

Hubert Blank

Das Gebot der Rücksichtnahme nach § 241 Abs.2 BGB im Mietrecht

Teil A: Überblick

I. Leistungspflichten und Schutzpflichten.

Man unterscheidet im Schuldrecht seit jeher zwischen den Leistungspflichten einerseits und den Schutzpflichten (oder weiteren Verhaltenspflichten) andererseits. Zur Gruppe der Leistungspflichten zählen alle Pflichten, die eine Veränderung der Vermögenslage des Gläubigers bewirken sollen, bei der Miete etwa die Pflicht des Mieters zur Bezahlung der Miete oder die Verpflichtung des Vermieters zur Überlassung der Sache. Die Schutzpflichten sollen demgegenüber sicherstellen, dass die am Schuldverhältnis Beteiligten in ihren Rechtsgütern und Interessen möglichst nicht beeinträchtigt werden. Es handelt sich um Unterlassungs-, Anzeige-, Mitteilungs-, Aufklärungs-, Fürsorge-, Unterstützungs- und Loyalitätspflichten. Ein Teil dieser Verhaltenspflichten wird zwar auch durch das Deliktsrecht normiert. Die zusätzliche Verankerung dieser Pflichten in § 241 Abs.2 BGB ist gleichwohl nicht entbehrlich.¹ Zum einen kann die schuldrechtliche Beziehung eine Erweiterung der deliktischen Pflichten rechtfertigen. Zum anderen haben die Schutzpflichten im Schuldverhältnis zur weiteren Folge, dass der jeweils Schutzpflichtige für das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einstehen muss.

Auf der bereits bisher allgemein anerkannten Unterscheidung zwischen den Leistungs- und den Schutzpflichten beruht auch § 241 Abs.2 BGB.² Die Regelung in Abs.2 betrifft ausschließlich die Schutzpflichten. Daraus folgt zunächst, dass für die Anwendung von § 241 Abs.2 BGB kein Raum ist, wo der Inhalt einer Leistungspflicht in Frage steht. Die Abgrenzung ist nicht immer einfach.³ Die Verkehrssicherungspflicht des Vermieters dient zwar der Sicherheit des Mieters; sie ist gleichwohl keine Schutzpflicht im Sinne des § 241 Abs.2 BGB, sondern Teil der Gebrauchsüberlassungspflicht nach § 535 Abs.1 Satz 2 BGB, also eine Leistungspflicht. Die Vereinbarung von Betriebskostenvorauszahlungen in einer bestimmten Höhe begründet zweifellos eine Leistungspflicht für den Mieter. Werden die Vorauszahlungen aber zu niedrig angesetzt, so kann möglicherweise aber auch eine dem Vermieter obliegende Schutzpflicht in Form einer Aufklärungspflicht verletzt sein,

¹ dazu Emmerich in: Münchener Kommentar § 311 BGB Rdn. 60

² BT-Drucks.14/6040 S. 125

³ Kandelhard NJW 2002,3293

z.B., wenn der Mieter davon ausgeht, dass die Vorauszahlungen kostendeckend sind und er im Hinblick auf die vermeintlich preisgünstige Wohnung den Mietvertrag abschließt. Diese Aufklärungspflicht fällt unter § 241 Abs.2 BGB.

II. Die Tatbestandsmerkmale des § 241 Abs.2 BGB.

1. Das Schuldverhältnis.

Die Regelung des § 241 Abs.2 BGB gilt nach seinem Wortlaut für "das Schuldverhältnis". Hierunter ist zunächst das Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs.1 BGB zu verstehen, also eine Beziehung zwischen mindestens zwei Personen, auf Grund derer "der Gläubiger berechtigt (ist), von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Ein solches Schuldverhältnis kann kraft Gesetzes, durch einseitiges Rechtsgeschäft oder durch Vertrag entstehen. Durch § 311 Abs.2 BGB wird der Anwendungsbereich des § 242 Abs.2 BGB erweitert auf Beziehungen, die bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs.2 Nr.1 BGB) oder bei der Anbahnung eines Vertrags (§ 311 Abs.2 Nr.2 BGB) zustande kommen; es handelt sich um eine Kodifizierung des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo ohne (beabsichtigte) Änderung der bisherigen Rechtslage.⁴ Ein Anbahnungsverhältnis im Sinne der Nr.2 wird beispielsweise vorliegen, wenn der Eigentümer dem Mietinteressenten die Besichtigung des Mietobjekts gestattet. Hieran können sich nahtlos Vertragsverhandlungen im Sinne der Nr.1 anschließen, die schließlich mit dem Abschluss des Mietvertrags beendet werden. Der Vermieter kann dem Mieter die Räume bereits vor Vertragsbeginn überlassen, etwa damit dieser dort Renovierungsarbeiten durchführen kann. Die besonderen Schutzpflichten des § 241 Abs.2 sind also von der Anbahnung des Vertrags bis zur Beendigung des Schuldverhältnisses zu beachten. Für die Miete ist dabei von besonderer Bedeutung, dass das Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB nicht an den Bestand des Mietvertrags geknüpft ist. Dies folgt beispielsweise aus der Pflicht des Mieters zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung (546 a BGB) im Falle der Vorenthaltung der Mietsache. Das Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB endet gelegentlich nicht einmal mit der Rückgabe der Mietsache. Paradigmatisch hierfür ist die Pflicht des Vermieters zur Verwahrung von (wertvollem) aber zurückgelassenen Räumungsgut. Man kann deshalb festhalten, dass § 241 Abs.2 BGB auch nachvertragliche Schutzpflichten enthält.⁵

2. Die Parteien des Schuldverhältnisses

⁴ Emmerich in: Münchener Kommentar § 311 BGB Rdn.50

⁵ Palandt/Heinrichs § 241 BGB Rdn.7; Grüneberg in: Bamberger/Roth § 241 BGB Rdn.45, 99

Das Gesetz verwendet in § 241 Abs.2 BGB nicht die im allgemeinen Schuldrecht gebräuchlichen Begriffe "Gläubiger" und "Schuldner", sondern spricht vom "Teil" bzw. "anderen" Teil. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Rollenverteilung im Leistungsverhältnis nicht immer der Rollenverteilung bei den Schutzpflichten entspricht.⁶

3. Der Inhalt des Schuldverhältnisses.

Die jeweiligen Schutzpflichten unterscheiden sich nach der Art des in Frage stehenden Schuldverhältnisses. In § 241 Abs.2 BGB kommt dies durch die Anknüpfung der Pflichten an den "Inhalt" des Schuldverhältnisses zum Ausdruck. Nach der Gesetzesbegründung meint die Bezugnahme auf den Inhalt "vor allem das konkret Geregelter",⁷ also die konkrete Situation. Damit wird auch erfasst, was sich aus der "Natur des Schuldverhältnisses" ergibt, mithin das vertragstypische und damit zusammenhängend alle aus Treu und Glauben oder der Verkehrssitte ableitbaren Verhaltens- und Unterlassungspflichten.⁸ Im Entwurf der Schuldrechtskommission sollte dies durch das Begriffspaar "Natur und Inhalt" des Schuldverhältnisses zum Ausdruck kommen. Das Gesetz hat diesen Formulierungsvorschlag nicht übernommen; man war der Meinung, der Begriff "Inhalt" sage bereits "alles, was maßgeblich ist".⁹

Es leuchtet ein, dass der Umfang der Schutzpflichten wegen der Vielfalt der Schuldverhältnisse kaum konkreter geregelt werden kann. Gleichwohl ist nicht zu erwarten, dass durch § 241 Abs.2 BGB neue, bisher unbekannte Verhaltensregeln geschaffen werden. Bei den vorvertraglichen Schuldverhältnisse wird die Rechtspraxis auf die zur culpa in contrahendo entwickelten Grundsätze und im übrigen auf die aus § 242 BGB abgeleiteten und schon bisher anerkannten Verhaltensnormen zurückgreifen. Möglicherweise muss aber die eine oder andere Problemlösungen aus der Sicht des § 241 Abs.2 BGB neu überdacht werden.

