

**Schadensersatz und Aufwendungsersatzansprüche im Mietverhältnis nach §§ 280, 281,  
284, 311a Abs. 2 BGB**

**A. Zur Frage der Konkurrenz der Ansprüche mit § 536a BGB.**

Das Thema dieses Beitrages berührt in vielfältiger Weise die Frage der Konkurrenz zwischen §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 311a Abs. 2 Satz 1, 284 BGB und § 536a BGB. Nach traditioneller Sichtweise, die auch für den Rechtsstand nach der Schuldrechtsreform vertreten wird,<sup>1</sup> handelt es sich bei den §§ 536 ff. BGB um eine verdrängende Spezialregelung. Die Gegenansicht verbindet hingegen mit der Schuldrechtsreform eine systematische Weichenstellung, die zu einer freien Konkurrenz beider Haftungssysteme führt.<sup>2</sup> Insbesondere das alte Sachmängelgewährleistungsrecht beim Kaufvertrag beruhte ja auf der Vorstellung, dass der Käufer bei der Stückschuld keinen Anspruch auf eine mangelfreie Ware haben konnte, da andernfalls im Falle der Nichtbehebbarkeit des Mangels der Kaufvertrag nach § 306 BGB a.F. (ursprüngliche, objektive Unmöglichkeit) nichtig gewesen wäre.<sup>3</sup> Das Gewährleistungsrecht stellte daher gegenüber den Nichterfüllungsregeln eine eigenständige und abschließende Spezialregelung dar. Im alten Mietrecht wurde § 306 BGB a.F. zwar nie angewendet<sup>4</sup>, weshalb eigentlich schon nach damaligem Rechtsstand die Sachmängelhaftung als Nichterfüllungsrecht angesehen werden konnte. Der Paradigmenwechsel im Kaufrecht aber hat diese Verhältnisse nach der zweiten Auffassung offenkundig gemacht. An Normen wie §§ 281 Abs. 1 Satz 3, 323 Abs. 5 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt sich in der Tat praktisch erkennen, dass der Fall der mangelhaften Leistung nun Gegenstand der allgemeinen Leistungsstörungenregeln geworden ist.

In der Praxis ist der Unterschied zwischen beiden Auffassungen dennoch gering. Denn folgt man der zweiten, auf freie Konkurrenz bedachten Sichtweise, bleibt doch die Einsicht, dass

---

<sup>1</sup> Zum neuen Recht etwa *Arnold*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 589, 590 ff.; *Börstinghaus* ZGS 2002, 102, 104; *Horst* DWW 2002, 6, 10; *von Westphalen* NZM 2002, 368, 375.

<sup>2</sup> *Emmerich* NZM 2002, 362, 363; ähnlich *Derleder* WuM 2002, 407; *Kandelhard* WuM 2003, 3 und 14 = DWW 2003, 11: Thesen, erster Spiegelstrich.

<sup>3</sup> Dazu maßgeblich *Flume*, Eigenschaftsirrthum beim Kauf, 1948, S. 48.

<sup>4</sup> Vgl. zur Verdrängung des § 306 BGB a.F. nur BGHZ 93, 142 = NJW 1984, 1025 und zuvor *Oehler* JZ 1980, 794 (unter altem Recht h.M.); jetzt ausführlich auch *Reese* JA 2003, 162 ff.

das Schuldrecht der §§ 275 ff. BGB nicht an die Miete angepasst wurde.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform nahm deutliche „Wesensunterschiede“ zwischen Miete und Kauf zum Anlass, eine Anpassung der §§ 275 ff. BGB an die Miete als „nicht sinnvoll“ abzulehnen.<sup>6</sup> Deshalb würde eine freie Konkurrenz der §§ 280 ff. BGB zu § 536a BGB das System der §§ 536 ff. BGB ohne einschlägigen gesetzgeberischen Auftrag zerstören. Dazu ein Beispiel: Niemand verfiel wohl ernstlich auf den Gedanken, das Rücktrittsrecht des § 323 Abs. 1 BGB allein wegen seiner Regelung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts auf die Miete anzuwenden. Gerade zu diesem Ergebnis kommt aber eine Ansicht, die den Mieter aus § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB bei Räumungsverzug zum Zwangskauf verpflichten will (B II 3). Unbesehen können die §§ 280 ff. BGB daher nicht im Mietrecht angewendet werden. Deshalb stellt es ein eher terminologisches Problem dar, ob man vom Vorrang des Mietrechts oder von der freien Konkurrenz der §§ 280 ff., 536 ff. BGB unter Beachtung der regelungstypischen Besonderheiten der Miete ausgeht.

## **B. Schadensersatzansprüche.**

### **I. Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter.**

#### **1. Kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) wegen Mängeln der Mietsache – Unanwendbarkeit des § 281 Abs. 4 BGB.**

Treten bei einer Mietsache Mängel auf, steht dem Mieter richtiger Auffassung nach<sup>7</sup> der Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 280 Abs. 3 BGB, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen fehlenden Schadens regelmäßig nicht zu. Nach Auffassung des Gesetzgebers erfasst § 280 Abs. 3 BGB zunächst den Schadensersatz, „der an die Stelle der Leistung“ tritt<sup>8</sup>, wodurch das durch den Mangel beeinträchtigte Erfüllungsinteresse ausgeglichen werden soll.<sup>9</sup> Die Höhe dieses Schadens entspricht dem Minderwert z.B. der Kaufsache: Stellt man sich das von den Vertragsparteien gebildete subjektive Äquivalenzverhältnis aus Kaufsache und vereinbartem

---

<sup>5</sup> Insbesondere *Hau JuS* 2003, 130, 131 und *Gruber WuM* 2002, 253, 254.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 14/6857, S. 66 f. Auf diese Stelle weist bereits *Hau JuS* 2003, 130, 131 hin.

<sup>7</sup> Anders etwa *Arnold* (Fn. 1) S. 591. Ähnlich wie hier, wenngleich nicht konsequent, *von Westphalen NZM* 2002, 368, 372.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 225, linke Spalte zweiter Absatz; ähnlich BT-Drucks. 14/6040, S. 136, rechte Spalte, letzter Absatz: „an die Stelle des Anspruchs auf die Leistung.“

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 225, linke Spalte, dritter Absatz im Umkehrschluss: § 280 Abs. 1 Satz 1 geht entgegen Abs. 3 gerade über das Erfüllungsinteresse hinaus.

Kaufpreis wie eine Waage vor, so geraten beide Schalen infolge eines Mangels der Kaufsache aus dem Lot, weil der vom Käufer geleistete Kaufpreis nicht durch den Wert der Kaufsache aufgewogen wird. Der Schadensersatz statt der Leistung gleicht den Minderwert der Kaufsache durch eine Geldleistung aus und führt zur Wiederherstellung des subjektiven Gleichgewichts. Dies entsprach der traditionellen, nicht überall befolgten Terminologie des alten Rechts.<sup>10</sup> Im ersten Stadium der Rezeption ist der Begriff des Schadensersatzes statt der Leistung jedoch prompt mit dem des positiven Interesses gleichgestellt worden.<sup>11</sup> Das positive Interesse bezeichnet aber den gesamten durch den Mangel verursachten Vermögensverlust wie etwa auch typische Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn usw.). Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform wollte dies nicht: Seiner Auffassung nach sollte § 280 Abs. 3 BGB nämlich nicht auf Schäden angewendet werden, die „durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache selbst eintreten (Körperschäden, Vermögensschäden).“<sup>12</sup> Allein die Differenzierung des Gesetzgebers macht aus systematischen und teleologischen Gründen Sinn: Eine Frist zur Nacherfüllung erscheint nämlich im Hinblick auf bereits eingetretene Mangelfolgeschäden sinnlos, kann ihren Zweck aber dort erfüllen, wo es um die Beseitigung des Minderwertes der Sache selbst geht.

Im Mietrecht wird der Minderwert der Mietsache aber von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst und führt zur Herabsetzung der Miete kraft Gesetzes. „Dabei versteht es sich wie bei § 538 BGB [nunmehr § 536a BGB, Anm. d. Verf.] von selbst, daß ein durch Minderung abgegoltener Vermögensverlust nicht noch einmal im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden kann.“<sup>13</sup> Wegen der Herabsetzung der Miete entsteht dem Mieter infolge des Minderwerts der Mietsache kein Vermögensschaden; dies gilt selbst für den Fall der (irrtümlichen) Überzahlung, weil ihm dann ein Anspruch aus Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 erster Fall BGB) bzw. *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 erster Fall BGB) zuwächst (arg. e § 556b Abs. 2 Satz 1 BGB).<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, 1986, S. 60 f.

<sup>11</sup> So etwa Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht – Ein Lehrbuch, 2002, § 2 Rn. 3, die dem Gesetzgeber „geringe gedankliche Durchdringung“ vorwirft. Zur Gefahr begrifflicher Konfusion auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, 1986, S. 60 f.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 225, linke Spalte, dritter Absatz.

<sup>13</sup> BGHZ 92, 117, 180 = NJW 1985, 132.

<sup>14</sup> BGH WM 1985, 1213.

Folgende Konsequenzen lassen sich aus dieser Erkenntnis ziehen: Wegen eines Mangels kann der Mieter regelmäßig nur Mangelfolgeschäden i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB liquidieren, nicht aber einen Schadensersatz statt der Leistung.<sup>15</sup> § 281 BGB findet auf Schadensersatzansprüche wegen eines Mangels keine Anwendung, und dies macht im Hinblick auf den besonders interessierenden § 281 Abs. 4 BGB besonderen Sinn: Der Zweck der Norm liegt darin, dem Schuldner Gewissheit über den Gegenstand der auf ihn zukommenden Verbindlichkeit zu verschaffen.<sup>16</sup> Auch aus praktischen Überlegungen leuchtet ein, dass sie auf einen typischen Mietrechtsfall keine Anwendung findet: Liquidiert der Mieter eines Ladenlokals den vorübergehend wegen fehlender Beleuchtung entgangenen Gewinn, bringt er damit sicherlich nicht zum Ausdruck, dass der Anspruch auf die Leistung (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) ausgeschlossen sein soll.

## **2. Die vorvertragliche Pflichtverletzung (culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) – Zugleich Haftung für fahrlässige Falschangaben über Betriebskosten.**

Schadensersatzansprüche aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB bestehen nach verbreiteter Auffassung dort, wo die vorvertragliche Pflichtverletzung sich nicht auf einen Rechts- oder Sachmangel bezieht.<sup>17</sup> Vor allem *Emmerich* hat darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass die Öffnung der §§ 275 ff. BGB für Schlechtleistungen (oben A) zu einer Erweiterung der ersetzbaren Schadensposten im Mietrecht führe, weil die c.i.c. nun ubiquitär neben § 536a Abs. 1 erster Fall BGB anwendbar sei.<sup>18</sup> Überdenkt man das von ihm selbst gewählte Beispiel – die Haftung des Vermieters für fahrlässige Falschangaben über die Betriebskosten der Mietsache – bleiben Bedenken an dieser Einschätzung. Die Fragestellung beruht nämlich auf drei ganz unterschiedlichen Konstellationen:

---

<sup>15</sup> Bei ursprünglicher Unmöglichkeit dürfte wegen § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB Entsprechendes gelten.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 140, rechte Spalte, letzter Absatz.

<sup>17</sup> Nach altem Recht BGHZ 136, 102, 105 = WuM 1997, 617; BGH NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593.

<sup>18</sup> *Emmerich* NZM 2002, 362, 363; *ders.*, in: *Emmerich/Sonnenschein, Miete – Handkommentar*, 2003, Vor § 535 Rn. 38; zurückhaltender in *Staudinger/Emmerich*; 13. Aufl., Neubearbeitung 2003, Vor § 536 Rn. 63.

(1) Entstehen die erhöhten Betriebskosten wegen eines Mangels der Mietsache,<sup>19</sup> erleidet der Mieter einen Mangelfolgeschaden, der über die Garantiehaftung aus § 536a Abs. 1 BGB ersetzt werden kann. Ob der Vermieter daneben auch aus culpa in contrahendo wegen fahrlässiger Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht<sup>20</sup> haftet, ist umstritten. Eine an der bisherigen Rechtslage orientierte Betrachtungsweise lehnt dies zwecks Vermeidung von Wertungswidersprüchen ab.<sup>21</sup> Betrachtet man allerdings genauer, wo es nach neuem Recht überhaupt zu Wertungswidersprüchen kommen kann, erscheint diese Betrachtungsweise nicht zwingend.<sup>22</sup> Die Anspruchsvoraussetzungen des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB sind trotz § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen des Garantiecharakters des Anspruchs niedriger. Auch läuft die Verjährung beider Ansprüche parallel (arg. e § 548 Abs. 2 BGB). Nur in den Fällen des §§ 536b Satz 2 BGB und 536c Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>23</sup> könnte der Mieter über die c.i.c. theoretisch mehr erreichen. Aber auch bei Autoren, die einen größeren Anwendungsbereich für die c.i.c. fordern, ist klar, dass diese Haftungsbeschränkungen entsprechend angewendet werden müssen.<sup>24</sup>

(2) Von einer fahrlässigen Falschauskunft des Vermieters über die Höhe der Betriebskosten kann schon terminologisch dort nicht die Rede sein, wo das Mietverhalten entscheidend zur Höhe beigetragen hat.<sup>25</sup> Unabhängig von der Überlegung, dass der Vermieter den Mieterverbrauch nicht im Vorvertragsstadium prognostizieren kann und muss (arg. e § 162 BGB), entsteht dem Mieter in diesen Fällen auch kein Schaden, weil er für das ihm berechnete Entgelt einen Vermögenswert als Gegenleistung erlangt hat.<sup>26</sup>

(3) Für die c.i.c. bleibt konsequenterweise nur dort ein praktischer Anwendungsbereich, wo die Kostenlast weder auf der Beschaffenheit der Mietsache noch auf einem erhöhten

---

<sup>19</sup> Beispiel: Eine ungünstige Isolierung der Mietwohnung verursacht unerwartet hohe Heizkosten.

