

Fortgeschrittenenhausarbeit: Neue Wände, neue Freunde

PD Dr. Matthias Fervers, Kiel*

Die Aufgabenstellung behandelt im Schwerpunkt Themen des Allgemeinen Teils, des Mietrechts und des Allgemeinen Schuldrechts.

Sachverhalt

V möchte eine ihm gehörende Wohnung und frisch renovierte Wohnung an M vermieten. V entwirft zu diesem Zweck einen Mietvertrag, wobei er beabsichtigt, diesen künftig bei jeder neuen Vermietung der Wohnung einzusetzen. Der Mietvertrag enthält unter anderem die folgende Klausel:

§ 3: Die Schönheitsreparaturen sind vom Mieter alle fünf Jahre durchzuführen.

M unterschreibt den von V vorgelegten Mietvertrag und zieht am 1.12.2016 in die Wohnung ein. Bei der kurz darauf stattfindenden Einweihungsparty am 4.12.2016 rutscht M in angetrunkenem Zustand ungeschickt mit seiner Bierflasche aus und beschädigt die in der Wohnung fest verbaute und laut Mietvertrag mitvermietete Badewanne, wodurch ein Schaden i.H.v. 1.000 € entsteht.

Einige Jahre später plant M eine berufliche Veränderung und kündigt den Mietvertrag deshalb wirksam zum 31.8.2022. Die Wohnung ist zu diesem Zeitpunkt sichtbar renovierungsbedürftig. Am 31.8.2022 zieht M auch wie geplant aus der Wohnung aus und gibt diese an V zurück. V bemerkt zwar zunächst nicht den Schaden an der Badewanne, wohl aber die fehlende Renovierung durch M, auf die er M auch sogleich aufmerksam macht. Weil V die Wohnung allerdings danach einige Monate leer stehen lässt, unternimmt er zunächst nichts weiter. Erst nachdem sich ein neuer und zahlungskräftiger Mietinteressent bei V gemeldet hat, kontaktiert V den M am 2.3.2023 und fordert ihn zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auf. M renoviert daraufhin direkt am nächsten Tag aufwendig die gesamte Wohnung.

Nur kurze Zeit später führt M jedoch ein Gespräch mit einem rechtskundigen Bekannten und erfährt, dass er die Schönheitsreparaturen wohl gar nicht hätte ausführen müssen. M stellt daraufhin weitere rechtliche Nachforschungen an. Nach Abschluss der Nachforschungen wendet M sich am 19.4.2023 an V und verlangt von diesem Zahlung von 1.000 €. Er, M, habe schließlich für V die gesamte Wohnung renoviert, ohne jemals dazu verpflichtet gewesen zu sein. V entgegnet, er schulde „keinen Cent“. Zum einen habe M mit der Vornahme der Schönheitsreparaturen nur die explizit übernommene vertragliche Verpflichtung erfüllt und „keinen Deut mehr“. Und zum anderen habe er, V, in der Zwischenzeit einen Handwerker mit der Reparatur der Badewanne betrauen müssen, der hierfür ebenfalls marktüblich 1.000 € abgerechnet habe. Selbst wenn M also einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 € haben sollte, sei dieser Anspruch „spätestens nach der Geschichte mit der Badewanne jetzt nichts mehr wert“. M sieht das nicht ein. Erstens könne es nicht sein, dass V die Badewanne „einfach so reparieren lasse, ohne vorher irgendwas zu sagen“. Und zweitens komme V „mit dieser Sache reichlich spät“.

* Der Autor ist Privatdozent und Vertreter des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Fallfrage

Hat M gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 €?

Bearbeitungsvermerk

Im Gutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Es ist davon auszugehen, dass die Höhe der gegenseitigen Ansprüche mit 1.000 € jeweils korrekt berechnet ist.

