

Leistungsstörungen im Mietrecht

Statt Leistungsstörungen im Mietrecht hätte man das Thema auch Reformstörungen im Mietrecht überschreiben können: Der Mietrechtsreform folgte die Schuldrechtsreform und reformierte auch die Mietrechtsrechtsreform. Entsprechend der schon historischen Konzentration des Gesetzgebers auf den einaktigen Kaufvertrag fiel die Schuldrechtsreform der Mietrechtsreform geradezu „dramatisch“ aus: Der Gesetzgeber strich zur Anpassung des Mietrechts an das modernisierte Schuldrecht die Worte „wegen Nichterfüllung“ in § 536a I BGB, der jetzt nur noch „Schadensersatz“ gewährt. Das „Titanic-Projekt“ der Synthese zwischen den Reformen¹ bleibt damit der (Miet-)Rechtswissenschaft überlassen. In ersten Stellungnahmen sind bereits einzelne Aspekte näher betrachtet worden², dies ist daher der wohl erste Versuch einer systematischen Analyse der (neuen) Schnittstellen von allgemeinem Leistungsstörungen- und Mietrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung.

1. Teil: Anfängliche Leistungshindernisse

Einleitung

1. Allgemeines zur Konkurrenz

Aus der mietrechtlichen Fixierung auf den vertragsgemäßen Gebrauch in der Zeit resultiert die bei anderen Verträgen nicht mögliche, fast durchgängige Konkurrenz von Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung. Dauerschuldverhältnisse wie die Miete zeichnen sich dadurch aus, dass die vertragscharakteristische Leistung mit dem Faktor Zeit quantifiziert wird³. Dem entsprechend führt die ordnungsgemäße Erbringung der Dauerleistung gem. § 362 Abs. 1 zur Erfüllung für den jeweils vergangenen Zeitraum⁴. Umgekehrt bewirkt die Nicht- (ordnungsgemäße) Erfüllung der Dauerleistung (Teil-)Unmöglichkeit für den jeweils vergangenen Zeit-

* Der Autor ist Partner der Sozietät Oltmanns, Kandelhard & Büsing, Bremen. Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines auf dem Deutschen Mietgerichtstag in Nürnberg am 13.9.2002 gehaltenen Vortrages, der als Dokument des Deutschen Mietgerichtstages entsprechend dessen pluraler Zweckrichtung mehreren Zeitschriften zur Veröffentlichung angeboten wird.

¹ Kappus, NZM 2002, 361.

² Emmerich, NZM 2002, 362; Derleder, WuM 2002, 407; sehr allgemein dagegen v. Westphalen, NZM 2002, 368.

³ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Habil. 1994, S. 134ff.

⁴ Oetker (Fn. 3), S. 322ff.

raum – sofern die an sich in der Vergangenheit zu erfüllende Dauerleistung nicht (ausnahmsweise) in der Zukunft nachgeholt werden kann⁵. Dies scheidet regelmäßig aus, da die Leistung in der Vergangenheit eine andere als die in der Zukunft ist. Daher ist die Dauerleistung regelmäßig Fixschuld. Ihre Nachholung vermag das Gläubigerinteresse nicht ebenso zu befriedigen, wie ihre zeitgerechte Vornahme⁶. Dies gilt namentlich für die Raummiete⁷. Eine sinnvolle Nachholung der Dauerleistung kann jedoch bei der kurzfristigen Vermietung beweglicher Sachen⁸ oder dann vorliegen, wenn das Mietverhältnis erst mit Übergabe beginnen soll⁹.

2. Bisher herrschende Abgrenzung

Zur Abgrenzung der unterschiedlichen Rechtsinstitute hat sich die h. M. zum bisherigen Schuldrecht auf die Zäsur der Übergabe verständigt, mit im einzelnen umstrittenen Durchbrechungen sollte bis dahin zumindest grundsätzlich das allgemeine Leistungsstörungenrecht, anschließend das (speziellere) Gewährleistungsrecht anwendbar sein¹⁰. Damit wird jedoch die bereits vor Übergabe einsetzende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht des Vermieters aus § 535 I 2 BGB regiert, die ihrer Natur nach Beschaffungspflicht im Sinne des § 279 a. F. BGB ist¹¹. Wird bei der Unmöglichkeit nur auf die Übergabe abgestellt, wird dem Vermieter der Einwand (primär-) leistungsbefreiender Unmöglichkeit gem. § 275 BGB zugestanden und der Vermieter seiner Erhaltungs- und Wiedererrichtungspflicht ledig. Im pflichtenbasierten Konzept des neuen Leistungsstörungenrechts gewinnt die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht des Vermieters aber schon vor der Übergabe an Relevanz, so dass sich die bisherige Schnittstelle zwischen Leistungsstörungen- und Mietrecht partiell verschiebt.

I. culpa in contrahendo

1. Bisherige Rechtsgrundlagen

⁵ S. dazu nur Oetker (Fn. 3), S. 330ff. m. umf. N.

⁶ BGHZ 38, 295, 302; BGHZ 60, 14, 16; BGHZ 83, 197, 200.

⁷ Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, II Rn. 506.

⁸ BGH, NJW-RR 1998, 1396 = WuM 1988, 1451.

⁹ BGH, NJW 1992, 3226.

¹⁰ BGH, NJW 1978, 103; BGH, NJW 1983, 446; BGHZ 85, 267, 270; BGHZ 136, 102, 106f. = BGH, NJW 1997, 2813; Erman-Jendrek, BGB, 10. Aufl. 2000, vor § 537 Rdnrn. 12f.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. 2000, Rdnr. 334; für das Reformrecht bereits ebenso Heinrichs, in: Palandt, BGB, Ergänzungsband zur 61. Aufl. 2002, vor § 275 Rdnr. 18.

¹¹ Bereits nach bisherigem Recht war anerkannt, dass Beschaffungspflichten auch bei Stückschulden möglich waren; nach dem neuen § 276 I BGB ergibt sich dies unmittelbar aus dem Gesetz, siehe nur Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rdnr. 176, m.w.Nachw.

Macht der Vermieter während der Vertragsverhandlungen unzutreffende Angaben über dem Mieter bedeutsame Umstände der Mietsache, konnte dies nach bisherigem Recht zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten¹² Rechtsinstitut der culpa in contrahendo¹³ führen¹⁴. Bezog sich die Falschaufklärung des Vermieters jedoch auf Eigenschaften der Mietsache, gingen die Gewährleistungsvorschriften aus Gründen der Spezialität vor¹⁵. Nur wenn es gar nicht mehr zur Übergabe der Mietsache kam und damit das Gewährleistungsrecht nicht (mehr) anwendbar wurde, blieb der Anspruch des Mieters aus c. i. c. unberührt¹⁶.

2. Die Kodifikation der c. i. c.

a) Die neue Regelung

Die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten ist anlässlich der Schuldrechtsreform mit dem zunächst nebulös erscheinenden¹⁷ § 311 II BGB geregelt worden¹⁸: Danach kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten gem. § 241 II BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder geschäftlichen Kontakt entstehen. Der in Bezug genommene § 241 II BGB enthält dann, dass ein Schuldverhältnis zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen verpflichtet kann. Erst kombiniert mit dem Generaltatbestand der Pflichtverletzung in § 280 I BGB ergibt sich schließlich ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflicht zur vorvertraglichen Rücksichtnahme. Die bisherige c. i. c. ist damit in den §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB kodifiziert worden.

b) Rechtsnatur der Rücksichtspflicht

Seinem Wortlaut nach verlangt § 311 II BGB i. V. m. § 241 II BGB jedoch lediglich Rücksicht, nicht aber aktives Handeln. Es ist daher kritisiert worden, dass lediglich Schutz-, nicht aber Aufklärungspflichten normiert wurden¹⁹. Man wird wohl Einigkeit erzielen können, dass

¹² BGH, NJW 1979, 1983.

¹³ Zumindest in der Terminologie begründet von Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JherJb 4 (1861), 1.

¹⁴ BGHZ 136, 102, 105; BGH, NZM 2000, 492.

¹⁵ BGH, NJW 1980, 777; BGH, NZM 2000, 492.

¹⁶ BGHZ 136, 102, 106 = BGH, NJW 1997, 2813; Wolf/Eckert/Ball (Fn. 10), Rdnr. 335.

¹⁷ Siehe etwa Köndgen, Die Positivierung der culpa in contrahendo als Frage der Gesetzgebungsmethodik, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsgb.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 231, 241.

¹⁸ Der quasideliktische Part der c. i. c. – wie ihn insbesondere § 311 II Nr. 2 BGB repräsentiert – wird hier außen vor gelassen, da dieser primär mit diesem Rechtsgebiet, nicht aber mietvertraglichen Spezialregelungen konfligiert.

¹⁹ Köndgen (Fn. 17), S. 231, 242; Fleischer, Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht dargestellt am Beispiel der Informationspflichten, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsgb.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 243, 253.

der Terminus Rücksicht nicht glücklich gewählt ist, doch lässt er sich vor dem Hintergrund der Absicht des Gesetzgebers, auch die Aufklärungspflichten zu erfassen, in genetischer Hinsicht durchaus (sanft) erweiternd interpretieren. Der Rekurs auf die Rücksicht gegenüber den Interessen des anderen Teils in § 241 II BGB legt ein derart weites Verständnis auch vom Wortlaut der Norm her nahe. Zudem ist § 311 II Nr. 2 BGB deutlich in Richtung auf die deliktische Spur der *c. i. c.* formuliert, so dass § 311 II Nr. 1 BGB redundant wäre, wollte man nicht auch Aufklärungspflichten als normiert ansehen.

Die §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB enthalten lediglich eine generalklauselartige Ermächtigung zur Ausdifferenzierung der einzelnen Rücksichtspflichten. Die Rechtsprechung wird daher auf die bisher bereits gebildeten Fallgruppen zurückgreifen (können)²⁰. Da auch die Mietrechtsreform keine inhaltlichen Neuerungen des Gewährleistungsrechts hervorgebracht hat, scheint hier durch die Schuldrechtsreform kein neues Konfliktpotential für das Mietrecht aufgekomen zu sein.

c) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der kodifizierten *c. i. c.* gehen jedoch über die bisherigen Resultate der Rechtsprechung hinaus. Zwar soll nach den ersten Kommentierungen weiterhin lediglich ein Anspruch auf das negative Interesse gegeben sein²¹. Doch kann der Schuldner nunmehr einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 I BGB geltend machen, der prinzipiell auf das positive Interesse gerichtet ist²². Soweit der Vertrauensschaden bisher in Analogie zu den §§ 122, 307 a. F. BGB gefunden wurde, ist dies ebenfalls zweifelhaft geworden, da im Falle anfänglicher Unmöglichkeit nunmehr gem. § 311a II BGB ebenfalls ein Anspruch auf das positive und nicht mehr nur das negative Interesse gegeben ist. Allerdings ist eine Interpretation auf das negative Interesse anhand der Struktur der verletzten Pflicht möglich und von § 280 I BGB her auch nicht ausgeschlossen. Dieser spricht lediglich von Schadensersatz, ohne dessen Inhalt näher zu definieren. Insofern folgt die gem. § 249 BGB erforderliche Differenzbetrachtung der Struktur der verletzten Pflicht. Der Schuldner ist im Falle der Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensrechtlich so zu stellen, als wäre er zutreffend informiert worden. Dies begründet aber nur scheinbar eine Erfolgshaftung, ist die Abstandnahme vom Vertrag der geringere Schaden, ist nur dieser und damit das negative Interesse zu ersetzen: wäre der

²⁰ Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd., § 311 Rdnr. 6.

²¹ Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd., § 311 Rdnr. 49ff.; Schulze, in: Handkommentar zum BGB, 2. Aufl. 2002, § 311 Rdnr. 25; Dauner-Lieb, in: Anwaltskommentar Schuldrecht, 2002, § 311 Rdnr. 40.

²² Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 280 Rdnr. 32.

Schuldner zutreffend aufgeklärt worden, hätte er vom Vertrag Abstand genommen. Eine Ausnahme ist lediglich dort angebracht, wo es dem Schuldner gelungen wäre, den Vertrag bei zutreffender Information mit dem Schädiger²³ oder einem Dritten²⁴ zu besseren Bedingungen abzuschließen. Insofern richtet sich der Anspruch regelmäßig auf das Vertrauensinteresse²⁵. Er ist zwar nicht grundsätzlich durch das Erfüllungsinteresse begrenzt²⁶, doch können dem Geschädigten deshalb nicht unreflektiert grenzenlos frustrierte Aufwendungen zugesprochen werden²⁷.

3. Abgrenzung nach der Reform

a) Freie Anspruchskonkurrenz?

aa) Aufgabe der Vorsatzrechtsprechung: Dementsprechend ist in einer ersten Kommentierung dafür plädiert worden, die bisherige Abgrenzung nur geringfügig zu modifizieren. Soweit sich die Aufklärungspflichtverletzung auf Eigenschaften der Mietsache bezieht, seien die §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB weiterhin nur bis zur Übergabe anwendbar²⁸. Die bisher von der Rechtsprechung gemachte Ausnahme freier Anspruchskonkurrenz bei Vorsatz²⁹ soll unter Verweis auf entsprechend neue kaufrechtliche Grundsätze aber nicht mehr fortgeführt werden³⁰. Für das Kaufrecht ist es tatsächlich zutreffend, dass der nunmehr normierte Schadensersatzanspruch des Käufers aus §§ 280 I, 281 I 3, 437 Nr. 3 BGB das Bedürfnis nach einer Anwendung der c. i. c. reduziert und vor allem das spezielle Erfordernis vorheriger Nacherfüllung gem. § 439 BGB nicht unterlaufen werden darf.

bb) Konkurrenz zum „Nacherfüllungsrecht“ des Vermieters: Die mietrechtliche Gewährleistung ist jedoch nicht reformiert worden. Ein spezielles „Nacherfüllungsrecht“ ist ihm auch nicht immanent. Insofern besteht wenig Grund, die bisherigen Rechtsgrundsätze zu hinterfragen. Es ist daher vielmehr auch schon umgekehrt vertreten worden, dass die Haftung aus c. i. c. gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB mit der mietrechtlichen Gewährleistung frei konkurriere.

²³ BGH, NJW 1998, 2900 m. zust. Anm. Lorenz = JZ 1999, 93, m. zust. Anm. Stoll; BGHZ 120, 284; Schwarze, Vorvertragliche Verständigungspflichten, Habil. Göttingen, Tübingen 2001, S. 316; Erman-Battes (Fn. 10), § 276 Rdnr. 124.

²⁴ BGH, NJW 1984, 867; BGH, NJW 1988, 2234, 2236; Schwarze (Fn. 23), S. 319; Erman-Battes (Fn. 10), § 276 Rdnr. 124.

²⁵ HandKomm-Schulze (Fn. 21), § 311 Rdnr. 25.

²⁶ RGZ 151, 359; BGHZ 57, 193; BGHZ 69, 56; BGHZ 136, 105; HandKomm-Schulze (Fn. 21), § 311 Rdnr. 25; Erman-Battes (Fn. 10), § 276 Rdnr. 124, m. w. Nachw.

²⁷ Erman-Battes (Fn. 10), § 276 Rdnr. 124.

²⁸ Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd., § 311 Rdnr. 21.

²⁹ BGHZ 136, 102, 109 = BGH, NJW 1997, 2813; BGH, NZM 2001, 1145 = NJW 2002, 208, 210.

