

Auswirkungen der Reform des Schadensersatzrechts auf das Mietrecht¹

Rechtsanwalt Hans Reinold Horst, Berlin/Solingen

Inhalt

- I. Vorbemerkungen
- II. Schmerzensgeld bei Körperschäden
 - 1. Nebeneinander von Deliktshaftung, Gefährdungshaftung und Vertragshaftung
 - 2. Garantiehafung des Vermieters nach § 536a Abs. 1, 1, Alt. BGB
 - 3. Formularmäßiger Ausschluss der Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel
 - 4. Verletzung vertraglicher Schutzpflichten
 - 5. Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten
 - 6. Verletzung nachvertraglicher Schutzpflichten
 - 7. Verschuldensvermutung und Beweislast nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB
 - 8. Haftung für Erfüllungsgehilfen
 - a) Mangelnde Exkulpationsmöglichkeit
 - b) Gehilfenexzesse
 - c) Beweislast
 - 9. Schmerzensgeldbemessung
 - 10. Bagatellfälle
 - 11. Todesfälle
- III. Umfang der Sachschadensliquidation bei Restitutionsfällen
 - 1. Mehrwertsteuer bei abstrakter Schadensberechnung nicht ersatzfähig
 - a) angefallene Mehrwertsteuer
 - b) Bemessungsgrundlage
 - 2. Vorsteuerabzugsberechtigung des Vermieters entscheidend
 - 3. Abrechnungsszenario - Kombination von abstrakter- und konkreter Schadensberechnung
 - 4. Prozessuale Behandlung
- IV. Haftung des gerichtlichen Sachverständigen
- V. Sonstige Neuerungen
- VI. Fazit – Thesen und Ausblick

¹ Überarbeitete Fassung eines Vortrags, gehalten auf dem Deutschen Mietgerichtstag in Dortmund am 5. April 2003

I. Vorbemerkungen

Nach der Mietrechtsreform, der Reform des Schuldrechts, der ZPO-Novelle und der Wohnungsbaureform handelt es sich beim Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz² um die 5. Novelle, die das Mietrecht mitgestaltet und ausformt.³ Die Novelle ist am 1. August 2002 in Kraft getreten⁴.

Sie ist auf Schadensfälle anzuwenden, die nach dem 31. Juli 2002 eingetreten sind. Abzustellen ist auf das schädigende Verhalten, nicht auf den Eintritt des Schadens.⁵ Für frühere Fälle bleibt es beim alten Recht.⁶

Ihre Auswirkungen auf das Mietrecht dürfen als durchaus überschaubar bezeichnet werden. Die Novelle bekleidet – anders als die speziell mietrechtlich ausgeprägten Gesetzesreformen – keine mietrechtlich zentrale Rolle. Man kann eher von einem Reflex auf einzelne Teilbereiche des Mietrechts sprechen. In der Hauptsache sind zu nennen:

- ▶ Eingliederung des Schmerzensgeldes in das allgemeine Schadensrecht und damit Gewährung von Immaterialschadensersatz auch in den Fällen der Gefährdungs- und der Vertragshaftung (§ 253 Abs. 2 BGB)
- ▶ Einschränkung des Haftungsumfangs bei Sachschäden durch Beschneidung des Rechts zur Schadensliquidation auf Reparaturkostenbasis mit dem Ausschluss der Ersatzfähigkeit „fiktiver“ Mehrwertsteuer (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB)
- ▶ Regelung der Haftung gerichtlicher Sachverständiger gegenüber den Prozessparteien (§ 839a BGB)

In den drei genannten Punkten zeigen sich mietrechtlich bedeutsame Auswirkungen. Diesen mietrechtlichen Auswirkungen widmet sich die vorliegende Abhandlung.

II. Schmerzensgeld bei Körperschäden

1. Nebeneinander von Deliktshaftung, Gefährdungshaftung und Vertragshaftung

² Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002, BGBl. I Nr. 50 2002, S. 2674 ff

³ Die „kleineren“ Gesetze – Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Formvorschriftenanpassungsgesetz, 3. Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes, Insolvenzordnungsänderungsgesetz und 7. Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigrenzen – sind bei dieser Aufzählung nicht einmal berücksichtigt

⁴ Art. 13 des Gesetzes

⁵ Oetker, in: Münchener Kommentar, Band 2a, 4. Aufl. 2003, § 253 BGB, Rdner. 3; Wagner, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, S. 2049 (2064)

⁶ Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB

Bis zum 31.7.2002 war ein Schmerzensgeld nach dem damals geltenden Recht nahezu ausschließlich im Rahmen der außervertraglichen Verschuldenshaftung diskussionsfähig. In Fällen der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung war regelmäßig kein Schmerzensgeld vorgesehen. Auch im Rahmen der Vertragshaftung gab es bisher keinen gesetzlichen Anspruch auf Schmerzensgeld.

Die Schadensersatznovelle hat mit § 847 BGB den deliktsrechtlichen Grundtatbestand des Schmerzensgeldes gestrichen und in den Bereich des allgemeinen Schuldrechts verlagert. § 253 Abs. 2 BGB weitet den Schmerzensgeldanspruch in neuer Fassung aus. War im Rahmen der Vertragshaftung ein Schmerzensgeld bisher nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung geschuldet, so tritt diese Rechtsfolge nun bereits kraft Gesetzes ein, wenn es im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zu Verletzungen von Körper, Gesundheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung kommt. Die Vorschrift lautet jetzt:

„Ist wegen der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

Auswirkungen hat die systematisch veränderte Stellung der Anspruchsgrundlage für Schmerzensgeld im allgemeinen Schuldrecht auch auf die Gehilfenhaftung. Konnte man sich früher im Rahmen der Haftung für den Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB noch exculpieren, so ist dies heute im Rahmen der vertraglichen Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB nicht mehr möglich.⁷

Anders als bei der bisher bekannten Verschuldenshaftung liegt der Schwerpunkt der Neuregelung nun primär im Bereich der vertraglichen Schutzpflichten, die jeden Vertrag von seiner Anbahnung bis zur endgültigen Abwicklung begleiten. Sie sind im Rahmen der Schuldrechtsreform mit § 241 Abs. 2 BGB auch ausdrücklich gesetzlich kodifiziert worden. Dazu wird noch im Falle eines Schadenseintritts ein entsprechendes Verschulden des Pflichtigen gesetzlich vermutet (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).⁸ Aufgrund der damit noch umgekehrten Beweislast – der Pflichtige muss sich mit der Darlegung und dem Nachweis mangelnden Verschuldens entlasten – ist die vertragliche Haftung insgesamt erheblich ausgeweitet worden.

§ 253 Abs. 2 BGB erstreckt den Anspruch auf Schmerzensgeld auch auf Fälle der Gefährdungshaftung.