Lösungsvorschlag

I. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB	514
II. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB	514
1. Anspruchsvoraussetzungen	514
a) Vorvertragliches Schuldverhältnis	514
b) Vorvertragliche Pflichtverletzung	515
aa) § 3 MV als unwirksame AGB	515
(1) Vorliegen von AGB	515
(2) Unwirksamkeit von § 3 MV gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB	515
(3) Keine geltungserhaltende Reduktion	516
bb) Sorgfaltsverstoß des V durch die Verwendung der AGB	517
c) Vertretenmüssen	517
d) Schaden	517
2. Kein Erlöschen nach § 389 BGB	517
a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB	517
b) Aufrechnungslage, § 387 BGB	518
aa) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	518
(1) Anspruchsvoraussetzungen	518
(a) Schuldverhältnis	518
(b) Nebenpflichtverletzung	518
(aa) Einheitliche Behandlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB	518
(bb) Nur Substanzverletzung fallen unter § 280 Abs. 1 BGB	519
(cc) h.M.: Abgrenzung nach dem Kriterium der Leistungspflicht	519
(dd) Stellungnahme	519
(c) Vertretenmüssen	520
(d) Schaden	520
(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB	520

(a) Verjährung der Forderung.....	520
(b) Kein Eingreifen von § 215 BGB.....	521
bb) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB	521
cc) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB	521
(1) Anspruchsvoraussetzungen	521
(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB	521
3. Keine Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB	522
4. Ergebnis	522
III. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	522
IV. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB	523
1. Anspruchsvoraussetzungen	523
a) Etwas erlangt	523
b) Durch Leistung des M	523
c) Ohne Rechtsgrund	523
d) Rechtsfolge: Wertersatz	523
2. Keine Einwendungen und Einreden.....	523
3. Ergebnis	523

I. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB

Ein Anspruch des M gegen V auf Zahlung von Schadensersatz nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht schon deshalb nicht, da zum Zeitpunkt der Vornahme der Schönheitsreparaturen zwischen M und V kein Mietvertrag mehr bestand.

Hinweis: Ob der Anspruch nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB geprüft wird, dürfte reine Geschmackssache sein. Ein Fehlen sollte deshalb bei der Bewertung keinesfalls negativ bewertet werden.

II. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

M könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 1.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Dies wäre der Fall, wenn V durch die Verwendung einer unwirksamen AGB schuldhaft eine vorvertragliche Pflicht verletzt hätte und M ein Schaden i.H.v. 1.000 € entstanden wäre.

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Vorvertragliches Schuldverhältnis

M und V haben im Vorfeld des Mietvertrags Vertragsverhandlungen i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB geführt. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis liegt somit vor.

b) Vorvertragliche Pflichtverletzung

Eine vorvertragliche Pflichtverletzung des V könnte in der Verwendung von § 3 MV liegen. Die Verwendung unwirksamer AGB kann grundsätzlich eine vorvertragliche Pflichtverletzung gegenüber dem Vertragspartner darstellen.¹ Denn jeder Vertragspartner ist gem. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, Rücksicht auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen und hierzu gehört auch, nicht durch unsorgfältige Auswahl oder Formulierung unwirksame AGB zu verwenden, die den anderen Teil zur Vornahme von Aufwendungen veranlassen können.

Eine Pflichtverletzung läge somit vor, wenn es sich bei § 3 MV um eine unwirksame AGB handelt und wenn dem V insoweit tatsächlich eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

aa) § 3 MV als unwirksame AGB

(1) Vorliegen von AGB

§ 3 MV wäre als AGB zu qualifizieren, wenn die Voraussetzungen von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt wären. Bei § 3 MV handelt es sich um eine Vertragsbedingung, die V selbst entworfen und damit vorformuliert hat. Da V bei der Vorformulierung auch die Absicht hatte, den Mietvertrag (und damit auch dessen § 3) bei allen zukünftigen Vermietungen zu benutzen, liegt auch die erforderliche Absicht der Vielfachverwendung vor. Und schließlich hat V den Mietvertrag in die Verhandlungen eingebracht und seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt² und somit die Vertragsbedingung auch gestellt. Bei § 3 MV handelt es sich somit um eine AGB.

Hinweis: Die Vornahme einer Einbeziehungskontrolle (§§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB) dürfte vorliegend nicht erforderlich sein. Denn eine Pflichtverletzung liegt schon dann vor, wenn V eine unwirksame AGB verwendet hat und das unabhängig davon, ob die AGB wirksam einbezogen wurde oder nicht. Vertretbar ist eine Einbeziehungsprüfung dagegen gleichwohl (etwa wenn man annimmt, dass auch die Verwendung einer AGB, die die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht erfüllt, eine eigene Pflichtverletzung sein kann). Insbesondere erscheint es vertretbar, anzunehmen, dass die Verwendung einer AGB, die gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil wurde, eine Pflichtverletzung darstellt, da in diesem Fall der starke Anschein einer Wirksamkeit gesetzt wird. Vorliegend würde eine Einbeziehungskontrolle aber ohnehin zu dem Ergebnis führen, dass die § 3 MV wirksam einbezogen wurde: M hatte die Möglichkeit der Kenntnisnahme und ein gesonderter Hinweis ist bei einem Formularvertrag entbehrlich.³ Und § 3 MV ist auch nicht i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB überraschend; denn die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist mittlerweile ortsüblich und jedenfalls nicht so ungewöhnlich, dass der Mieter hiermit keinesfalls rechnen muss.⁴