³⁰ Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 311 Rdnr. 21.

Beide Rechtsgebiete seien nebeneinander anwendbar³¹. Die explizite gesetzliche Regelung verdeutliche, dass der Vermieter nunmehr bei jeder Pflichtverletzung gem. § 280 I BGB haften solle. Es sei nicht einzusehen, dass der Vermieter für falsche Ertragsangaben oder unzutreffende Prognosen von Nebenkosten nicht haften solle³². Dem ist zwar zuzustimmen, doch konkurrieren c. i. c. und Gewährleistung in beiden Fällen gerade nicht, da es sich jeweils nicht um unzutreffende Angaben über der Mietsache unmittelbar anhaftende Umstände, also Eigenschaften handelt³³, die von der mietrechtlichen Gewährleistung erfasst würden. Es bleibt daher zu untersuchen, ob die generelle Anwendung der c. i. c. spezifische Voraussetzungen mietrechtlicher Gewährleistung unterläuft, soweit es um Mängel der Mietsache geht.

cc) Vorrang der Verzugsregeln: Dabei kann auch der Vergleich mit anderen Vertragstypen hinreichend Anlass für eine Überprüfung tradierter Auffassungen bieten und eine Angleichung an die („moderne“) schuldrechtliche Systematik neue Interpretationen legitimieren. Mit derart erweitertem Fokus ergibt sich, dass dem Mietrecht ein „Nacherfüllungsrecht“ des Vermieters nicht gänzlich fremd ist. Nach § 535 I 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter zum vereinbarten Zeitpunkt eine taugliche Mietsache zu übergeben. Der Vermieter hat also die Möglichkeit, bis zur Übergabe „nachzubessern“, d. h., die Mietsache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Ansprüche des Mieters wegen Nichterfüllung dieser Pflicht bestehen nach dem mietrechtlichen Modell daher erst, wenn die (rechtzeitige) Herstellung scheitert.

Zumindest, soweit dem Vermieter durch den sofortigen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB die Chance zur (noch) zeitgerechten Erfüllung genommen würde, ist von Spezialität der mietrechtlichen Pflichten auszugehen. Dem Vermieter die Möglichkeit zur „Nacherfüllung“ quasi als Strafe für seinen Vorsatz zu nehmen, lässt sich nicht rechtfertigen, zumal der Vermieter gerade darauf vertraut haben kann, dass ihm die Herstellung des Versprochenen gelingen werde. Damit wird offenbar, dass das Nichtvorhandensein von Eigenschaften der Mietsache vor Übergabe dem Verzugsregelement unterliegt. Die Erklärung bestimmter Eigenschaften erfolgt weniger in Rücksicht auf die Interessen des anderen Teils im Sinne des § 241 II

³¹ Emmerich, NZM 2002, 362, 363; i. E. ebenso Derleder, WuM 2002, 407. Soweit Emmerich darauf verweist, dass die mietrechtliche Gewährleistung immer schon Haftung für Nichterfüllung gewesen sei, die die allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen nicht ausschliesse, ist dies zwar zutreffend, doch geht es bei der c. i. c. gerade nicht um die Nichterfüllung von Leistungen, sondern die Verletzung bloßer Nebenpflichten.

³² Emmerich, NZM 2002, 362, 363.

³³ Zumindest im Kaufrecht können nach st. Rspr. allenfalls nachhaltige Ertragsangaben eine zusicherungsfähige Eigenschaft begründen, sie müssen sich dafür aber über mindestens ca. fünf Jahre erstrecken, siehe BGH, NJW-RR 1989, 306; BGH, NJW 1990, 1659; BGH, NJW 1996, 2503.

BGB, sondern ist vielmehr Beschaffenheitsvereinbarung. Daher sind die Regelungen des Verzuges und der Unmöglichkeit im Verhältnis zu einer sich auf Eigenschaften beziehenden culpa in contrahendo gem. §§ 311 II, 241 II BGB spezieller und verdrängen diese bereits dann, wenn es überhaupt zu einem (wirksamem) Vertrag kommt. Von diesem Moment an haftet der Vermieter für die Herstellung der explizit oder stillschweigend versprochenen Beschaffenheit der Mietsache und hat sie gem. § 535 I 2 BGB herzustellen. Erfolgt dies nicht, ergeben sich Ansprüche des Mieters erst bei Unmöglichkeit oder Verzug.

Der Mieter kann danach Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur nach den §§ 280 II, 286, 280 I BGB und Schadensersatz statt der Leistung nur nach den §§ 280 III, 281, 280 I BGB geltend machen, sofern deren spezielle Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Eigenschaft erst zur Übergabe fällig ist und sich ein sofortiger Anspruch lediglich in Analogie zu § 323 IV BGB ergeben kann, wenn offensichtlich ist, dass die Eigenschaft nicht mehr hergestellt werden kann³⁴. Ein sofortiger Schadensersatzanspruch statt der Leistung des Mieters kommt ansonsten nur in Betracht, wenn die (noch) Herstellung des Versprochenen unmöglich ist (§§ 280 III, 283, 280 I BGB) oder der Vermieter sie verweigert (§§ 280 III, 281 I, II, 280 I BGB)³⁵.

dd) Der Inhalt des Schadensersatzanspruches des Mieters: Hat der Mieter einen Anspruch wegen Unmöglichkeit der Herstellung der versprochenen Eigenschaft oder einen Anspruch aus Verzug vor Übergabe in Analogie zu § 323 IV BGB³⁶, ergeben sich seine Ansprüche aus § 280 I i. V. m. § 281 I oder § 283 BGB. Der Mieter hat dann einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Diese Leistung ist aber zunächst nur die Herstellung der versprochenen Eigenschaft. Sind dem Mieter etwa zur Mietsache gehörige Parkplätze versprochen worden, könnte er z. B. zwar Schadensersatz für den nicht hergestellten Parkplatz in Höhe einer Abstandzahlung an die Behörde zur Befreiung von der Parkplatzpflicht geltend machen. Schadensersatz statt der gesamten Leistung, also der Überlassung der Mieträumlichkeiten insgesamt, kann der Mieter aber bei Interessewegfall an der gesamten Leistung wegen der unmög-

³⁴ Soweit diese Analogie gerechtfertigt ist, ist eine Mahnung nach § 286 II Nr. 4 und eine Nachfristsetzung nach § 281 II BGB entbehrlich.

³⁵ Die zur c. i. c. ergangene Entscheidung BGHZ 136, 102, ist daher wohl i. E. zutreffend, da die Errichtung der Stellplätze anscheinend unmöglich und deshalb die Konzession verweigert worden war.

³⁶ Daneben kann eine Nachfrist nach § 281 II BGB auch dann entbehrlich sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die einen sofortigen Schadensersatzanspruch des Mieters rechtfertigen. Dies kann in Betracht kommen, wenn Eigenschaft und Einzugstermin im Hinblick auf damit verbundene Investitionen derart relevant sind, dass dem Mieter schon die Ungewissheit über die zeitgerechte Herstellung der Eigenschaft nicht zugemutet werden kann. Dies wird bei der Raummiete häufig der Fall sein, da sie ein elementares Bedürfnis deckt und der Mieter zum Einzugstermin regelmäßig seine bisherige Mietsache räumen muss; s. o. Einl. 1., m.Nachw.

lichen oder nicht rechtzeitig erbrachten Teilleistung nach Maßgabe von § 281 I 2 BGB ggf. i. V. m. § 283 S. 2 BGB geltend machen.

b) *Rechtsfolge: Aufwendungsersatz*

aa) Rentabilitätsvermutung: Die parallele Anwendung der c. i. c. könnte jedoch im Hinblick auf ihre spezifische Rechtsfolge: Ersatz des negativen Interesses, angezeigt sein. Doch hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform dem Gläubiger neben dem Anspruch auf das positive Interesse auch einen auf das negative Interesse gerichteten Anspruch zugestanden. Gem. § 284 BGB kann der Schuldner statt dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung alternativ Ersatz der durch die Vertragsverletzung frustrierten Aufwendungen geltend machen. Schon nach bisherigem Recht konnte der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zwar wahlweise nach den getätigten Aufwendungen berechnet werden. Die Rechtsprechung ging grundsätzlich von einer Rentabilitätsvermutung aus, wonach die in das Geschäft getätigten Investitionen durch den Erhalt der Gegenleistung amortisiert worden wären³⁷. Die Vermutung war jedoch ausgeschlossen, wenn der Schuldner keinen Gewinn erzielen wollte, der Vertrag also lediglich ideellen Zwecken diene³⁸. Diese für unbillig angesehene Differenzierung soll durch den neuen § 284 BGB überwunden werden³⁹.

bb) Zweckverfehlung: Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Rentabilität grenzenlos vermutet würde. § 284 BGB erlaubt sie zu widerlegen, jedoch nicht (mehr) in ökonomischer Hinsicht, sondern lediglich: wenn der Zweck der Investition „auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden“ wäre. Dadurch sind in Abgrenzung zur bisherigen Rechtsprechung auch Aufwendungen geschützt, mit denen lediglich immaterielle Ziele verfolgt werden⁴⁰. Danach ist Aufwendungsersatz selbst dann zu gewähren, wenn der Mieter mit dem Gewerbe keinen Gewinn erzielen möchte, sondern dieses lediglich der eigenen Beschäftigung oder der Steuerersparnis dient (der Antiquitätenladen des Privatiers, die Kanzlei des von seinen Immobilien lebenden Juristen etc.). Dieses Ergebnis mag vorgeschützten Behauptungen Tür und Tor öffnen, ist nach dem Wortlaut der Norm jedoch unabweisbar⁴¹. Man wird allerdings sorgfältig zu prüfen haben, ob der Mieter nicht doch spätestens dann Gewinn erzielen wollte, sobald die steuerliche Anerkennung der Verluste versagt wird.

³⁷ BGHZ 99, 182, 200; BGHZ 123, 96, 99.

³⁸ Vgl. für den einer nicht kommerziellen Wahlveranstaltung dienenden Mietvertrag BGHZ 99, 182, 200f.

³⁹ Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 284 Rdnr. 2; AnwKomm-Dauner-Lieb (Fn. 21), § 284 Rdnr. 1.

⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 144, Canaris, JZ 2001, 499, 517.

⁴¹ Man könnte allenfalls überlegen, die rein ökonomische Widerlegung bei allen Geschäften anzuwenden, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild gewerblicher Natur sind.

cc) c. i. c. neben § 284 BGB? Trotz der Erstreckung der Rentabilitätsvermutung auf beliebige Zwecke (insofern wird deren Erreichung als den Aufwendungen gleichwertig fingiert) verbleiben Restriktionen des Aufwendungsersatzanspruches. Daraus könnte ein Bedürfnis für eine neben § 284 BGB frei konkurrierende c. i. c. entstehen⁴². Richtig ist an dahingehenden Überlegungen, dass der Täuschende durch die unzutreffende Aufklärung in die unrentable Investition verstrickt sein kann⁴³, doch ist die Haftung dann prinzipiell immer noch auf das Erfüllungsinteresse begrenzt⁴⁴. Richtig ist zwar weiter, dass sich der Erfolgsvergleich bei der c. i. c. maximal⁴⁵ an dem fiktiven Zustand orientiert, der bei Richtigkeit der Auskunft eingetreten wäre⁴⁶, dies ist aber auch nach § 284 BGB nicht anders. Werden vom Vermieter versprochene Parkplätze nicht gestellt⁴⁷, kann der Mieter nicht Investitionen ersetzt verlangen, die auch bei Vorliegen der Parkplätze nicht rentabel gewesen wären, da der Vermieter keinen bestimmten Ertrag suggeriert hat. Nur soweit der Schädiger durch eine spezifische Rentabilitätstäuschung überschießende Investitionen herausfordert, kann der am Vertrag festhaltende Geschädigte ggf. so gestellt werden, als wäre ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu besseren Bedingungen abzuschließen oder das Maß der Aufwendungen richtig zu taxieren⁴⁸. Zwar ist die Haftung aus c. i. c. nicht grundsätzlich durch das Erfüllungsinteresse begrenzt⁴⁹ und bleibt die Aufklärungspflichtverletzung für die (misslungene) Investition kausal, doch bleibt jeweils zu überprüfen, ob sich die Entscheidung dem Schädiger wertend zurechnen lässt. Daran fehlt es nach dem Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens, wenn die Aufwendungen auch bei zutreffender Auskunft frustriert gewesen wären. Verbleibende Unsicherheiten gehen dabei aber zu Lasten des Schädigers, der Geschädigte kann sich darauf beschränken, die Widerlegung der Rentabilitätsvermutung zu erschüttern⁵⁰. Daher reicht der Anspruch auf das negative Interesse aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB im Falle der Aufklärungspflichtverletzung nicht weiter als derjenige aus § 284 BGB. Deshalb tritt

⁴² Dahingehend Derleder, WuM 2002, 407, 409.

⁴³ Derleder, WuM 2002, 407, 409.

⁴⁴ So letztlich auch BGHZ 99, 182, 201.

⁴⁵ Siehe die Kritik und die Nachw. bei Schwarze (Fn. 23), S. 317.

⁴⁶ Spiegelt der Täuschende eine Rentabilität von 100 vor und investiert der Getäuschte 110, kann er mehr als 100 nicht ersetzt verlangen.

⁴⁷ Dies ist der nach BGHZ 136, 102, gebildete Beispielfall von Derleder, WuM 2002, 407, 409.

⁴⁸ Siehe für die wegen unzutreffender Standortanalyse zu teuer erworbene Ladeneinrichtung BGH, NJW-RR 1994, 664, sowie Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl. 2002, § 276 Rdnr. 102, m. umf. Nachw. Hierher gehören insbesondere auch die Fälle des fiktiven Vertragsschlusses mit Dritten oder dem Geschädigten, siehe BGH, NJW 1998, 2900 m. zust. Anm. Lorenz = JZ 1999, 93, m. zust. Anm. Stoll; BGHZ 120, 284; sowie BGH, NJW 1984, 867; BGH, NJW 1988, 2234, 2236; Schwarze (Fn. 23), S. 319; Eran-Battes (Fn. 10), § 276 Rdnr. 124.

⁴⁹ BGHZ 57, 191, 193; BGHZ 69, 56 (jeweils obiter dicta); Palandt-Heinrichs (Fn. 48), § 276 Rdnr. 100.