⁷ Vgl. auch: Entwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752 vom 7.12.2001, S. 13, rechte Spalte

⁸ Dazu Wagner, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, S. 2049 (2055 und 2055 Fn. 67)

2. Garantiehafung des Vermieters nach § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB

Der Einbezug vertraglicher und verschuldensunabhängiger Haftung in die Fälle des zu ersetzenden Schmerzensgeldes ist für Vermieter aufgrund ihrer Garantiehafung aus § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB für anfängliche Mängel der Mietsache besonders bedeutsam. Danach hat der Vermieter für die Folgen anfänglicher Mängel der Mietsache einzustehen, auch wenn er die Mängel nicht verschuldet hat. Diese Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel wurde bislang von der Rechtsprechung pauschal auch auf die so genannten Mangelfolgeschäden, also Schäden an Rechtsgütern des Mieters, erstreckt.⁹

So wird jetzt z. B. Schmerzensgeld aus Garantiehafung des Vermieters in folgenden Fällen fällig:

BEISPIEL: Der Vermieter kommt auf einer bauordnungswidrigen Treppe (fehlendes Treppengeländer) innerhalb des Mietobjekts zu Fall, die er seit annähernd zwei Jahren täglich mehrmals benutzt, ohne jemals Beanstandungen wegen der bauordnungswidrigen Zustände zu erheben.¹⁰

Das OLG Düsseldorf, das diesen Beispielfall mit Urteil vom 7.6.2001 zu entscheiden hatte, schloss noch einen Schmerzensgeldanspruch aus und stellte hierbei auf den hoch zu gewichtenden Mitverschuldenseinwand zu Lasten des Mieters ab (§ 254 BGB). Generell wurde über den Mitverschuldenseinwand versucht, Ansprüche auf Schmerzensgeld zu verneinen, wenn dem Mieter der bauliche Zustand längere Zeit bekannt war und er sich den Schaden deshalb selbst zuzuschreiben hatte.¹¹ Dieser Ansatz heute nach neuer Rechtslage – wie aufgezeigt – keine Rolle mehr spielt und dem deshalb nur noch bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes Rechnung getragen werden kann.

BEISPIEL: Die Mieterin in einem Mehrfamilienhaus erleidet schwere allergische Reaktionen aufgrund ihrer Tierhaarallergie, nachdem ein

⁹ RG, Urteil vom 14.1.1913 – Rep. III 268/12, RGZ Bd. 81, S. 200 (203); RG, Urteil vom 30.3.1942 – V 120/41, RGZ Bd. 169, S. 84 (92); BGH, Urteil vom 22.1.1968 – VIII ZR 195/65, BGHZ Bd. 49, S. 350 = NJW 1968, S. 885; BGH, Urteil vom 20.3.1984 – VII ZR 325/83, BGHZ Bd. 92, S. 177 (180) = NJW 1985, S. 132; BGH, Urteil vom 5.12.199= - VIII ZR 331/89, NJW-RR 1991, S. 970 f; a. A. Voelskow, in: Münchener-Kommentar, 3. Aufl. 1995, § 538 Rdnrn. 6 f, 13; dazu auch Jaeger/Luckey, Das Zweite Schadensersatzänderungsgesetz – ein Überblick über das neue Recht, MDR 2002, S. 1168 (1169) f; Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2056); Beuermann, Schmerzensgeldansprüche des Mieters gegen den Vermieter, Grundeigentum Berlin 2002, S. 1472 f

¹⁰ Beispiel gebildet nach OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.6.2001 – 10 U 64/00, VersR 2002, S. 901; vgl. auch die Ausführungen hierzu bei Jaeger/Luckey, MDR 2002, S. 1168 (1170)

¹¹ hinweisend Jaeger, Einfluss des 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften auf die Haftung des Vermieters, Anwaltsinfo Mietrecht 2/2003, S. 22 (23)

gleichfalls mietendes Ehepaar sich mit Genehmigung des Vermieters einen Hund angeschafft hat.¹²

Der Vermieter schuldet Schmerzensgeld aus mietvertraglicher Garantiehafung zumindest dann, wenn die tierhaarallergische Belastung mit Hundehaaren bereits bei Einzug der allergischen Mieterin vorhanden war und es erst dadurch überhaupt zu einer allergischen Reaktion der Mieterin gekommen ist. In dem entschiedenen Fall hatte das LG Hildesheim mit Urteil vom 7.12.2001 Schmerzensgeld mit der Begründung versagt, die Klägerin leide schon seit längerem an allergischen und asthmatischen Beschwerden, und zwar auch schon vor dem „Einzug“ des Hundes.

Die Zuerkennung von Schmerzensgeld nach neuem Recht ist in diesem Beispiel umso fataler, als es denkbar ist, dass weder der Vermieter noch die einziehende – allergische – Mieterin vor dem Auftreten der allergischen Reaktion von der Überempfindlichkeit hätten wissen können und müssen.

BEISPIEL: Ein Mieter erleidet durch eine – vom Vermieter unerkannt – fehlerhaft angeschlossene Elektroheizung Verbrennungen oder andere Körperschäden. Die Elektroheizung war bereits bei Beginn des Mietverhältnisses fehlerhaft angeschlossen, so dass es sich um einen anfänglichen Mangel handelt.¹³

BEISPIEL: Ein häufiger Fall ist auch die baubedingte Feuchtigkeit, die nicht auf fehlerhafter Lüftung und ungenügender Heizung der Mieträume beruht, sondern bauphysikalische und bautechnische Ursachen hat.¹⁴

Entsteht z. B. durch die Raumfeuchte Schimmel und führt dies zu allergischen und gesundheitlichen Störungen beim Mieter, so kann ab dem 1.8.2002 neben dem Ersatz materieller Schäden auch Schmerzensgeld nach neuem Recht verlangt werden, sofern es sich um einen anfänglichen Mangel der Wohnung handelt.

Die am Beispiel der Wohnungsfeuchtigkeit mit Schimmelbildung und einhergehenden körperlichen Beeinträchtigungen und Schäden abgeleiteten Rechtsfolgen dürften sich generell bei allen Formen einer Gesundheitsgefährdung oder einer Gesundheitsschädigung durch den Zustand der Mieträume ergeben.

¹² Beispiel gebildet nach LG Hildesheim, Urteil vom 7.12.2001 – 7 S 226/01, zitiert in Süddeutsche Wohnungswirtschaft 2002, S. 547

¹³ Beispiel von Jaeger/Luckey, MDR 2002, S. 1168 (1170)

¹⁴ Beispiel nach Jaeger/Luckey, a. a. O.

Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auf die Kündigungstatbestände in § 569 Abs. 1 BGB hinzuweisen.¹⁵

Beispiel: Der Vermieter vermietet Wohnraum nach Inkrafttreten der TrinkwasserVO am 1.1.2003, ohne zuvor die Blei-Trinkwasserrohre auszutauschen, die zu einer erhöhten Bleikonzentration im Trinkwasser über die noch zulässigen Grenzwerte hinaus führen. Der Mieter kann nachweisen, dass er dadurch in seiner Gesundheit beeinträchtigt ist.

Keine Unterschiede zwischen altem und neuem Recht bieten sich für die Frage des Schmerzensgeldes in Fällen, in denen der Vermieter schon zuvor nach Deliktsrecht auf Schmerzensgeld haftete. Dazu zählen alle verschuldeten Verkehrssicherungspflichtverletzungen des Vermieters und seiner Verrichtungsgehilfen, für die er sich nicht exkulpieren kann.

BEISPIEL: Der Mieter erleidet durch das Auftragen eines dichlormethanhaltigen und toxischen Fleckenentferners auf den Boden des Hausflurs eines Mietshauses Beschwerden, wie Atemnot, Kopfschmerzen, Augenbrennen, Brechreiz und Schwindel.¹⁶

Das entscheidende OLG Hamm unterstellte ein fahrlässiges Verschulden des Vermieters, sprach dem Mieter bei einer Dauer seiner Beschwerden von 2 bis 3 Tagen ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.000,00 DM zu und sah damit die von der Rechtsprechung bislang zum Ersatz von Schmerzensgeld entwickelte Bagatellgrenze als deutlich überschritten an.