4. Die geschützten Rechte, Rechtsgüter und Interessen

Das Gesetz verpflichtet zur Rücksicht auf die "Rechte, Rechtsgüter und Interessen" des jeweils anderen Teils. Die Begriffsreihe hat einen guten Sinn. Der Begriff der "Rechte" meint den auch durch das Deliktsrecht (§ 823 BGB) geschützten Bereich. Mit dem Begriff der "Rechtsgüter" wird das Vermögen im weitesten Sinne in den

⁶ BT-Drucks.14/6040 S. 125

⁷ BT-Drucks.14/6040 S.126

⁸ so bereits bisher BGH NJW 1983,998

⁹ BT-Drucks.14/6040 S.126

Schutzbereich einbezogen und mit dem Begriff der "Interessen" sind alle rechtlich schützenswerten Belange erfasst, wobei der Entscheidungsfreiheit eine maßgebliche Bedeutung zukommt.¹⁰

5. Der Begriff der Rücksicht

§ 241 Abs.2 umschreibt die Schutzpflichten mit dem Begriff der "Rücksicht". Dieser Begriff wird in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert. Aus der Gesetzesbegründung wird aber deutlich, dass die schon bisher anerkannten "Schutz- und Rücksichtnahmepflichten" kodifiziert werden sollten.¹¹ Diese Intention zeigt, dass mit dem Begriff der "Rücksicht" nicht nur Unterlassungs-, sondern auch Aufklärungspflichten angesprochen sind. Zum anderen ergibt sich aus dem Begriff der Rücksicht, dass der Schuldner durchaus seine eigenen Interessen verfolgen darf. Er muss diese nicht zurückstellen, soll bei der Verfolgung der eigenen Interessen aber auch die Interessen des anderen Teils mitbedenken und -berücksichtigen. Die den gesetzlichen Regelungen innewohnende Risikoverteilung wird durch § 241 Abs.2 BGB nicht tangiert. So muss der Vermieter den Ladenmieter nicht aus dem Vertrag entlassen, wenn sich dessen Umsatzerwartungen nicht erfüllen. Der Vermieter ist auch nicht zur Herabsetzung der Miete verpflichtet. Möglicherweise muss er aber einer Änderung des Vertragszwecks, etwa einer Erweiterung des Warensortiments zustimmen. Bei diesem Normverständnis wird klar, dass § 241 Abs.2 BGB im jeweiligen Einzelfall durch eine Interessenanalyse und -bewertung konkretisiert werden muss. Im Idealfall sollen sich die am Schuldverhältnis Beteiligten so verhalten, dass alle Interessen optimal verwirklicht werden können. Kann dieses Ziel nicht erreicht werden, so ist diejenige Form der Rechtsausübung zu wählen, die bei Wahrung der Interessen des einen Teils dem anderen Teil am wenigsten schadet.

6. Rechtsfolgen der Verletzung von Schutzpflichten

Die Rechtsfolgen bei der Verletzung der Schutzpflichten ergeben sich aus §§ 280, 282, 284 BGB.

a) Schadensersatz (§ 280 BGB)

Nach § 280 BGB kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner "eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis" verletzt. Zu diesen Pflichten gehören auch die Schutzpflichten nach § 241 Abs.2 BGB.¹² Diese Form des Schadensersatzes kann bei

¹⁰ BT-Drucks. 14/6040 S.126

¹¹ BT-Drucks. 14/6040 S.125

¹² BT-Drucks. 14/6040 S. 136, 163

Schuldverhältnissen aller Art entstehen, also sowohl bei vertraglichen als auch bei vorvertraglichen, nachvertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen. Bei vertraglichen Schuldverhältnissen kann der Anspruch nur im Schadensersatz neben der Leistung bestehen. Schadensersatz statt der Leistung setzt voraus, dass die besonderen Voraussetzungen des § 282 BGB gegeben sind.

Bei der Anwendung der §§ 241 Abs.2, 280 BGB muss zum einen festgestellt werden, welche Schutz- und Verhaltenspflichten in dem konkreten Schuldverhältnis bestehen. Sodann ist zu fragen, ob der Schuldner eine dieser Pflichten verletzt hat und ob er dies vertreten muss. Schließlich kommt es darauf an, ob dem anderen Teil durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Für die Pflichtverletzung trägt die Gläubiger die Beweislast. Nach § 280 Abs.2 BGB wird vermutet, dass der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat; die Beweislast für fehlendes Vertretenmüssen trägt der Schuldner. Für den kausalen Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, den Schaden als solchen und dessen Höhe ist der Gläubiger darlegungs- und beweispflichtig.

b) Schadensersatz statt der Leistung (§ 282 BGB)

Die Vorschrift des § 282 BGB gewährt dem Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs.2 BGB verletzt und dem Gläubiger deshalb die Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Diese Form des Schadensersatzes setzt voraus, dass der Gläubiger einen Leistungsanspruch hat. Deshalb gilt § 282 BGB nur bei wirksamen Vertragsverhältnissen, nicht aber bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen.¹³ Hierin unterscheidet sich § 282 BGB von § 280 BGB. Ist ein vertragliches Schuldverhältnis entstanden, so reicht es für die Anwendung des § 282 BGB aber aus, wenn die Pflichtverletzung im vorvertraglichen Stadium begangen worden ist.¹⁴

In dem Entwurf der Bundesregierung war der Schadensersatzanspruch nach § 282 BGB noch daran geknüpft, dass "die Pflichtverletzung wesentlich ist".¹⁵ Hierdurch sollte zum Ausdruck kommen, dass eine Lösung vom Vertrag nicht bei jeder beliebigen Pflichtverletzung möglich sein sollte.¹⁶ Der Rechtsausschuss -wie auch die Kommission "Leistungsstörungenrecht"- haben zu Recht darauf hingewiesen, dass das Kriterium der Wesentlichkeit bereits in dem Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

¹³ a.A: wohl Palandt/Heinrichs § 282 BGB Rdn.3

¹⁴ Emmerich in: Münchener Kommentar § 311 BGB Rdn. 250

¹⁵ BT-Drucks.14/6040 S.7

¹⁶ BT-Drucks.14/6040 S. 141

enthalten ist.¹⁷ Deshalb gilt, dass die Vorschrift des § 282 BGB eine gewichtige Pflichtverletzung voraussetzt; andernfalls ist dem Gläubiger die Vertragsfortsetzung zumutbar.

c) Rücktritt (§ 324 BGB) / Kündigung (§§ 543 Abs.1 und 569 Abs.2 BGB).