(2) Unwirksamkeit von § 3 MV gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB

§ 3 MV könnte gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB unwirksam sein. Dies wäre der Fall, wenn § 3 MV den M unangemessen benachteiligen würde. Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist dies im Zweifel anzunehmen, wenn eine Formularbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung,

¹ BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10); *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747 f.

² Vgl. BGH NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24); *Lehmann-Richter*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 305 Rn. 129 f.

³ Siehe BGH NZM 2020, 674 (675 Rn. 18); *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, Vor. § 535 Rn. 215 m.w.N.

⁴ *Fervers*, NZM 2020, 1082 (1084).

von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Zwar weicht § 3 MV von der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ab, wonach nicht der Mieter, sondern der Vermieter zur Instandhaltung der Wohnung und damit auch zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Gleichwohl ist eine Übertragung der Schönheitsreparaturlast auf den Mieter nicht per se unzulässig.⁵ Denn zum einen ist eine solche Übertragung mittlerweile verkehrüblich⁶ und zum anderen wird die Übertragung regelmäßig bei der Mietkalkulation zugunsten des Mieters berücksichtigt.⁷

Problematisch ist jedoch, dass der Mieter nach dem Wortlaut von § 3 MV die Schönheitsreparaturen in einem Abstand von fünf Jahren vornehmen muss. Diese Formulierung muss zumindest nach der gem. § 305c Abs. 2 BGB vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung⁸ so verstanden werden, dass die Renovierung stets alle fünf Jahre und unabhängig vom konkreten Zustand der Wohnung vorgenommen werden muss. Eine solche „starre Frist“ stellt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.⁹ Denn abgesehen davon, dass der Vermieter schon kein schutzwürdiges Interesse daran hat, vom Mieter die Renovierung der Wohnung verlangen zu können, obwohl der Zustand der Wohnung überhaupt keine Renovierung erfordert, wird der Mieter durch die starre Renovierungsfrist auch zu mehr verpflichtet als der Vermieter seinerseits i.R.d. § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB tun müsste.¹⁰ Denn der Vermieter müsste – sollte eine Schönheitsreparaturklausel fehlen – im Rahmen seiner Instandhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auch nur dann renovieren, wenn der Zustand der Wohnung es erfordert. Die Regelung in § 3 MV stellt deshalb eine unangemessene Benachteiligung des M dar.

(3) Keine geltungserhaltende Reduktion

Fraglich ist allenfalls, ob trotz der Unwirksamkeit der starren Renovierungsfrist wenigstens die ebenfalls in § 3 MV geregelte Überwälzung als solche wirksam bleibt. In diesem Fall wäre M – da die Wohnung tatsächlich renovierungsbedürftig war – zur Renovierung der Wohnung verpflichtet gewesen, sodass zumindest keine Aufwendungen im Hinblick auf eine unwirksame AGB vorlägen. Die Übertragung der Schönheitsreparaturen lässt sich aber nicht inhaltlich aufspalten. Der Fristenplan konkretisiert die Renovierungsverpflichtung des Mieters und bildet deshalb mit diesem eine untrennbare Einheit.¹¹ Eine richterliche Anpassung einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel an das gesetzlich zulässige Maß wäre eine inhaltliche Umgestaltung und damit nichts anderes als eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion.¹²

Bei § 3 MV handelt es sich somit um eine unwirksame AGB.

⁵ BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586; BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 (3772 Rn. 12).

⁶ BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 (3772 Rn. 12); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 20.

⁷ BGH, Urt. v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, Rn. 29 (juris); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 20; wohl auch *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16.

⁸ BGH NJW 1991, 1750 (1751); BGH NZM 2020, 704 (707 Rn. 28); *H. Schmidt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 305c Rn. 61; *Basedow*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 305c Rn. 51 f.; *Graf von Westphalen*, NZM 2015, 112 (114).