⁵⁰ Siehe zu Reichweite und Bedeutung des Gegenbeweises etwa Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rdnr. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, § 112 II 4, S. 640.

ein Anspruch aus c. i. c., soweit es Eigenschaften der Mietsache anbetrifft, vollständig hinter das speziellere Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht zurück.

dd) Aufwendungsersatz vor der Übergabe? Da die mietrechtlichen Gewährleistungsregeln bereits ab der Übergabe spezieller, jedoch erst zu diesem Zeitpunkt fällig sind, stellt sich allerdings die Frage, ob der Mieter überhaupt Aufwendungsersatz nach der allgemein schuldrechtlichen Regel des § 284 BGB geltend machen kann. Da bis zur Übergabe allgemeines Leistungsstörungenrecht gilt, ist § 284 BGB direkt anwendbar, soweit ein Anspruch des Mieters auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, 281 I oder 283 BGB besteht⁵¹. Ein Grund für seine Einschränkung ist nicht ersichtlich.

dd) Aufwendungsersatz nach Übergabe? Nach der Übergabe treten die allgemein schuldrechtlichen Regeln jedoch hinter das speziellere Gewährleistungsrecht der Miete zurück. § 536 I 1 BGB für die Anwendung des Gewährleistungsrechts explizit auf den Zeitpunkt der Übergabe ab. Zudem könnte sonst die Anzeigepflicht des § 536b BGB unterlaufen werden. Also hat der Mieter, der sich seine Rechte ordnungsgemäß vorbehalten hat, nach der Übergabe nur noch das Recht zu Minderung und Schadensersatz gem. §§ 536, 536a I 1. Alt. BGB. § 284 BGB gewährt den Aufwendungsersatzanspruch jedoch lediglich an Stelle eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung und nicht eines einfachen Schadensersatzanspruches. Nach der Schuldrechtsreform der Mietrechtsreform ist damit fraglich, ob sich § 284 BGB neben § 536a I BGB anwenden lässt: In § 536a I BGB ist nur die „veraltete“ Terminologie „wegen Nichterfüllung“ gestrichen, nicht aber das „moderne“ „statt der Leistung“ eingefügt worden⁵². Die verletzte Pflicht des Vermieters bei Mängeln ist dennoch weiterhin eine Leistungspflicht, nämlich die Instandhaltungspflicht nach § 535 BGB. Daher handelte es sich nach bisherigem Recht explizit um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, der insgesamt lediglich terminologisch zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung mutierte. Da der Gesetzgeber die Rechtslage nicht materiell ändern wollte, gewährt § 536a I BGB daher (weiterhin) Schadensersatz statt der Leistung. Damit sind alle schuldrechtlichen Regeln anwendbar, die für einen solchen Anspruch gelten, also die §§ 249ff. BGB ebenso wie § 284 BGB⁵³. Es

⁵¹ S. soeben, I. 3. a) cc).

⁵² Zu Recht überrascht auch Emmerich, NZM 2002, 362, 364.

⁵³ So im Ergebnis auch Derleder, WuM 2002, 407, 410f.

wäre auch kaum einzusehen, warum die Reichweite der Rentabilitätsvermutung von der Übergabe abhängen sollte⁵⁴.

c) Nicht eigenschaftsbezogene Aufklärungspflichtverletzungen

Bezieht sich die verletzte Aufklärungspflicht nicht auf Eigenschaften der Mietsache, gilt für vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen nach § 241 II BGB vor und nach Übergabe § 311 II BGB i. V. m. § 280 I BGB, für nachvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen dagegen § 280 I BGB direkt⁵⁵. Nicht anwendbar sind allerdings die §§ 282, 324 BGB, wenn dem Mieter durch eine (vorherige oder nachträgliche) Erklärung die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar wird⁵⁶.

II. Anfängliche Unmöglichkeit

1. Die bisherige Rechtslage

Die Abgrenzung zur anfänglichen Unmöglichkeit ist erforderlich, wenn die Mietsache bei Vertragsschluss nicht existent ist. Hier galt früher der in missverständlicher Weite⁵⁷ formulierte § 306 a. F. BGB. Danach war ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig, der Vertrag konnte jenseits des Anspruchs auf das negative Interesse gem. § 307 a. F. BGB keine Sekundäransprüche mehr hervorbringen. Dies wurde für verfehlt angesehen, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu verantworten, insbesondere eine Beschaffungspflicht übernommen hatte. Deshalb wurde die Norm in Auslegung des vertraglichen Leistungsversprechens des Schuldners restriktiv interpretiert. Dementsprechend war ein Mietvertrag lediglich dann nichtig, wenn den Vermieter weder eine Beschaffungs(-Herstellungs)plicht i. S. d. § 279 a. F. BGB traf noch er nach Maßgabe des Gewährleistungsrechts für seine Fehlleistung einzustehen hatte⁵⁸. Dennoch wurde dem Vermieter vorschnell der Rekurs auf § 306 a. F. BGB zugestanden. So sollte die Vermietung von Gewerberaum in einem reinen Wohngebiet zur Anwendbarkeit des § 306 BGB führen⁵⁹. Dasselbe Resultat wurde in einem Fall des LG

⁵⁴ Emmerich, NZM 2002, 362, 364, weist vielmehr sogar zu Recht darauf hin, dass bei der Einfügung des § 284 BGB gerade mietrechtliche Konstellationen leitend waren, etwa der Fall BGHZ 99, 182, so dass nicht einzusehen wäre, warum die Norm grade hier nicht anwendbar sein sollte.

⁵⁵ Durch die Beschränkung des § 311 II BGB auf vorvertragliche Pflichten, kann die kodifizierte c. i. c. bei Erklärungen nach Vertragsschluss nicht mehr zum Zuge kommen.

⁵⁶ Siehe unten, VI. 2. und VII. 2. a).

⁵⁷ S. nur MüKo-Thode, BGB, 4. Aufl. 2001, § 306 Rn. 3; Erman-Battes (Fn. 10), § 306 Rdnr. 1.

⁵⁸ BGHZ 93, 142, 144 f. = NJW 1985, 1025; BGHZ 99, 54, 57 f. = NJW 1987, 948; weniger deutlich aber etwa Erman-Jendrek (Fn. 10), vor § 537 Rdnr. 7.

⁵⁹ OLG Hamm, WPM 1972, 1923; OLG Celle, NJW 1973, 2289.

Hamburg angenommen⁶⁰: Hier waren Räume zum Betrieb eines Kinos vermietet. Es stellte sich jedoch raus, dass sie zu niedrig waren und lediglich mit beträchtlichem Aufwand eine Tieferlegung der Fundamente hätte erfolgen können. Jeweils war § 306 a. F. BGB aber nicht gegeben. Regelmäßig ist der Vermieter zur Beschaffung verpflichtet, wenn sich der vereinbarte Mietzweck in den Räumlichkeiten nicht oder nur mit überobligationsmäßigem Aufwand verwirklichen lässt⁶¹. Die Mietsache eignet sich dann nicht für den vertragsgemäßen Gebrauch, der Vermieter haftete gem. § 536a I BGB auf das positive Interesse und nicht lediglich nach § 307 a. F. BGB auf das negative.

2. Die Neuregelung

a) Die Befreiung nach § 275 BGB

Die Schuldrechtsreform hat auch die (anfängliche) Unmöglichkeit neu geregelt. Im Unterschied zu § 275 a. F. BGB ordnet § 275 I n. F. BGB die Befreiung von der Leistungspflicht explizit an: *impossibilium nulla est obligatio*⁶². Diese Befreiung⁶³ meint aber nur die primäre Leistungspflicht, über die sekundäre ist damit noch nicht entschieden⁶⁴. Dadurch wird das Konzept des § 283 a. F. BGB unterlaufen, der Einwand der Unmöglichkeit ist nunmehr beachtlich und über ihn ist Beweis zu erheben⁶⁵. Der Gläubiger kann im Falle zweifelhafter Unmöglichkeit nicht mehr ohne weiteres ein Leistungsurteil erwirken⁶⁶.

Aus dem Terminus „ist ausgeschlossen“ im ersten Halbsatz der Norm ergibt sich⁶⁷, dass § 275 I BGB auch für die anfängliche Unmöglichkeit gilt⁶⁸. Im Gegensatz zu § 306 a. F. BGB bedeutet dies jedoch nicht, dass der Vertrag nichtig ist. Nach § 311a I BGB bleibt der Vertrag vielmehr explizit wirksam, wenn der Schuldner anfänglich nach § 275 I BGB nicht leisten kann oder gem. § 275 II und III BGB nicht leisten muss.

b) Die Rechtsfolgen

⁶⁰ Zit. nach Stempel (Fn. 7), II Rn. 497, Fn. 1.

⁶¹ BGH, NJW 1997, 2813, 2814 = BGHZ 136, 102; BGH, NZM 1999, 124 = NJW 1999, 635.

⁶² Dig. 50, 17, 185 (Celsus).

⁶³ Im Falle der Leistungerschwerung nach § 275 II und III BGB handelt es sich allerdings um eine vom Schuldner zu erhebende Einrede, die zwar erst im Falle ihrer Erhebung beachtlich ist, aber insofern Rückwirkung hat, als dass allein ihr Bestehen den Eintritt des Verzuges hindert (s. dazu nur Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Aufl. 2002, Rdnr. 219a, m.w.Nachw.) und damit bei ihrer Erhebung rückwirkend zum Erliegen bringt, zutreffend Lorenz/Riehm (Fn. 11), Rn. 321.

⁶⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 127; Zimmer, NJW 2002, 1, 2.

⁶⁵ Zimmer, NJW 2002, 1, 2.

⁶⁶ Allerdings liegt die Beweislast beim Schuldner.

⁶⁷ AnwKomm-Dauner-Lieb (Fn. 21), § 275 Rn. 4.

⁶⁸ Zimmer, NJW 2002, 1, 2.

Auch in den Rechtsfolgen geht die Reform über bisheriges Recht hinaus. Gem. § 311a II BGB besteht bei vermuteter fahrlässiger Kenntnis des Schuldners ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und nicht wie nach § 307 a. F. BGB nur auf das negative Interesse. Dies mag zunächst als folgerichtige Konsequenz der Nichterfüllung des wirksamen Leistungsversprechens scheinen⁶⁹, doch bleibt fraglich, warum dem Schuldner ein positives Interesse ersetzt wird, welches er in keinem Fall (unmöglich!) hätte erlangen können. Damit wird ein fiktiver Schaden restituiert: Der Schuldner wird so gestellt, als sei das Unmögliche doch möglich gewesen. Diese Wertung wird besonders fraglich, weil auch der Ausschlussgrund des § 307 I 2 a. F. BGB entfallen ist: Die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Schuldners tangiert seinen Schadensersatzanspruch zunächst nicht. Jedoch bleibt der Rekurs auf § 254 BGB möglich. Die Haftungsgrundlage ist eine Kenntnishaftung, dogmatisch korrekt stellt § 311a II BGB auf die Kenntnis des Schuldners von dem Leistungshindernis ab. Ebenso kann bei dem Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB auf die Kenntnis des Gläubigers von dem Leistungshindernis abgestellt werden. Je eher er dieses erkennen konnte, desto geringer ist sein Schutzbedürfnis.

c) *Nichtigkeit in Härtefällen und Mitverschulden*

Gravierende Fälle erkennbarer anfänglicher Unmöglichkeit, lassen sich zudem über § 118 BGB lösen, im Schulfall des Versprechens zur Bergung des unbekannt im Meer untergegangen Ringes wird man sich angesichts der prinzipiellen Haftung auf das positive Interesse zu fragen haben, welche Ernsthaftigkeit der Gläubiger dieser Erklärung nach § 157 BGB beimessen darf. Insofern dürfte die Reform der anfänglichen Unmöglichkeit eine Renaissance der Scherzerklärung bedingen. Dies gilt insonderheit für Verträge, die auf eine unsinnige Leistung gerichtet sind wie etwa Verträge parapsychologischen Inhalts⁷⁰, im Mietrecht etwa das Versprechen einer Wohnung mit regelmäßigem „Geister“kontakt. Daher bedarf es eines übergeordneten Rechtssatzes der Unwirksamkeit unsinniger Verträge⁷¹ nicht.

3. Konkurrenz zu § 536a I 1. Alt. BGB

a) *Garantiehafung im neuen Leistungsstörungenrecht*

Anfänglich vorhandene Mängel regelt im Mietrecht § 536a I 1. Alt. BGB. Die darin statuierte Garantiehafung des Vermieters war - zum Teil heftiger - Kritik ausgesetzt, da sie (erheblich)

⁶⁹ Canaris, JZ 2001, 499, 507; dem folgend Palandt-Heinrichs (Fn. 10), § 311a Rdnr. 7.

⁷⁰ Die wegen ihres Ausnahmecharakters keiner Regelung zugeführt werden sollten, s. BT-Drs. 14/6040, S. 164.

⁷¹ Dahingehend aber Canaris, JZ 2001, 499, 505; kritisch auch AnwKomm-Dauner-Lieb (Fn. 21), § 311a Rdnr. 11.

schärfer ausgestaltet war als die Haftung sonstiger Anbieter. Diese Einwände sind mit dem neuen § 311a II BGB geringer geworden: Auch nach allgemeinem Schuldrecht würde der Vermieter insoweit nunmehr auf Schadensersatz (statt der Leistung) haften, wenn auch nur bei – allerdings vermutetem – Verschulden (Kenntnis).

b) *Bei vollständiger Unmöglichkeit*

Im Falle vollständiger Unmöglichkeit ist § 536a I BGB jedoch unanwendbar, soweit das Mietobjekt gar nicht besteht. Nichtexistente Gegenstände sind schlicht nicht und nicht (nur) mangelhaft. Vollständige Unmöglichkeit ist insbesondere bei einer Zerstörung des Mietobjekts anzunehmen⁷². Selbst nach bisherigen Rechtsgrundsätzen war dem Vermieter dann der objektiven Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 2 a. F. BGB gleichzustellendes Unvermögen zuzubilligen. Zu einem Wiederaufbau der Mietsache war der Vermieter regelmäßig nicht verpflichtet, und zwar auch dann nicht, wenn er den Untergang zu vertreten hatte⁷³. Dies galt jedenfalls bei der Raummiete. Das wiederhergestellte Mietobjekt ist im Verhältnis zu dem bisherigen zumeist ein aliud⁷⁴. Der Vermieter ist damit auch nach neuem Recht bei Untergang der Mietsache vor Vertragsschluss nicht zum Wiederaufbau verpflichtet⁷⁵ und kann Unmöglichkeit nach § 275 I BGB einwenden⁷⁶.

c) *Bei teilweiser Unmöglichkeit*

aa) Unterschiedliche Wertungen in Miet- und Schuldrecht: Ist dem Vermieter die Leistung jedoch nur teilweise unmöglich, aktualisiert sich der Konflikt zwischen § 536a I 1. Alt. BGB und § 311a II BGB. Jeder nicht behebbare anfängliche Mangel begründet die teilweise Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Gebrauchsgewährpflicht des Vermieters aus § 535 BGB. Offen bleibt dann nur noch, ab wann die Spezialität des § 536a I BGB eingreift, bereits mit Vertragsschluss oder erst ab Übergabe⁷⁷? Richtig an dem Abstellen auf die Übergabe ist, dass der Vermieter bis dahin grundsätzlich die Möglichkeit hat, die Mietsache noch vertragsgemäß (wieder) herzustellen. Dies gilt zumindest in den Fällen behebbarer Leistungshindernisse, also insbesondere der Leistungserschwerung gem. § 275 II BGB. Dann steht erst bei der Übergabe

⁷² So, jeweils aber für nachträgliche Zerstörungen BGHZ 116, 334, 336 = NJW 1992, 1036; BGH, NJW 1991, 204; BGH, NJW 1976, 1506; BGH, NJW 1974, 1551.

⁷³ Schmidt-Futterer-Eisenschmid, Mietrecht, 7. Aufl. 1999, § 537 Rdnr. 351, m.w.Nachw.

⁷⁴ Zutreffend Stornel (Fn. 7), II Rn. 49; dem folgend Herrlein/Kandelhard-Kandelhard, Mietrecht, 1. Aufl. 2002, § 536 Rdnr. 5.

⁷⁵ Dies gilt selbstverständlich nicht, wenn der Vermieter ein noch nicht errichtetes Objekt verspricht und dieses während der Errichtung untergeht, dann hat der Vermieter die Errichtung vertraglich übernommen und hat mit ihr fortzufahren.