<sup>20</sup> Beispiel: Der Vermieter hat die schlechte Isolierung der Mietwohnung infolge Fahrlässigkeit übersehen und deshalb dem Mieter eine falsche Auskunft erteilt.

<sup>21</sup> *Arnold* (Fn. 1) S. 590; *Börstinghaus ZGS* 2002, 102, 104; *Horst DWW* 2002, 1, 10; *Palandt/Weidenkaff*, 63. Aufl. 2004, § 536a Rn. 6; *von Westphalen NZM* 2002, 368, 374.

<sup>22</sup> *Derleder WuM* 2002, 407, 408.

<sup>23</sup> Weil der Mieter den Mangel nicht anzeigt, entsteht ein Mangelfolgeschaden, den der Vermieter bei rechtzeitiger Anzeige hätte verhindern können.

<sup>24</sup> *Derleder WuM* 2002, 407, 408.

<sup>25</sup> Beispiel: Erhöhter Wasserverbrauch durch den Mieter.

<sup>26</sup> *LG Düsseldorf NZM* 2002, 604.

Mieterverbrauch beruht. Denkbar ist dies etwa bei einer nachträglichen Erhöhung der umlagefähigen öffentlichen Gebühren (Kosten der Wasserversorgung, Heizung, öffentliche Straßenreinigung, vgl. Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der zweiten Berechnungsverordnung) oder sonstiger an Dritte zu leistender Entgelte. Geringe Probleme bereitet dabei der Vorsatzfall: Täuscht der Vermieter den Mieter über die Höhe der Kosten durch einen zu niedrig avisierten Betrag bzw. durch einen künstlich niedrig bemessenen Vorschuss, begeht er von der Sache her einen Betrug (§§ 263 StGB, 826 BGB), der immer auch eine vorvertragliche Pflichtverletzung i.S.d. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB darstellt.<sup>27</sup> Das eigentliche Problem stellt sich erst bei fahrlässiger Begehungsweise, wenn der Betrugsvorwurf gerade nicht erhoben werden kann. Dann kann das Bestehen einer vom Vermieter verletzten Schutzpflicht nur im Einzelfall geklärt werden. Dabei ist nicht erkennbar, dass die Normierung der c.i.c. im positiven Recht etwas an den Schwierigkeiten dieser Pflichtenkonkretisierung geändert hätte. Die c.i.c. beruht ja auf dem Prinzip des Vertrauensschutzes. Dieser wiederum erfordert einen Vertrauenstatbestand, auf den sich schutzwürdige Erwartungen des Mieters richten können. Erklärt sich etwa die nachträgliche Abweichung der Betriebskosten aus Umständen, die Vermieter und Mieter gleichermaßen unbekannt waren, stellt sich die Frage, ob die Annahme einer Schutzpflicht nicht den Vertrauensschutz des Mieters, der ja selbst Erkundigungen einziehen kann, auf Kosten des Vermieters vereinseitigt. Andererseits darf der Mieter wohl darauf vertrauen, dass der Vermieter den Teil der Betriebskosten, den er bei einiger Sorgfalt sicher und leicht überblickt, in realistischer Höhe in einen geforderten Kostenvorschuss einfließen lässt. Insgesamt leuchtet daher die teilweise zurückhaltende Praxis auch nach neuem Recht ein.<sup>28</sup> Die Fälle sind zu vielgestaltig, als dass sich die Behauptung aufstellen ließe, die Schuldrechtsreform habe den Weg für eine Haftung des Vermieters wegen fahrlässiger Falschankünfte geebnet. Daraus ergibt sich über den unmittelbaren Anlass hinaus folgende Konsequenz: Soweit eine vorvertragliche Pflichtverletzung auf einen Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB bezogen ist, entfaltet die c.i.c. nur geringe praktische Bedeutung (vgl. noch C I 3); hinsichtlich sonstiger Pflichtverletzungen hat sich die Rechtslage durch die Schuldrechtsreform nicht geändert.

---

<sup>27</sup> OLG Naumburg NZM 2002, 387; LG Berlin NZM 2002, 212.

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf ZMR 2000, 604, 605; vgl. auch *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 6. Aufl. 2001, Tz. 3083 zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens.

### 3. Leistungsstörungen vor Vertragsschluss.

#### a) Das Problem: Der ursprüngliche, nicht zu beseitigende Rechtsmangel.

Der Wortlaut des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB legt nahe, dass ein unbehebbarer Sachmangel erst im Zeitpunkt der Übergabe vorliegt. Wegen § 536 Abs. 3 BGB kommt ein unbehebbarer Rechtsmangel aber bereits ab Vertragsschluss in Betracht.<sup>29</sup> Für ursprüngliche Unmöglichkeit wird jetzt nach § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB gehaftet, wobei der Verweis in Satz 2 der Vorschrift klar stellt, dass dies grundsätzlich eine Verschuldenshaftung ist; für ursprüngliche Rechtsmängel bleibt es hingegen bei der Garantiefhaftung des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB. Der Unterschied der Haftungsmaßstäbe verschlechtert aber die Rechtsdurchsetzung des Mieters. Hat der Vormieter die Mietwohnung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt geräumt, bleiben aus Sicht des Mieters zwei Möglichkeiten: Die Kündigung des Vormieters durch den Vermieter war rechtmäßig (Sachmangel) oder sie war es nicht (Rechtsmangel, weil dem Vormieter ein Recht i.S.d. § 536 Abs. 3 BGB zusteht).<sup>30</sup> Bietet der Vermieter nun im Schadensersatzprozess mit dem Zweitmieter Beweis dafür an, dass er seine Unkenntnis über die Absichten des Erstmieters nicht zu vertreten hatte, stellt sich die Frage, ob dieses Beweisangebot erheblich ist. Um dies beurteilen zu können, müsste das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Vormieter geklärt werden: Eine abenteuerliche Vorstellung, zumal der Zweitmieter in dieses Rechtsverhältnis keinen Einblick hat. Wenn es aus Sicht des Vermieters auch einleuchtet, dass dieser nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB milder haftet, wenn er gegenüber dem Vormieter im Recht ist, so wenig überzeugt diese Differenzierung im Hinblick auf die durch § 91 ZPO berührten Interessen des Zweitmieters. Nach altem Recht stellte sich dieses Problem praktisch nicht, weil in jedem Fall aus Garantie gehaftet wurde (bei ursprünglichem Unvermögen aus der ungeschriebenen Garantiefhaftung für Unvermögen<sup>31</sup>).

Ein Teil des Schrifttums hält dennoch an der Unterschiedlichkeit der Haftungsmaßstäbe in beiden Fällen fest.<sup>32</sup> Die Lösung soll nach einer Auffassung darin liegen, dass die Nichträumung durch den Mieter als Fall der nachträglichen Unmöglichkeit angesehen wird, weil die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB erst dann vorliegen, wenn der Vormieter

---

<sup>29</sup> Zustimmend für das neue Recht: *Arnold* (Fn. 1) S. 595; *Emmerich* NZM 2002, 362, 364; *Horst* DWW 2002, 1, 13; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 21) § 536a Rn. 3.

<sup>30</sup> Bereits *Emmerich* NZM 2002, 362, 364 weist auf diese Konstellation hin.

<sup>31</sup> *Staudinger/Emmerich* (Fn. 18) § 535 Rn. 19; *ders.* PiG 46 (1995) 119, 128 f.

<sup>32</sup> *Emmerich* NZM 2002, 362, 364; *Staudinger/Emmerich* (Fn. 18) § 535 Rn. 19; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 21) § 536a Rn. 3; *Gruber* WuM 2002, 252, 254.

nach Eintritt der Fälligkeit des Überlassungsanspruchs des Zweitmieters nicht räumt; dann werde einheitlich für Verschulden gehaftet (entweder nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 BGB oder nach § 536a Abs. 1 zweiter oder dritter Fall BGB) und dem Vermieter sei das Verschulden des Vormieters nach § 278 BGB zuzurechnen.<sup>33</sup> Es liegt nahe, dass dieser Weg schon überall dort versperrt ist, wo der Vermieter bereits vor Vertragsschluss gegenüber Vermieter und Mieter ernsthaft und endgültig die Räumung verweigert hat.<sup>34</sup> Es erscheint wenig sinnvoll, einen Vermieter dann milder haften zu lassen, weil er bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit wider alle Vernunft auf eine Räumung vertraut.<sup>35</sup> Das Beispiel zeigt vor allem eines: Das Problem entsteht durch die uneinheitlichen Haftungsmaßstäbe; vieles spricht dafür, dass es sich auch nur durch deren Vereinheitlichung, nicht aber durch diverse Kunstgriffe lösen lässt. Denn es tritt genauso im Vergleich der Fälle des ursprünglichen Unmöglichkeit und des ursprünglichen unbehebbarer Sachmangels auf. Nur mit Blick auf diese erscheint eine systematisch befriedigende Lösung ohne die Erzeugung neuer Abgrenzungsfragen möglich.

#### **b) Ursprünglicher, unbehebbarer Sachmangel und ursprüngliche Unmöglichkeit.**

Der Wortlaut des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB legt nahe, dass von einem Sachmangel erst ab Gefahrübergang die Rede sein kann. Die unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe (§§ 311a Abs. 2 Satz 1, 536a Abs. 1 erster Fall BGB) können auch hier einen Wertungswiderspruch entstehen lassen: Obwohl nach § 294 BGB keine einschlägige Obliegenheit besteht, müsste der Mieter die Mietsache nur deshalb übernehmen, um in den Anwendungsbereich des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB zu gelangen.<sup>36</sup> Dies ist bei einem unbehebbarer Mangel, wo das Ergebnis (= Sekundäransprüche) von vornherein feststeht, kaum zumutbar. Deshalb hatte der BGH auch zeitweise den Anwendungsbereich des § 536a Abs. 1 BGB bei einem unbehebbarer Mangel auf den Zeitpunkt vor der Übergabe vorverlegt.<sup>37</sup> Diese

---

<sup>33</sup> Gruber WuM 2002, 252, 254.

<sup>34</sup> So Gruber selbst WuM 2002, 252, 254.

<sup>35</sup> Arnold (Fn. 1) S. 595, bezweifelt ferner die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Verhältnis Vermieter-Vormieter.

<sup>36</sup> Derleder WuM 2002, 407.

<sup>37</sup> BGHZ 93, 142, 144 f.; BGHZ 99, 54, 57 = WuM 1987, 56, 57; BGH WuM 1992, 687; Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III 1205, Soergel/Heintzmann § 537 Rn. 6; Oechsler, Schuldrecht BT - Vertragsrecht, 2003, Rn. 574.

Rechtsprechung wurde jedoch nachträglich zugunsten einer Haftung aus c.i.c. aufgegeben,<sup>38</sup> wobei wohl die in der Praxis nach altem Recht verbreitete Auffassung mitschwang, diese Anspruchsgrundlage sei gegenüber dem gesetzlichen Leistungsstörungenrecht flexibler.<sup>39</sup>

Im Anschluss an die revidierte Rechtsprechung des BGH begegnet ein Teil des mietrechtlichen Schrifttums der Vorverlagerung des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB skeptisch:<sup>40</sup> § 536a Abs. 1 erster Fall BGB solle Mieter nur vor Schäden schützen, die ihm durch die Überlassung der Mietsache entstehen.<sup>41</sup> Bis zum Zeitpunkt der Übergabe habe der Vermieter stets die Möglichkeit, die Mietsache nachzubessern.<sup>42</sup> Auch beginne die Zahlungspflicht des Mieters wegen § 320 BGB erst mit Übergabe, weswegen auch nicht verfrüht gehaftet zu werden brauche.<sup>43</sup> Diese Einwände überzeugen vor allem mit Blick auf den neu geschaffenen § 323 Abs. 4 BGB<sup>44</sup> nicht. Zunächst endet die Nachbesserungsmöglichkeit des Vermieters nicht erst mit der Übergabe der Mietsache, sondern bereits mit Eintritt der vertraglich vereinbarten Fälligkeit des Anspruchs auf Gebrauchsgewähr nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dann nämlich hat der Vermieter die Wahl: Überlässt er dem Mieter die mangelhafte Sache, haftet er aus § 536a Abs. 1 erster Fall BGB; überlässt er sie nicht, liegt – wegen des absoluten Fixschuldcharakters der meisten Mietrechtsverhältnisse<sup>45</sup> – ein Fall von Unmöglichkeit vor. § 323 Abs. 4 BGB aber zeigt darüber hinaus, dass der im Mietvertrag vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt ausnahmsweise bei einem unbehebbareren Mangel gerade nicht maßgeblich ist. Die Durchsetzbarkeit der Mieteransprüche nach § 320 BGB trifft daher ebenfalls nicht den Kern.