Beispiel: Der Vermieter haftet wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf Schmerzensgeld, wenn er bei einer erkennbaren Gefahrenlage, die sich aus einer Verglasung einer Treppenhausaußenwand mit gewöhnlichem Fensterglas ergibt, keine Abhilfe schafft und sich ein Mieter an der zerbrochenen Verglasung Schnittwunden zuzieht.¹⁷

Beispiel. Nach Abschluss des Mietvertrags ist die Trinkwasserverordnung am 1.1.2003 in Kraft getreten und hat zeitlich nachfolgen die zulässigen Grenzwerte für Blei im Trinkwasser reduziert. Der Vermieter beseitigt die Bleirohrinstallation, die zu nun unzulässig hohen Bleikonzentrationen im Trinkwasser führt, nicht. Hier entsteht an der Mietsache ein nachträglicher Mangel, für den der Vermieter im Rahmen von § 536a Abs. 1, 2. und 3. Alt. BGB haftet. Diesen Mangel hat er zu vertreten, da er nach Bekanntwerden der schärferen Grenzwerte den gesundheitsge-

¹⁵ Zur Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung näher: Horst, Praxis des Mietrechts, 1. Aufl. 2003, München, S. 383, Rdnr. 1506 ff

¹⁶ Beispiel gebildet nach OLG Hamm, Urteil vom 6.9.2001 – 27 U 50/01, WM 2002, S. 556 ff

¹⁷ BGH, Urteil vom 31.5.1994 – VI ZR 233/93, MDR 1994, S. 889

fährdenden Zustand der Mietsache hätte erkennen können und müssen.¹⁸

3. Formularmäßiger Ausschluss der Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel

Als Folgeüberlegung aus dieser stark ausgeweiteten vertraglichen Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache erwächst die Frage nach der Möglichkeit eines vertraglichen Haftungsausschlusses. Dazu hat der Bundesgerichtshof bereits mit Beschluss vom 4.10.1990¹⁹ entschieden, dass die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Vermieters auch formularvertraglich ausgeschlossen werden kann. Denn es handelt sich hierbei um eine für das gesetzliche Haftungssystem (Verschuldensprinzip) untypische Regelung.

Streitig war allerdings, ob der Haftungsausschluss auch dann gilt, wenn die Mängel bekannt sind oder für möglich gehalten werden. Dazu hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 3.7.2002²⁰ entschieden, dass der Haftungsausschluss auch in diesem Fall wirksam ist. Bemerkenswert ist die Äußerung des Bundesgerichtshofs in dem letztgenannten Urteil, dass eine Berufung des Vermieters auf den Haftungsausschluss auch dann nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, wenn das Ausmaß der Gesundheitsgefährdung die vertragsgemäße Nutzung der Mieträume völlig ausschließt.²¹

An dieser Bewertung hat auch das im Rahmen der Schuldrechtsreform ins BGB überführte und teilweise geänderte Recht zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nichts geändert. § 309 Nr. 7 BGB differenziert für die Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen nunmehr zwischen Sach- und Körperschäden. Für Körperschäden bestimmt § 309 Nr. 7a BGB, dass auch schon der Ausschluss leicht fahrlässigen Verschuldens durch Formulklausel unwirksam ist. Da es hier im Rahmen der Garantiehaftung des Vermieters aus § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB aber um eine verschuldensunabhängige Haftung geht, steht § 309 Nr. 7a BGB einem Haftungsausschluss auch für Körperschäden einschließlich des Schmerzensgeldes nicht entgegen.²² Wenn aber ein formularvertraglicher Haftungsausschluss für Körper- und Gesundheitsschäden aus anfänglichen Mängeln der Mietsache möglich ist, so sollte zur Begrenzung des erheblichen und kaum überschaubaren Haftungsrisikos des Vermieters ein Haftungsausschluss in den Mietvertrag aufgenommen werden.

¹⁸ siehe dazu BayObLG, Rechtsentscheid vom 4.8.1999 – RE Miet /98, DWW 1999, S. 350 ff; BverfG, Beschluss vom 4.8.1998 – 1 BvR 1711/94, GE 1998, S. 128 f

¹⁹ BGH, Beschluss vom 4.10.1990 – XII ZR 46/90, WM 1992, S. 316

²⁰ BGH, Urteil vom 3.7.2002 – 12 ZR 327/00, NZM 2002, S. 784

²¹ A. a. O., S. 786, linke Spalte, 2. Abs.

²² Im Ergebnis auch: Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2056); auch: Derleder, Die Mängelrechte des Wohnraummieters nach der Mietrechts- und der Schuldrechtsreform, in: Partner im Gespräch, Bd. 65 „Mietrecht im Umbruch“, 2002, S. 71 (87)

Im Übrigen muss der Vermieter prüfen, ob seine Haftpflichtversicherung auch die hier genannten Ansprüche abdeckt. Eine Kostenumlage auf den Mieter dürfte allerdings ausscheiden. Denn Anlage 3 Nr. 13 zu § 27 Abs. 1 II. BV erklärt nur die Haftpflichtversicherung für das Gebäude als umlagefähig.²³

4. Verletzung vertraglicher Schutzpflichten

Es klang bereits an, dass die neue Regelung des Schmerzensgeldes in § 253 Abs. 2 BGB, schon intendiert durch seine neue systematische Stellung im allgemeinen Schuldrecht, auf die Verletzung vertraglicher Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) abstellt.²⁴ Dabei ist es gleichgültig, ob der Schuldner eine Haupt- oder Nebenpflicht (Schutz- oder Aufklärungspflicht) verletzt hat.²⁵ Deshalb ist für den Fall der Verletzung vertraglicher Schutzpflichten mit körperlicher Schadensfolge für den Mieter festzuhalten, dass sich hieraus auch generell ein Anspruch auf Schmerzensgeld ergibt. Die Verletzung muss hierfür allerdings durch den Vermieter schuldhaft (§ 276 BGB) erfolgen, insbesondere in den Fällen des § 536a Abs. 1, 2. und 3. Alt, Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 286 Abs. 4 BGB. Ein formularvertraglicher Haftungsausschluss ist nach § 309 Nr. 7 a) BGB in diesen Fällen nicht mehr wirksam möglich.

5. Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten

Denkbar ist im Rahmen eines Schadensersatzanspruches aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2 und 3, 280 Abs. 1 BGB) ebenfalls die Haftung für Schmerzensgeld.²⁶ Denn auch hier handelt es sich um einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, der den Schmerzensgeldanspruch nach neuem Recht mit einschließt.

6. Verletzung nachvertraglicher Schutzpflichten

Aufgrund der vertraglichen Pflichtenhaftung nach dem neuen Schuldrecht unter Einbindung des Schmerzensgeldanspruchs ergibt sich auch eine Haftung auf Schmerzensgeld bei der schuldhaften Verletzung nachvertraglicher Pflichten mit daraus resultierenden Körper- und/oder Gesundheitsschäden.

