

**e) Kündigung/Rücktritt/Widerruf****aa) Kündigung**

- 90 Das Mietverhältnis kann ferner durch Kündigung beendet werden. Die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung ist aus Gründen der Übersichtlichkeit Gegenstand eines gesonderten Kapitels (ab Rn. 341 ff.). Hier sollen jedoch schon einmal zur „Einstimmung“ die Grundlinien aufgezeigt werden. Bei der Beendigung eines Mietverhältnisses durch Kündigung ist zu unterscheiden, ob es sich um einen wirksam befristeten Mietvertrag handelt oder ob das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit läuft.

**(1) Kündigung eines wirksam befristeten Mietvertrages**

- 91 Wie wir oben unter Rn. 75 bereits gesehen haben, führt eine wirksame Befristung dazu, dass das ordentliche Kündigungsrecht der Parteien ausgeschlossen ist. Jedoch bleibt es den Parteien nach § 542 Abs. 2 Nr. 1 unbenommen, das Mietverhältnis in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich zu kündigen, etwa aus wichtigem Grund nach § 543.

**(2) Kündigung eines Mietverhältnisses mit unbestimmter Laufzeit**

- 92 Das Mietverhältnis mit unbestimmter Laufzeit kann von den Parteien nicht nur außerordentlich, sondern auch ordentlich gekündigt werden, § 542 Abs. 1.
- 93 In **Wohnraummietverhältnissen** gelten für die ordentliche Kündigung besondere Schutzvorschriften zugunsten des Mieters: Der Vermieter kann nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat, § 573. Außerdem steht dem Mieter in besonderen Härtefällen ein Widerspruchsrecht zu, §§ 574 ff. Schließlich verlängert sich die Kündigungsfrist je nach Vertragsdauer einseitig zum Nachteil des Vermieters, § 573c.
- 94 Für **alle anderen Mietverhältnisse** gelten keine besonderen Einschränkungen. Die Kündigungsfrist bestimmt sich nach § 580a.

**(3) Verlängerung durch Fortsetzung des Gebrauchs (§ 545)**

- 95 Wird das Mietverhältnis durch Kündigung beendet, ist wie bei den sonstigen, oben genannten Beendigungsgründen an eine Verlängerung durch fortgesetzten Gebrauch des Mieters nach § 545 zu denken. Der **Widerspruch des Vermieters** gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses kann **bereits in der Kündigung** erklärt werden.<sup>143</sup>

**bb) Rücktritt**

- 96 Im Fall eines wirksamen Rücktritts enden die Primärleistungspflichten, die durch Rückgewährpflichten nach §§ 346 ff. ersetzt werden.<sup>144</sup> Wie die Kündigung beendet also auch der Rücktritt die Primärleistungspflichten für die Zukunft. Anders als die Kündigung lässt der Rücktritt den früheren, bis zum Rücktritt vollzogenen Leistungsaustausch (Gebrauchsgewährung gegen Mietzahlung) aber nicht unberührt, sondern führt Rückgewährpflichten gem. §§ 346 ff. herbei. Das Bestehen des Rücktrittsrechts hängt davon ab, ob ein vertragliches oder ein gesetzliches Rücktrittsrecht vorliegt.

143 BGH Urteil vom 12.7.2006 (Az.: XII ZR 178/03) unter Tz. 25 = NJW-RR 2006, 1385 f.

144 Vgl. zu den Rückgewährpflichten im Einzelnen die Darstellung im Skript „Schuldrecht AT II“ unter Rn. 258 ff.

**(1) Vertraglich vorbehaltenes Rücktrittsrecht**

Die Parteien können im Mietvertrag vereinbaren, dass einer Partei oder beiden Parteien unter bestimmten Voraussetzungen vor oder nach Überlassung des Mietobjekts ein Rücktrittsrecht zusteht.

In **Wohnraummietverhältnissen** könnte der Vermieter jedoch den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 573 ff. umgehen, indem er mit dem Mieter ein freies, nicht an die strengen Voraussetzungen des § 573 gebundenes Rücktrittsrecht vereinbart. Der Vermieter könnte sich dadurch jederzeit vom Vertrag lösen, ohne zur Kündigung berechtigt zu sein. Deshalb ordnet § 572 Abs. 1 an, dass sich der Vermieter nicht auf eine Vereinbarung berufen kann, kraft derer er berechtigt sein soll, **nach Überlassung des Wohnraums an den Mieter** vom Vertrag zurückzutreten.

97 » Überlegen Sie noch einmal, warum es in § 572 Abs. 1 heißt, der Vermieter könne sich auf sein Rücktrittsrecht „nicht berufen“. «

**(2) Gesetzliches Rücktrittsrecht**

**Vor Überlassung** des Mietobjekts stehen den Parteien die gesetzlichen Kündigungsrechte wegen Pflichtverletzung (§§ 323, 324, 326 Abs. 5) oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3) offen. Sie konkurrieren dann mit dem außerordentlichen Kündigungsrecht wegen Pflichtverletzung aus § 543 (ggf. i.V.m. § 569).<sup>145</sup>

**Beispiel** V vermietet M Gewerberäume auf unbestimmte Zeit, die am 1.3 übergeben werden sollen. Kommt es am 1.3. nicht zur Übergabe, ließe sich die seit dem 1.3. verstrichene Zeit nicht mehr nachholen. In diesem Fall tritt durch die Verzögerung automatisch auch Unmöglichkeit der Vermieterleistung für die verstrichene Zeit ein. Daraus ergibt sich für den Mieter bei Wegfall seines Interesses ein Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 (i.V.m. § 323 Abs. 5, 6).<sup>146</sup> ■

**Nach Überlassung** der Mietsache werden die gesetzlichen Rücktrittsrechte durch das Kündigungsrecht nach § 543 (ggf. i.V.m. § 569) vollständig verdrängt.<sup>147</sup>

**Beispiel** Während der Wintermonate fällt in der von V an den M vermieteten Wohnung die Heizung aus. Trotz Fristsetzung des M kommt V seiner Reparaturpflicht gem. § 535 Abs. 1 S. 2 nicht nach. M kann hier zwar nicht nach § 323 zurücktreten, aber nach § 543 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 fristlos kündigen. ■

**cc) Widerruf (§ 355)**

Ein Verbraucherwiderruf kommt bei Mietverträgen nur selten in Betracht. Zu denken wäre an den Fall, dass der Vermieter als (gewerblich handelnder) Unternehmer i.S.d. § 14 dem Mieter als Verbraucher i.S.d. § 13 Wohnraum vermietet hat und nun – zum Beispiel wegen Auslaufens des Mietvertrages – den Mieter unaufgefordert in dessen Wohnung aufsucht, um einen neuen Vertrag zu schließen (vgl. §§ 312b Abs. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1).<sup>148</sup>

99

145 MüKo-Ernst § 323 Rn. 38.

146 BGH NJW 1992, 3226, 3227 f. unter Ziff. 2c; MüKo-Ernst § 323 Rn. 38.

147 BGH in BGHZ 50, 312, 315 unter Ziff. II 2 = NJW 1969, 37.

148 Vgl. OLG Braunschweig NJW-RR 2000, 63 ff.

### 3. Durchsetzbarkeit

- 100 Jeder Anspruch ist durchsetzbar, wenn er fällig ist und keine Einreden entgegenstehen.

#### Hinweis

Hat der Schuldner nach dem Ihnen vorliegenden Sachverhalt eine einschlägige Einrede noch nicht erhoben, prüfen Sie den Einredestatbestand trotzdem durch und weisen ggf. darauf hin, dass die Einrede noch geltend gemacht werden könnte.<sup>149</sup> Dies kann nämlich auch noch im späteren Prozess geschehen.

#### a) Fälligkeit

- 101 Die **Fälligkeit** richtet sich in der Regel nach den Parteivereinbarungen, da die Parteien den Beginn des Mietverhältnisses zum Gegenstand ihrer Vereinbarung machen. Im Zweifel ist von einem sofortigen Beginn des Mietverhältnisses und damit nach § 271 Abs. 1 von einer sofortigen Fälligkeit auszugehen.

#### b) Einreden

##### aa) Verjährung

- 102 Die **Einrede der Verjährung** spielt in Bezug auf den Primäranspruch des Mieters keine nennenswerte Rolle. Dies liegt daran, dass der Anspruch als in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung ständig neu entsteht und deswegen nach h.M. während des Mietverhältnisses **unverjährbar ist**.<sup>150</sup> Für die Fristenregelung gem. §§ 195, 199 fehlt es am maßgeblichen „Stichtag“, an den angeknüpft werden könnte – oder, anders ausgedrückt: Die Verjährungsfrist würde permanent neu beginnen und dadurch niemals enden.

##### bb) Zurückbehaltungsrechte aus §§ 273, 320



- 103 Klausurrelevant ist im Mietrecht die Einrede des **Zurückbehaltungsrechts aus §§ 273, 320**. Macht der Vermieter etwa wegen Verzugs des Mieters mit seinen Mietzahlungen von seinem Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Gebrauch und stellt vertragliche geschuldete Nebenleistungen ein, stellt sich die Frage, ob damit nicht bereits die Grenzen zur **Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht** überschritten sind und dem Mieter deshalb sog. „possessorische“ Schutzansprüche aus §§ 862 Abs. 1, 858 Abs. 1 zustehen. Deren Vorzug besteht darin, dass die Leistungsverweigerungsrechte des Vermieters aus dem Mietvertrag eine verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 tatbestandlich nicht „heilen“ können und deshalb bei diesen Ansprüchen gem. § 863 auch nicht berücksichtigt werden.<sup>151</sup> Die berechnete Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Mieter könnte daher durch die konkurrierenden Ansprüche aus §§ 862 Abs. 1, 858 unterlaufen werden und bliebe im Ergebnis ohne Bedeutung. Dieses Problem stellt sich regelmäßig bei der Überlassung von Räumen als Wohnung oder zu gewerblichen bzw. freiberuflichen Zwecken, wenn der Vermieter die Versorgung der Räume mit Wärme (Heizung), Strom etc. wegen Zahlungsverzuges des Mieters einstellt.

<sup>149</sup> Petersen JURA 2008, 422 unter Ziff. I.

<sup>150</sup> BGH Urteil vom 17.2.2010 (Az.: VIII ZR 104/09) unter Tz. 16 f. = NJW 2010, 1292 m.w.N.

<sup>151</sup> Näher zum „possessorischen Besitzschutz“ siehe im Skript „Sachenrecht I“ unter Rn. 311 ff.

**Beispiel** V vermietet dem M Büroräume zum Betrieb einer Arztpraxis, für die der M eine monatliche Miete einschließlich Nebenkosten-vorauszahlungen zu entrichten hat. M gerät mit den letzten drei Mieten in Verzug. Daraufhin droht der V dem M an, während des Verzuges die von ihm nach dem Vertrag geschuldete Versorgung der Räume mit Strom, Wärme und Wasser durch Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts (§ 320) einzustellen (sog. „Versorgungssperre“) und setzt dem M eine Frist von 2 Wochen zum Ausgleich des Zahlungsrückstandes und zur Vermeidung der Sperre. M sagt, die Androhung sei ihm egal und verlangt von V nach §§ 862 Abs. 1, 858 auch über das Fristende hinaus die weitere vollständige Versorgung seiner Räume, da er durch die Vorenthaltung von Strom, Wärme und Wasser in seinem Besitzrecht gestört werde. V stellt nach Fristablauf die Zufuhr von Strom, Wärme und Wasser ab. ■



In einer solchen Situation ist streng zwischen dem Anspruch des Mieters aus dem Mietvertrag und ergänzenden possessorischen Ansprüchen zu unterscheiden. **104**

Die Pflicht des Vermieters aus dem **Mietvertrag** gem. § 535 Abs. 1 umfasst alle Leistungen, die erforderlich sind, um dem Mieter den Gebrauch am Mietobjekt zu gewähren und dabei den vertragliche geschuldeten Zustand aufrechtzuerhalten (siehe bereits oben unter Rn. 30 ff.). Aus dem Mietvertrag ist der Vermieter daher bei der Überlassung von Räumen zu Wohnzwecken oder zur Ausübung eines freien Berufes bzw. Gewerbes unter anderem verpflichtet, die Versorgung des Mieters mit Wasser, Strom und Wärme sicherzustellen. **105**

### Hinweis

Allerdings kann auch vereinbart werden, dass der Mieter derartige Versorgungsdienstleistungen direkt vom Versorgungsunternehmen bezieht und dazu eigene Verträge mit dem jeweiligen Unternehmen schließen muss.<sup>152</sup>

Gerät der Mieter mit der Zahlung der Miete in Verzug, steht dem Vermieter grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 als „Druckmittel“ zur Verfügung.<sup>153</sup> Er kann deshalb gegen den Primäranspruch gem. § 535 Abs. 1 ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht geltend machen und damit zum Beispiel seine Versorgungsleistungen, die mit der Miete ja auch bezahlt werden, vorübergehend einstellen. Dem steht nicht entgegen, dass das Aussetzen der Versorgung in Bezug auf den Zeitraum der „Sperre“ zu einer Unmöglichkeit der Vermieterleistung führt. Andernfalls würde dem Gläubiger in Dauerschuldverhältnissen die Einrede aus § 320 stets versagt, was sich weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn des Zurückbehaltungsrechts als „Druckmittel“ vereinbaren lässt.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> BGH in BGHZ 115, 99 ff. unter Ziff. II 1 = NJW 1991, 2645 f.

<sup>153</sup> Siehe zu den Zurückbehaltungsrechten im Skript „Schuldrecht AT I“ unter Rn. 388 ff.

<sup>154</sup> KG NJW-RR 2004, 1665 f. unter Ziff. II 2b m.w.N. = NZM 2005, 65 f.

**JURIQ-Klausurtipp**

Hier müssen Sie zunächst sorgfältig prüfen, ob der Mieter überhaupt in Verzug geraten ist. Möglicherweise schuldet er wegen Mängeln nach § 536 Abs. 1 nur eine verminderte Miete. Außerdem mag es sein, dass dem Mieter seinerseits Zurückbehaltungsrechte zur Seite stehen, die einen Verzug mangels Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruches ausschließen.

Allerdings steht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch unter dem **Vorbehalt von Treu und Glauben**, § 320 Abs. 2. Wann die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts in Form einer sog. „Versorgungssperre“ treuwidrig ist, wird sehr unterschiedlich beurteilt.

Einigkeit besteht zunächst darin, dass der Vermieter den Mieter die Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts durch Einstellen bestimmter Versorgungsleistungen angemessen **im Voraus androhen und Gelegenheit zur Abwendung dieser Sanktion durch Ausgleich des Zahlungsrückstandes geben muss**.<sup>155</sup> Andernfalls droht eine Überrumpelung des Mieters, der mit dieser Sanktion nicht unbedingt rechnen muss.

Einigkeit besteht außerdem darin, dass die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten des Vermieters unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Einzelfall gegen die Interessen des Mieters und die Auswirkungen auf sonst betroffene Personen abgewogen werden muss.