Nach § 323 Abs. 4 BGB kann vor Fälligkeit der Leistung vom Vertrag zurückgetreten werden, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen werden. Die Norm regelt in Anlehnung an Art. 72 Abs. 1 CISG den „vorweggenommenen

---

<sup>38</sup> BGHZ 136, 102, 106 f. = NJW 1997, 2813, 2814.

<sup>39</sup> Vgl. den praktischen Hinweis von *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2347.

<sup>40</sup> Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 21) § 536a Rn. 2; *Bolte ZGS* 2002, 200, 202; *von Westphalen NZM* 2002, 368, 375; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, S. 292.

<sup>41</sup> *Bolte ZGS* 2002, 200, 202; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 40) S. 292.

<sup>42</sup> *Kandelhard WuM* 2003, 3, 4 und 7 = *DWW* 2003, 11.

<sup>43</sup> *Kandelhard WuM* 2003, 3, 9 = *DWW* 2003, 11.

<sup>44</sup> Im einschlägigen Zusammenhang bereits knapp erwähnt bei *Kandelhard WuM* 2003, 3, 7, Fn. 82 = *DWW* 2003, 11.

<sup>45</sup> Dazu auch nach neuem Recht *Arnold* (Fn. 1) S. 594; *Derleder WuM* 2002, 407, 410; *Emmerich NZM* 2002, 362, 364.

Vertragsbruch“ und beruht auf dem Rechtsgedanken, dass das Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes für den Gläubiger in solchen Konstellationen unzumutbar sei.<sup>46</sup> Daran überzeugt, dass für den Gläubiger das Ergebnis bereits feststeht und das Warten auf die Fälligkeit angesichts der Unbehebbarkeit nur eine Zeitvergeudung bedeuten würde. Der § 323 Abs. 4 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke ist wohl auch weiter, als es der auf den Rücktritt beschränkte Normwortlaut zunächst nahe legt.<sup>47</sup> Denn wegen keines seiner Sekundärrechte muss der Gläubiger auf die Fälligkeit warten, wenn der Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen bereits vor Fälligkeit offensichtlich ist. Dies gilt insbesondere auch für § 536a Abs. 1 erster Fall BGB. Die Vorverlagerung seines Anwendungsbereichs scheint daher gerechtfertigt.

Das eigentliche Problem ist damit aber nicht behoben, sondern verlagert sich nur weiter: Wird nämlich nun für ursprüngliche, unbehebbar Sachmängel nach § 536a Abs. 1 erster Fall BGB gehaftet, entsteht ein Wertungswiderspruch zu den Fällen der ursprünglichen Unmöglichkeit:<sup>48</sup> Bei vollständiger Nichtexistenz der Mietsache haftet der Vermieter nämlich *nur* nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB für Vertretenmüssen,<sup>49</sup> bei bloßer Mangelhaftigkeit aber ist er aus Garantie verantwortlich. Beruht die Unmöglichkeit des Vermieters hingegen auf dem Recht eines Dritten i.S.d. § 536 Abs. 3 BGB<sup>50</sup>, wird es noch komplizierter: Denn dann haftet der Vermieter jedenfalls auch aus § 536a Abs. 1 erster Fall BGB (oben B I 3 a).<sup>51</sup>

Die Ursache dieses komplizierten, in sich widersprüchlichen Systems liegt in den unterschiedlichen Haftungsmaßstäben des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB und des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB.<sup>52</sup> Ist die Garantiehafung des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB hingegen in den

---

<sup>46</sup> Regierungsbegründung BT-Drucks. 14/6040, S. 186 unten links nach oben rechts.

<sup>47</sup> *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 574.

<sup>48</sup> BGHZ 93, 142, 145; *Kandelhard* WuM 2003, 3, 8 = DWW 2003, 11.

<sup>49</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3, 7 = DWW 2003, 11; *Arnold* (Fn. 1) S. 593; *von Westphalen* NZM 2002, 368, 374; *Gruber* WuM 2002, 252, 253; *Horst* DWW 2002, 1, 11.

<sup>50</sup> Beispiel: Ein Dritter ist Eigentümer der Mietsache und weigert sich, diese dem Vermieter zu überlassen.

<sup>51</sup> Die Frage, ob daneben auch eine Verschuldenshaftung nach § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB konkurriert, so etwa *von Westphalen* NZM 2002, 368, 369, ist angesichts der schärferen Haftungsvoraussetzungen bei gleich bleibenden Rechtsfolgen ohne praktische Relevanz.

<sup>52</sup> Beachtenswert ist, dass nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB nicht wegen einer Vertragspflichtverletzung gehaftet wird, denn die gibt es ja vor Vertragsschluss noch nicht, sondern für Kenntnis bzw. zu vertretende Unkenntnis. Dahinter verbirgt sich allerdings eher ein terminologisches Problem: Es macht allein sprachlich einen Unterschied, ob der

AGB des Vermieters zugunsten einer Haftung für vermutetes Verschulden<sup>53</sup> abbedungen, was regelmäßig möglich ist,<sup>54</sup> stellen sich die Probleme nicht. Probleme bereitet allerdings, ob bei Fehlen einer solchen Vereinbarung der Haftungsmaßstab des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB den Haftungsmaßstab nach § 276 Abs. 1 BGB beeinflussen kann.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform sah bekanntlich die Ersetzung der Garantiehaftung durch das Verschuldensprinzip als zentrales Ziel der Schuldrechtsreform an, weil das Garantieprinzip unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten angeblich nicht zu überzeugen vermochte;<sup>56</sup> § 311a Abs. 2 bezeichnet er in den Materialien als „Verschuldenshaftung“.<sup>57</sup> Widersprüchlich dazu bleibt allerdings, dass derselbe Gesetzgeber die Garantiehaftung des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB aus Gründen des Mieterschutzes aufrecht erhalten hat.<sup>58</sup> Nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB haftet der Vermieter, wenn er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat (Satz 2). In den Gesetzesmaterialien heißt es, die Haftung für Unvermögen in § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB sei verschuldensabhängig ausgestaltet.<sup>59</sup> Dies ist allerdings entgegen ständiger Wiederholungen<sup>60</sup> aufgrund des Normwortlauts von § 276 Abs. 1 BGB nicht zwingend: Dort geht der Begriff des Vertretenmüssens über den des Verschuldens hinaus und umfasst auch eine Verantwortung aus Garantie, und zwar, wenn eine solche Haftung bestimmt oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber damit den Regelungsgegenstand des § 279 BGB a.F. übernehmen, ist aber in seinen Formulierungen

---

Vermieter für eine Leistungsstörung einzustehen hat oder ob er dafür einzustehen hat, dass er diese nicht erkennen konnte: vgl. *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 7/25.

<sup>53</sup> Im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB gilt die Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen: *Kandelhard* WuM 2003, 3, 9 = DWW 2003, 11 im Anschluss an BGH NJW 1964, 35; NJW 1978, 2179; ebenso *Gruber* WuM 2002, 252, 253.

<sup>54</sup> *Heinrichs* NZM 2003, 6, 9; *Joachim* NZM 2003, 387, 388 im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung: etwa BGH NJW-RR 1993, 519.

<sup>55</sup> Bejahend *Arnold* (Fn. 1) S. 595; *Reese* JA 2003, 162, 167; offen lassend *von Westphalen* NZM 2002, 368, 370.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 165 rechte Spalte, vorletzter Absatz; vor allem auch die Autoren des konsolidierten Diskussionsentwurfs *Canaris* JZ 2001, 499, 506; *Roth* JZ 2001, 543, 548.

<sup>57</sup> So neben vielen der Gesetzgeber, BT-Drucks. 14/6040, S. 165, rechte Spalte.

<sup>58</sup> BT-Drucks 14/6857 S. 66 rechte Spalte.

<sup>59</sup> RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 165, rechte Spalte.

<sup>60</sup> Vgl. etwa *Dauner-Lieb*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Fn. 11) § 2 Rn. 87.

deutlich über dieses unmittelbare Ziel hinausgegangen. Bezeichnenderweise kam im Bundestag keine Verständigung über eine Einschränkung des Tatbestandes auf den Fall der Gattungs- bzw. Geldschuld zustande.<sup>61</sup> Dies öffnet den Begriff des Vertretenmüssen für speziellere Einstandshaftungen.<sup>62</sup> Deshalb schließt das neue Schuldrecht es nach verbreiteter Auffassung zumindest denklologisch nicht aus, dass im Falle des Unvermögens auch aus Garantie haftet wird.<sup>63</sup> Einige gewichtige Argumente sprechen aber dafür, dass der Vermieter für Unvermögen im Rahmen des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB verschärft haftet: Erstens beruht bereits § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB auf einem Garantiedanken: Der Vermieter hat dem Mieter den Gebrauch der Mietsache ausdrücklich zu *gewähren* und nicht nur einzuräumen.<sup>64</sup> Dies impliziert grundsätzlich eine Einstandspflicht für die Abwesenheit von Sach- und Rechtsmängeln bei Vertragsschluss (§ 536a Abs. 1 erster Fall BGB). Wenn der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform diese Besonderheiten aus Gründen des Mieterschutzes ausdrücklich gut geheißen hat,<sup>65</sup> stellt sich die Frage, warum die Garantiehaftung des Vermieters erst im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs einsetzen soll. Üblicherweise trägt der Vermieter keine Beschaffungspflicht zugunsten des Mieters: Ist die Sache aber bei Vertragsschluss überhaupt nicht vorhanden, bleibt dem Mieter nur das Wort des Vermieters, dass er seiner Pflicht nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB nachkommen werde. Nach altem Recht nahm die Rechtsprechung stets an, dass der Schuldner dort ein besonderes Beschaffungsrisiko zu tragen hat, wo sein Gläubiger den Leistungsgegenstand nicht überprüfen kann, sondern auf das Wort des Schuldners angewiesen ist.<sup>66</sup> An dieser Interessenlage hat sich auch nach neuem Recht nichts geändert. Für den Fall der von Anfang an nicht existierenden Mietsache wird man daher von einer Übernahme des Beschaffungsrisikos i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB ausgehen

---

<sup>61</sup> Zur Entstehungsgeschichte: *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 235.

<sup>62</sup> Auch der Wortlaut des § 536a Abs. 1 BGB ist deshalb inkonsequent, weil das Tatbestandsmerkmal „zu vertreten hat“ auf § 276 Abs. 1 BGB und damit potentiell auch auf eine Garantiehaftung verweist. Im System des § 536a Abs. 1 BGB wird der Begriff jedoch erkennbar i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB a.F. gebraucht, weil er den ersten Fall des § 536a Abs. 1 BGB von den beiden übrigen abhebt.

<sup>63</sup> So etwa *Zimmer* NJW 2002, 1, 3; *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 52) 7/25; ähnlich *Schulz*, in: *Westermann* (Hrsg.), *Das Schuldrecht 2002*, 2002, S. 17 ff., 76.

<sup>64</sup> Mot. II 369 f.; BGHZ 19, 85, 93 f.; *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 534.

<sup>65</sup> BT-Drucks 14/6857 S. 66 rechte Spalte.

<sup>66</sup> Vgl. für die Veritätshaftung bei Forderungen nach altem Recht: BGH NJW 1970, 556, 557; *Larenz* II/1, 13. Aufl. 1986; § 45 I; *Esser/Weyers*, *Schuldrecht* II/2, 8. Aufl. 1998, § 4 IV 2; *Staudinger/Köhler*, 13. Aufl. 1995, § 437 Rn. 4; beibehaltend für das neue Recht *Martinek/Oechsler*, in *Schimansky/Bunte/Llwowski* (Hrsg.), *Bankrechtshandbuch*, 3. Aufl. 2004, § 102 Rn. 32a.

können, das auf der Grundlage des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB zu einer Einstandshaftung führt.<sup>67</sup> Das zentrale Argument für eine Garantiehaftung nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB aber liegt in der Vereinfachung des gesamten Haftungssystems und der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten. Versteht man § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB nämlich als Verschuldenshaftung, entsteht folgendes Haftungssystem:

(I) Bei einem ursprünglichen Rechtsmangel i.S.d. § 536 Abs. 3 BGB wird schon vor Fälligkeit (arg. e § 323 Abs. 4 BGB) aus Garantie gehaftet (§ 536a Abs. 1 erster Fall BGB). Str., aber ohne Praxisrelevanz ist, ob daneben noch aus § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB gehaftet wird.