7. Verschuldensvermutung und Beweislast nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB beinhaltet eine gesetzliche Vermutung des Verschuldens. Hat der Pflichtige also eine vertragliche Pflicht verletzt, so wird sein entsprechendes Verschulden gesetzlich vermutet. Daraus folgt eine

²³ Langenberg, in: Schmidt/Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 7. Aufl. 1999, § 546 BGB, Rdnr. 143

²⁴ Vgl. dazu auch Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2055)

²⁵ Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 86, Rdnr. 158

²⁶ auch: Oetker, in Münchener Kommentar zum BGB Band 2a, 4. Aufl. 2003, § 253 BGB Rdnr. 18

Umkehr der Beweislast.²⁷ Nicht mehr der Vertragsgläubiger hat ein Verschulden des Schuldners nachzuweisen. Der Vertragsschuldner muss sich nun gegenüber dem Vertragsgläubiger mit der Darlegung und dem Nachweis seines mangelnden Verschuldens entlasten.

Abgesehen vom Einbezug des Schmerzensgeldes in die vertragliche Haftung auf Tatbestandsebene bewirkt diese Beweissituation ebenfalls eine zusätzliche Haftungsverschärfung auf der Prüfungsebene des Verschuldens.

8. Haftung für Erfüllungsgehilfen

a) Mangelnde Exkulpationsmöglichkeit

Neben der eigenen Vertragshaftung ist als zweite Änderung die Modifikation auch der Gehilfenhaftung zu erwähnen. Bei Verkehrs- bzw. Schutzpflichtverletzungen kommt es in Zukunft auch für den Schmerzensgeldanspruch nicht mehr auf die Exkulpationsmöglichkeit für den Verrichtungsgehilfen in § 831 BGB an. Der dort vorgesehene Entlastungsbeweis ist im Rahmen von § 278 BGB bekanntlich nicht vorgesehen. Vielmehr hat der Vertragsschuldner das verschuldete Gehilfenversagen nach § 278 BGB zu vertreten. Mieter und Vermieter haften also einschränkungslos für das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen.

BEISPIEL: Erfüllungsgehilfen des Mieters sind alle Personen, die auf seine Veranlassung die Mietsache nutzen - Familienangehörige, Gäste, Untermieter, Kunden, Personal, Lieferanten, Spediteure. Dazu zählen auch Personen, die auf seine Veranlassung an, in oder bei der Mietsache arbeiten, so zum Beispiel Hausangestellte und herbeigerufene Handwerker.²⁸ Der Mieter haftet also nicht für Bettler, Hausierer, Gerichtsvollzieher oder für Postboten. Seine Haftung für minderjährige Kinder als Gehilfen ist umstritten, entspricht aber bei schuldfähigem Handeln (§§ 278, 276, 827, 828 Abs. 3 BGB n F.) der herrschenden Meinung.²⁹ Auf die in § 828 Abs. 3 BGB ebenfalls neu gefasste Deliktsfähigkeit ist an dieser Stelle hinzuweisen.

BEISPIEL: Erfüllungsgehilfen des Vermieters sind alle Personen, die er zur Erfüllung seiner mietvertraglichen Pflichten gegenüber dem Mieter einsetzt, insbesondere Personen, die er zu Verrichtungen bei, in oder an der Mietsache bestellt, so zum Beispiel Arbeitnehmer, Hausverwalter, Reinigungsun-

²⁷ Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 86, Rdnr. 158; Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2055) und 2055 Fn. 67; Oetker, a. a. O., § 253 BGB Rdnr. 2

²⁸ vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei: Oetker, a. a. O., § 278 BGB, Rdnr. 32

²⁹ dazu Blank in Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 7. Aufl. 1999, § 554a BGB Rdnr. 15, bejahend bei Schuldfähigkeit: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.4.1995 – 3 Wx 472/94, NJW-RR 1995, S. 1165

ternehmen, Bauarbeiter Auch ein Mieter kann Erfüllungsgelhilfe des Vermieters sein (str.).³⁰

Vertragliche Schmerzensgeldansprüche sind auch direkt zwischen Erfüllungsgelhilfen des Vermieters und Mieter bzw. dem mit ihm geschützten Personenkreis denkbar.

Beispiel: Der vom Vermieter bestellte Handwerker haftet dem Mieter, seinen Familienangehörigen und seinen Besuchern auf Schmerzensgeld aus der Verletzung vertraglicher Schutzpflichten, die ihm aus der Vertragsbeziehung mit dem Vermieter gegenüber dem genannten Personenkreis obliegen,³¹ so zum Beispiel, wenn der Handwerker in der Wohnung des Mieters mit Materialien ausschäumt, die giftige Dämpfe freisetzen, dabei nicht ausreichend lüftet, und dadurch Mieter, Familienangehörige oder Besucher einen Gesundheitsschaden erleiden.³²

b) Gehilfenexzesse

Der Grundsatz vertraglicher Haftung des Vermieters und natürlich auch des Mieters für Erfüllungsgelhilfen auch mit der Folge von Schmerzensgeldforderungen findet seine Grenze bei den Gehilfenexzessen. Dabei ist klar, dass diese Gehilfenexzesse, „bei Gelegenheit“ der Erfüllungsgelhilfenhandlung begangen, dem Geschäftsherrn über § 278 BGB nicht zurechenbar sind. Insoweit hat weder die Reform des Schuldrechts noch die Schadensersatznovelle an den bekannten Grundsätzen etwas geändert.

BEISPIEL: Der Geselle eines vom Vermieter beauftragten Handwerkers vergewaltigt anlässlich der Ausführung der Arbeiten in der Wohnung des Mieters dessen Ehefrau oder prügelt sich mit dessen Sohn.³³

In dem genannten Beispielfall sind vielmehr nur die Fälle einschlägig, in denen ein Mangel der Werkleistung zu einem Körperschaden führt. Dies ist z. B. der Fall bei der fehlerhaft angeschlossenen elektrischen Heizung oder einer sonstigen elektrischen Anlage oder dem Kamin, der die Abgase nicht vollständig abführt, wodurch jeweils Gesundheits- und Körperschäden der Mieter hervorgerufen werden.

³⁰ vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Oetker, a. a. O Rdnr. 30 und 32; a. A. für die Erfüllungsgelhilfeneigenschaft des Mieters: a. A. OLG Frankfurt / Main, Urteil vom 1.11.1990 – 16 U 146/89, WM 1991, S. 88

³¹ OLG Köln, Urteil vom 8.11.2000 – 11 U 41/00, OLGR 2001, S. 66

³² OLG Braunschweig, Urteil vom 29.3.2000 – 3 U 148/95, OLGR 2001, S. 163 ff

³³ Beispiel gebildet nach Jaeger/Luckey, MDR 2002, S. 1168 (1170)

c) Beweislast

Für die Beweislastverteilung innerhalb der Gehilfenhaftung gilt das oben Gesagte zur eigenen vertraglichen Haftung des Geschäftsherrn entsprechend. Auch hier ist aufgrund der gesetzlichen Verschuldensvermutung in § 280 Abs. 1 S. 2 die Beweislast umgekehrt. Daraus folgt, dass der Geschäftsherr mangelndes Verschulden seines Erfüllungsgehilfen vortragen muss, wenn er sich von der Gehilfenhaftung freizeichnen³⁴ will. Diese Grundsätze gelten auch für den neuen vertraglichen Schmerzensgeldanspruch.