Dabei kommt dem Ausmaß der Pflichtverletzung des Mieters erhebliche Bedeutung zu. Zu fragen ist also, ab welchem Zahlungsrückstand eine Einstellung der Versorgung des Mieters mit Nebenleistungen wie Strom, Wasser, Wärme, etc. in Betracht kommt. Aus Wertungsgründen erscheint es angemessen, auf eine **Verzugslage abzustellen, die den Vermieter auch zur fristlosen Kündigung berechtigen würde**.<sup>156</sup> Wenn das Gesetz dem Vermieter erlaubt, seine Leistungspflichten aus dem Mietverhältnis insgesamt fristlos zu beenden, muss es erst recht möglich sein, zu der weniger einschneidenden Maßnahme der vorübergehenden Sperre einzelner Leistungen zu greifen. Entscheidend sind also die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, wobei in **Wohnraummietverhältnissen** noch die Klarstellung in § 569 Abs. 3 Nr. 1 (bitte lesen!) zu berücksichtigen ist.

Sodann sind die **Folgen der Versorgungssperre für den Mieter und andere Personen** einerseits und die **Zumutbarkeit einer weiteren Versorgung auf Kosten des Vermieters** andererseits in den Blick zu nehmen.

Bei Mietverhältnissen **über andere Sachen als Wohnraum** wird der entscheidende Abwägungsgesichtspunkt darin gesehen, ob dem Vermieter durch die weitere Versorgung **eine Ausweitung seines Schadens** droht.<sup>157</sup> Dies ist dann der Fall, wenn er die Versorgungsleistungen auf eigene Kosten erbringen muss und der Mieter auch die diesbezüglichen Nebenkostenvorauszahlungen nicht mehr erbracht hat.<sup>158</sup> Anders liegt es, wenn der Mieter die Nebenkostenvorschüsse weiter entrichtet und nur mit der Grundmiete in Verzug ist, oder

155 BGH Urteil vom 6.5.2009 (Az.: XII ZR 137/07) unter Tz. 18 = NJW 2009, 1947, 1948; KG NJW-RR 2004, 1665 f. unter Ziff. II 2c a.E. = NZM 2005, 65 f.; Herrlein NZW 2006, 527, 529 unter Ziff. III 1 a.E.

156 KG NJW-RR 2004, 1665 f. unter Ziff. II 2c a.E. = NZM 2005, 65 f.; Herrlein NZW 2006, 527, 529 unter Ziff. III 1 m.w.N.

157 BGH Urteil vom 6.5.2009 (Az.: XII ZR 137/07) unter Tz. 16, 17 m.w.N. = NJW 2009, 1947, 1948.

158 BGH a.a.O.

wenn der Mieter die Entgelte für den Energiebezug direkt mit dem Versorgungsunternehmen abrechnet. In diesen Fällen darf der Vermieter die von ihm geschuldete „Durchleitung“ der Energie nicht unterbrechen.<sup>159</sup>

Im *Beispiel* hatte der M sowohl die Zahlung der Grundmiete als auch die Zahlung der Nebenkostenanteile eingestellt. V hatte dem M zuvor die Ausübung einer Versorgungssperre angedroht und ausreichend Gelegenheit zur Zahlung gegeben. Der Zahlungsrückstand hätte den V sowohl nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a als auch lit. b zur fristlosen Kündigung berechtigt, so dass V von seinem nach § 320 Abs. 1 eröffneten Zurückbehaltungsrecht durch Ausübung der Versorgungssperre auch ohne fristlose Kündigung Gebrauch machen konnte.

Bei **Wohnraummietverhältnissen** müssen an die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts **schärfere Anforderungen** gestellt werden.<sup>160</sup> Die Wohnung genießt als Lebensmittelpunkt des Mieters und Raum zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit einen besonderen Schutz, dem der Gesetzgeber durch besondere Schutzregelungen im Mietrecht Rechnung trägt.<sup>161</sup> Den besonderen Interessen des Mieters am Erhalt seines Nutzungsrechts an der Wohnung stehen andererseits die Interessen des Vermieters gegenüber. Im Falle des Zahlungsverzuges des Mieters gestattet der Gesetzgeber dem Vermieter zwar nach Maßgabe der §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 die fristlose Kündigung. Auch nach fristloser Kündigung kann der säumige Wohnungsmieter aber sein Nutzungsrecht „retten“, indem er den Vermieter innerhalb der in § 569 Abs. 3 Nr. 2 gesetzten Fristen befriedigt oder sich eine öffentliche Stelle (z.B. Sozialamt) zur Befriedigung verpflichtet. Außerdem besteht noch die Möglichkeit eines Schutzes durch Räumungsfristen in der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 721, 765a, 794a ZPO. Dem in diesen Regeln zum Ausdruck gebrachten besonderen Schutz des Wohnraummieters muss auch bei der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Vermieter Rechnung getragen werden. Das Zurückbehaltungsrecht muss zunächst nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 dann entfallen, wenn der Rückstand unterhalb der nach §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 maßgeblichen Grenze zurückgeführt wurde, sondern auch dann, wenn sich eine öffentliche Stelle zum Ausgleich des Rückstands verpflichtet. Dann ist dem Vermieter eine weitere Versorgung des Mieters ohne weiteres zumutbar. Selbst wenn eine solche Absicherung fehlt, kann eine Zumutbarkeit dann anzunehmen sein, wenn die Unterbrechung der Versorgung mit Energie erhebliche Gesundheitsgefährdungen des Mieters oder seiner Angehörigen zur Folge hätte.<sup>162</sup> Bei dem Interessenausgleich müssen die Interessen des Vermieters allerdings nicht vollständig zurückstehen. Auch im Wohnraummietrecht ist zu berücksichtigen, ob sich der Mieter vertragstreu verhält oder nicht.<sup>161</sup> Deshalb wird man ein Zurückbehaltungsrecht dann für zulässig halten müssen, wenn dem Vermieter im Hinblick auf den erreichten Zahlungsrückstand durch die weitere Versorgung des Mieters mit Energie ein nicht mehr zumutbarer wirtschaftlicher Schaden entsteht.

<sup>159</sup> BGH a.a.O.

<sup>160</sup> So die Andeutungen des BGH in seinem Urteil vom 6.5.2009 (Az.: XII ZR 137/07) unter Tz. 17, 18 = NJW 2009, 1947, 1948 – da der Fall ein Mietverhältnis über Geschäftsräume betraf, musste der BGH dies nicht endgültig entscheiden.

<sup>161</sup> BVerfG in BVerfGE 89, 1, 6 unter Ziff. C I 2b = NJW 1993, 2035, 2036.

<sup>162</sup> Auf diesen Aspekt verweist der BGH in seinem Urteil vom 6.5.2009 (Az.: XII ZR 137/07) unter Tz. 16 = NJW 2009, 1947, 1948; a.A. Herrlein NZW 2006, 527, 529 unter Ziff. III 3 m.w.N. (sehr lesenswert!), der für eine Berücksichtigung solcher Aspekte eine Gesetzesänderung für notwendig erachtet.

**JURIQ-Klausurtipp**

Entscheidend ist hier – wie immer – die Erfassung des Problems und Ihre Argumentation anhand der einschlägigen Normen und den im Sachverhalt aufgezeigten Auswirkungen einer Versorgungssperre.

- 106** Im Gutachten ist in derartigen Fällen außerdem zu prüfen, ob der säumige Mieter aus §§ 862 Abs. 1 S. 1, 858 wegen **Besitzstörung** die weitere Versorgung fordern kann.<sup>163</sup> Auf bestehende Zurückbehaltungsrechte kann sich der Vermieter gegen diesen Anspruch nach § 863 nicht berufen. Entscheidend ist daher, ob in dem Unterbrechen der Zufuhr überhaupt eine Störung des unmittelbaren Besitzes des Mieters zu sehen ist.

Der Besitz ist von dem (sog. „petitorischen“) Recht auf Gewährung des Gebrauchs gem. § 535 Abs. 1 streng zu unterscheiden. Der Besitz selbst ist kein Recht, sondern bezeichnet gem. § 854 Abs. 1 die „tatsächliche Gewalt über die Sache“, also einen realen Zustand tatsächlicher Zugriffsmöglichkeit einer Person auf eine bestimmte Sache. Der Besitzschutz nach §§ 861, 862 dient dazu, eben diese reale Zugriffsmöglichkeit zu verteidigen. Daran ändert eine Unterbrechung der Versorgung der Räume durch Wasser, Wärme, Strom oder Gas nichts. Die Vorenthaltung der Zufuhr von Sachen oder Energie stellt deshalb nach überwiegender Ansicht keine abwehrfähige Besitzstörung dar.<sup>164</sup> Die possessorischen Ansprüche aus §§ 861, 862 schützen nur den tatsächlichen Besitzstand. Eine besondere Qualität oder Verbesserung der benutzten Sache kann nur über die vertraglichen Ansprüche verlangt werden.

Im *Beispiel* ist ein Anspruch des M auf fortgesetzte Zufuhr der aufgrund der „Sperre“ vorenthaltenen Energie aus §§ 862 Abs. 1 S. 1, 858 ausgeschlossen. M kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch V im Ergebnis also nicht verhindern.

<sup>163</sup> Dafür z.B. *OLG Celle* NJW-RR 2005, 1383; *OLG Köln* NJW-RR 2005, 99.

<sup>164</sup> *BGH* Urteil vom 6.5.2009 (Az.: XII ZR 137/07) unter Tz. 24 ff. = NJW 2009, 1947, 1949 f.; *KG NZM* 2007, 923 f. und NJW-RR 2004, 1665 f. = NZM 2005, 65 f.; *Herrlein NZW* 2006, 527, 529 f. unter Ziff. III 2 m.w.N.

#### 4. Übungsfall Nr. 1

##### „Einzugsschwierigkeiten“

107

V hat dem M Gewerberäume vermietet. Mit einem am Montag, den 2. März um 10:30 Uhr im Büro des M ausgedruckten Fax erklärte der V dem M die Kündigung des Mietvertrages zum 30. September. In der Kündigung hatte V zugleich der Verlängerung des Mietverhältnisses durch fortgesetzten Gebrauch widersprochen. Im Hinblick auf die Kündigung des mit M geschlossenen Mietvertrages hat V die Räume noch im März an den X vermietet, wobei das Mietverhältnis zum 1. Oktober, also unmittelbar im Anschluss an den mit M geschlossenen Mietvertrag, beginnen soll. X hat von der bisherigen Vermietung der Räume an den M Kenntnis. M gibt das Objekt jedoch erst zum 1. November an V geräumt heraus. Dem X entstehen wegen der verzögerten Übergabe Betriebsausfallschäden in Form entgangenen Gewinns in Höhe von 5000 €. Diesen Betrag verlangt X nun von V ersetzt. Mit Recht?

#### Lösung

108

##### I. Anspruch des X gegen V aus § 536a Abs. 1 Var. 2

X könnte gegen V ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus § 536a Abs. 1 Var. 2 zustehen.

Der Anspruch aus § 536a Abs. 1 Var. 2 setzt zunächst einen wirksamen Mietvertrag und einen vom Vermieter zu vertretenden Mangel der Mietsache voraus.

##### 1. Wirksamer Mietvertrag

X und V haben einen Mietvertrag über Gewerberäume geschlossen, gegen dessen Wirksamkeit keine Bedenken bestehen. Selbst anfängliche Unmöglichkeit würde die Wirksamkeit des Vertrags nicht berühren, wie sich aus § 311a Abs. 1 ergibt.

##### 2. Mangel der Mietsache

Vorliegend kommt ein Rechtsmangel i.S.d. § 536 Abs. 3 in Betracht, der darin liegen könnte, dass X aufgrund des Rechts eines Dritten, nämlich des M, am Gebrauch der Mietsache gehindert war. Während die Anwendbarkeit des § 536a Abs. 1 bereits vor Übergabe der Mietsache bei Sachmängeln von der überwiegenden Auffassung unter Hinweis auf den Wortlaut des von § 536a Abs. 1 in Bezug genommenen § 536 Abs. 1 („zur Zeit der Überlassung“) abgelehnt wird,<sup>165</sup> ist § 536a Abs. 1 bei Rechtsmängeln nach einhelliger Auffas-

sung von Anfang an einschlägig. Zwar spricht § 536 Abs. 3 von einem „Entzug“ der Mietsache, welcher sprachlich nur nach Überlassung denkbar ist. Jedoch kann es keinen Unterschied machen, ob ein Rechtsmangel die Übergabe bereits verhindert oder erst nach Überlassung zum Entzug des Gebrauchs führt. Die Vorenthaltung des Besitzes wird deshalb einem Entzug gleichgestellt.<sup>166</sup>

Ein Rechtsmangel i.S.d. § 536 Abs. 3 setzt ein geltend gemachtes Gebrauchsrecht des Dritten (hier: M) voraus, aufgrund dessen die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs an den Mieter (X) verhindert oder nachträglich vereitelt wird. Der unberechtigte Gebrauch stellt hingegen kein „Recht“ i.S.d. § 536 Abs. 3 dar.<sup>167</sup>

Entscheidend ist daher, ob und wann das Gebrauchsrecht des M aus dem Mietvertrag durch die von V ausgesprochene Kündigung endete.

In seinem an M gerichteten Faxschreiben hatte V seinen Willen zum Ausdruck gebracht, das Mietverhältnis zum 30. September zu beenden. Da eine Kündigungserklärung aufgrund ihrer Gestaltungswirkung empfangsbedürftig ist, bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs beim Kündigungsgegner (§ 130 Abs. 1 S. 1). Zugeworfen ist eine Willenserklärung unter

<sup>166</sup> Siehe Rn. 55.

<sup>167</sup> Palandt-Weidenkaff § 536 Rn. 27 m.w.N.

<sup>165</sup> Siehe unter Rn. 186ff.



Abwesenden dann, wenn sie in den Bereich des Empfängers gelangt ist und sobald mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen ist. Willenserklärungen, die durch Fernschreiben oder ein Telefax übermittelt werden, gehen danach zu, sobald der Druckvorgang am Empfangsgerät des Adressaten abgeschlossen und die Kenntnisnahme durch den Empfänger möglich und nach der Verkehrsanschauung zu erwarten ist. Daher ist auch bei einer Übermittlung per Telefax auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sich der Empfänger nach den Gepflogenheiten der Verkehrsanschauung Kenntnis vom Inhalt der Willenserklärung verschaffen konnte. Das Telefax war nach dem Sachverhalt am Montag, den 2. März um 10:30 Uhr von dem Empfangsgerät des M ausgedruckt worden. M hatte ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Kenntnisnahme, da es sich um einen Werktag handelte und der Ausdruck zu den gewöhnlichen Bürozeiten erfolgt ist. Die Erklärung ist dem M damit am 2. März zugegangen.

Ein Verstoß gegen eine gesetzliche Formvorschrift mit der sich aus § 125 S. 1 ergebenden Nichtigkeitssfolge scheidet im vorliegenden Fall aus. Der in den §§ 568 Abs. 1, 126 Abs. 1 vorgesehene Schriftform musste die Kündigungserklärung nicht genügen, da sich § 568 Abs. 1 nach seiner systematischen Stellung nur auf Wohnraummietverträge bezieht und gem. § 578 auf Mietverträge über Gewerberäume gerade keine Anwendung finden soll.

Eine wirksame Beendigung des Mietvertrages zum 30. September setzt weiterhin voraus, dass V zu einer Kündigung zu diesem Zeitpunkt berechtigt war.

Gem. § 580a Abs. 2 ist bei einem Mietverhältnis über Geschäftsräume die ordentliche Kündigung mit einer Frist von zwei Kalendervierteljahren zulässig, wobei die Kündigung spätestens am 3. Werktag des ersten Kalendervierteljahres zugehen muss. Im vorliegenden Fall konnte die am 2. März zugegangene Kündigungserklärung des V das Mietverhältnis zum Ablauf des übernächsten Kalendervierteljahres, also zum 30. September, beenden.