Bei gegenseitigen Verträgen gilt neben § 282 BGB auch § 324 BGB. Danach kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner eine Pflicht aus § 241 Abs.2 BGB verletzt und dem anderen Teil das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Das Rücktrittsrecht setzt -anders als der Anspruch nach § 282 BGB- kein Verschulden voraus.¹⁸ Bei Dauerschuldverhältnissen tritt an die Stelle des Rücktritts das Recht zur Kündigung (vgl. § 313 Abs.3 Satz 2 BGB).¹⁹ Das gilt allerdings nur, wenn die Mietsache dem Mieter überlassen wurde. Vor der Überlassung ist § 324 anwendbar.²⁰ Nach der Überlassung können sich Kündigungsrechte aus § 543, 569 Abs.2 BGB ergeben. Der allgemeine Kündigungstatbestand des § 314 Abs.1 und 2 wird durch diese Vorschriften verdrängt.²¹ Für die Miete ist § 282 BGB nur dann von Bedeutung, wenn der Gläubiger vom Vertrag zurückgetreten ist oder wenn er das Mietverhältnis wegen Verletzung einer Schutzpflicht gekündigt hat. Solange das Mietverhältnis besteht, sind die Parteien zur Leistung verpflichtet. Schadensersatz statt der Leistung kann erst verlangt werden, wenn das Mietverhältnis beendet ist. Die Frage der Unzumutbarkeit der Leistung ist deshalb an Hand der Tatbestandsmerkmale der §§ 324, 543 Abs.1, 569 Abs.2 BGB zu prüfen. In der Regel muss der Gläubiger den Schuldner vor dem Rücktritt oder der Kündigung abmahnen.

d) Aufwendungsersatz (§ 284 BGB)

Die gelegentlich vertretene Meinung, dass für § 282 BGB "kaum ein Bedürfnis" bestehe²² trifft jedenfalls für den Bereich der Miete nicht zu. Dies zeigt ein Blick auf § 284 BGB. Danach kann der Gläubiger anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Das Wahlrecht setzt voraus, dass der Tatbestand des § 282 BGB vorliegt; andernfalls steht dem Gläubiger nämlich kein Schadensersatz statt der Leistung zu. Die Regelung des § 280 BGB gewährt einen solchen Anspruch nicht. Die Vorschrift des § 281 BGB ist nur im Falle der Verletzung von

¹⁷ BT-Drucks.14/7052 S. 186

¹⁸ Grothe in: Bamberger/Roth § 324 Rdn.7; Palandt/Heinrichs § 324 BGB Rdn.2

¹⁹ Grothe in: Bamberger/Roth § 324 Rdn.2; Palandt/Heinrichs § 324 BGB Rdn.3

²⁰ Staudinger/Rolfs § 542 BGB Rdn. 145

²¹ Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht § 543 BGB Rdn.5

²² Palandt/Heinrichs § 282 BGB Rdn. 2

Leistungspflichten, nicht bei der Verletzung von Schutzpflichten anwendbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei der Verletzung von Schutzpflichten kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ein wichtiger Grund zur Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne der §§ 543 Abs.1, 569 Abs.2 BGB vorliegt und das Mietverhältnis deshalb beendet worden ist. Anstelle des Schadensersatzanspruchs kann der Gläubiger Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

Teil B: Spezielle Schutzpflichten im Mietverhältnis

Im folgenden soll am Beispiel von typischen Sachverhalten untersucht werden, welche Schutzpflichten im Mietverhältnis in Betracht kommen und wie sich die Verletzung dieser Pflichten auswirkt. Dabei interessiert zunächst das Verhältnis des § 241 Abs.2 BGB zum Rechtsmißbrauch nach § 242 BGB (Fälle 1-3) sowie das Verhältnis zwischen § 241 Abs.2 BGB und der mietrechtlichen Gewährleistung nach den §§ 536 ff BGB. (Fall 4). Sodann ist zu fragen, ob aus § 241 Abs.2 BGB weitere -bisher nicht beachtete- Aufklärungs- und Rücksichtspflichten abzuleiten sind.

1. Die Kündigung bei absehbarem Bedarf.

Fall:²³ Eine Vermieterin kündigt eine Wohnung mit der Begründung, sie benötige diese für ihren Sohn, der nach einem befristeten Studienaufenthalt im Ausland nach Hause zurückkehre.

Nach überwiegender Rechtsprechung ist eine Kündigung unwirksam, wenn der Bedarf bereits beim Abschluss des Mietverhältnis vorhanden oder absehbar gewesen ist.²⁴ Man sieht hierin einen Anwendungsfall des § 242 BGB. Der Vermieter setze sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er die Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, die Wohnung selbst in Gebrauch zu nehmen.²⁵

Tatsächlich handelt es sich hier um einen typischen Anwendungsfall der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Zwischen dem Abschluss eines unbefristeten Mietvertrags und dessen Kündigung nach einigen Jahren besteht nämlich kein Widerspruch. Wer als Vermieter einen Mietvertrag auf unbestimmte Zeit

²³ nach BVerfG, WuM 1989,114

²⁴ LG Karlsruhe WuM 1988,276; AG Köln WuM 1988,70; LG Paderborn WuM 1994,331; LG Hamburg WuM 1993,677 = NJW-RR 1994, 465; LG Gießen WuM 1996,416; LG Berlin NZM 1998,433

²⁵ so BVerfG WuM 1989,114

anbietet, bringt im Gegenteil zum Ausdruck, dass er sich vertraglich nicht binden will. Man kann dem Vermieter aber vorwerfen, dass er den Mieter über einen für den Vertragsschluss wesentlichen Umstand im unklaren gelassen und auf diese Weise die Erwartung einer längeren Nutzungsdauer geweckt hat. Ein solches Verhalten ist unter dem Gesichtspunkt der §§ 241 Abs 2, 280 Abs.1, 311 Abs.2 BGB zu prüfen: Wer eine Wohnung vermietet, obwohl er weiß oder in Erwägung ziehen müsste, dass er sie in absehbarer Zeit wieder benötigt, muss den Mieter auf die voraussichtlich kurze Dauer des Mietverhältnisses hinweisen. Diese Pflicht besteht deshalb, weil Mieter im Allgemeinen mit einer längeren Mietdauer rechnen und weil ein Wohnungswechsel mit nicht unerheblichen finanziellen Aufwendungen und sonstigen Unannehmlichkeiten verbunden ist. Wird die vorvertragliche Hinweispflicht vom Vermieter vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, so steht dem Mieter ein Schadensersatzanspruch zu (§ 280 Abs.1 BGB). Es ist zu fragen, wie sich der Mieter bei gehöriger Aufklärung verhalten hätte. Im Regelfall ist davon auszugehen, dass er die Wohnung nicht gemietet hätte. Zu ersetzen ist demnach das negative Interesse. Die Wirksamkeit der Kündigung wird durch die Verletzung der Aufklärungspflicht im Regelfall nicht berührt. Der Rückgriff auf § 241 Abs.2 BGB führt also zu einem anderen Ergebnis, als von der h.M. bisher angenommen.