⁷⁶ Da das wiedererrichtete Objekt im Zweifel aliud ist, kommt es auf die Opfergrenze nach § 275 II BGB nicht mehr an.

⁷⁷ In Anknüpfung an die bisher h. M. für letzteres plädierend Palandt-Heinrichs (Fn. 10), § 311a Rdnr. 3.

oder der berechtigten Erhebung des Unmöglichkeitseinwandes durch den Vermieter fest, dass das Vertragsprogramm nicht durchgeführt werden kann. Bis dahin kann der Vermieter immer noch den überobligatorischen Aufwand erbringen und die (an sich nach § 275 II BGB⁷⁸ zu teure Reparatur der Mietsache vornehmen (lassen). Andererseits würde damit die Wertung des § 536a I BGB unterlaufen, wonach der Vermieter garantiemäßig und nicht lediglich im Falle des Verschuldens haftet, sofern es nicht zur Übergabe kommt. Der Mieter müsste im Zweifel die Übergabe herbeizuführen suchen⁷⁹. Dies kann der Vermieter durch Erhebung des Einwands aus § 275 BGB nicht einmal verhindern, da es gem. § 281 I 2 BGB auf das (entfallene) Interesse des Gläubigers an der verbleibenden Leistung ankommt. Weil § 536a I 1. Alt. BGB explizit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellt, bleibt seine Wertung daher beachtlich, der Vermieter haftet (im Falle der Teilunmöglichkeit) ab Vertragsschluss ohne Entlastungsmöglichkeit auf das positive Interesse⁸⁰.

bb) „Strengere Haftung“ gem. § 276 I BGB: Die Haftung aus § 536a I BGB kann sich prinzipiell jedoch erst bei Übergabe aktualisieren. § 536a I BGB selbst bietet kein angemessenes Reglement, um die bis zur Übergabe entstehenden Probleme zu lösen, da er keine Antwort auf die Frage gibt, ab wann der Mieter von dem Vertrag Abstand nehmen kann. Dies ist nach dem neuen Schuldrecht jedoch auch nicht erforderlich. Im Gegensatz zur Rechtsfolge des § 306 a. F. BGB bedarf es nicht mehr des Rekurses auf das (speziellere) Gewährleistungsrecht, um die Nichtigkeit des Vertrages zu vermeiden⁸¹. Zugleich bietet der wesentlich offener formulierte neue Verschuldenstatbestand des § 276 I 1 BGB genug Raum, um die Wertungswidersprüche zwischen allgemeinem Leistungsstörungsrecht und der Garantiehaftung des § 536a I BGB aufzulösen: Danach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit nur zu vertreten, soweit nicht u. a. „eine strengere ... Haftung ... bestimmt ... ist“. Dies ist bei anfänglichen Mängeln, deren Beseitigung dem Vermieter subjektiv oder objektiv unmöglich ist, die Garantiehaftung gem. § 536a I 1. Alt. BGB.

cc) Die Lösung vom Vertrag bei teilweiser Unmöglichkeit: Soweit der Vermieter also den Einwand der (teilweisen) objektiven Unmöglichkeit wegen eines anfänglich vorhandenen

⁷⁸ Nach anderer Auffassung ist in den Fällen ökonomischer Leistungerschwerung lediglich § 313 BGB anwendbar, s. Lorenz/Riehm (Fn. 11), Rdnr. 304 ff.; Canaris, JZ 2001, 499, 501.

⁷⁹ So die berechtigte Kritik von Bub/Treier-Kraemer, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 1999, III Rdnr. 1205; zum neuen Recht dahingehend auch Derleder, WuM 2002, 407: „Die Vorwirkung der Garantiehaftung nötige den Mieter nicht dazu, die mangelhafte Sache anzunehmen“.

⁸⁰ So zum bisherigen auch Recht Bub/Treier-Kraemer (Fn. 79), III Rdnr. 1205; und auch zum neuen Recht bereits Derleder, NZM 2002, 676, 685.

⁸¹ Zutreffend Derleder, NZM 2002, 676, 685.

Mangels erhebt, kann der Mieter bei Interessewegfall gem. §§ 311a II 2, 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der gesamten Leistung reklamieren. Sofortigen Schadensersatz kann der Mieter ebenfalls beanspruchen, wenn der Mangel unbehebbar ist⁸² und diese teilweise Unmöglichkeit – erneut - zu einem Interessewegfall des Mieters gem. §§ 311a II 2, 281 I 2 BGB führt. Ist der Mietvertrag durch Übergabe in Gang gesetzt, gilt dagegen ausschließlich § 536a I 1. Alt. BGB; der Mieter muss also zunächst gem. § 543 II Nr. 1 BGB kündigen⁸³, ehe er Schadensersatz statt der (gesamten) Leistung gem. § 536 I 1. Alt. BGB beanspruchen kann⁸⁴. Damit verschiebt sich der Fokus vom Interessewegfall zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung: Der Mieter ist nach der Übergabe stärker gebunden. Dies ist jedoch sachgerecht. Mit fortschreitender Dauer haben beide Parteien zunehmend – auch Vertrauen - in den Mietvertrag investiert. Von daher kann ab der Übergabe eine Kündigung verlangt werden, die vorher als überflüssige Förmerei erscheint⁸⁵.

dd) Nichtannahme der Mietsache bei Teilunmöglichkeit: Der Mieter kann die Übernahme der mangelhaften Sache allerdings nicht erst dann ablehnen, wenn sein Interesse an der Durchführung des Mietvertrages insgesamt weggefallen ist, sondern prinzipiell bereits wegen jedes nicht nur unerheblichen Mangels. Es wäre widersinnig, dem Mieter erst die Annahme der Sache aufzuzwingen, damit er anschließend sofort nach § 543 II Nr. 1 BGB vorgehen und den Mietvertrag kündigen muss. Wenn dafür auf § 320 BGB verwiesen wird⁸⁶, ist dies aber nur zutreffend, soweit es um die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses geht. Als Folge der teilweise nicht erfüllten Leistung des Vermieters ist der Mieter nur berechtigt, seine Leistung zu verweigern, also die Zahlung des Mietzinses. Die Annahme der Mietsache gehört dazu nicht, da der Mieter (regelmäßig) zu einem Gebrauch der Mietsache nicht verpflichtet ist⁸⁷. Jedoch ergibt sich aus § 294 BGB, dass der Gläubiger nur die ordnungsgemäß offerierte Leistung anzunehmen braucht. Mangelhafte Leistungen kann der Gläubiger selbst dann zurückweisen, wenn es sich um eine Stückschuld handelt⁸⁸. Der Mieter kann die Sache also grundsätzlich wegen jedes Mangels ablehnen. Da die Leistung des Vermieters zumeist nicht nach-

⁸² Ggf. § 323 IV BGB analog.

⁸³ Bei teilweiser Unmöglichkeit ist der Mangel nicht behebbar, so dass eine Fristsetzung nach § 543 III Nr. 1 BGB entbehrlich ist.

⁸⁴ S. Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536a Rdnr. 8.

⁸⁵ Inwieweit trotz Unmöglichkeit eine Kündigung des Vertrages erforderlich ist, ist allerdings umstritten, wie hier Bub/Treier-Kraemer (Fn. 79), III Rdnr. 1192; für eine Kündigung aber wohl Erman-Jendrek, vor § 537 Rdnrn. 8, 10; BGH, NJW-RR 1987, 906 = WuM 1987, 315.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, ZMR 1983, 376; Gellwitzki, WuM 1999, 10; Erman-Jendrek (Fn. 10), vor § 537 Rdnr. 14.

⁸⁷ Siehe nur Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 537 Rdnr. 2f., m.umf.Nachw.

⁸⁸ RGZ 106, 294, 297; RGZ 111, 89; Erman-Battes (Fn. 10), § 294 Rdnr. 2; HandKomm-Schulze (Fn. 21), § 294 Rdnr. 3; darauf kam es aber allerdings nur nach der abgeschafften Äquivalenzhaftung im bisherigen Kaufrecht an.

holbar ist, tritt durch die Leistungsverweigerung allerdings Unmöglichkeit für die je vergehende Zeit ein. Führt diese ebenso wenig wie der Mangel zu einem Interessenwegfall des Mieters gem. § 281 I 2 BGB, kann der Mieter die Beendigung der Obligation nur nach § 281 BGB erreichen.

d) Wertungswidersprüche zwischen teilweiser und vollständiger Unmöglichkeit

Daraus resultieren allerdings deutliche Wertungswidersprüche zwischen vollständiger und teilweiser Unmöglichkeit. Bei der vollständigen Unmöglichkeit gilt § 311a II BGB, der Vermieter kann sich entlasten, während ihm dies bei teilweiser Unmöglichkeit nach §§ 276 I, 536a I 1. Alt. BGB verwehrt ist. Dies bedeutet, dass dem Vermieter die Entlastung ausgerechnet nur bei der am leichtesten zu entdeckenden Unmöglichkeit erlaubt ist, nämlich dem Untergang der Mietsache. Doch kann die (noch) fehlende Harmonisierung zwischen Schuld- und Mietrecht nicht dazu führen, den Vermieter über die Wortbedeutung des Mangels hinaus garantiemäßig haften zu lassen⁸⁹.

III. Anfängliches Unvermögen

1. Bisherige Regelung

Anfängliches Unvermögen des Vermieters stand auch nach bisherigem Recht der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen. Dies ergibt sich bei Sach- und Rechtsmängeln aus der spezielleren Regelung des § 536a I BGB, der auch anfängliche Sach- und Rechtsmängel erfasst. Jenseits dessen galt eine Garantiehftung des Schuldners für sein anfängliches Vermögen zur Leistung, die im Einzelnen allerdings umstritten war⁹⁰. Der Schuldner war danach für die zutreffende Beurteilung seiner Leistungsmöglichkeit bei Vertragsschluss verantwortlich. Dies ergab sich aus seinem Versprechen zur Leistung mit Vertragsschluss. In Auslegung dieses beschränkte sich die Einstandspflicht des Schuldners jedoch auf leistungshindernde Umstände in seiner Sphäre⁹¹. Der Vermieter konnte daher außerhalb von Sach- und Rechtsmängeln etwa entlastet sein, wenn die vermietete bewegliche Sache unmittelbar vor Vertragsschluss von einem unbekanntem Dritten entwendet wurde, obwohl sie hinreichend gegen Diebstahl gesi-

⁸⁹ Das Problem entschärft sich angesichts der regelmäßigen Vertragsgestaltungshoheit des Vermieters jedoch durch die - wirksame - Abbedingung der anfänglichen Garantiehftung.

⁹⁰ S. nur Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, Rn. 283ff., m. w. N.; für das Mietrecht s. etwa BGH, NJW 1997, 2813, 2814 = BGHZ 136, 102; BGH, NJW 1999, 635.

⁹¹ Siehe allgemein Larenz, Schuldrecht, AT, 14. Aufl. 1987, § 8 II; und für das Mietrecht etwa Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536a Rdnr. 2, § 536 Rdnr. 2.

chert war. In diesem Fall wurde der Vermieter analog § 275 a. F. BGB von seiner Leistungspflicht ebenso befreit wie der Mieter gem. § 323 a. F. BGB.

2. Die neue Regelung

Nach der Reform ist diese Rechtslage unter Aufgabe der (strikten) Garantiehafung kodifiziert worden. Die §§ 275 I, 311a II BGB erfassen auch das anfängliche Unvermögen des Schuldners. Er haftet wegen vermuteter Kenntnis von dem Leistungshindernis auf Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB. Damit kommt es erneut zur Konkurrenz mit § 536a I 1. Alt. BGB. Da bei der Zerstörung des Mietobjektes aber Unmöglichkeit und nicht Unvermögen eintritt⁹², ist vollständiges Unvermögen im Wesentlichen nur noch denkbar, wenn die gemietete bewegliche Sache vor Vertragsschluss entwendet wurde. Bei der Miete unbeweglicher Sachen könnte sie eintreten, wenn der Vermieter die Sache bei Vertragsschluss schon anderweit vermietet (und überlassen) hatte, da § 536a I BGB gem. § 536 III BGB auch den Rechtsmangel erfasst.

3. Konkurrenz nach der Reform

Im Gegensatz zur anfänglichen Unmöglichkeit konfligiert § 536a I 1. Alt. BGB bei teilweisen und vollständigem Unvermögen mit der Verschuldenshaftung aus § 311a II BGB. Die Lösung kann analog den Resultaten zur Teilunmöglichkeit bestimmt werden: Bis zur Übergabe gilt zwar Unmöglichkeitsrecht, doch wird das Verschulden des Vermieters gem. § 276 I BGB nach der schärferen Haftung aus § 536a I 1. Alt. BGB bestimmt. Auf die Frage des Interessewegfalls kommt es bei vollständigem Unvermögen aber nicht an, da der Vertrag dann per definitionem insgesamt nicht durchgeführt werden kann.

Ein rein tatsächliches Leistungshindernis begründet die Tatsache, dass der Vormieter nicht (rechtzeitig) räumt, aber aufgrund wirksam beendeten Vertrages kein Besitzrecht mehr hat. Da der bisherige Mieter die Mietsache herausgeben könnte, liegt ein Fall des anfänglichen Unvermögens vor⁹³. Da damit weder ein Sach- noch ein Rechtsmangel⁹⁴ vorliegt, gilt von vorneherein ausschließlich Unmöglichkeitsrecht. Der Vermieter wird zunächst nach § 275 I BGB von der Verpflichtung zur Übergabe der Mietsache frei. Konnte der Vermieter zudem nicht damit rechnen, dass der Vormieter nicht ausziehen würde und kann er dies darlegen und

⁹² Siehe oben II 1 c) bb).

⁹³ Bub/Treier-Kraemer (Fn. 79), III Rdnr. 1190; Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 369; Erman-Jendrek (Fn. 10), vor § 537 Rdnr. 8.

⁹⁴ Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 369.

gegebenenfalls beweisen, ist er nach § 311a II BGB auch nicht zur sekundären Leistung von Schadensersatz verpflichtet. Er verliert dann allerdings gem. § 326 I 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, den Mietzins.

4. Wertungswidersprüche

Damit entstehen erneut Wertungswidersprüche zwischen vollständiger sachlicher anfänglicher Unmöglichkeit mit seiner Verschuldenshaftung aus § 311a II BGB und dem anfänglichen Unvermögen insbesondere wegen Rechtsmangels mit der Garantiehftung aus § 536 I 1. Alt. BGB⁹⁵. Insoweit ist der Gesetzgeber in seinem Bemühen gescheitert, Rechts- und Sachmängel identischen Regeln zu unterwerfen. Doch zeigt der Seitenblick auf das bisherige Kaufrecht, welches mehr als ein Jahrhundert lang nach §§ 434, 440 I, 325 a. F. BGB von einer wesentlich schärferen Rechtsmangelhaftung gekennzeichnet war, dass eine derartige Ungleichbehandlung nicht unvertretbar ist. Damit wird endgültig offenbar, dass § 536a I 1. Alt. BGB zwar dogmatisch leicht, teleologisch aber nur schwer in das neue Leistungsstörungenrecht zu integrieren ist. Er sollte daher bei der fälligen Anpassung des Mietrechts an die Schuldrechtsreform ersatzlos gestrichen werden⁹⁶.

⁹⁵ So auch bereits Emmerich, NZM 2002, 362, 364.

⁹⁶ Damit ist angesichts der Chance zur wirksamen Abbedingung der Garantiehftung keine relevante Schutzlücke für den Wohnraummieter verbunden, da kaum noch Formulare kursieren, in denen von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wird.

