

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE WINTERSEMESTER 2020/21 FALL 12

„Drei sind einer zu viel“

A. Ansprüche des V gegen M	2
I. Auf Auszug des M aus der Wohnung.....	2
1. Aus § 546 Abs. 1 BGB.....	2
a) Wirksamer Mietvertrag nach §§ 535, 549 ff BGB	2
aa) § 113 BGB.....	2
bb) § 110 BGB.....	2
(1) Mittel zur freien Verfügung	3
(2) Vollständiges Bewirken.....	3
cc) §§ 107, 108 Abs. 1 BGB	3
dd) Zwischenergebnis	4
b) Beendigung.....	4
aa) Außerordentliche Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	4
(1) Kündigungserklärung.....	4
(2) Kündigungsgrund.....	4
(3) Vorherige Abmahnung.....	4
bb) Ordentliche Kündigung gemäß §§ 573 Abs. 1, 573c BGB	5
2. Aus § 985 BGB.....	5
II. Auf Auszug des L aus der Wohnung zum Ende des Monats gegen M	5
1. Aus § 546 Abs. 2 BGB.....	5
2. Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung nach § 541 BGB	5
3. Anspruch aus § 1004 BGB.....	6
III. Auf Herausgabe der des Untermietzinses.....	6
1. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 535, 249 ff. BGB	6
2. §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB	6
3. §§ 987, 990 BGB bzw. §§ 989, 990 BGB.....	7
4. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog)	7
5. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	7
a) Etwas erlangt – auf sonstige Weise	7
b) Auf Kosten des V.....	7
aa) Untervermietung als Verwertung des Gebrauchsrechts durch den Mieter (BGH).....	7
bb) Entscheidungsbefugnis des Vermieters (§ 540 BGB) als Position mit Zuweisungsgehalt.....	8
cc) Differenzierung zwischen gut- und bösgläubigen Mietern (vermittelnde Ansicht)	8
dd) Stellungnahme.....	8
c) Ergebnis	8
B. Ansprüche des M gegen V	9
I. Aufwendungsersatzansprüche des M hinsichtlich der Reparaturkosten	9
1. § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB.....	9
2. § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	9
II. Ersatzansprüche des M hinsichtlich der Schönheitsreparaturen.....	9
1. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB	9
a) Schuldverhältnis.....	9
b) Verletzung einer Pflicht	10
(1) Vorliegen von AGB	10
(2) Einbeziehungskontrolle.....	10
(3) Inhaltskontrolle.....	10
(a) Anwendbarkeit, § 307 Abs. 3 BGB.....	10

(b)	§ 309 BGB.....	10
(c)	§ 308 BGB.....	10
(d)	§ 307 BGB.....	11
(e)	Ergebnis.....	11
(4)	Pflichtverletzung.....	11
(5)	Vertretenmüssen	11
(6)	Schaden	12
(7)	Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	12
c)	Ergebnis	12
2.	§ 536a Abs. 2 BGB.....	12
3.	§ 539 Abs. 1 i.V.m. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB.....	12
4.	§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	12
a)	Etwas erlangt.....	12
b)	Durch Leistung.....	12
c)	Ohne Rechtsgrund	13
d)	Umfang der Haftung, § 818 Abs. 2 BGB	13
e)	Ergebnis	13

A. Ansprüche des V gegen M

I. Auf Auszug des M aus der Wohnung

V könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung haben.

1. Aus § 546 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt ein Herausgabeanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB.

a) Wirksamer Mietvertrag nach §§ 535, 549 ff BGB

M hat sich mit V geeinigt, die Wohnung für 350 € im Monat zu mieten. Aufgrund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des 17-jährigen M (§§ 2, 106 BGB) könnte die Einigung gemäß § 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam sein.

aa) § 113 BGB

Es könnte aber ein Fall des § 113 BGB vorliegen (partielle Geschäftsfähigkeit). Wird ein beschränkt Geschäftsfähiger von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt, in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis einzutreten, so ist er für solche Rechtsgeschäfte nach § 113 BGB unbeschränkt geschäftsfähig, welche im Zusammenhang mit dem Dienst- oder Arbeitsverhältnisses stehen.