2. Die Verletzung der Anbietspflicht

Wird nach dem Ausspruch einer Eigenbedarfskündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist eine im Haus gelegene vergleichbare Wohnung frei, so muss diese dem Mieter angeboten werden.²⁶ Wird diese Pflicht verletzt, so soll die Kündigung rechtsmissbräuchlich sein.²⁷ Grundlage dieser Rechtsansicht ist wiederum § 242 BGB.

In Wirklichkeit geht es auch in Fällen dieser Art um die Erfüllung einer typischen Fürsorge- und Loyalitätspflicht nach § 241 Abs.2 BGB.²⁸ Der Vermieter soll die gesetzliche Möglichkeit zur Beendigung eines Mietverhältnisses schonend ausüben. Dazu gehört, dass er dem Mieter eine zur Vermietung bestimmte freistehende Ersatzwohnung anbietet. Die Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme begründet einen Anspruch des Mieters auf Schadensersatz (§ 280 Abs.1 BGB); dieser richtet sich gem. § 249 Abs.1 BGB auf Schadensbeseitigung. Der Mieter ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Vermieter seine Anbietspflicht erfüllt hätte. Der Mieter hat also in erster Linie Anspruch darauf, dass ihm der Ab-

²⁶ BGH NJW 2003,2604 = NZM 2003,681 = WuM 2003,463 = ZMR 2003,664

²⁷ BGH a.a.O

²⁸ Blank LMK 2003,177

schluss eines Mietvertrags über die Alternativwohnung angeboten wird. Ist dies nicht (mehr) möglich, weil die Wohnung an einen Dritten vermietet wurde, so ist in der Regel davon auszugehen, dass der Mieter das Angebot angenommen hätte. In diesem Fall hätte er eine Wohnung. Nach den Grundsätzen des § 249 Abs. 1 BGB kann der Mieter Naturalherstellung verlangen. Der Vermieter darf also von seinem Herausgabeanspruch keinen Gebrauch machen; vielmehr ist das Mietverhältnis über die bisherige Wohnung fortzusetzen.

Gleichwohl führt der Rückgriff auf § 241 Abs. 2 BGB zu Ergebnissen, die von der obergerichtlichen Rechtsprechung abweichen.

(1) Die Lage der Alternativwohnung. Nach Ansicht des BGH²⁹ besteht die Anbietspflicht nur, wenn sich die freiwerdende Wohnung im selben Haus oder in der selben Wohnanlage befindet. Die Anbietspflicht diene nicht dem Ziel, dem Mieter die Suche nach einer Ersatzwohnung abzunehmen. Vielmehr soll der Mieter die Möglichkeit erhalten, eine Wohnung in seiner vertrauten häuslichen Umgebung zu beziehen.

Bejaht man dagegen für die Dauer des Vertragsverhältnisses gem. § 241 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters, so müssen die daraus abzuleitenden Verhaltenspflichten im Wege einer Interessenbewertung konkretisiert werden. Dem Vermieter kann es letztlich gleichgültig sein, wo sich eine ohnehin zur Vermietung vorgesehene Alternativwohnung befindet. Der Mieter kann selbst darüber entscheiden, ob er das Angebot zur Anmietung einer außerhalb des bisherigen Wohnquartiers liegenden Alternativwohnung annimmt oder ablehnt.

(2) Der zeitliche Rahmen der Anbietspflicht. Nach der Auffassung des BGH³⁰ besteht die Anbietspflicht nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Andernfalls werde derjenige Mieter begünstigt, der sich trotz Ablaufs der Kündigungsfrist zu Unrecht in der Wohnung aufhalte. Diese Auffassung beruht auf der Erwägung, dass eine über das Vertragsende hinausreichende Treuepflicht nicht bestehe. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass § 241 Abs. 2 BGB auch nachvertragliche Pflichten einschließt (s. oben A II 1). Dies spricht dafür, die Anbietspflicht grundsätzlich bis zur Rückgabe auszudehnen.³¹ Das kann im Einzelfall anders sein. Wer als Mieter die ihm obliegende Rückgabepflicht schuldhaft nicht erfüllt, begeht eine Vertragsverletzung; dieser Umstand ist bei der Bestimmung des Umfangs der Pflicht zur Rücksichtnahme zu berücksichtigen.

²⁹ a.a.O

³⁰ ebenso: Lammel Wohnraumietrecht § 573 BGB Rdn. 101

³¹ so Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht a.a.O. Rdn. 115

Der Regelfall ist anders: Der Mieter verbleibt in der Wohnung, weil er Zweifel an der Wirksamkeit der Kündigung hat und abwarten will, was die gerichtliche Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt. Dieses Verhalten wird man keineswegs in allen Fällen als nicht schutzwürdig bezeichnen können.

3. Aufklärung über die Höhe der Betriebskostenvorauszahlungen.

Fall: Ein Vermieter vermietet eine Wohnung zu einer monatlichen Miete von 400.- Euro und monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen von 50.-Euro. Die Betriebskostenabrechnung schließt mit einem Nachzahlungsbetrag zugunsten des Vermieters von 600.-Euro.

Unter der Geltung der nicht kodifizierten c.i.c. war umstritten, wann der Vermieter für fehlerhafte Angaben über die Betriebskosten einzustehen hatte. Teilweise wurde vertreten, dass der Mieter grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass durch die Vorauszahlungen die Betriebskosten im wesentlichen abgedeckt werden.³² Nach anderer Ansicht schafft die bloße Vereinbarung von Vorauszahlungen keinen Vertrauenstatbestand.³³

Die Neuregelung in § 241 Abs.2 spricht von „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“. Der Begriff der "Rücksicht" umfasst auch die Aufklärungspflicht.³⁴ „Rechte“ und „Rechtsgüter“ sind die Rechte i.S. von § 823 Abs.1 BGB, und mit dem Begriff der „Interessen“ sollen „Vermögensinteressen sowie andere Interessen“ erfasst werden.³⁵ Nach dem Wortlaut des § 241 Abs.2 kann man durchaus die Ansicht vertreten, dass die Höhe der Mietbelastung für den Mieter von wesentlichem Interesse ist, mit der weiteren Folge, dass der Vermieter den Mieter informieren muss, wenn die Vorauszahlungen nicht kostendeckend sind. Bedenken gegen diese Ansicht könnten sich aus einem Vergleich von § 20 Abs.1 Satz 3 NMV mit § 556 BGB ergeben. Im preisgebundenen Wohnraum besteht kraft Gesetzes eine Aufklärungspflicht über die Höhe der Betriebskosten (§ 20 Abs.1 Satz 3 NMV), für den preisfreien Wohnraum fehlt eine entsprechende Vorschrift. Andererseits muss man sich fragen, ob die unterschiedliche Regelung auf sachlichen Gründen beruht oder zufällig ist; im letztgenannten Fall könnte man eine Analogie zu § 20 Abs.1 Satz 3 NMV in Erwägung ziehen. In dem MietrechtsreformG wurde das Recht der Be-

³² OLG Düsseldorf NZM 1998,916; LG Frankfurt WuM 1979,24; ähnlich Eissenschmid PIG 23 (1986) S.48

³³ OLG Stuttgart RE 10.8.1982 WuM 1982,272

³⁴ Kandelhard WuM 2003,3,4

³⁵ Begründung zu § 241 BT-Drucks.14/6040 S.126

triebskosten neu geregelt; allerdings ist den Materialien (zu § 556 BGB) zu der Frage der Aufklärungspflicht nichts zu entnehmen.