9. Schmerzensgeldbemessung

Es wurde bereits mehrfach festgehalten, dass der Geschädigte nach dem neuen Recht auch bei fehlendem schuldhaften Verhalten aus Vertragshaftung und aus Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld verlangen kann. Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob man dem fehlenden Verschulden oder den denkbaren verschiedenen Verschuldensschweregraden bei der Bemessung der Schmerzensgeldhöhe über § 287 ZPO³⁵ Rechnung tragen kann. In der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es wörtlich:

„Und im Verschuldensfalle kann die Genugtuung weiterhin bei der konkreten Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden, wenn dies im Einzelfall notwendig erscheint.“³⁶

Die Literatur steht diesem gesetzgeberischen Hinweis allerdings sehr kritisch gegenüber, wenngleich zugegeben wird, dass die Berücksichtigung des Verschuldens und seiner Abstufungen dem Rechtsgefühl oder der Billigkeit entspreche.³⁷ Da es sich hier um eine allgemein schadensersatzrechtliche Streitfrage handelt, soll dieser Aspekt im Rahmen besonderer mietrechtlicher Betrachtung nicht weiter vertieft werden. Wichtig ist hier nur die Erkenntnis, über diesen Gedanken gerade in besonders krass erscheinenden Einzelfällen noch Korrekturversuche anbringen zu können.

10. Bagatellfälle

Bereits die Rechtsprechung zum alten Schmerzensgeldrecht klammerte Bagatellverletzungen unter dem Blickpunkt der Billigkeit beim Schmerzensgeldanspruch aus. In diesen Fällen konnte also von der Zuerkennung eines Schmerzensgeldes abgesehen werden. Dogmatisch wurde dieses

³⁴ So: Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 86, Rdnr. 158

³⁵ Oetker, a. a. O., § 253 BGB Rdnr. 36, 49

³⁶ vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 15, linke Spalte, 1. Abs. a. E.

³⁷ So: Deutsch, ZRP 2001, S. 351 (353); dagegen: Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2054)

Ergebnis aus § 287 ZPO hergeleitet, der ein richterliches Ermessen zuerkennt.³⁸

BEISPIEL: Die Rechtsprechung geht bei Kopfschmerzen oder Schleimhautreizungen, leichteren oberflächlichen Weichteilverletzungen, wie Schürfwunden, Schnittwunden und Prellungen, sowie bei leichteren Verletzungen des Bewegungsapparates in Form von Zerrungen und Stauchungen von Bagatellverletzungen aus,³⁹ erkennt also ein Schmerzensgeld nicht an.

Nach kurzen Überlegungen, diese Bagatellgrenze ausdrücklich in das Gesetz mit aufzunehmen, wurde dieser Gedanke innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens wieder fallengelassen. Damit bleibt es bei den von der Rechtsprechung bisher zur Unerheblichkeit von Bagatellverletzungen für die Zuerkennung von Schmerzensgeld aufgestellten Grundsätzen.⁴⁰

11. Todesfälle

Auch der neue § 253 BGB gibt kein Schmerzensgeld für die Verletzung des Lebens. Insoweit hat sich im Verhältnis zu § 847 BGB a. F. nichts geändert. Für den Tod und für die Verkürzung des Lebens sieht das Gesetz damit weiterhin kein Schmerzensgeld und keine Entschädigung vor.⁴¹ Denn § 253 Abs. 2 BGB nennt das Leben als Rechtsgut nicht, so dass der Eintritt des Todes keinen Schmerzensgeldanspruch begründet.⁴²

III. Umfang der Sachschadensliquidation bei Restitutionsfällen

Bisher galt als Grundsatz, dass die Reparaturkosten stets einschließlich Mehrwertsteuer zu zahlen waren. § 249 BGB a. F. unterschied nicht danach, ob die Schadensersatzleistung tatsächlich zur Schadensbeseitigung verwendet wurde oder nicht. Es galt der Grundsatz „fiktiven Schadensersatzes“. In diesen fiktiven Schadensersatz war die Umsatzsteuer mit eingeschlossen.

BEISPIEL: Bisher konnte der Vermieter z. B. in der Abwicklungsphase des Mietverhältnisses festgestellte Wohnungsschäden und unterlassene Schönheitsreparaturen nach Überleitung in einen Schadensersatzanspruch (§§ 280, 281 BGB) auf der Basis eines Kostenvoranschlages gegenüber dem Mieter abrechnen (§ 249 BGB a. F.) und auch

³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 14.1.1992 – VI ZR 120/91, NJW 1992, S. 1043 f sowie: Müller, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, S. 1 (3 f)

³⁹ BGH, Urteil vom 14.1.1992 – VI ZR 120/91, NJW 1992, S. 1043 f; vgl. auch die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752 vom 7.12.2001, S. 25, rechte Spalte, letzter Abs.

⁴⁰ hinweisend auch: Oetker, a. a. O., § 253 BGB Rdner. 29

⁴¹ BGH, Urteil vom 12.5.1998 – VI ZR 182/97, MDR 1998, S. 1029; Oetker, a.a.O., § 253 BGB Rdner. 28

⁴² Für § 253 Abs. 2 BGB hinweisend: Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 44, Rdnr. 78 m. w. H. zur Rechtsprechung zu § 847 BGB a. F.

die dort ausgewiesene Umsatzsteuer⁴³ verlangen. Dabei war unerheblich, ob der Vermieter die Renovierungen selbst vornahm, ob er den kostenvoranschlagenden Handwerker beauftragte oder etwa die Wohnung unrenoviert weitervermietete.

Dieser Grundsatz der Abrechenbarkeit fiktiver Reparaturkosten bei den so genannten Restitutionsfällen (Wiederherstellung der beschädigten Sache) wurde auch durch den neu gefassten § 249 BGB nicht abgeschafft. Um Restitutionsfälle handelt es sich immer dann, wenn eine Herstellung der beschädigten Sache selbst oder die Beschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache möglich ist.⁴⁴ Was den Ersatz des Netto-Schadensbetrags angeht, so kann der Geschädigte auch nach neuem Recht – wie bisher – frei wählen, ob er fiktiv auf Gutachterbasis oder konkret auf Rechnungsbasis liquidiert.

1. Mehrwertsteuer bei abstrakter Schadensberechnung nicht ersatzfähig

Neu ist allerdings § 249 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach ausgewiesene Umsatzsteuer nur dann als Schadensposten liquidiert werden kann, wenn der Schaden tatsächlich durch einen Umsatzsteuerpflichtigen beseitigt wird. Die Vorschrift lautet:

„Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.“

Der Ersatz „fiktiver“ Umsatzsteuer wird jetzt ausgeschlossen.⁴⁵

Dies bedeutet für das eingangs gewählte

BEISPIEL: Der Vermieter kann festgestellte Wohnungsschäden und unterlassene Schönheitsreparaturen nach Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch⁴⁶ nicht mehr auf Kostenvoranschlags- bzw. Gutachterbasis abrechnen, ohne die Wohnung tatsächlich dekorationsmäßig zu behandeln bzw. den Schaden tatsächlich zu ersetzen, wenn er die Mehrwertsteuer als Schadensposition ansetzen will. Nur wenn tatsächlich ein umsatzsteuerpflichtiger Vorgang stattfindet, kann die anfallende Mehrwertsteuer dem Schädiger in Rechnung gestellt werden.

⁴³ BGH, NJW 1973, S. 1647; BGH, NJW 1985, S. 2469; KG Berlin, Urteil vom 14.11.1994 – 8 U 3194/94, GE 1995, S. 109; LG Berlin, Urteil vom 28.11.1995 – 64 S 220/95, GE 1996, S. 1373; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 7. Aufl. 1999, § 548 BGB, Rdnr. 136; a. A., Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 535 Rdnr. 192; Scheuer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, Kapitel V A. Rn. 179

⁴⁴ Hinweisend: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 13, rechte Spalte, letzter Abs.

⁴⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 13, linke Spalte, 2. Abs. a. E.