V hat den Vertrag folglich wirksam zum 30. September gekündigt.

Der Beendigung des Mietverhältnisses steht auch nicht § 545 entgegen. Zwar hat M nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Räume fortgesetzt. V hat der Fortsetzung des Vertrages jedoch bereits in seiner Kündigungserklärung und damit vor Ablauf der in § 545 S. 2 Nr. 2 gesetzten Frist widersprochen.

Das Gebrauchsrecht des M endete am 30. September, weshalb ihm im Oktober kein Besitzrecht zustand, durch das dem X der Gebrauch hätte entzogen werden können.

Ein Rechtsmangel und damit ein Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 scheidet deshalb aus.

## II. Anspruch des X gegen V aus, §§ 280 Abs. 1, 3, 283, 275 Abs. 4

X könnte gegen V aber ein Anspruch auf Erstattung des Nutzungsausfallschadens aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283, 275 Abs. 4 zustehen. Dieser Schaden beruht allein darauf, dass die Leistung im Monat Oktober endgültig ausgeblieben und wegen Zeitablaufes unmöglich nachgeholt werden konnte. Damit richtet sich der Ersatz nach den Regeln über den Schadensersatz statt der (unmöglichen) Leistung.<sup>168</sup>

### 1. Schuldverhältnis

Zwischen V und X bestand ein wirksamer Mietvertrag, der den V ab Eintritt des 1. Oktober zur Überlassung des Mietobjekts an X und Gewährleistung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands verpflichtete.

### 2. Leistungsbefreiung nach § 275

Durch die Blockade der Räume durch M im Monat Oktober ist die dem V als Vermieter gegenüber X gem. § 535 Abs. 1 obliegende Leistungspflicht aufgrund ihres absoluten Fixschuldcharakters für diesen Monat endgültig unmöglich geworden.

<sup>168</sup> Siehe dazu im Skript „Schuldrecht AT II“ Rn. 351 ff.; ein Verzug scheidet hier wegen der sofort eintretenden Unmöglichkeit der Leistung aus.

### 3. Vertretenmüssen

Die Schadensersatzpflicht des V ist aber nach § 280 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte.

#### a) Eigenes Verschulden

Nach § 276 Abs. 1 hat der Schuldner grundsätzlich eigenes Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten.

Ein vorsätzliches Verhalten des V ist nach dem Sachverhalt ausgeschlossen, da V dem M rechtzeitig gekündigt hatte und nicht von einer verzögerten Räumung durch M ausging. Auch ein fahrlässiges Verhalten scheidet aus, da V von einem pflichtgemäßen Verhalten des M ausgehen konnte. Deshalb kann ihm die Vermietung der Räume im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung des mit M bestehenden Mietverhältnisses nicht zum Vorwurf gemacht werden. Andernfalls wäre ein Vermieter gezwungen, neue Mietverträge nur nach erfolgter Räumung abzuschließen oder einen zeitlichen „Sicherheitsabstand“ bei Abschluss neuer Mietverträge einzurichten, dessen Länge ebenfalls nicht zuverlässig bestimmt werden könnte. Eine solche Verhaltensweise kann von einem Vermieter, der vom redlichen Verhalten seines bisherigen Mieters ausgehen darf, aber nicht verlangt werden. Schließlich kann dem V auch ein Unterlassen gerichtlicher Inanspruchnahme nicht zum Vorwurf gemacht werden, da er in der kurzen Zeit durch gerichtliche Hilfe keine rechtzeitige Räumung hätte erreichen können.

#### b) Zurechnung fremden Verschuldens

V muss sich aber möglicherweise das Verschulden des M nach §§ 276, 278 zurechnen lassen. Das setzt voraus, dass M sein Erfüllungsgehilfe in Bezug auf die Leistungspflicht des V gegenüber X gewesen ist. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten als dessen Hilfsperson tätig wird. V hat M hier jedoch nicht eingeschaltet, damit dieser die Räume an X übergibt und so die Verbindlichkeit des V gegenüber X erfüllt. M war vielmehr in Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit aus

§ 546 Abs. 1 dazu verpflichtet, die Räume an V herauszugeben. Eine Zurechnung nach § 278 scheidet deshalb aus.

#### c) Vertretenmüssen ohne Verschulden

Ausnahmsweise haftet der Schuldner aber nach § 276 auch ohne schuldhaftes Verhalten, wenn sich ein anderes aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere der Übernahme einer Garantie bzw. eines Beschaffungsrisikos ergibt. Für eine konkludente Risikoübernahme spricht hier, dass der V bei Abschluss des Vertrages mit X wusste, dass seine Leistungsfähigkeit vom Auszug des Vormieters M abhängt und der neue Mieter X dieses im Gefahrenbereich des Vermieters liegende Risiko typischerweise nicht zu übernehmen bereit ist. Vielmehr durfte X davon ausgehen, der V werde etwaige Hindernisse bis zum vereinbarten Überlassungstermin beseitigen. Im Fall einer Anschlussvermietung lässt sich der neue Mieter typischerweise nur deshalb auf die Anmietung eines (noch) anderweitig vermieteten Objekts ein, weil er auf die Beherrschung des Auszugsrisikos durch seinen Vermieter vertraut.

### 4. Ersatzfähiger Schaden

X müsste durch die Nichtleistung ein Schaden entstanden sein. Zu vergleichen ist nach der Differenzhypothese die tatsächliche Lage des Gläubigers mit derjenigen, die ohne das haftungsbegründende Ereignis, also bei Erfüllung, bestünde. Dann hätte X bereits am 1. Oktober die Räume in Besitz nehmen können und keinen Betriebsausfall erlitten.

### 5. Art und Umfang der Restitution

Da eine rückwirkende Übergabe der Räume nicht möglich ist, scheidet eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 aus. X kann deshalb nach § 251 Abs. 1 Wertersatz für seine erlittene Vermögenseinbuße verlangen. Diese berechnet X hier anhand seines konkreten Nutzungsausfalls in Höhe von 5000 €. Ein Mitverschulden des X hinsichtlich der haftungsbegründenden Umstände (§ 254 Abs. 1) oder in Bezug auf die Schadenshöhe

(§ 254 Abs. 2) ist hier nicht ersichtlich. Insbesondere konnte X – ebenso wie V – auf eine rechtzeitige Räumung des Mietobjekts durch den Vormieter M vertrauen.

#### 6. Ergebnis

X hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 5000 € aus §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1, 3, 283.

### Online-Wissens-Check



#### Was unterscheidet die Miete von der Pacht?

Überprüfen Sie jetzt online Ihr Wissen zu den in diesem Abschnitt erarbeiteten Themen. Unter [www.juracademy.de/skripte/login](http://www.juracademy.de/skripte/login) steht Ihnen ein Online-Wissens-Check speziell zu diesem Skript zur Verfügung, den Sie kostenlos nutzen können. Den Zugangscode hierzu finden Sie auf der Codeseite.

**III. Primäranspruch des Vermieters gem. § 535 Abs. 2****Primäranspruch des Vermieters gem. § 535 Abs. 2**

109

(Kennzeichnung nur der Probleme, die nicht bereits im Prüfungsschema zu § 535 Abs. 1 enthalten sind)

**I. Anspruchsentstehung**

1. Wirksamer Mietvertrag
2. Änderungen in der Person des Anspruchsinhabers bzw. Schuldners
  - a) Abtretung
  - b) Eintritt eines Erwerbers nach § 566 (ggf. i.V.m. § 578)
  - c) Vertragsübernahme
  - d) Schuldübernahme
  - e) Tod eines Vertragspartners
3. Sonstige Voraussetzungen/rechtshindernde Einwendungen
  - a) Eintritt einer aufschiebenden Bedingung/Befristung
  - b) Wegfall wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1
    - ☞ Abgrenzung zur Minderung Rn. 121 ff.
  - c) Minderung wegen anfänglichen Mangels, § 536 Abs. 1

**II. Rechtsvernichtende Einwendung**

1. Erfüllung und Erfüllungssurrogate (z.B. §§ 362, 364, 389, 397)
  - ☞ Tilgungswirkung bei Eintritt eines Grundstückserwerbers Rn. 126
  - ☞ Vertragliche Aufrechnungsverbote Rn. 127
2. Nachträglicher Wegfall wegen Leistungsbefreiung nach § 326 Abs. 1 oder § 537 Abs. 2
  - ☞ Rechtsmissbräuchliche Berufung auf § 537 Abs. 2 Rn. 128
3. Minderung wegen nachträglichen Mangels, § 536 Abs. 1
4. Eintritt einer auflösenden Bedingung/Befristung
5. Kündigung, Rücktritt, Widerruf

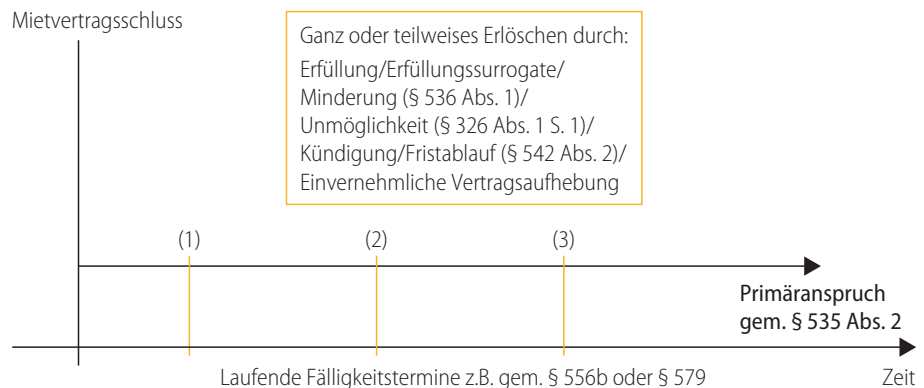
**III. Durchsetzbarkeit**

1. Fälligkeit
2. Einreden
  - ☞ „Vorleistungspflicht des Mieters“ Rn. 134

## 1. Anspruchsentstehung

110

### Struktur der Primärleistungspflicht des Mieters



Die Hauptleistungspflicht des Mieters besteht in der Entrichtung der vereinbarten Miete, § 535 Abs. 2. Die Voraussetzungen für den Anspruch des Vermieters auf die Entrichtung der Miete entsprechen den Prüfungspunkten, die wir uns bereits im Rahmen des Primäranspruches des Mieters gem. § 535 Abs. 1 angesehen haben. Wir können uns daher insoweit kurz fassen und auf die Punkte konzentrieren, die erst hier eine Rolle spielen und dadurch zu einer Abweichung führen.

### a) Wirksamer Mietvertrag

- 111 Die Entstehung des Anspruchs erfordert selbstverständlich einen wirksamen Mietvertrag. Dessen Zustandekommen und Wirksamkeit wird exakt nach den gleichen Schritten geprüft, die wir uns oben ab Rn. 4 ff. angesehen haben. Die Probleme stellen sich hier wie dort.
- 112 Im Rahmen der Einigung legen die Parteien Art und Umfang der Miete fest. Als „Miete“ kommt **nicht nur die Zahlung eines Geldbetrages**, sondern **auch eine andere geldwerte Leistung** in Betracht.<sup>169</sup>

**Beispiel 1** V und M vereinbaren, sich wechselseitig bestimmte Grundstücke für eine bestimmte Zeit zur Nutzung zu überlassen (da kein Eigentum verschafft werden soll, kein Tausch, sondern Miete!).<sup>170</sup> ■

**Beispiel 2** V verpflichtet sich, dem M in einem Haus eine Wohnung zur Nutzung zu überlassen. M soll als „Hausmeister“ bestimmte Wartungsarbeiten in dem gesamten Haus übernehmen. ■

Beachten Sie, dass es für eine Vereinbarung über die Miete genügt, dass die Art und Höhe der Miete nach der Vereinbarung zumindest eindeutig bestimmbar ist.<sup>171</sup>

**Beispiel** Für einen Mietvertrag würde es also ausreichen, dass nach der Vereinbarung „die für ein Mietobjekt vergleichbarer Art und Größe übliche Miete“ geschuldet ist. ■

169 BGH Urteil vom 17.7.2002 (Az.: XII ZR 86/01) unter Ziff. 2b cc = NJW 2002, 3322, 3323.

170 BGH NJW-RR 1994, 971.

171 Skript „BGB AT I“ Rn. 259.

Zur Miete gehört – bei entsprechender Vereinbarung – **auch die Zahlung von Betriebskosten**. Der Gesetzgeber hat in § 556 klargestellt, dass die Übernahme von Betriebskosten durch den Mieter vereinbart werden kann. Da § 556 zum Unterkapitel „Vereinbarungen über die Miete“ gehört, sind Betriebskosten nach der Systematik des Gesetzes als Bestandteil der Miete anzusehen.<sup>172</sup> Die vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte („Grundmiete“ oder auch „Nettomiete“ sowie Nebenkosten) sind die Gegenleistung für die vom Vermieter gem. § 535 Abs. 1 geschuldete Gesamtleistung. Dementsprechend besteht auch die Gegenleistung des Mieters in einer einheitlichen Leistung, unabhängig davon, wie die Nebenkosten im Einzelnen gemäß der vertraglichen Vereinbarung zu bezahlen sind: als abzurechnende Vorauszahlungen oder Pauschalbeträge.<sup>173</sup>

113

## **b) Änderungen in der Person des Anspruchsinhabers bzw. Schuldners**

Wie beim gegenläufigen Primäranspruch des Mieters (siehe oben unter Rn. 36 ff.) können sich auch hier weitere Voraussetzungen ergeben, wenn der Anspruchsinhaber oder Schuldner erst später in diese Position eingetreten ist.

114

Tritt eine Person, für oder gegen die Sie den Anspruch prüfen, später umgekehrt aus dem Schuldverhältnis aus, werden die nachfolgenden Punkte als rechtsvernichtende Einwendungen unter „Anspruch erloschen“ untersucht.

### **aa) Gläubigerwechsel durch Abtretung der Mietforderung**

Anders als der Mieter (siehe oben im Hinweis unter Rn. 45) kann der Vermieter seinen Primäranspruch auf Entrichtung der Miete, ohne Verstoß gegen § 399 Var. 1 an Dritte abtreten.<sup>174</sup> Der Mieter erleidet durch die Abtretung der Mietforderung keine besonderen Nachteile. Ihm verbleiben gem. § 404 sämtliche Gegenrechte auch gegenüber dem neuen Gläubiger.

115

### **bb) Sonstige Fälle des Gläubigerwechsels**

Als sonstige Fälle des Gläubigerwechsels kommen in Betracht: der Eintritt eines Grundstückserwerbers nach § 566 (ggf. i.V.m. § 578), die Vertragsübernahme durch einen neuen Vermieter (siehe dazu oben unter Rn. 44 f.) und der Tod des Vermieters (§ 1922).

116

### **cc) Sonstige Fälle des Schuldnerwechsels**

Auf der Schuldnerseite des Mieters kann sich eine Personenänderung durch Vertrags- oder (bloße) Schuldübernahme oder Tod des Mieters (vgl. § 1967 und §§ 563 ff.) ergeben.

