

Rechtsanwalt
Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Mietrecht und Schuldrechtsreform

Es ist nicht ohne Reiz, die dogmatischen Linien auszuziehen, die sich aus der Schuldrechtsreform im Hinblick auf das geltende und im Kern jetzt praktisch nicht mehr geänderte Mietrecht ergeben, zumal dieses selbst erst kürzlich durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2001 (BGBl. 1149) novelliert wurde. Im Wesentlichen geht es daher darum, die Auswirkungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts der Schuldrechtsreform auf das Mietrecht gemäß §§ 535 ff. BGB zu prüfen. Dabei dient es sicherlich dem besseren Verständnis, wenn gleichzeitig jeweils ein kurzer Blick auf die bisherige Rechtslage geworfen wird, weil erst dann die Unterschiede plastisch hervortreten können.

I. Hauptpflichten des Mietvertrages - § 535 BGB

1. Dogmatische Struktur

Die zentrale Verpflichtung des Vermieters, wie sie in § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB Gesetz geworden ist, zielt darauf ab, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Es geht also um die Gebrauchsgewährung, die sich durch das Überlassen der Mietsache und ihr Belassen vollzieht (Palandt/Weidenkaff, BGB, 61. Aufl., § 535 Rdnr. 14; Erman/Jendrek, BGB, 10. Aufl. § 535 Rdnr. 20). Darüber hinaus verpflichtet § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB den Vermieter – und auch insoweit handelt es sich um eine Hauptpflicht (Palandt/Weidenkaff § 535 Rdnr. 30) –, dafür Sorge zu tragen, daß die Mietsache während der Mietzeit in einem vertragsgemäßen Zustand erhalten wird. Dabei umfaßt bekanntlich der Begriff der „Erhaltung“ alle Maßnahmen, welche erforderlich sind, um dem Mieter während der gesamten Mietzeit den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen (Palandt/Weidenkaff § 535 Rdnr. 36; Erman/Jendrek § 535 Rdnr. 31; Knops, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, § 535 Rdnr. 22ff.). In diesem Kontext wird grundsätzlich zwischen der Pflicht zur Instandsetzung, d.h. zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen und ordnungsgemäßen Zustandes der Mietsache – etwa: durch Beseitigung von Schäden (Knops a.a.O. § 535 Rdnr. 24) und der Erneuerung des vertragsgemäßen und ordnungsgemäßen Zustandes der Mietsache – sowie ihrer Instandhaltung unterschieden.

Ausgehend von diesem Befund soll zunächst die Frage geprüft werden, wie die Instandsetzungspflicht zum einen nach bisherigem Recht, zum anderen nach neuem

Recht einzuordnen zu rechtlich zu beurteilen ist. Notwendigerweise ist dabei nicht die Erfüllung dieser Pflicht ins Visier zu nehmen, sondern Tatbestand und Auswirkungen einer etwaigen Nichterfüllung, weil ohnehin das Ordnungsgemäße, das Normale nicht immer das unmittelbare Interesse des Juristen findet; er neigt mehr den Tatbeständen zu, welche mit dem Stichwort der Pflichtverletzung – wie jetzt in § 280 BGB festgelegt – umschrieben werden.

2. Verletzung der Reparaturpflicht

a) Bisherige Rechtslage

Wenn der Vermieter die aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierende Reparaturpflicht verletzt, ist der Mieter entweder von der Miete befreit oder er hat einen Anspruch auf Minderung gemäß § 536 BGB; darüber hinaus hat er einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 536 a BGB, oder er kann nach § 536 a Abs. 2 BGB nach Durchführung einer Ersatzvornahme Erstattung der entstandenen Aufwendungen beanspruchen (hierzu Kandelhard, in: Herrlein/Kandelhard, a.a.O. § 536 a Rdnr. 3 ff.).

b) Gegenwärtige Rechtslage

Da im folgenden noch die Besonderheiten untersucht werden sollen, die sich aus der Konkurrenz der §§ 536, 536 a BGB in Bezug auf die Schuldrechtsreform ergeben, soll hier zunächst nur dies gesagt werden: Kein Zweifel besteht daran, daß die in § 535 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB normierten Pflichten der Gebrauchsgewährung und der Überlassung der Mietsache in einem vertragsgemäßen und ordnungsgemäßen Zustand Pflichten sind, die gemäß § 280 BGB dem allgemeinen Pflichtenkonzept des BGB entsprechen (vgl. Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 280 Rdnr. 3 ff.). Denn § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB erfaßt alle Tatbestände einer Pflichtverletzung – gleichgültig, ob es sich um Haupt- oder Nebenleistungspflichten handelt; erfaßt werden aber auch die in § 241 Abs. 2 BGB normierten Schutzpflichten (Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen § 280 Rdnr. 3). Damit ist aber auch die Reparaturpflicht wie sie sich aus § 535 Abs. 1 BGB bei Vorliegen eines Schadens ergibt, Gegenstand des allgemeinen Pflichtenkonzepts, wie es nunmehr nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB das Schuldrecht im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts beherrscht (hierzu im einzelnen Canaris JZ 2001, 499 ff.; Zimmer NJW 2002, 1 ff.).

aa) Der Schuldmaßstab

Wesentlich ist hier vor allem die Erkenntnis, daß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB den Tatbestand der objektiven Pflichtverletzung zum Gegenstand hat. An eben diesen Tatbestand knüpft auch die Pflicht des Schuldners, Schadensersatz zu leisten, d.h. den Schaden zu ersetzen, der dem Gläubiger kausal durch die Pflichtverletzung entstanden ist. Dabei gilt es zu sehen, daß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Schadensersatzhaftung des Schuldners im Ergebnis davon abhängig macht, daß er die objektiv ihm zuzurechnende Pflichtverletzung auch im Sinn von § 276 BGB zu vertreten hat.

Hierbei ist nunmehr auf das schärfste bei einem jedem Schuldverhältnis zu differenzieren, weil der Begriff des Vertretenmüssens in entscheidendem Maße vom Inhalt der jeweiligen Parteivereinbarung abhängt. Ob nämlich eine mildere oder eine strengere Haftung – im Vergleich zur Haftung wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens – geschuldet wird, bestimmt sich nach der ausdrücklichen Parteivereinbarung. § 276 Abs. 1 BGB knüpft daher unmittelbar daran, daß eine solche – verschuldensunabhängige – Haftung sich entweder aus der – wie hinzuzusetzen ist – individualvertraglichen Abrede der Parteien ergeben kann. Doch ist entscheidend, daß der „sonstige Inhalt“ des Schuldverhältnisses im Wege der Auslegung der Parteivereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB heranzuziehen ist. Darüber hinaus gilt: Immer dann, wenn der Schuldner die Übernahme einer „Garantie“ erklärt oder ein „Beschaffungsrisiko“ begründet hat, geht § 276 Abs. 1 BGB davon aus, daß insoweit eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht gewollt ist. Auf die Einzelheiten, die sich aus der Interpretation dieser wesentlichen neuen Bestimmung ergeben, wird im folgenden noch eingegangen.

bb) Beweislastumkehr

Hier soll nur dies festgehalten werden: § 280 Abs. 1 BGB enthält seiner Struktur nach eine klassische Beweislastumkehr (Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen § 280 Rdnr. 6). Es ist also Sache des Schuldners, den Nachweis anzutreten, daß ein Vertretenmüssen im Sinn von § 276 BGB nicht vorliegt. Dabei ist – weitergehend als bisher – stets zu fragen, ob dieses Vertretenmüssen „nur“ die Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit zum Gegenstand hat oder – kraft Parteivereinbarung – einer strengeren oder nur milderen Haftung. Diese Beweislastumkehr zu Nachteil des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Schuldners gilt freilich erst dann, wenn dem Gläubiger der Nachweis gelungen ist, daß dem Schuldner eine objektive Pflichtverletzung

vorzuwerfen ist. Gelingt dieser Entlastungsbeweis, obwohl der Tatbestand der objektiven Verletzung einer dem Schuldner nach dem Schuldverhältnis obliegenden Pflicht geführt ist, dann entfällt die Haftung auf Ersatz des durch die Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens.

Doch in der Praxis dürfte es regelmäßig ausgeschlossen sein, daß ein solcher Nachweis – trotz der Erweisbarkeit einer objektiv dem Schuldner zuzurechnenden Pflichtverletzung – erfolgreich geführt werden kann. Es gibt, soweit zu sehen ist, im allgemeinen Haftungsrecht keine zuverlässige BGH-Entscheidung, welche in der Sache die Verletzung der „äußeren“ Sorgfalt bejaht, die Haftung auf Ersatz des so verursachten Schadens aber daran scheitern läßt, daß dem Schuldner/Schädiger der Nachweis fehlender Verletzung der „inneren“ Sorgfalt gelingt. Daher ist für den Regelfall davon auszugehen, daß der als Folge der Pflichtverletzung nach § 228 Abs. 1 Satz 1 BGB zu liquidierende Schaden – und dies ist im Auge zu behalten – derjenige ist, welcher gemäß §§ 249 ff. BGB aus der objektiven Pflichtverletzung resultiert (Reg.E. BR-Drucks. 338/01 S. 307). Dies ist dadurch erklärbar, daß - negativ abgegrenzt – dieser aus der Pflichtverletzung resultierende Schaden nicht der Verzögerungsschaden ist, der in § 280 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 286 BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Es ist auch nicht der Schadensersatzanspruch statt der Leistung, wie er nunmehr – angemessene Fristsetzung vorausgesetzt - in § 281 BGB normiert ist.