(II) Beruht die Unmöglichkeit auf einem tatsächlichen Hindernis, muss wie folgt differenziert werden:

(1) Existiert die Mietsache gar nicht, wird wegen Verschuldens gehaftet (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).

(2) Steht ein tatsächliches Hindernis entgegen (Vormieter räumt nicht), das nicht in der Beschaffenheit der Mietsache gründet, würde ebenfalls wegen Verschuldens gehaftet (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).

(3) Liegt das tatsächliche Hindernis in der Beschaffenheit der Sache, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

(a) Kommt es zum Gefahrübergang, wird aus Garantie gehaftet (§ 536a Abs. 1 erster Fall BGB).

(b) Unterbleibt der Gefahrübergang, ist der Mangel aber unbehebbar, wird richtiger Auffassung nach bereits aus § 536a Abs. 1 erster Fall BGB gehaftet; folgt man der Gegenauffassung, kommt es zu einer Verschuldenshaftung aus c.i.c.

Dadurch entstehen folgende Abgrenzungsschwierigkeiten: Erreichen unbehebbarer Mängel (nach hier vertretener Auffassung: Garantiehaftung) eine gewisse Schwere, wird ihre Abgrenzung zum Fall der nicht existierenden Mietsache (Verschuldenshaftung) zum Problem. Aus demselben Grund drohen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unbehebbarer Mängel (Garantiehaftung) und unbehebbarer sonstigen Leistungshindernissen (Verschuldenshaftung). Die Begriffe ‚Mangel‘ und ‚Beschaffenheit der Mietsache‘ geraten dabei in den Mittelpunkt

---

<sup>67</sup> Arnold (Fn. 1) S. 595; Reese JA 2003, 162, 167.

der Auseinandersetzung. Gegenstand und Reichweite des Rechtsmangels (Garantiehaftung) wird sich gegenüber der objektiven Unmöglichkeit (Verschuldenshaftung) behaupten müssen. Unterwirft man ursprüngliche objektive Mängel der Haftung aus c.i.c. (oben (II) (3) (b)), wird eine Abgrenzung zwischen diesen (Verschuldenshaftung) und Rechtsmängeln (Garantiehaftung) fällig.

Erkennt man in §§ 311a Abs. 2 Satz 2, 276 Abs. 1 BGB eine Garantiehaftung, verändert sich zwar nichts am komplizierten Zusammenspiel der Normen, doch kommt es wegen des Gleichlaufs der Anspruchsvoraussetzungen praktisch nicht mehr auf eine Abgrenzung an. Der Mieter kann die Voraussetzungen seines Anspruchs erkennen, ohne Einzelheiten aus dem Geschäftsbereich des Vermieters (z.B. Rechtmäßigkeit der Kündigung gegenüber dem Vermieter) zu wissen oder zuvor komplizierte Abgrenzungsfragen zu klären:

(1.) Findet ein Gefahrübergang nicht statt, wird einheitlich aus Garantie gehaftet für die Nichtexistenz der Mietsache (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB), für Rechtsmängel (§ 536a Abs. 1 erster Fall BGB) und unbehebbarer Sachmängel (§§ 311a Abs. 2 Satz 2 bzw. 536a Abs. 1 erster Fall BGB) sowie für sonstige, zur Unmöglichkeit führende, tatsächliche Hindernisse (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).

(2.) Findet ein Gefahrübergang statt, wird für Mängel aus Garantie gehaftet; das Gleiche gilt für alle Fälle der ursprünglichen Unmöglichkeit (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB als Garantiehaftung).

### **c) Behebbarer Funktionsstörungen und Rechtsmängel vor Gefahrübergang.**

Auf ein in der Beschaffenheit der Mietsache liegendes tatsächliches Leistungshindernis, das sich beseitigen lässt, kann § 323 Abs. 4 BGB weder seinem Wortlaut noch seinem Zweck (oben B I 3 b) nach angewendet werden. Denn bis zur Fälligkeit muss der Mieter grundsätzlich auf Beseitigungsmaßnahmen des Vermieters warten. Sein Gebrauchsrecht beginnt nämlich erst im vereinbarten Leistungszeitpunkt. Übergibt der Vermieter die Mietsache bei Fälligkeit *nicht*, tritt wegen des absoluten Fixschuldcharakters der meisten Mietverhältnisse<sup>68</sup> Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ein. Dies eröffnet dem Mieter einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB, wobei eine Frist zur Vornahme der Leistungshandlung nicht gesetzt werden muss (§ 283 Satz 1 BGB). Soweit der absolute Fixschuldcharakter ausnahmsweise verneint werden kann, müsste der Mieter zunächst noch

---

<sup>68</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3 und 10 = DWW 2003, 11; *Börstinghaus* ZGS 2002, 102, 106; *Derleder* WuM 2002, 407, 410; *Horst* DWW 2002, 6, 13.

eine Fristsetzung zur Nacherfüllung setzen. Hier kann sich u.U. auch die Frage stellen, ob der Tatbestand des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB (relative Fixschuld) nicht auch analog im Rahmen des § 281 Abs. 2 BGB angewendet werden muss.<sup>69</sup> Kommt es hingegen zur Übergabe der nicht vertragsgemäßen Mietsache, ist der Anwendungsbereich des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB in jedem Fall begründet, ohne dass die Frage der Behebbarkeit des Mangels jetzt noch eine Rolle spielt.

Allerdings verdient ein Ausnahmefall besondere Beachtung: Wenn der Vermieter bereits vor Fälligkeit die Beseitigung der Funktionsstörung ernsthaft und endgültig verweigert, dürfte der Rechtsgedanke des § 281 Abs. 2 erster Fall BGB und wohl auch der des § 323 Abs. 4 BGB anwendbar sein: Den Vermieter auf das Abwarten der Fälligkeit zu verweisen, bedeutete eine reine Formalität, da der spätere Eintritt der Schadensersatzpflicht bereits jetzt ebenso offenkundig ist wie im Fall des unbehebaren Mangels.

Ähnliches gilt mit Modifikationen für behebbare Rechtsmängel: Bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebrauchsgewährung muss der Mieter sich grundsätzlich gedulden. Danach kommt es aber nicht mehr auf die Übergabe der Mietsache an, denn das Bestehen eines Rechtsmangels ist wegen § 536 Abs. 3 BGB nicht von dieser abhängig. Mit Fälligkeit entsteht folglich die Haftung aus § 536a Abs. 1 erster Fall BGB aus Garantie.

#### **4. Leistungsstörungen nach Vertragsschluss.**

##### **a) Nachträglicher Eintritt von Mängeln.**

Tritt nachträglich ein Mangel ein, ist fraglich, ob neben § 536a Abs. 1 zweiter und dritter Fall BGB auch nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB gehaftet wird. Vergleicht man die Haftungsvoraussetzungen, erinnert § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB an den zweiten in § 536a Abs. 1 BGB geregelten Fall: Denn der Vorwurf des Vertretenmüssens bezieht sich in beiden Fällen darauf, dass der Vermieter die Entstehung des Mangels zu vertreten hat. Im Falle des § 536a Abs. 1 zweiter Fall BGB muss der Mieter seine Rechte durch eine Mängelanzeige nach § 536c BGB wahren; im Fall des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt hingegen eine Fristsetzungspflicht. Denn der auf Mängel gestützte Anspruch des Mieters zielt regelmäßig nicht auf Schadensersatz statt der Leistung, sondern den einfachen Schadensersatz nach § 280

---

<sup>69</sup> Wohl zu bejahen: Vgl. *Dauner-Lieb*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Anwaltskommentar, 2002, § 281 Rn. 23; *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 228: Der Gesetzgeber erwähnt in den Materialien als Anwendungsfall für § 281 Abs. 2 zweiter Fall BGB (besondere Umstände) einen Fall der relativen Fixschuld: vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

Abs. 1 Satz 1 BGB (oben B I 1). Allerdings darf über § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB kaum die Rechtsfolge des § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB umgangen werden: Versäumt der Mieter die rechtzeitige Mängelanzeige und erleidet gerade deshalb einen Mangelfolgeschaden, kommt nicht bloß eine Herabsetzung seines Schadensersatzanspruchs aus § 254 Abs. 1 BGB in Betracht, sondern dessen vollständiger Ausschluss. Dies wird allerdings nur in den Fällen des behebbaren Mangels zum Problem (vgl. den Wortlaut des § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB). Hier sind zwei Lösungen vorstellbar: Entweder wird § 536c BGB analog auf § 280 Abs. 1 BGB angewendet oder der Anspruch ist generell durch § 536a Abs. 1 zweiter Fall BGB verdrängt.

Für die Anwendung des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in diesen Fällen spricht, dass die Haftungsvoraussetzungen im Übrigen praktisch gleich sind.<sup>70</sup> Der Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entspricht die von der Rechtsprechung zu § 536a Abs. 1 zweiter und dritter Fall BGB praktizierte Beweislastverteilung nach Gefahrensphären.<sup>71</sup>

#### **b) Nachträgliche Unmöglichkeit.**

Geht die Mietsache nach Vertragsschluss unter, kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB in Betracht. Probleme bereiten dabei die Voraussetzungen der Unmöglichkeit. Bedeutsam erscheint, dass § 275 Abs. 2 BGB an die Lehre von der Opfergrenze anknüpft,<sup>72</sup> wie sie auch im Mietrecht zu § 275 Abs. 1 BGB alter Fassung auf der Grundlage des § 242 BGB entwickelt wurde.<sup>73</sup> Der Gedanke, dass die Leistungspflicht des Schuldners entfällt, wenn der Schaden jenseits der Opfergrenze liegt, soll nämlich im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB durch das dort vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigt werden.<sup>74</sup> Für diese Betrachtungsweise spricht, dass in der Norm von einem groben Missverhältnis zwischen Schuldneraufwand und Gläubigerinteresse die Rede ist und die Mietrechtsjudikatur bereits zuvor ebenso auf ein

---

<sup>70</sup> Die Verjährung beider Ansprüche verläuft arg. e § 548 Abs. 2 BGB einheitlich.

<sup>71</sup> So bereits *Kandelhard* WuM 2003, 3, 9 = DWW 2003, 11 im Anschluss an BGH NJW 1964, 35; NJW 1978, 2179; ebenso *Gruber* WuM 2002, 252, 253.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 130, linke Spalte, letzter Absatz: Das Mietrecht wird allerdings nicht erwähnt.

<sup>73</sup> BGH NJW 1959, 2300, 2301 und als aktuelleres Beispiel etwa: OLG Hamburg NZM 2002, 388 = WuM 2001, 542; dazu *Arnold* (Fn. 1) S. 593; *Emmerich* NZM 2002, 362, 365; *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 576.

<sup>74</sup> *Canaris* JZ 2001, 499, 505; *Fischer* DB 2001, 1923, 1025; *Köhler/Fritsche*, Fälle zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 21 f.; ablehnend *Arnold* (Fn. 1) S. 593; *Emmerich* NZM 2002, 362, 365; *Hau*, in: *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 286; *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 275 Rn. 15.

krasses Missverhältnis zwischen dem Nutzen des Mieters und dem Wert des Objekts abgestellt hat.<sup>75</sup> Dies spricht dafür, die alte Mietrechtsprechung zu § 242 BGB unverändert auf der Grundlage des § 275 Abs. 2 BGB weiter fortzusetzen. Leider werden diese einfachen Zusammenhänge gelegentlich verunklart: So werden als Anwendungsbeispiele für § 275 Abs. 2 BGB Extremfälle genannt<sup>76</sup> und die Norm (allein) mit dem Fall der „faktischen Unmöglichkeit“ gleichgesetzt (der versprochene Ring liegt am Boden des Sees).<sup>77</sup> Deshalb begegnet das mietrechtliche Schrifttum der Norm z.T. skeptisch und bevorzugt den Weg über § 313 Abs. 1 BGB.<sup>78</sup> Die Dinge werden indes erst dadurch wirklich kompliziert, dass näher besehen ein echter systematischer Unterschied zwischen §§ 275 Abs. 2 und 313 Abs. 1 BGB nicht durchzuhalten ist.<sup>79</sup> Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte sich § 275 Abs. 2 BGB vor allem dadurch von § 313 BGB unterscheiden, dass die Norm „allein auf das Leistungsinteresse des Gläubigers abstellt und die eigenen Interessen des Schuldners, um deren Berücksichtigung es in [den Fällen des § 313 BGB] typischerweise geht, nicht in den Blick nimmt. [Einschub Verf.]“<sup>80</sup> Tatsächlich wird aber auch in § 275 Abs. 2 BGB der *Schuldneraufwand* ins Verhältnis zum Gläubigerinteresse gesetzt und damit werden die Schuldnerinteressen auch hier wirtschaftlich in den „Blick genommen“.<sup>81</sup> Beide Normen wägen also Gläubiger- und Schuldnerinteressen gegeneinander ab, wobei § 313 Abs. 1 BGB den weniger schweren Fall erfasst, bei dem den Parteien u.U. noch eine Vertragsanpassung vor der Kündigung nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB möglich ist, während im Falle des § 275 Abs. 2 BGB eine Anpassung von vornherein ausscheidet. Für den Fall, dass die Wiederherstellung die Opfergrenze des Vermieters wegen eines krassen Missverhältnisses zwischen Mieterinteresse und Wert des Mietobjekts überschreitet, bedeutet dies, dass der Vermieter nach § 275 Abs. 2 BGB frei wird, möglicherweise aber Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB schuldet.