117

## **c) Sonstige Voraussetzungen/rechtshindernde Einwendungen**

### **aa) Aufschiebende Bedingung/Anfangstermin**

Die Pflicht zur Entrichtung der Miete entsteht erst in dem Moment, an dem die Parteien den Beginn des Mietverhältnisses vereinbart haben. Vorher entfaltet der Vertrag gem. §§ 158 Abs. 1, 163 noch keine Wirkung.

118

<sup>172</sup> BGH Urteil vom 6.4.2005 (Az.: XII ZR 225/03) unter Ziff. II 2 = NJW 2005, 1713 ff.

<sup>173</sup> BGH a.a.O.

<sup>174</sup> BGH Urteil vom 2.7.2003 (Az.: XII ZR 34/02) = NJW 2003, 2987.

**bb) Wegfall wegen anfänglicher Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 1 S. 1)/anfängliche Minderung nach § 536**

- 119** Da die Pflicht zur Entrichtung der Miete in der Regel durch Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu erfüllen ist, scheidet eine Leistungsbefreiung wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 aus.<sup>175</sup> Eine Ausnahme ist nur in dem Sonderfall des § 300 Abs. 2 denkbar, wenn der Vermieter bei vereinbarter Barzahlung den als Miete angebotenen Geldbetrag nicht entgegennimmt und dadurch nach §§ 293, 294 in Annahmeverzug gerät. Dann beschränkt sich die Leistungspflicht des Mieters auf diesen Geldbetrag. Im Falle des nicht zu vertretenden (§ 300 Abs. 1!) Verlustes wird der Mieter nach § 275 Abs. 1 von seiner Zahlungspflicht frei.
- 120** Ist nun aber umgekehrt dem Vermieter seine Primärleistung von Anfang an unmöglich, wird dieser nach § 275 Abs. 1 von seiner Leistungspflicht frei. Dadurch wird das Austauschverhältnis gestört: Der Mieter hat sich ja nur deshalb zur Zahlung der Miete verpflichtet, um seinerseits das Mietobjekt nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen nutzen zu können. Deswegen muss der Wegfall der Primärleistungspflicht des Vermieters Auswirkungen auf die Pflicht zur Entrichtung der Miete haben.

**Beispiel 1** V vermietet dem M eine Werbefläche auf einer Hauswand, die bereits an ein anderes Unternehmen vermietet und von diesem bereits belegt worden ist. ■

**Beispiel 2** V vermietet dem M einen bestimmten Strandkorb, der jedoch in der Nacht zuvor bereits infolge Vandalismus vollständig zerstört worden war. ■

**Beispiel 3** V vermietet dem M einen PKW. M kann den Wagen jedoch nicht nutzen, da ihm bereits bei Vertragsschluss die Fahrerlaubnis entzogen worden war und der V ihm deshalb den Wagen nicht aushändigen darf. ■



- 121** Im Allgemeinen Schuldrecht wird der Konflikt zwischen Unmöglichkeit der Sachleistung und der Pflicht zur Vergütung eben dieser Leistung durch § 326 Abs. 1 S. 1 und 2 gelöst. Soweit die zu vergütende Leistung unmöglich ist, entfällt grundsätzlich auch die Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung. Allerdings lassen sich die Leistungsstörungen in den *Beispielen* auch als Fälle eines unbehebbareren Sachmangels i.S.d. § 536 Abs. 1 (*Beispiel 3*) bzw. als unbehebbarer Rechtsmangel (*Beispiel 1*) begreifen. In den Fällen einer mit einem unbehebbareren Mangel versehenen Leistung suspendiert § 326 Abs. 1 S. 2 den in Abs. 1 S. 1 vorgesehenen Automatismus, weil das Schicksal der Gegenleistung nach dem jeweiligen besonderen Gewährleistungsrecht bestimmt werden soll. Im Mietrecht befassen sich § 536 und §§ 536b ff. mit dem Wegfall bzw. der Minderung der Miete wegen Mängeln der Mietsache. Wie verhalten sich also § 326 und §§ 536 ff. zueinander?

**Hinweis**

Ebenso wie § 326 Abs. 1 S. 1 sorgt § 536 für eine automatische Herabsetzung der Miete. Anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht ist die Minderung hier also kein Gestaltungsrecht.

Die Antwort auf das Verhältnis der §§ 536 ff. zu den allgemeinen Unmöglichkeitregeln ist in § 536 selbst zu suchen. Soweit sein Anwendungsbereich reicht, verdrängt er die allgemeinen Regeln zur Preisgefahr in § 326. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

<sup>175</sup> Siehe im Skript „Schuldrecht AT II“ unter Rn. 313 ff.

Die Minderung wegen **Sachmangels** setzt in § 536 Abs. 1 voraus, dass die Mietsache „zur Zeit der Überlassung“ oder später einen Fehler aufweist. Kommt es **infolge eines Leistungshindernisses i.S.d. § 275 Abs. 1 nicht zur Überlassung**, richtet sich das Schicksal der Vergütung nach § 326 Abs. 1.<sup>176</sup> 122

Im *Beispiel 2* ist dem V die Überlassung des vermieteten Strandkorbes von Anfang an unmöglich. Bleibt eine Überlassung deshalb aus, entfällt die Pflicht zur Entrichtung der Miete von Anfang an nach § 326 Abs. 1 S. 1, sofern nicht der Ausnahmetatbestand des § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 eingreift (M hat den Strandkorb selbst zerstört).

Der **Rechtsmangel** wird in § 536 Abs. 3 in der Weise beschrieben, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten „ganz oder teilweise entzogen“ wird. Allerdings geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass zwischen Vorenthaltung und Entzug kein wesentlicher Unterschied liegt und erstreckt deshalb den Anwendungsbereich des § 536 Abs. 3 auch **schon auf den Zeitpunkt vor Überlassung des Mietobjekts**. Unterbleibt die Überlassung des Mietobjekts wegen eines anfänglichen Rechtsmangels, richtet sich das Schicksal der Miete daher von Anfang an nach § 536 Abs. 1, 3.<sup>177</sup> 123

Im *Beispiel 1* wird dem M die gemietete Werbefläche aufgrund einer „Doppelvermietung“ durch den ebenfalls berechtigten Zweitmieter vorenthalten. Aus diesem Grund ist der M für die Dauer der Vorenthaltung von der Entrichtung seiner Miete von Beginn an nach § 536 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 befreit.

Liegt der Unmöglichkeit Grund **in der Person oder Sphäre des Mieters**, liegt gar kein Mangel vor. Hier sieht das Mietrecht jedoch in **§ 537 Abs. 1 S. 1** eine besondere Regel vor, nach der ein Wegfall der Zahlungspflicht ausgeschlossen ist. Es findet lediglich eine Anrechnung ersparter Aufwendungen oder der Vorteile aus einer anderweitigen Verwertung des Vermieters statt, § 537 Abs. 1 S. 2. 124

Im *Beispiel 3* bleibt der M deshalb zur Zahlung verpflichtet. Diese Zahlungspflicht reduziert sich, wenn es dem V gelingt, den PKW in demselben Zeitraum anderweitig zu vermieten.

## 2. Rechtsvernichtende Einwendungen

### a) Erfüllung und Erfüllungssurrogate

Die Leistungspflicht des Mieters erlischt durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate (Leistung an Erfüllung statt, Aufrechnung, Hinterlegung oder Erlass).<sup>178</sup> 125

Steht die Mietforderung aus einem Mietvertrag über Grundstücke oder Räume nach **§ 566 (ggf. i.V.m. § 578) ab dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs dem Grundstückserwerber**<sup>179</sup> zu, muss der Mieter, wenn er vom Eigentumsübergang keine Kenntnis hat und deshalb gutgläubig an den bisherigen Vermieter leistet, vor Rechtsnachteilen geschützt werden. §§ 406, 407 sind hier nicht anwendbar, weil kein Fall der Abtretung vorliegt. Deshalb sehen die §§ 566c, 566d (ggf. i.V.m. § 578) ein den §§ 406, 407 nachgebildetes Schutzsystem zugunsten des gutgläubigen Mieters vor. 126

» Lesen Sie hierzu bitte die §§ 406, 407 und die §§ 566c und 566d mit! «

<sup>176</sup> Palandt-Weidenkaff § 536 Rn. 7.

<sup>177</sup> Palandt-Weidenkaff § 536 Rn. 11; Looschelders Schuldrecht BT Rn. 418.

<sup>178</sup> Siehe dazu im Skript „Schuldrecht AT I“.

<sup>179</sup> Vgl. Rn. 37 ff.





- 127 Bei der **Aufrechnung** des Mieters ist außerdem noch folgendes zu beachten: Die Aufrechnung kann durch Vertrag ausgeschlossen sein. Geschieht das durch **AGB**, etwa im Rahmen eines Formularvertrages, muss die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 309 Nr.3 standhalten. Unwirksam ist danach eine Klausel, durch die dem Vertragspartner des Verwenders auch verboten wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Enthält die Klausel diesen Vorbehalt nicht, ist das Verbot insgesamt unwirksam.

In **Wohnraummietverträgen** kann selbst ein **wirksam vereinbartes Aufrechnungsverbot** eine Aufrechnung des Mieters nicht ganz ausschließen. § 556b Abs. 2 gestattet dem Mieter zwingend (§ 556b Abs. 2 S. 2), mit bestimmten Forderungen gegen die Mietforderungen des Vermieters trotz des wirksamen Verbotes aufzurechnen, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete in Textform angezeigt hat.

#### b) Nachträglicher Wegfall gem. § 326 Abs. 1 S. 1 und § 537 Abs. 2

128

#### Hinweis

Dem Wegfall des Mietzinsanspruches wegen nachträglicher Leistungsbefreiung nach § 326 Abs. 1 S. 1 kommt im Mietrecht keine nennenswerte Bedeutung zu. Liegt der Grund für die nachträgliche Leistungsbefreiung in **der Person oder Sphäre des Mieters** sorgt § 537 Abs. 1 für eine Aufrechterhaltung der Leistungspflicht des Mieters, die sich nur durch die Anrechnung etwaiger Vorteile nach § 537 Abs. 1 S. 2 reduziert.



Der Anspruch des Vermieters entfällt allerdings nach § 537 Abs. 2 vollständig, wenn der Vermieter infolge der Verhinderung des Mieters den Gebrauch der Sache einem Dritten überlässt und deshalb zu der aufgrund des Mietvertrages geschuldeten Gebrauchsüberlassung an seinen bisherigen Mieter außerstande ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Überlassung der Mietsache an einen Dritten durch einen groben Vertragsbruch des Mieters veranlasst wurde, insbesondere grundloser Auszug aus den Mieträumen und Einstellung der Zahlungen. Dann ist dem Mieter die Berufung auf § 537 Abs. 2 wegen **Rechtsmissbrauchs** verwehrt.

**Beispiel** V vermietet dem M eine Wohnung. M zieht aus, ohne zu kündigen und ohne die Miete weiter zu bezahlen. V vermietet die Wohnung übergangsweise für die Hälfte des Mietzinses an den D. Er verlangt nun die Mietdifferenz von M.

Der Wortlaut des § 537 Abs. 2 ist erfüllt, so dass M eigentlich gar keine Miete mehr zahlen muss, solange die Wohnung an D überlassen ist. Möglicherweise wäre eine Berufung des M auf die Rechtsfolge des § 537 Abs. 2 aber als Rechtsmissbrauch anzusehen und die Anwendung dieser Norm deshalb nach § 242 ausgeschlossen.

Schließlich hat M eine grobe Vertragsverletzung begangen, indem er ohne Rücksicht auf den weiter bestehenden Mietvertrag endgültig ausgezogen ist und keine Miete mehr gezahlt hat. Im Ergebnis würde M aus einem Verhalten des V, das er selbst durch seinen eigenen Vertragsbruch erst veranlasst hat, Rechte herleiten. ■

Allerdings kann man nicht in allen Fällen, in denen der Mieter endgültig ausgezogen ist, obwohl das Mietverhältnis noch nicht beendet war, einen groben Vertragsbruch des Mieters annehmen, der den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens rechtfertigen würde. Im Einzelfall kann es schwierig zu beurteilen sein, ob eine zuvor ausgesprochene Kündigung tatsächlich zur Beendigung des Mietvertrages geführt hat. Ob der Mietvertrag beendet war

oder nicht, steht unter Umständen erst nach gerichtlicher Klärung endgültig fest. Ist der Mieter in einem solchen Falle bei seinem Auszug aus nachvollziehbaren Gründen davon ausgegangen, das Mietverhältnis sei beendet, so kann man ihm keinen groben Vertragsbruch anlasten, auch wenn sich später herausstellt, dass er sich geirrt hat. Je weniger Anlass der Mieter hingegen zu der Annahme hatte, das Mietverhältnis sei beendet, umso eher handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er sich wegen der Weitervermietung auf mangelnde Erfüllungsbereitschaft des Vermieters beruft.<sup>180</sup>

Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Mieter sich trotz groben Vertragsbruchs nur dann nicht auf § 537 Abs. 2 berufen darf, wenn sich der Vermieter redlich bemüht hat, durch die Weitervermietung aus der von dem Mieter vertragswidrig geschaffenen Situation im beiderseitigen Interesse das Beste zu machen.<sup>181</sup> Das ist z.B. nicht der Fall, wenn der Vermieter im Vertrauen darauf, dass der Mieter die Mietdifferenz zahlen müsse, die Mietsache ohne hinreichenden Grund unter dem erzielbaren Marktpreis weitervermietet hat.<sup>182</sup>

Die Annahme eines solchen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Mieters führt dazu, dass der Mieter trotz der Weitervermietung entgegen § 537 Abs. 2 zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet bleibt und der Vermieter sich lediglich den Mietzins anrechnen lassen muss, den er aus der Weitervermietung erzielt hat (§ 537 Abs. 1 S. 2).

Im *Beispiel* hängt es also davon ab, ob M von einer Beendigung des Vertrages ausgehen durfte und ob V bei der Weitervermietung der Wohnung redlich handelte, etwa weil der Markt nur eine Vermietung zum halben Mietzins zuließ.

### c) Nachträglich begründete Minderung (§ 536)

Entsteht ein Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 erst nach Vertragsschluss, reduziert sich die Miete automatisch unter den Voraussetzungen der §§ 536 ff. Auf die Einzelheiten der Minderung werden wir noch gesondert unter Rn. 168 ff. eingehen. **129**

### d) Beendigung des Mietverhältnisses

Die Pflicht zur Entrichtung der Miete entfällt für die Zukunft ferner mit Beendigung des Mietverhältnisses. Die Beendigungsgründe haben wir oben unter Rn. 75 ff. bereits behandelt. **130**

» Wiederholen Sie an dieser Stelle noch einmal die Punkte oben unter Rn. 75 ff. «

## 3. Durchsetzbarkeit

### a) Fälligkeit

Die Fälligkeit der Miete wird entweder von den Parteien vertraglich festgelegt oder durch dispositive Normen bestimmt. Bei Mietverträgen über **Wohnraum** legt § 556b Abs. 1 die Fälligkeit auf den **Beginn des dritten Werktag**<sup>183</sup> der einzelnen Zeitabschnitte, nach denen die Miete bemessen ist. Die Miete ist danach also im Voraus zu entrichten. Bei der Berechnung der Frist von drei Werktagen wird der Samstag („Sonntag“) nach h.M. nicht mitgezählt.<sup>184</sup> **131**

<sup>180</sup> Grundlegend BGHZ 122, 163, 167 f. unter Ziff. 3 = NJW 1993, 1645 ff.; bestätigt von BGH NJW 2000, 1105 f. unter Ziff. 6.

