 2 BGB keine inhaltliche Änderung gegenüber § 558 BGB a.F. beabsichtigten. Der Gehorsam gegenüber den Erwägungen des „historischen Gesetzgebers“ ist jedoch zumindest dann begrenzt, wenn er, bzw. die Referenten des Mietrechtsreformgesetzes die Auswirkungen der zeitgleich erarbeiteten Novellierung des Verjährungsrechts mit der Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist auf drei Jahre nicht in ihre Überlegungen einbezogen haben.⁹⁶

2.2. Verjährung nach Vermieterwechsel

Nach einem 40 Jahre alten Urteil des BGH ist das für die Verjährung ausschlaggebende rechtliche Vertragsende der gesetzliche Eintritt des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis gem. § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) und das Ausscheiden des Veräußerers.⁹⁷ Diese Auffassung mildert das im Grundsatz zustimmende Schrifttum unter Hinweis auf den Schutzzweck der §§ 566 ff BGB in der Weise ab, dass die

⁹⁶ Klassisches Beispiel: Der am 1. 9. 2001 in Kraft getretene § 548 Abs. 3 BGB, der in Hinblick auf § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB zum 1. 1. 2002 wieder aufgehoben wurde; dazu Börstinghaus NZM 2002, 16.

⁹⁷ BGH NJW 1965, 1225 = ZMR 1965, 383.

sechsmonatige Frist erst beginnen soll, wenn der Mieter von dem Vermieterwechsel erfährt.⁹⁸ Mit dem Wortlaut des § 548 BGB, der im Gegensatz zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht auf die Kenntnis des Anspruchsinhabers abstellt, ist diese Einschränkung nicht zu vereinbaren. Entnimmt man dem § 548 Abs. 2 BGB nicht nur das Ende, sondern auch den Beginn der Verjährungsfrist und ist die Vorschrift die zulässige, strikt zu befolgende Ausnahmeregelung zu § 200 Satz 1 BGB,⁹⁹ so kann es bei der sechsmonatigen Frist nicht auf die Kenntnis des Vermieterwechsels ankommen.

Im Übrigen sollten die Gesetzesnovellierungen Anlass sein, das Urteil des BGH vom 19. 3. 1965¹⁰⁰ zu überdenken. Dogmatisch lässt sich die Auffassung des BGH mit der Rechtsnatur des gesetzlichen Eintritts des Erwerbers in das Mietverhältnis rechtfertigen; wenn es sich hierbei, wie der BGH später betonte, nicht um eine gesetzlich normierte Vertragsübernahme handelt, sondern mit dem Eigentumsübergang ein neues Mietverhältnis zwischen Mieter und Erwerber, allerdings mit dem Inhalt des Vertrages zwischen Veräußerer und Mieter, entsteht.¹⁰¹ Nach der Gegenmeinung, die den Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis als gesetzlich angeordnete Vertragsübernahme begreift,¹⁰² bleibt das Mietverhältnis ohne eine durch den Eintritt des Erwerbers bedingte Zäsur dasselbe; es endet im Sinn des § 548 Abs. 2 BGB nicht schon mit dem Ausscheiden des Veräußerers, sondern erst mit der rechtlichen Beendigung des von dem Erwerber fortgeführten Vertrages. Auf diese dogmatischen Feinheiten ging der BGH damals nicht ein. Maßgebend waren praktische Erwägungen und der stets betonte Normzweck, eine rasche Auseinandersetzung der Beteiligten zu erreichen; misslich wäre es, so der BGH, wenn der Mieter lange Zeit nach dessen Ausscheiden aus dem Mietverhältnis gegen den Veräußerer einen Ersatzanspruch erhebe, demgegenüber dieser häufig nicht den Gegenbeweis führen könne.