---

<sup>75</sup> Vgl. OLG Hamburg NZM 2002, 388 = WuM 2001, 542.

<sup>76</sup> *Canaris* JZ 2001, 499, 502 verweist auf BGH NJW 1998, 699, wo der Dritte für einen Verzicht auf das Leistungshindernis dessen 30fachen Wert beanspruchte.

<sup>77</sup> RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 129, rechte Spalte unten; dem folgend *Arnold* (Fn. 1) S. 593.

<sup>78</sup> *Arnold* (Fn. 1) S. 593; *Emmerich* NZM 2002, 362, 365; *Hau*, in: *Ehmann/Sutschet* (Fn. 74) S. 286.

<sup>79</sup> Dazu *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 64 ff.

<sup>80</sup> RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, linke Spalte, zweiter Absatz; ähnlich *Canaris* JZ 2001, 499, 501; *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 52) 2/77 ff.; *Medicus*, SR I, 2002, Rn. 371.

<sup>81</sup> Der Begriff ist umstritten: Vgl. die einschränkende Definition in RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 130, linke Spalte und zur Diskussion *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 65 f.

Der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB kann im Falle des nachträglichen Eintritts eines Rechtsmangels (§ 536 Abs. 3 BGB) mit § 536a Abs. 1 zweiter und dritter Fall BGB konkurrieren.<sup>82</sup> Nichts spricht dagegen, dass beide Ansprüche frei konkurrieren: Anders als im Fall des nachträglich eintretenden Mangels kommt es auf § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB nicht an, weil Unmöglichkeit und daher ein nicht behebbarer Rechtsmangel vorliegt (vgl. im Übrigen oben B I 4 a).

### **5. Nebenpflichtverletzungen des Vermieters und § 282 BGB.**

Für reine Nebenpflichtverletzungen, die sich nicht auf die Beschaffenheit der Mietsache i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB beziehen, wird nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gehaftet.<sup>83</sup> Die Vorspiegelung von Eigenbedarf nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist ein Beispiel,<sup>84</sup> das wegen der vorsätzlichen Begehungsweise auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 826 BGB auslösen kann.

Nach § 282 BGB kann der Mieter auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Vermieter eine Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt und dem Mieter daher die Leistung durch den Vermieter nicht mehr zugemutet werden kann. Gemessen an ihrem Anspruchsziel entfaltet die Norm vor allem außerhalb des Mangelrechtes praktische Bedeutung. Denn soweit Mängel betroffen sind, kann der Mieter mangels Schadens keinen Schadensersatz statt der Leistung liquidieren (oben B I 1). Für § 282 BGB bleibt daher nur dort ein Anwendungsbereich, wo eine nicht in der Beschaffenheit der Mietsache gründende, vom Vermieter zu vertretende Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB zu einem Äquivalenzschaden führt: Es sind Fälle, in denen die Mietsache keinen Mangel hat und der Mieter dennoch wirtschaftlich keine gleichwertige Gegenleistung für seine Miete erhält, weil der Vermieter eine sonstige Pflicht verletzt. Denkbar ist dies etwa in dem Fall, dass der Vermieter an eine prominente Persönlichkeit vermietet und dies der Presse mit der Folge weitergibt, dass der Mieter infolge der Belästigung durch die Medienvertreter die Wohnung einige Tage praktisch nicht nutzen kann.<sup>85</sup> Es versteht sich, dass das entscheidende

---

<sup>82</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3, 9 = DWW 2003, 11 im Anschluss an BGH NJW 1964, 35; NJW 1978, 2179; ebenso *Gruber* WuM 2002, 252, 253.

<sup>83</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3, 11 = DWW 2003, 11.

<sup>84</sup> *Emmerich* NZM 2002, 362, 365 = DWW 2003, 11.

<sup>85</sup> Der Fall liegt an der Grenze zu § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, da man die belagernden Reporter auch als eine nachträglich eintretende negative Umweltbeziehung der Mietsache ansehen könnte. Allerdings liegt der Grund der Störung in der Prominenz des Mieters, nicht in der Beschaffenheit der Mietsache. Anwendungsbeispiele, bei denen ein Schaden i.S.d. § 280 Abs.

Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit der Leistung eng ausgelegt werden muss und nur im Ausnahmefall vorliegen dürfte. Nach einer Auffassung kommt Unzumutbarkeit des Mieters i.S.d. § 282 BGB nur in Betracht, wenn die Nebenpflichtverletzung zugleich die Voraussetzungen eines wichtigen Kündigungsgrundes nach § 543 BGB beinhaltet.<sup>86</sup> Dies ist nur überzeugend, wenn dem Mieter die Entgegennahme der *ganzen* Leistung i.S.d. § 282 BGB nicht zugemutet werden kann: Hat vorliegend der Mieter mit dem Vermieter einen auf fünf Jahre befristeten Vertrag abgeschlossen und hat der Vermieter durch Umbaumaßnahmen dafür gesorgt, dass die Pressevertreter den Mieter künftig nicht mehr stören können, liegen die Voraussetzungen des § 543 BGB nicht vor. Dennoch darf der Mieter nach dem Zweck des § 282 BGB für die Zeit der Störung Schadensersatz statt der Leistung fordern. Dies zeigt: Gerade bei einem Dauerschuldverhältnis können die Anforderungen des § 282 BGB unter denen der §§ 314, 543 BGB liegen, wenn Schadensersatz für eine vorübergehende Gebrauchsbeeinträchtigung liquidiert wird.

## **II. Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter.**

### **1. Beschädigung der Mietsache.**

Beschädigt der Mieter die Mietsache, haftet er nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Fraglich ist, ob der Vermieter ihm in diesen Fällen eine Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Reparatur der Mietsache setzen muss, bevor er diese selbst vornimmt. Dies hängt davon ab, ob der Vermieter Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 280 Abs. 3 BGB fordert. Dabei handelt es sich um Schadensersatz, der eine Nicht- oder Schlechtleistung des Schuldners ausgleichen soll. Bei der beschädigten Mietsache sind dabei zwei Betrachtungsweisen vorstellbar: Die Beschädigung kann erstens bedeuten, dass der Mieter seine Obhuts- (§ 538 BGB) bzw. Rückgabepflichten (§ 546 BGB) schlecht erfüllt hat (Äquivalenzstörung), oder zweitens, dass er ein Rechtsgut des Vermieters verletzt hat (Integritätsstörung). Für die erste Betrachtungsweise spricht der Zweck des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, dem Schuldner (Mieter) eine letzte Gelegenheit zur Abwendung von Sekundäransprüchen einzuräumen.<sup>87</sup> Solange keine besonderen Interessen des Vermieters nach § 281 Abs. 2 zweiter Fall BGB entgegenstehen, z.B. das Interesse, dass der Schaden durch eine professionelle Reparatur

---

3 BGB entsteht, ohne dass die Ursache in der Beschaffenheit der Mietsache gründet, sind nur schwer zu bilden.

<sup>86</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3, 15 = DWW 2003, 11.

<sup>87</sup> Ausdrücklich RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 518.

beseitigt wird,<sup>88</sup> könnte § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB daher anwendbar sein. Gegen diese Betrachtungsweise spricht aber ein systematisches Argument: Regelmäßig führt die Beschädigung der Mietsache zu Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB; diese sind aber nicht von einer Fristsetzung abhängig. Dann kann auch im Vertragsrecht nichts anderes gelten, soll der Anspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vollständig obsolet werden. Letzte Zweifel bleiben dennoch: Aus § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB ist als Problem bekannt, dass es bei Vermieteransprüchen wegen Beschädigung der Mietsache zwangsläufig zu einer Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen und damit gelegentlich zu Wertungswidersprüchen kommt. Die ganz h.M. zieht daraus die Konsequenz, dass die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB auch auf § 823 Abs. 1 BGB Anwendung findet.<sup>89</sup> Eine aus ähnlichen Überlegungen heraus begründete Anwendung des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheint dennoch schwer begründbar: Anders als im Fall der kürzeren Verjährung würde sich der Inhalt des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB verändern. Der Vermieter würde praktisch durch Unterzeichnung des Mietvertrages auf einen Teil seines Integritätsinteresses verzichten: Käme es zur Eigentumsverletzung, könnte er wegen § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht sofort auf der Rechtsfolge des § 249 Satz 1 BGB bestehen; insbesondere käme es dabei zu Konflikten mit der Wertung des § 251 BGB.

## **2. Unterlassene Schönheitsreparatur.**

Wurde im Mietvertrag eine Schönheitsreparaturpflicht vereinbart, der der Mieter nicht nachkommt, haftet er nicht sofort bei Ende des Vertrages auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern der Vermieter muss dem Mieter eine Frist zur Nacherfüllung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB setzen.<sup>90</sup> Eine Ablehnungsandrohung ist dabei entbehrlich. Problematisch ist, ob er Ersatz eines Verzögerungs- bzw. Verzugschaden für die Zwischenzeit beanspruchen kann, also zwischen dem Zeitpunkt der vertraglich vorgesehenen Fälligkeit der Schönheitsreparatur bis zum Zeitpunkt, in dem die angemessene Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB abgelaufen ist. Denkbar ist etwa der Ersatz der Kosten für die Einschaltung eines Anwalts. Nach einer Ansicht soll die Liquidation dieses besonderen Verzögerungsschadens nur nach § 280 Abs. 2 BGB, also unter Verzugs Voraussetzungen,

---

<sup>88</sup> Vgl. zum Problem des Mangelfolgeschadens *Oechsler*, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, im Erscheinen.

<sup>89</sup> Vgl. Staudinger/*Emmerich* (Fn. 18) § 548 Rn. 5 m.w.N.

<sup>90</sup> *Arnold* (Fn. 1) S. 597; *Emmerich* NZM 2002, 362, 366; *Gruber* WuM 2002, 252.

möglich sein.<sup>91</sup> Diese Auffassung ist deswegen problematisch, weil der Käufer den Verkäufer während des Verlaufs der angemessenen, für die Nacherfüllung verbleibenden Frist (§§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB) nicht in Verzug setzen kann. Das Nacherfüllungsverlangen bedeutet nämlich selbst gerade die in § 286 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Mahnung, beinhaltet es doch eine ernste, dringende Leistungsaufforderung. Diese steht allerdings unter einer erheblichen Einschränkung: Die Aufforderung ist durch den Ablauf der Nacherfüllungsfrist aufschiebend *bedingt*.<sup>92</sup> Danach gerät der Verkäufer erst mit Fristablauf in Verzug. Eine konkurrierende zweite Mahnung mit sofortiger Wirkung wäre dagegen widersprüchlich: Der Gläubiger kann denselben Schuldner nicht zweimal mahnen, einmal mit sofortiger Wirkung und einmal unter der Bedingung, dass innerhalb einer bestimmten Frist geleistet wird. Die Gegenansicht, die auch in den Gesetzesmaterialien vertreten wird,<sup>93</sup> wendet deshalb § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle der mangelhaften Kaufsache unmittelbar an, weil es sich bei dem Zwischenschaden nicht um einen verzögerungs-, sondern um einen mangelbedingten Schaden handelt.<sup>94</sup> Dies widerspricht indes einer zentralen Wertentscheidung des Gesetzes: Wie sich aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB ergibt, hat der Käufer mit Fälligkeit einen Anspruch auf die Sache; ihre Mangelhaftigkeit kann er indes erst nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist fordern! Die Gegenauffassung nutzt hingegen den unkonturierten Begriff der Vertragspflichtverletzung des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, um das gegenteilige Ergebnis zu begründen. Entsprechend erscheint ihre Argumentation zu stark begriffsorientiert.<sup>95</sup> Ob der Verkäufer eher verzögert oder schlecht geleistet hat, lässt sich kaum jemals widerspruchsfrei beantworten; hier ist auch eine andere Sichtweise vorstellbar.<sup>96</sup> Dann gilt aber auch im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter, dass nicht sofort Verzögerungs- und Verzugsschäden geltend gemacht werden können.

---

<sup>91</sup> *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2001, 2535, 2537; *Dauner-Lieb* in: *Das neue Schuldrecht* (Fn. 11) § 2 Rn. 45; *Büdenbender* ebenda § 8 Rn. 63 f.; *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 52) 3/223; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 40) S. 98, Fn. 362; *Petersen* JURA 2002, 461, 463; *Fliegner* JR 2002, 322.

<sup>92</sup> *Oechsler* (Fn. 37) Rn.150; *Canaris* JZ 2001, 499, 515: aufschiebend befristet; vgl. auch RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 138, linke Spalte, vorletzter Absatz.