<sup>181</sup> BGHZ 122, 163, 167 f. = NJW 1993, 1645 ff.

<sup>182</sup> BGH a.a.O.

<sup>183</sup> BGH Urteil vom 21.4.2010 (Az.: VIII ZR 6/09) unter Tz. 16 = NJW 2010, 2208.

<sup>184</sup> BGH Urteil vom 13.7.2010 (Az.: VIII ZR 129/09) unter Tz. 37 ff. = NJW 2010, 2879 ff.

Der Hintergrund besteht darin, dass die bezweckte dreitägige „Schonfrist“ dem Mieter nur dann zur Verfügung steht, wenn er in dieser Zeit die Zahlung der Miete auch bewirken kann. Dazu benötigt er typischerweise seine Bank, weil die Miete regelmäßig per Überweisung geleistet wird. Aus diesem Grund sollen Werktage nur Bankarbeitstage sein.<sup>185</sup>

**Beispiel** Haben die Parteien eine monatliche Miete festgelegt, ist die Miete spätestens am dritten Werktag eines jeden Monats zu leisten. ■

**Entsprechendes** gilt nach § 579 Abs. 2 für **Mietverhältnisse über andere Räume als Wohnräume**.

- 132 Auf **andere Mietverhältnisse** ist die Fälligkeitsregel des § 579 Abs. 1 anzuwenden, der im Zweifel eine nachträgliche Fälligkeit bestimmt.

### b) Einreden

- 133 Neben der Verjährungseinrede aus § 214 Abs. 1 i.V.m. §§ 195, 199 ist bei den Einredetatbeständen vor allem an die Zurückbehaltungsrechte des Mieters aus §§ 273, 320 zu denken.



- 134 Der Mieter kann bei behebbaren Mängeln der Mietsache vom Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 grundsätzlich die Instandhaltung verlangen. Kommt der Vermieter dem nicht nach, steht dem Mieter ungeachtet der Minderungswirkung des § 536 Abs. 1 zusätzlich die Einrede aus § 320 zur Seite.<sup>186</sup>

**Beispiel** V vermietet dem M eine Wohnung. Die Miete ist entsprechend § 566b Abs. 1 monatlich im Voraus zu entrichten. Nachdem der M für den Monat **Januar** die Miete am Monatsanfang gezahlt hat, fällt am 20. Januar die Heizung aus. Hat V die Heizung Ende Januar noch nicht repariert, kann M die Miete für den Monat **Februar** nach § 320 zurückbehalten. ■

Das Zurückbehaltungsrecht bezieht sich in diesen Fällen auf die durch § 536 Abs. 1 **geminderte Restmiete**.<sup>187</sup> Allerdings ist § 320 Abs. 2 zu beachten, wonach die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf. In der Praxis wird die Grenze beim **Drei- bis Fünffachen des Minderungsbetrages oder der Reparaturkosten** gesetzt.<sup>188</sup>

- 135 Das **Zurückbehaltungsrecht entfällt**, wenn der Mieter den Mietvertrag **kündigt**. Das Gleiche gilt, wenn ein **Dritter nach § 566 in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis** eintritt. Die Reparatur schuldet nun der Erwerber; erfüllt dieser seine Pflicht nicht, steht dem Mieter die Einrede aus § 320 nun gegenüber dem Erwerber zu.<sup>189</sup>
- 136 Das Zurückbehaltungsrecht kann **vertraglich ausgeschlossen** werden. Geschieht dies durch **AGB**, scheitert die Wirksamkeit der Klausel bei **Verwendung gegenüber einem Verbraucher** an § 309 Nr. 2a. Bei Verwendung **gegenüber einem Unternehmer** ist der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts nach überwiegender Auffassung wirksam und scheitert nicht an §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 310 Abs. 1 S. 1. Allerdings kann sich der Unternehmer nicht auf die Klausel

<sup>185</sup> BGH a.a.O. unter Tz. 45 ff.

<sup>186</sup> BGH in BGHZ 84, 42 ff. = NJW 1982, 2242 f.

<sup>187</sup> BGH Urteil vom 26.3.2003 (Az.: XII ZR 167/01) unter Ziff. 4 = NJW-RR 2003, 873.

<sup>188</sup> Vgl. Nachweise bei MüKo-Emmerich § 320 Rn. 10.

<sup>189</sup> BGH Urteil vom 19.6.2006 (Az.: VIII ZR 284/05) unter Tz. 10 ff. = NZM 2006, 696 f.

berufen, wenn die Gegenforderung unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif ist.<sup>190</sup>

In **Wohnraummietverhältnissen** kann der Mieter trotz eines wirksam – also nicht durch AGB!<sup>191</sup> – vereinbarten Ausschlusses dennoch das Zurückbehaltungsrecht nach § 556b Abs. 2 wegen bestimmter Gegenforderungen ausüben, wenn er dies dem Vermieter mindestens einen Monat vor Fälligkeit Miete in Textform angezeigt hat.

---

190 Palandt-Grüneberg § 309 Rn. 16 m.w.N.

191 Der Wohnraummieter schließt den Vertrag ja als Verbraucher, so dass § 309 Nr. 2a einem wirksamen Ausschluss durch AGB entgegensteht.

#### 4. Übungsfall Nr. 2

##### 137 „Flächenabweichung“

Manfred Moser (M) mietete mit schriftlichem Vertrag vom 24. Juli von Valerie Vogel (V) zum 1. August eine Wohnung. Die Wohnfläche wurde mit „ca. 100 qm“ als Beschaffenheit vereinbart.<sup>192</sup>

Die monatlich im Voraus zu zahlende Kaltmiete belief sich auf 500 €, für Nebenkosten war eine monatliche Vorauszahlung von 100 € zu leisten.

Der von V – bei ihren Vermietungen regelmäßig eingesetzte – Formularmietvertrag enthält folgende Klausel:

**„§ 12  
Aufrechnung**

*Der Mieter kann gegen die Mietforderung nur mit Forderungen die Aufrechnung erklären, die der Vermieter anerkannt hat.“*

M zog am 1. August in die Wohnung ein. Bei einer Mitte Oktober sachverständig durchgeführten Vermessung musste M feststellen, dass die Wohnfläche tatsächlich nur 85 qm beträgt.

Die Miete für August, September und Oktober hatte M jeweils am 3. Werktag vorbehaltlos in voller Höhe gezahlt. Wutschnaubend rief M am 25. Oktober die V an und teilt ihr den Sachverhalt mit. V entgegnet, dass M die Wohnung ja gesehen und sie so akzeptiert habe. Da ihm die Wohnung bei der Besichtigung gefallen habe, sei die Größe offenbar völlig ausreichend. Bei der Nennung der 100 qm habe es sich ja nur um eine „ca.“ – Angabe gehandelt, da ihr als Vermieterin die tatsächliche Größe ebenfalls nicht bekannt gewesen sei. Eine Minderung der Miete werde sie in keinem Fall akzeptieren.

Für den Monat November überweist M nur einen Betrag von 240 €. Er teilt der V Anfang November mit, es handele sich bei dem Betrag für die um 15 % geminderte Miete für November abzüglich seiner in den Monaten August – Oktober zu viel gezahlten Beträge.

V verlangt postwendend von M Zahlung der ihrer Ansicht nach noch offenen Restmiete für November in Höhe von 360 €. Daraufhin erklärt M mit einem am 15. November der V zugegangen Fax noch die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums über die tatsächliche Größe der Wohnung.

Ist das Zahlungsverlangen der V berechtigt?

##### 138 Lösung

###### **Anspruch der V gegen M aus Mietvertrag gem. § 535 Abs. 2 auf Zahlung der Miete für den Monat November**

V könnte ein Anspruch gegen M auf Zahlung von Mietzins für den Zeitraum November aus einem zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrag gem. § 535 Abs. 2 zustehen.

###### **I. Anspruchsentstehung**

###### **1. Wirksamer Mietvertrag zwischen V und M**

Dieser Anspruch setzt zunächst voraus, dass zwischen V und M überhaupt ein wirksamer Mietvertrag geschlossen wurde.

###### **a) Vertragsschluss**

Zwischen V und M wurde nach dem Sachverhalt am 24. Juli vereinbart, dass M ab dem 1. August gegen Zahlung einer monatlichen Miete in Höhe von insgesamt 600 € zur Nut-

<sup>192</sup> Siehe zur trickreichen Klauselgestaltung zur Vermeidung von Haftungsproblemen in BGH Urteil vom 10.11.2010 (Az.: VIII ZR 306/09) = NJW 2011, 220.

zung bestimmter Wohnräume berechtigt ist. Damit haben die Parteien einen Mietvertrag geschlossen.

#### b) Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1

Fraglich ist aber, ob der Mietvertrag wegen Anfechtung nach § 142 Abs. 1 als von Anfang nichtig anzusehen ist.

##### aa) Anfechtungserklärung

M hatte gegenüber V die Anfechtung wegen Irrtums über die tatsächliche Wohnungsgröße erklärt. Seine Erklärung ist der V als der nach § 143 Abs. 2 maßgeblichen Empfängerin am 15. November zugegangen und damit als empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam geworden, § 130 Abs. 1 S. 1.

##### bb) Anfechtungsbefugnis

Zu einer Nichtigkeit führt diese Erklärung aber nur, wenn M auch zur Anfechtung seiner auf Abschluss des Mietvertrages gerichteten Willenserklärung berechtigt war.

Eine Anfechtungsbefugnis wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 Var. 1 scheidet aus, weil sich dem Sachverhalt ein vorsätzliches Täuschungsverhalten der V oder eines Dritten i.S.d. § 123 Abs. 1 nicht entnehmen lässt.

Möglicherweise steht dem M aber das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 wegen Irrtums über die tatsächliche Wohnungsgröße zu. Die Wohnungsgröße ist eine tatsächliche, mit der physischen Beschaffenheit verbundene Eigenschaft der Wohnräume, die im Verkehr auch als wesentlich angesehen wird. Ferner ist gem. § 119 Abs. 1 Hs. 2 anzunehmen, dass M den Mietvertrag bei Kenntnis der tatsächlichen Größe so nicht, sondern nur zu reduzierten Mietkonditionen abgeschlossen haben würde.

Allerdings eröffnet § 119 Abs. 2 kein zeitlich unbegrenztes Anfechtungsrecht. Dieses ist vielmehr nach § 121 Abs. 1 unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund auszuüben. Hier hatte M Mitte Oktober Kenntnis von der Flächenabweichung erlangt und erst einen Monat später die Anfechtung erklärt. Auch wenn dem Anfech-

tungsberechtigten eine gewisse Zeit zugestanden werden muss, in denen er die Vor- und Nachteile der Anfechtung abwägen und ggf. Rat einholen darf, sind hier keine Gründe ersichtlich, die ein Zuwarten über einen Monat rechtfertigen.

Damit war das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 in jedem Fall verfristet und im Zeitpunkt der Erklärung ausgeschlossen. Ob das Anfechtungsrecht wegen Irrtums über die tatsächliche Wohnungsgröße ohnehin von den Gewährleistungsregeln der §§ 536 ff. verdrängt ist und ob bei vollzogenen Mietverträgen auch Einschränkungen vom Grundsatz der Rückwirkung der Anfechtung zu machen sind, kann dahingestellt bleiben.<sup>193</sup>

##### cc) Zwischenergebnis

Die Wirksamkeit des Mietvertrages wird durch die von M erklärte Anfechtung damit nicht berührt. Sonstige Wirksamkeitsmängel sind nicht ersichtlich. Zwischen M und V ist ein wirksamer Mietvertrag geschlossen worden.

## 2. Anfangstermin

Nach den Vereinbarungen der Parteien sollte das Mietverhältnis am 1. August beginnen, so dass ab diesem Termin die Zahlungspflicht des M begann, §§ 158 Abs. 1, 163.

## 3. Minderungseinwand, § 536

### Hinweis

Bei nachträglich entstandenen Mängeln ist die Minderung erst als rechtsvernichtende Einwendung zu prüfen.

Möglicherweise war der Mietzinsanspruch der V aber von Anfang an wegen eines anfänglichen, tauglichkeitsmindernden Mangels nach § 536 Abs. 1 S. 2 herabgesetzt, so dass V der Anspruch nicht in der vereinbarten, sondern nur in geringerer Höhe zustehen konnte.

#### a) Mangelhaftigkeit des Mietobjektes

Die Herabsetzung der Miete nach § 536 Abs. 1 S. 2 setzt voraus, dass das Mietobjekt bei oder

<sup>193</sup> Siehe dazu oben unter Rn. 24 ff.

nach Überlassung mangelhaft und deshalb für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht vollständig geeignet war. Ein Mangel kommt hier im Hinblick auf die Flächenabweichung in Betracht. Im Mietvertrag war die Wohnfläche mit „ca. 100 qm“ angegeben worden, die das Objekt tatsächlich nicht aufwies.

**aa) Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, § 536 Abs. 2**

Die Zusicherung einer Eigenschaft i.S.d. § 536 Abs. 2 setzt voraus, dass der Erklärende die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft übernimmt, indem er dabei zum Ausdruck bringt, für diese unbedingt eintreten zu wollen. In dem „ca.-Vorbehalt“ kommen aber gerade Unsicherheiten über den tatsächlichen Zustand zum Ausdruck, die der Annahme einer Zusicherung einer ganz bestimmten Wohnfläche entgegenstehen.<sup>194</sup>

**bb) Sachmangel i.S.d. § 536 Abs. 1**

Die tatsächliche Wohnungsgröße könnte aber einen Sachmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 begründen. Danach ist die Mietsache mangelhaft, wenn das Objekt nicht die geschuldete Beschaffenheit aufweist und dadurch seine Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird.

**(1) Beschaffenheitsabweichung**

Die geschuldete Beschaffenheit bestimmt sich in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien. Fraglich ist, ob die Parteien eine bestimmte Wohnungsfläche als Beschaffenheit vereinbart haben. Daran könnte man zweifeln, weil im Mietvertrag die Wohnfläche nur mit „ca. 100 qm“ angegeben wurde. Diese Formulierung könnte lediglich als eine unverbindliche Beschreibung des Objekts und nicht als verbindliche Festlegung einer bestimmten Größe zu verstehen sein. Der Sinn der Flächenabgabe ist daher durch Auslegung zu ermitteln, die nach §§ 133, 157 BGB nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte vorzunehmen ist. Zunächst wird aus der Formulierung deutlich, dass es den Parteien

nicht entscheidend auf die genaue Wohnungsgröße von 100 qm ankam, sondern durchaus Toleranzen hingenommen werden sollten.

Allerdings kann diese Formulierung auch nicht so verstanden werden, dass die Wohnfläche für das Vertragsverhältnis gänzlich unbedeutend sein sollte. Da es dem Mieter regelmäßig auf die nutzbare Wohnfläche ankommt, wird in den Inseraten in aller Regel die Wohnungsgröße der angebotenen Wohnung angegeben, um Interessenten eine Vergleichbarkeit verschiedener Wohnungen zu erleichtern und um die Miete pro Quadratmeter errechnen zu können. Hat ein Wohnungssuchender mehrere Wohnungen, deren Mietzins und Ausstattung ähnlich sind, zur Auswahl, wird er sich in vielen Fällen für die größere Wohnung entscheiden. Weiterhin ist die Wohnfläche in aller Regel Berechnungsgrundlage für die Verteilung von Betriebskosten und deren Erhöhung (§ 556 Abs. 1 S. 1). Ebenso ist die Wohnungsgröße ein Faktor bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558 Abs. 2.