2. Teil: Nachträgliche Leistungshindernisse, Kündigung und Unsicherheitsrede

IV. Nachträgliche objektive und subjektive Unmöglichkeit

1. Bisherige Rechtslage

Wurde dem Vermieter seine Leistung nach Vertragsschluss objektiv unmöglich, galten die §§ 275, 323, 325 a. F. BGB. Vollständige Unmöglichkeit trat insbesondere bei der Zerstörung des Mietobjekts nach Vertragsschluss ein⁹⁷. Der Vermieter brauchte die Mietsache nicht wieder errichten und wurde von seiner Leistungspflicht gem. § 275 a. F. BGB befreit. Hatte keine Seite das zur Unmöglichkeit führende Ereignis zu vertreten, wurde der Mieter von der Verpflichtung zur Zahlung nach § 323 I a. F. BGB befreit. Hatte der Vermieter die Unmöglichkeit verschuldet, haftete er dem Mieter aus § 325 a. F. BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Trat die Unmöglichkeit dagegen im Annahmeverzug des Mieters ein oder hatte dieser die Unmöglichkeit selbst zu vertreten, musste der Mieter nach § 324 I BGB trotzdem den Mietzins entrichten.

2. Rechtslage nach der Reform

a) *Die neue Regelung*

Entsprechend der Vereinfachungstendenz der Schuldrechtsmodernisierung folgt die nachträgliche Unmöglichkeit prinzipiell denselben Regeln wie die anfängliche. Auch im Falle nachträglich eintretender absoluter Leistungshindernisse wird der Schuldner nach § 275 BGB von der Verpflichtung zur Erbringung der Leistung frei. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, haftet er nach Maßgabe der §§ 280 III, 283, 280 I BGB auf Schadensersatz statt der Leistung. Das Verschulden wird wiederum nach § 280 I 2 BGB vermutet.

b) *Verhältnis von § 275 I und II BGB*

Nach bisheriger Auffassung war streitig, ob Unvermögen bereits vorlag, wenn der Schuldner die Sache nicht hatte⁹⁸ oder ob es darauf ankam, dass der Schuldner sich die Sache nicht mit zumutbarem Aufwand beschaffen konnte⁹⁹. Das neue Recht führt die Kategorie der nicht zu-

⁹⁷ BGHZ 116, 334, 336 = NJW 1992, 1036; BGH, NJW 1991, 204; BGH, NJW 1976, 1506; BGH, NJW 1974, 1551.

⁹⁸ S. z. B. Wilhelm/Deeg, JZ 2001, 223, 227; Erman-Battes (Fn. 10), 10. Aufl. 2000, vor § 275 Rdnrn. 27, 29.

⁹⁹ S. z. B. MüKo-Emmerich (Fn. 57), § 275 Rdnrn. 77ff., m.w.Nachw.; passim auch BGH, NJW 1988, 699, 700, der dies Treu und Glauben sowie einem in den §§ 633 II 2, 251 II a. F. BGB verkörpertem allgemeinem Rechtsgedanken entnimmt.

mutbar behebbaren Leistungshindernisse als Einrede für den Schuldner aber neu ein. Würde man den fehlenden Besitz und/oder das fehlende Eigentum des Schuldners bereits für das Unvermögen nach § 275 I BGB genügen lassen, wäre § 275 II BGB weitgehend entbehrlich. Der Schuldner könnte allein durch Veräußerung der Sache die (subjektive) Unmöglichkeit herbeiführen¹⁰⁰. Daher muss das Unvermögen in § 275 I BGB künftig im engeren Sinne verstanden werden. Es sind nur noch die Fälle erfasst, in denen die Speziessache zwar nicht zerstört, wohl aber verschwunden ist (der unbekannte Dieb). Ist dagegen die Beschaffung der Sache durch einen konkreten Akt noch möglich (Ankauf von dem dritten, bekannten Eigentümer) gilt nur § 275 II oder III BGB.

Es ist allerdings bereits jetzt streitig, ob § 275 II und III BGB die bloße Leistungerschwerung überhaupt erfassen. Diese sollen zu Generalklauseln verkommen sein und deshalb den Grundsatz der Vertragstreue gefährden¹⁰¹. Nach Canaris, auf den die Regelungen zurückgehen¹⁰², soll die Leistungerschwerung auf faktisches Unvermögen begrenzt sein, für wirtschaftliches Unvermögen gälte allein § 313 BGB¹⁰³. Bei § 275 II und III BGB komme es lediglich auf das Interesse des Gläubigers an der Leistung an, erst § 313 BGB stelle auf den Aufwand für den Schuldner ab¹⁰⁴. Dies ist allerdings unzutreffend, da § 275 II und III BGB explizit Aufwand und Gläubigerinteresse zueinander in Bezug setzen¹⁰⁵. Daher sind im Falle der Leistungerschwerung § 275 II und III BGB anwendbar und nicht die inzwischen kodifizierten Rechtsgrundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB¹⁰⁶.

3. Konkurrenz zum Mietrecht

a) *Vollständige Unmöglichkeit*

Im Verhältnis zum Mietrecht gilt auch für die nachträgliche sachliche Unmöglichkeit, dass sie mit mietrechtlichen Spezialregelungen nicht konkurriert, sofern es sich um vollständige Unmöglichkeit handelt; nach hier vertretener Auffassung, weil eine nicht vorhandene Sache

¹⁰⁰ Zimmer, NJW 2002, 1, 2f.

¹⁰¹ Vgl. Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsgb.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 43, 45f., 51

¹⁰² Vgl. Canaris, JZ 2001, 499, 501; ders., (Fn. 101), S. 43.

¹⁰³ Canaris, JZ 2001, 499, 501; ders. (Fn. 101), S. 43, 49ff.

¹⁰⁴ Canaris, JZ 2001, 499, 501.

¹⁰⁵ Zimmer, NJW 2002, 1, 4; siehe auch die Kritik an dem unklaren Verhältnis zu § 313 BGB bei Motsch, JZ 2001, 428, 431, und Wilhelm, JZ 2001, 861, 867.

¹⁰⁶ So aber Canaris, JZ 2001, 499, 501

nicht mangelhaft ist, nach h. M. zumindest, weil etwas nicht vorhandenes nicht (mehr) übergeben werden kann.

Beruhet die nachträglich vollständige Unmöglichkeit jedoch auf rechtlichen Gründen, kollidiert die Regelung der nachträglichen Unmöglichkeit wiederum mit § 536 I BGB. Die Diskrepanz ist jedoch geringer als im Falle des anfänglichen (absoluten) Rechtsmangels, da der Vermieter für nach Vertragsschluss eintretende Mängel gem. § 536 I 2. Alt. BGB nur bei Verschulden haftet. Der Unterschied reduziert sich damit auf die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB. Diese Differenz ist jedoch nicht neu. Der Bundesgerichtshof hat bereits den an sich nur für die Unmöglichkeit geltenden § 282 a. F. BGB in Kombination mit Sphärentheorien extensiv interpretiert und daraus eine Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen entwickelt¹⁰⁷, die auch im Mietrecht galt¹⁰⁸. § 280 I 2 BGB ist daher nicht nur vor, sondern als allgemeine Regel für alle Schadensersatzansprüche statt der Leistung auch nach der Übergabe (sofern eine solche noch möglich ist) auch im Mietrecht anzuwenden. Bei vollständiger Unmöglichkeit folgen Miet- und allgemeines Leistungsstörungenrecht daher identischen Regeln.

b) *Nachträgliche Teilunmöglichkeit*

aa) Widersprüche zwischen Miet- und Leistungsstörungenrecht: Die bloße Beschädigung der Mietsache nach Vertragsschluss begründete bisher die teilweise nachträgliche Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Gebrauchsüberlassung. Die ganz h. M. zum bisherigen Recht wandte entsprechend ihrer üblichen Abgrenzung daher bis zur Übergabe allgemeines Leistungsstörungenrecht, also die §§ 275, 323, 325 BGB, und danach die mietrechtlichen Sonderregelungen der §§ 536, 536a BGB an¹⁰⁹. Der Vermieter wurde gem. § 275 BGB von der Verpflichtung zur Erbringung des unmöglichen Leistungsteils frei und haftete nur bei Verschulden auf Schadensersatz gem. § 325 a. F. BGB. Richtig war und bleibt an der bisherigen Auffassung zwar der Ausgangspunkt der mietrechtlichen Argumentation: Für den Beginn der Gewährleistung stellt § 536 BGB auf die Übergabe der Mietsache ab. Dies beruht jedoch nur darauf, dass die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses gem. § 320 BGB erst beginnt, wenn der Mieter gem. § 535 I 1 BGB in die Lage versetzt wurde, vertragsgemäßen Gebrauch von der Mietsache

¹⁰⁷ Siehe etwa für den BGHZ 66, 53; BGH, NJW 1987, 1938; 1939; BGHZ 92, 177, 180 = NJW 1985, 132; BGHZ 97, 255, 260 = NJW 1986, 1748.

¹⁰⁸ BGH, NJW 1964, 35; BGH, NJW 1978, 2197; diese Beweislastverteilung nach Sphären gilt sogar bezüglich der Herkunft des Schadens, siehe BGH, NZM 2000, 549, 550; Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 538 Rdnr. 9f. m. w. Nachw.

¹⁰⁹ BGH, NJW 1997, 2813, 2814 = BGHZ 136, 102; Erman-Jendrek (Fn. 10), vor § 537 Rdnrn. 10, 12; Bub/Treier-v. Martius (Fn. 79), III Rdnr. 1433; Blank/Börstinghaus-Blank, *Miete*, 1. Aufl. 2001, § 537 Rdnr. 80; Sternel (Fn. 7), II Rn. 50 ff.; Thaler/Tachezy, NZM 2001, 184, 185.

che zu machen¹¹⁰. Richtig war und ist weiter, dass § 536a I BGB primär auf bei Vertragsschluss vorhandene Mängel abstellt. Bereits diese Norm erfasst jedoch auch vom Vermieter zu vertretende, nach Vertragsschluss auftretende Mängel der Mietsache – auch aufgrund Beschädigung¹¹¹. Zudem ergibt sich aus § 535 I 2 BGB, dass der Vermieter verpflichtet ist, dem Mieter zur Übergabe eine zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Mietsache zu überlassen. Den Vermieter trifft also eine entsprechende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht. Diese setzt nicht erst bei Übergabe, sondern bereits mit Vertragsschluss ein. Von daher wird der Vermieter entgegen der Grundregel des § 275 BGB nicht von seiner Leistungspflicht befreit, wenn ihm die Leistung nachträglich teilweise unmöglich wird¹¹², er ist vielmehr grundsätzlich zum Wiederaufbau verpflichtet.

bb) Die Relevanz der Instandhaltungspflicht: Die Verpflichtung zur Instandsetzung und Instandhaltung ist als künftige Pflicht daher Beschaffungspflicht gem. § 276 I BGB (§ 279 a. F. BGB). Entsprechend den hierzu entwickelten Rechtsgrundsätzen kommt es bei bloßer Beschädigung der Mietsache auf die Opfergrenze gem. § 275 II BGB (nach anderer Auffassung § 313 BGB), also die Zumutbarkeit der Wiederherstellung für den Vermieter an¹¹³. Nur wenn die Beschädigung wirtschaftlich einer vollständigen Zerstörung gleichkommt, entfällt die Instandsetzungspflicht des Vermieters¹¹⁴. Ansonsten ist der Vermieter verpflichtet, Mängel zu reparieren, die nach Vertragsschluss, aber vor Übergabe der Mietsache aufgetreten sind¹¹⁵. Vor der Opfergrenze des § 275 II BGB ist Unmöglichkeit danach nicht gegeben.

cc) Die Reparatur zwischen Verzug und Unmöglichkeit: Bemüht sich der Vermieter nicht um die Reparatur, kann der Mieter nach § 281 BGB vorgehen. Fällig wird die Pflicht zur mangelfreien Lieferung jedoch wiederum erst zum vereinbarten Zeitpunkt der Übergabe. Nur wenn der Vermieter bereits vorab die Erfüllung seiner Wiederherstellungspflicht verweigert, kann der Mieter sofort Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III BGB, 281 I, II BGB reklamieren¹¹⁶. Das gleiche gilt in Analogie zu § 323 IV BGB, wenn ersichtlich ist, dass der

¹¹⁰ Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536 Rdnr. 6.

¹¹¹ Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536 Rdnr. 6.

¹¹² So bereits zum bisherigen Recht Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536 Rdnr. 6; dahingehend auch Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 355f.; Emmerich/Sonnenschein-Emmerich, 7. Aufl. 1999, vor § 537 Rn. 5.

¹¹³ Siehe dazu zum bisherigen Recht allgemein Larenz (Fn. 91), § 21 I e, S. 318 ff.; Palandt/Heinrichs (Fn. 48), § 279 Rn. 8.

¹¹⁴ Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 355f.; Emmerich/Sonnenschein-Emmerich, (Fn. 112), vor § 537 Rn. 5; Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536 Rdnr. 6.

¹¹⁵ Zutreffend für einen abgerissenen Balkon z. B. LG Berlin, WuM 1991, 538, 539.

¹¹⁶ Siehe zum bisherigen Recht etwa BGH, NJW 1978, 103 (pFV), sowie Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 377, m.w.Nachw. (§ 326 a. F. BGB).

Vermieter die unterhalb der Opfergrenze liegende Reparatur nicht zeitgerecht auszuführen vermag¹¹⁷.

Besondere Regeln gelten aber, wenn die Reparatur nur zu einer Verzögerung der Übergabe führt. Dann tritt lediglich vorübergehende Unmöglichkeit ein. Für diese ist zum neuen Recht bereits umstritten, ob der Gläubiger gem. § 326 V BGB bei Interessewegfall gem. § 323 V 1 BGB sofort¹¹⁸ oder erst nach Setzung einer Nachfrist¹¹⁹ zurücktreten darf¹²⁰. Zwar scheint eine Nachfrist sinnlos, wenn der Schuldner aktuell außerstande ist, die Leistung zu erbringen und daher berechtigt ist, sie zu verweigern¹²¹, doch wird gerade in Reparaturfällen die Dauer des Leistungshindernisses von den Anstrengungen des Schuldners abhängen. Dieser Gedanke pointiert, dass § 326 V BGB tatsächlich nicht anwendbar ist. Bei jedem nur fahrlässigem Verzug ist die rechtzeitige Leistung nicht möglich, ohne dass dadurch (sofort) Unmöglichkeit einträte. Vorübergehende Leistungshindernisse unterliegen daher nur dem Verzugsregime. Deshalb gilt § 323 I BGB mit dem Erfordernis vorheriger Nachfristsetzung. Der Interessewegfall des Gläubigers kann allerdings zur Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung gem. § 323 II Nrn. 2 und 3 BGB führen. Dies gilt vor allem für die Raummiete. Da sie regelmäßig ein elementares Bedürfnis deckt und Zwischenlösungen aufwendig sind, dürfte hier aus der Natur des Vertrages heraus häufig ein besonderes Interesse zum sofortigen Rücktritt gem. § 323 II Nr. 3 BGB anzunehmen sein. Angesichts der Relevanz von Umzugsstichtagen wird der Mietbeginn regelmäßig relativen Fixcharakter i. S. d. § 323 II Nr. 2 BGB haben.