Ohne den Theorienstreit, dessen praktische Bedeutung ohnehin gering ist,¹⁰³ lösen zu wollen, sollte auch die vom BGH vertretene Auffassung den Zweck der §§ 566 ff BGB nicht aus den Augen verlieren: Sie dienen dem Schutz des Mieters, dem ein neuer Vertragspartner oktroyiert wird; dies muss er hinnehmen; darüber hinaus darf ihm die Durchsetzung seiner Rechte nicht erschwert werden. Genau dies ist aber zu

⁹⁸ RGRK-Gelhaar (Fn. 14), § 558 Rdn. 14; Sternel (Fn. 14), II. Rdn. 607 und 638; Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 548 Rdn. 37; MünchKomm-Häublein (Fn. 57), § 566 Rdn. 40; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 9. Aufl., § 548 Rdn. 70; Heile in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II. Rdn. 893; Scheuer (Fn. 14), V. Rdn. 390; Gramlich (Fn. 61), VI Rdn. 27; Wolf/Eckert/Ball (Fn. 4), Rdn. 1342; Riecke (Fn. 21), § 548 Rdn. 18; Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, Kap. 17 Rdn. 57; Finger ZMR 1988, 1, 6; Derleder/Bartels JZ 1997, 981, 984. Vom BGH (NJW 1965, 1225) angedeutet, aber offengelassen.

⁹⁹ So BGH NJW 2005, 739 = NZM 2005, 176 = ZMR 2005, 291; BGH NJW 2005, 2004 = NZM 2005, 935 = MDR 2005, 1153, zur Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters gem. § 548 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁰ BGH NJW 1965, 1225 = ZMR 1965, 383.

¹⁰¹ BGH NJW 2000, 2346 = NZM 2000, 711 = MDR 2000, 947 = ZMR 2000, 595; BGH NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = ZMR 2005, 354.

¹⁰² Derleder/Bartels JZ 1997, 981, 983; Weitemeyer (Fn. 58) S. 445, 453.

¹⁰³ Weitemeyer (Fn. 58) S. 447

befürchten, denn die Mitteilung des Vermieterwechsels veranlasst den juristischen Laien, der eine Vorstellung von der normalen Verjährung hat, in aller Regel nicht, nunmehr mit zeitlichem Vorrang seine Ansprüche gegen den Veräußerer geltend zu machen. Der Mieter, der an die sechs Monate denkt oder gar ins Gesetz schaut, wird nicht auf den Gedanken verfallen, dass diese sechs Monate an den Vermieterwechsel anschließen. Unabweisbare Bedürfnisse des Veräußerers, dem zweifelsfrei daran gelegen ist, nicht einer zeitlich unbegrenzten Nachhaftung wegen etwaiger Aufwendungsersatzansprüche des Mieters zu unterliegen, sind nicht ersichtlich, zumal er ohnehin der bürgeähnlichen Haftung gem. § 566 Abs. 2 BGB ausgesetzt bleibt. Aufgelöst ist der Interessenwiderstreit jedenfalls dann, wenn der Aufwendungsersatzanspruch nach der hier vertretenen Auffassung in der dreijährigen Regelfrist während der Vertragslaufzeit verjähren kann. Eine dreijährige Nachhaftung ist dem Veräußerer zuzumuten. Sie ist kürzer als die fünfjährige handels- und gesellschaftliche Nachhaftung (§§ 26, 28, 160 HGB, § 736 Abs. 2 BGB, § 10 Abs. 2 PartGG).