M hat das Praktikum bei der Reederei zwar mit Wissen und Willen seiner Eltern aufgenommen. Ein unentgeltliches Orientierungspraktikum ist jedoch kein Erwerbsverhältnis im Sinne des § 113 BGB, da es ähnlich wie eine Berufsausbildung mehr der Ausbildung und weniger dem Erwerb dient.¹

§ 113 BGB ist (ebenso wie § 112 BGB) vor § 110 BGB und 107 BGB zu prüfen, weil der Minderjährige keine Einwilligung für das konkrete Rechtsgeschäft benötigt, wenn er partiell geschäftsfähig ist.

bb) § 110 BGB

Es könnte ein Fall des § 110 BGB vorliegen.

¹ Palandt/Ellenberger, 79. Auflage 2020, § 113 Rn. 2.

(1) Mittel zur freien Verfügung

Ein von einem Minderjährigen vorgenommenes Rechtsgeschäft, das dieser ohne ausdrückliche Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters getätigt hat, wird wirksam, wenn er die geschuldete Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm hierzu oder zur freien Verfügung überlassen worden sind². Die 600 € werden dem M für „Kost und Logis“ bewilligt, darin liegt ein – zumindest teilweise – zweckgebundenes Einverständnis.

(2) Vollständiges Bewirken

Fraglich ist, ob M die vertraglich geschuldete Leistung bewirkt hat. Bewirken ist die – vollständige (!) – Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB³.

Die Miete ist ein Dauerschuldverhältnis. Der Mieter zahlt die vereinbarte Miete jeweils im Voraus für den kommenden Monat an den Vermieter. Der Mieter erfüllt daher i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB jeweils nur in Höhe der geleisteten Zahlungen.⁴ Ein wirksamer Mietvertrag besteht somit bei monatlichem Turnus zum Ende des Monats nicht mehr. Der Mietvertrag wird – im Fall der monatlichen Zahlung – immer nur für den jeweiligen Monat wirksam, im Übrigen ist er schwebend unwirksam.

Ein Dauerschuldverhältnis ist ein Vertrag, der nicht durch einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung (wie etwa beim Kauf- oder Werkvertrag) erfüllt wird, sondern durch wiederkehrende, sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Einzelleistungen.

cc) §§ 107, 108 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte aber aufgrund einer Einwilligung der Eltern wirksam sein. Ein Mietvertrag ist wegen der gegenseitigen Leistungspflichten nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB.⁵ Daher bedarf eine auf den Abschluss eines Mietvertrags gerichtete Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters – hier: der Eltern – gem. §§ 1626, 1629 Abs. 1 BGB.

Eine Einwilligung i.S.d. 183 S. 1 BGB muss jedoch auf ein bestimmtes Geschäft oder eine Gruppe von Geschäften bezogen sein. Eine generelle Einwilligung in sämtliche möglichen Geschäfte des Minderjährigen ist nicht zulässig⁶, da Eltern auch eine Fürsorgepflicht für ihr Kind haben.

Eine Einwilligung in einen Kreis noch nicht individualisierter Geschäfte ist hingegen möglich, bedarf aber einer Konkretisierung.⁷ Eine konkrete Einwilligung liegt dabei nicht in dem Hinweis der Eltern, M solle sich mit dem Geld „durchschlagen“. Denn es fehlt an der erforderlichen Konkretheit. Die Eltern haben dies jedoch mit den Hinweisen „Kost und Logis“ einerseits und mit dem Limit der Mietkosten auf 400 € andererseits konkretisiert, so dass sie eine Einwilligung in einen Mietvertrag, den M abschließen würde, erteilt haben. M hat für 350 € warm gemietet und bewegt sich damit im Rahmen der elterlichen Zustimmung.

Der Vertrag ist durch die Einwilligung der Eltern wirksam und somit auf unbestimmte Zeit geschlossen.