Aus allem ergibt sich, dass die Vereinbarung der Wohnfläche mit „ca. 100 qm“ die Wohnfläche verbindlich auf 100 qm unter Hinnahme von Toleranzen festlegen soll.<sup>195</sup>

**(2) Tauglichkeitsminderung**

Gegen die Annahme eines Mangels könnte aber sprechen, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, warum die Tauglichkeit der Räume zu Wohnzwecken aufgrund der Flächendifferenz von 15 qm gemindert sein soll.

Eine solche Betrachtungsweise verkennt jedoch, dass die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch voraussetzt, dass die Wohnung mit der vertraglich vereinbarten Größe auch tatsächlich genutzt werden kann.<sup>196</sup> Diese Nutzungsmöglichkeit besteht

<sup>194</sup> Entscheidung des BGH vom 4.5.2005 (Az.: XII ZR 254/01) unter Ziff. II 2. = NZM 2005, 861.

<sup>195</sup> So die Auslegung des BGH in seiner Entscheidung vom 24.3.2004 (Az.: VIII ZR 133/03) = NZM 2004, 456.

<sup>196</sup> BGH Urteil vom 24.3.2004 (Az.: VIII ZR 295/03) = NJW 2004, 1947.

hier hinsichtlich einer Flächendifferenz von immerhin 15 qm nicht. Die nutzbare Fläche ist für den Mieter aber regelmäßig ein entscheidender Faktor bei seinen Planungen. Eine Flächendifferenz zu Lasten des Mieters stellt deshalb einen Mangel dar, ohne dass es auf den Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Mieters durch die Flächenabweichung ankommt.<sup>197</sup>

### b) Erheblichkeit des Sachmangels, § 536 Abs. 1 S. 3

Voraussetzung für die Minderung ist weiter, dass die Flächenabweichung erheblich ist. Denn nach § 536 Abs. 1 S. 3 bleibt eine unerhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit außer Betracht.

#### JURIQ-Klausurtipp

Beachten Sie, dass es auf die Erheblichkeit im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nicht ankommt, da § 536 Abs. 2 nur auf Satz 1 und 2 des § 536 Abs. 1 verweist, nicht aber auf Satz 3! Deswegen sollten Sie in der Prüfung mit § 536 Abs. 2 beginnen und erst dann auf den Sachmangel nach § 536 Abs. 1 eingehen.

Ein abweichendes Flächenmaß ist im Sinne des § 536 Abs. 1 S. 3 dann als erheblich anzusehen, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10 % hinter der vertraglich vereinbarten Größe zurückbleibt.<sup>198</sup> Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Parteien die Wohnfläche nur unter Verwendung einer „ca.-Angabe“ vereinbart haben. Denn damit wollen sie ja gerade zum Ausdruck bringen, dass die Wohnfläche auch dann noch vertragsgemäß ist, wenn sie etwas kleiner (oder größer) ist als im Vertrag zahlenmäßig angegeben. Möglicherweise muss dies bei der Erheblichkeitsgrenze durch einen entsprechenden „Aufschlag“ zu der 10 %-Grenze berücksichtigt werden.

Ein solcher „Toleranzzuschlag“ widerspräche aber der gesetzlichen Regelung des ohnehin schon als Ausnahme gefassten § 536 Abs. 1 S. 3. Für die Frage der Erheblichkeit einer Flächendifferenz orientiert man sich aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit an der 10 %-Grenze. Mit der Festlegung dieser Grenze auf 10 % steht einerseits fest, dass geringere Abweichungen eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit darstellen. Andererseits ergibt sich daraus, dass größere Differenzen in jedem Fall als erheblich anzusehen sind. Auch für die durch Verwendung einer „ca.-Angabe“ zum Ausdruck gebrachte Hinnahme von Flächentoleranzen ist die Grenze dort zu ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung im Sinne des § 536 Abs. 1 S. 3 endet. Die Parteien werden regelmäßig eine Abweichung von mehr als 10 % nicht akzeptieren. Eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt, weil die Überschreitung der 10 %-Grenze bedeutet, dass die Fläche in nicht mehr hinzunehmender Weise von der vertraglichen Angabe abweicht.<sup>199</sup>

#### Hinweis

Eine andere Auffassung ist selbstverständlich vertretbar; allerdings wird dadurch das Problem nur verlagert. Denn dann muss die Frage beantwortet werden, welche Flächenabweichung durch die Verwendung einer „ca.-Angabe“ üblicherweise hingenommen wird.

Da die Flächendifferenz insgesamt 15 % beträgt, liegt ein Mangel vor, der die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch in erheblicher Weise während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses mindert.

### c) Minderungsausschluss

Die Geltendmachung der Minderungswirkung darf schließlich nicht durch § 536b oder § 536c ausgeschlossen sein.

<sup>197</sup> Entscheidung des BGH vom 4.5.2005 (Az.: XII ZR 254/01) unter Ziff. II. 3 f.

<sup>198</sup> Palandt-Weidenkaff § 536 Rn. 22.

<sup>199</sup> Entscheidung des BGH vom 4.5.2005 (Az.: XII ZR 254/01) unter Ziff. II. 4c und Entscheidung vom 24.3.2004 (Az.: VIII ZR 133/03) = NZM 2004, 456.



Einem Ausschluss nach § 536b S. 1 oder S. 3 steht hier entgegen, dass M weder bei Vertragsschluss noch bei Einzug Kenntnis von der für ihn nachteiligen Flächendifferenz hatte. Ein Ausschluss nach § 536b S. 2 BGB kommt nicht in Betracht, weil dem M kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist. Schließlich traf ihn bei Vertragsschluss grundsätzlich nicht die Pflicht, eigene Vermessungen vorzunehmen.<sup>200</sup> Vielmehr durfte er auf die Leistungstreue seiner Vermieterin vertrauen.

Ein Ausschluss nach § 536c Abs. 2 Nr. 1 scheidet – ungeachtet der erfolgten Anzeige der Flächendifferenz durch M – von vorneherein aus, weil V insoweit gar keine „Abhilfe schaffen konnte“. Es handelte sich also um einen von Anfang an unbehebbarer Mangel.

#### d) Umfang der Minderung

Der Höhe nach ist die Minderung entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gerechtfertigt.<sup>201</sup> Dabei ist allerdings fraglich, ob die vereinbarte Nettomiete, die Bruttomiete, d.h. Mietzins einschließlich aller Nebenkosten oder aber die Nettomiete zuzüglich nur bestimmter Nebenkosten die Bemessungsgrundlage bildet.

Die gesetzliche Systematik und Wertungsgesichtspunkte sprechen dafür, die Bruttomiete als maßgebliche Bemessungsgrundlage anzusehen.<sup>202</sup> § 536 Abs. 1 bezieht die Herabsetzung auf „die Miete“. Der Gesetzgeber hat in § 556 klargestellt, dass die Übernahme von Betriebskosten durch den Mieter vertraglich vereinbart werden kann. Da § 556 zum Unterkapitel „Vereinbarungen über die Miete“ gehört, sind Betriebskosten jedenfalls nach der Systematik des Gesetzes als Bestandteil der Miete anzusehen und damit vom Begriff der „Miete“ erfasst.

Die vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte („Grundmiete“ oder auch „Nettomiete“ sowie Nebenkosten) sind die Gegenleistung für

die vom Vermieter geschuldete Gesamtleistung. Dabei umfasst die vertragliche Leistungspflicht des Vermieters alles, was erforderlich ist, um die vertragsgemäße Nutzung der Mietsache sicherzustellen. Neben der bloßen Überlassung der Mietsache gehören dazu Nebenleistungen, ohne deren Erfüllung ein vertragsgemäßer Gebrauch nicht denkbar ist.

Dementsprechend besteht auch die Gegenleistung des Mieters in einer einheitlichen Leistung, unabhängig davon, wie die Nebenkosten im Einzelnen gemäß der vertraglichen Vereinbarung zu bezahlen sind. Daraus ergibt sich, dass ein Mangel der Haupt- oder einer Nebenleistung des Vermieters stets einen Mangel der geschuldeten Gesamtleistung darstellt mit der Folge, dass die dafür geschuldete gesamte Gegenleistung (Bruttomiete) gemindert werden muss, um die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.

Die hier vereinbarte Bruttomiete beträgt 600 €, so dass sich die Miete von Beginn des Mietverhältnisses an auf 510 € verringerte.

## II. Rechtsvernichtende Einwendungen

### 1. Erfüllung

In Höhe von 240 € ist der Anspruch durch Zahlung des M erfüllt worden und damit nach § 362 Abs. 1 erloschen.

### 2. Aufrechnung, § 389

Möglicherweise ist die restliche Forderung der V durch eine Aufrechnung des M gem. § 389 erloschen.

#### a) Aufrechnungserklärung, § 388

Dies setzt zunächst voraus, dass M die Aufrechnung überhaupt erklärt hat. Ein solcher Aufrechnungswille ist dadurch zum Ausdruck gekommen, dass der M der V mitteilte, die für die Monate August – Oktober überzahlten Beträge von der Novembermiete „abzuziehen“. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist die Aufrechnungserklärung durch Zugang bei V wirksam geworden. Die Aufrechnung richtet sich nach der Erklärung ausschließlich gegen den Mietzinsanspruch der V für den Monat November. Auf die in § 396 Abs. 1 S. 2 vorgesehene Zuordnung kommt es daher nicht an.

<sup>200</sup> Entscheidung des BGH vom 4.5.2005 (Az.: XII ZR 254/01) unter Ziffer II. 5b.

<sup>201</sup> BGH Urteil vom 24.3.2004 (Az.: VIII ZR 295/03) = NJW 2004, 1947.

<sup>202</sup> Dafür nun der BGH mit seiner Entscheidung vom 6.4.2005 (Az.: XII ZR 225/03) = NJW 2005, 1713 m.w.N.

**b) Aufrechnungslage, § 387**

Die Aufrechnungserklärung führt nur dann zu einem Erlöschen der Mietzinsforderung, wenn der M zur Aufrechnung berechtigt ist. Dies erfordert zunächst eine fällige und gleichartige, also ebenfalls auf Geldleistung gerichtete Gegenforderung (§ 387).

**aa) Gegenanspruch auf Rückzahlung von Mietzins aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1**

M könnte gegen V ein fälliger Gegenanspruch auf Rückzahlung überzahlter Miete für die Monate August bis Oktober aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zustehen. In Betracht kommt hier eine Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1.

Der Anspruch setzt voraus, dass V etwas durch Leistung des M ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

M hat der V die Miete monatlich im Voraus und in voller Höhe gezahlt, da er sich aufgrund der Vereinbarung im Mietvertrag hierzu verpflichtet sah. V hat diese Mietbeträge in Höhe von insgesamt 1800 € folglich durch Leistung des M erhalten.

Wie bereits festgestellt, war M aufgrund der Flächenabweichung aber nur zur Zahlung einer um 15 % geminderten Bruttomiete verpflichtet.

Wegen der Differenz in Höhe von jeweils 90 € liegen die Voraussetzungen für eine Rückerstattung in Höhe von insgesamt 360 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 somit vor.

Der Anspruch könnte aber gem. § 814 ausgeschlossen sein. Dies ist dann der Fall, wenn M bei Zahlung der Mieten gewusst hat, dass er zur Leistung in dieser Höhe nicht verpflichtet ist und sich die Rückforderung auch nicht vorbehalten hat. Da M erst nach Zahlung der Oktobermiete Kenntnis von der Flächenabweichung erhalten hatte, konnte ihm bei Zahlung der bis dahin fälligen Mieten nicht bewusst sein, dass er nur zur Zahlung einer geminderten Miete verpflichtet war.

Eine Entreicherung der V nach § 818 Abs. 3 ist nicht ersichtlich.

Damit stand dem M zum Zeitpunkt der Aufrechnung ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 über 360 € zu.

**bb) Fälligkeit der Gegenforderung**

Der Rückzahlungsanspruch war nach § 271 Abs. 1 auch sofort mit Entstehung fällig.

**cc) Erfüllbarkeit der Hauptforderung**

§ 387 verlangt weiter, dass M die aufgerechnete Mietzinsforderung erfüllen kann. Dies ist gem. § 271 Abs. 2 im Zweifel sofort möglich. Anhaltspunkte, die gegen eine sofortige Erfüllbarkeit sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

**c) Aufrechnungsverbote**

Zu prüfen ist schließlich, ob der Aufrechnung ausnahmsweise vertragliche oder gesetzliche Aufrechnungsverbote entgegenstehen.

**aa) Vertragliches Aufrechnungsverbot**

In Betracht kommt hier das unter § 12 des Vertragsformulars enthaltene Aufrechnungsverbot, wonach eine Aufrechnung nur mit anerkannten Forderungen möglich ist. Schließlich hat V den Rückzahlungsanspruch des M bislang nicht anerkannt. Allerdings sieht § 309 Nr. 3 vor, dass ein Aufrechnungsverbot bei Verwendung vorformulierter Bedingungen – wie hier – nur dann wirksam vereinbart werden kann, wenn dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis erhalten bleibt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Indem die Regelung unter § 12 des Vertrages die Aufrechnungsbefugnis auf anerkannte Forderungen beschränkt, bleibt sie hinter den Vorgaben des § 309 Nr. 3 zurück und ist deshalb unwirksam.<sup>203</sup>

**bb) Aufrechnungsverbot aus § 390**

Möglicherweise greift aber das Verbot der Aufrechnung mit einredebehafteter Forderung aus § 390. Der Durchsetzung des Rückzahlungsanspruchs könnte die Einrede des § 273 entgegenstehen, da V aus dem Mietverhältnis ein fälliger Mietzinsanspruch für November gegen M zusteht. Da die Aufrechnung sich aber gerade gegen diesen Anspruch richtet, kann § 390 der Aufrechnung nicht entgegenstehen. Anderenfalls wäre die Aufrechnung gegen fällige Ansprüche stets ausgeschlossen.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> BGH NJW 1994, 657.

<sup>204</sup> BGH NJW 1990, 3212.

**Hinweis**

Einer (rechtzeitigen) Absichtsanzeige nach § 556b Abs. 2 bedurfte es hier nicht. Diese Vorschrift gilt nur dann, wenn eine Aufrechnung nach den „vertraglichen Bestimmungen“ ausgeschlossen ist. Das setzt aber ein wirksames Aufrechnungsverbot voraus.

