

Schadensersatz und Aufwendungsersatz im Mietrecht

Prof. Dr. Beate Gsell, Universität Augsburg

A. Einleitung

Es ist offensichtlich, dass die weitgespannte Thematik des Schadensersatzes und Aufwendungsersatzes im Mietrecht in einem einzigen Beitrag nicht – und zwar nicht einmal annähernd – erschöpfend behandelt werden kann. Ich werde mich im Folgenden deshalb auf einige Teilaspekte der Thematik konzentrieren müssen und dabei besonders auf Fragen eingehen, die in letzter Zeit die Gerichte beschäftigt haben bzw. kontrovers diskutiert wurden und werden.

B. Ersatz von Schäden aufgrund von Mängeln der Mietsache

I. Schadensbegriff in § 536a Abs. 1 BGB und Kontinuität der mietrechtlichen Mängelhaftung auf Schadensersatz

Was zunächst Ansprüche des Mieters aufgrund von Mängeln der Mietsache anbelangt, so ist bemerkenswert, dass die mietrechtliche Mängelgewährleistung trotz der Schuldrechtsmodernisierung weit mehr als eigenständiges Haftungsregime erhalten geblieben ist als dies für das kauf- und das werkvertragliche Mängelhaftungssystem der Fall ist. Dies wird schon deutlich, wenn man § 536a Abs. 1 BGB mit der nahezu identisch gefassten Vorschrift des § 538 Abs. 1 BGBaF vergleicht und den deutlich abweichenden Wortlaut von § 437 Nr. 3 BGB oder § 634 Nr. 4 BGB gegenüberstellt. Dementsprechend herrscht auch weitgehend Einigkeit darüber, dass „Schadensersatz“ iSv § 536a Abs. 1 BGB dem „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ iSv § 538 Abs. 1 BGBaF entspricht, auch wenn im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung der Zusatz „wegen Nichterfüllung“ gestrichen wurde.¹ Eine Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden, wie sie vor allem unter dem alten Werkvertragsrecht von Bedeutung war, ist deshalb bei Mängeln der Mietsache nach neuem Recht genauso wie bereits nach dem alten Mietrecht ohne Bedeutung. Positiv formuliert: Auch Schäden, deren Einordnung als Mangel- oder Mangelfolgeschaden unter dem alten Recht zweifelhaft war wie etwa der entgangene Gewinn² und sogar echte Mangelfolgeschäden wie

¹ Vgl. nur Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 9. Aufl. 2007, § 536a BGB Rn. 1. 92 ff.; Staud/Emmerich, 2006, § 536a BGB Rn. 1, 19, dort auch zur Entstehungsgeschichte des § 536a Abs. 1 BGB; MünchKomm/Häublein, 5. Aufl. 2008, § 536a Rn. 12; Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl. 2009, § 536a BGB Rn. 14.

² Vgl. etwa für das frühere Kaufgewährleistungsrecht Soergel/Huber, 12. Aufl., 1991, Anh § 463 BGBaF Rn. 23, 26, 28 m. w. Nachw.

Schäden an Sachen des Mieters fallen – parallel zum alten Recht – unter den Schadensersatz nach § 536a Abs. 1 BGB.³

Grundsätzlich braucht im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB außerdem nicht unterschieden zu werden zwischen den Schadensarten des neuen § 280 BGB und insbesondere nicht zwischen dem „einfachen“ Schadensersatz iSv § 280 Abs. 1 BGB und dem Schadensersatz statt der Leistung iSv § 280 Abs. 3 BGB.⁴ Wiederum positiv formuliert bedeutet dies, dass der Schadensersatz iSv § 536a Abs. 1 BGB eine Schadensposition unabhängig davon umfasst, ob ihr Ausgleich nach neuem Recht „einfacher“ Schadensersatz oder Schadensersatz statt der Leistung⁵ ist.

Allgemein lässt sich nach alledem sagen, dass im Bereich des mietrechtlichen Gewährleistungsrecht eine sehr viel stärkere rechtliche Kontinuität bejaht werden kann als im Bereich von kauf- und werkvertraglicher Gewährleistung und die Rechtsprechung zum alten § 538 BGBaF damit regelmäßig auch heute noch Gültigkeit beanspruchen kann.

II. Tatbestandsvarianten des § 536a Abs. 1 BGB

Schadensersatz schuldet der Vermieter aus § 536a Abs. 1 BGB dann, wenn der Mangel⁶ entweder bereits bei Vertragsschluss vorhanden war oder nachträglich wegen eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, entsteht, oder der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug kommt. Im Folgenden soll eine besondere Situation herausgegriffen und näher beleuchtet werden:

III. Insbesondere: Reichweite der Kontroll- und Inspektionspflichten des Vermieters zur Vermeidung nachträglicher Mietmängel, BGH NJW 2009, 143

Bedeutsam für die Reichweite des Schadensersatzes aus § 536a Abs. 1 BGB ist danach insbesondere, unter welchen Voraussetzungen der Vermieter einen nachträglich entstehenden, ihm aber typischerweise verborgen bleibender Mangel zu vertreten hat. Problematisch sind dabei

³ Vgl. die in Fn. 1 genannten Nachw.

⁴ Zur Frage, ob § 284 BGB neben § 536a BGB anwendbar ist, obwohl in § 536a BGB nicht explizit vom Schadensersatz statt der Leistung die Rede ist, s. unten D.II.

⁵ Ein jüngeres Beispiel aus der Rechtsprechung für die Gewährung von Schadensersatz statt der Leistung wegen eines Mietmangels liefert etwa OLG Brandenburg, ZfIR 2009, 484, wo Schadensersatz statt der Leistung wegen des Rechtsmangels der Doppelvermietung nach § 536a Abs. 1 BGB iVm § 536a Abs. 3 BGB gewährt wurde.

⁶ Nicht eingegangen wird im Folgenden auf die Voraussetzungen des Mangels iSv § 536 BGB.

namentlich Konstellationen, in denen der Mangel auch für den Mieter zunächst nicht zu erkennen ist und von diesem deshalb nicht nach § 536c Abs. 1 BGB angezeigt werden kann, so insbesondere deshalb, weil es sich um einen Gebäudedefekt handelt, der zwar eine Gefahrenquelle für das Mietobjekt darstellt, räumlich aber außerhalb des Mietobjekts angesiedelt ist⁷, etwa nicht in der Mietwohnung selbst, sondern in einer anderen Wohnung im selben Gebäude. In einer Entscheidung vom Oktober 2008 setzt der VIII. Senat des BGH den Kontrollpflichten des Vermieters für die Fallgruppe defekter Elektroleitungen und Elektrogeräte enge Grenzen.⁸ Danach ist der Vermieter nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlass eine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen der Mieter vorzunehmen.⁹ Ähnlich argumentiert das OLG Celle in einer Entscheidung vom März 2009, der ebenfalls ein Sachverhalt zugrundelag, in dem möglicherweise marode elektrische Leitungen in anderen, nicht an den geschädigten Mieter vermieteten Teilen des Gebäudes, einen Brand verursacht hatten.¹⁰ Nach Ansicht des BGH darf der Vermieter regelmäßig darauf vertrauen, dass der Mieter der ihm gem. § 536c Abs. 1 BGB obliegenden Verpflichtung nachkomme, einen sich im Laufe der Mietzeit zeigenden Mangel dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen.¹¹ Da es im Streitfall gerade um eine außerhalb der Mietwohnung des Klägers, i.e. eine in einer anderen Mietwohnung liegende Gefahrenquelle ging, muss dies wohl so verstanden werden, dass sich der Vermieter auch im Verhältnis zu Mieter A und damit gleichsam mietvertragsübergreifend sorgfaltsgemäß verhält, wenn er sich darauf verlässt, dass die Mieter B bis Z der ihnen jeweils aus ihrem Mietverhältnis gegenüber dem Vermieter obliegenden Pflicht zur Anzeige eines Mangels nach § 536c Abs. 1 BGB nachkommen.

Anzuerkennen ist, dass der einzelne Mieter auf diese Weise vor störenden Kontrollgängen des Vermieters bzw. eines von diesem beauftragten Fachmannes bewahrt wird. Dass DIN VDE 0105 demgegenüber eine Überprüfung elektrischer Anlagen im vierjährigen Turnus vorsieht, hält der

⁷ Dazu, dass auch solche außerhalb des Mietobjekts liegende Gebäudedefekte einen Mietmangel darstellen können, s. BGH NJW 2009, 143 u. bereits BGH NJW 1972, 944; BGH NJW-RR 2006, 1158, 1159.