<sup>93</sup> RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 225.

<sup>94</sup> *Canaris* ZIP 2003, 321, 326; *Lorenz*, in: *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 546 f.; *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, *Das neue Schuldrecht*, 2003, Rn. 5/246.

<sup>95</sup> *Canaris* ZIP 2003, 321, 326.

<sup>96</sup> *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 52) 3/223.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen der Anspruch verjährt. Weitgehende Einigkeit dürfte wohl über die Anwendbarkeit des § 548 BGB bestehen.<sup>97</sup> Umstritten ist allerdings der Beginn der Verjährung. Dieser lag nach bisher ganz h.M. im Zeitpunkt des Ablaufs der nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. gesetzten Frist.<sup>98</sup> Nach einer Ansicht soll dieser entsprechend § 200 BGB bereits im Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache liegen, da der Wortlaut dieser Norm einen Verjährungsbeginn vor Fälligkeit zulasse.<sup>99</sup> Der Gesetzgeber der Mietrechtsreform hatte übrigens ähnliche Vorstellungen bekundet.<sup>100</sup> Zutreffend wird dagegen das vom alten Recht her bekannte Argument angeführt, dass nur ein entstandener Anspruch verjähren könne (arg. e contr. e § 199 BGB), der Schadensersatzanspruch aber erst mit Fristablauf entstehe.<sup>101</sup> Das Gegenargument, der Anspruch verjähre erst mit dem Schadensersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 BGB, was zu einer Verzögerung und Vereitelung des Gesetzeszwecks führe,<sup>102</sup> überzeugt schon deshalb nicht, weil der Schadensersatzanspruch mit Fristablauf nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB und nicht mit dem Schadensersatzverlangen fällig wird und zu verjähren beginnt. Das Schadensersatzverlangen hat dagegen allein die Funktion, den Gläubiger gegenüber dem Schuldner auf einen Anspruch festzulegen.<sup>103</sup> Die Verjährung dürfte daher nach neuem Recht mit Verstreichen der Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB beginnen.<sup>104</sup>

### 3. Zwangskauf bei verspäteter Räumung?

Für den Fall der Nichträumung der Wohnung sollen sich nun nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung,<sup>105</sup> die auch einen Anhaltspunkt in den Materialien findet,<sup>106</sup> völlig

---

<sup>97</sup> Arnold (Fn. 1) S. 599 f.; *Börstinghaus* ZGS 2002, 102, 105; *Eckert* NZM 2001, 409, 412 f.; *Heinrich*, Die Reform des Verjährungsrechts, Download [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de), Mietgerichtstag 2002, zitiert nach pdf-Ausdruck, S. 7 f.; *Langenberg* WuM 2002, 71; *Sternel* ZMR 2002, 1, 6; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 21) § 548 Rn. 11.

<sup>98</sup> BGH NZM 2000, 547; KG NJW-RR 1997, 392; *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus*, Neues Mietrecht, 2002, § 538 Rn. 3.

<sup>99</sup> *Langenberg* WuM 2002, 71, 72.

<sup>100</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45; dagegen *Heinrich* (Fn. 97) S. 7 f.

<sup>101</sup> *Heinrich* (Fn. 97) S. 8.

<sup>102</sup> *Langenberg* WuM 2002, 71, 72.

<sup>103</sup> So zutreffend bereits *Gruber* WuM 2002, 252, 255.

<sup>104</sup> *Heinrich* (Fn. 97) S. 7 f.; *Gruber* WuM 2002, 252, 255.

<sup>105</sup> Als erster noch im Gesetzgebungsverfahren: *U. Huber*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31, 42, Fn. 29; *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 281 Rn. 1; *Dedek*, in: *Henssler/von Westphalen* (Hrsg.), *Praxis*

neue Wege für den Vermieter aufzutun: Er kann dem Mieter eine Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB setzen, um ihm dann die Wohnung im Wege des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung wegen erheblicher Pflichtverletzung nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB gegen Kaufpreiszahlung i.H. des Verkehrswertes zwangsweise zu verkaufen. Die Liste der Bedenken gegen diese Idee ist lang: Schon der Inhalt des Tatbestandsmerkmals „statt der Leistung“ wird unpräzise bestimmt: Es geht bei der Miete ja nicht um Eigentums-, sondern um Besitzverschaffung: Der Ersatzanspruch nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB wäre konsequenterweise auf Überlassung des dauerhaften Besitzes gegen den kapitalisierten Restgebrauchswert der Sache gerichtet.<sup>107</sup> Wo aber bliebe das für Dauerschuldverhältnisse typische Kündigungsrecht nach § 314 BGB? Auch schiene der Druck auf einen Mieter immens, der sich, mglw. in fahrlässigem Rechtsirrtum befindend, gegen ein Kündigungsrecht zur Wehr setzt.<sup>108</sup> Eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt deshalb nach einer weiteren Ansicht nur dann in Betracht, wenn ein vollstreckbares Räumungsurteil ergangen ist.<sup>109</sup> Nach anderer Ansicht liegt die Lösung des Problems in § 571 Abs. 1 Satz 2 BGB: Ein über die pauschale Ersatzpflicht hinausgehender Ersatz nach § 546a BGB komme nach dieser Norm nur in Betracht, wenn es die Billigkeit erfordere. Dies sei aber praktisch niemals der Fall.<sup>110</sup> Als problematisch wird weiterhin die Verteilung des Insolvenzrisikos des Mieters angesehen: Wenn der Vermieter nämlich Schadensersatz statt der Leistung verlangt, geht sein auf die Wohnung gerichteter Rückgewähranspruch nach § 281 Abs. 4 BGB unter.<sup>111</sup>

Die ganze Diskussion hat etwas „Gespensterhaftes“. Denn trotz des neuen Etiketts (Schadensersatz statt der ganzen Leistung) handelt es sich bei § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB um den aus dem Kaufrecht bekannten „großen Schadensersatzanspruch“, der eine Kombination aus den Rechtsfolgen des Rücktritts und des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Dies folgt eindeutig aus § 281 Abs. 5 BGB, der auf die Folgen des Rücktrittsrechts verweist. Auf den Mietvertrag sind wegen seines Dauerschuldcharakters das

---

der Schuldrechtsreform, 2002, § 281 Rn. 7; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 74) S. 108; *Emmerich NZM* 2002, 362, 367.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 139.

<sup>107</sup> *Martin Schwab NZM* 2003, 50, 51 f.

<sup>108</sup> Beispiel bei *Martin Schwab NZM* 2003, 50.

<sup>109</sup> *Martin Schwab NZM* 2003, 50, 52 ff.

<sup>110</sup> *Gruber WuM* 2002, 252, 253; ebenso *Arnold* (Fn. 1) S. 598.

<sup>111</sup> *Martin Schwab NZM* 2003, 50, 52.

Rücktrittsrecht und seine Rechtsfolgen aber nur bis zum Gefahrübergang anwendbar, danach nicht;<sup>112</sup> dies anerkennt auch das neue Recht (arg. e § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB!). Einen Anspruch aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Vermieter nach Gefahrübergang daher gar nicht geltend machen.

### **C. Aufwendungsersatz.**

#### **I. Ansprüche gegen den Vermieter.**

##### **1. § 284 BGB.**

Der neu geschaffene § 284 BGB erweitert die Möglichkeit des Mieters, Aufwendungen zu liquidieren, deren Zweck durch eine Leistungsstörung des Mietverhältnisses (z.B. verfrühte Kündigung nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB) verfehlt wird. Allerdings muss der Aufwendungsersatz anstelle Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht werden. Fraglich ist, ob § 536a Abs. 1 BGB einen solchen Anspruch vermittelt. Dies wird im Schrifttum im Anschluss an die redaktionellen Änderungen des Normtextes durch die Schuldrechtsreform weitgehend bejaht.<sup>113</sup> Hier allerdings wird die Auffassung vertreten, dass der von § 280 Abs. 3 BGB erfasste Schadensersatz im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB wegen § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB praktisch nicht liquidiert werden kann (oben B 1). Dennoch ist deshalb der Anspruch aus § 284 BGB wohl nicht ausgeschlossen. Denn das Tatbestandsmerkmal verfolgt einen doppelten Zweck, der auch im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB gewährleistet ist: Es stellt erstens klar, dass der Aufwendungsersatzanspruch nur alternativ zum Nichterfüllungsschaden ersetzt werden kann und dass er zweitens vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der § 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB abhängt.<sup>114</sup> An die Stelle dieser Normen treten im Mietrecht aber ohnehin die §§ 536a und 536c BGB. Für diese Betrachtungsweise spricht auch der Zweck des § 284 BGB, den Ersatz frustrierter Aufwendungen zu erleichtern.<sup>115</sup> Damit greift die Norm aber auch eine im Mietrecht bekannte

---

<sup>112</sup> So zutreffend im einschlägigen Zusammenhang Bamberger/Roth/Grüneberg, 2002, § 281 Rn. 61.

<sup>113</sup> Ebenso Dauner-Lieb, in: Anwaltskommentar (Fn. 69) § 284 Rn. 4.

<sup>114</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 144, rechte Spalte erster Absatz.

<sup>115</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 143; Dauner-Lieb in: Anwaltskommentar (Fn. 69) § 284 Rn. 1; MünchKomm/Ernst § 284 Rn. 4; Bamberger/Roth/Grüneberg, 2002, § 284 Rn. 1; Reim NJW 2003, 3662, 3663; Gsell, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321 f.

Problematik auf.<sup>116</sup> Es ist kein Grund zu erkennen, warum ausgerechnet den Parteien des Mietvertrages der Zugang zu § 284 BGB verwehrt sein sollte.

**a) Konkurrenz zu § 536a Abs. 2 BGB.**

Der Mieter kann Aufwendungen, die er zur Beseitigung eines Mangels tätigt, nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nur ersetzt verlangen, wenn der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug geraten ist.<sup>117</sup> Die z.T. vertretene Auffassung, das Erfordernis des Verzuges sei nun überholt und müsse durch das bloße Verstreichen einer Nacherfüllungsfrist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ersetzt werden<sup>118</sup>, vermag bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen. Denn § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB passt auch bei analoger Anwendung (vgl. nämlich B 1) kaum auf Dauerschuldverhältnisse. Die Norm orientiert sich vielmehr einseitig an der Interessenlage des Kauf- oder Werkvertrags, wo sich der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit auf Sekundäransprüche des Gläubigers einstellen muss, wenn er nicht vertragsgemäß leistet. Die Frist nach § 281 BGB bedeutet für ihn eine „letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden.“<sup>119</sup> Es leuchtet ein, dass der darin liegende Schutzgedanke auf die Spitze getrieben würde, käme es zusätzlich noch darauf an, dass der säumige Schuldner das ergebnislose Verstreichen der Frist auch zu vertreten hätte. Bei der Miete muss sich der Vermieter aber nicht während der gesamten Laufzeit auf Sekundäransprüche nach Fristsetzung des Mieters einstellen, weil seine Verpflichtung aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB ja ständig fällig wird. Das Verschuldenserfordernis des § 536a Abs. 2 BGB schützt ihn vor einer Überrumpelung durch Fristablauf, gegen die er sich bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht vorsehen kann (etwa kurzfristige Erkrankung des nicht gewerblichen Vermieters).

Fraglich ist, ob Aufwendungen, die außerhalb der Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB getätigt werden, über § 284 BGB liquidiert werden können. § 284 BGB findet ja bei einer für den Mieter überraschenden, durch Vertragspflichtverletzung des Vermieters bedingten verfrühten Beendigung des Mietverhältnisses Anwendung. Gegen eine Liquidation könnte der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB sprechen, den Vermieter vor voreiligen Sekundäransprüchen des Mieters auch im Nachhinein zu schützen. Dies greift indes zu kurz.

---

<sup>116</sup> BGH NJW 1997, 2813.

<sup>117</sup> Der Ausnahmefall des § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB wird im Folgenden nicht erörtert.

<sup>118</sup> *Kandelhard* WuM 2003, 3, 14 = DWW 2003, 11.

<sup>119</sup> Ausdrücklich RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

Eine Besonderheit des § 284 BGB gegenüber der alten Rechtslage, die den Aufwendungsersatz über das positive Interesse ersetzte und dem Mieter dabei mit der Rentabilitätsvermutung half<sup>120</sup>, ist, dass der Ersatz der Aufwendungen nunmehr allein vom Vertrauen des Mieters in den Erhalt bzw. Behalt<sup>121</sup> der Mietsache abhängt. Deshalb kommt auch ein Ersatz ökonomisch nicht sinnvoller, rein konsumtiver Aufwendungen in Betracht.<sup>122</sup> Außerhalb der Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB investiert der Mieter zweifellos auf „eigene Gefahr“. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass dies im Vertrauen auf den Erhalt der Gegenleistung i.S.d. § 284 BGB geschieht und unterscheidet sich in der Sache nicht von Verschönerungsmaßnahmen, die der Mieter ebenfalls allein im Eigeninteresse und ohne Chance auf Ersatz gegenüber dem Vermieter vornimmt.