Vielmehr ist im Blick auf den Umfang des nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schadens festzuhalten: Zu ersetzen ist gemessen an den §§ 249 ff. BGB der aus der jeweiligen Pflichtverletzung abzuleitende, durch sie adäquat kausale verursachte Schaden. Dies schließt auch im Sinn von § 252 BGB den entgangenen Gewinn ein, aber auch alle weitergehenden Schäden, weil die Schuldrechtsreform die bisherige Trennung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im Rahmen der allgemeinen Schadensersatznormen des § 280 Abs. 1 BGB beseitigt hat.

c) Konsequenzen

Falls also der Vermieter die aus § 535 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB resultierende Reparaturpflicht nicht erfüllt, führt dies unmittelbar – allein auf Grund des objektiven Tatbestandes der Pflichtverletzung des Vermieters - zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Abgewehrt werden kann er nur dann erfolgreich, wenn dem Vermieter der Nachweis gelingt, daß er – gemessen an

dem offenen Schuldmnaßstab des § 276 BGB – die Nichterfüllung der geschuldeten Reparaturpflicht nicht zu vertreten hat.

Ob dieser Anspruch in der Praxis nicht nur unter dem weitergehenden Gesichtspunkt des Verzugs des § 280 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 286 BGB – und dies wiederum in Verbindung mit der Anzeigepflicht nach § 536 c BGB - zu reklamieren ist, soll hier nicht weiter untersucht werden. Es geht hier zunächst und vor allem um den grundsätzlichen, den dogmatischen Aspekt. Dieser aber zielt im Rahmen von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auch darauf ab, daß die Schadensersatzhaftung des Vermieters – objektive Verletzung seiner Reparaturpflicht nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzt – davon abhängig ist, daß der Vermieter diesen Tatbestand auch im Sinn von § 276 Abs. 1 BGB zu vertreten hat.

d) Keine notwendige Identität mit der Mangelhaftung

Berücksichtigt man in diesem Kontext allerdings den Umstand, daß der Gesetzgeber das Eingreifen der §§ 536, 536 a BGB davon abhängig gemacht hat, daß ein Mangel vorliegt, so ist die Schadensersatzhaftung des Vermieters gemäß § 536 a Abs. 1 BGB davon abhängig, daß zum einen die Nichtvornahme der geschuldeten Reparaturmaßnahmen als Mangel der Sache zu qualifizieren sind und daß zum anderen der Vermieter diesen Umstand auch zu vertreten hat. Doch ist es keineswegs so sicher, daß die Nichtvornahme geschuldeter Reparaturmaßnahmen immer und in jedem Fall die Mängelhaftung nach den §§ 536, 536 a BGB auslöst. Vielmehr können beide Ansprüche durchaus nebeneinander bestehen.

Doch wenn man einmal unterstellt, daß insoweit zwischen der Nichtvornahme einer geschuldeten Reparatur und der dadurch ausgelösten Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Mängelhaftung nach den §§ 536, 536 a BGB Anspruchskonkurrenz besteht, dann fällt ins Gewicht, daß im Sinn von § 536 a Abs. 1 BGB die Pflicht zur Vornahme der Reparaturarbeiten während der Dauer der Mietzeit entstanden sind, es sich also um einen Mangel handelt, der im Sinn von § 536 a Abs. 1 BGB erst „später“, d.h. nach Beginn des Mietvertrages entstanden ist. In bezug auf das Vertretenmüssen des § 536 a Abs. 1 BGB ist mithin eine unmittelbare Parallele zu § 276 Abs. 1 BGB zu ziehen. Doch der Unterschied springt ins Auge: Der Begriff des Vertretenmüssens, wie er in § 536 a Abs. 1 BGB verwendet worden ist, knüpft an den Tatbestand des Verschuldens an, setzt also auf jeden Fall Fahrlässigkeit voraus (vgl. Palandt/Weidenkaff § 536 a Rdnr. 11). Demgegenüber ist der Begriff des Vertreten-

müssens in § 276 BGB – wie erwähnt – wesentlich weiter; weil sich nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB unter Beachtung der jeweiligen Parteivereinbarung entscheidet, in welchem Umfang und nach welchem Maßstab der Vermieter haftet.

e) Verschiebung des gesetzlichen Schuldmaßstabs

Mithin stellt sich die Frage, ob es die Parteien eines Mietvertrages in der Hand haben, den Schuldmaßstab des § 536 a Abs. 1 BGB dahin abzuändern, daß der Vermieter verschuldensunabhängig zur Schadensersatzhaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet werden kann, falls er die geschuldeten Reparaturarbeiten an der Mietsache nicht durchführt. Die Antwort auf diese Frage setzt zunächst voraus, daß man sich über zwei Tatbestände klar ist: Zum einen ist sowohl die Gebrauchsüberlassungs- als auch die Erhaltungspflicht im Sinn von § 535 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB verschuldensunabhängig ausgestaltet; auf dieser Ebene ist also die Schadensersatzhaftung des Vermieters, sofern er die geschuldeten Reparaturmaßnahmen nicht durchführt, von Gesetzeswegen verschuldensunabhängig ausgestaltet. Demgegenüber normiert § 536 a Abs. 1 BGB eine – verschuldensabhängige – Einstandspflicht, sofern sich während der Dauer des Mietverhältnisses ein Mangel (verstanden im Sinn der nicht durchgeführten Reparaturmaßnahmen) zeigt. Dabei ist auch im Auge zu behalten, daß die Sanktionsanordnung von § 536 a Abs. 1 BGB bis zum 31.12.2000 nicht auf den Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB, sondern – formal weitergehend – auf den Ersatz des Schadens wegen Nichterfüllung zielte.

aa) Festlegung eines verschuldensunabhängigen Maßstabs

Deshalb ist die Frage zu stellen, ob es denn dem Mieter gestattet sein kann, den für die Durchführung von Reparaturmaßnahmen eingreifenden Schuldmaßstab des § 536 a Abs. 1 BGB zu verschärfen und eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Vermieters zu begründen. Daß dies auf der Ebene eines Individualvertrages zulässig ist, kann ernsthaft nicht in Zweifel gezogen werden. Doch im Kontext von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB fragt es sich, ob dies auch auf der Basis von vorformulierten AGB-Klauseln als wirksam einzustufen sein kann. Geht man davon aus, daß nach einer neuen BGH-Entscheidung eine AGB-Klausel schon dann vorliegt, wenn der AGB-Verwender die Absicht hat, die betreffende Klausel drei Mal einzusetzen (BGH NJW 2002, 138), dann ist damit klar, daß der Anwendungsbereich der richterlichen Inhaltskontrolle im Verhältnis zum bisherigen Recht, welches auf eine tat-

sächliche dreimalige Verwendung abstellte (BGH WM 1984, 1610), erheblich verschärft worden ist.

Doch besteht kein Zweifel daran, daß der Mieter als AGB-Verwender gehindert ist, den sich aus § 536 a Abs. 1 BGB ergebenden, den Fahrlässigkeitsvorwurf einschließenden Schuldmaßstab auf eine garantiemäßige Haftung des Vermieters für das Auftreten und die Nichtdurchführung von Reparatur- und Erhaltungsmaßnahmen zu erstrecken. Denn man wird es als eine der entscheidenden Weichenstellungen des Schuldrechts ansehen müssen, daß ein AGB-Verwender grundsätzlich nicht berechtigt ist, den sich aus dem Individualvertrag ergebenden Schuldmaßstab zu verschärfen (Graf von Westphalen NJW 2002, 12, 18) oder den gesetzlich vorgegebenen Maßstab einseitig zu seinen Gunsten zu ändern, weil darin regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung der anderen Vertragspartei gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt. Folglich ist eine der Norm des § 536 a Abs. 1 BGB entgegenstehende AGB-Klausel im Kontext mit der Durchführung von geschuldeten Reparaturarbeiten unwirksam.

bb) Die Änderung von § 538 a Abs. 1 BGB im Blick auf das Rechtsfolgenprogramm

Es ist freilich nicht ohne Reiz, der Frage nachzugehen, ob dies auch dann gelten würde, wenn die Schadensersatzhaftung des Vermieters gemäß § 536 a Abs.1 BGB nicht mit Wirkung zum 1.1.2002 geändert worden wäre. Denn nunmehr ist einfach von „Schadensersatz“ die Rede, nicht aber davon, daß es sich hier um einen Anspruch auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ handelt. Bekanntlich sind die beiden Wörter „wegen Nichterfüllung“ ersatzlos gestrichen.