Ein weiteres Problem bereitet in Fällen dieser Art die Ermittlung des Schadens. Die Praxis hat dieses Problem in der Vergangenheit häufig durch Rückgriff auf § 242 BGB umgangen. Danach ist der Mieter nicht zur Zahlung einer Betriebskostennachforderung verpflichtet, wenn die sich aus der Abrechnung ergebende Nachforderung den Vorauszahlungsbetrag wesentlich übersteigt und besondere Umstände hinzutreten, welche die Geltendmachung des Abrechnungssaldos als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Solche besonderen Umstände wurden angenommen, wenn zwischen der Höhe der Vorauszahlungen und dem Abrechnungsergebnis ein auffälliges Mißverhältnis bestand. In einem solchen Fall konnte sich der Vermieter nicht darauf berufen, dass er die tatsächlichen Kosten irrig fehlerhaft eingeschätzt hat.³⁶ Der Rückgriff auf § 242 BGB ist nach der Kodifikation der c.i.c. aber ausgeschlossen. Am Ergebnis ändert das nichts, weil nach der kodifizierten c.i.c. ebenfalls ein Schadensersatzanspruch in Form eines Anspruchs auf Vertragsanpassung möglich ist.³⁷

Es ist allerdings fraglich, ob diese Form der Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen zum richtigen Ergebnis führt. Näherliegend ist es, den Nachzahlungsanspruch nur dann zu versagen, wenn der Mieter zugleich bereit ist, das Mietverhältnis zu beenden.³⁸ In diesem Fall kann der Mieter auch wegen seiner übrigen Vermögensnachteile Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen. Will der Mieter dagegen am Vertrag festhalten, so muss er die tatsächlichen Betriebskosten zahlen. Es kommt lediglich ein Schadensersatzanspruch in Form der Gewährung von Ratenzahlungen, eventuell auf Ersatz von Finanzierungskosten hinsichtlich des Nachzahlungsbetrags in Betracht.³⁹

4. Aufklärung über mögliche Mängel der Mietsache

Fall:⁴⁰ Ein Eigentümer hat einem Gastwirt gewerbliche Räume zum Betrieb eines Restaurants vermietet. In der Folgezeit hat der Mieter beträchtliche Beträge in den Umbau des Restaurants investiert. Zur Eröffnung der Gaststätte kam es nicht, weil der Mieter nicht genü-

³⁶ OLG Naumburg NZM 2002,387; Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 6. A. Rdn.3081; Staudinger / Sonnenschein / Weitemeyer § 4 MHRG Rdn.44 m.w.Nachw

³⁷ Palandt/Heinrichs § 311 BGB Rdn.59

³⁸ Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht § 546 BGB Rdn.362

³⁹ Schmidt-Futterer/Langenberg a.a.O

⁴⁰ nach BGH NJW 1997,2813

gend KFZ-Stellplätze nachweisen konnte und die Stadt deshalb die Erteilung der Gaststättenkonzession verweigert hat.

Es ist zwischen der Haftung vor und nach der Übergabe zu unterscheiden.

Wird die Sache nicht übergeben, so richtet sich die Haftung des Vermieters nach §§ 241 Abs.2, 311 Abs.2 BGB. Geht man davon aus, dass der Vermieter verpflichtet gewesen wäre, den Mieter über die fehlenden Stellplätze aufzuklären, so schuldet er bei unterlassener Belehrung Schadensersatz (§ 280 Abs.1 BGB). Der Mieter ist nach § 249 BGB so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Im Ausgangsfall hätte der Mieter bei Erfüllung der Aufklärungspflicht vom Vertrag Abstand genommen. Er kann also das negative Interesse geltend machen.

Nach der Übergabe richtet sich die Haftung des Vermieters nach § 536 a BGB. Der Vermieter schuldet Schadensersatz, weil die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH zum früheren Recht wurde der Anspruch wegen fehlender Aufklärung über Mängel der Mietsache aus c.i.c. i.d.R. durch die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen.⁴¹ Jedoch galt dann eine Ausnahme, wenn dem Vermieter arglistiges Verhalten zur Last fällt.⁴²

Der BGH hat den Ausschluss der fahrlässigen c.i.c in dem Urteil vom 28.11.1979⁴³ aus einem Vergleich der Miete mit dem Kaufrecht begründet. Nach den Gewährleistungsregeln zum alten Kaufrecht konnte der Käufer in zwei Fällen Schadensersatz verlangen, nämlich beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hatte (§ 463 BGB a.F.). Im Umkehrschluss hat man hieraus abgeleitet, dass der Verkäufer für eine fahrlässig unterlassene Aufklärung nicht einzustehen hat. Der BGH hat die Meinung vertreten, dass für die Miete entsprechendes zu gelten habe, weil die Interessenlage gleich sei. Auch § 538 BGB a.F. enthalte eine abschließende Regelung für Schadensersatzansprüche nach der Übergabe und danach hafte der Vermieter nicht für eine fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht.

Durch die Neuregelung des Kaufrechts ist dieser Argumentation der Boden entzogen. Nach dem neuen Kaufrecht ist die Lieferung

⁴¹ BGH NJW 1980,777,780 [unter IV].

⁴² BGH NJW 1997,2813,2814

⁴³ BGH NJW 1980,777,780 [unter IV]

einer mangelhaften Sache eine Pflichtverletzung. Es gelten nach § 437 Nr.3 BGB n.F. die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. In der Literatur wird deshalb -wohl zu Recht- die Ansicht vertreten, dass die §§ 241 Abs.2, 311 Abs.2 BGB neben den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften anwendbar sind, unabhängig davon, ob die Aufklärungspflicht fahrlässig oder vorsätzlich verletzt worden ist.⁴⁴

5. Aufklärung über Haftungsrisiken und Versicherungsschutz

Sind die Betriebskosten nach den mietvertraglichen Vereinbarungen auf den Mieter umgelegt worden und umfasst die Umlagevereinbarung -wie üblich- auch die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung, so hat dies haftungsrechtliche Konsequenzen: **(1)** Zum einen besteht ein mietvertraglicher Haftungsausschluss zugunsten des Mieters. Hat der Mieter nach dem Mietvertrag die Kosten der Sachversicherung zu tragen, so liegt darin ein stillschweigender Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit. Für diesen Haftungsausschluss genügt es allerdings nicht, wenn die Versicherungskosten in den Mietpreis einkalkuliert sind.⁴⁵ Besteht ein wirksamer Haftungsausschluss, so kann der Vermieter bei fahrlässiger Schadensverursachung durch den Mieter nur den Versicherer in Anspruch nehmen. **(2)** Zum anderen besteht aber auch ein versicherungsrechtlicher Regressverzicht. Der Versicherungsvertrag muss dahingehend ausgelegt werden, dass der Versicherer konkludent auf einen Regress gegen den Mieter verzichtet, wenn der Schaden von diesem durch einfache Fahrlässigkeit verursacht worden ist.⁴⁶ Der Regressverzicht ist nicht davon abhängig, ob der Mieter die Versicherungskosten zu tragen hat.⁴⁷ oder ob zugunsten des Mieters eine Haftpflichtversicherung besteht. In diesem Fall ist der Vermieter allerdings nicht gehindert, den Mieter in Anspruch zu nehmen. **(3)** Jendrek⁴⁸ hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die beiden Lösungen nicht ausschließen, sondern ergänzen. Hat der Mieter also die Versicherungskosten zu tragen, so besteht neben dem versicherungsrechtlichen Regressverzicht auch ein mietvertraglicher Haftungsausschluss.