⁸ S. BGH NJW 2009, 143.

⁹ Vgl. auch BGH NJW-RR 2006, 1158, 1159, wo der XII. Senat eine Verantwortlichkeit des Vermieters für einen Stromzählerkasten verneint, der im Eigentum eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens steht und vom Vermieter nicht geöffnet werden darf.

¹⁰ Vgl. OLG Celle, ZMR 2009, 683; vgl. ferner OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 952: Den Vermieter trifft ohne konkreten Anlass keine Verpflichtung zur Untersuchung der im ausschließlichen Besitz des Mieters befindlichen Räume oder Flächen.

¹¹ Vgl. BGH NJW 2009, 143, 144 Rn. 18.

Senat demgegenüber für unbeachtlich.¹² Wenn der BGH dabei darauf verweist, dass es sich lediglich um private technische Regelungen und nicht um Rechtsvorschriften handle, so überzeugt dies allerdings für sich genommen noch wenig. Entscheidend muss doch nach der Zielrichtung von Verkehrssicherungspflichten sein, ob die Gefahrenlosigkeit der Mietsache durch derart begrenzte Kontrollpflichten typischerweise hinreichend gewährleistet wird oder nicht, so dass der Verzicht auf turnusmäßige Kontrollen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht.¹³ Das wird man wohl in der Tat bejahen dürfen. So ist mir beispielsweise auch kein privater Hauseigentümer bekannt, der die Leitungen seines selbst bewohnten Hauses alle vier Jahre routinemäßig überprüfen ließe. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der BGH betont, dass im Falle besonderer Umstände wie zum Beispiel ungewöhnlicher oder wiederholter Störungen, insbesondere bei älteren Anlagen, gesteigerte Inspektionspflichten bestehen können.¹⁴ Dementsprechend begegnet es Bedenken, wenn das OLG Celle es in seiner Entscheidung vom März 2009 für unerheblich erachtet hat, dass der Vermieter angeblich bereits vor dem Brand über die angeblich maroden Leitungen in anderen Teilen des Gebäudes informiert worden war.¹⁵ Denn selbst wenn, wie in der Entscheidung ausgeführt, nach sämtlichen das Gebäude betreffenden Mietverträgen der jeweilige Mieter verpflichtet war, die Schaffung und Unterhaltung der von ihm benötigten Stromversorgung auf eigene Kosten vorzunehmen, so kann doch nicht angenommen werden, dass der Vermieter sich auf diese Weise durch die vertragliche Verpflichtung des Mieters A jeglicher Kontroll- und Obhutspflicht gegenüber Mieter B entledigen kann. Vielmehr sollte man – nicht anders als sonst bei der Delegation von Verkehrspflichten¹⁶ – annehmen, dass der Vermieter im Rahmen des Zumutbaren weiterhin

¹² Vgl. BGH NJW 2009, 143, 144 Rn. 20.

¹³ Dazu dass die Rechtsprechung zum Deliktsrecht technische Regeln zwar nicht als verbindlichen Maßstab für die Bestimmung der Reichweite von Verkehrspflichten anerkennt, diese aber durchaus als Orientierungshilfe heranzieht, die Nachw. bei MünchKomm/Wagner, 5. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn. 280 ff.; differenzierter denn auch das in der aktuellen Entscheidung zitierte Urteil BGHZ 139, 16=NJW 1998, 2814, 2815: „DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben.“

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2009, 143, 144 Rn. 19.

¹⁵ Vgl. den Nachweis in Fn. 10.

¹⁶ Vgl. zu verbleibenden Überwachungspflichten trotz Delegation von Verkehrspflichten auf einen Mieter oder Pächter insb. BGH NJW 1985, 270 und BGH NJW-RR 1993, 27; allg. zur Diskussion, inwieweit die Delegation von Verkehrssicherungspflichten den primär Verantwortlichen entlastet, s. die Nachw. bei MünchKomm/Wagner, 5. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn. 298 ff., der sich in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rechtsprechung – und aus meiner Sicht zutreffend – für einen Fortbestand gewisser Auswahl-, Instruktions- und Überwachungspflichten in der Person des primär Verantwortlichen ausspricht.

verpflichtet bleibt, die Gefahr zu steuern. Danach wird man wohl entgegen dem OLG Celle¹⁷ davon ausgehen müssen, dass der Vermieter dann, wenn ihm mitgeteilt wird, dass im Gebäude Leitungen marode sind, dieser Anzeige nachgehen und sich ggf. vergewissern muss, dass die betreffenden Mieter diese Leitungen nicht nutzen bzw. austauschen.¹⁸

III. Beweislast für die Schadensursächlichkeit eines Mangels

Nach den allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung¹⁹ trifft grundsätzlich den Mieter als Anspruchsteller die Beweislast dafür, dass ein Mangel – oder eine sonstige Pflichtverletzung des Vermieters²⁰ – den Schaden verursacht hat, wobei er ggf. grundsätzlich auch das Vertretenmüssen des Vermieters zu beweisen hat. Allerdings kehrt die Rechtsprechung dann, wenn feststeht, dass nur eine Schadensursache aus dem Obhuts- und Gefahrenbereich des Vermieters in Betracht kommt, die Beweislast hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Vermieters wie auch der subjektiven Seite der Pflichtwidrigkeit, also des Verschuldens um.²¹ Richtig hat das OLG Celle²² diese Grundsätze zur Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen aber jüngst dahin eingeschränkt, dass für eine solche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach Gefahren- und Risikobereichen kein Raum ist, die beschriebene Beweislastumkehr also nicht eingreift, wenn als Schadensursache auch die Handlung eines Dritten in Betracht kommt.²³ In der Tat gibt es keinen Grund, Dritte ohne Weiteres dem Verantwortungsbereich des Vermieters zuzurechnen.

IV. Rechtsverlust wegen Verstoßes gegen Anzeigepflicht

Die Schadensersatzhaftung wegen Mängeln entfällt nach § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB, wenn der Mieter die ihm nach dieser Vorschrift obliegende Pflicht zur Anzeige von offenbar

¹⁷ S. den Nachw. in Fn. 10.

¹⁸ Von der Möglichkeit einer vollständigen Delegation der Verkehrspflicht zur Sicherung von Eingängen und Wegen an den Mieter geht obiter offenbar auch OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 952 aus.

¹⁹ Grdldg. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. 1968, *passim.*; zur abstrakten Wahrscheinlichkeit als wesentlichem sachlichem Kriterium für die Verteilung der Beweislast s. Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 132 ff.

²⁰ Dazu sogleich noch unter C.

²¹ Vgl. BGH NJW 2009, 142 (VIII. Senat) für den Fall von Reparaturarbeiten des Vermieters an einem Kfz innerhalb einer Scheune mit weiteren vermieteten Stellplätzen, in deren Folge ein Feuer ausbricht; BGH NJW 1994, 2019 (XII. Senat); ebenso OLG Celle, ZMR 2009, 683.

²² S. Fn. 21.

²³ So auch bereits BGH NJW 1978, 2197 (VII. Senat); BGH NJW-RR 1996, 521, 522..

werdenden Mängeln oder Gefahren²⁴ verletzt und die unterlassene Anzeige kausal wird für das Unterlassen der vermietetseitigen Abhilfe, also angenommen werden kann, dass der Vermieter dem Mangel bzw. der Gefahr im Falle der Anzeige abgeholfen hätte und so ein Schaden des Mieters vermieden worden wäre. Von erheblicher Bedeutung für die praktische Reichweite des Rechtsverlustes ist die Beweislastverteilung. Nach den allgemeinen Regeln²⁵ muss der Vermieter, dem das ausnahmsweise Entfallen seiner Haftung günstig ist, deren Voraussetzungen beweisen. Dennoch wird vielfach angenommen, der Mieter müsse beweisen, dass er seiner Anzeigepflicht nachgekommen sei.²⁶ Aus meiner Sicht gibt es dafür keine hinreichenden Gründe. Allenfalls lässt sich eine sekundäre Darlegungslast des Mieters bejahen hinsichtlich Zeitpunkt und Form der Anzeige. Richtig ist es dagegen, dem Mieter ausnahmsweise den Beweis für die mangelnde Ursächlichkeit der erwiesenermaßen unterbliebenen Anzeige aufzuerlegen in Fällen, in denen gerade das vom Mieter zu vertretende Unterlassen der Anzeige dazu führt, dass sich die Schadensursache oder eine mögliche Verantwortlichkeit des Mieters nicht mehr aufklären lässt.²⁷

Noch weitergehend wird dagegen vielfach und so auch etwa in jüngerer Zeit in einer Entscheidung des LG Köln vom Januar 2008 angenommen, der Mieter müsse beweisen, dass es bei rechtzeitiger Anzeige zu demselben Schaden gekommen wäre.²⁸ Mit den allgemeinen Beweislastgrundsätzen, aber auch dem Satzbau von § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB ist dies nur schwer vereinbar. In der Sache ist eine so weitreichende Verlagerung der Beweislast auf den Mieter aus meiner Sicht jedenfalls bei nachträglichen Mängeln nicht gerechtfertigt. Denn zwar stellt die unterlassene Anzeige eine zu vertretende Pflichtverletzung dar. Die Schadensersatzhaftung für nachträgliche Mängel trifft den Vermieter nach § 536a Abs. 1 BGB aber ohnehin nur, soweit er seinerseits den Mangel bzw. die unterlassene Abhilfe zu vertreten hat und diese Pflichtverletzung erwiesenermaßen kausal geworden ist für den Schaden des Mieters.