Das aber hat seinen guten Sinn. Hätte nämlich der Gesetzgeber in § 536 a Abs. 1 BGB den Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung durch den allgemeinen neuen Begriff des „Schadensersatzes statt der Erfüllung“ ersetzt, wie er dies programmatisch in § 281 BGB getan hat, dann wäre die Konsequenz bedenkenswert gewesen. Der Mieter als AGB-Verwender wäre nämlich nicht durch die Norm des § 536 a Abs. 1 BGB im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gehindert, eine garantiemäßige Haftung für die Durchführung der geschuldeten Reparaturmaßnahmen zu begründen. Denn § 536 a Abs. 1 BGB enthielte dann keine Sperre für den Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Das würde selbst dann gelten, wenn man bedenkt, daß der Schadensersatzanspruch statt der Erfüllung gemäß § 281 BGB davon abhängig ist, daß die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1

BGB erfüllt sind, was wiederum bedeutet, daß insoweit die Verweisungskette auf den in § 276 BGB geregelten, der Parteivereinbarung folgenden Schuldmaßstab zu schließen ist (Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen § 281 Rdnr. 14).

f) Antwort

Die Auswirkungen einer nicht wie geschuldet durchgeführten Reparaturmaßnahme folgen für das Mietrecht aus dem allgemeinen Tatbestand einer Pflichtverletzung nach § 280 BGB in Verbindung mit § 276 BGB. Praktische Schwierigkeiten und Änderungen der geltenden Rechtslage ergeben sich insoweit nicht. Das gilt ohne Einschränkungen, wenn man davon ausgeht, daß eine nicht vertragsgemäß durchgeführte Reparaturmaßnahme einen in Gesetzeskonkurrenz stehenden Anspruch nach den §§ 536, 536 a BGB auslöst. Denn die Schadensersatzhaftung des Vermieters deckt sich dann mit dem neuen Rechtsfolgenprogramm des § 536 a Abs. 1 BGB, das nicht mehr den Nichterfüllungsschaden, sondern nur noch den allgemeinen, nach den §§ 249 ff. BGB zu ersetzenden Schaden des Mieters im Auge hat.

Damit ist gleichzeitig gesagt, daß der Mieter als AGB-Verwender nicht befugt ist, in wirksamer Weise den in § 536 a Abs. 1 BGB festgelegten Schuldmaßstab der Fahrlässigkeit zu einer garantiemäßigen Haftung des Vermieters für die wegen durchzuführender Reparaturmaßnahmen entstehende und entstandene Schäden auszubauen.

Umgekehrt: Nimmt man keine Gesetzeskonkurrenz an zwischen dem „späteren“ Entstehen eines Mangels im Sinn des § 536 a Abs. 1 BGB und einer durchzuführenden Reparaturmaßnahme, dann wird man im Regelfall an die Anzeigepflicht des Mieters nach § 536 c BGB anknüpfen müssen, um den Pflichtenkatalog des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auszulösen. Das führt dann regelmäßig zu den Voraussetzungen und Folgen des Verzugs nach den §§ 286 Abs. 1 in Verbindung mit § 280 Abs. 2 BGB, so daß auf diesem Umweg auch wiederum nur eine vom Verschulden abhängige Haftung des Vermieters für die durchzuführenden Reparaturen eingreift.

Gleichzeitig ist aber damit gesagt, daß in beiden Alternativen das Entstehen einer Reparaturpflicht an die Grundnorm des § 535 Abs. 1 BGB anbindet. Damit ist deswegen eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Vermieters begründet, weil die Norm des § 535 Abs. 1 BGB ist – bezogen auf die Gebrauchsüberlassungs- und Erhaltungspflicht – verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Man wird daher – bezogen

auf erforderliche Reparaturmaßnahmen des Vermieters – grundsätzlich von einer verschuldensunabhängigen Verpflichtung im Sinn von § 280 BGB in Verbindung mit § 276 BGB ausgehen müssen, deren Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung aber von einem Verschulden des Vermieters abhängt. Durch AGB-Klausel kann dies nicht verändert werden, weil die Sperre des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder doch jedenfalls die des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB eingreift. Denn es ist eine unangemessene Benachteiligung des Vermieters, wenn er ohne Rücksicht auf eine entsprechende Kenntnis von einer für ihn bestehenden Reparaturpflicht zur Haftung auf Ersatz des entstandenen Schadens gezwungen würde.

II. Sachmängelhaftung – Leistungsstörungenrecht

1. Bisherige Rechtslage

Entsprechend der klassischen gewährleistungsrechtlichen Terminologie erscheint es zweckmäßig, im Zusammenhang mit der Erörterung von § 536 BGB zwischen der Haftung des Vermieters beim Vorliegen von Sach- und Rechtsmängeln einerseits und seiner Haftung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft andererseits zu differenzieren.

a) Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

aa) Fehlerbegriff

Der aus § 535 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB resultierende Erfüllungsanspruch wird durch § 536 BGB nicht beseitigt; vielmehr steht dem Mieter das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB zur Seite, soweit er selbst am Vertrag festhält und selbst vertragsgetreu sich verhält (statt aller Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 6). Hat also die Mietsache – zur Zeit ihrer Überlassung an den Mieter – einen Mangel, so ist der Mieter gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB von der Entrichtung der Miete insoweit befreit, als die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch durch das Vorliegen des Mangels aufgehoben oder nicht unerheblich gemindert ist. Ist die Tauglichkeit indessen lediglich gemindert, nicht aber aufgehoben, so kann der Mieter gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur einen angemessen herabgesetzten Mietzins fordern. Die gleiche Rechtsfolge gilt gemäß § 536 Abs. 3 BGB, sofern dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder teilweise entzogen wird.

Ständiger Rechtsprechung entspricht es in diesem Zusammenhang, daß das Vorliegen eines Sachmangels immer dann zu bejahen ist, wenn es sich um eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch handelt (BGH NJW 2000, 1714, 1715). Um Ausuferungen des Fehlerbegriffs im Mietrecht zu vermeiden, verlangt die Rechtsprechung, daß eine unmittelbare Einwirkung auf die Tauglichkeit der Mietsache als Folge des Fehlers bejaht wird (BGH a.a.O.).

bb) Zusicherungshaftung

Gemäß § 536 Abs. 2 BGB gilt das gleiche, sofern der Mietsache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (BGH a. a. O.). Der Begriff der Zusicherung deckt sich hier mit demjenigen, den § 459 Abs. 2 BGB a.F. im Auge hatte (statt aller Palandt/Putzo § 459 Rdnr. 15 ff.; Staudinger/Emmerich, BGB, 12. Aufl. § 537 Rdnr. 58; BGHZ 50, 200, 204 – Kleber). Voraussetzung ist also, daß es sich bei der zugesicherten Eigenschaft um die physische Beschaffenheit der Mietsache oder um tatsächliche oder rechtliche Beziehungen handelt, welche für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind (BGH NJW 2000, 1714, 1715). So gesehen muß dann die zusichernde Erklärung des Vermieters derart sein, daß sie – über allgemeine Anpreisungen und Beschreibungen der Mietsache hinausgeht und den Willen des Vermieters erkennen läßt, für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften die Gewähr zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen (BGH NJW 2000, 1714, 1716). Wie sich aus dem Kontext von § 459 Abs. 2 BGB im Unterschied zur Beschaffenheitsvereinbarung nach § 459 Abs. 1 BGB ergibt, ist eine Zusicherung also dann nicht zu bejahen, wenn und soweit der Vermieter lediglich die Mietsache in ihrer tatsächlichen oder rechtlichen Beziehung beschrieben hat (BGH NJW 2002, 1714, 1715). Dies gilt etwa dann, wenn eine bestimmte qm-Zahl angegeben ist (OLG Dresden NZM 1998, 184; Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 25).

b) Konkurrenz zu sonstigen Rechten

aa) Zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht

Soweit ein Sachmangel im Sinn von § 536 BGB vorliegt, waren die Regeln über die Unmöglichkeit gemäß §§ 306, 307 BGB a.F. ausgeschlossen, soweit die Leistung des Vermieters – bezogen auf seine Gebrauchsüberlassungspflicht – von Anfang an

objektiv unmöglich war, etwa deswegen, weil die Mietsache nicht bestand oder nicht hergestellt werden konnte (Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 7). Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1999, 635) galt nämlich, daß die in § 306 BGB im Fall des anfänglichen Unvermögens bejahte Garantiehafte (Palandt/Heinrichs § 306 Rdnr. 9) sich in § 538 Abs. 1 BGB a.F. wiederfindet, aber nach dem eindeutigen Wortlaut, auf welchen § 537 BGB a.F. verwies, erst dann zum Tragen kommen sollte, wenn die Mietsache dem Mieter überlassen war (BGH NJW 1997, 2813). Diese Schlußfolgerung galt auch im Fall einer anfänglichen objektiven Unmöglichkeit (BGH a.a.O.). Gleichzeitig wurden aber auch die Bestimmungen der §§ 536, 536 a BGB – vor Überlassung der Mietsache – durch die §§ 323, 324 BGB verdrängt, wenn die Mietsache einen nicht behebbaren Mangel hatte oder der Vermieter sich zur Überlassung der Mietsache in nicht herstellbarem Zustand verpflichtete (vgl. auch Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 7). Daraus ergab sich des weiteren, daß die §§ 323 ff. BGB – vor Überlassung der Mietsache – die Anwendbarkeit von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB verdrängten; der Schadensersatzanspruch des § 325 BGB a.F. blieb also dem Mieter erhalten (BGH a.a.O.). Es galten uneingeschränkt die Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (BGH a.a.O.).