⁹ Heute einhellige Auffassung: BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 18 ff. (juris) = NJW 2004, 2586; BGH NZM 2014, 306 (306 Rn. 22); *H. Schmidt*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 535 Rn. 399 m.w.N.

¹⁰ BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586.

¹¹ BGH NJW 2004, 2586 Rn. 20 (juris); BGH NZM 2010, 157 (157 Rn. 14).

¹² BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586; BGH NZM 2010, 157 (157 Rn. 14).

bb) Sorgfaltsverstoß des V durch die Verwendung der AGB

V hat bei der Formulierung des § 3 MV auch eine Rücksichtnahmepflicht verletzt. Zwar mag von einem Vermieter nicht erwartet werden, dass er die Rechtsprechung des BGH im Detail kennt und insbesondere trifft den Vermieter keinen Vorwurf, wenn er zum Zeitpunkt der Abfassung der Klausel noch von ihrer Wirksamkeit ausgehen durfte.¹³ Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Unwirksamkeit starrer Fristen war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon seit mehr als zehn Jahren anerkannt und ist vom BGH zwischenzeitlich auch immer wieder bestätigt worden. Selbst eine einfache Internetrecherche hätte genügt, um herauszufinden, dass Schönheitsreparaturklauseln mit starren Fristen in AGB unwirksam sind.

Eine Pflichtverletzung des V liegt somit vor.

Hinweis: Vertretbar wäre ebenfalls, schon in der Verwendung einer unwirksamen AGB eine Pflichtverletzung zu sehen und den Sorgfaltsverstoß erst beim Vertretenmüssen zu prüfen.

c) Vertretenmüssen

Durch die Verwendung der AGB hat V die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten und somit gem. § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt. V hat die Pflichtverletzung deshalb auch i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten.

d) Schaden

Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist M so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung des V stünde. Hätte V die unwirksame AGB nicht verwendet, hätte M nicht im Vertrauen auf ihre Wirksamkeit Aufwendungen i.H.v. 1.000 € getätigt. M ist somit ein ersatzfähiger Schaden i.H.v. 1.000 € entstanden.

Die Anspruchsvoraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen somit vor.

2. Kein Erlöschen nach § 389 BGB

Der Anspruch des M könnte jedoch nach § 389 BGB erloschen sein. Das wäre der Fall, wenn V wirksam aufgerechnet hätte. Voraussetzung hierfür sind das Vorliegen einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) und das Bestehen einer Aufrechnungslage (§ 387 BGB).

a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

Die Äußerung des V, er „schulde keinen Cent“ und der Anspruch des M sei aufgrund „der Geschichte mit der Badewanne jetzt nichts mehr wert“, ist gem. §§ 133, 157 BGB als Aufrechnungserklärung i.S.d. § 388 S. 1 BGB zu qualifizieren. Dass V nicht das Wort „Aufrechnung“ gebraucht hat, ist unschädlich; es genügt, wenn sich der Wille, die gegenseitigen Forderungen zum Erlöschen zu bringen, mit hinreichender Deutlichkeit aus den Umständen ergibt.¹⁴ Auch die Tatsache, dass V die Aufrechnung ersichtlich nur unter der Bedingung erklärt hat, dass die Forderung des M besteht, hindert das Vorliegen einer wirksamen Aufrechnungserklärung nicht und stellt insbesondere keine nach § 388 S. 2 BGB unzulässige Bedingung dar. Denn das Bestehen der Hauptforderung ist eine für die Zulässigkeit

¹³ BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 11 ff.).

¹⁴ Bieder/Gursky, in: Staudinger, Neubearb. 2022, § 388 Rn. 14 m.w.N.

der Aufrechnung von § 387 BGB selbst vorausgesetzte Bedingung (Rechtsbedingung) und damit keine Bedingung i.S.d. § 388 S. 1 BGB, die einen ungewissen Schwebestand herbeiführen würde.¹⁵

b) Aufrechnungslage, § 387 BGB

Erforderlich ist allerdings darüber hinaus das Vorliegen einer Aufrechnungslage. Eine Aufrechnungslage läge nur dann vor, wenn V eine Gegenforderung zustünde, die nicht dem Aufrechnungsverbot nach § 390 BGB unterfällt.

aa) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

(1) Anspruchsvoraussetzungen

(a) Schuldverhältnis

Der zwischen M und V zum Zeitpunkt der Beschädigung bestehende Mietvertrag ist ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB.