²⁴ Anzuzeigen hat der Mieter nicht nur Fehler iSv § 536 BGB, die den Gebrauch beeinträchtigen, sondern jedes Hervortreten eines schlechten Zustandes der Mietsache, vgl. BGH NJW 1977, 1236, 1237; OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 952.

²⁵ S. Fn. 19.

²⁶ BGH NZM 2002, 217; ebenso Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VI 255; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 9. Aufl. 2007, § 536c BGB Rn. 41; Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl. 2009, § 536c BGB Rn. 9; ferner OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 952; zu § 545 BGB aF BGH NJW-RR 2002, 515; w.Nachw. bei Staud/Emmerich, 2006, § 536c BGB Rn. 25, der selbst die Gegenansicht vertritt.

²⁷ So KG DR 1941, 1366; w.Nachw. bei Staud/Emmerich, 2006, § 536c BGB Rn. 25.

²⁸ LG Köln, ZMR 2008, 629; ähnl. BGH NJW 1987, 1072, 1074; . Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 9. Aufl. 2007, § 536 c BGB Rn. 30, 42; abw. OLG Brandenburg, ZMR 2008, 706.

Den Ersatz für einen Schaden aus einer *erwiesenermaßen* ursächlichen Pflichtverletzung des Vermieters nur deshalb entfallen zu lassen, weil eine nachfolgende Pflichtverletzung des Mieters *möglicherweise* ebenfalls kausal geworden ist, ist in der Sache nicht angemessen.

C. Schadensersatz bei sonstigen Pflichtverletzungen des Vermieters

I. Verletzung von Nebenpflichten oder Verkehrssicherungspflichten

Auch jenseits der Mängelhaftung kann der Vermieter gegenüber dem Mieter schadensersatzpflichtig werden und zwar namentlich, weil er eine Nebenpflicht aus dem Vertrag iSv § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen des Mieters verletzt. Auch kommt bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ggf. eine außervertragliche Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

II. Insbesondere: Haftung aus c.i.c. wegen Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel, BGH NJW 2009, 2590

Jenseits des Mietrechts ist anerkannt, dass sich der Verwender von AGB durch schuldhaftes Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel aus c.i.c. schadensersatzpflichtig machen kann.²⁹ Zu Recht wird in der Literatur insbesondere im Zusammenhang mit der Verwendung unwirksamer Schönheitsreparatur-Klauseln angenommen, die Grundsätze dieser Rechtsprechung seien auf den Vermieter zu erstrecken.³⁰ Allerdings nimmt der VIII. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom Mai 2009 zum Bereicherungsausgleich bei mieterseitiger Durchführung von Schönheitsreparaturen trotz unwirksamer Endrenovierungsklausel³¹ an, dass den Vermieter kein Verschulden trifft, wenn er nicht erkannt hat, dass die als individualvertragliche Abrede nicht zu beanstandende³² Endrenovierungsabrede ungeachtet ihrer handschriftlichen Hinzufügung dennoch als vorformulierte Vertragsbestimmungen der AGB-Kontrolle unterliegen könnte. Dies erscheint bedenklich. Jedenfalls von demjenigen, der in größerem Umfang vermietet, wird man zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erwarten können, dass er sich der rechtlichen Zulässigkeit der gewählten Vertragsgestaltung vergewissert und ggf. juristischen Rat einholt.

D. Aufwendungsersatzansprüche des Mieters

²⁹ Vgl. BGH NJW 1988, 197, 198; BGH NJW 1984, 2816, 2817.

³⁰ Vgl. nur Artz, NZM 2007, 265, 271; Börstinghaus, WuM 2005, 675, 678; Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl. 2009, § 535 Rn. 47a, jeweils m. w. Nachw.

³¹ BGH NJW 2009, 2590, 2591.

³² Vgl. BGH NJW 2009, 1075.

I. Aufwendungsersatz aus § 536a Abs. 2 BGB und § 539 BGB iVm §§ 677 ff., 683, 670 BGB

Das Mietrecht kennt parallel zum alten Mietrecht zwei spezielle Anspruchsgrundlagen für den Ersatz von Aufwendungen des Mieters, wobei das Gesetz heute von Aufwendungen und nicht mehr von Verwendungen spricht: § 536a Abs. 2 BGB, der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln regelt und § 539 Abs. 1 BGB, der für sonstige Aufwendungen eine Rechtsgrundverweisung auf die Vorschriften über die GoA enthält. Wie beide Anspruchsgrundlagen voneinander abzugrenzen sind und welche Bedeutung ihnen im Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen, etwa zum Anspruch auf Schadensersatz nach § 536a Abs. 1 BGB zukommt, wurde und wird vor allem mit Blick auf zwei Konstellationen diskutiert, wobei mittlerweile jeweils bereits Urteile des BGH vorliegen.

1. Insbesondere: Voreilige eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Mieter, BGH NJW 2008, 1216

a. H.A.: Vorrang der Mängelbeseitigung durch den Vermieter schließt Ersatzansprüche des Mieters aus

Nach § 536a Abs. 2 BGB kann der Mieter Ersatz der für die von ihm selbst durchgeführte Mängelbeseitigung nur verlangen, wenn entweder der Vermieter mit der Beseitigung in Verzug ist oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist. Umstritten war und ist, ob diesen einschränkenden Voraussetzungen für den Aufwendungsersatz bei eigenmächtiger Mängelbeseitigung derart abschließender Charakter zukommt, dass ein vollständiger oder wenigstens teilweiser Ersatz auch aus anderen Anspruchsgrundlagen ausgeschlossen ist. Oder anders formuliert: Kann der Mieter, der Mängel eigenmächtig beseitigt, ohne dass die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB vorliegen, aus anderen Anspruchsgrundlagen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen? Diese Frage stellte sich auch bereits unter dem alten Mietrecht und damals insbesondere bezogen auf das Verhältnis von § 538 Abs. 2 BGBaF zu § 547 Abs. 2 BGBaF. Außerdem taucht die Frage nicht allein bei der Miete auf, sondern in ähnlicher Weise auch beim Werkvertrag und seit der Schuldrechtsmodernisierung auch beim Kauf, wenn auch beim Werkvertrag und beim Kauf die Voraussetzungen für den Übergang des Bestellers bzw. Käufers vom Mängelbeseitigungsverlangen zu anderen Rechtsbehelfen etwas anders geregelt sind als bei der Miete, vgl. §§ 537 Nr. 2 und 3 BGB, § 637 Abs. 1 BGB. Schon unter dem alten Recht entsprach es für das Werkvertragsrecht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass bei voreiliger eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung auf die Vorschriften über die GoA oder

auf das Bereicherungsrecht nicht zurückgegriffen werden dürfe.³³ Aber auch für das Mietrecht wurde ein Rückgriff auf andere Anspruchsgrundlagen wie § 547 Abs. 1 BGBaF von der Rechtsprechung abgelehnt.³⁴ Unter dem modernisierten Schuldrecht ist dann zunächst vor allem für den Kauf diskutiert worden, ob nicht bei voreiliger Beseitigung eines Mangels wenigstens ein Ersatz ersparter Aufwendungen nach §§ 326 Abs. 2 S. 2 iVm §§ 326 Abs. 4, 346 ff. in Betracht komme.³⁵ Der VIII. Senat hat dies in einer mittlerweile bestätigten nochmals Entscheidung aus dem Jahre 2005³⁶ verneint. Dabei stützt sich der BGH vor allem³⁷ auf den in §§ 437 ff BGB angeordneten Vorrang der Nacherfüllung. Es kann vor diesem Hintergrund nicht überraschen, dass der VIII. Senat auch für das Mietrecht im Januar 2008³⁸ bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung einen Rückgriff auf andere Anspruchsgrundlagen versagt hat. Der BGH verneint sowohl einen Anspruch aus § 539 Abs. 1 BGB iVm den Vorschriften über die berechnete oder unberechnete GoA als auch einen Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 BGB. Parallel zum Kaufrecht argumentiert der BGH auch hier mit dem Vorrang der Nacherfüllung.³⁹ Ungeachtet des nicht ganz eindeutigen Wortlautes des § 539 Abs. 1 BGB verbietet es insbesondere der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 539 Abs. 1 BGB auf Fälle