⁴⁶ kritisch: Wüstefeld, Fiktive Berechnung von Schönheitsreparaturen – mit oder ohne Umsatzsteuer?, WM 2003, S. 15 (16), der allenfalls eine analoge Anwendung von § 249 Abs. 2 BGB auf einen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen für denkbar hält.

BEISPIEL: Bei Zahlungen von Abgeltungsbeträgen auf Grund von Quotenhaftungsklauseln handelt es sich nicht um Schadensersatzleistungen. Der Mieter zahlt auf einen vertraglichen Erfüllungsanspruch⁴⁷. Die Zahlung bezweckt nicht, dem Mieter die Möglichkeit zu geben, zu diesem Zeitpunkt Schönheitsreparaturen durchzuführen. Denn der Zahlungsanspruch aus einer Quotenhaftungsklausel setzt voraus, dass noch keine Schönheitsreparaturen fällig sind. Der Abgeltungsanspruch umfasst also auch nach neuer Rechtslage die fiktive Umsatzsteuer.⁴⁸

Auch in anderen Fällen von Sachbeschädigungen und Eigentumsverletzungen kann innerhalb des Mietrechts nicht mehr nach „fiktiven“ Reparaturkosten, also auf Gutachterbasis, abgerechnet werden, wenn die Mehrwertsteuer mit liquidiert werden soll.

Beispiel Der Mieter bohrt Löcher in die Wohnzimmertür. Er beschädigt ein Waschbecken durch Hineinfallenlassen von Gegenständen aus Unachtsamkeit etc.

Liegt „das schädigende Ereignis“ vor dem 31.7.2002, so kann der Vermieter auch noch den Ersatz fiktiver Mehrwertsteuer verlangen, wenn sie z. B. nur im Kostenvoranschlag ausgewiesen ist und eine Reparatur tatsächlich nicht oder nur zu verminderten Preisen stattgefunden hat.⁴⁹ Langenberg⁵⁰ stellt für das schädigende Ereignis auf den erfolglosen Ablauf der nach § 281 Abs. 1 BGB gesetzten Frist ab. Denn erst mit Fristablauf steht die Pflichtverletzung des Mieters fest. Erst dann entsteht der Schadensersatzanspruch des Vermieters. Gleichzustellen sind der Zeitpunkt der Erfüllungsverweigerung des Mieters bzw. der berechtigten Ablehnungserklärung des Vermieters.⁵¹

Für Schadensereignisse ab dem 1.8.2002 kommt es darauf an, ob die Mehrwertsteuer tatsächlich angefallen ist (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB).

a) Angefallene Mehrwertsteuer

Die Mehrwertsteuer muss also nach neuem Recht „angefallen“ sein. Dies ist der Fall, wenn und soweit sie der Geschädigte zur Wiederherstellung aus seinem Vermögen aufgewendet oder sich hierzu verpflichtet hat.⁵²

b) Bemessungsgrundlage

⁴⁷ Langenberg, in Schmidt-Futterer, a. a. O.; BGH, Beschluss vom 6.7.1988 – VIII ARZ 1/88, WM 1988, S. 294 (295 a. E.); Wüstefeld, a. a. O., S. 16

⁴⁸ zutreffend: Wüstefeld, a. a. O., S. 16

⁴⁹ Art. 12 § 8 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002, BGBl. I, S. 2680

⁵⁰ Langenberg, Schönheitsreparaturen nach der Schuldrechtsreform, NZM 2002, S. 972 (976)

⁵¹ So: Langenberg, a. a. O.

⁵² So: Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 126, Rdnr. 233

Der Gesetzgeber stellt auf die maßgebliche Bemessungsgrundlage mit der gesetzlichen Formulierung „wenn und soweit“ ab. Die Mehrwertsteuer bemisst sich daher immer nur noch nach dem tatsächlich in Folge einer Reparatur angefallenen Netto-Schadensersatzvolumen.

2. Vorsteuerabzugsberechtigung des Vermieters entscheidend

Bereits nach altem Recht war die Mehrwertsteuer vom Mieter im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nur zu ersetzen, sofern der Vermieter nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt war.⁵³ Daran hat sich nach neuem Schadensersatzrecht nichts geändert. Ist der Vermieter zum Vorsteuerabzug berechtigt, so kann er die Mehrwertsteuer auf keinen Fall ersetzt verlangen, also auch dann nicht, wenn er die Reparatur tatsächlich durchgeführt hat.⁵⁴ Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Andernfalls wäre der vorsteuerabzugsberechtigte Vermieter doppelt bereichert. Einerseits könnte er den Mehrwertsteuerbetrag im Zuge der Schadensliquidation beim schädigenden Mieter liquidieren. Andererseits könnte er darüber hinaus eben diesen Mehrwertsteuerbetrag als Vorsteuer im Rahmen seiner Umsatzsteuererklärung geltend machen.

Zum Vorsteuerabzug ist der Vermieter z. B. berechtigt, wenn er zulässig zur Umsatzsteuer optiert hat.⁵⁵

3. Abrechnungsszenario – Kombination von abstrakter und konkreter Schadensberechnung ?

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass nach dem neuen § 249 Abs. 2 S. 2 BGB Umsatzsteuer nur zu ersetzen ist, wenn und soweit sie auch tatsächlich auf entstandene Reparaturkosten angefallen ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Reparatur durch einen Fachhandwerker durchgeführt wird, zu günstigeren Tarifen oder in Eigenarbeit.

Weicht der tatsächlich entstandene Reparaturbetrag von einem in einem Gutachten höher veranschlagten Betrag nach unten ab, so kann lediglich die auf die tatsächliche Reparaturrechnung gezahlte – niedrigere – Umsatzsteuer verlangt werden. Die in einem Schätzgutachten kalkulierte höhere Summe ist nicht ersatzfähig. Ob wenigstens der Nettobetrag des Schätzgutachtens maßgeblich bleibt oder mit Blick auf die Vorlage einer – niedrigeren – Rechnung über eine tatsächlich durchgeführte Reparatur nach unten zu korrigieren ist, hängt davon ab, ob die Diskrepanz auf ü-

⁵³ KG Berlin, Urteil vom 14.11.1994 – 8 U 3194/94, GE 1995, S. 109; Gather, Schönheitsreparaturen und kleine Instandhaltungen, 1996, S. 45; Langenberg, Schönheitsreparaturen nach der Schuldrechtsreform, NZM 2002, S. 972 (976); Wüstefeld, Fiktive Berechnung von Schönheitsreparaturkosten – mit oder ohne Umsatzsteuer?, WM 2003, S. 15 (16)

⁵⁴ Eggert, Das neue Schadensersatzrecht im Überblick, ZAP Fach 9, S. 647 (648); Freyberger, Das neue Schadensersatzrecht, MDR 2002, S. 867 (868 Fn. 9); Schmalzl, Die Mehrwertsteuer als Schadensposten im Rahmen der Schadensregulierung, VersR 2002, S. 816 ff

⁵⁵ Vgl. näher zu den Voraussetzungen der Umsatzsteueroption eines Vermieters: Horst, Praxis des Mietrechts – NJW-Schriftenreihe, Bd. 19, 1. Aufl. 2003, S. 143, Rdnrn. 492 ff

berobligationsmäßigen Anstrengungen des Geschädigten oder auf der Unrichtigkeit des Schätzgutachtens beruht.⁵⁶ Eine Kombination von abstrakter und konkreter Schadensberechnung ist nur im ersten Fall möglich.