Eine Einschränkung könnte sich aus dem Tatbestandsmerkmal „billigerweise“ in § 284 BGB ergeben. Überwiegend wird darin ein Hinweis auf die Bedeutung des § 254 BGB im Rahmen des § 284 BGB gesehen<sup>123</sup>, wobei aber die privatautonome Entscheidung des Gläubigers, vor Kenntnis der Leistungsstörung Aufwendungen auf die eigene Sache zu treffen, nicht angetastet sein soll.<sup>124</sup> Auch soll der Anwendungsbereich der Norm auf die Fälle des schutzwürdigen Vertrauens eingegrenzt werden: Umgekehrt darf ein Gläubiger nicht mehr schutzwürdig investieren, wenn er mit der Herausgabe der Sache rechnen musste<sup>125</sup> oder wenn sein Vertrauen aufgrund der Besonderheiten des Rechtsgrundes (Schenkung) nicht schutzwürdig ist.<sup>126</sup> So bleibt es bei der selbstverständlichen Reduzierung des Aufwendungsersatzes auf der Grundlage des § 254 BGB: Dem Mieter steht daher etwa nur ein gekürzter bzw. gar kein Anspruch zu, wenn er die Aufwendungen infolge technischen Unverstands in die Höhe getrieben hat. An der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit der Aufwendungen ändert dies allerdings nichts.

---

<sup>120</sup> Bereits RG-Rechtsprechung: vgl. etwa RGZ 50, 188, 190; BGHZ 57, 78, 80 = NJW 1971, 2218; vgl. hier noch BGHZ 99, 182, 196 ff. = NJW 1987, 831; BGHZ 114, 193 = NJW 1991, 2277; zum alten Recht etwa: Staudinger/*Otto*, 13. Aufl. 1995, § 325 Rn. 79 ff.; kritisch MünchKomm/*Emmerich*, 3. Aufl. 1994, § 325 Rn. 86; *Müller-Laube JZ* 1995, 538, 541.

<sup>121</sup> Dazu *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 261.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 143; *Reim* NJW 2003, 3662, 3663; *Gsell* (Fn. 115) S. 321 ff., 327.

<sup>123</sup> *Canaris JZ* 2001, 499, 517; *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 284 Rn. 11; *Grigoleit ZGS* 2002, 122, 124; a.A. MünchKomm/*Ernst* § 284 Rn. 20.

<sup>124</sup> *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 52) 4/30; *Gsell* (Fn. 115) S. 344.

<sup>125</sup> *Canaris JZ* 2001, 499, 517; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, 2002, § 284 Rn. 11; vgl. vor allem auch *Reim* NJW 2003, 3662, 3665 m.w.N.

<sup>126</sup> MünchKomm/*Ernst*, § 284 Rn. 20.

## **b) Konkurrenz zu § 539 Abs. 1 BGB: Konsumtive Aufwendungen auf die Mietsache.**

Die wirtschaftlich bedeutendste mietrechtliche Neuerung des § 284 BGB liegt im Ersatz rein konsumtiver Aufwendungen:<sup>127</sup> Theoretisch könnte der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses alle im privaten Interesse getroffenen Verschönerungsmaßnahmen liquidieren. Bislang schränkte die ganz h.M. diese Möglichkeit vor allem dadurch ein, dass sie § 539 Abs. 1 BGB als Rechtsgrundverweisung auf die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag verstand.<sup>128</sup> Wegen regelmäßig fehlenden Fremdgeschäftsführungswillens nach § 677 BGB<sup>129</sup> und Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 683 Satz 1 BGB (Wille und Interesse des Vermieters) kam ein Ersatz solcher Aufwendungen nicht in Betracht. Vor der Verwendungskondition des Mieters (§§ 946, 951 iVm. § 812 Abs. 1 Satz 1 zweiter Fall BGB) war der Vermieter schließlich durch die Anwendung der Grundsätze über die aufgedrängte Bereicherung geschützt.<sup>130</sup>

Die Frage, ob § 284 BGB neben diesem vorliegend nur grob skizzierten System aus Ersatzansprüchen<sup>131</sup> frei konkurrieren kann, wird mit Rücksicht auf den Zweck der Norm weitgehend bejaht (zu diesem vgl. bereits oben B 1 vor a).<sup>132</sup> Für diese Ansicht spricht, dass § 284 BGB auf einer eigenständigen Haftungsgrundlage beruht. Während § 539 Abs. 1 BGB einen allgemeinen Vermögensausgleich zwischen Mieter und Vermieter bei Vertragsbeendigung anstrebt, schützt § 284 BGB das infolge einer Vertragspflichtverletzung enttäuschte Mietervertrauen, die Mietsache nicht wie vertraglich vereinbart länger behalten zu dürfen. Dieser Haftungsgrund führt zum zentralen Anwendungsproblem des § 284 BGB: Aufwendungsersatz kann der Mieter nur verlangen, wenn er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gehandelt hat und die Aufwendungen billigerweise treffen durfte. Zwischen Miete auf der einen Seite und Kauf- bzw. Werkvertrag auf der anderen besteht dabei ein bedeutender Unterschied: Der Käufer oder Besteller kann vor Kenntnisnahme von einer zum

---

<sup>127</sup> Allgemein *Gsell* (Fn. 115) S. 321 ff., 327.

<sup>128</sup> So auch der Gesetzgeber der Mietrechtsreform BT-Drucks. 14/4553, S. 42, im Anschluss an die alte h.M. Vgl. nur *MünchKomm/Voelskow*, 3. Aufl., § 547 Rn. 7; *Staudinger/Emmerich*, 13. Aufl. 1995, § 547 Rn. 36; *ders.*, 13. Aufl., Neubearbeitung 2003, § 539 Rn. 5.

<sup>129</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1976, 2255; *Staudinger/Emmerich* (Fn. 18) § 547 Rn. 31.

<sup>130</sup> Zu dieser vgl. nur *Reuter/Martinek* S. 544 ff.; *Larenz/Canaris II/2* § 72 IV.

<sup>131</sup> Vgl. noch *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 567 ff.

<sup>132</sup> *Derleder* WuM 2002, 407, 408; *Kandelhard* WuM 2002, 3, 5 f.; *Dauner-Lieb* in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 284 Rn. 4.

Rücktritt führenden Leistungsstörung regelmäßig darauf vertrauen, dass die Leistung des Schuldners *endgültig* in seinem Vermögen verbleibt. Dies ist beim Mietvertrag nicht so: Weil der Mieter vom Vertragsende und der dann entstehenden Rückgabepflicht weiß, ist sein Vertrauen auf den Erhalt der Leistung nicht in gleicher Weise schutzwürdig. Bei vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses kann er nur Ersatz für die Aufwendungen verlangen, die er „billigerweise machen durfte“: Wer ein Kraftfahrzeug für eine Woche mietet und zu diesem Zweck eine neue CD-Anlage einbaut, mag im Vertrauen auf den Erhalt der Mietsache gehandelt haben; er kann indes nicht billigerweise wegen einer verfrühten Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB Aufwendungsersatz verlangen, weil von Beginn an klar war, dass ein Großteil seiner Investitionen ohnehin bei Vertragsende verloren gehen würden. Hier greift im Übrigen der Rechtsgedanke des § 539 Abs. 1 BGB: Endet das Mietverhältnis *ordnungsgemäß*, kann der Mieter Aufwendungen, die er nicht in Fremdgeschäftsführungswillen unter Beachtung des Willens und Vertrauens des Vermieters getätigt hat, nicht ersetzt verlangen; daran ändert auch § 284 BGB nichts. Im Einzelfall kann es jedoch schwierig sein, die Höhe der vom Mieter getätigten Aufwendungen in ein Verhältnis zu dem Gebrauchszeitraum zu setzen, auf den der Mieter rechtmäßigerweise vertrauen durfte.

Dies fällt in den Fällen der befristeten Miete vglw. leicht: Läuft ein Geschäftsraummietvertrag fünf Jahre und wird dem Mieter eine Verlängerungsmöglichkeit eingeräumt, dürften regelmäßig Investitionen in die Räume, die sich schon aus abschreibungstechnischen Gründen in Zeiträumen zwischen fünf und zehn Jahren für den Mieter amortisieren, unbedenklich über § 284 BGB zu ersetzen sein, wenn der Mietvertrag infolge eines Mangels der Mietsache früher durch außerordentliche Kündigung beendet wird. Komplizierter liegen die Dinge bei der unbefristeten Wohnraummiete: Hier ginge es zu weit, wenn der Mieter sich wegen der Erschweris der ordentlichen Kündigung nach § 573 BGB von Anfang an auf Unkündbarkeit einstellen müsste. Denn in den Fällen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB kann er den Eintritt des Kündigungsgrundes nicht steuern. Entsprechend darf er sich auf einen zeitlichen Bestand des Mietverhältnisses nur im Rahmen des § 573c Abs. 1 BGB (Fristen für die ordentliche Kündigung) verlassen. Dies rechtfertigt bei außerplanmäßiger frühzeitiger Beendigung kaum den Ersatz größerer Umbaumaßnahmen in einer Mietwohnung. Denn aus dem Rechtsgedanken des § 539 Abs. 1 BGB folgt ja gerade, dass der Mieter bei ordnungsgemäßer Beendigung des Mietverhältnisses – und dazu zählt die Kündigung in den Fällen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB – keine Ersatzansprüche geltend machen kann. Dann ist dies auch bei vorzeitiger Kündigung infolge eines Mangels wohl regelmäßig nicht möglich. Allerdings

kann sich die Schutzwürdigkeit des Mietervertrauens erhöhen, wenn der Vermieter mit bindender Wirkung versichert, dass Gründe nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht absehbar seien. Sieht man das Tatbestandsmerkmal der Billigkeit mit der h.M. in § 284 BGB als einen Verweis auf § 254 BGB an (oben C I 1 a), so bedeutet das Überschreiten des schutzwürdigen Rahmens prinzipiell nur eine Kürzung der Aufwendungen. In Extremfällen wie dem Beispiel der Kfz-Miete dürfte der Ersatz indes ganz versagt sein.

**c) Analoge Anwendung von Mietrechtsvorschriften auf den Aufwendungsersatzanspruch (§§ 536b, 536c und 548 Abs. 2 BGB).**

Nach § 536b BGB sind Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, wenn der Vermieter den Mangel kennt oder bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von Satz 2 grob fahrlässig nicht kennt. Im Rahmen des § 284 BGB dürfte es schon aus allgemeinen Überlegungen heraus unter denselben tatsächlichen Voraussetzungen an der Schutzwürdigkeit des Mietervertrauens in den Erhalt der Leistung fehlen. Der Anspruch aus § 284 BGB setzt aber ohnehin voraus, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 536a Abs. 1 BGB vorliegen (oben C I 1 vor a). Zu diesen zählt aber auch § 536b BGB. Aus denselben Gründen findet auf § 284 BGB auch die Rechtsfolge des § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechende Anwendung. Anders als der Anspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 BGB kennt § 536a Abs. 1 BGB keine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Teilfunktionen der Fristsetzung übernimmt indes die Anzeige.

Nach § 548 Abs. 2 BGB verjähren Aufwendungsersatzansprüche des Mieters in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses. Bislang erfasste die Norm nur die beiden Ansprüche aus § 536a Abs. 2 BGB und § 539 Abs. 1 BGB.<sup>133</sup> Für die Anwendung der Norm auf § 284 BGB spricht zum einen, dass die Norm wie § 536a Abs. 2 BGB eine vom Vermieter zu vertretende Vertragspflichtverletzung voraussetzt. Nimmt man schließlich den Normzweck hinzu, „zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen“<sup>134</sup>, muss die kurze Verjährung auch für § 284 BGB gelten.

---

<sup>133</sup> Staudinger/*Emmerich* (Fn. 18) § 548 Rn. 19.

<sup>134</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 45, rechte Spalte; vgl. hier nur BGHZ 47, 53, 56 = NJW 1967, 80; Staudinger/*Emmerich* (Fn. 18) § 548 Rn. 1 m.w.N.

## **2. Aufwendungsersatz über § 536a Abs. 1 BGB.**

Richtiger Auffassung nach dürften frustrierte Aufwendungen weiterhin über § 536a BGB unter Zugrundelegung der Rentabilitätsvermutung als Schaden ersetzt werden.<sup>135</sup> Der Gesetzgeber wollte dem Gläubiger durch Einführung des § 284 BGB den Aufwendungsersatz erleichtern,<sup>136</sup> nicht aber die Möglichkeit des Schadensersatzes in diesen Fällen beschneiden. Wenn auch mittlerweile sogar vertreten wird, dass § 284 BGB auf das positive Interesse gerichtet sei,<sup>137</sup> beruht die Norm auf einem anderen Haftungsgrund als § 536a Abs. 1 BGB: Während über § 284 BGB das enttäuschte Vertrauen in den Erhalt der Leistung liquidiert wird (oben C I 1 b), geht es bei § 536a Abs. 1 BGB und der Rentabilitätsvermutung um entgangenen Gewinn. Wie vielfach dargestellt,<sup>138</sup> lässt sich deshalb nur ein Teil der über § 284 BGB ersetzbaren Aufwendungen auch über § 536a Abs. 1 BGB ersetzen, weil der Mieter ihre ökonomische Rentabilität gegenüber den Einwänden des Vermieters verteidigen muss. Dies rechtfertigt auch den Vorteil, dass im Fall des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB aus Garantie und nicht wie in § 284 BGB für Vertretenmüssen gehaftet wird. Auch passt hier § 548 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu § 284 BGB nicht.