³³ Grdlgd. BGHZ 46, 238, 246; 70, 389, 398; 92, 123, 125; 96, 221, 223, 226; BGH NJW 1966, 39, 40 (unter Aufgabe von BB 1961, 430); BGH NJW 1968, 43; BGH WM 1972, 1025, 1026; BGH WM 1978, 953, 954; Düsseldorf NJW-RR 1993, 1110, 1111; für eine Anrechnung ersparter Vorteile nach § 324 Abs. 1 S. 2 BGBaF in einem Fall, in dem der Besteller das Werk vor Abnahme durch einen Dritten vollenden ließ, hingegen BGH NJW-RR 2005, 357, 360; für Erstattungsanspruch aus § 324 Abs 1 S 2 aF bei Beseitigung eines Rechtsmangels durch den Käufer OLG Stuttgart NJW-RR 1987, 721, 722; dagegen U Huber, Leistungsstörungen II, § 49 III 3, S 531; für Kostenanrechnung nach § 324 Abs 1 S 2 BGBaF Rieble DB 1989, 1759, 1760 f; Seidel JZ 1991, 391, 393; dagegen U Huber, Leistungsstörungen II, § 49 III 1, S 525; für Anrechnung der ersparten Mängelbeseitigungskosten im neuen Werkvertragsrecht Bamberger/Roth/Voith § 637 Rz 17; gegen jegl Erstattungsanspruch Palandt/Sprau, 68. Aufl. 2009, § 637 Rz 5.

³⁴ BGH NJW-RR 1993, 522, 523; BGH NJW 1984, 1552, 1554; BGH NJW 1958, 1967.

³⁵ Dafür Lorenz NJW 2003, 1417, 1418 ff; Ebert NJW 2004, 1761, 1762 ff; Katzenstein ZGS 2004, 349 ff.; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 ff.; Braun, ZGS 2004, 423, 427 ff; dagegen Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250, 252, dies., ZGS 2003, 455 ff.; Dötsch, MDR 2004, 975, 977 ff.; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2004, 10, 11; Arnold, ZIP 2004, 2412, 2414; Schröter, JR 2004, 441, 442; Ball, NZV 2004, 217, 227; für Anrechnung nach §§ 684, 812 ff. BGB Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826; für Heranziehung des Bereicherungsrechts Erman/Grunewald, 12. Aufl., 2008, § 439 Rn. 8; Gsell, ZIP 2005, 925 ff.; subsidiär auch Katzenstein ZGS 2004, 349 ff.

³⁶ BGH NJW 2005, 1349; BGH NJW 2006, 989; kritisch Gsell, ZIP 2005, 925 ff.; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 ff.

³⁷ Daneben wird auch die bewusste Entscheidung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers gegen ein Selbstvornahmerecht des Käufers angeführt, die sich allerdings nicht auf das Mietrecht übertragen lässt.

³⁸ BGH NJW 2008, 1216.

³⁹ Vgl. NJW 2008, 1217 Rn. 20 ff.

der voreiligen Selbstvornahme der Mängelbeseitigung zu erstrecken. Werde der Vermieter vor vollendete Tatsachen gestellt, so verliere er die Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern. Aus demselben Grund verneint der Senat weiter einen Rückgriff auf den Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 BGB.

b. Stellungnahme: Beweisnot des Vermieters rechtfertigt keine Bereicherung, sondern muss und kann beweis(last)rechtlich bekämpft werden

Die Argumentation des VIII. Senates vermag nicht zu überzeugen und zwar so wenig für das Mietrecht wie bereits für das Kaufrecht und das Werkvertragsrecht.⁴⁰ Dabei ist selbstverständlich nicht zu bestreiten, dass die eigenmächtige Selbstvornahme zu Streit über Mängelausmaß und Beseitigungskosten führen kann.⁴¹ Solchen Unsicherheiten im Tatsächlichen mit einer generellen und völligen Versagung der von Ersatzansprüchen zu begegnen, ist aber schon deshalb angreifbar, weil ohne weiteres Fälle denkbar sind, in denen entsprechende Unwägbarkeiten fehlen. So mag etwa der Mangel im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung längst außer Streit stehen und der Vermieter gar nicht bezweifeln, dass er selbst die Reparatur nur unter Aufwendung bestimmter Kosten hätte durchführen können. Jedenfalls in solchen „klaren“ Fällen fehlt es an einem Grund dafür, dem Vermieter den unverdienten Vorteil zu belassen. Es erscheint deshalb geboten, dem Problem erschwerter Sachverhaltsaufklärung allein beweis(last)rechtlich begegnen. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung hat ohnehin der Mieter die Voraussetzungen eines Aufwendungsanspruches aus § 539 Abs. 1 BGB iVm den Regelungen der GoA zu beweisen. Bei entsprechend strenger Handhabe kann durchaus erreicht werden, dass die Folgen einer durch die Selbstvornahme verursachten Beweisnot allein den Mieter belasten, der sie durch die voreilige Nachbesserung verursacht hat⁴². Gegenüber einem völligen Ausschluss der Anrechnung erscheint dies allemal als das mildere Mittel. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass in § 684 BGB die allgemeine gesetzliche Wertung zum Ausdruck kommt, selbst bei einer unberechtigten GoA einen Bereicherungsausgleich durchzuführen. Dass die Geschäftsführung nicht dem Willen und Interesse des Geschäftsherrn entspricht, ist danach also gerade nicht hinreichend, um die Abschöpfung der Bereicherung zu versagen. Dementsprechend ist es ganz folgerichtig, die Verweisung in §§ 539 Abs. 1 BGB auf die GoA auch in der Situation

⁴⁰ Explizit für das Mietrecht einen Ausgleich befürwortend auch bereits Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1460 f.; Schmidt-Futterer/Langenberg, 9. Aufl. 2007, § 539 BGB Rn. 3 m.w.Nachw.

⁴¹ Vgl. zum Folgenden auch bereits Gsell, ZIP 2005, 925 ff. m.w.Nachw.

⁴² Ähnl. Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1460 f.; zum Kaufrecht Ebert NJW 2004, 1761, 1764; Katzenstein ZGS 2004, 349, 354.

der voreiligen Mängelbeseitigung auf die nichtberechtigte GoA zu erstrecken. Dass auf diese Weise der angeblich abschließende Charakter von § 536a Abs. 2 BGB unterlaufen wird, ist schon deshalb nicht zu befürchten, weil der – über die Verweisungskette in §§ 539 Abs. 1, 684 BGB angeordnete – Bereicherungsausgleich sich in seinem Umfang nicht an dem orientiert, was der Mieter an Aufwendungen für erforderlich halten durfte, sondern an der Bereicherung des Vermieters und damit, etwa dann, wenn der Vermieter die Mängelbeseitigung billiger hätte vornehmen können, unter Umständen deutlich hinter dem Aufwendungsersatz nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB zurückbleibt. Schließlich ist zu bedenken, dass die voreilige Eigenreparatur typischerweise keineswegs auf der böswilligen Absicht des Mieters beruht, die Rechte des Vermieters zu verkürzen, sondern schlicht auf Unkenntnis der Rechtslage. Jedenfalls soweit die Selbstvornahme kein treuwidriges Verhalten darstellt, gibt es keinen hinreichenden Grund, dem Vermieter den unverdienten Vorteil ersparter Reparaturkosten zu belassen und den Mieter gleichsam für die voreilige Selbstvornahme zu bestrafen. Dies umso weniger, als der Mangel selbst dann, wenn er vom Vermieter subjektiv nicht zu vertreten ist, dennoch gegenüber dem Mieter eine objektive Pflichtverletzung darstellt.