Kann nicht kombiniert werden, dann kann nach durchgeführter Reparatur nur insgesamt auf der Grundlage der Reparaturrechnung liquidiert werden, wenn der Geschädigte Umsatzsteuer mit einbeziehen will.

Ist aber schon der Nettobetrag des Schadensgutachtens höher als der Bruttorechnungsbetrag, ist die fiktive Schadensberechnung attraktiver. Dann muss der Geschädigte allerdings auf Umsatzsteuer verzichten. Er kann dann auf Gutachterbasis abrechnen, solange keine Anhaltspunkte für gravierende Mängel bestehen.⁵⁷

Wird in Eigenregie repariert, werden aber Ersatzteile dazugekauft, so ist festzuhalten: Die (fiktiven) Netto-Arbeitskosten kann der Geschädigte nach dem Gutachterwert verlangen⁵⁸. Denn auch wenn er die Arbeiten selbst ausführt, so hat er doch Anspruch auf eine Reparatur durch einen Fachmann.⁵⁹ Denn der Geschädigte behält die Dispositionsbefugnis darüber, ob er auf Gutachterbasis abrechnet (abstrakte Schadensberechnung) oder nach konkret angefallener Reparaturrechnung.⁶⁰ Die Umsatzsteuer aber ist nur ersatzfähig, soweit sie tatsächlich angefallen ist. Repariert der Geschädigte selbst oder unter Inanspruchnahme von Freunden oder Verwandten, erhält er jedenfalls den Umsatzsteuerbetrag ersetzt, der in den Kosten beschaffter Ersatzteile oder Arbeitsmaterialien enthalten ist.⁶¹

BEISPIEL: Der Vermieter führt die vom Mieter pflichtwidrig unterlassenen Schönheitsreparaturen nach Überleitung des Vornahmeanspruchs in einen Schadensersatzanspruch selbst oder mit der Hilfe von Freunden aus. Hier kann er den gutachtlich ausgewiesenen Nettobetrag für Arbeitskosten ansetzen. Umsatzsteuer erhält er nur, soweit sie auf Arbeitsmaterialien, wie z. B. Farbe und Tapeten, angefallen ist.

BEISPIEL: Der Vermieter renoviert gar nicht, sondern vermietet die Wohnung unrenoviert: Hier kann er, wie im vorigen Beispiel, netto auf Gutachterbasis abrechnen, erhält aber keine Umsatzsteuer. Denn Umsatzsteuer ist tatsächlich nicht angefallen.

Lässt der Geschädigte überhaupt nicht reparieren, sondern schafft er einen Ersatzgegenstand an, so hängt der Umfang des Schadensersatzanspruches wiederum davon ab, ob Umsatzsteuer tatsächlich anfällt.

⁵⁶ Wagner, NJW 2002, S. 2049 (2058)

⁵⁷ BGH, Urteil vom 20.6.1989 – VI ZR 334/88, NJW 1989, S. 3009 (3010); BGH, NJW 2000, S. 800 (801 f)

⁵⁸ Begründung des Regierungsentwurfs, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 23

⁵⁹ Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 137 f, Rdnr. 259

⁶⁰ zu der erhalten gebliebenen Dispositionsmöglichkeit vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 23

⁶¹ Wagner, a. a. O., S. 2058

BEISPIEL: Der Vermieter ersetzt ein beschädigtes Waschbecken durch ein neues Becken. Dabei gelingt ihm ein verbilligter Bezug bei einem Händler im Verhältnis zu den im Schadensgutachten festgesetzten Schätzkosten. Er kann auf Gutachterbasis netto abrechnen, aber nur die tatsächlich angefallene Mehrwertsteuer nehmen.

BEISPIEL: Der Vermieter beschafft das neue Waschbecken im vorigen Beispiel von Privat. Umsatzsteuer fällt nicht an und ist deshalb auch nicht zu erstatten.

BEISPIEL: Der Vermieter verzichtet auf eine Reparatur oder Ersatzbeschaffung des beschädigten Waschbeckens. Statt dessen verlangt er den hierfür erforderlichen Geldbetrag. Er erhält jetzt den Nettobetrag ohne Umsatzsteuer.

4. Prozessuale Behandlung

Nach der durch § 249 Abs. 2 S. 2 BGB vorgenommenen Beweislastverteilung hat der Geschädigte nachzuweisen,⁶² dass und in welcher Höhe Mehrwertsteuer angefallen ist. Diesen Nachweis führt er durch Vorlage der entstandenen Reparurrechnung. Ob der dort ausgewiesene Nettobetrag und damit die anfallende Umsatzsteuer korrekt oder zu hoch angesetzt ist, unterliegt freier richterlicher Beweiswürdigung (§ 287 ZPO). Das Gericht kann die Vorlage der Rechnung verlangen (§ 142 Abs. 1 ZPO).

Alternativ bietet es sich an, nur auf Basis des Schadensgutachtens abzurechnen. Dieses Vorgehen ist für den Geschädigten dann attraktiv, wenn der Nettobetrag des Schadensgutachtens höher ist als der Bruttobetrag der Reparurrechnung einschließlich Umsatzsteuer.⁶³ Auch dann bleibt aber die Frage zu beantworten, ob eine Kombination in der Abrechnung zwischen dem im Verhältnis zur Reparurrechnung höheren Nettobetrag des Schätzgutachtens und dem in der Reparurrechnung ausgewiesenen Umsatzsteuerbetrag durch Vorlage beider Beweismittel möglich ist. Die Antwort richtet sich – wie erwähnt – danach, ob keine Anhaltspunkte für gravierende Mängel des Gutachtens bestehen und der tatsächlich verminderte Reparaturaufwand auf überobligationsmäßiger Anstrengung und besonderer Sparsamkeit des Geschädigten beruht.

Dieses Vorgehen birgt die Gefahr, dass der Prozessgegner den erhöhten Nettobetrag des Schadensgutachtens in seiner Berechtigung anzweifelt. Je nach Fallgestaltung kann es daher nahe liegen, den Umstand, das repariert wurde, im Prozess nicht vorzutragen. Denn es kann die Gefahr

⁶² Begründung zum Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 23 re. Sp.

⁶³ Hinweisend: Wagner, a. a. O., S. 2059

drohen, dass der Betrag der Reparaturrechnung zur Obergrenze einer Erstattung wird.

Um dem vorzubeugen, tut der Geschädigte also in diesem Fall gut daran, Gründe darzulegen, die den Preisnachlass der Reparaturrechnung gegenüber dem Schätzgutachten rechtfertigen. Sie können z. B. in ausgehandelten Sonderpreisen, der Auswahl von No-Name-Produkten anstelle des beschädigten Markenartikels oder in einem Verzicht des Geschädigten auf eine quantitativ und qualitativ vollumfängliche Reparatur liegen, der dem Schädiger nicht zugute kommen darf. Nur so kann der Geschädigte dem Einwand seines Prozessgegners begegnen, die Reparaturkosten seien zu hoch angesetzt. Ob das Gutachten unrichtig oder der Geschädigte bei seinem Reparaturaufwand nur sparsam ist, könnte das Gericht ebenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung gemäß § 287 ZPO entscheiden.⁶⁴

IV. Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

Mietrechtlich bietet die neu geregelte Haftung des gerichtlichen Sachverständigen keine großen Besonderheiten. Sie ist daher nur kurz anzusprechen.