Präsentiert der Vermieter daher zum vereinbarten Zeitpunkt eine mangelhafte Mietsache, haftet er bei Interessewegfall des Mieters gem. §§ 283 S. 2, 281 I 2 BGB u. U. selbst dann wegen Teilunmöglichkeit auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III BGB, 283 S. 1 BGB, wenn ihn an dem zur Unmöglichkeit führenden Ereignis kein Verschulden trifft. Dieses Resultat ließ sich entgegen der h. M. bereits aus dem bisherigen Recht herleiten¹²², erlangt nach der Schuldrechtsreform jedoch zusätzliche Überzeugungskraft. Die drei zentralen Thesen der bisherigen Mindermeinung ergeben sich nunmehr direkt aus dem Gesetz: Das Leis-

¹¹⁷ Auch nach bisherigem Recht ließ sich eine vorzeitige Fristsetzung zum Nachweis der Leistungsfähigkeit zum Übergabetermin begründen, siehe BGH, NJW 1983, 989.

¹¹⁸ So Huber/Faust-Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 8 Rdnr. 9.

¹¹⁹ Canaris, JZ 2001, 499, 510, Fn. 111.

¹²⁰ Wobei entsprechend allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Rücktritt im Dauerschuldverhältnis wie bisher durch eine Kündigung zu ersetzen ist, s. nur Oetker (Fn. 3), S. 349 ff., obwohl der Unterschied vor Übergabe marginal ist. § 314 BGB ist nicht anzuwenden, die spezifischen und ausdifferenzierten Voraussetzungen des allgemeinen Rücktrittsrecht dürfen durch die im Verhältnis dazu konturenlose Kündigung aus wichtigem Grund nicht unterminiert werden.

¹²¹ Huber/Faust-Faust (Fn. 118), 8 Rdnr. 9, Fn. 12.

¹²² Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536 Rdnr. 6.

tungsstörungenrecht stellt konsequent auf die den Schuldner treffenden Pflichten ab. Verletzt der Vermieter also seine Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht, wird er nicht von der Leistung frei, sondern haftet. Für den Verschuldensgrad ist nach § 276 I BGB u. a. der Inhalt der betroffenen Pflicht maßgeblich. Handelt es sich um eine Beschaffungspflicht, haftet der Schuldner auch über bloße Fahrlässigkeit hinaus. Zudem ist die angesprochene Opfergrenze in § 275 II BGB explizit kodifiziert worden.

c) Konkurrenz nach der Übergabe

Nach Überlassung der Mietsache gelten bei Teilunmöglichkeit jedoch weiterhin ausschließlich die mietrechtlichen Spezialregelungen. Diese enthalten eine Lücke lediglich bei vom Mieter zu vertretender Unmöglichkeit. In diesem Fall ergibt sich aus § 326 II BGB¹²³, dass der Vermieter gem. § 275 BGB von der Verpflichtung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs frei wird, aber den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Vollständige sachliche Unmöglichkeit begründet allerdings wiederum keinen Sachmangel, so dass insoweit auch nach der Übergabe Unmöglichkeitsrecht zum Zuge kommt¹²⁴.

V. Verzug

1. Bisheriges Recht

a) Bis zur Übergabe

Bei Verzug des Vermieters wird für die Vergangenheit aufgrund des Fixschuldcharakters der Miete regelmäßig (Teil-)Unmöglichkeit vorliegen. Damit kann der Mieter insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch ohne Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung geltend machen. Dennoch erschöpfte sich die Bedeutung des § 326 a. F. BGB im Mietrecht nicht auf die wenigen Fälle nachholbarer Dauerleistung¹²⁵. Diese Auffassung trennte nicht hinreichend zwischen Vergangenheit und Zukunft. Soweit die für die Vergangenheit eintretende Teilunmöglichkeit nicht zum Interessenwegfall des Mieters an dem gesamten Vertrag gem. § 325 I 2 a. F. BGB führte (etwa bei nicht bereitstehendem Messestand zu Messebeginn), galt für die Zukunft weiterhin § 326 a. F. BGB¹²⁶. Der Mieter musste dem Vermieter eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung setzen, um Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Miet-

¹²³ Siehe zu § 324 a. F. BGB etwa Schmidt-Futterer-Eisenschmid (Fn. 73), § 537 Rdnr. 360, m.w.Nachw.

¹²⁴ S. o. II. 3. b) und IV. 3. a) sowie zum bisherigen Recht Bub/Treier-Kraemer (Fn. 79), III Rdnr. 1192.

¹²⁵ So aber die h. M. s. Emmerich/Sonnenschein-Emmerich (Fn. 112), vor § 537 Rn. 8 f.; Bub/Treier-v. Martius (Fn. 79), III Rn. 1436; Stornel (Fn. 7), II Rn. 506.

¹²⁶ Dies gilt auch zumindest für die in Gang gesetzte Raummiete, da insoweit die Relevanz von Umzugsstichtagen nicht betroffen ist und soweit der Vermieter die Kosten eines Ausweichquartiers ohnehin zu tragen hat.

vertrages verlangen zu können. Entsprechend allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Dauerschuldverhältnisse trat dabei an die Stelle des Rücktrittsrechts die Befugnis zur außerordentlichen Kündigung¹²⁷.

b) Kündigung nach Überlassung

Nach Überlassung der Mietsache war und ist der Mieter berechtigt, die mietrechtliche „Wandlung“ wahrzunehmen und aus wichtigem Grund wegen Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. § 543 II Nr. 1 BGB zu kündigen. Dies setzt eine vorherige Abmahnung gem. § 543 III BGB voraus. Nach einer Kündigung wegen Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. § 543 II Nr. 1 BGB ist der Vermieter aber nicht ohne weiteres zum Schadensersatz verpflichtet. Zwar entspricht es allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass der Kündigungsgegner nach veranlasster Kündigung aus wichtigem Grund analog § 628 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist¹²⁸, doch ist die Kündigung nach § 543 II Nr. 1 BGB wegen Nichtgewährung des Gebrauchs trotz der missverständlichen Unterstellung unter die Kündigung aus wichtigem Grund keine solche, sondern Äquivalent zur Wandlung im Mietrecht und damit gewährleistungsrechtlicher Natur¹²⁹. Schadensersatz schuldet der Vermieter lediglich bei Verzug mit der Mangelbeseitigung (und damit dem von § 543 II Nr. 1 BGB nicht erforderten Verschulden) im Rahmen des § 536a I 3. Alt. BGB.

2. Die Neureglung

§ 326 a. F. BGB ist aufgehoben worden. Der Verzug ist nunmehr statt in § 284 BGB in § 286 BGB enthalten, wobei im wesentlichen die verunglückten Regelungen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen „repariert“ wurden, welches sich entgegen seinem Titel eher als Gesetz zur Verhinderung beschleunigter Zahlungen präsentierte¹³⁰. Den Verzögerungsschaden erhält der Gläubiger nunmehr nach §§ 280 I, 280 II, 286 BGB. Setzt der Gläubiger eine Nachfrist, kann er nach deren fruchtlosem Ablauf gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB Schadensersatz statt der Leistung geltend machen. Damit sind im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage zwei wesentliche Änderungen eingetreten: Zum einen ist die Ablehnungsandrohung künftig entbehrlich geworden, zum zweiten erfasst § 281 BGB im Unterschied zu § 326 a. F. BGB auch nicht im Synallagma stehende Pflichten. Dies ist etwa für Ansprüche wegen nicht

¹²⁷ S. nochmals Oetker (Fn. 3), S. 349 ff.

¹²⁸ BGHZ 82, 129; BGHZ 95, 43.

¹²⁹ S. ausführlich Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 543 Rdnrn. 22ff.

¹³⁰ Siehe dazu Heinrichs, Die EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und die Reform des Verzugsrechts, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsgb.), S. 81, 89, m.w.Nachw. zu der umfangreichen Kritik.

durchgeführter Schönheitsreparaturen bedeutsam, die damit nicht mehr mühsam als Hauptpflicht definiert zu werden brauchen¹³¹. In der Abgrenzung zum Mietrecht ändert sich dadurch aber infolge der Reform nichts.

VI. Positive Forderungsverletzung

1. Die Neuregelung

Die bisher mit dem Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung sanktionierten Nebenpflichten sind in § 241 II BGB einer Regelung zugeführt worden. Verletzt der Schuldner derartige Pflichten, kann der Gläubiger Schadensersatz nach § 280 I BGB geltend machen. Im Falle der Schlechtleistung einer (Haupt- oder Neben-) Leistungspflicht gilt dagegen § 280 III i. V. m. § 281 BGB: Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung erst verlangen, wenn der Schuldner auch auf eine Nachfrist oder Abmahnung hin die Leistung nicht wie geschuldet erbringt. Klassisch treten durch die Schlechtleistung allerdings (Mangel-)Folgeschäden ein. Derartige Integritätsschäden kann der Gläubiger wiederum ohne Nachfristsetzung unmittelbar über § 280 I BGB liquidieren¹³².

2. § 282 BGB und das Kündigungserfordernis

Daneben kann der Gläubiger aber auch gem. §§ 280 I, 280 III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung geltend machen, wenn ihm infolge der Pflichtverletzung die Annahme der Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Diese Norm ist jedoch auf Dauerschuldverhältnisse wie die Miete nicht ohne weiteres anwendbar. Zwar gewährt § 282 BGB für den Fall der Verletzung von Nebenpflichten im Sinne des § 241 II BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Voraussetzung ist aber, dass dem Gläubiger die Annahme der Leistung infolge der Pflichtverletzung unzumutbar geworden ist. Diese Leistung kann jedoch nicht die außer Acht gelassene Nebenpflicht aus § 241 II BGB sein, denn diese ist gerade keine Leistungspflicht. Deshalb muss § 282 BGB die Unzumutbarkeit der (Haupt-)Leistungspflicht, also der weiteren Durchführung des Vertrages insgesamt meinen. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282 BGB hat daher einen anderen Inhalt als derjenige aus §§ 280 I, 281 BGB. Da nur eine Neben- und keine (Neben-)Leistungspflicht verletzt ist, kann mit Schadensersatz statt der Leistung in § 282 BGB nur das positive Interesse an der Erfüllung des Vertrages insgesamt gemeint sein. Darum führt § 282 BGB (immer) zu einer Beendigung des Vertrages. Die Norm ist offensichtlich der Fixierung des Gesetzgebers auf den einaktigen

¹³¹ S. dazu demnächst, Kandelhard, NJW 2002.

¹³² Denn die Begleitschäden treten nicht anstelle, sondern neben die Leistung.

Kaufvertrag geschuldet. Obwohl § 282 BGB auf Dauerschuldverhältnisse ohne weiteres anwendbar scheint, ergibt sich unter Konkurrenzgesichtspunkten regelmäßig ein anderes. Die Ersetzung des positiven Interesses aus einem Dauerschuldverhältnis erfordert nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dessen vorherige Beendigung. Dies bestätigt allgemein § 314 BGB, der – unter tatbestandlich enger und klarer konturierten Voraussetzungen - auch die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung wegen der Verletzung von Nebenpflichten erfasst. Bei Dauerschuldverhältnissen ist § 314 BGB damit *lex specialis* zu § 282 BGB.

Dies bedeutet nicht, dass der Mieter nur kündigen und keinen Schadensersatz statt der Leistung nach Art des § 282 BGB geltend machen kann. Dieses Recht folgte nach bisherigem Recht aus einer Analogie zu § 628 II BGB¹³³. Diese Grundsätze nimmt § 314 IV BGB auf, der bestimmt, dass Schadensersatzansprüche des Mieters von der Kündigung nicht tangiert werden. Dies lässt sich als Rechtsgrundverweisung¹³⁴ auf die §§ 281 und 282 BGB¹³⁵ verstehen. Da § 282 BGB einzig die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung erfordert, sind seine Voraussetzungen im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund (in deren Teilmenge der Nebenpflichtverletzung) allerdings *per definitionem* ebenfalls gegeben. Der Mieter hat daher einen Schadensersatzanspruch statt der (Haupt-)Leistung, also des gesamten Mietverhältnisses. Vorausgesetzt bleibt aber, dass die (spezielleren) Voraussetzungen des § 314 BGB vorliegen, also eine Abmahnung gem. § 314 II und eine (gem. § 314 III BGB rechtzeitige) Kündigung. Für den Mietvertrag sind die §§ 543, 569 BGB (zumindest nach Übergabe) wiederum spezieller als § 314 BGB¹³⁶, so dass sich hier dasselbe aus deren Spezialität ergibt¹³⁷.

3. Konkurrenz zum Mietrecht

Da über § 536a I BGB auch Mangelfolgeschäden liquidiert werden können, trat die positive Forderungsverletzung schon bisher vollständig hinter die speziellere mietrechtliche Gewährleistung zurück. Dabei verbleibt es auch nach neuem Recht. Bei der Verletzung jeglicher Pflichten, die nicht zugleich einen Mangel der Mietsache bilden, ist die positive Forderungsverletzung ebenfalls vor und nach der Reform ohne weiteres bei jeglicher Verletzung mietrechtlicher Pflichten anwendbar, soweit das Mietrecht nicht spezielle

¹³³ BGHZ 82, 129; BGHZ 94, 1094; BGHZ 95, 43.

¹³⁴ Als Rechtsfolgenverweisung dürfte sich § 314 IV BGB nach seinem Wortlaut: „nicht ausgeschlossen“, kaum verstehen lassen.

¹³⁵ Welche Norm anwendbar ist, richtet sich danach, ob die Verletzung von Leistungs- oder bloßen Nebenpflichten Kündigungsgrund war.

¹³⁶ Siehe BT-Drs. 14/6040, S. 177; Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 314 Rn. 4.

¹³⁷ Zumindest § 314 IV BGB ist auch neben § 543 BGB anwendbar, da die speziellere Regelung die allgemeine nur insoweit verdrängt wie diese abweichende Regelungen aufweist, siehe dazu sogleich, VII. 2. b).

rechtlicher Pflichten anwendbar, soweit das Mietrecht nicht spezielle Anspruchsgrundlagen enthält, wie etwa die Anzeigepflichtverletzung nach § 536c II 1 BGB.

VII. Kündigung aus wichtigem Grund

1. Die Neuregelung

In § 314 BGB hat der Gesetzgeber einen weiteren allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz normiert: Die Kündigung aus wichtigem Grund im Dauerschuldverhältnis, die bisher mit einer Kombination aus den Rechtsgrundsätzen von Treu und Glauben und einer Gesamtanalogie zu den §§ 626, 723 I 2 BGB, 89a HGB begründet worden war¹³⁸. Nach expliziter gesetzlicher Regelung in § 314 I BGB kann jedes Dauerschuldverhältnis ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wenn dem betroffenen Teil die Fortsetzung des Vertrages nach einer umfangreichen Interessenabwägung nicht mehr zuzumuten ist. Besteht der Grund in einer Vertragsverletzung, ist gem. § 314 II BGB grundsätzlich eine vorherige Abmahnung erforderlich.

2. Konkurrenz zum Mietrecht

a) *Unanwendbarkeit des § 324 BGB*

Damit tritt § 314 BGB im Dauerschuldverhältnis in Konkurrenz zu dem Rücktrittsrecht aus § 324 BGB. Danach kann der Gläubiger bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung nicht nur nach § 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sondern auch vom Vertrag zurücktreten. Jedoch ist nicht nur § 282 BGB, sondern auch § 324 BGB auf Dauerschuldverhältnisse wie die Miete nicht anwendbar¹³⁹. Hier gehen die Spezialregelungen der §§ 314 I oder 543 I BGB vollständig vor, wobei angesichts deren Identität¹⁴⁰ offen bleiben kann, ob im Sinne der Übereinstimmung mit der sonstigen Abgrenzung § 314 I BGB bis und § 543 I BGB ab der Übergabe angewendet werden kann oder sofort nach Perfektion des Vertrages nur noch § 543 I BGB.

b) *Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Kündigungsrecht*

¹³⁸ S. nur Oetker (Fn. 3), S. 265 f., m.umf.Nachw.