2. Insbesondere: Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei unerkannt unwirksamen Schönheitsreparatur-Klauseln, BGH NJW 2009, 2590

Eine weitere Fallgruppe, die in letzter Zeit Literatur und Gerichte stark beschäftigt hat und die Zweifelsfragen hinsichtlich möglicher Aufwendungsersatzansprüche aufwirft, ist die Konstellation der Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei unerkannt unwirksamen Schönheitsreparatur-Klauseln. Aufgrund der strengeren Maßstäbe, die von der neueren Rechtsprechung an die Zulässigkeit von Schönheitsreparatur- und Endrenovierungsklauseln in AGB gestellt werden⁴³, stellt sich nun in vielen Fällen heraus, dass der Mieter während oder am Ende seiner Mietzeit Renovierungsarbeiten durchgeführt hat, ohne dass er dazu, wie er irrtümlich glaubte, verpflichtet war. Eine Reihe von Instanzgerichten hat in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur für diese Situation einen Aufwendungsersatzanspruch des Mieters aus § 539 Abs. 1 BGB iVm den Regelungen über die GoA bejaht.⁴⁴ Im Gegensatz dazu hat sich der VIII. Senat des BGH in einer Entscheidung vom 27.5.2009⁴⁵ denjenigen instanzgerichtlichen Urteilen angeschlossen, welche die Voraussetzungen der GoA verneinen.

⁴³ Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden, vgl. nur statt vieler die Übersichten bei Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. IX 22 ff.; Beyer, ZGS 2009, 353 ff.; Lehmann-Richter, Grundbesitz 2009, 1023 ff.

⁴⁴ Vgl. die ausf. Nachw. in BGH NJW 2009, 2590, 2591 Rn. 19.

⁴⁵ BGH NJW 2009, 2590, dazu Schrader, ZJS 2009, 426; Lorenz, NJW 2009, 2576.

Der BGH bejaht jedoch die Voraussetzungen einer Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

a. Sperrwirkung des § 536a Abs. 2 BGB?

Wenn der VIII. Senat in der Entscheidung vom Mai 2009 einen Ersatzanspruch des Mieters im Grundsatz bejaht, so erstaunt dies zunächst insofern, als mit keinem Wort eine Abgrenzung zum Urteil desselben Senates vom Januar 2008⁴⁶ erfolgt, nach dem – wie ausgeführt – § 536a Abs. 2 BGB abschließender Charakter zukommt und sich im Falle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung ein Rückgriff auf § 539 Abs. 1 BGB iVm den Regelungen über die GoA gerade verbietet. Konsequenterweise müsste der BGH auch Bereicherungsansprüche zumindest insoweit für gesperrt erachten, als durch die mieterseitig durchgeführten Schönheitsreparaturen Mängel der Mietsache beseitigt wurden. Ob der prinzipiell befürwortete Bereicherungsausgleich einer solchen Einschränkung unterliegen soll, wird jedoch im aktuellen Urteil nicht thematisiert.

b. Schönheitsreparaturen als „auch fremdes Geschäft“ iSd GoA?

Was weiter die Voraussetzungen der GoA anbelangt, so kommt in der vorliegenden Konstellation die Führung eines fremden Geschäftes mit Blick darauf, dass der Mieter eine vermeintlich eigene Vertragspflicht erfüllt, von vorne herein nur unter Zuhilfenahme der von der Rechtsprechung entwickelten Figur des „auch fremden Geschäftes“ in Betracht. Nach der Rechtsprechung ist zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften zu unterscheiden:⁴⁷ „Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechtskreis eingreifen, wird regelmäßig ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die zugleich objektiv eigene als auch objektiv fremde sind.“ Dafür genügt nach der bisherigen Rechtsprechung, dass, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugute kommt Dementsprechend wurde in der Vergangenheit vom III. Senat sogar ganz allgemein angenommen, dass bei der „Erfüllung unerkannt nichtiger Verträge ... eine GoA regelmäßig zu bejahen“ sei.⁴⁸ Dagegen erhalten objektiv eigene oder neutrale Geschäfte nach Ansicht des BGH ihren (subjektiven) Fremdcharakter allenfalls durch einen Willen des Geschäftsführers zur vordringlichen Wahrnehmung fremder Interessen, ohne dass dafür eine tatsächliche Vermutung angenommen wird. Der BGH verneint nun für die Durchführung der Schönheitsreparaturen mit

⁴⁶ S. Fn. 38 u. unter 1.

⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2009, 2590, 2591 Rn. 18 m. w. Nachw. zur bisherigen Rspr.

⁴⁸ BGH NJW 2000, 72, 73 (III. Senat); darauf weist hin Lorenz, NJW 2009, 2576.

folgender Erwägung ein objektiv fremdes Geschäft:⁴⁹ Obwohl die Renovierung unmittelbar das Eigentum des Vermieters verbessert, fehlt nach Ansicht des BGH dennoch ein unmittelbarer Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Vermieters und zwar deshalb, weil der Mieter mit der Schönheitsreparatur eine Leistung erbringen wolle, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen sei.⁵⁰ Indem der BGH die Vornahme der Schönheitsreparaturen der Zahlung der Miete gleichstellt, kann er parallel zur Zahlung der Miete, die ersichtlich kein Geschäft des Vermieters darstellt, auch für die gleichsam an ihre Stelle tretende Schönheitsreparatur ein Geschäft des Vermieters verneinen.

Aus meiner Sicht ist diese Argumentation wenig überzeugend. Dabei soll nicht geleugnet werden, dass durchaus gewichtige Bedenken dagegen bestehen, Leistungen, die im Rahmen unwirksamer Vertragsverpflichtungen erbracht wurden, nach den Regeln über die GoA auszugleichen und umgekehrt gute Gründe dafür sprechen, das Bereicherungsrecht als das gesetzlich vorgesehene und auch in der Sache angemessene Ausgleichsregime anzusehen.⁵¹ Diese Bedenken richten sich aber allgemein gegen die Anerkennung der Figur des auch-fremden Geschäfts.

Legt man hingegen die Rechtsprechung zum auch-fremden Geschäft zugrunde, so erscheint die Ablehnung eines objektiv auch-fremden Geschäfts, bei dem der Geschäftsführungswillen zu vermuten ist, nicht gerechtfertigt. Denn die rechtliche und wirtschaftliche Gleichsetzung der Schönheitsreparatur mit der Mietzahlung ergibt sich nicht aus dem dispositiven Gesetzesrecht, nach dem eben nicht der Mieter, sondern der Vermieter mit den Schönheitsreparaturen belastet ist. Sie kann deshalb allenfalls aus der betreffenden Vertrags-Klausel abgeleitet werden, die aber gerade unwirksam ist. Zu Recht wird dem BGH deshalb vorgeworfen, er ver helfe der unwirksamen Klausel letztlich durch die Hintertür doch zu Wirksamkeit.⁵² Die Argumentation des BGH steht aber auch insofern nicht in Einklang mit den Grundsätzen zum auch-fremden Geschäft, als gerade nicht in einem ersten Schritt danach gefragt wird, in welchem Rechts- und Interessenkreis die Reparatur nach ihrem äußeren Erscheinungsbild objektiv anzusiedeln ist,

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 2590, 2591 Rn. 20.

⁵⁰ Zum Argument des Entgeltcharakters der Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter als Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Übertragung s. BGHZ 105, 71 f.= NJW 1988, 2790; zur Kritik daran s. etwa Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. IX 24 m. w. Nachw.

⁵¹ Zum Meinungsstand s. etwa die Nachw. bei MünchKomm/Seiler, 5. Aufl., 2009, § 677 Rn. 48.

⁵² So Schrader, ZJS 2009, 426 f.

sondern sogleich aus dem Willen des Mieters, einen Teil der Vertragsleistung zu erbringen, der Schluss gezogen wird, dass kein zumindest auch objektiv-fremdes Geschäft vorliegt. Lässt man diesen Willen hingegen in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung zum auch-fremden Geschäft für die Frage, ob ein objektiv fremdes Geschäft vorliegt, zunächst unberücksichtigt, so wird wohl kaum jemand bestreiten können, dass die Renovierung einer fremden Wohnung sich objektiv als Geschäft des Vermieters/Eigentümers darstellt. Damit muss aber nach der ständigen Rechtsprechung ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswillen des Mieters regelmäßig vermutet werden.