(b) Nebenpflichtverletzung

M müsste jedoch auch eine Nebenpflicht verletzt haben. Zwar besteht an sich Einigkeit darüber, dass eine Nebenpflichtverletzung des Mieters vorliegt, wenn dieser sorgfaltswidrig die vermietete Einrichtung beschädigt.¹⁶ Die substantielle Beschädigung der Badewanne durch eine Bierflasche fällt auch nicht unter den vertragsgemäßen Gebrauch nach § 538 BGB. In casu ist das Vorliegen einer Nebenpflichtverletzung allerdings deshalb problematisch, weil der Vermieter den Anspruch nach Rückgabe der Wohnung geltend macht. Der Mieter ist nämlich – zumindest aufgrund ergänzender Auslegung des Mietvertrags – verpflichtet, die Wohnung nach Mietende in unbeschädigtem und geräumtem Zustand zurückzugeben.¹⁷ Sofern es sich bei dieser Verpflichtung um eine Leistungspflicht i.S.d. § 281 Abs. 1 BGB handeln würde, läge keine Verletzung einer Nebenpflicht vor, sodass nicht die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, sondern die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB die richtige Anspruchsgrundlage wären mit der Folge, dass V dem M vor der Beseitigung der Mängel eine Frist hätte setzen müssen. Ob bei der Rückgabe der Wohnung in nicht vertragsgemäßem Zustand § 280 Abs. 1 BGB oder § 281 Abs. 1 BGB einschlägig ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁸

(aa) Einheitliche Behandlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB

Teilweise wird vertreten, sämtliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand seien bei Rückgabe der Mietsache einheitlich unter §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu fassen.¹⁹ Hierfür spreche nicht nur die Möglichkeit einfacher praktischer Handhabung. Es führe auch kein Weg daran vorbei, dass die Rückgabe der Wohnung in vertragsgemäßem Zustand Teil des vertraglich vereinbarten Leistungsinteresses sei. Nach dieser Auffassung läge vorliegend keine Nebenpflichtverletzung, sondern die Verletzung einer Leistungspflicht vor mit der Folge, dass kein Anspruch des V nach §§ 280 Abs. 1, 241

¹⁵ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 388 Rn. 5; *Bieder/Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2022, § 388 Rn. 32.

¹⁶ *H. Schmidt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 535 Rn. 487 f.

¹⁷ *Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 546a Rn. 82; *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 538 Rn. 4.

¹⁸ Ausführlich zum Meinungsstand *Fervers*, WuM 2017, 429 (430 ff.).

¹⁹ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – 18 U 60/14; *Kraemer*, NZM 2010, 395; *ders.*, in: FS Blank, 2006, S. 281 (289).

Abs. 2 BGB bestünde; in Betracht käme vielmehr allein ein Anspruch des V nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, der jedoch mangels Fristsetzung durch V nicht gegeben wäre.

(bb) Nur Substanzverletzung fallen unter § 280 Abs. 1 BGB

Nach einer zweiten Auffassung sollen Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand grundsätzlich zwar unter § 281 Abs. 1 BGB, Substanzverletzung aber zur Vermeidung von Widersprüchen unter § 280 Abs. 1 BGB zu fassen sein.²⁰ Da in der Beschädigung der Badewanne eine Substanzverletzung liegt, läge nach diesem Ansatz die Verletzung einer Nebenpflicht vor.

(cc) h.M.: Abgrenzung nach dem Kriterium der Leistungspflicht

Nach mittlerweile wohl h.M. sind §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB einerseits und §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nach dem Kriterium abzugrenzen, das die beiden Anspruchsgrundlagen tatsächlich unterscheidet, nämlich dem Vorliegen einer Leistungspflicht.²¹ Leistungspflichten i.S.d. § 281 Abs. 1 BGB sind typischerweise auf einen Vermögenstransfer zugunsten des Gläubigers gerichtet: Der Gläubiger begehrt die Aufstockung seines Vermögens aus dem Vermögen des Schuldners. Demgegenüber verfolgen Nebenpflichten den Zweck, den Schuldner davon abzuhalten, vertragswidrig in das Vermögen des Schuldners „vordringen“ und dort einen Schaden zu verursachen.²² Während mit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB also Schadensersatz dafür begehrt wird, dass der Schuldner einen geschuldeten Vermögenstransfer nicht vorgenommen hat, wird mit §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB Ausgleich für einen Schaden verlangt, der durch das vertragswidrige „Vordringen“ des Schuldners in das Vermögen des Gläubigers entstanden ist. Bezogen auf den Mietvertrag führt diese Abgrenzung zu Folgendem: Überschreitet der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dringt er vertragswidrig in das Vermögen des Vermieters vor, sodass die Verletzung einer Nebenpflicht vorliegt. Bewegt sich die vom Mieter vorgenommene Änderung der Mietsache dagegen im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs und schuldet der Mieter lediglich deren Beseitigung bei Rückgabe, so schuldet er die Aufstockung des Gläubigervermögens und ist die Beseitigung als Leistungspflicht nach § 281 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Da M mit der Beschädigung der Badewanne vorliegend den vertragsgemäßen Gebrauch überschritten hat, liegt nach dieser Auffassung eine Nebenpflichtverletzung vor.