¹³⁹ Für die letztgenannte Norm auch bereits Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 324 Rdnr. 3, § 323 Rdnr. 4.

¹⁴⁰ Soweit § 543 I BGB dem Verschulden eine besondere Stellung bei der Inhaltskontrolle einräumt, ergibt sich dies auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, siehe Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 543 Rdnr. 10, so dass tatsächlich keine Diskrepanz besteht.

Grundsätzlich sind die §§ 543, 569 BGB lex specialis zu der in Stellung und Inhalt allgemeinen Bestimmung des § 314 BGB¹⁴¹. Mangels besonderer Regeln in § 543 BGB behalten aber die §§ 314 III und IV BGB eigenständige Relevanz. Soweit es Absatz IV der Norm an betrifft, handelt es sich um eine wünschenswerte Klarstellung¹⁴². Weniger harmonisch fügt sich dagegen die Obliegenheit zur kurzfristigen Reaktion des Absatzes III in das Mietrecht ein. Diese scheint Mietern und Vermietern, die duldsam auf Reparatur (§ 543 II Nr. 1 BGB) oder Zahlung (§ 543 II Nr. 3 BGB) hoffen, einen verfrühten Verzicht auf die Kündigungsbefugnis zu unterstellen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass § 314 BGB lediglich Spezialregelung zu § 543 I BGB ist. § 314 III BGB ist daher nicht ohne weiteres auf die speziellen Tatbestände des § 543 II BGB anzuwenden. Für die Kündigung des Mieters nach § 543 II Nr. 1 BGB gilt dies bereits deshalb, weil sie keine Kündigung aus wichtigem Grund ist, sondern eine mietrechtliche „Wandlung“¹⁴³.

§ 314 III BGB ist primär mit Blick auf § 626 II BGB geschaffen worden. Er hat vor allem schwere Vertragsverletzungen im Blick, die die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar machen. Insoweit unterstellt er ein „Verzeihen“ des Kündigungsgrundes. Wird die Unzumutbarkeit jedoch durch Summierung vieler kleiner Pflichtverletzungen oder eine fortgesetzte Unterlassung ausgelöst, ist auch die Interpretation des § 314 III BGB anzupassen. „Kenntnis vom Kündigungsgrund“ meint dann nicht die erste Pflichtverletzung, sondern frühestens diejenige, mit der „das Glas überläuft“. Diesem Moment kann durchaus subjektive Qualität beigemessen werden. Dies gilt zwar auf keinen Fall für den wichtigen Grund gem. §§ 314 I, 543 I BGB¹⁴⁴, doch erschöpft sich der Sinn dieser objektiven Interpretation auf eine Kontrolle der Kündigung „nach unten hin“, also der Hinderung zu zeitiger Vertragsaufsage. Ist aber diese Schwelle durch Summierung erreicht, besteht dafür kein Bedürfnis mehr, wie früh oder spät der Kündigungsberechtigte dann reagiert, kann seiner subjektiven Beurteilung überlassen bleiben.

VIII. Die Unsicherheitseinrede

1. Die Neuregelung

¹⁴¹ HandKomm-Schulze (Fn. 21), § 314 Rdnr. 2; AnwKomm-Krebs (Fn. 21), § 314 Rdnr. 10.

¹⁴² Siehe dazu bereits oben, VI. 2. a. E.

¹⁴³ S. Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 543 Rdnr. 22 sowie bereits oben, V. 1. b).

¹⁴⁴ S. Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 543 Rdnr. 9.

Bisher war § 321 a. F. BGB ein eher unscheinbarer Spezialfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage¹⁴⁵. Der Vorleistungspflichtige konnte die Erbringung seiner Leistung verweigern, wenn nach Vertragsschluss eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gläubigers offenbar wurde, die die Erbringung der Gegenleistung als gefährdet erscheinen ließ. In Reaktion auf vermehrte Insolvenzprobleme in an einer Eigenkapital armen Wirtschaft, hat der Gesetzgeber den Regelungsgehalt des § 321 BGB in entscheidender Hinsicht dreifach erweitert.

a) *Vor Vertragsschluss angelegte Leistungsgefährdungen*

Zum ersten ist § 321 BGB jetzt auch auf eine anfängliche Leistungsgefährdung anwendbar, sofern sie erst nach Vertragsschluss für den Schuldner offenbar wird. Zwar spricht die Norm neutral von „erkennbar wird“, so dass es auf einen objektiven Standpunkt anzukommen scheint, doch macht die Sichtweise eines allwissenden Beobachters wenig Sinn: Dann wäre die Norm kaum je anwendbar, da die Leistungsgefährdung regelmäßig bereits vor Vertragsschluss angelegt sein dürfte. Dasselbe gilt, wenn man (auch) auf den Gläubiger abstellen würde, denn dieser wird seine (fehlende) Leistungsfähigkeit ebenfalls vor Vertragsschluss erkennen können (und wäre im Falle eines Irrtums nicht schutzwürdig). Daher kann die Erkennbarkeit nur aus der Sicht des Schuldners der Vorleistung bestimmt werden, wenn auch natürlich im rechtsgeschäftlichen Sinne der Sicht des objektiven Schuldners.

b) *Keine wesentliche Verschlechterung*

Zum zweiten ist nicht mehr eine „wesentliche Verschlechterung“ der Vermögensverhältnisse erforderlich. Es genügt jetzt jede „mangelnde Leistungsfähigkeit“. Dies ist konsequenter Ausdruck dafür, dass die Norm nicht mehr auf eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse abstellt. Damit zeigt sich aber zugleich, dass sich § 321 BGB neuer Fassung nicht mehr als Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* verstehen lässt, da diese (als Bedingung gleich bleibender Verhältnisse¹⁴⁶) gerade nur Reaktion auf die (wesentliche) Veränderung der bei Vertragsschluss vorhandenen Umstände ist.

c) *Rücktrittsrecht*

Zum dritten sind die Rechtsfolgen des § 321 BGB erweitert worden. Erbringt der Gläubiger nach Erhebung der Einrede durch den Schuldner auch auf eine angemessene Frist hin seine

¹⁴⁵ S. nur Erman-Battes (Fn. 10), § 321 Rdnr. 1; für das neue Recht ebenso Palandt-Heinrichs (Fn. 10), ErgBd. § 321 Rdnr. 2.

¹⁴⁶ S. nur Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1993, S. 579.

Leistung nicht Zug um Zug oder stellt er nicht zumindest eine Sicherheit, kann der vorleistungspflichtige Schuldner vom Vertrag zurücktreten¹⁴⁷.

2. Konkurrenz zum Mietrecht

Vorleistungspflichtig können im Mietrecht sowohl Vermieter und Mieter sein. Bei der Übergabe ist der Vermieter, danach ist jedenfalls der Wohnraummieter gem. § 556 I BGB mit der Mietzahlung vorleistungspflichtig. Bei jeder sonstigen Miете ist allerdings auch während des Mietverhältnisses der Vermieter vorleistungspflichtig, da insoweit gem. § 579 I 1 BGB die Miете am Ende des je bedungenen Zeitabschnittes zu entrichten ist. In der Vertragspraxis dominiert allerdings auch insoweit die Vorleistungspflicht des Mieters.

a) *Unsicherheitseinrede und Anfechtung*

Sofern die exzeptionellen Voraussetzungen des § 321 BGB nicht vorlagen (insbesondere, weil die Vermögensverhältnisse des Mieters bereits anfänglich zweifelhaft waren), konnte der Vermieter die ursprüngliche Übergabe der Mietsache nur verweigern, wenn er den Mietvertrag gem. § 119 II BGB wegen Irrtums über die in der Person des Mieters liegende ökonomische Leistungsfähigkeit oder gar gem. § 123 BGB wegen falscher Angaben des Mieters über finanzielle Umstände anfechten konnte. Es ist jedoch streitig, ob die subjektive Erwartung des Vermieters, der Mieter sei solvent, überhaupt zur Anfechtung berechtigt(e) oder ob es sich um ein unbeachtliches Motiv handelt¹⁴⁸. Lediglich für echte Kreditgeschäfte ist relativ einhellige Meinung, dass die Solvenz des Vertragspartners eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 II BGB ist¹⁴⁹.

Diese Auffassung war allerdings unter Berufung gerade auf § 321 a. F. BGB angegriffen worden, nach der Mindermeinung sollte diese Norm spezieller sein als die Anfechtung¹⁵⁰. Diese Ansicht war zwar zweifelhaft, da sich § 321 a. F. BGB lediglich auf nachträgliche Veränderungen bezog, hat nach der Erweiterung ihres Anwendungsbereiches jedoch an Überzeugungskraft gewonnen. Tatsächlich enthält § 321 BGB nunmehr spezielle Voraussetzungen für Leistungsgefährdungen durch fehlende Solvenz des Vertragspartners (und nur dann sind sie

¹⁴⁷ Dies entspricht allerdings bisheriger Interpretation, ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht hatte der BGH bereits nach der alten Fassung der Norm auf Basis des § 242 BGB angenommen, s. BGHZ 112, 287; BGH, NJW 1985, 1222.

¹⁴⁸ S. etwa Stornel (Fn. 7), I Rdnr. 250, m.w.Nachw.

¹⁴⁹ RGZ 66, 387, 389; Palandt-Heinrichs (Fn. 10), § 119 Rdnr. 26.

¹⁵⁰ Erman-Palm (Fn. 10), § 119 Rdnr. 45, m.w.Nachw.

verkehrswesentlich im Sinne des § 119 II BGB). Jedoch bleibt § 321 BGB wirkungslos, wenn die Vorleistung erbracht wurde, so dass die Anfechtung daneben angewendet werden kann.

b) *Unsicherheitseinrede und Kündigung wegen Zahlungsverzug*

Verweigert der Vermieter die Übergabe, zu der er vorleistungspflichtig ist, führt dies gem. § 321 I 2 BGB dazu, dass der Mieter seine Leistung Zug um Zug zur Übergabe erbringen oder Sicherheit leisten muss. Da die Vorleistungspflicht nur für die jeweils nächste Periode besteht¹⁵¹, beschränkt sich die anzubietende Leistung oder Sicherheit aber nur auf (regelmäßig) eine Monatsmiete, auch wenn in ökonomischer Hinsicht zweifelhaft sein mag, ob diese ein ausreichendes Äquivalent zur Übergabe darstellt.

Damit tritt § 321 II BGB aber mit den mietrechtlichen Kündigungsregeln in Konflikt. Der Vermieter könnte auf eine Nachfrist hin vom Vertrag abgehen, obwohl der Mieter entgegen § 543 II Nr. 3 BGB allenfalls für einen Termin den Mietzins nicht erbracht hat. Dagegen ließe sich einwenden, dass die mietrechtliche Kündigung lediglich auf die Zeit nach der Übergabe anwendbar ist, da sich vorher die Zahlungspflicht des Mieters noch gar nicht aktualisiert. Gerade darin liegt jedoch die negative Implikation der mietrechtlichen Kündigung wegen Zahlungsverzuges. Wenn die Kündigung erst nach zweimaligem Mietrückstand möglich ist, kann vorher eben nicht gekündigt werden. Bei der Wohnraummiete kollidieren § 321 I 2 und II BGB zudem zumindest dann mit der Regelung des § 551 BGB, wenn bereits eine Sicherheit von drei Monatsmieten bedungen ist. Dann wäre mit der alternativen Sicherheit zur Abwendung des Leistungsverweigerungsrechts die maximale Höhe der Sicherheiten überstiegen.

Damit ist das Rücktrittsrecht des § 321 II BGB im Mietrecht aufgrund der Spezialität des § 543 BGB nicht anwendbar. Der Vermieter kann nicht einmal das bloße Leistungsverweigerungsrecht des § 321 I BGB wahrnehmen, da die Verweigerung der Übergabe letztlich zur Nichtdurchführung des Mietvertrages führt und damit einer Kündigung in der Wirkung gleich zu erachten ist. Dieses Resultat widerspricht sicher der teleologischen Intention der neuen Unsicherheitseinrede, ungesicherte Vorleistungen bei konkreten Gefahren zu vermeiden und so Verträge gar nicht erst zur Durchführung gelangen zu lassen, deren Scheitern zwar vielleicht nicht vorprogrammiert, zumindest aber ernsthaft gefährdet ist. Dies hat gerade im Mietrecht erhebliche Konsequenzen für den Vermieter: Er muss bis zur Kündigung zwei Monate verstreichen lassen, etwas Räumungsfrist gewähren, auf Räumung klagen, die neue zweimo-

¹⁵¹ Oetker (Fn. 3), S. 415f.

natige Befriedigungsfrist ebenso abwarten wie die schriftliche Niederlegung des Urteils und seine Zustellung, dann einen Termin vom Gerichtsvollzieher erhalten und dies alles auch noch zahlen, so dass ein Verlust von einer Jahresmiete deutlich knapp kalkuliert ist. Dennoch ist die negative Aussage der mietrechtlichen Kündigung eindeutig. Der Vermieter bleibt auch nach der Schuldrechtsmodernisierung auf die Anfechtung verwiesen.