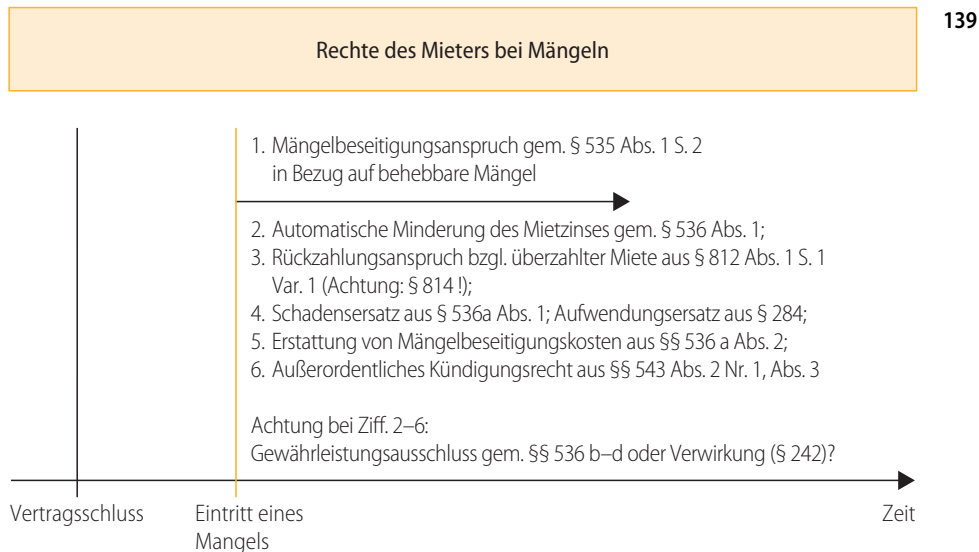
**III. Ergebnis**

Der restliche Mietzinsanspruch der V für den Monat November ist somit durch Aufrechnungserklärung des M gem. § 389 in Höhe von 360 € erloschen. Für den Monat November steht der V kein Mietzinsanspruch mehr gegen M zu.

**Online-Wissens-Check****Wie grenzen Sie die Regelung des § 326 Abs. 1 und § 536 Abs. 1 voneinander ab?**

Überprüfen Sie jetzt online Ihr Wissen zu den in diesem Abschnitt erarbeiteten Themen. Unter [www.juracademy.de/skripte/login](http://www.juracademy.de/skripte/login) steht Ihnen ein Online-Wissens-Check speziell zu diesem Skript zur Verfügung, den Sie kostenlos nutzen können. Den Zugangscode hierzu finden Sie auf der Codeseite.

## IV. Rechte des Mieters bei Mängeln



### 1. Anspruch auf Mängelbeseitigung, § 535 Abs. 1 S. 2

#### a) Anspruchsgrundlage

Wie wir bereits oben unter Rn. 34, Rn. 48 ff. gesehen haben, umfasst die **Primärleistungspflicht** des Vermieters auch die Mängelbeseitigung. Gem. § 535 Abs. 1 S. 2 hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Der Mieter kann die Mängelbeseitigung also auf der Grundlage seines Primäranspruchs verlangen. 140

#### b) Prüfung

Die Prüfung des Primäranspruchs gem. § 535 Abs. 1 S. 2 ergibt sich aus dem unter Ziff. A. II. eingangs vorgestellten Prüfungsschema. Dieses muss hier nicht noch einmal dargestellt werden. 141

#### Hinweis

Beachten Sie, dass die Gewährleistungsausschlüsse gem. § 536b und § 536c Abs. 2 auf den primären Mängelbeseitigungsanspruch keine Anwendung finden. Auch eine analoge Anwendung scheidet aus, da der Gesetzgeber keine Regelung treffen wollte, die den Primäranspruch auf Mängelbeseitigung für die Zukunft ausschließen und damit im Ergebnis zu einer dauerhaften Mangelhaftigkeit der Mietsache führen würde.<sup>205</sup>

<sup>205</sup> BGH Urteil vom 18.4.2008 (Az.: XII ZR 139/05) unter Tz. 28 = NJW 2008, 1021 f.

## 2. Aufwendungsersatz bei/Vorschuss für Selbstvornahme aus § 536a Abs. 2

### 142 Ersatzanspruch des Mieters aus § 536a Abs. 2

#### I. Anspruchsentstehung

1. Wirksamer Mietvertrag/  
evtl. Voraussetzungen für Änderung in Person des  
Anspruchsinhabers/Schuldners
2. Gewährleistungspflichtiger Mangel
3. Voraussetzungen des § 536a Abs. 2
  - a) Verzug des Vermieters mit Beseitigung des Mangels, § 286  
⌚ Eintritt eines Erwerbers nach § 566 während des Verzugs **Rn. 149**
  - b) oder: Notwendigkeit umgehender Beseitigung durch Mieter
4. Tatsächliche Aufwendungen des Mieters für Mängelbeseitigung
5. Erforderlichkeit der Aufwendungen
6. (Kein) Ausschluss nach § 536b  
⌚ Ausschluss bei vorbehaltloser Mietzahlung **Rn. 159**
7. (Kein) Ausschluss nach § 536d

#### II. Rechtsvernichtende Einwendung

1. Erfüllung und Erfüllungssurrogate (z.B. §§ 362, 364, 389, 397)
2. Sonstige

#### III. Durchsetzbarkeit

1. Fälligkeit
2. Einreden  
⌚ Verjährung bei Eintritt eines Erwerbers nach § 566 **Rn. 166**

**143** Unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 kann der Mieter den Mangel selbst zu beseitigen und vom Vermieter Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen zu verlangen.

**144** Wie im Kauf- und Werkvertragsrecht sind die Voraussetzungen zur Erstattung eigener Mängelbeseitigungskosten des Mieters im Mietrecht **abschließend geregelt**. Der Ersatz richtet sich also **ausschließlich nach § 536a Abs. 2**. Ansprüche aus § 536a Abs. 1 oder § 539 i.V.m. §§ 683, 670 bzw. §§ 684, 818 Abs. 2 sowie §§ 812 ff. sind ausgeschlossen.<sup>206</sup>

#### a) Anspruchsentstehung

##### aa) Wirksamer Mietvertrag und evtl. Voraussetzungen für Eintritt der Beteiligten in Schuldverhältnis

**145** Der Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 setzt zunächst einen wirksamen Mietvertrag voraus.

Sofern der Anspruchsteller bzw. Anspruchsgegner nicht zu den ursprünglichen Parteien des Mietvertrages gehörte, müssen Sie zusätzlich noch die Voraussetzungen für den Eintritt des Anspruchstellers in die Mieterrechte bzw. des Gegners in die Vermieterpflichten untersuchen (siehe dazu oben unter Rn. 36 ff. und 114 ff.).

<sup>206</sup> BGH Urteil vom 16.1.2008 (Az.: VIII ZR 222/6) = NJW 2008, 1216 m.w.N.

**Beispiel** Mieter M beseitigt nach Eintritt des Grundstückserwerbers E in die Vermieterstellung nach § 566 einen Mangel. M verlangt vom „neuen“ Vermieter E die Kosten erstattet. Da zwischen M und E kein Mietvertrag geschlossen wurde, müssten neben der Wirksamkeit des ursprünglichen Mietvertrages noch die Eintrittsvoraussetzungen des § 566 geprüft werden. ■

## bb) Mangel

Der Anspruch setzt weiter einen Mangel i.S.d. § 536 voraus. Es kommen alle drei Mängelkategorien in Betracht, die wir oben unter Rn. 48 ff. bereits dargestellt haben: Sachmangel, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und Rechtsmangel. 146

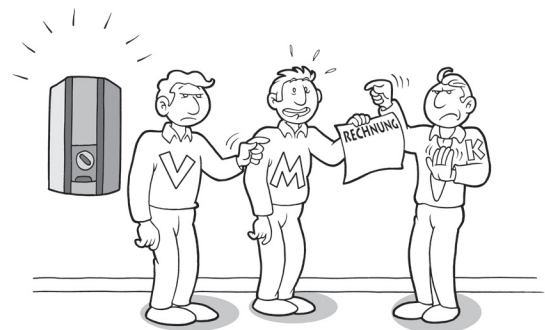
Der Mangel muss unter die Gewährleistungspflicht des Vermieters gem. § 535 Abs. 1 S. 2 fallen. Deshalb steht dem Mieter kein Aufwendungsersatzanspruch zu, wenn er den Mangel zu vertreten hat (§ 538) oder er die Kostentragung für die betreffenden Reparaturen vertraglich – wirksam! – übernommen hat (siehe dazu oben unter Rn. 59 ff.). 147

## cc) Verzug des Vermieters mit Mängelbeseitigung, § 286

Der Mieter kann gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 anstelle des Vermieters die Mängelbeseitigung auf dessen Kosten selbst vornehmen, wenn sich dieser mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet. Die Pflicht des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels wird mit Eintritt des Mangels sofort fällig, § 271 Abs. 1.<sup>207</sup> Unter den Voraussetzungen des § 286 gerät der Vermieter mit der Erfüllung dieser Pflicht in Verzug, insbesondere wenn er trotz Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1) die notwendigen Mängelbeseitigungsmaßnahmen nicht veranlasst, ohne sein Vertretenmüssen ausschließen zu können (§ 286 Abs. 4). 148

Wie wir wissen, tritt ein Grundstückserwerber unter den Voraussetzungen des § 566 (ggf. i.V.m. § 578) mit Eintragung ins Grundbuch in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein (siehe oben unter Rn. 37 ff.). Fraglich ist, ob er auch in einen laufenden Verzug des Vermieters mit einer Mängelbeseitigungsmaßnahme „eintritt“ und dem Mieter deshalb zum Aufwendungsersatz verpflichtet ist, obwohl er selbst nicht gemahnt wurde und die unterbliebene Mängelbeseitigung gar nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4). 149

**Beispiel** V vermietet dem M im Februar eine Wohnung. V verkauft am 1. März das Grundstück, auf dem sich die Wohnung befindet, an den K. Am **28. März** fällt ein Durchlauferhitzer aus, so dass dem M kein Warmwasser zur Verfügung steht. Am **29. März** zeigt M dem V den Mangel an und verlangt Beseitigung. V kommt dem nicht mehr nach. K, der das Grundstück von V gekauft hat wird am **2. April** im Grundbuch eingetragen. Am **3. April** lässt M den Durchlauferhitzer selbst reparieren und präsentiert dem verdutzten K die Rechnung. K meint, M müsse sich wegen dieser „Altlast“ an den V halten. ■



<sup>207</sup> Palandt-Weidenkaff § 535 Rn. 47.

Der Grundstückserwerber ist hinsichtlich der mietvertraglichen Rechte und Pflichten nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers. § 566 Abs. 1 ordnet vielmehr einen unmittelbaren Rechtserwerb kraft Gesetzes als Folge und ab dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs an.<sup>208</sup> Durch den Eigentumsübergang tritt hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche eine Zäsur ein: alle schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters gegen den Erwerber, falls sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden.<sup>209</sup>

Der Anspruch auf **Erstattung der entstandenen Mängelbeseitigungskosten** kann **erst dann fällig** werden, wenn dem Mieter tatsächlich Aufwendungen durch eine eigene Mängelbeseitigungsmaßnahme entstanden sind. Findet die Selbstvornahme erst nach Eigentumsübergang statt, kann sich der Anspruch nach den vorstehenden Grundsätzen nur gegen den Erwerber richten, da vorher seine Anspruchsvoraussetzungen noch nicht vollständig vorlagen und er deshalb vor Eigentumsübergang noch nicht entstanden ist.

Allerdings können – wie im *Beispiel* – die Verzugsvoraussetzungen nur in der Person des Vermieters, aber mangels Mahnung nicht auch in der Person des Erwerbers gegeben sein.

Dies würde dazu führen, dass der Mieter mangels Reparatur vor Eigentumserwerb des Dritten noch keinen Anspruch gegen seinen bisherigen Vermieter gehabt hätte und mangels Verzugs des Erwerbers auch keinen Anspruch gegen diesen hätte.

### Hinweis

Zur Beseitigung eines vor Eigentumsübergang auftretenden Mangels ist zunächst der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 verpflichtet. Nach Übergang des Eigentums trifft diese als **Dauerschuld zu erfüllenden Pflicht den Erwerber**, auch soweit es um „Altmängel“ geht. Für die Vergangenheit ist die Erfüllung wegen nachträglicher Unmöglichkeit ausgeschlossen (siehe oben unter Rn. 73). Auch der Erwerber kann also nach § 286 mit der Beseitigung von „Altmängeln“ in Verzug geraten.

Um dieses Dilemma aufzulösen, kommen zwei Ansätze in Betracht:

1. Nach einer Ansicht wirkt die einmal in der Person des Vermieters eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der Person des Erwerbers fort. Entstehen die Aufwendungen erst nach dem Eigentumsübergang, so richten sich die Ansprüche des Mieters nicht gegen den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.<sup>210</sup>
2. Nach anderer Ansicht haftet der Veräußerer, nicht der Erwerber, wenn die Haftungs Voraussetzungen nur in der Person des Veräußerers vorliegen, auch wenn die Aufwendungen erst nach dem Eigentumswechsel entstehen.<sup>211</sup>

Die erstgenannte Auslegung des § 566 ist vorzuziehen, da sie dem Sinn und Zweck der Vorschrift am ehesten gerecht wird.<sup>212</sup> Mit § 566 sollen dem Mieter auch gegenüber dem neuen Grundstückseigentümer die Rechtspositionen erhalten bleiben, die er aufgrund des Mietver-

<sup>208</sup> BGH Urteil vom 9.2.2005 (Az.: VIII ZR 22/04) = NJW 2005, 1187.

<sup>209</sup> BGH Urteil vom 3.12.2003 (Az.: VIII ZR 168/03) = NJW 2004, 851 unter Ziff. II 1.

<sup>210</sup> *Derleder/Bartels* JZ 1997, 981, 985; LG Berlin NJW-RR 1990, 23.

<sup>211</sup> MüKo-Häublein § 566 Rn. 39.

<sup>212</sup> So der BGH in seinem Urteil vom 9.2.2005 (Az.: VIII ZR 22/04) = NJW 2005, 1187.

trages gegen den bisherigen Vermieter gehabt hätte. Gewahrt bleibt dem Mieter seine Rechtsposition aber nur dann, wenn er seinen Anspruch bei Fälligkeit der Person gegenüber geltend machen kann, die zu diesem Zeitpunkt die Vermieterstellung einnimmt und gegen deren laufende Mietforderungen er gegebenenfalls aufrechnen kann.

Eine Kostenbelastung des Erwerbers ist auch nicht unbillig. Zwar hat nicht der Erwerber, sondern der Vermieter durch seine Untätigkeit die Verzugsfolgen veranlasst. Dem Erwerber ist es aber freigestellt, sich bei Abschluss des Kaufvertrages über das Grundstück die notwendigen Informationen zu beschaffen, Haftungsrisiken abzusichern und den Veräußerer gegebenenfalls in Regress zu nehmen.

Im *Beispiel* kann daher M von K eine Erstattung seiner Aufwendungen für die Reparatur des Durchlauferhitzers verlangen.

#### dd) Oder: Notwendigkeit umgehender Beseitigung

Der Mieter kann in bestimmten Fällen den Mangel auch schon vor Eintritt der Verzugsvoraussetzungen auf Kosten des Vermieters selbst beseitigen. Diese Fälle sind nach § 536a Abs. 2 Nr. 2 dadurch gekennzeichnet, dass die **umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache** notwendig ist. Es handelt sich also um Notmaßnahmen des Mieters, die keinen Aufschub dulden und auch ohne vorherige Mahnung einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen sollen.<sup>213</sup>

**Beispiel** Reparatur eines Rohrbruchs in gemieteten Räumen. ■

#### ee) Aufwendungen des Mieters

Der Anspruch setzt weiter voraus, dass der Mieter den Mangel selbst beseitigt hat oder beseitigen ließ und ihm dadurch Aufwendungen entstanden sind. Wie sich aus § 257 ergibt, genügt es, wenn der Mieter aufgrund der Mängelbeseitigung bislang nur mit eigenen Verbindlichkeiten belastet ist, diese aber noch nicht mit eigenen Mitteln erfüllt hat. Dann kann er vom Vermieter nach **§ 257 Befreiung von der Verbindlichkeit** verlangen.