Nach alter Rechtslage kam eine solche Haftung nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bestanden vertragliche Beziehungen des Sachverständigen zu den Parteien nicht, so haftete er nur für die Unrichtigkeit seines Gutachtens, wenn er beeidigt worden war und deshalb seine Haftung über § 823 Abs. 2 BGB auf ein Aussagedelikt nach §§ 154, 163 StGB gestützt werden konnte. Die Haftung setzte bei leichter Fahrlässigkeit für jeden Vermögensschaden ein. Im Übrigen konnte sich eine Haftung nur in den praktisch seltenen Fällen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i. S. v. § 826 BGB oder im Falle der schuldhaften Verletzung eines absoluten Rechtsgutes i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB ergeben. In dem hier interessierenden Fall kommt allenfalls eine Haftung für Eigentumsverletzungen in Betracht, die allerdings kaum denkbar ist. Aus unrichtigen Gutachten werden sich in aller Regel Vermögensschäden ergeben, die aber als Rechtsgut nicht unter den Tatbestand von § 823 Abs. 1 BGB fallen.⁶⁵

Nach dem neuen Haftungstatbestand in § 839a BGB sind auch reine Vermögensschäden ersatzfähig. Der gerichtliche Sachverständige haftet für jedes vorsätzlich oder grob fahrlässig erstattete unrichtige Gutachten, wenn einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung, die auf diesem Gutachten beruht, ein Schaden entsteht. Die Haftung ist nachrangig und setzt erst nach Ausschöpfung aller Rechtsmittel durch den Geschädigten ein (§ 839a Abs. 2 i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB).

⁶⁴ In diese Richtung auch Wagner, a. a. O.

⁶⁵ Statt aller: Mertens, in: Münchener Kommentar, 3. Aufl. 1997, Bd. 5, § 823 BGB, Rdnr. 466; die Rechtsprechung beschränkte in diesem Fall die Haftung des Sachverständigen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Im Mietprozess ist damit die Berufung gemeint, wenn sie nach den Vorschriften der ZPO zulässig ist. In Betracht kommt weiter die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO, wenn das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat. Dieser Fall dürfte im Mietrecht zunächst nicht so häufig werden, da bis zum 31. Dezember 2006 eine Nichtzulassungsbeschwerde nur möglich ist, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwerde 20.000 Euro übersteigt.⁶⁶

Vereinzelt wird darüber hinaus verlangt, dass der Geschädigte bereits in der I. Instanz alle Einwände gegen die Begutachtung erheben muss.⁶⁷

An einer gerichtlichen Entscheidung fehlt es im Falle eines Prozessvergleichs.⁶⁸ § 839a BGB ist in diesem Fall nicht anwendbar.

V. Sonstige Neuerungen

Die Modifizierung der allgemeinen Deliktsfähigkeit Minderjähriger⁶⁹ in § 828 Abs. 3 BGB und die nicht mehr geschlechtsspezifische Betonung der sexuellen Selbstbestimmung in § 825 BGB können zwar auch bei der Lösung mietrechtlicher Fälle eine Rolle spielen, haben aber keine mietrechtstypischen Auswirkungen, so dass es hier bei der Nennung dieser Stichworte als Merkposten bleiben kann.

VI. Fazit – Thesen und Ausblick

Die Schadensersatznovelle verkürzt die Möglichkeit einer „fiktiven“ Schadensberechnung für beide Parteien – Mieter und Vermieter – insoweit, als § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nun für die Umsatzsteuer verlangt, dass sie tatsächlich angefallen ist. Die Rechtsänderung betrifft ohnehin nur Personen, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, was sich bei privaten Wohnungsmietern und bei privaten Wohnungsvermietern dann auswirkt, wenn letztere nicht zur Umsatzsteuer optiert haben. Ansonsten bleibt es bei den bekannten Abrechnungsgrundsätzen, die im Einzelfall auch eine Kombination von fiktiver und konkreter Schadensberechnung zulassen.

Die Untersuchung zu den Auswirkungen der Schadensersatznovelle auf das Mietrecht hat des weiteren gezeigt, dass durch die Einbindung des Schmerzensgeldanspruchs in die (verschuldensunabhängige) Vertragshaftung das Haftungsrisiko des Vermieters enorm gestiegen ist. Dies zeigt sich besonders im

⁶⁶ Näher: Horst, Praxis des Mietrechts – NJW-Schriftenreihe Band 19, 1. Aufl. 2003, S. 494 Rdnr. 1932 f

⁶⁷ Jaeger/Luckey, MDR 2002, S. 1168 (1173)

⁶⁸ Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 28

⁶⁹ Gemeint ist die Deliktsfähigkeit über Kraftfahrzeugunfälle (§ 828 Abs. 2 BGB) hinaus.

Rahmen seiner Garantiehaftung für anfängliche Mängel aus § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB, soweit sie nicht – zulässig – formular- oder individualvertraglich ausgeschlossen ist.

Gott sei Dank hatte der Gesetzgeber insoweit ein Einsehen, als er weiterhin Ansprüche auf Ersatz immateriellen Schadens aus Vertragsverletzungen ausklammert, die zu keiner Beeinträchtigung der in § 253 BGB aufgezählten absoluten Rechte führen, wie etwa der Ärger über die Schlechterfüllung oder durch die Nichterfüllung eines Vertrags.⁷⁰ Obwohl das Mietrecht als Massenrecht die Funktion einer Friedensordnung ausfüllen soll, hätte eine solche Ausweitung gerade bei der häufig stark emotionsgeladenen Vertragsbeziehung zwischen Mieter und Vermieter katastrophale Konsequenzen gehabt.

Viele Fragen sind gerade im Bereich der Voraussetzungen einer Schmerzensgeldhaftung aber noch offen. Erinnerung sei nur an die in der Rechtsprechung uneinheitlich bewertete Frage der Gesundheitsgefährdung durch Mobilfunkstationen mit der Folge von vereinzelt zuerkannten Mietminderungen.⁷¹ Steigt das Schmerzensgeldrisiko hier etwa infolge gesenkter Grenzen für die gesundheitliche Unverträglichkeit elektromagnetischer Strahlung, so wird das Vermieten – einmal mehr – zum finanziell unabsehbaren Risiko.

Ho
20.01.2002
K:\HORST\Aufsätze\Schadensersatznovelle und Mietrecht.doc

⁷⁰ So: Huber, in: Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, 3. Teil, § 16 „Das neue Schadensersatzrecht“, S. 407, Rdnr. 45 a. E.

⁷¹ So: AG München, Urteil vom 1.4.1998, WM 1999, S. 111; AG Frankfurt, Urteil vom 25.6.2001 – 33 C 1237/01-27NzM 2001, S. 1031; ebenso: Kniep, Mobilfunk und Mietumfeld, WM 2002, S. 598 (600), a. A. Martens/Appelbaum, Rechtliche Vorgaben für Errichtung, Änderung und Betrieb von Mobilfunkstationen, NZM 2002, S. 642 (650); LG Freiburg, Urteil vom 27.6.1996 – 3 F 294/95; OLG München, Urteil vom 13.9.2001 – 8 U 1553/99; jeweils zitiert bei: Martens/Appelbaum, a. a. O., S. 650, Fn. 64; LG Berlin, Urteil vom 23.7.2002 – 63 S 366/01, GE 2003, S. 53 f (54); Hitpaß, UMTS Dachantennen- Rechtliche Chancen und Risiken für Mieter und Vermieter, Hamburger Grundeigentum 2002, S. 368 ff