Nach Überlassung der Mietsache galt daher § 536 Abs. 1 BGB; diese Bestimmung ging §§ 323 ff. BGB a.F. vor (BGH NJW 1997, 2813), wenn und soweit dem Vermieter die Beseitigung des Sachmangels zugemutet werden kann (BGH NJW-RR 1991, 214).

bb) Zu sonstigen Ansprüchen

Gleichzeitig war damit klar gestellt, daß die §§ 537f. BGB als Sonderregeln die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß verdrängten (BGH NJW 1997, 2813). Allerdings setzte dies voraus, daß der Schadensersatzanspruch des Mieters darauf gestützt wurde, daß der Vermieter bei den Vertragsverhandlungen fehlerhafte Angaben über die Beschaffenheit der Mietsache gemacht hatte (BGH NJW 1980, 777, 780; BGH NJW 1997, 2813). Dabei galt auch in diesem Kontext, daß die Regeln des Mietrechts zur Sachmängelhaftung nach den §§ 537f. BGB a.F. nur dann anwendbar waren, wenn die Sache dem Mieter bereits übergeben worden war (BGH NJW 1997, 2813, 2814).

In Bezug auf Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung galt auch im Mietrecht der allgemeine Satz: Nur solche Schäden sind mit Hilfe dieses Instituts

zu ersetzen, welche nicht bereits durch die Schadensersatzhaftung des Vermieters nach § 538 BGB a.F. – jetzt nach § 536 a BGB – zu erstatten sind, so daß es sich stets um den Ausgleich von Mangelfolgeschäden handeln mußte (Erman/Jendrek vor § 537 Rdnr. 19). Doch hat die Rechtsprechung auch dann auf diesen Anspruch zurückgegriffen, wenn sich der Vermieter im Rahmen einer Erfüllungsverweigerung nicht bereit fand, dem Mieter den zugesagten Gebrauch der Mietsache zu gestatten (BGH NJW 1978, 103).

cc) Zu § 536 a BGB

Hinzuzufügen ist, daß die Schadensersatzhaftung des Vermieters wegen eines Mangels nach § 536 a BGB nicht von § 536 BGB verdrängt wird; vielmehr bestehen beide Rechte nebeneinander (Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 35), was jedoch nur mit der Maßgabe gilt, daß es sich um den Ersatz eines solchen Schadens handelt, der nicht durch die Wertminderung der Mietsache – und damit von § 536 BGB – erfaßt wird.

dd) Bei Rechtsmängeln

Nach dem Definitionsschema des § 536 Abs. 3 BGB liegt ein Rechtsmangel immer dann vor, wenn ein Dritter ein privates Gegenrecht gegenüber dem Mieter innehat und geltend machen kann, welches entweder bereits bei Abschluß des Vertrages besteht oder später zur Entstehung gelangt (Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 27). Folglich setzt ein Rechtsmangel voraus, daß dem Mieter entweder der Gebrauch der Mietsache nicht gewährt oder ganz oder teilweise entzogen wird (BGH NJW 1996, 46, 47). Im Ergebnis muß also die Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache vorliegen (BGH a.a.O.). Trifft dies zu, dann kann der Mieter Beseitigung dieses Rechtsmangels verlangen (Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 36). Dieser Anspruch ist – ähnlich wie der gestrichene § 437 BGB a.F. in Verbindung mit § 440 BGB a.F. ein Erfüllungsanspruch, nicht aber ein Gewährleistungsanspruch, so daß die Regeln über das allgemeine Leistungsstörungenrecht unmittelbar gelten (BGH NJW 1997, 2813, 2814). Das trifft auch auf die Anwendbarkeit des § 320 BGB zu (Palandt/Weidenkaff a.a.O.).

2. Auswirkungen der Schuldrechtsreform

Zu fragen ist also nach diesem kursorischen Überblick, welches Konkurrenzverhältnis unter dem Regime der Schuldrechtsreform im Hinblick auf die §§ 536, 536 a BGB eingreift. Hier bietet sich folgende Differenzierung an:

a) Sach- oder Rechtsmangel

Die erste Frage, die sich in diesem Zusammenhang aufdrängt, ist die, ob – ähnlich wie im Kaufrecht nach § 453 BGB – eine Gleichbehandlung zwischen einem Sach- und einem Rechtsmangel im Rahmen des § 536 BGB stattfindet. Auf den ersten Blick scheint diese Frage nur akademischer Natur. Denn § 536 Abs. 3 BGB ordnet ausdrücklich an, daß das Recht auf Minderung der Miete gemäß § 536 Abs. 1 BGB sowohl bei Vorliegen eines Sach- wie eines Rechtsmangels eingreift. Doch das bedarf einer vertiefenden Prüfung, weil es ja im Kern darum geht, inwieweit das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff. BGB sich in gleicher Weise sowohl bei Vorliegen eines Sach- wie eines Rechtsmangels auswirkt.

aa) Bei einem Sachmangel

Das soll zunächst im Blick auf das Vorliegen eines Sachmangels untersucht werden. Denn die Frage, die sich hier stellt, bezieht sich darauf, ob bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels – vergleichbar mit der Norm des § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB – nicht auch ein Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB begründet werden kann. Dies wird man uneingeschränkt bejahen müssen: Genau so wie im Kaufrecht gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB der Verkäufer seine Sachverschaffungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt, wenn er eine mangelhafte Sache liefert, gilt das gleiche auch für den Vermieter, der seine Pflicht gemäß § 535 Abs. 1 BGB nicht erfüllt.

aaa) Parallele zum Kaufrecht

Damit ist unmittelbar der Tatbestand der Pflichtverletzung im Sinn von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB fixiert. Wie bereits angesprochen, führt seine Anwendung zu der Frage, ob die Schadensersatzhaftung des Vermieters im Sinn von § 276 BGB von einem Verschulden abhängt oder ob es lediglich auf den Tatbestand eines Vertretenmüssens ankommt. Da die Sachmängelhaftung des § 536 Abs. 1 BGB verschuldensunabhängig ist, diese Pflicht aber gleichzeitig deckungsgleich mit dem Tatbestand der Pflichtverletzung im Sinn von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, sind damit die Würfel gefallen: Die Schadensersatzhaftung des Vermieters kann unter dem Regime der §§

535, 536 Abs. 1 BGB nicht von einem – weitergehenden – Verschulden im Sinn eines jedenfalls fahrlässigen Verhaltens abhängig sein.

bbb) Zu ersetzender Schaden - § 536 a BGB

Naturgemäß zielt der zu ersetzende Schaden lediglich auf den Schaden, der nicht schon durch die Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB erfaßt ist. Es kann sich aber z.B. um entgangenen Gewinn oder um sonstige Umsatzeinbußen handeln, die der Mieter deswegen erleidet, weil die gemietete Sache – etwa: Büroräume - als Folge eines Mangels nicht nutzbar oder nur teilweise benutzbar sind. Gleichzeitig ist damit klar, daß die Schadensersatzhaftung gemäß § 536 a BGB auf dem Prüfstand steht. Hier hat der Gesetzgeber indessen eine wichtige Nuance geändert. Nicht mehr von einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist seit dem 1.1. 2002 die Rede, sondern ganz einfach nur noch von einem Anspruch auf Schadensersatz. Das führt zu einer dreifachen Antwort:

Als erstes stellt sich die Frage, ob hierdurch der Umfang des vom Vermieter zu ersetzenden Schadens geändert worden ist. Auch wenn früher die Schadensersatzhaftung des § 536 a BGB a.F. als „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ normiert wurde, besteht im Hinblick auf die sich aus § 536 a BGB sowie norm- und zweckidentisch aus § 280 Abs. 1 BGB ergebende Schadensersatzhaftung kein materieller Unterschied. Denn nach der Rechtsprechung des BGH zielte die Schadensersatzsanktion von § 536 a Abs. 1 BGB a.F. auf Ersatz des eigentlichen Nichterfüllungsschadens. Zu ersetzen war also der Nachteil, der darin bestand, daß der Mieter die Mietsache mangelhaft erhielt, so daß insbesondere der Minderwert, die Mangelbeseitigungskosten, die Vertragskosten sowie der nach § 252 BGB zu ersetzende entgangene Gewinn Gegenstand des Schadensersatzanspruchs war (BGH NZM 1998, 666; Palandt/Weidenkaff § 536 a Rdnr. 14). Doch ist gdemgegenüber im Blick auf § 280 Abs. 1 BGB zu bedenken, daß die Schadensersatzhaftung nach dieser Norm unmittelbar an die §§ 249 ff BGB anknüpft, also auch notwendigerweise von der schadensersatzrechtlichen Differenz-Hypothese ausgeht und deshalb auch den Ersatz all der Kosten umfaßt, die früher als Mangelfolgeschäden qualifiziert wurden (BGH NJW-RR 1991, 970). Das ist der erste Aspekt. Der zweite:

Hätte der Gesetzgeber die Sanktionsfolge des § 536 a Abs. 1 BGB in seiner früheren Gestalt als Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens belassen, dann wäre damit der Tatbestand des § 281 BGB bezeichnet worden, der Ersatz des Schadens

statt der Erfüllung. Dieser aber ist nach seiner Struktur nur dann geltend zu machen, wenn der Gläubiger dem Schuldner zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, die erfolglos verstrichen ist. Das aber hätte im Gefüge der Norm des § 536 a Abs. 1 BGB keinen Sinn gemacht, weil die Schadensersatzsanktion unmittelbar an den drei Tatbeständen der Mangelhaftigkeit der Mietsache anknüpft, ohne daß eine Fristsetzung als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs in Betracht kommt. Ohne eine Änderung der Sanktion von dem „Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ in den einfachen Anspruch auf Ersatz des Schadens, wie es jetzt in § 536 a Abs. 1 BGB heißt, hätte man diese Norm aber auch nicht als Sperre für einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB wegen der in der Mangelhaftigkeit liegenden Pflichtverletzung des Vermieters qualifizieren dürfen. Doch das wäre inkonsequent gewesen, weil der Ersatz des Schadens statt der Erfüllung im Sinn der §§ 281 ff. BGB – wie bereits angesprochen - notwendigerweise auch den Schaden umschließt, den der Schuldner nach § 280 Abs. 1 BGB wegen einer ihm zurechenbaren Pflichtverletzung ersetzen müßte.