Es liegt nahe, dass der BGH mit der Verneinung der Voraussetzungen der GoA die drohende Welle an Aufwendungsersatzprozessen im Zaum halten wollte. Teilt man die vorhin angesprochenen grundsätzlichen Bedenken gegen die Figur des auch-fremden Geschäftes, so mag man sich über die wenig überzeugende Argumentation des BGH allenfalls mit der Überlegung hinwegtrösten, dass es nun einmal „kein richtiges Leben im Falschen gibt“.

c. Bereicherungsausgleich auf den Wert der vom Kläger erbrachten Eigenleistungen beschränkt?

Verneint der BGH also einen Aufwendungsanspruch aus GoA und gelangt er damit folgerichtig zu einem bereicherungsrechtlichen Ausgleich, so stellt sich, weil die Schönheitsreparaturen als solche nicht herausgabefähig sind, die Frage, wie sich nach § 818 Abs. 2 BGB die Bereicherung des Vermieters bemisst. Der BGH folgt nicht einer weit verbreiteten Auffassung⁵³, nach der insofern die am Mietobjekt eingetretene Wertsteigerung maßgeblich ist. Nach Ansicht des BGH⁵⁴ steht auch insofern wieder der Entgeltcharakter der Schönheitsreparatur, also deren vermeintliche Funktion als Teil der Vergütung für die Gebrauchsüberlassung entgegen. Der BGH stellt vielmehr auf den Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung für derartige Werkleistungen ab. Dabei kann er dann mit Blick darauf, dass die Schönheitsreparaturen vielfach – und so auch im Streitfall – in Eigenleistung erfolgen, den Wertansatz auf dasjenige beschränken, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen. Im Ergebnis erhält der Mieter also regelmäßig nur, wie der Senat explizit einräumt, einen Bruchteil dessen, was bei der Beauftragung eines Handwerkers hätte aufgewendet werden müssen.

⁵³ Vgl. die Nachw. in BGH NJW 2009, 2590, 2592 Rn. 23.

⁵⁴ S. BGH NJW 2009, 2590, 2592 Rn. 23 f.

Aus meiner Sicht ist das Bemühen des Senates, die Folgen unwirksamer Schönheitsreparatur-Klauseln für den Vermieter in Grenzen zu halten durchaus verständlich, wenn man bedenkt, dass die Unwirksamkeit für die Vermieter vielfach nicht im Vorhinein ersichtlich war, sondern sie von der neuen Rechtsprechung überrascht wurden. Gleichwohl leuchtet es aber nicht ein, die Vorteile aus dem eigenen Einsatz und dem Einsatz von Freunden und Bekannten, die ja nur dem Mieter zuliebe mithelfen, ohne eine Vergütung zu fordern, dem Vermieter zukommen zu lassen.⁵⁵ Deshalb muss mE über die Materialkosten hinaus auch der Wert der in Eigenleistung erbrachten Renovierungsarbeiten mit dem Betrag der für solche Arbeitsleistungen üblichen bzw. angemessenen Vergütung angesetzt werden. Soweit es sich beim Mieter bzw. seinen Helfern um Fachkräfte handelt, ist folglich der übliche Werklohn anzusetzen. Soweit dagegen ungelernete Kräfte zum Einsatz kommen, ist der Betrag zu ersetzen, den man für die Fremdbeschäftigung ungelernerter Hilfskräfte im Bereich häuslicher Arbeitsleistungen hätte aufwenden müssen.

d. Kurze Verjährung des Bereicherungsanspruches

Nach dem unveränderten Zweck des § 548 BGB, „zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen“⁵⁶, muss die kurze Verjährungsfrist auch auf den Bereicherungsanspruch auf Wertersatz wegen rechtsgrundlos erbrachter Schönheitsreparaturen erstreckt werden.⁵⁷ Der vom BGH bejahte Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB verjährt folglich gem. § 548 Abs. 2 BGB sechs Monate nach der Beendigung des Mietverhältnisses. Da es sich dabei grundsätzlich nicht um eine kenntnisabhängige Verjährung handelt, stellt sich im Zusammenhang mit rechtsgrundlos erbrachten Schönheitsreparaturen grundsätzlich nicht die Frage, ob die unübersichtliche Rechtslage bzw. die frühere anspruchsfreudliche Haltung der Rechtsprechung eine hinreichende Kenntnis des Gläubigers iSv § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hindert⁵⁸. Auch wird es zu Recht von der h.M. prinzipiell abgelehnt,

⁵⁵ Ähnl. bereits Lorenz, NJW 2009, 2576, 2577.

⁵⁶ BT-Drs. 14/4553, 45 u. schon Prot. II, S. 177 f.

⁵⁷ Für Erstreckung der kurzen Verjährung auf Aufwendungsersatzansprüche des Mieters aus ungerechtfertigter Bereicherung, soweit diese einen Bezug zum Mietverhältnis haben, die ganz h.M., vgl. etwa Blank/Börstinghaus, 3. Aufl. 2008, § 548 BGB Rn. 24; Staud/Emmerich, 2006, § 548 Rn. 19 m. w. Nachw. auch zur Rspr.

⁵⁸ Dafür in Bezug auf die Rückforderung von im Zusammenhang mit der Ersatzlieferung geleisteter Nutzungsentschädigung beim Verbrauchsgüterkauf Herrler, NJW 2009, 1845 ff. m. w. Nachw.; vgl. auch zur Verjährung nach § 852 BGBaF BGH NJW 2005, 429, 433, wo in Bezug auf einen Amtshaftungsanspruch für den Zeitraum vor Änderung der höchstrichterlichen Beurteilung der Rechtslage ein Lauf der Verjährung verneint wird;

eine anspruchsfreundliche ständige Rechtsprechung als höhere Gewalt iSv § 206 BGB einzuordnen⁵⁹, da andernfalls jede Rechtsprechungsänderung auf lange abgeschlossene Sachverhalte zurückwirken würde.

Abweichend davon kann man allerdings zu einer Anwendung von § 199 BGB und damit auch zur Prüfung der Anforderungen an die Kenntnis gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommen, wenn man entgegen dem BGH⁶⁰ annimmt, dass § 548 Abs. 2 BGB das allgemeine Regelverjährungsregime lediglich um eine (weitere) absolute Höchstverjährungsfrist ergänzt, so dass der Verjährungsbeginn sich gleichwohl nach der allgemeinen Regel des § 199 Abs. 1 BGB richtet.⁶¹ Jedoch deutet im Wortlaut von § 548 Abs. 2 BGB nichts darauf hin, dass es sich um eine bloße Ergänzung der Regelverjährung handelt, was unschwer durch einen Zusatz wie „spätestens“ o.ä. hätte zum Ausdruck gebracht werden können.⁶² Dabei gilt es zu bedenken, dass es sich beim Verjährungsrecht um eine Materie handelt, deren legislative Ausgestaltung dem Gesetzgeber größere Spielräume eröffnet als sie in vielen anderen Bereichen bestehen. Auf die Frage, in welchem Maße die ohnehin recht allgemein gefassten Verjährungszwecke⁶³ es rechtfertigen, das grundsätzlich anzuerkennende Interesse des Gläubigers auf Rechtsdurchsetzung zu beschneiden, sind regelmäßig mehrere rechtspolitisch akzeptable Antworten denkbar. Dies zeigt bereits der Wechsel von einer dreißigjährigen

ähnl. für die Notarhaftung BGH NJW 1999, 2041, 2042 f.; vgl. ferner BGH NJW 1998, 2051, 2052: Kenntnis eines Amtshaftungsanspruches regelmäßig nicht vor der rechtskräftigen Entscheidung über die Eröffnung des strafrechtlichen Hauptverfahrens; BGHZ 6, 195, 196: „Bei verwickelter und zweifelhafter Rechtslage kann es jedoch anders sein, die Verjährungsfrist also erst nach Klärung dieser Zweifel zu laufen beginnen.“

⁵⁹ Vgl. die Nachw. bei MünchKomm/Grothe, 5. Aufl. 2006, § 206 Rn. 5; Bamberger/Roth/Henrich, 2. Aufl. 2007, § 206 Rn. 6; Palandt/Heinrichs, 68. Aufl., 2009, § 206 Rn. 7; in diesem Sinne auch die Begr. zum RegE des SMG, vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 119.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 2008, 2256, 2257; ebenso Staud/Emmerich, 2006, § 548 Rn. 34 m. w. Nachw. zum Meinungsstand. Der BGH sieht ferner auch in § 548 Abs. 2 BGB eine die Regelverjährung verdrängende Spezialregelung, vgl. BGHZ 162, 30.