3. Schadensersatz gem. § 536a Abs. 1 BGB

Wer entgegen der hier vertretenen Auffassung (oben I., 2.3., b) die Kosten der Mangelbeseitigung zu dem Schaden zählt, den der Vermieter unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 1 BGB zu ersetzen hat, bekommt bei der Verjährung ein Problem: Unterliegt dieser Anspruch nicht der Verjährung gem. § 548 Abs. 2 BGB,¹⁰⁴ so würde er in der regelmäßigen Frist verjähren, ggf. erst nach mehr als sechs Monaten seit Vertragsbeendigung, ggf. auch schon vor Vertragsende. Der Mieter, dessen Aufwendungsersatzanspruch nach § 548 Abs. 2 BGB verjährt ist, könnte auf den Schadensersatzanspruch ausweichen, sofern der Vermieter den Mangel zu vertreten hat. Diesen Widerspruch aufzulösen, indem man diesen Schadensersatzanspruch als letztlich in den Aufwendungen des Mieters begründet ansieht und deshalb nach § 548 BGB verjähren lässt, hätte den Nachteil, dass die Schadensersatzforderungen des Mieters je nach Art des Schadens unterschiedlichen Verjährungsregeln unterliegen.

4. Aufwendungsersatz nach einer vom Vermieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung

Diesen reinen Schadensersatzanspruch erfasst § 548 BGB zweifelsfrei nicht. Die vergeblichen Aufwendungen sind ein Teil des Schadens oder der Schaden, den der Mieter infolge der Pflichtverletzung des Vermieters erleidet. Es besteht kein Bedürfnis, den Ersatzanspruch aufzuteilen und verschiedenen Verjährungsregeln zu unterstellen.

5. Bereicherungsanspruch auf Ausgleich der vom Mieter geschaffenen Werterhöhung

¹⁰⁴ So MünchKomm-Schilling (Fn. 4) § 548 Rdn. 21.

Dieser Anspruch entsteht erst, wenn der Nichteintritt des bezweckten Erfolges, also die vorzeitige Nutzungsaufgabe, feststeht,¹⁰⁵ also frühestens mit Vertragsende. § 548 BGB greift nicht ein, denn die Bereicherung des Vermieters beruht darauf, dass er vorzeitig die Mietsache nutzen kann.¹⁰⁶ Es bleibt bei der Verjährung in der regelmäßigen Frist gem. § 195 BGB. Soweit die Werterhöhung auf einer zurückgelassenen Einrichtung beruht, die der Mieter hätte wegnehmen können, geht die Verjährung gem. § 548 Abs. 2 BGB (oben unter III. 1. b) vor.

6. Ersatz der nach Vertragsende vorgenommenen Verwendungen

§ 548 Abs. 2 BGB erfasst sinngemäß nur vor der rechtlichen Beendigung des Mietvertrages begründete Ansprüche; danach entstehende Ansprüche verjähren nach überwiegender Auffassung in der regelmäßigen Frist.¹⁰⁷ Sofern man den Verwendungsersatz den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses unterstellt und der Eigentümer die Verwendung nicht genehmigt hat, ist das Erlöschen der Ansprüche nach Zeitablauf gem. § 1002 BGB vorrangig, bei einer Immobilie in sechs Monaten nach Rückgabe des Mietobjekts, bei einer beweglichen Sache in einem Monat.

Die Verjährung in der nicht abgekürzten regelmäßigen Frist hinterlässt ein Unbehagen, weil sie den stets betonten Argumenten für die schnelle Verjährung – die rasche Auseinandersetzung der Vertragsparteien und die Vermeidung einer durch Zeitablauf erschwerten Beweisführung - widerspricht. Insofern besteht eine planwidrige Regelungslücke. Die entsprechende Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB drängt sich jedenfalls auf, wenn der Mieter während der vom Vermieter oder vom Gericht bewilligten Räumungsfrist Verwendungen auf die Mietsache macht, etwa einen Mangel behebt.¹⁰⁸ Immerhin nutzt und besitzt er die Wohnung mit gerichtlicher Erlaubnis oder der des Vermieters; dies steht dem Gebrauch auf vertraglicher Nutzung näher als der schlechthin unberechtigte Besitz. Das Ende der Räumungsfrist hat die Bedeutung des in § 548 Abs. 2 BGB angesprochenen Vertragsendes. Auch im Übrigen sollte § 548 Abs. 2 BGB mit der Sechsmonatsfrist analog gelten, um die rasche Auseinandersetzung der ehemaligen Vertragsparteien zu fördern. Der BGH lässt § 558 Abs. 1 BGB a.F. sogar bei Unwirksamkeit des Mietvertrages¹⁰⁹ sowie

¹⁰⁵ Vgl. BGHZ 108, 256 = NJW 1989, 2745 = ZMR 1989, 317.