Daraus wird man also – und dies ist der dritte Gesichtspunkt, der anzumerken ist - ableiten dürfen und auch wohl müssen: Die Schadensersatzhaftung des Vermieters wegen eines ihm im Rahmen des § 536 a BGB zurechenbaren Mangels der Mietsache ist in Wirklichkeit nichts anders als die verkappte Einbeziehung des allgemeinen Tatbestandes der Haftung wegen einer objektiven Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB. Diese Sicht ist auch nur konsequent, weil nur dieses Resultat deckungsgleich mit den Resultaten ist, die sich im Kaufrecht nach § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB und im Werkvertragsrecht nach § 634 Nr. 3 und Nr. 4 BGB ergeben. In allen Fällen steht der Anspruch auf Minderung mit der Schadensersatzhaftung nach § 280 BGB im Einklang. Freilich sind seine Voraussetzungen nach § 536 a BGB andere.

ccc) Vertretenmüssen

Gemeint sind damit die drei unterschiedlichen Tatbestandselemente nicht des Mangels der Mietsache, sondern die des Vertretenmüssens des Vermieters, wie sie sich in dieser Norm wiederfinden. Der ursprüngliche Mangel der Mietsache führt zu einer garantiemäßigen Schadensersatzhaftung des Vermieters. Der während der Mietzeit auftretende Mangel begründet eine vom „Vertretenmüssen“ abhängige Schadensersatzhaftung des Vermieters, während bei Vorliegen eines vom Vermieter zu vertretenden Verzugs mit der Beseitigung des angezeigten Mangels naturgemäß der Tat-

bestand des bisherigen § 276 BGB a.F. bezeichnet wird. Das wirft die Frage auf, ob und in welcher Weise nunmehr diese Begriffe zu verstehen sind.

Dabei ist im Auge zu behalten, daß § 276 BGB nunmehr zwei Elemente aufweist, die freilich auch in der bisherigen Struktur des § 276 BGB a.F. enthalten waren, dort aber ein Schattendasein führten. Schon immer war es möglich, den Maßstab des den Schuldner verpflichtenden Verschuldens abzuändern und eine strengere Haftung als die für Vorsatz und Fahrlässigkeit zu begründen. Das folgte zwangsläufig aus dem in § 276 BGB a.F. enthaltenen Halbsatz „sofern nichts ein anderes bestimmt ist“. Dieser Ansatz ist nunmehr in der Neufassung von § 276 BGB wesentlich schärfer konturiert. Es ist ausdrücklich festgelegt, daß es Sache der Parteiabrede ist, ob der Schuldner nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit oder auch strenger oder milder haftet. Daraus folgt für unsere Erwägungen, daß der Begriff des Vertretenmüssens, wie er in § 536 a Abs. 1 BGB verwendet wird, nicht notwendigerweise im Kontext des § 276 BGB der enge Begriff des Verschuldens ist, sondern auch den Schuldmaßstab einer garantiemäßigen Haftung auf Ersatz des Schadens umfassen kann, so daß unter diesem Blickwinkel die ersten beiden Alternativen des § 536 a Abs. 1 BGB normidentisch sein können.

Die Antwort auf diese Frage soll nunmehr kurz mit der weiteren Fragestellung verbunden werden, ob denn die Parteien eines Mietvertrages als jeweilige AGB-Verwender mit unterschiedlichen Interessen berechtigt sind, den in § 536 a Abs. 1 BGB verankerten unterschiedlichen Schuldmaßstab zu verschärfen oder abzuschwächen.

Generell wird man den Ausgangspunkt dieser Erwägungen dahin umschreiben können, daß es dem AGB-Verwender grundsätzlich nicht gestattet ist, den individualvertraglichen Schuldmaßstab durch AGB-Klauseln abzuändern (Graf von Westphalen NJW 2002, 12, 18). Denn das führt zwangsläufig zu einer unangemessenen Benachteiligung des jeweiligen Kunden im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Denn er kann und darf als Schuldner erwarten, daß er sich nur zu demjenigen Maß an Sorgfalt verpflichtet hat, welches sich aus dem der Abrede zugrunde liegenden Individualvertrag ableiten läßt. Dies ist auch im Blick auf die an die objektive Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB anknüpfende Schadensersatzhaftung ein ganz wesentlicher Aspekt, weil ja die auf den Tatbestand des subjektiven Verschuldens abstellende Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ohnedies für den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Schuldner eine schwere Bürde darstellt (Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen § 276 Rdnr. 4 ff.).

Bezieht man also diese Perspektive auf die unterschiedlichen Tatbestände der Haftung des Vermieters, wie sie in § 536 a Abs. 1 BGB Gesetz geworden sind, dann ergibt sich folgendes Bild: Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH ist es auf der Ebene der ersten Alternative der in § 538 a Abs. 1 BGB wirksam, wenn der Vermieter als AGB-Verwender seine garantiemäßige – gesetzliche Haftung – auf die Ebene des Verschuldens reduziert, ohne daß damit die Norm des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als Sperre eingreift (BGH NJW-RR 1993, 519). Ob demgegenüber eine garantiemäßige Haftung des Vermieters auf Grund von Mieter-AGB für die zweite Alternative des § 536 a Abs. 1 BGB festgelegt werden darf, daß sich nämlich während der Mietzeit ein Mangel zeigt, erscheint fraglich, könnte aber aus folgenden Erwägungen heraus zu bejahen, weil ein Blick auf die erste Alternative dieser Norm und der dort geregelten Garantiehafteung den Weg zeigen könnte, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht eingreifen zu lassen.

Dabei kann man sich zur Abstützung einer solchen garantiemäßigen Haftung des Vermieters für erst später auftretende Mängel der Mietsache vor allem auf den Wortlaut des insoweit nicht geänderten Gesetzes berufen. Denn wenn nur von einem „Vertretenmüssen“ in der zweiten Alternative des § 536 a Abs. 1 BGB die Rede ist, dann war damit nach der früheren Fassung des § 276 BGB a.F. ein synonyme Tatbestand mit dem Begriff des Verschuldens gemeint (Palandt/Weidenkaff § 536 a Rdnr. 11). Demgegenüber aber ist die jetzige Fassung des § 276 BGB wesentlich weiter; sie umfaßt – wie gezeigt – sowohl die Elemente des Verschuldens als auch die einer garantiemäßigen Einstandspflicht des Vermieters. Das ist natürlich ein wenig rabullistisch, doch halte ich das Ergebnis gleichwohl im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für vertretbar. Doch muß gleichwohl eine Einschränkung eingreifen, die an die allgemeinen Überlegungen anbindet: Wenn es nämlich zutreffend ist, daß der Schuldmaßstab individualvertraglich determiniert wird, dann muß diese Erkenntnis auch auf der Ebene der zweiten Alternative des § 536 a Abs. 1 BGB ihren Tribut einfordern: Haben die Parteien in Bezug auf später, d.h. nach Beginn des Mietvertrages auftretende Mängel keine den Schuldmaßstab verschärfende – individualvertragliche – Abrede getroffen, dann bleibt es auf der Ebene der gesetzlichen Haftung bei einer nur vom Verschulden des Vermieters abhängigen Einstandspflicht für die schadensersatzrechtlichen Folgen, die sich aus dem Mangel einer Mietsache ergeben. Eine garantiemäßig ausformulierte Klausel scheidet dann sowohl an § 305 c Abs. 1 BGB als überraschende Klausel als auch an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Für die dritte Alternative des § 536 a Abs. 1 BGB bleibt es indessen – bezogen auf den Schuldmaßstab – bei der verschuldensabhängigen, den Verzug des Vermieters begründenden Haftungsvoraussetzung für aus der Mangelhaftigkeit der Mietsache resultierende Schäden. Diese Haftungsvoraussetzungen können nicht formularmäßig zum Nachteil des Mieters abgeändert werden, ohne daß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eingreift. Ob dies auch für eine Eingrenzung der Haftung auf Ersatz des Schadens gilt, soll ausdrücklich nicht näher untersucht werden.

bb) Bei einem Rechtsmangel

Vielmehr ist jetzt ein Blick auf den in § 536 Abs. 3 BGB angesprochenen Rechtsmangel zu werfen, um die daran anknüpfende Schadensersatzsanktion des § 536 a Abs. 1 BGB näher zu beleuchten. Sieht man die in dieser Norm angeordnete Sanktion des Schadensersatzes als Unterfall der Haftung des Schuldners für eine ihm zurechenbare Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, dann erledigt sich auch die bisherige Differenzierung zwischen einem Sach- und einem Rechtsmangel im Blick auf die Konkurrenz zu anderen Ansprüchen. Es ist vielmehr das allgemeine Leistungsstörungsrecht, welches sich insoweit durchsetzt und die Schadensersatzhaftung des Vermieters begründet. Diese besteht neben dem Anspruch auf Mietminderung, die ihrerseits im Rahmen des § 536 BGB als Sanktion für einen Sach- oder Rechtsmangel eingreift.