² Palandt/Ellenberger, 79. Auflage 2020, § 110 Rn. 1 f.

³ Palandt/Ellenberger, 79. Auflage 2020, § 110 Rn. 4.

⁴ MüKoBGB/Spickhoff, 8. Aufl. 2018, BGB § 110 Rn. 16.

⁵ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, Rn. 273.

⁶ Palandt/Ellenberger, 79. Auflage 2020, § 106 Rn. 8.

⁷ Palandt/Ellenberger, 79. Auflage 2020, § 107 Rn. 9.

dd) Zwischenergebnis

V und M haben einen wirksamen, unbefristeten Mietvertrag geschlossen.

b) Beendigung

Ein Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache aus § 546 Abs. 1 BGB besteht jedoch nur, wenn das zugrundeliegende Mietverhältnis wirksam beendet wurde. Dies ist womöglich durch Kündigung (§§ 542 ff. BGB) geschehen.

aa) Außerordentliche Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 BGB

Denkbar ist eine außerordentliche Kündigung, § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB.

(1) Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 130 BGB, aus der sich für den Empfänger der erkennbare Wille zur einseitigen Beendigung des Mietverhältnisses ergeben muss. Hier hat V, nachdem er von der Untervermietung an L erfahren hatte, dem M gegenüber am 15. Mai in schriftlicher Form erklärt, dass dieser zusammen mit L die Wohnung zum Ende des Monats zu verlassen habe. Nach Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ist dies als außerordentliche Kündigung zu deuten. Die nach § 568 Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform ist gewahrt.

(2) Kündigungsgrund

Eine außerordentliche Kündigung setzt einen Kündigungsgrund nach §§ 543, 569 BGB voraus. Nach § 543 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. berechtigt die unbefugte Überlassung der Mietsache an einen Dritten, den Vermieter generell dazu, das Mietverhältnis auf außerordentlichem Weg und ohne die Einhaltung von Fristen zu kündigen⁸.

Fraglich ist jedoch, ob eine außerordentliche Kündigung auch dann wirksam ist, wenn der Vermieter verpflichtet gewesen wäre, eine Erlaubnis zur Überlassung nach § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erteilen. Entsteht nämlich für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse daran, einen Teil der Miet-Wohnung einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, so kann er von dem Vermieter die Erlaubnis hierzu verlangen.

Ein Anspruch auf die Genehmigung besteht aber gemäß § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB unter anderem dann nicht, wenn in der Person des Dritten – hier: L – ein wichtiger Grund vorliegt. L ist als Mietnomade bekannt und sogar vorbestraft wegen Sachbeschädigung zu Lasten früherer Vermieter. V muss eine solche Person in seiner Wohnung nicht dulden und folglich auch eine Überlassung seiner Wohnung an eine solche Person nicht genehmigen. Da kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht, bleibt die Kündigung an sich wirksam.

(3) Vorherige Abmahnung

Grundsätzlich muss einer außerordentlichen Kündigung eine Abmahnung vorangehen, § 543 Abs. 3 BGB. Eine solche ist nicht erfolgt. Eine Abmahnung könnte indes entbehrlich sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht, § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB. Dies ist insbesondere dann der Fall,

⁸ Palandt/Weidenkaff, 79. Auflage 2020, § 543 Rn. 22, § 540 Rn. 4; BayOLG, NJW 1998, 1324 ff.

wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Vermieter und Mieter nachhaltig zerstört ist und das erforderliche Vertrauensverhältnis nicht wieder hergestellt werden könnte, selbst wenn die Abmahnung vom Mieter befolgt würde.⁹ Die unberechtigte Untervermietung an einen Mietnomaden stört das Vertrauensverhältnis grundsätzlich nachhaltig. M ist jedoch minderjährig. Auf eine Abmahnung kann schon aus diesem Grund nicht ohne weiteres verzichtet werden. Zudem sind noch keine Schäden entstanden, die das Vertrauen des V in seinen Vertragspartner M erschüttert haben: Die Untervermietung an L lief erst wenige Tage bevor V hiervon Kenntnis erlangte.