IX. Synchronisation von allgemeinem Schuldrecht und § 536 BGB

1. Nacherfüllungsrecht des Vermieters vor Kündigung?

Kernpunkt der Schuldrechtsreform ist die Implementation eines allgemeinen „Nacherfüllungsrechts“. Dies betrifft nicht nur das Kaufrecht gem. § 437 Nr. 1 BGB, sondern auch die vorherige Nachfrist bei der Nicht- oder Schlechterfüllung aller Leistungspflichten gem. § 281 BGB. Dies gilt vor der Übergabe prinzipiell auch für das Mietrecht, so dass sich fragt, inwieweit auch nach der mietrechtlichen Gewährleistung ab Übergabe ein „Nacherfüllungsrecht“ des Vermieters besteht.

a) Reichweite des Nachfristerfordernisses

Dazu ist zunächst die Reichweite des allgemein schuldrechtlichen „Nacherfüllungsrechts“ nach der Schuldrechtsreform zu klären, also die Frage zu stellen, wann eine Nachfrist gem. § 281 BGB erforderlich ist. Ausgangspunkt des neuen Leistungsstörungenrechts ist die sorgfältige Analyse des Rechtsschutzziels, mithin primär eine genaue Differenzierung zwischen den einzelnen Schäden. Diese können nach den §§ 280ff. BGB in dreierlei Gestalt auftreten: Erstens Integritäts- und Vertrauensschäden wegen der Verletzung von Nebenpflichten i. S. d. § 241 II BGB, die direkt über § 280 I BGB liquidiert werden können; zweitens (Mangel-)Folgeschäden oder allgemeiner Begleitschäden, die ebenfalls § 280 I BGB unterfallen und deshalb keine Nachfrist erfordern; drittens Schadensersatzansprüche statt der Leistung, die gem. §§ 280 III, 281 BGB von vorheriger Nachfristsetzung abhängig sind. Nicht beachtet wurde in der Schuldrechtsreform jedoch, dass „Schadensersatz statt der Leistung“ doppeldeutig ist. Ist die nicht erfüllte Leistungspflicht die gesamte synallagmatische Pflicht, ist das Leistungsinteresse an dem Vertrag insgesamt betroffen, „statt der Leistung“ ist dann „statt des Vertrages“ zu lesen. Ist die verletzte Pflicht dagegen Nebenleistungspflicht, wie etwa die Durchführung von Schönheitsreparaturen¹⁵² oder betrifft sie nur einen Teil der synallagmati-

¹⁵² Diese dürfen daher nicht mehr als Hauptpflicht tituliert werden, da bei ihrer Nichterbringung kein Schadensersatz statt des Vertrages gewährt werden kann. Richtigerweise ist die schon immer zweifelhafte Kategorie der (nicht im eigentlichen Sinne synallagmatischen) Hauptpflichten ohnehin entfallen, da die Konsequenzen

schen Pflicht wie die Beseitigung eines einzelnen Mangels, beschränkt sich der Schadensersatz statt der Leistung zunächst nur auf das Interesse an dieser Leistung (bei Mängeln den Mangelunwert) und erfasst nicht den Vertrag insgesamt¹⁵³. Für einen Anspruch auf das positive Interesse an dem gesamten Vertrag müssen daher trotz eines Schadensersatzanspruches statt der (Neben- oder Teil-)Leistung nach §§ 280 I, III, 281 BGB zusätzliche Voraussetzungen erfüllt werden. Dies ist allgemein primär ein Interesseswegfall nach § 281 I 2 BGB, im Mietrecht regelmäßig eine Kündigung (aus wichtigem Grund), an die sich ein Schadensersatzanspruch anschließt. Tatsächlich besteht damit nach den §§ 280 ff. BGB noch eine vierte – bisher wenig beachtete – Schadenskategorie¹⁵⁴.

b) *Abmahnung als Nachfrist*

Mittels dieser Differenzierung ergibt sich, dass das Erfordernis vorheriger Nachfristsetzung der Mietrechtsreform nicht fremd ist, obwohl sie nach der Schuldrechtsreform bereits binnen vier Monaten schon wieder veraltet war. Auch nach dessen Gewährleistungsrecht sind Ansprüche des Mieters partiell erst gegeben, wenn dem Vermieter Gelegenheit zur Nacherfüllung gewährt wurde. Nur für die bis zur Beseitigung des Mangels vergehende Zeit ist der Mietzins ohne vorherige Nachfrist gem. § 536 BGB gemindert, dies entspricht der direkt eintretenden Leistungsbefreiung nach § 326 I 1 BGB. Geht es aber um das gesamte Leistungsinteresse des Mieters, also Kündigung oder Schadensersatz statt der Leistung (i. S. v. statt des Vertrages), ist der Mieter regelmäßig obligiert, eine vorherige Nachfrist zu setzen. Dies ergibt sich für die Kündigung aus wichtigem Grund aus dem Erfordernis vorheriger Abmahnung gem. § 543 III BGB; dies entspricht § 281 III BGB.

2. **Nacherfüllungsrecht des Vermieters vor Schadensersatz?**

a) *Nachfrist durch Kündigungserfordernis*

Geht es dagegen um den Schadensersatzanspruch statt der Leistung selbst, also wegen eines einzelnen Mangels, scheint eine Nachfrist nach § 536 I BGB nicht erforderlich zu sein. Doch tritt der Schadensersatzanspruch aus § 536 I BGB zunächst nur an die Stelle der speziell nicht erfüllten Leistungspflicht selbst, meint also nicht ohne weiteres Schadensersatz statt des Vertrages. Bezieht sich die Aufklärungspflicht wie im Fall von BGHZ 136, 102 daher etwa auf

von Neben- und Hauptleistungspflichten nunmehr identischen Regelungen (§ 281 BGB) folgen – außer eben beim Umfang des Schadens.

¹⁵³ Genau wegen dieser Differenzierung ergab sich, dass § 282 BGB im Mietrecht nicht anwendbar ist, s. o. VI. 2, daraus erhellt auch, dass die Schuldrechtsreform diese (erforderliche) Differenzierung nicht vollständig im Blick hatte. Ein weiterer Anwendungsfall findet sich auch o. I. 3. a) dd).

¹⁵⁴ Eine fünfte, sofern man das Vertrauens- und Integritätsinteresse nach § 280 BGB unterscheidet, eine sechste, wenn man den Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB hinzunimmt.

das Vorhandensein der für den Gewerbebetrieb des Mieters erforderlichen Parkplätze, kann der Mieter nach § 536a I BGB zunächst nur erhöhte Parkkosten, ggf. die Kosten für die Herstellung der erforderlichen Parkplätze geltend machen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages kann der Mieter jedoch erst verlangen, wenn er den Vertrag wegen des Mangels gem. § 543 I, II Nr. 1 BGB kündigt, da auch die Erstattung des positiven Interesses an dem gesamten Mietvertrag nach § 536 I BGB die Kündigung des Vertrages voraussetzt¹⁵⁵.

b) *Spezialität des § 536a II BGB?*

Wenig synchronisiert erscheinen unter diesem Gesichtspunkt jedoch die Alternativen 1, 2 und 3 des § 536a I BGB: Die 3. Alt. verlangt Verzug des Vermieters mit der Mangelbeseitigung, ehe der Mieter die Kosten für die Herstellung des Parkplatzes (also statt – nur – der Leistung selbst) geltend machen kann, während dieser Anspruch nach der 1. und 2. Alt. als Teil des Schadensersatzanspruches auch ohne vorherige Mahnung zur Mangelbeseitigung sofort zu entstehen scheint. Zumindest nach der a. F. der Norm wäre der Anspruch auf den Mangelunwert nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jedenfalls in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung enthalten. Ebenso wie z. B. im Kaufrecht umfasst der kleine Schadensersatzanspruch auch die Reparaturkosten. Jedoch trifft § 536a II BGB eine spezielle Regelung für die Mangelbeseitigungskosten, der Mieter kann sie nur ersetzt verlangen, wenn der Vermieter in Verzug oder eine sofortige Mangelbeseitigung erforderlich ist. Danach ist der Anspruch des Mieters auf Schadensersatz statt der nicht erfüllten Leistung selbst (also den Mangelunwert) von einer vorherigen Aufforderung zur Mangelbeseitigung abhängig. Aus den §§ 536a I 1. und 2. Alt. BGB kann der Mieter nur Ersatz des Begleitschadens, also regelmäßig der Mangelfolgeschäden verlangen. Dies korrespondiert mit § 280 I BGB, nachdem derartige Schäden ebenfalls nicht von einer Nachfrist abhängen. Diese Auslegung des § 536a BGB ist singulär mietrechtlich, wird durch die Übereinstimmung mit der Schuldrechtsreform aber nochmals pointiert: Die Spezialität des § 536a II BGB verhindert die Selbstbeseitigung des Mangels durch den Mieter und gibt dem Vermieter durch das Erfordernis des Verzuges eine (kurze) Gelegenheit zur „Nacherfüllung“.

c) *Verzug oder Nachfrist?*

Allerdings fragt sich dann immer noch, warum lediglich Verzug und nicht eine angemessene Nachfrist erforderlich ist. Diese Voraussetzung könnte sich jedoch ergeben, wenn § 280 III

¹⁵⁵ So für das bisherige Recht bereits Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536a Rdnr. 8.

BGB als Regelung des allgemeinen Schuldrechts auch § 536a II BGB erfassen würde. Dies ergibt sich allerdings nicht aus dem von einer Nachfrist abhängigen Aufwendungsersatzanspruch des § 284 BGB. Dieser meint andere Aufwendungen als § 536 II BGB, der einen Anspruch auf Ersatz des Mangelwertes gewährt und damit eher der Ersatzvornahme des § 637 BGB entspricht. § 536 II BGB ist lediglich Spezialregelung zu § 536 I BGB soweit der Schaden des Mieters in den Kosten der Mangelbeseitigung liegt. Damit kann sich das Erfordernis der Nachfristsetzung aber aus § 280 III BGB ergeben. Danach ist jedweder Schadensersatzanspruch statt der Leistung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig, insbesondere der Setzung einer Nachfrist gem. § 281 BGB. Aus systematischer und teleologischer Sicht scheint eine Ausstrahlung der §§ 280 III, 281 BGB auf den Schadensersatzanspruch aus § 536 I und II BGB nicht unmöglich. Mit der Streichung des Zusatzes „wegen Nichterfüllung“ war vom Gesetzgeber lediglich die Anpassung an die (moderne) Terminologie der Schuldrechtsreform verfolgt worden¹⁵⁶. Kombiniert mit der Anordnung des § 280 III BGB könnte sich daraus eine Veränderung des materiellen Rechts ergeben (haben). Versteht man § 280 III BGB entsprechend seiner systematischen Stellung als allgemeine Anordnung für alle Schadensersatzansprüche statt der Leistung¹⁵⁷, wäre dadurch die weitgehende Harmonisierung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts mit dem (nicht reformierten) besonderem Schuldrecht erreicht und die vorhergehende Nacherfüllung auch im Mietrecht durchgängig installiert.

Hier wäre sie sogar noch sachgerechter als im Kaufrecht, da dem Vermieter gem. § 535 BGB Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache ohnehin obliegt und er als Eigentümer ein wesentlich größeres Interesse an der Sache hat. Der Vergleich mit dem allgemeinen Schuldrecht ergibt, dass Ansprüche wegen außer Acht gelassener Leistungspflichten voraussetzen, dass dem Vertragspartner als geringster Eingriff zunächst die Chance zur „(Nach-)Erfüllung“ gewährt wird. Ebenso wie in § 280 I BGB erfasst der Schadensersatzanspruch in § 536a BGB zunächst nur Mangelfolgeschäden, Schadensersatz statt der Leistung könnte der Mieter nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 I, 280 III, 281ff. BGB geltend machen. Dies wäre nicht einmal bei der dritten Alternative des § 536a I BGB, dem Verzug des Vermieters mit der Mangelbeseitigung, ein Widerspruch zum Gesetztext. Für diesen Fall enthält § 280 II BGB den dann tautologischen Hinweis, dass Verzögerungsschäden nur unter den Voraussetzungen des § 286 BGB geltend gemacht werden können, während § 280 III BGB klarstellt, dass auch der Nichterfüllungsschaden („statt der Leistung“) lediglich unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB gewährt werden kann.

¹⁵⁶ BT-Drs. 14/6857, S. 67, Nr. 121.

¹⁵⁷ Ein solcher ist auch ohne explizite Anordnung der Anspruch aus § 536a I BGB, siehe oben I 3 b) cc).

Die mietrechtliche Doktrin erzielt dieses Resultat jedoch auch ohne die Schuldrechtsreform. Bereits rein mietrechtlich betrachtet hat der Vermieter einen Mangel erst dann nach § 286 IV BGB zu vertreten, wenn er hinreichend Gelegenheit zur Reparatur erhalten hat, also der Mieter eine (ausreichende) Nachfrist verstreichen ließ¹⁵⁸. Insofern verdeutlicht die Schuldrechtsreform lediglich das Erfordernis einer konsistenten Interpretation des § 536 BGB.

III. Abschließende Thesen

Die Konsequenzen der Schuldrechtsmodernisierung für das Mietrecht lassen sich in Thesen wie folgt zusammenfassen:

- Das Gewährleistungsrecht des Mietrechts ist, im Gegensatz zu der deshalb gerade abzuschaffen gewesenden Äquivalenzhaftung im Kaufrecht, Nichterfüllungsrecht und fügt sich daher fast nahtlos in das neue Leistungsstörungenrecht ein.
- Der Flexibilisierung des Verschuldenstatbestandes in § 276 I BGB erlaubt eine elegante Lösung der bisher schwierigen Konkurrenz zwischen anfänglichen Leistungsstörungen und der Garantiehaftung aus § 536a I BGB.
- Der zentrale Tatbestand der Pflichtverletzung im neuen Leistungsstörungenrecht pointiert die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht des Vermieters aus § 535 BGB.
- Aufgrund der bereits mit Vertragsschluss einsetzenden Pflichten des Vermieters sind Verzug und Unmöglichkeit bereits vor der Übergabe und anschließend die mietrechtliche Gewährleistung spezieller als die nunmehr kodifizierten Rechtsgrundsätze der c. i. c., soweit sie sich auf Eigenschaften der Mietsache bezieht.
- Anfängliche objektive oder subjektive Unmöglichkeit führt gem. §§ 311a II BGB zu einer Haftung auf das positive Interesse bei vermuteter Kenntnis des Schuldners. Dabei bleibt es jedoch nur bei vollständiger sachlicher Unmöglichkeit oder nicht eigenschaftsbezogener Unmöglichkeit wie der Nichträumung des Vormieters. Soweit es dagegen Rechts- und Sachmängel anbetrifft, ist die Garantiehaftung des § 536 I 1. Alt. BGB als speziellere Regelung prinzipiell bereits mit Vertragsschluss ernst zu nehmen. Dies erfolgt über § 276 I BGB, der Vermieter haftet nach den Unmöglichkeitsregeln, kann sich aufgrund der („strengerer“) Garantiehaftung des § 536 I 1. Alt. BGB aber nicht nach § 311a II BGB exkulpieren.
- Die Garantiehaftung des § 536 I 1. Alt. BGB erweist sich als Fremdkörper im neuen Leistungsstörungenrecht und sollte deshalb abgeschafft werden. Damit wären nur mo-

¹⁵⁸ S. Herrlein/Kandelhard-Kandelhard (Fn. 74), § 536a Rdnrn. 11, 7.

derate Schutzlücken für den Mieter verbunden, da die verschuldensunabhängige Haftung vertraglich abbedungen werden kann und regelmäßig wird.

- Bei nachträglicher Unmöglichkeit ist die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht des Vermieters bereits ab Vertragsschluss zu beachten. Der Vermieter haftet für die Erfüllung dieser Beschaffungspflicht gem. § 276 I BGB bei nachträglicher Beschädigung der Mietsache bis zur Opfergrenze des § 275 II BGB (nach a. A. § 313 BGB).
- Bei Nebenpflichtverletzungen i. S. d. § 241 II BGB kann der Mieter weder nach § 324 BGB vom Vertrag zurücktreten noch nach § 282 BGB Schadensersatz statt der (gesamten) Leistung geltend machen, sofern nicht die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund gem. §§ 314, 543 BGB vorliegen.
- § 314 IV BGB ist auch nach der Übergabe anwendbar, da § 543 BGB insoweit keine Klarstellung für den Schadensersatzanspruch enthält, nicht aber im Falle der Kündigung des Mieters wegen nicht beseitigter Mängel gem. § 543 II Nr. 1 BGB.
- Bei der Verwirkung der Kündigung darf die Hoffnung auf den doch noch erfüllten Vertrag nicht vorschnell als Verzicht auf die Kündigungsbefugnis gewertet werden.
- Die erweiterte Unsicherheitseinrede des § 321 BGB ist im Mietrecht nicht anwendbar.
- Der mietrechtlichen Gewährleistung ist ein vorheriges Nacherfüllungsrecht für den Vermieter bereits weitgehend immanent. Eine Interpretation, wonach das allgemein schuldrechtliche Erfordernis vorheriger Nachfristsetzung für Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche statt der (mangelhaften) Leistung auch im Mietrecht zu beachten ist, ist denkbar; dieses Resultat lässt sich jedoch auch rein mietrechtlich erzielen.