**Beispiel** V vermietet dem M eine Wohnung. Als M am späten Nachmittag in die Wohnung kommt, bemerkt er einen Rohrbruch im Badezimmer und beauftragt sofort im eigenen Namen den Klempner K mit der Reparatur. Aufgrund des zwischen M und K geschlossenen Werkvertrages ist der M dem K zur Zahlung des vereinbarten bzw. üblichen (§ 632) Werklohns verpflichtet. Hat M den Werklohn noch nicht gezahlt, kann er von V aus §§ 536 Abs. 1, 536a Abs. 2 Nr. 2, 257 Befreiung von seiner Zahlungspflicht verlangen.

Anders läge es, wenn M den Vertrag im Namen des V geschlossen hätte und V diesen Vertragsschluss genehmigt, wozu er nach § 535 Abs. 1 S. 2 grundsätzlich verpflichtet ist. Dann ist V selbst Vertragspartner des K und M hat keine eigenen Aufwendungen. ■

Nach § 536a Abs. 2 i.V.m. § 242 hat der Mieter einen **Anspruch auf Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten**.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> BGH Urteil vom 16.1.2008 (Az.: VIII ZR 222/06) unter Tz. 17 = NJW 2008, 1216 f.

<sup>214</sup> BGH Urteil vom 28.5.2008 (Az.: VIII ZR 271/07) unter Tz. 8 = NJW 2008, 2432; Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 18.



### ff) Erforderlichkeit der Aufwendungen

- 153 § 536a Abs. 2 beschränkt die Ersatzpflicht auf die „erforderlichen“ Aufwendungen. Das sind nicht nur die objektiv notwendigen Aufwendungen, sondern alle Aufwendungen, die der Mieter aus der **Sicht ex ante nach sorgfältiger Prüfung, ggf. nach fachmännischem Rat für geeignet und notwendig halten durfte.**<sup>215</sup>

**Beispiel** Angenommen, K hat zunächst eine Abdichtung des Rohres vorgeschlagen, wie sie von ihm sonst auch standardmäßig vorgenommen wird. Scheitert diese Maßnahme ausnahmsweise und muss das Rohr ganz ausgetauscht werden, so kann M auch die Kosten für die Abdichtung verlangen, obwohl diese zunächst nicht zum Ziel geführt hatten. ■

### gg) (Kein) Ausschluss nach § 536b

- 154 In § 536b normiert das Gesetz drei verschiedene Ausschlussstatbestände:

#### (1) Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss, § 536b S. 1

- 155 Kennt der Mieter den Mangel bei Vertragsschluss, steht ihm der Ersatzanspruch wegen eigener Mängelbeseitigung nicht zu. Es handelt sich letztlich um den Gedanken des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242), weil der Mieter den Vertrag in Kenntnis des Mangels geschlossen und damit die Unerheblichkeit des Mangels zu erkennen gegeben hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vermieter die Beseitigung des Mangels in Aussicht stellt, da § 536b S. 1 dispositiv ist und der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens dann nicht im Raum steht.<sup>216</sup>

#### JURIQ-Klausurtyp

Hier müssen Sie sorgfältig prüfen, ob der Mieter beim Vertragsschluss zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht hat, das Objekt mit dem Mangel als vertragsgemäß zu akzeptieren. Dann läge bereits eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung und damit – nach dem subjektiven Fehlerbegriff – kein gewährleistungspflichtiger Mangel i.S.d. § 536 vor.<sup>217</sup>

#### (2) Grob fahrlässige Unkenntnis bei Vertragsschluss, § 536b S. 2

- 156 Der tatsächlichen Kenntnis des Mieters stellt § 536b S. 2 die grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels bei Vertragsschluss grundsätzlich gleich.



Eine **grob fahrlässige Unkenntnis** liegt dann vor, wenn die Umstände bei Vertragsschluss den Verdacht eines Mangels besonders nahelegen, gleichsam aufdrängen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare Nachforschungen unterlassen hat.<sup>218</sup>

- 157 Anders als die positive Kenntnis führt die grob fahrlässige Unkenntnis dann nicht zum Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruches, wenn der Vermieter den Mangel „arglistig“ (= vorsätzlich) verschwiegen hat.

<sup>215</sup> Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 18.

<sup>216</sup> BGH Urteil vom 18.10.2006 (Az.: XII ZR 33/04) unter Tz. 12 = NJW 2007, 147 f.

<sup>217</sup> BGH Urteil vom 18.4.2007 (Az.: XII ZR 139/05) unter Tz. 28 = NJW-RR 2007, 1021 f.

<sup>218</sup> BGH Urteil vom 18.4.2007 (Az.: XII ZR 139/05) unter Tz. 21 = NJW-RR 2007, 1021 f.

**Beispiel** V vermietet dem M Räume zum Betrieb eines Geschäftslokals nebst Lagerraum im Keller. Bei der Besichtigung des gemauerten und unverputzten Kellers war der Boden mit feinem Sand übersät. M unterließ weitere Nachfragen, weil er den Sand als Hinterlassenschaft des Vormieters ansah. Nach Einzug stellt M fest, dass im Keller der Sand unaufhörlich aus den Fugen rieselt, was dem V bekannt war. Wegen des „Absandens“ kann M den Keller so nicht nutzen und lässt die Fugen nach fruchtloser Mahnung auf eigene Kosten mit neuem Mörtel füllen. Hier liegt zwar eine grob fahrlässige Unkenntnis vor, da dem M das „Absanden“ bei der Vorbesichtigung ins Auge springen musste. Jedoch hatte es der V vorsätzlich unterlassen, den M auf diesen Umstand hinzuweisen, obwohl die Bedeutung dieses Umstands für die Nutzung des Kellers als Lagerraum auf der Hand lag. Damit hatte V den Mangel arglistig verschwiegen, so dass die grob fahrlässige Unkenntnis den Aufwendungsersatzanspruch des M gem. § 536b S. 2 nicht auszuschließen vermag. ■

### (3) Vorbehaltlose Annahme, § 536b S. 3

Schließlich ist der Aufwendungsersatzanspruch nach § 536b S. 3 ausgeschlossen, wenn der Mieter die Mietsache vorbehaltlos annimmt, obwohl er den Mangel kennt. 158

### (4) Ausschluss durch vorbehaltloses Weiterzahlen der Miete?

Erhält der Mieter **nach den in § 536b genannten Zeitpunkten** Kenntnis von einem Mangel, könnte er darauf durch ein Beseitigungsverlangen, eine gekürzte Mietzahlung (§ 536 Abs. 1) und/oder mit einem Zurückbehaltungsrecht nach § 320 reagieren (siehe oben unter Rn. 134 ff.). Fraglich ist, ob § 536b auf diejenigen Fälle analog anzuwenden ist, in denen der Mieter nachträglich Kenntnis von einem Mangel erlangt, dennoch die Miete **über längere Zeit vorbehaltlos weiterzahlt und sich deshalb widersprüchlich verhält**, wenn er später wegen des Mangels Rechte herleiten will. 159

Die herrschende Meinung vertritt mit Recht die Ansicht, es fehle an der für die analoge Anwendung des § 536b erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Die nachträgliche Kenntnis als solche kann für sich genommen keine Treuwidrigkeit begründen. Treten besondere Umstände hinzu, die eine Berufung auf den Mangel treuwidrig erscheinen lassen, steht dem Vermieter immer noch das anerkannte Rechtsinstitut der **Verwirkung** aus § 242 zur Verfügung.<sup>219</sup> Damit ist allerdings nur der methodische Ausgangspunkt geklärt: Es bleibt die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verwirkung anzunehmen ist.

Ein Recht ist **verwirkt**, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieses Recht in Zukunft nicht mehr geltend gemacht werde.<sup>220</sup>

Erforderlich sind ein **Zeit- und ein Umstandsmoment**: Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seine Ansprüche nicht mehr geltend machen.

219 Urteile des BGH vom 18.10.2006 (Az.: XII ZR 33/04) unter Tz. 12 ff. (zur fristlosen Kündigung) = NJW 2007, 147 f. und vom 16.7.2003 (Az.: VIII ZR 274/02) = BGHZ 155, 380 ff. = NJW 2003, S. 2601 ff. (2603).

220 BGH Urteil vom 18.10.2006 (Az.: XII ZR 33/04) unter Tz. 13 = NJW 2007, 147 f.

**Beispiel** Der Mieter zeigt dem Vermieter einen Mangel an, den V jedoch trotz Mahnung nicht beseitigt. Ohne weitere Beanstandungen zahlt M seine Miete vorbehaltlos über 12 Monate weiter und lässt den Mangel erst im 13. Monat auf eigene Kosten beseitigen. Hier kann M sich nicht auf seine vor einem Jahr abgegebene Mahnung und den sich daraus ergebenden Verzug des V (§ 536a Abs. 2 Nr. 1) berufen. Aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung der Miete über mehr als ein Jahr hat M den Anschein erweckt, keine Mängelrechte mehr geltend machen zu wollen. ■

#### hh) (Kein) Ausschluss nach § 536d

- 160** Wie sich aus § 536d ergibt, können die Mietvertragspartner den Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 vertraglich ausschließen. Dem steht in Wohnraummietverhältnissen § 536 Abs. 4 nicht entgegen, da dieser nur die Minderung als zwingende Mangelfolge ausgestaltet.

» Bei welchen mietrechtlichen Vorschriften ist uns diese Regelungstechnik bereits begegnet? «

Der Vermieter kann sich auf den Ausschluss allerdings dann nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, wobei arglistiges Vorspiegeln eines Umstandes gleichgestellt ist (siehe dazu bereits oben unter Rn. 157).

Wie bei § 444 kommt dadurch zum Ausdruck, dass ein Verstoß nicht zur Nichtigkeit und damit über § 139 zur Unwirksamkeit des gesamten Mietvertrags führen kann.

- 161** Bei formularvertraglichem Ausschluss durch **AGB** wird überwiegend vertreten, das Selbstvornahmerecht gehöre zu den wesentlichen Rechten des Mieters und könne deshalb wegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 nicht wirksam ausgeschlossen werden.<sup>221</sup>

#### b) Rechtsvernichtende Einwendungen

- 162** Der Anspruch erlischt regelmäßig nach den allgemeinen Einwendungstatbeständen der §§ 362 ff.

Im Falle einer Aufrechnung des Mieters gegen die laufende Mietforderung stellen sich die oben unter Rn. 127 bereits besprochenen Probleme des formularmäßigen Ausschlusses. In Wohnraummietverhältnissen ist außerdem § 556b Abs. 2 zu beachten.

- 163** Der Anspruch kann ferner dadurch ausgeschlossen werden, dass auf Gläubigerseite nachträglich ein Personenwechsel durch Abtretung des Ersatzanspruchs und auf Schuldnerseite durch Schuldübernahme erfolgt. Der Anspruch besteht dann zwischen den neuen Personen – das bisherige Schuldverhältnis erlischt.

#### c) Durchsetzbarkeit


- 164** Der Anspruch auf Zahlung des Aufwendungsersatzes wird mit seiner Entstehung sofort **fällig**, § 271 Abs. 1. Nach **§ 256** schuldet der Vermieter außerdem eine (Mindest-) **Verzinsung vom Zeitpunkt der dem Mieter entstandenen Aufwendung an**. Die Zinshöhe ergibt sich aus § 247. Höhere Zinsen können nach Verzugseintritt aus §§ 288, 286 verlangt werden.

<sup>221</sup> Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 7 a.E.; MüKo-Häublein § 536a Rn. 31.

Ein **Zurückbehaltungsrecht** des Vermieters aus § 273 Abs. 1 könnte sich regelmäßig aus offenen Mietforderungen ergeben, wobei eine Partei in diesem Fall aufgrund der inhaltlichen Gleichartigkeit die Aufrechnung erklären wird.<sup>222</sup> **165**

Die **Verjährung** des Aufwendungsersatzanspruches richtet sich **nicht nach den allgemeinen Fristen** der §§ 195, 199. Vielmehr sieht das Mietrecht eine besondere Verjährungsvorschrift vor. Nach **§ 548 Abs. 2** verjähren Aufwendungsersatzansprüche des Mieters in **sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses**. Entscheidend ist das **rechtliche Ende** des Mietverhältnisses und nicht eine faktische Beendigung, etwa durch vorzeitigen Auszug des Mieters.<sup>223</sup> Die Fristberechnung richtet sich nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193. **166**

Im Falle eines **Personenwechsels auf Vermieterseite nach §§ 566, 578** tritt der neue Grundstückseigentümer in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein, die nach seinem Eigentumserwerb entstehen oder fällig werden. Mit dem vollzogenen Eigentumserwerb (§§ 873, 925) endet das Mietverhältnis zum bisherigen Vermieter, der nur noch nach Maßgabe des § 566 Abs. 2 haften kann. Dieser Zeitpunkt ist damit eigentlich der Beginn der kurzen Verjährung nach § 548 Abs. 2 für solche Aufwendungsersatzansprüche, die zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden und fällig waren.

 **Überlegen Sie noch einmal: Auf welche Mietverhältnisse finden die §§ 566, 578 Anwendung? <<**

### Hinweis

§ 548 dient dazu, eine schnelle Klarheit über wechselseitig bestehende Ansprüche und ihre Bereinigung zu fördern.<sup>224</sup> Daher ist es richtig, für den Beginn der Verjährung gem. § 548 Abs. 2 nicht auf das Ende des Mietverhältnisses insgesamt, sondern auf die Beendigung der Vermieterstellung des Veräußerers abzustellen.

Das führt aber dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn der **Mieter von dem Eigentümerwechsel gar keine Kenntnis** erlangt hat: Seine bislang unerledigten Ersatzansprüche würden „klammheimlich“ verjähren. Deswegen wird hier zusätzlich auf den Moment abgestellt, an dem der Mieter **hinreichend sichere Kenntnis von dem Eigentumserwerb des neuen Vermieters durch Eintragung im Grundbuch** erlangt hat.<sup>225</sup>

**Beispiel** V vermietet dem M eine Wohnung. M repariert auf eigene Kosten den defekten Durchlauferhitzer in der Küche, da V trotz wiederholter Mahnung nicht tätig geworden ist. Nun veräußert V das Grundstück mitsamt der Wohnung wirksam an den E.

7 Monate, nachdem E als Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich das Wohngebäude befindet, ins Grundbuch eingetragen worden ist, macht M seine Ansprüche gegen V geltend. V beruft sich auf Verjährung. M wendet demgegenüber mit Erfolg ein, er habe erst vor drei Monaten Kenntnis von der Veräußerung erhalten. ■

<sup>222</sup> Die Aufrechnung kann auch gegenüber dem Vorschussanspruch (siehe oben unter Rn. 152) erklärt werden, BGH NJW 1970, 2019.

<sup>223</sup> BGH Urteil vom 28.5.2008 (Az.: VIII ZR 133/07) unter Tz. 15 = NJW 2008, 2256 f.

<sup>224</sup> BGH a.a.O. unter Tz. 16 = NJW 2008, 2256 f.

<sup>225</sup> BGH a.a.O. unter Tz. 18 = NJW 2008, 2256 f.