⁶¹ In diesem Sinne Eckert, NZM 2008, 313 ff.; Blank/Börstinghaus, 3. Aufl. 2008, § 548 BGB Rn. 30; zum alten Recht Bub/Treier/Gramlich, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, Rn. VI 52; OLG Celle 1962, 1918.

⁶² Zur später aufgegebenen Absicht des historischen BGB-Gesetzgebers, die Regelung des § 558 Abs. 1 BGBaF um einen Absatz zu ergänzen, der lauten sollte: „Die Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruch entstanden ist, wenn nicht der Anspruch gem. Abs. 1 früher verjährt ist.“ vgl. Achilles/Gebhard/Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 1898, S. 177; dazu jüngst auch Eckert, NZM 2008, 313.

⁶³ Vgl. dazu nur MünchKomm/Grothe, 5. Aufl. 2006, vor § 194 BGB Rn. 6 bis 9 m.w.Nachw.

kenntnisabhängigen zu einer dreijährigen kenntnisabhängigen Regelverjährung im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung. Mit Blick auf diese Besonderheit muss aber im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dem Wortlaut einer Verjährungsvorschrift bei der Auslegung in der Regel besondere Bedeutung beigemessen werden. Darüber hinaus spricht gegen eine kumulative Anwendung von § 199 BGB und § 548 BGB, dass die verjährungsrechtliche Spezialregelung nicht ausschließlich auf Verjährungsverkürzung zielt, sondern auch dem Zweck dient, das laufende Mietverhältnis nicht mit der verjährungsvermeidenden Geltendmachung von Ansprüchen zu belasten.⁶⁴

Zur Frage der subjektiven Voraussetzungen der Regelverjährung könnte man schließlich durch Verallgemeinerung einer jüngst vom BGH geäußerten Ansicht kommen wollen.⁶⁵ So hat der BGH für den Sonderfall der Beendigung des Mietverhältnisses durch Veräußerung der Mietsache entschieden, dass die Verjährung von Aufwendungsersatzansprüchen des Mieters nach § 548 Abs. 2 BGB erst mit der Kenntnis des Mieters von der Eintragung im Grundbuch beginnt.⁶⁶ Daraus eine generelle Kenntnisabhängigkeit des Verjährungsbeginns nach § 548 Abs. 2 BGB herleiten zu wollen, steht aber nicht nur in Widerspruch zu dem klaren Wortlaut der Regelung, sondern auch zu dem – bereits erwähnten – Zweck der Regelung, nach Beendigung des Mietverhältnisse rasch für Klarheit zu sorgen.

II. Aufwendungsersatz aus § 284 BGB anstelle von Schadensersatz statt der Leistung aus § 536a Abs. 1 BGB

Oben⁶⁷ wurde betont, dass im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Schadensarten grundsätzlich entbehrlich ist, weil dort der Oberbegriff „Schadensersatz“ verwendet wird. Die Abgrenzung zwischen den Schadensarten spielt allerdings insofern auch für die mietrechtliche Gewährleistung eine Rolle, als nach § 284 BGB jedenfalls

⁶⁴ In diesem Sinne auch BGH NJW 2008, 2256, 2257. Diese Erwägungen sprechen allerdings grundsätzlich dagegen, eine Verwirkung für den Fall zu bejahen, dass der Mieter vor Beendigung des Mietverhältnisses eine ungebührlich lange Zeit verstreichen lässt, bevor er die Aufwendungsersatzansprüche geltend macht; dafür aber zum alten Recht BGH NJW 1959, 1629.

⁶⁵ BGH NJW 2008, 2256.

⁶⁶ Ebenso Blank/Börstinghaus, 3. Aufl. 2008, § 548 BGB Rn. 31; Palandt/Wiedenkauff, 68. Aufl., 2009, § 548 Rn. 12; Staud/Emmerich, 2006, § 548 BGB Rn. 37; offen gelassen für das alte Recht BGH NJW 1965, 1225, 1226; kritisch aber Eckert, NZM 2008, 313.

⁶⁷ Vgl. unter B.I.

anstelle⁶⁸ des Schadensersatzes statt der Leistung Aufwendungsersatz verlangt werden kann. Soweit also insbesondere im Falle eines Mietmangels aus § 536a Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann, ist der Mieter alternativ dazu berechtigt, nach § 284 BGB Ersatz für Aufwendungen zu fordern, deren Zweck durch den Mietmangel frustriert wurde. Solche Aufwendungen stellen nach herkömmlicher Definition des Vermögensschadens als solche keinen Schaden dar, weil das Vermögen des Vermieters auch dann, wenn die Mietsache keinen Mangel aufweisen würde, der Vermieter also einwandfrei erfüllt hätte, mit der Aufwendung belastet wäre. Die heute unter den Voraussetzungen des § 284 BGB gegebene Ersatzfähigkeit stellt eine Abweichung zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung dar. Denn unter dem alten Recht waren frustrierten Aufwendungen nur im Rahmen des Schadensersatzes ersatzfähig, dies allerdings nur dann, wenn zugunsten des Mieters die sog. Rentabilitätsvermutung stritt. Danach war bei sog. kommerziellen Aufwendungen, also bei Aufwendungen, die zum Zwecke der Gewinnerzielung getätigt wurden der Eintritt eines Vermögensschadens zu vermuten, wenn nach den Umständen angenommen werden konnte, dass die Aufwendungen des Mieters bei ungestörter Vertragsdurchführung rentabel gewesen, der Mieter die angefallenen Kosten also aus den Erträgen gedeckt hätte.⁶⁹ Dies war aber regelmäßig nur bei gewerblicher Miete der Fall. Dagegen hilft § 284 BGB heute auch dem Wohnraummieter, der Aufwendungen zu ideellen oder konsumtiven Zwecke getätigt hat. Eine solche Konstellation lag etwa einer Entscheidung des AG Eisenach vom Januar 2007⁷⁰ zugrunde. In casu hatte der Mieter zur Steigerung seines Wohnkomforts nach Einwilligung der Vermieterseite neue Fenster und eine neue Heizung einbauen lassen. Anschließend erwies sich das Gebäude wegen vom Vermieter zu vertretenden Hausschwamms als baufällig. Das Gericht bejahte einen Anspruch des Mieters auf Ersatz frustrierter Aufwendungen in Gestalt der Kosten für Fenster und Heizung aus § 284 BGB.

⁶⁸ Dazu, dass der Aufwendungsersatz entgegen der hM auch neben den Schadensersatz statt der Leistung treten kann, sofern dies nicht zu einer Doppelkompensation führt, vgl. Gsell, in Dauer-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S 321, 338 ff.; Faust, in: P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rz. 49; Erman/Westermann, 12. Aufl. 2008, § 284 Rn. 3; Reim, NJW 2003, 3662, 3667.

⁶⁹ Vgl. BGHZ 136, 102, 105; s. zur Rentabilitätsvermutung unter dem alten Recht näher Staud/Emmerich, 2006, § 536a Rn. 23.

⁷⁰ Az. 54 C 502/03 v. 18.1.2007. Das Gericht bejaht zwar einen Verstoß gegen die Erhaltungspflicht aus § 535 BGB, stützt die Haftung allerdings dennoch nicht auf § 536a Abs. 1 BGB iVm § 284 BGB, sondern auf § 311 Abs. 2 BGB iVm § 284 BGB. Bedenkt man, dass die Wohnung aufgrund des Schwammes baufällig war und möglicherweise gar nicht mehr instandgesetzt werden konnte, so ist auch eine nachträgliche dauerhafte objektive Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB denkbar, so dass an eine Anwendung von § 283 iVm § 284 BGB zu denken ist, s. allg. dazu Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VIII 204.