b) Eigenschaftszusicherung

Doch wie ist die Rechtslage unter dem Regime der Schuldrechtsreform, wenn der Vermieter im Sinn von § 536 Abs. 2 BGB eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zugesichert hat. Während im Bereich des Kauf- und Werkvertragsrechts der Begriff der Eigenschaftszusicherung entfallen ist, taucht er – überraschenderweise – nach wie vor in § 536 Abs. 2 BGB auf. Bedenkt man dies sich hieraus ergebenden Folgerungen, so ist zunächst in den Blick zu nehmen, daß die Voraussetzungen der kaufrechtlichen Eigenschaftszusicherungen, wie sie sich aus § 459 Abs. 2 BGB a.F. ergeben haben, nunmehr als „Garantie“ in § 276 BGB erscheinen (Dedek in: Henssler/Graf von Westphalen § 276 Rdnr. 3 ff). Erfasst wird damit eine verschuldensunabhängige Estandspflicht im Bereich des Kaufrechts. Dort findet sich dann auch der Begriff der Garantie für die Beschaffenheit einer Sache der in §§ 443, 444 BGB wieder. Damit wird eine von der Mängelhaftung losgelöste – selbständige – Garantiepflicht des Verkäufers umschrieben; er ist verpflichtet, die für den „Garantiefall“ vor-

gesehenen Rechte dem Käufer/Begünstigten zu gewähren. § 444 BGB verbietet dann – bezogen auf eine derartige Garantie für die Beschaffenheit einer Sache – jedwedes Sich-Berufen auf eine Haftungsfreizeichnung oder Haftungsbegrenzungsklausel.

Die – kaufvertragliche - Trennung zwischen einer Garantie für die Beschaffenheit einer Sache einerseits und der Mängelhaftung des Verkäufers im Sinn der §§ 434 ff. BGB andererseits wird im Mietrecht allerdings nicht übernommen, obwohl dies – zumindest logisch – konsequent gewesen wäre, indem nämlich einheitlich auf den Termin der Eigenschaftszusicherung verzichtet worden wäre. Doch decken sich die Voraussetzungen einer garantiemäßigen Haftung des Verkäufers dogmatisch mit denjenigen, welche nach § 536 Abs. 2 BGB die Zusicherungshaftung des Vermieters begründen. In beiden Fällen ist eine solche Haftung nur dann zu bejahen, wenn der Schuldner in vertragsgemäß bindender Form erklärt hat, die Gewähr für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen (BGH NJW 2000, 1714, 1716 - Mietrecht; BGH ZIP 1996, 279, 280; BGH ZIP 1996, 597, 598 – jeweils Kaufrecht).

Damit liegt die Antwort offen zu tage: Die Übernahme einer garantiemäßigen Haftung für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Mietsache (BGH NJW 2000, 1714, 1715) erfaßt nur die erste Alternative des § 536 a Abs. 1 BGB, nämlich den Fall, daß sich die haftungsbegründende Zusage des Vermieters auf bestimmte Eigenschaften bezieht, welche der Mietsache zu Beginn des Mietvertrages fehlen. Das hindert natürlich den Vermieter nicht – allerdings: begrenzt auf eine individualvertragliche Zusicherung – auch eine weitergehende Schadensersatzhaftung für alle die Fälle zu übernehmen, daß bestimmte – zusicherungsfähige – Eigenschaften während der Dauer des Mietvertrages entfallen. Für die AGB-Gestaltung gilt dann freilich wieder der gleiche Einwand, der bereits formuliert wurde: Im Rahmen des nach § 276 BGB anzuwendenden Schuldmaßstabs entscheidet abschließend der Individualvertrag, so daß eine formularmäßig bedungene Garantiehaftung des Vermieters an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitert.

c) Sachlicher Unterschied

d) Konkurrenzfragen

Zu fragen ist daher weiter, ob sich nicht bei den Konkurrenzfragen zur Norm der §§ 536, 536 a BGB Unterschiede im Hinblick auf die bisherige Rechtslage ergeben. Hier bietet sich folgende Differenzierung an:

aa) Unmöglichkeit

Da die §§ 306, 307 BGB a.F. aufgehoben worden sind, ist nunmehr bei Vorliegen einer auf eine objektive Unmöglichkeit zielende Leistung festzuhalten, der zugrunde liegende Vertrag ist gemäß § 311 a BGB dann wirksam, wenn das entsprechende Leistungshindernis schon bei Abschluß des Mietvertrages vorlag. Gemäß § 311 a Abs. 2 BGB kann der Mieter jedoch – nach seiner Wahl – Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB oder Ersatz seiner Aufwendungen gemäß § 284 BGB verlangen (statt Aller Dedek in: Henssler/Graf von Westphalen § 311 a Rdnr. 11 ff). Diese Schadensersatzhaftung des Vermieters ist indessen davon abhängig, daß er das Leistungshindernis – bei Vertragsabschluß – nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hatte (vgl. Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen, § 311 a Rdnr. 16 ff). Insoweit trägt der Schuldner/Vermieter die Darlegungs- und Beweislast (vgl. in der dogmatischen Tendenz bereits BGH NJW 1999, 635). Das dem Mietvertrag zugrundeliegende Leistungsversprechen kann daher nicht ohne weiteres, d.h. ohne sorgfältige Auslegung der zugrundeliegenden Vereinbarung dahingehend interpretiert werden, ob auch im Hinblick auf anfängliche Leistungshindernisse stets eine vom Verschulden losgelöste Haftung einsetzen soll (Canaris DB 2001, 1815, 1818 f; Grunewald JZ 2001, 433, 435 f; kritisch: Altmeyen DB 2001, 1821, 1823). Wiederum knüpft also die Schadensersatzpflicht des Vermieters an das Vertretenmüssen und damit an den Grundtatbestand von § 276 BGB an, ist also abhängig von der jeweiligen Parteivereinbarung, die auf individualvertraglicher Ebene den Schuldmaßstab bestimmt.

bb) Verschulden bei Vertragsabschluß

Zuzugeben ist, wenn man sich jetzt dem Tatbestand des in § 311 Abs. 2 BGB geregelten Verschuldens bei Vertragsabschluß zuwendet, daß zunächst einmal nichts anderes hier geschehen ist als eine Festschreibung der bisherigen Rechtsprechungsergebnisse, welche zu dieser Haftung entstanden sind (Reg.E. S. 373 f.). Dies wirft die Frage auf, ob denn die bisherige Abgrenzung zur Mängelhaftung nach den §§ 356, 536 a BGB in ihrem Verhältnis zum Verschulden bei Vertragsabschluß beibehalten werden kann (BGH NJW 2000, 1713, 1714f.). Dies wird man genauso wie im

Kaufrecht nach den §§ 434 ff. BGB bejahen müssen (im einzelnen Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen § 434 Rdnr. 64 ff.). Entscheidend ist hierbei folgende Erwägung: In § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB tritt überdeutlich der subjektive Fehlerbegriff zu Tage tritt; es entscheidet also die Parteivereinbarung, welche Beschaffenheit die gekaufte Sache haben soll (vgl. Graf von Westphalen a.a.O. § 434 Rdnr. 9ff.). Damit ist die Abgrenzung zur Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß vorgegeben: Alle die Beschaffenheit betreffenden Angaben und Erklärungen des Verkäufers, über die sich die Parteien geeinigt haben, sind abschließend in den Tatbestand des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB als Gegenstand des Kaufvertrages zu ziehen. Für eine Anwendung der Regeln des § 311 Abs. 2 BGB ist dann kein Platz mehr (Graf von Westphalen a.a.O. § 434 Rdnr. 64). Dabei ist nur der Unterschied bemerkenswert: Bislang wurde die Abgrenzung zwischen den §§ 459 ff. BGB a.F. und der c.i.c. danach vollzogen, daß es sich bei der Gewährleistung um eine gesetzliche Sonderregel handelte (Palandt/Putzo vor § 459 Rdnr. 7). Das ist so nicht mehr zutreffend, weil sich die Konkurrenzfrage primär auf der Ebene der Auslegung der Parteiabrede vollzieht, was dann – bezogen auf den Inhalt des Kaufvertrages – zum Vorrang des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber § 311 Abs. 2 BGB führt.