(dd) Stellungnahme

Die erstgenannte Auffassung, die sämtliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand unter § 281 Abs. 1 BGB fassen will, vermag nicht zu überzeugen: Erstens ist die Behauptung, die Rückgabe in unbeschädigtem Zustand sei Teil des Leistungsinteresses, lediglich eine *petitio principii*; es ist gerade die Frage, worin das Leistungsinteresse des Vermieters besteht.²³ Zweitens entsteht (unstreitig) im Falle der Beschädigung durch den Mieter während des Mietverhältnisses bereits ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zugunsten des Vermieters. Es wäre nicht erklärbar, warum sich dieser Anspruch am Ende des Mietverhältnisses plötzlich in einen Leistungsanspruch i.S.d. § 281 Abs. 1

²⁰ Zehelein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 546 Rn. 111.

²¹ Fervers, WuM 2017, 429 (433 ff.); im Anschluss BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 19 ff.; H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 538 Rn. 25.

²² Picker, AcP 183 (1983), 369 (395); ders., JZ 1987, 1041 (1044); Fervers, WuM 2017, 429 (433 f.); so ausdrücklich auch BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20.

²³ Fervers, WuM 2017, 429 (431).

BGB umwandeln sollte.²⁴ Und drittens bedeutet die Annahme einer Leistungspflicht des Mieters umgekehrt auch immer eine Berechtigung des Mieters zur Vornahme der Leistung, die durch das Fristsetzungserfordernis abgesichert wird. Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt sich im plakativen Beispiel des Mieters, der die Wohnung abbrennt. Hier wird man keinesfalls den Mieter für zum Wiederaufbau der Wohnung berechtigt halten.²⁵

Gegen die Auffassung, nach der nur Substanzverletzungen unter §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu fassen sind, spricht zwar nicht zuletzt, dass sie nicht erklären kann, warum zwar einerseits eine Nebenpflichtverletzung vollkommen unstreitig auch ohne eine Substanzverletzung möglich ist,²⁶ warum dann aber andererseits nach der Beendigung des Mietverhältnisses nur bei Substanzverletzungen ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehen können soll.²⁷ Letztlich kann dies vorliegend aber offen bleiben, da sowohl nach dieser als auch nach herrschender Auffassung in casu die Verletzung einer Nebenpflicht gegeben ist.

(c) Vertretenmüssen

M hat die Badewanne durch ungeschicktes Stolpern in angetrunkenem Zustand beschädigt und somit gem. § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt. M hat die Pflichtverletzung deshalb i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten.

(d) Schaden

Durch die Pflichtverletzung des M ist ein Sachschaden an der im Eigentum des V stehenden Badewanne entstanden. Zwar haftet M als Schädiger in diesem Fall grundsätzlich gem. § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution; da eine Sachbeschädigung vorliegt, kann V jedoch gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch den zur Reparatur erforderlichen Geldbetrag verlangen. Somit liegt ein Schaden i.H.v. 1.000 € vor.

(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB

Gem. § 390 BGB ist jedoch eine Aufrechnung mit einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht möglich. Dem Anspruch des V gegen M gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB könnte die Einrede der Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen.

(a) Verjährung der Forderung

Gem. § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten ab Rückgabe der Mietsache. Wann der Vermieter die Verschlechterung bemerkt, ist insoweit unerheblich. M hat V die Wohnung am 31.8.2022 zurückgegeben, sodass der Anspruch des V gegen M aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 BGB bereits am 28.2.2023 verjährt war. Zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung am 19.4.2022 war die Gegenforderung des V deshalb verjährt.