## **3. Aufwendungsersatz auf der Grundlage der culpa in contrahendo und beschränkter Ersatz des negativen Interesses.**

Nach hier vertretener Auffassung ist die c.i.c. (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) neben den §§ 536 ff. BGB beim Ersatz von Mangelfolgeschäden anwendbar, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen durch analoge Anwendung der §§ 536b und 536c BGB ergänzt werden (oben B I 2). Trotz der Anspruchs begründung im Vorvertragsstadium decken sich der Anwendungsbereich der c.i.c. und der des § 284 BGB vollständig. Bei einem Rechtsmangel oder unbehebbar Sachmangel kommt es nach hier vertretener Auffassung zur Konkurrenz mit § 536a Abs. 1 erster Fall BGB (B I 3 b); dann muss aber auch § 284 BGB, der als

---

<sup>135</sup> Grundlegend *Derleder* WuM 2002, 407, 408 und 410; allgemein: *Canaris* JZ 2001, 499, 517; *MünchKomm/Ernst* § 284 Rn. 35; *Gsell* (Fn. 115) S. 340 f.; *Lorenz/Riehm* Rn. 223 ff.; a.A., allerdings zu einem sehr frühen Stadium der Rezeption, *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 284 Rn. 5; *von Wilmsky* JuS 2002, Beilage 1 zu Heft 1, S. 10, 14.

<sup>136</sup> *BT-Drucks.* 14/6040, S. 143; *Dauner-Lieb* in: *Anwaltskommentar* (Fn. 69) § 284 Rn. 1; *MünchKomm/Ernst* § 284 Rn. 4; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, 2002, § 284 Rn. 1; *Reim* NJW 2003, 3662, 3663; *Gsell* (Fn. 115) S. 321 f.

<sup>137</sup> *Gsell* (Fn. 115) S. 334 f.

<sup>138</sup> Vgl. hier nur *Gsell* (Fn. 115) S. 322 f.; *Reimer* NJW 2003, 3662 f.; *MünchKomm/Ernst* § 284 Rn. 4.

Alternative an die Stelle des § 536a Abs. 1 erster Fall BGB tritt (C I 1 vor a), anwendbar sein. Dagegen begründet eine behebbare Funktionsstörung der Mietsache vor Fälligkeit keine Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB (vgl. B I 3 c); mit Eintritt der Fälligkeit haftet der Vermieter aber bei fehlender Übergabe der Mietsache wegen Unmöglichkeit aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB (B I 3 c) und damit alternativ auch aus § 284 BGB.

Der Anspruch aus c.i.c. ist dabei auf das negative Interesse gerichtet.<sup>139</sup> Frustrierte Aufwendungen auf die Mietsache repräsentieren einen ohne weitere Voraussetzungen zu liquidierenden Posten im Rahmen des negativen Interesses. Auf die Rentabilität der Aufwendungen und damit die Rentabilitätsvermutung kommt es bei der c.i.c. nicht an,<sup>140</sup> denn über das negative Interesse werden *alle* infolge des rechtswidrig herbeigeführten Vertragsschlusses entstandenen Aufwendungen und Schäden liquidiert. Dieser Gesichtspunkt spricht allerdings nicht gegen die Konkurrenz von c.i.c. und § 536a Abs. 1 BGB: Denn im Rahmen der c.i.c. kann der Vermieter die fehlende Rentabilität im Rahmen des Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend machen.<sup>141</sup> Er muss dann behaupten und beweisen, dass der Mieter in jedem Fall mit einem anderen Vertragspartner kontrahiert und dabei denselben Verlust durch überflüssige oder überhöhte Aufwendungen erzielt hätte.

Probleme entstehen auch nicht aus der Konkurrenz der c.i.c. zu § 284 BGB, wenn man die §§ 536b und 536c BGB analog anwendet. Beide Anspruchsgrundlagen zielen auf Vertrauensschutz des Mieters. Grund und Umfang des Aufwendungsersatzes hängen daher davon ab, ob und wie weit das Vertrauen des Mieters in den Erhalt der Leistung bzw. den Bestand des Vertrages geschützt wird: Wenn § 254 BGB im Rahmen des § 284 BGB zu einer Anspruchskürzung führt, gilt für die c.i.c. nichts anderes. Auf die c.i.c. dürfte aber auch § 548 Abs. 2 BGB anzuwenden sein. Denn aus einer weiteren Überlegung heraus ergibt sich, dass die c.i.c. bei fahrlässiger Begehungsweise nur auf Aufwendungsersatz gerichtet sein kann und nicht auf den Ersatz eines darüber hinausgehenden negativen Interesses:

Nach ganz h.M. eröffnet § 284 BGB nur einen Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen, nicht aber auf die Liquidation eines darüber hinausgehenden negativen

---

<sup>139</sup> *Derleder* WuM 2002, 407, 408; *Kandelhard* WuM 2003, 3, 5 f. = DWW 2003, 11, zweifelnd allerdings auf S. 4.

<sup>140</sup> *Derleder* WuM 2002, 407, 408.

<sup>141</sup> So zu Recht bereits *Kandelhard* WuM 2003, 3, 5 = DWW 2003, 11.

Interesses<sup>142</sup> (z.B. Ersatz der Nachteile, die durch das Verpassen einer günstigeren Abschlussmöglichkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen). Konsequenterweise kann eine § 284 BGB zugrunde liegende Pflichtverletzung nicht ohne Weiteres (d.h. im Falle fahrlässiger Begehung) im Rahmen eines Anspruchs aus c.i.c. zur Liquidierung dieser Position führen. Sonst würde die in § 284 BGB getroffene gesetzgeberische Wertentscheidung unterlaufen. Für diese Betrachtungsweise spricht auch, dass alle in den §§ 437 ff., 536 ff., 634 ff. BGB vorgesehenen Rechtsbehelfe den Gläubiger grundsätzlich für die Vergangenheit am Vertrag festhalten und ihn daher nicht so stellen, als habe es den Vertrag nie gegeben. Konsequenterweise eröffnet die c.i.c. daher nur einen Aufwendungsersatzanspruch, was ihre Gleichstellung im Hinblick auf § 548 Abs. 2 BGB gebietet. Im Falle der vorsätzlichen Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht mag dies wegen des Prinzips „fraus omnia corrumpit“ anders liegen.

## **II. Ansprüche gegen den Mieter.**

Im Rahmen eines Anspruchs des Vermieters gegenüber dem Mieter aus § 284 BGB spielt wiederum eine besondere Rolle, dass der Vermieter nicht dauerhaft auf den Erhalt der Leistung (Miete) vertrauen darf, sondern im Rahmen der üblichen Kündigungsfristen des Mieters bzw. dem Ende der Vertragslaufzeit mit dem Ende des Vertragsverhältnisses rechnen muss (oben C I 1 b). Für die Ersatzfähigkeit dürfte es ferner darauf ankommen, dass der Vermieter die Investitionen nicht umlenken und gegenüber einem Folgemmieter nutzbar machen kann.<sup>143</sup> Von besonderer Bedeutung erscheint dabei, dass der Aufwendung verschiedene, miteinander konkurrierende Zwecke zugrunde liegen können und den Vermieter die Beweislast trifft, welche Zwecke er schwerpunktmäßig verfolgt, so dass diese durch eine vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses verfehlt sind.<sup>144</sup> Der Aufwendungsersatz kann weiterhin auf der Grundlage von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Rentabilitätsvermutung sowie der c.i.c. stattfinden.

---

<sup>142</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 144, linke Spalte, letzter Absatz; *Dauner-Lieb*, in: Anwaltskommentar (Fn. 69) § 284 Rn. 11; *Gsell* (Fn. 115) S. 334; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, 2002, § 284 Rn. 4; *Oechsler* (Fn. 37) Rn. 264.

<sup>143</sup> *Gsell* (Fn. 115) S. 345.

<sup>144</sup> *Gsell* (Fn. 115) S. 329.

## **D. Ergebnis**

1. Wegen eines Mangels der Mietsache kann dem Mieter kein Schadensersatzanspruch statt der Leistung i.S.d. §§ 280 Abs. 3, 281 BGB entstehen (B I 1). § 536a Abs. 1 BGB zielt aus denselben Gründen nicht auf Schadensersatz statt der Leistung, sondern auf den Ersatz von Mangelfolgeschäden i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. So können die Einzelregelungen des § 281 BGB auch nicht analog auf § 536a Abs. 1 BGB angewendet werden (B I 1).

2. Die Konkurrenz einer aus mangelbezogener Schutzpflichtverletzung begründeten c.i.c. führt nicht zu Wertungswidersprüchen, wenn die §§ 536b und 536c BGB entsprechend angewendet werden. Für die Liquidierung von Mangelfolgeschäden ist der Anspruch allerdings ohne praktische Bedeutung (B I 2); außerhalb mangelbezogener Schutzpflichten hat sich die Rechtslage durch die Schuldrechtsreform nicht verändert (B I 2). Als Aufwendungsersatzanspruch kann die c.i.c. neben § 284 BGB mit zwei Beschränkungen konkurrieren: Wie bei § 284 BGB beschränkt sich das negative Interesse auf frustrierte Aufwendungen und umfasst nicht den Ersatz für eine verpasste weitere Abschlussmöglichkeit; auch findet die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB – wie bei § 284 BGB – entsprechende Anwendung.

3. Wendet man § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB als Verschuldenshaftung an, entsteht wegen des zu § 536a Abs. 1 erster Fall BGB unterschiedlichen Haftungsmaßstabes ein System von sechs gegeneinander abzugrenzenden Fallkonstellationen, das Wertungswidersprüche in sich einschließt. § 276 Abs. 1 BGB kann für den Fall der Miete aber weiterhin als Garantiehaftung verstanden werden; dies vermeidet Abgrenzungsschwierigkeiten und Wertungswidersprüche (B I 3 b).

4. Zum Mangelbegriff (B I 3 c): Vor Fälligkeit der Pflicht aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nur dann von einem Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB die Rede sein, wenn die Störung unbehebbar ist (arg. e § 323 Abs. 4 BGB); Ausnahme: Der Vermieter verweigert ernsthaft und endgültig jede Beseitigung (arg. e §§ 281 Abs. 1 erster Fall, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Rechtsmängel liegen mit Eintritt der Fälligkeit vor. Leidet die Sache unter einer Funktionsstörung, die bei Übergabe unter § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB fällt, sind drei Fälle zu unterscheiden: (1) Ist die Störung unbehebbar, kommt bereits jetzt ein Sachmangel in Betracht (arg. e § 323 Abs. 4 BGB), (2) ist die Störung behebbar, tritt mit Fälligkeit Unmöglichkeit ein, und der Vermieter haftet nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB; (3) wird die Sache übergeben, liegt ein Sachmangel vor.

5. Bei nachträglichem Mangeltritt haftet der Vermieter nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB nur, wenn § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB analog angewendet wird (B I 4 a). Bei nachträglicher Unmöglichkeit kann die bisherige Rechtsprechung zum Freiwerden des Vermieters nach § 242 BGB entgegen z.T. vertretener Auffassung auf der Grundlage des § 275 Abs. 2 BGB fortgesetzt werden (B I 4 b).
6. Beschädigt der Mieter die Mietsache, haftet er nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB und nicht nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 281 BGB (B II 1.).
7. Wegen unterlassener Schönheitsreparaturen haftet er nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 281 BGB. Die Verjährung beginnt mit Ablauf der Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Für die Verzögerung zwischen Fälligkeit und Fristablauf wird nicht gehaftet (B II 2).
8. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB kann auf den mit der Räumung säumigen Mieter nicht angewendet werden (B II 3).
9. § 284 BGB ist im Fall des § 536a Abs. 1 BGB anwendbar (C I 1 vor a). Das Verzögerungsfordernis kann nicht durch § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ersetzt werden (C I 1 a); Aufwendungen, die den Anforderungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht genügen, können dennoch nach § 284 BGB liquidiert werden (C I 1 a). Zentrales Problem der Anwendung des § 284 BGB ist das Vertrauen des Mieters in den Erhalt der Leistung, da die Miete anders als Kauf und Werkvertrag nicht auf endgültigen Verbleib der Sache beim Gläubiger gerichtet ist (C I 1 b). Die §§ 536b, 536c und 548 Abs. 2 BGB sind analog auf den Aufwendungsersatzanspruch anzuwenden.
10. Frustrierte Aufwendungen können weiterhin über § 536a BGB (C I 2) und die c.i.c. (C I 3) liquidiert werden.