Doch im Mietrecht gibt es im Rahmen des § 536 Abs. 1 BGB nicht den subjektiven Fehlerbegriff in seiner reinen Ausprägung. Als zunächst objektiver Mangel der Mietsache, wie es in § 536 Abs. 1 BGB heißt, erscheint ein subjektives Moment – ein wenig versteckt – in dem Tatbestandselement des „vertragsgemäßen Gebrauchs“ der Mietsache, welcher nicht durch einen Mangel beeinträchtigt oder gar aufgehoben werden darf. Damit aber ist – durchaus auf der Ebene des subjektiven Parteiwillens – der von den Parteien konkret umschriebene Gebrauch der Mietsache gemeint (Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 10). Das aber bedingt das gleiche Ergebnis, wie es bislang von der Rechtsprechung entwickelt wurde (BGH NJW 1980, 777, 780; Erman/Jendrek vor § 537 Rdnr. 20), so daß auch unter Beachtung des neu geregelten § 311 Abs. 2 BGB von der Vorrangigkeit der §§ 536, 536 a BGB auszugehen ist. Auch hier wird man also anmerken müssen: Alle Vereinbarungen der Parteien, die sich auf den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache im Sinn des § 536 Abs. 1 BGB beziehen, sind nicht gleichzeitig unter dem Regime des § 311 Abs. 2 BGB zu beachten.

cc) Rücktritt – Schadensersatz

Im Kaufrecht vollzieht sich die Abgrenzung zwischen der Mängelhaftung und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht in der Weise, daß mit dem Zeitpunkt der Ablieferung – und damit mit dem Beginn der Verjährungsfrist des § 438 Abs. 2 BGB – die Regel des § 437 BGB eingreift. Daher sind die Rücktrittsregeln der §§ 323 ff. BGB im Rahmen von § 437 Nr. 2 BGB anwendbar; für die Schadensersatzbestimmungen der §§ 280 ff. BGB gibt die Norm des § 437 Nr. 3 BGB Maß. Rücktritt und Schadensersatz statt der Erfüllung verlangen jedoch grundsätzlich, daß der Gläubiger dem Schuldner zuvor erfolglos eine angemessene Frist gesetzt hat; das Erfordernis einer vorangehenden Ablehnungsandrohung, wie es noch in § 326 BGB a.F. Bestand hatte, ist fallen gelassen worden. Hinzu kommt, daß gemäß § 325 BGB stets dem Gläubiger die Wahl bleibt, ob er den Rücktritt und den Anspruch auf Ersatz des Schadens statt der Erfüllung wählt (hierzu Muthers, in: Henssler/Graf von Westphalen § 325 Rdnr. 1). Die bislang unter dem Regime der §§ 325, 326 BGB geltende Alternativität beider Rechtsbehelfe ist entfallen (vgl. auch Reg.E. BR-Drucks. 338/01 S. 530). Daher kann der Gläubiger seit dem 1.1. 2002 immer in diesen Fällen zwischen dem großen und dem kleinen Schadensersatzanspruch wählen (vgl. auch Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen § 437 Rdnr. 27f.).

Für den Bereich des Mietrechts gilt der gleiche Befund: Sobald die Mietsache zur Nutzung übergeben ist, wird das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff. BGB, einschließlich des Rücktrittsrechts des § 323 BGB durch die Regeln der §§ 536, 536 a BGB verdrängt. Das entspricht der bisherigen Judikatur (BGH NJW 1980, 777, 780; Palandt/Weidenkaff § 536 Rdnr. 8).

III. Verletzung von sonstigen Pflichten, insbesondere von Nebenpflichten

Der Umfang der Nebenpflichten, welcher für gewöhnlich einen Mietvertrag bestimmt, ist mehr oder weniger umfangreich (vgl. Herrlein/Kandelhard § 535 Rdnr. 53ff.). Zu denken ist an die Reinigungs- und Verkehrssicherungspflichten, an allgemeine Obhuts- und Fürsorgepflichten, welche je nach der Gestaltung des Vertrages und entsprechend den Umständen des Einzelfalles entweder dem Mieter oder dem Vermieter obliegen. Ansatzpunkt war bislang in diesen Fällen – sieht man einmal von den sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebenden Verkehrssicherungspflichten ab – der dem Gläubiger zustehende Anspruch aus positiver Vertragsverletzung (vgl. statt aller Palandt/Heinrichs § 276 Rdnr. 104 ff.).

1. Pflichtverletzung - § 280 BGB

Hier ist nunmehr ein allgemeines Umdenken angesagt. Denn es gibt fortan nur noch den allgemeinen Grundtatbestand einer Pflichtverletzung, wie er in § 280 Abs. 1 BGB Gesetz geworden ist (hierzu vor allem Canaris JZ 2001, 499ff.; Teichmann BB 2001, 1485ff; St. Lorenz JZ 2001, 742ff.). Ausgangspunkt ist immer die Feststellung, welche Pflichten sich im Einzelfall aus dem Schuldverhältnis ergeben, weil klar ist, der Tatbestand des § 280 Abs. 1 BGB existiert nicht als gesetzliches, sondern nur als vertragliches Schuldverhältnis (vgl. auch Palandt/Heinrichs vor § 241 Rdnr. 35). Dabei macht es keinen Unterschied im Blick auf die in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelte Haftung auf Ersatz des durch die objektive Pflichtverletzung entstandenen Schadens, ob die Anspruchsgrundlage ihrerseits sich aus der Verletzung einer Schutzpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB ableitet oder ob ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß nach § 311 Abs. 2 BGB zugrunde liegt (Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen § 280 Rdnr. 1f.).

a) Objektiver Maßstab

Zwischen den Zeilen ist der entscheidende Befund des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits verschiedentlich erwähnt worden: Der Gesetzgeber macht die Haftung auf Ersatz des aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadens zunächst nur davon abhängig, daß eine entsprechende Pflicht des Schuldners bestand und daß eben diese Pflicht – objektiv gewertet – verletzt worden ist (Reg.E. S. 308ff.; Dedek a.a.O. § 280 Rdnr. 4). Dabei wird keinerlei Unterscheidung nach einer Haupt- oder Nebenpflicht getroffen. Maßgebend ist allein die Feststellung, daß der Schuldner eine von ihm nach dem „Schuldverhältnis“ zu erfüllende Pflicht nicht erfüllt hat (vgl. Anders ZIP 2001, 184, 185).

b) Verteilung der Beweislast

In seiner Struktur ist die Regel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zunächst völlig eindeutig: Es handelt sich um eine Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die – objektive Pflichtverletzung vorausgesetzt – nur insoweit dem Schuldner obliegt, als es um den Nachweis fehlenden Vertretenmüssens gemäß § 276 BGB geht. Also muß der Schuldner, nachdem der Gläubiger die ihm im Blick auf die objektive Pflichtverletzung obliegende Darlegungs- und Beweislast erfüllt hat (Dedek, a.a.O. § 280 Rdnr. 4), den Nachweis führen, daß ihm – subjektiv - ein Vertretenmüssen nicht trifft. Dieses aber geht weiter als der bisherige Maßstab des § 276 BGB. Denn unter Auswertung der getroffenen Parteivereinbarung ist zu entscheiden, ob der Schuldner nur für Vorsatz

oder Fahrlässigkeit eintreten muß oder ob er eine strengere oder gar mildere Haftung übernommen hat. Dabei kommt es zum einen auf die ausdrückliche Parteiabrede an, zum anderen aber auch auf eine Auslegung des "Inhalts" des jeweiligen Schuldverhältnisses (vgl. Dedek, a.a.O. § 276 Rdnr. 9).

Man wird hier sicherlich soweit gehen müssen, daß der festgestellte Tatbestand einer objektiven Pflichtverletzung auch gleichzeitig das subjektive Vertretenmüssen indiziert. Dies hängt mit einer doppelten Erwägung zusammen: Zum einen ist unverbrüchlich daran festzuhalten, daß im Bereich des § 276 BGB – wie bisher – im Interesse des Verkehrsschutzes ein abstrakter-objektiver Sorgfaltsmaßstab eingreift (BGH NJW 2000, 2812, 2813; Palandt/Heinrichs § 276 Rdnr. 15). Zum anderen besagt der nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Schuldner zu führende und im Ergebnis dann auch erfolgreich geführte Entlastungsbeweis, daß der Tatbestand der – bewiesenen – Pflichtverletzung nicht dem Schuldner im Sinn von § 276 BGB zuzurechnen ist, weil er alles Erforderliche und ihm Zumutbare getan hat, die geschuldete Pflicht auch ordnungsgemäß zu erfüllen (vgl. Palandt/Heinrichs § 282 Rdnr. 11ff.;14). Auch wenn der Schuldner nicht eine garantiemäßige Einstandspflicht nach § 276 BGB begründet hat, dürfte es extrem selten sein, daß er in der Lage ist, erfolgreich den Nachweis fehlenden Vertretenmüssens zu führen, sofern der Gläubiger den ihm obliegenden Beweis der objektiven Pflichtverletzung durch den betreffenden Schuldner erfolgreich geführt hat.

c) Konzept der Schutzpflichten - § 241 Abs. 2 BGB

Notwendigerweise ändert sich diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen einer dem Schuldner obliegenden Verletzung einer nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesiedelten Schutzpflicht, die auf die Wahrung der Rechte, der Rechtsgüter und der Interessen des jeweils anderen Vertragsteils gerichtet ist. Denn während das Bestehen eines Vertrages unmittelbar bestimmte Pflichten nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auslöst, wie etwa die Pflicht des Verkäufers, nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB mangelfrei zu liefern, muß im Rahmen des Schutzkonzepts des § 241 Abs. 2 BGB zunächst der Nachweis erbracht werden, daß sich aus dem „Schuldverhältnis“ eine entsprechende Schutz- und Loyalitätspflicht überhaupt ergeben hat. Denn das Wort „kann“ in § 241 Abs. 2 BGB belegt genau dies: Die Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers erstreckt sich in diesen Fällen nicht nur auf den objektiven Tatbestand der Pflichtverletzung, sondern – vorgeschaltet – bereits darauf, daß eine entsprechende, dem Schuldner obliegende Pflicht überhaupt bestanden hat. Das ist der Norm des §

280 Abs. 1 BGB zwar nicht so unmittelbar zu entnehmen, folgt aber aus dem Strukturvergleich mit dem Schutzkonzept des § 241 Abs. 2 BGB.

d) Zu ersetzender Schaden

Die Sanktion des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eindeutig: Der gesamte aus der Pflichtverletzung entstandene Schaden ist dem Gläubiger zu ersetzen; Maßstab ist allein die Differenzhypothese der §§ 249 ff. BGB. Abzugrenzen ist freilich stets – das ist aber schon im Kontext der Darstellung der §§ 536, 536 a BGB klar geworden – der Bereich der vom unmittelbaren Erfüllungsinteresse umfaßte Tatbestand der Nichterfüllung, also: es geht dann in diesem Fall um Ersatz des Schadens, der nicht seinerseits Gegenstand des Minderungsanspruchs des Mieters nach § 536 BGB ist. Im Rahmen der bislang üblichen, aber nicht mehr gängigen Terminologie von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden erfaßt § 280 BGB auch den Mangelschaden in Form des entgangenen Gewinns, des Nutzungsausfallschadens, weil dieser selbst nicht Gegenstand des Minderungsverlangens nach § 536 BGB ist, was aber auch im allgemeinen Kontext des nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu ersetzenden Schadens stets zu bedenken ist.