E. Ansprüche des Vermieters wegen Beschädigung der Mietsache

I. Allgemeine vertragliche Schadensersatzhaftung

Beschädigt der Mieter die Mietsache, so haftet er dem Vermieter grundsätzlich nach den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, also nach § 280 Abs. 1 BGB iVm § 276 BGB, wenn er schuldhaft die ihm aus dem Mietvertrag erwachsende Nebenleistungspflicht verletzt, die Mietsache als Rechtsgut des Vermieters pfleglich zu behandeln und also nicht zu beschädigen. Daneben kommen ggf. auch deliktsrechtliche Ansprüche insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

1. Abgrenzung des vertragsmäßigen vom vertragswidrigen Gebrauch

Allerdings stellt § 538 BGB klar, dass Veränderungen oder Verschlechterungen, die durch vertragsgemäßen Gebrauch eintreten, nicht zur Haftung führen. Dies ist ganz folgerichtig, zahlt doch der Mieter für den vertragsgemäßen Gebrauch den Mietzins. Von erheblicher Bedeutung ist damit die Grenze zwischen vertragsmäßigem und vertragswidrigem Gebrauch.

Praktisch relevant ist die Grenzziehung etwa immer wieder geworden im Zusammenhang mit dem Rauchen. Während der VIII. Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 noch angenommen hatte, dass Rauchen in einer Mietwohnung dann, wenn keine untersagende oder einschränkende Vereinbarung getroffen worden sei, grundsätzlich nicht vertragswidrig sei⁷¹. Seinerzeit hatte der Senat allerdings noch offen gelassen, ob für exzessives Rauchen etwas anderes gelte. In einer Entscheidung vom März vergangenen Jahres hat der VIII. Senat die von den Instanzgerichten wie auch der Literatur kontrovers diskutierte Frage⁷² nunmehr dahin entschieden, dass ein vertragswidriger, die Schadensersatzpflicht auslösender Gebrauch dann vorliege, wenn dadurch Verschlechterungen verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen iSv § 28 Abs. 4 S. 3 der II. BerechnungsVO beseitigen lassen.⁷³ Auch wenn in der Literatur geltend gemacht wird, die vom BGH angenommene Schwelle für eine Schadensersatzpflicht des Mieters werde „faktisch...so gut wie nie erreicht“⁷⁴, so liefert das Urteil aus meiner Sicht dennoch ein schönes Beispiel dafür, wie die Vertragsauslegung abhängig ist vom sich wandelnden sozialen Kontext und der jeweiligen Verkehrsanschauung. Aus Vermietersicht bleibt die Frage, ob er sich vertraglich hinreichend gegen Rauchschäden

⁷¹ BGH NJW 2006, 2915, 2917.

⁷² Vgl. die Nachw. in BGH NJW 2008, 1439, 1440 Rn. 22.

⁷³ BGH NJW 2008, 1439, 1440 Rn. 22 f.

⁷⁴ Paschke, NZM 2008, 265, 267; ähnl. Hau, LMK 2008, 261535.

absichern kann. Wenn insoweit gegen die Zulässigkeit selbst eines individualvertraglichen Rauchverbotes geltend gemacht wird, das Rauchen dürfe dem Mieter als freie Entfaltung seiner Persönlichkeit in der Wohnung als Zentrum seiner Lebensgestaltung nicht verboten werden⁷⁵, so spricht dafür einiges. Eine unbillige Benachteiligung des Vermieters ist dennoch zu verneinen, wenn man dem BGH folgt. Denn gegen Schäden, die durch bloße Schönheitsreparaturen zu beseitigen sind, kann der Vermieter sich jedenfalls grundsätzlich verwahren, indem er die Pflicht zu Schönheitsreparaturen auf den Mieter überwälzt.⁷⁶

2. Darlegungs- und Beweislast bei ungeklärter Schadensursache

Probleme bereitet aber nicht nur die Frage, ob ein erwiesenermaßen schädigendes Verhalten einen vertragsmäßigen oder vertragswidrigen Gebrauch darstellt. Schwierigkeiten ergeben sich in Bezug auf die Haftungsgrenze des § 538 BGB nicht selten aus tatsächlichen Unsicherheiten über den Geschehensablauf, nämlich dann, wenn unklar ist, ob Schadensursache ein vertragswidriger Gebrauch durch den Mieters ist oder aber ein anderer Umstand, etwa Witterungseinflüsse oder das Verhalten Dritter. Entscheidend für den praktischen Ausgang des Prozesses ist in solchen Fällen die Beweislastverteilung. Diese wird vielfach pauschal als Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen gekennzeichnet. Dies ist aber im Zusammenhang mit einer möglichen Schadensersatzhaftung des Mieters zumindest missverständlich. Denn nach mittlerweile grundsätzlich gesicherter Rechtsprechung⁷⁷ muss der Vermieter grundsätzlich beweisen, dass der Schaden dem Obhutsbereich des Mieters entstammt, insbesondere indem er sämtliche möglichen Ursachen, die in den Verantwortungsbereich des Vermieters fallen⁷⁸ sowie eine mögliche Verursachung durch Dritte⁷⁹ ausräumt, für die der Mieter nicht nach § 278 BGB haftet. Schon diese Belastung des Vermieters mit einem non-liquet hinsichtlich Drittsachen zeigt, dass der Vermieter nicht nur hinsichtlich seines Verantwortungsbereiches die Beweislast trägt, sondern es prinzipiell bei der allgemeinen Regel bleibt, nach welcher der Vermieter als Anspruchsteller die Anspruchsvoraussetzungen beweisen muss. Erst wenn also feststeht, dass der Schaden im Obhutsbereich des Mieters entstanden ist, trifft den Mieter die Beweislast dafür, dass der Schaden durch vertragsmäßigen Gebrauch

⁷⁵ Vgl. die Nachw. in BGH NJW 2008, 1439, 1440 Rn. 22.

⁷⁶ So zutreffend BGH NJW 2008, 1439, 1440 Rn. 23.

⁷⁷ Zur früheren Annahme einer wesentlich weiterreichenden Beweisbelastung des Mieters s. Staud/Emmerich, 2006, § 538 Rn. 13.

⁷⁸ Vgl. BGH NJW-RR 2005, 235; in diesem Sinne auch AG Schöneberg, WuM 2008, 477, 478.

⁷⁹ BGH NJW-RR 2005, 381.

entstanden ist oder von ihm nicht zu vertreten ist.⁸⁰ So konnte sich etwa eine Mieterin von der Haftung entlasten im Falle von Fogging, das erwiesenermaßen durch das Zusammenwirken von Emissionen aus einem von der Mieterin eingebrachten Teppichbodens und aus von ihr verwendeter Wandfarbe sowie eines von ihr im Winter veranlassten Fensterputzes entstanden war. Denn all diese Verhaltensweisen stellten sich als vertragsmäßiger Gebrauch dar und waren damit nicht nach § 538 BGB zu vertreten.⁸¹ In der betreffenden Entscheidung⁸² stellte der BGH übrigens zu Recht klar, dass § 538 BGB entgegen der missverständlichen Überschrift auch solche Verschlechterungen infolge vertragsmäßigen Gebrauchs erfasst, die sich nicht als Abnutzungen verstehen lassen. Zutreffend verweist der BGH auf den Wortlaut der Bestimmung, die einschränkungslos von Verschlechterungen spricht.

II. Schadensersatz wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Anzeige eines Mangels § 536c Abs. 2 S. 1 BGB

Schadensersatzpflichtig kann der Mieter sich schließlich nach § 536c Abs. 2 S. 1 BGB dadurch machen, dass er die ihm nach § 536c Abs. 1 BGB obliegende Anzeigepflicht verletzt. Auch in dieser Konstellation stellt sich wieder die Frage, wen die Beweislast trifft für die Verletzung der Anzeigepflicht und die Kausalität der Verletzung für den entstandenen Schaden. Nach den allgemeinen Beweislastregeln und dem Wortlaut der Anspruchsgrundlage müsste man auch hier wieder grundsätzlich den Vermieter für beweisbelastet erachten. Doch auch in dieser Konstellation wird vielfach hinsichtlich der (mangelnden) Verletzung der Anzeigepflicht der Mieter für beweisbelastet erachtet.⁸³ Aus meiner Sicht gilt genauso wie in Bezug auf einen möglichen Rechtsverlust des Mieters nach § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB, dass die mögliche Beweisnot des Vermieters allenfalls eine sekundäre Darlegungslast des Mieters hinsichtlich Form und Zeitpunkt der Mängelanzeige rechtfertigt.

⁸⁰ BGH NJW-RR 2005, 381, 382 m.w.Nachw.

⁸¹ S. BGH NJW 2008, 2432.

⁸² S. die vorhergehende Fn.

⁸³ OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 952 unter Verweis auf; BGH NJW-RR 2002, 515, wo es aber nicht um einen Schadensersatzanspruch des Vermieters ging; s. zur Beweislast auch schon oben vor und mit Fn. 26.