Betrachtet man diese Rechtslage unter dem Blickwinkel des § 241 Abs.2 BGB, so stellen sich zwei Fragen. Zum einen: Ergibt sich aus § 241 Abs.2 BGB eine Pflicht des Vermieters zum Abschluss einer

⁴⁴ Emmerich NZM 2002,362,363; Derleder WuM 2002,407 a.A.; Kandelhard WuM 2002,3,5; Palandt/Heinrichs § 311 BGB Rdn.29 und Palandt/Weidenkaff § 536 BGB Rdn.14

⁴⁵ BGH ZMR 1990,333 betr. Geschäftsraummiete; BGH ZMR 1991,462 betr. Wohnraummiete

⁴⁶ BGH NZM 2001,108; OLG Düsseldorf ZMR 2003,734,735

⁴⁷ OLG Düsseldorf a.a.O

⁴⁸ DWW 2003,142,144

umfassenden Schadens- und Haftpflichtversicherung? Die Frage stellt sich, weil der Vermieter die Kosten einer solchen Versicherung auf den Mieter umlegen kann; dem Vermieter entstehen durch diese Art der "Fürsorge" also keine finanziellen Nachteile. Bei fehlender Schadensversicherung haftet der Mieter für jede Fahrlässigkeit, was weitreichende Folgen haben kann. Eine fehlende Haftpflichtversicherung des Vermieters kann sich für den Mieter insbesondere dann nachteilig auswirken, wenn sich in den Mieträumen wertvolle Gegenstände befinden und diese infolge eines mangelhaften Gebäudezustands beschädigt oder zerstört werden.⁴⁹ Man muss hier wohl unterscheiden zwischen den Zwangsversicherungen, die der Vermieter auf Grund öffentlichrechtlicher Vorschriften abschließen muss und den privaten Versicherungen, deren Abschluss dem Vermieter frei steht. Jedenfalls für die letztgenannte Gruppe kann auch aus § 241 Abs.2 BGB kein mittelbarer Abschlusszwang hergeleitet werden. Dies gilt schon deshalb, weil Versicherungsschutz die Wohnkosten verteuert; ein Versicherungszwang könnte sich deshalb auch zum Nachteil des Mieters auswirken.

Dieses Ergebnis führt zu der weiteren Frage, ob der Vermieter den Mieter vor Vertragsschluss über den Umfang des Versicherungsschutzes aufklären muss. Aus der Umlagevereinbarung als solcher kann der Mieter in der Regel nicht erkennen, welche Versicherungen der Vermieter abgeschlossen hat. Für die Wirksamkeit einer formularvertraglichen Umlagevereinbarung ist eine Spezifikation der Versicherungsarten nämlich weder erforderlich;⁵⁰ noch üblich. Das Interesse des Mieters an einer Information über den Umfang des Versicherungsschutzes liegt aber auf der Hand, weil hiervon zum einen seine eigene Haftung, aber auch der Schutz seines Eigentums abhängt.⁵¹ Allerdings muss auch die Aufklärungspflicht sinnvoll begrenzt werden. Sie kann sich in dem hier fraglichen Bereich nur auf Umstände beziehen, die vom Üblichen abweichen. Insoweit kann nur davon ausgegangen werden, dass für ein Wohn- oder Bürohaus die öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Versicherungen abgeschlossen werden. Der Mieter darf davon ausgehen, dass diese Versicherungen bestehen. Soweit dies nicht der Fall ist, muss der Vermieter den Mieter über diesen Umstand und die sich daraus ergebenden Risiken aufklären. Gleiches gilt, wenn dem Vermieter bekannt ist, dass der Mieter wertvolles Gut in die Mieträume einbringt. Hier muss der Vermieter aufklären, wenn keine Haftpflichtversicherung besteht.

⁴⁹ vgl. BGH NZM 2002, 116

⁵⁰ OLG Brandenburg NZM 2000, 572; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht § 556 BGB Rdn. 174

⁵¹ vgl. BGH NZM 2002, 116

Hinsichtlich der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist zu fragen, wie sich ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mieter bei Erfüllung der Aufklärungspflicht verhalten hätte. Bei einer fehlenden Zwangsversicherung ist zu unterstellen, dass der Mieter auf den Abschluss einer solcher Versicherung hingewirkt hätte. Der Mieter ist dann so zu stellen, wie er beim Bestand der Versicherung stehen würde.

6. Aufklärung über besondere Obhutspflichten.

Nach allgemeinen Grundsätzen obliegt dem Mieter die Obhutspflicht. Dazu gehört unter anderem, dass er die Räume so beheizt und belüftet, dass Feuchtigkeitsschäden, Schimmelbildung und dergleichen vermieden werden. Wird ein Altbau durch bauliche Maßnahmen verändert, so ist es gelegentlich erforderlich, dass der Mieter sein Wohn-, Heiz- und Lüftungsverhalten umstellt. Hierzu ist der Mieter grundsätzlich auch verpflichtet.⁵² Bei schuldhafter Nichterfüllung dieser Verpflichtungen haftet der Mieter auf Schadensersatz. Die Annahme eines Verschuldens ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn der Mieter erkennen konnte, dass zur Vermeidung der Schäden bestimmte Änderungen der Wohngeohnheiten erforderlich sind. Die Rechtsprechung fordert in diesem Zusammenhang, dass der Vermieter einer solchen Wohnung gehalten ist, dem Mieter genaue Hinweise über die Art des Heizens und Lüftens zu geben;⁵³ die Übergabe eines Merkblatts⁵⁴, einer Broschüre⁵⁵ oder allgemein gehaltene Hinweise⁵⁶ sollen nicht ausreichen. Es könne nicht erwartet werden, dass der Mieter ausreichende Kenntnisse über ein zur Vermeidung von Schimmelbildung erforderliches Heizen und Lüften verfügt.⁵⁷

Man bewertet die Information des Mieter überwiegend als Obliegenheit, deren Verletzung zur Folge hat, dass ein Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung des Mieters mangels Verschuldens nicht durchgesetzt werden kann. Sieht man hierin aber eine echte Aufklärungspflicht nach § 241 Abs.2 BGB, so ist zu fragen, ob dem Mieter nicht seinerseits Ersatzansprüche zustehen. Zunächst kommt ein Anspruch aus § 536 a BGB in Betracht. Die Mietsache ist mangelhaft, wenn dort Schimmel aufgetreten ist. Gleichwohl scheidet ein Gewährleistungsanspruch aus, weil der

⁵² LG Saarbrücken WuM 1988, 351; LG Lüneburg WuM 1987,214

⁵³ LG Berlin GE 1988,35; GE 2000,124; ZMR 2002,48; LG Düsseldorf WuM 1989, 13; LG Lübeck WuM 1990,202; AG Stadthagen WM 1987,271; LG Gießen ZMR 2000,537

⁵⁴ LG Nürnberg-Fürth ZMR 1989,23

⁵⁵ LG Neubrandenburg WuM 2002,309

⁵⁶ AG Neuss WuM 1994,382

⁵⁷ LG Oldenburg ZMR 2000,100

Mangel vom Mieter verursacht worden ist; auf das fehlende Verschulden kommt es insoweit nicht an.