IV. Fristloses Kündigungsrecht

Nunmehr ist die Frage kurz anzusprechen, ob denn eine Änderung des bislang geltenden Mietrechts insoweit eingetreten ist, als der Tatbestand der fristlosen Kündigung in § 314 BGB neu geregelt ist, während es für das Mietrecht bei der Bestimmung des § 543 BGB im wesentlichen geblieben ist. Materiell ins Gewicht fallende Änderungen sind hier nicht erkennbar. Daß § 543 Abs. 1 BGB als Voraussetzung eines fristlosen Kündigungsrechts auch die Elemente des jeweiligen Verschuldens zur Beachtung anbietet, deckt sich im Kern mit § 314 Abs. 1 BGB, weil dieses Recht aus § 242 BGB abgeleitet wird (BGH NJW 1999, 1177; Palandt/Heinrichs vor § 241 Rdnr. 18f.), wobei notwendigerweise stets alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (BGH NJW 1999, 1177, 1178). Auf der Ebene des Verschuldens bedingt dies, daß der Tatbestand der Unzumutbarkeit, wie er sich in § 314 Abs. 1 BGB findet, mit eben diesen Merkmalen ausgefüllt werden muß (BGH a.a.O.).

Soweit im übrigen § 543 Abs. 4 BGB auf die entsprechende Anwendung der §§ 469 ff. BGB reflektiert, hat bereits der Bundesrat – freilich: echolos – geltend gemacht,

daß der Verweis auf diese Vorschriften „ins Leere“ gehe (BR-Drucks. 338/01 – S. 73 – Beschlußempfehlungen). Dem ist wenig hinzuzusetzen.

VI. Zahlung - Zahlungsverzug

Abschließend sei noch ein kurzer Blick auf die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Zahlungspflichten des Mieters geworfen. In den Blick zu nehmen ist in erster Linie der Tatbestand des Zahlungsverzugs. Insoweit seien folgende Anmerkungen angezeigt:

1. Voraussetzungen des Verzugs

Entsprechend der bisherigen Regel des § 284 Abs. 2 BGB a.F. bestimmt nunmehr § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, daß eine Mahnung für den Eintritt des Verzugs dann nicht erforderlich ist, wenn die Zahlung/Leistung an einem Tag vorgenommen werden muß, der „nach dem Kalender bestimmt“ ist. Das ist in Mietverträgen die Regel. So gesehen ändert sich gegenüber dem bisherigen Recht nichts.

2. Verzugsfolgen

a) § 288 Abs. 1 BGB

Nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB beträgt mit Wirkung vom 1.1. 2002 der Verzugszins 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz. Dieser verändert sich mit Wirkung vom 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres gemäß § 247 Abs. 1 BGB. Es handelt sich hierbei um einen gesetzlichen Zinssatz; er gilt daher auch dann bei Eintritt des Zahlungsverzugs des Mieters, wenn nichts anderes vereinbart ist.

b) Anderweitige Vereinbarung

Gemäß § 288 Abs. 4 BGB ist es nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger/Vermieter einen höheren Schaden als Folge des Zahlungsverzugs des Mieters geltend macht. Unter dem Regime der in § 309 Nr. 5 BGB geregelten Pauschalierung eines Schadensersatzanspruchs bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken dagegen, wenn der Vermieter einen höheren Verzugsschaden im Rahmen einer Pauschale geltend macht. Würde man anders entscheiden und den Zinssatz des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB allein maßgebend sein lassen, dann wäre die Bestimmung des § 288 Abs. 4

BGB leerlaufend. Denn was im Rahmen einer konkreten Schadensberechnung nach dieser Bestimmung ausdrücklich als zulässig angesehen wird, kann auf der Ebene des § 309 Nr. 5 a BGB nicht von vornherein scheitern, setzt aber zwingend voraus, daß nur die Pauschale formularmäßig geltend gemacht wird, welche im Sinn dieses Verbotstatbestandes dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ entspricht.

Im Bereich der gewerblichen Miete, bei denen sich die Vermieter auch jeweils seitegleich refinanzieren, gelten sicherlich andere Kriterien als im Rahmen der privaten Vermietung. Hier erscheint es nahezu ausgeschlossen zu sein, daß der Vermieter einen über den Rahmen von § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB hinausreichenden Schaden abstrakt überhaupt geltend machen kann. Denn es muß ja im Rahmen von § 309 Nr. 5 a BGB immer eine Pauschale sein, die ursächlich auf eben der Vertragsverletzung beruht, welche den Gläubiger/Vermieter berechtigt, einen Schadensersatz zu reklamieren. Daran ist deswegen zu erinnern, weil die Beweislast im Rahmen von § 309 Nr. 5 a BGB nicht beim Mieter, sondern beim Vermieter liegt; er muß also nachweisen, daß die geltend gemachte, über den Rahmen von § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB hinausreichende Pauschale angemessen, weil schadensadäquat ist (Palandt/Heinrichs § 11 Rdnr. 25; MünchKomm./Basedow, 4. Aufl. § 11 Nr. 5 Rdnr. 15; einschränkend Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. § 11 Nr. 5 Rdnr. 21 f.).

Des weiteren ist zu unterstreichen, daß der Gesetzgeber die Norm des § 309 Nr. 5 b BGB geändert hat. War es früher so, daß nach § 11 Nr. 5 b AGBG der dem anderen Teil – hier: dem Mieter – zustehende Gegenbeweis, daß der aktuelle Schaden wesentlich niedriger ist als die Pauschale oder daß er gar nicht entstanden ist, so ist jetzt davon die Rede: Dieser Gegenteilsbeweis ist dem Kunden ausdrücklich zu eröffnen (Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen § 309 Rdnr. 12 ff.). Unter dem Diktat des in § 3037 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten Transparenzgebots muß dies auf Grund einer eindeutigen und klar formulierten Klausel geschehen. Das alles hilft zwar dem Mieter nicht sehr viel, weil es immer darum geht, den Beweis einer im Bereich des Gläubigers vorhandenen Tatsache zu führen. Doch ist diese Novellierung immerhin im Rahmen des gebotenen Verbraucherschutzes gleichwohl zu begrüßen. Indessen wird man den Tatbestand von § 309 Nr. 5 b BGB auch gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr als einschlägig ansehen müssen, um auf diesem Weg den Gläubiger zu zwingen, das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot zu ignorieren (hierzu Graf von Westphalen a.a.O. § 309 Rdnr. 15).

V. Zusammenfassung

Die sich aus der Reform des Schuldrechts ergebenden Änderungen – das Eindringen des allgemeinen Leistungstörungsrechts in das Besondere Schuldrecht – sind im Bereich des Mietrechts, wie es durch seine zentralen Bestimmungen, die §§ 536, 536 a BGB vorgeprägt ist, gering. Wichtig ist die Erkenntnis, daß der in § 536 a Abs. 1 BGB verankerte Anspruch auf Ersatz des Schadens kongruent ist mit dem Tatbestand der allgemeinen Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB und der daraus resultierenden Pflicht des Vermieters, dem Mieter den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Außerhalb dieses engen Bereich wirkt sich natürlich bei allen sonstigen Tatbeständen einer Pflichtverletzung die Schuldrechtsreform unmittelbar auch im Mietrecht aus, weil der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung entfallen ist.

Auf der Ebene der Sanktionen ist das in § 543 BGB geregelte außerordentliche Kündigungsrecht deckungsgleich mit dem Tatbestand des § 314 BGB. Für den Fall des Zahlungsverzugs des Mieters gilt nunmehr die weitreichende Sanktion des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Gegenüber einem privaten Mieter darf dieser Zinssatz nicht im Rahmen einer Pauschale nach § 309 Nr. 5 a BGB überschritten werden, weil es praktisch nicht vorstellbar ist, daß einem Vermieter ein höherer Zinsschaden entsteht als der gesetzliche des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB, so daß der Vermieter/AGB-Verwender die ihm obliegende Beweislast insoweit nicht im Rahmen einer generell-abstrakten Pauschale wird erfüllen können.