²⁴ Zehelein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 546 Rn. 109; Fervers, WuM 2017, 429 (431, 434 f.).

²⁵ Fervers, WuM 2017, 429 (431 f.).

²⁶ Vgl. die umfassende Aufzählung der Nebenpflichten des Mieters bei Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 234 ff.

²⁷ Fervers, WuM 2017, 429 (432 f.).

(b) Kein Eingreifen von § 215 BGB

Zwar ist die Aufrechnung auch mit einer verjährten Forderung gem. § 215 BGB nicht ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet werden konnte. Vorliegend war die Gegenforderung des V allerdings zum Zeitpunkt der Entstehung der Hauptforderung bereits verjährt: Der Anspruch des M gegen V auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB ist erst in dem Moment der Vornahme der Schönheitsreparaturen durch M am 3.3.2023 und damit nach dem 28.2.2023 entstanden. Die Gegenforderung des V stand der Hauptforderung des M somit zu keinem Zeitpunkt unverjährt gegenüber.

V hat deshalb mit seiner Forderung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nicht wirksam aufgerechnet.

bb) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, da M zum Zeitpunkt der Beschädigung der Badewanne aus dem Mietvertrag (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB) ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB hatte. Zwar wurde insbesondere früher vereinzelt vertreten, die §§ 987 ff. BGB seien entsprechend anzuwenden, wenn ein berechtigter Besitzer sein Besitzrecht überschreite („nicht-so-berechtigter-Besitzer“). Diese Auffassung ist jedoch schon mangels Regelungslücke abzulehnen: Besteht ein Besitzrecht des Besitzers, so bestehen bei einer Überschreitung desselben bereits vertragliche und deliktische Ansprüche, sodass für eine analoge Anwendung der §§ 987 ff. BGB schlicht kein Bedürfnis besteht.²⁸

cc) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB**(1) Anspruchsvoraussetzungen**

Zwar hat V gegen M auch einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. Denn mit der Beschädigung der Badewanne hat M rechtswidrig und schuldhaft das Eigentum des V verletzt und einen Schaden i.H.v. 1.000 € verursacht.

(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB

Auch dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB stünde jedoch das Aufrechnungsverbot aus § 390 BGB entgegen, wenn der Anspruch gem. § 214 Abs. 1 BGB verjährt wäre. Entscheidend ist insoweit, ob die besondere Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB auch auf den Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB Anwendung findet. Ist dies der Fall, wäre der Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls gem. §§ 548 Abs. 1, S. 1, S. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 BGB am 28.2.2023 verjährt gewesen. Sollte § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB dagegen auf § 823 Abs. 1 BGB nicht anwendbar sein, so gälte die Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB mit der Folge, dass der Anspruch gem. §§ 195, 199 Abs. 1, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB erst am 31.12.2025 verjährt wäre.

Zwar scheint die systematische Stellung des § 548 BGB im Mietrecht gegen eine Anwendung auf § 823 Abs. 1 BGB zu sprechen. Gleichwohl ist nach dem Sinn und Zweck des § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB eine Anwendung auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche geboten.²⁹ Denn § 548 BGB soll sicherstellen, dass Streitigkeiten um die dort genannten Ansprüche alsbald nach Beendigung des Miet-

²⁸ Zum Streitstand ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen *Thole*, in: Staudinger, Neubearb. 2019, Vor. §§ 987 ff. Rn. 57 f.

²⁹ RGZ 62, 329 (331); BGH, Urt. v. 21.6.1988 – VI ZR 150/87, Rn. 9; BGH NJW 2006, 2399 (2399 Rn. 14); BGH NJW 2011, 2717 (2717 Rn. 12); *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 548 Rn. 3; *Emmerich*, in: Staudinger,

verhältnisses bzw. Rückgabe der Mietsache beendet sein sollen.³⁰ Dieser Zweck würde ausgehöhlt, wenn der Vermieter deliktische Ansprüche in der sehr viel längeren Regelverjährungsfrist geltend machen könnte. Dies gilt umso mehr deshalb, weil im Falle einer „Verschlechterung der Mietsache“ in aller Regel neben dem vertraglichen Anspruch auch ein deliktischer Anspruch besteht; § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB würde deshalb geradezu leerlaufen, wenn man die Vorschrift nicht auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche anwenden würde.³¹

Auch der Anspruch des V gegen M aus § 823 Abs. 1 BGB war somit verjährt, sodass V mit diesem Anspruch nicht gem. § 390 BGB aufrechnen konnte. Die Voraussetzungen des § 215 BGB liegen – ebenso wenig wie bezüglich des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB – vor.