Denkbar ist ein Ersatzanspruch aus § 241 Abs.2, 280 BGB. Der Ersatzanspruch setzt voraus, dass der Vermieter eine ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt hat und das dem Mieter hierdurch ein Schaden entstanden ist. Dies ist in Fällen der hier fraglichen Art zu bejahen. Hätte der Vermieter den Mieter über die Notwendigkeit zur Änderung des Wohnverhaltens informiert, so hätte der (verständige und wirtschaftlich denkende) Mieter sein Verhalten geändert; der Schaden wäre dann nicht entstanden.

7. Verwendung von unwirksamen Vertragsklauseln

Fall: In einem Formularymietvertrag ist vereinbart, dass der Mieter während der Mietzeit die Schönheitsreparaturen in regelmäßigen Abständen auszuführen hat und dass die Wohnung nach Vertragsende renoviert zurückzugeben ist. Der Mieter hat die Wohnung zuletzt Ende 2001 renoviert. Im Frühjahr 2004 endet das Mietverhältnis. Weil der Vermieter eine Schlußrenovierung verlangt, konsultiert der Mieter einen Rechtsanwalt. Dort erfährt er dass die Renovierungsklausel unwirksam ist.

Enthält der Mietvertrag sowohl eine Renovierungsklausel (Verpflichtung zur Durchführung laufender Schönheitsreparaturen) als auch eine Endrenovierungsklausel (Verpflichtung zur Rückgabe einer renovierten Wohnung), so führt diese Kumulation nachteiliger Klauseln nach h.M. zur Unwirksamkeit beider Klauseln (§ 307 BGB).⁵⁸ Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn die Renovierungsklausel formularmäßig vereinbart ist und hinsichtlich der Pflicht zur Schlussrenovierung eine Individualvereinbarung vorliegt. Dies folgt aus der Erwägung, dass die Kombination einer Formulklausel mit einer Individualvereinbarung als einheitliche Regelung zu sehen und nach den Kriterien der §§ 305 ff BGB zu bewerten ist.⁵⁹

Aus dieser Rechtslage ergibt sich zunächst, dass der Mieter zu der im Jahre 2001 durchgeführten Renovierung nicht verpflichtet war. Deshalb stellt sich die Frage, ob dem Mieter Aufwendungsersatz

⁵⁸ BGH NJW 2003,2234; NJW 2003,3192 = NZM 2003,755 = WuM 2003,561; OLG Hamm ZMR 2002,822; LG Berlin NZM 1998,403; ZMR 1998,351; LG Hamburg WuM 2000,544; LG Frankfurt WuM 2000,545; AG Königstein NZM 2000,1181; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht § 538 BGB Rdn.130 m.w.Nachw; Over in: Hannemann/Wiegner, MAH Mietrecht, § 27 Rdn.52; Soergel/Heintzmann, §§ 535,536 BGB Rdn.314; Kossmann, Handbuch der Wohnraumiete § 43 Rdn.16; Knops in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht § 535 BGB Rdn.38; Horst, Praxis des Mietrechts, Rdn.720; a.A: LG Köln WuM 1999,720; Bub in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraumiete, Rdn.II 482
⁵⁹ s. BGH NJW 1993,532

oder Bereicherungsansprüche zustehen. Ein Anspruch aus § 536 a Abs.2 Nr.2 BGB kann gegeben sein, wenn die Schönheitsreparaturen zur Erhaltung der baulichen Substanz der Mieträume erforderlich gewesen sind. Diese Fälle sind selten. Ein Anspruch aus § 539 BGB i.V. mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 ff BGB) setzt voraus, dass der Mieter für den Vermieter tätig werden wollte (sog. Fremdgeschäftsführerwille). Daran fehlt es in den Fällen der irrtümlichen Annahme einer Renovierungsverpflichtung. Ein Bereicherungsanspruch (§ 812 BGB) kann gegeben sein, wenn der Vermieter durch den Wert der Schönheitsreparaturen bereichert ist. Die Bereicherung bemisst sich aber nicht nach den vom Mieter aufgewendeten Kosten, sondern nach der Differenz zwischen dem Mietwert der Räume vor und nach der Renovierung. Ein solcher Mehrwert entfällt, wenn die Renovierung einige Zeit zurückliegt.

Möglicherweise kann der Mieter Schadensersatzansprüche nach §§ 241 Abs.2, 280 BGB geltend machen. In diesem Zusammenhang stellen sich mehrere Fragen. Muss ein Vermieter beim Vertragsabschluss darauf achten, dass die von ihm verwendeten Vertragsformulare mit der Rechtsordnung im Einklang stehen? Muss er sich beraten lassen, wenn dies zweifelhaft ist? Muss er den Mieter aufklären, wenn sich nach Vertragsschluss ergibt, dass bestimmte Vertragsklauseln unwirksam sind?

Zunächst ist festzuhalten, dass der Vermieter verpflichtet ist, auf die Interessen des Mieters Rücksicht zu nehmen. Erkennt der Vermieter beispielsweise, dass ein von ihm verwendetes Vertragsformular unwirksame Regelungen über die Durchführung von Schönheitsreparaturen enthält und dass der Mieter irrig von der Wirksamkeit der Regelungen ausgeht, so muss er den Mieter über die Rechtslage aufklären. Unterläßt er dies und entsteht dem Mieter dadurch ein Schaden, so ist der Vermieter zum Ersatz verpflichtet.⁶⁰ Der Ersatzanspruch setzt ein Verschulden des Vermieters voraus. Hierbei genügt Fahrlässigkeit. Im Zweifel muss der Vermieter Rechtsrat einholen.⁶¹ Wird der Vermieter fehlerhaft beraten, so muss er sich dies zurechnen lassen. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Mandanten auf unwirksame Klausel und die damit verbundenen Risiken hinzuweisen. Wird diese Hinweispflicht verletzt, so kann der Rechtsanwalt zum Schadensersatz verpflichtet sein.⁶²

⁶⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, § 538 BGB Rdn. 208; Pfeilschifter WuM 2003,543; s. auch Palandt/Weidenkaff Vorbem. Vor § 307 BGB Rdn.14

⁶¹ BGH NJW 1994,2754,2755

⁶² vgl. OLG Koblenz NJW 2004,77 = NZM 2004,39

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276 Abs.2 BGB). Es gilt kein individueller sondern ein objektiv-abstrakter Maßstab. Danach spielt es keine Rolle, ob der Vermieter über einen umfangreichen Wohnungsbestand oder über entsprechende Kenntnisse verfügt. Ganz allgemein gilt, dass jeder - auch der Privatvermieter - über diejenigen Kenntnisse verfügen muss, die er zur Ausübung seiner Tätigkeit (hier: der Vermietung) benötigt. Hierzu gehört die Kenntnis der wesentlichen Grundlagen des Vertragsrechts. Wer diese Kenntnisse nicht besitzt, muss sich beraten lassen.