¹⁰⁶ BGH NJW 1968, 888 = MDR 1968, 490; NZM 2006, 15 = MDR 2006, 505 = ZMR 2006, 185 = ZfIR 2006, 92.

¹⁰⁷ BGH NJW 1968, 888; BGHZ 54, 34 = NJW 1970, 1182 = ZMR 1970, 239; BGH NJW 1991, 3031; Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 548 Rdn. 19; Gramlich (Fn. 61), VI. Rdn. 26; Erman/Jendrek (Fn. 4), § 548 Rdn. 12; Kandelhard (Fn. 4) § 548 Rdn. 33. Gleichwohl zählt der BGH, wenn auch beiläufig, auch Verwendungsersatzansprüche nach den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zu den von § 558 BGB a.F. erfassten Ansprüchen: BGH NJW 1974, 743; BGHZ 108, 256 = NJW 1989, 2745 = ZMR 1989, 371.

¹⁰⁸ A.A. Staudinger/Emmerich (Fn. 4), § 548 Rdn. 33; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 4), § 548 Rdn. 16; Schmidt-Futterer/Gather (Fn. 98), § 548 Rdn. 67; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 548 Rdn. 27; Gramlich (Fn. 61), VI. Rdn. 49; Schreiber (Fn. 98), Kap. 17 Rdn. 54.

¹⁰⁹ BGHZ 47, 53 = NJW 1967, 980.

bei Scheitern des Vertragsschlusses¹¹⁰ eingreifen. Die Analogie darf allerdings nicht so weit gehen, dass berechnete Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen, die der Mieter mehr als sechs Monate nach Vertragsende – z.B. während eines lang dauernden Räumungsprozesses – macht, schon vor dem ersten Handschlag verjährt wären. Sie sollte nicht daran scheitern, dass das Vertragsende nicht als zeitlicher Anknüpfungspunkt taugt. Bei der Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters entschied sich der BGH für die entsprechende Anwendung des § 548 Abs. 1 BGB auf Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, obwohl der Vermieter dem Mieter das Objekt nie übergeben hatte; an Stelle des Zurückerhaltens ließ der BGH die Verjährungsfrist mit dem endgültigen Abbruch der Vertragsverhandlungen beginnen.¹¹¹ Bei Fortsetzung des Mietgebrauchs in der beiderseitigen Annahme, das Mietverhältnis bestehe fort, bietet sich an, Verwendungsersatzansprüche in sechs Monaten nach dem Zeitpunkt verjähren zu lassen, in dem dem Mieter die zurückliegende Vertragsbeendigung bewusst wird. Der im Rückgabe- und Räumungsverzug befindliche Mieter ohne Räumungsfrist wird nicht ungerecht behandelt, wenn sein Anspruch in sechs Monaten nach Entstehung verjährt.

IV.

Angesichts mancher Ungereimtheiten dürfte es nicht verfehlt sein, vor der Schuld- und Mietrechtsreform ausgebildete herrschende oder überwiegende Auffassungen unter Berücksichtigung der Gesetzesänderungen kritisch zu überdenken. Rechtsprechung und Literatur sollten sich verstärkt darum bemühen, das Mietrecht kompatibel zu dem sonstigen Leistungsstörungenrecht und dem Verjährungsrecht auszugestalten.

¹¹⁰ BGH NJW 2006, 1963 = NZM 2006, 509 = ZfIR 2006, 579 = ZMR 2006, 441.

¹¹¹ BGH NJW 2006, 1963 (Fn. 110)