Es fehlt somit an einer Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB. Da V somit nicht wirksam aufgerechnet hat, ist der Anspruch des M gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht gem. § 389 BGB erloschen.

3. Keine Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB

Der Anspruch des M ist auch nicht nach § 214 Abs. 1 BGB verjährt. Zwar handelt es sich bei dem Anspruch auf Aufwendungsersatz wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturen um Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen i.S.d. § 548 Abs. 2 BGB, die nach dieser Vorschrift in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses verjähren.³² Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass der Anspruch des M gegen V überhaupt erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist. Würde man in diesem Fall § 548 Abs. 2 BGB anwenden, so würde die Verjährung des Anspruchs zu einem Zeitpunkt beginnen, in dem er noch nicht mal entstanden ist.³³

4. Ergebnis

M hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 1.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

III. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Ein Anspruch des M gegen V auf Aufwendungsersatz könnte sich zudem aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ergeben. Zwar handelt es sich bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen um eine Tätigkeit mit wirtschaftlichen Folgen und damit um ein Geschäft i.S.d. § 677 BGB. Erforderlich wäre aber darüber hinaus das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens. M ist bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht im Interesse des V tätig geworden, sondern deshalb, um seine vermeintliche Verpflichtung aus dem Mietvertrag zu erfüllen.³⁴ Ein Anspruch nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB scheidet deshalb aus.

Neubearb. 2021, § 548 Rn. 6; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 74; *Lützenkirchen*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 548 Rn. 5; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 9; *Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 548 Rn. 22; *Witt*, NZM 2012, 545 (547).

³⁰ BT-Drucks 14/4553, S. 45 rechte Spalte; ebenso BGHZ 217, 1 = NJW 2017, 3707 (3709 Rn. 29); *Emmerich*, in: Staudinger, Neubearb. 2021, § 548 Rn. 1.

³¹ BGH, Urt. v. 21.6.1988 – VI ZR 150/87, Rn. 9; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 74.

³² BGH WuM 2011, 418; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 33.

³³ Siehe BGH NJW 1970, 1182; BGH NJW 1991, 3031; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 33.

³⁴ Vgl. BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2591 Rn. 18 ff.).

Hinweis: Hier ist unter Berufung auf das Vorliegen eines „auch-fremden-Geschäfts“ auch eine andere Auffassung vertretbar. Sofern man das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens bejaht, müsste im Anschluss noch geprüft werden, ob die Vornahme der Schönheitsreparaturen dem Interesse und dem Willen des V entsprachen. In jedem Fall ist es auch vertretbar, die GoA ausführlicher zu prüfen.

IV. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB

M könnte aber einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB haben.

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Etwas erlangt

V hat die Durchführung der Renovierungsarbeiten durch M erlangt.

b) Durch Leistung des M

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. M glaubte, mit der Durchführung der Renovierungsarbeiten eine Verbindlichkeit aus dem Mietvertrag gegenüber V zu erfüllen. M hat deshalb das Vermögen des V bewusst und zweckgerichtet gemehrt.

c) Ohne Rechtsgrund

Ein Rechtsgrund für die Leistung besteht nicht: § 3 MV war gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB unwirksam und ist somit nach § 306 Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. Gem. § 306 Abs. 2 BGB kommen in diesem Fall die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung und gem. § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB war M niemals zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet.

d) Rechtsfolge: Wertersatz

Da die Renovierungsarbeiten nicht in natura herausgegeben werden können, muss V gem. § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB den marktüblichen Wert i.H.v. 1.000 € ersetzen.

Die Anspruchsvoraussetzungen liegen vor.

2. Keine Einwendungen und Einreden

Dem Anspruch stehen auch keine Einwendungen oder Einreden entgegen: V konnte gem. § 390 BGB nicht mit seinen verjährten Gegenforderungen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und § 823 Abs. 1 BGB aufrechnen, sodass der Anspruch des M nicht erloschen ist. Der Anspruch des M ist auch nicht gem. § 214 Abs. 1 BGB verjährt, da die Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ansprüche anzuwenden ist, die erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entstanden sind.

3. Ergebnis

M hat auch gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB einen Anspruch auf Wertersatz.