Dies führt zum Ergebnis, dass ein Vermieter im allgemeinen auf Schadensersatz haftet, wenn er Klauseln verwendet, die mit der Rechtsordnung nicht im Einklang stehen. Der Mieter ist so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten des Vermieters stünde.

Man kann die weitere Frage stellen, ob sich der Mieter nach § 241 Abs.2 BGB auf Verhandlungen über eine Vertragsänderung einlassen muss. Folgt man der These, dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter wirtschaftlich als Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung, also als Teil der Miete anzusehen ist,⁶³ so wird klar, dass durch den Wegfall der Verpflichtung das Preis- Leistungsverhältnis tangiert wird. Für die Zukunft ist das kein besonderes Problem, weil der Vermieter die Miete nach § 558 BGB den veränderten Mietbedingungen anpassen kann.⁶⁴ Für die Vergangenheit besteht das Anpassungsrecht nicht. Dies kann beispielsweise dann eine Rolle spielen, wenn die Räume nach längerer Wohnzeit renovierungsbedürftig sind und der Mieter nunmehr den Vermieter auf Durchführung von Schönheitsreparaturen in Anspruch nimmt. In diesem Fall hätte der Vermieter zwar eine Leistungspflicht nach § 535 Abs.1 BGB, jedoch keinen Anspruch auf ein adäquates Entgelt. Der Sache nach handelt es sich hierbei aber um kein Problem des § 241 Abs.2 BGB sondern um eine Vertragsanpassung wegen veränderter Geschäftsgrundlage. Der Anspruch hierauf hängt nach § 313 Abs.1 BGB unter anderem davon ab, ob und inwieweit einem Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag zuzumuten ist. Für unser Problem spielen zwei Faktoren eine wesentliche Rolle. Zum einen verstößt die Kumulation nachteiliger Klauseln gegen Treu und Glauben; eine solche Vertragsgestaltung ist unbillig. Zum anderen ist von Bedeutung, dass das mit der Verwendung unbilliger Klauseln verbundene Risiko beim Klauselverwender bleiben muss. Die §§ 305 ff BGB sollen sicherstellen, dass die Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formu-

⁶³ Schmidt-Futterer/Börstinghaus Mietrecht § 578 a BGB Rdn.54 m.w.Nachw.

⁶⁴ OLG Koblenz NJW 1985,333; LG München NZM 2002,945

larverträgen auf eine ausgewogene und faire Vertragsgestaltung achten. Dieser Gesetzeszweck kann nur erreicht werden, wenn der Weg der Vertragsanpassung versperrt bleibt.

8. Die Kündigung wegen Zahlungsrückstands auf Grund irrtümlich angenommener Minderungsbefugnis

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Kündigungstatbestand des § 543 Abs.2 Nr.3 BGB nicht gegeben ist, wenn der Mietrückstand aus einer irrtümlich angenommenen aber in Wirklichkeit nicht oder nicht in dieser Höhe bestehenden Minderungsbefugnis resultiert.⁶⁵ An dieser Ansicht trifft zu, dass der Kündigungstatbestand einen Verzug mit der Entrichtung der Miete voraussetzt und dass ein Schuldner nicht in Verzug kommt, solange die Leistung infolge eines Umstand unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs.4 BGB). Ein solcher Fall kann auch dann gegeben sein, wenn sich der Mieter hinsichtlich seiner Zahlungspflicht in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befindet. Dies wird in der Rechtsprechung etwa angenommen, wenn der Mieter auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urteils mindert, weil er auf dessen Richtigkeit vertraut,⁶⁶ wenn er sich nach rechtskundiger Beratung zu einer Minderung entschließt,⁶⁷ wenn er sich in einer streitigen Rechtsfrage der überwiegenden Meinung anschließt⁶⁸ oder wenn der Zahlungseinstellung eine vertretbare Rechtsauffassung zugrunde liegt.⁶⁹

Diese Rechtsprechung ist im Ergebnis richtig, kann aber in der Begründung nicht überzeugen. Nach allgemeinen Grundsätzen gilt, dass das Risiko des Irrtums vom Irrenden zu tragen ist. Bestehen mehrere Rechtsmeinungen, so handelt der Schuldner fahrlässig, wenn er sich die ihm günstige Meinung zu eigen macht.⁷⁰ Holt er den Rat eines Anwalts ein und irrt sich dieser, so muss sich der Schuldner den Irrtum seines Anwalts i.d.R. zurechnen lassen. Nach der Rechtsprechung des BGH darf der Schuldner auch nicht auf die Richtigkeit eines oberlandesgerichtlichen Urteils vertrauen; er muss vielmehr damit rechnen, dass ein anderes Gericht die Rechtslage anders beurteilt.⁷¹

Die Rechtspraxis in Mietsachen urteilt ebenfalls nach unterschiedlichem Maß. Besteht Streit über die Berechtigung des Mieters zur

⁶⁵ LG Wiesbaden WuM 1989,512; LG Berlin WuM 1989,512; LG Kassel ZMR 1996,90; LG Kiel WuM 1996,340

⁶⁶ LG Wiesbaden a.a.O

⁶⁷ LG Kassel a.a.O

⁶⁸ LG Kiel a.a.O

⁶⁹ LG Berlin a.a.O

⁷⁰ BGH VersR 1968,148

⁷¹ BGH NJW 1974,1903

Minderung und macht der Vermieter einen Zahlungsanspruch geltend, so werden ihm regelmäßig Verzugszinsen zugesprochen, wenn sich ergibt, dass eine Minderungsbefugnis in Wirklichkeit nicht besteht. Gesichtspunkte des Rechtsirrtums spielen bei der Zahlungsklage regelmäßig keine Rolle. Kündigt der Vermieter wegen des Zahlungsverzugs und ergibt sich, dass ein Rückstand im Sinne des " 543 Abs.2 Satz 1 Nr.3 BGB vorliegt, wird wie selbstverständlich die Frage des Rechtsirrtums gestellt. Dieser wird häufig bejaht, wenn der Mieter zuvor rechtskundigen Rat eingeholt hat.

Betrachtet man das Problem unter dem Gesichtspunkt des § 241 Abs.2 BGB, so werden die Ergebnisse plausibel. Zwar ist der Vermieter nicht gehalten, Streitigkeiten über die Höhe der Miete stets und ohne Ausnahme im Forderungsprozess auszutragen.⁷² Eine entsprechende Rücksichtspflicht besteht aber dann, wenn der Mieter von der Minderungsbefugnis überzeugt sein durfte oder wenn begründete Zweifel an der Miethöhe bestehen. Das maßgebliche Entscheidungskriterium ist nicht das Verschulden des Mieters, sondern eine im Wege der Interessenabwägung zu konkretisierende Rücksichtspflicht.

⁷² BVerfGE 80,48 = NJW 1989,1917 = WuM 1989,278