Die außerordentliche Kündigung ist somit mangels Abmahnung unwirksam.

bb) Ordentliche Kündigung gemäß §§ 573 Abs. 1, 573c BGB

Denkbar ist jedoch die Umdeutung der Kündigungserklärung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB. Eine ordentliche Kündigung setzt nur ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 Abs. 1 BGB voraus. Ein solches berechtigtes Interesse liegt gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung des Mieters vor. M hat seine vertraglichen Pflichten durch die unberechtigte Untervermietung in erheblichen Maß verletzt.

Nach § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB muss eine ordentliche Kündigung spätestens am 3. Werktag eines Kalendermonats erfolgen, um die Beendigung des Mietverhältnisses zum Ablauf des übernächsten Monats zu bewirken.

Das Mietverhältnis ist nicht zum Ende des Monats Mai beendet worden. Wann es enden wird, kann hier dahinstehen.

2. Aus § 985 BGB

In Betracht kommt außerdem ein Herausgabeanspruch des V gegen M aus § 985 BGB¹⁰. § 985 BGB ist neben § 546 BGB in allgemeiner Anspruchskonkurrenz anwendbar, wenn der Vermieter zugleich Eigentümer der Mietsache ist.

V ist Eigentümer und M ist Besitzer. Mangels wirksamer Beendigung des Mietvertrags zum Ende des Monats Mai hat M (derzeit noch) ein Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. Ein Herausgabeanspruch aus § 985 besteht nicht.

II. Auf Auszug des L aus der Wohnung zum Ende des Monats gegen M

Möglicherweise hat V jedoch gegen M einen Anspruch, den Auszug des Untermieters L zu veranlassen

1. Aus § 546 Abs. 2 BGB

Ein derartiger Anspruch könnte sich aus § 546 Abs. 2 BGB ergeben. Die Norm gibt dem Vermieter aber nur einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten (L), dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, nicht gegen den Mieter (M) selbst.

2. Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung nach § 541 BGB

In Betracht kommt jedoch ein Anspruch auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache aus § 541 BGB. Gemäß § 541 BGB kann der Vermieter den Mieter

⁹ BGH, NJW-RR 2000, 717; vgl. dazu auch MüKoBGB/Bieber, 8. Aufl. 2020, BGB § 543 Rn. 67.

¹⁰ Palandt/Bassenge, 79. Auflage 2020, § 985 Rn. 4.

auf Unterlassung einer bestimmten Handlung in Anspruch nehmen, wenn sie vertragswidrig ist.

§ 541 BGB ist eine eigenständige Anspruchsgrundlage. Der Gesetzgeber verwendet manchmal den Begriff „kann klagen“ für „hat einen Anspruch“. Ein anderes Beispiel dafür ist § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die unerlaubte Untervermietung eines der beiden Zimmer an L ist ein vertragswidriger Gebrauch i.S.d. § 541 BGB. Sie wurde zu keinem Zeitpunkt von V nach § 540 Abs. 1 BGB erlaubt. Indes ist auch hier der Vorrang der Abmahnung zu beachten. Eine Abmahnung wurde dem M von V bislang nicht erteilt und ist auch nicht – wie etwa in Fällen wiederholter vertragswidriger Untervermietung¹¹ – entbehrlich. Daher besteht auch nach § 541 BGB kein Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung.

3. Anspruch aus § 1004 BGB

§ 1004 BGB ist neben § 541 BGB nicht anwendbar, denn sonst würde das Abmahnungserfordernis des § 541 BGB unterlaufen.¹²

III. Auf Herausgabe der des Untermietzinses

V könnte gegen M jedoch einen Anspruch auf Herausgabe des durch die unzulässige Untervermietung an L erlangten Geldbetrages für den Monat Mai in Höhe von 100 € haben.

1. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 535, 249 ff. BGB

V könnte gegen M jedoch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 535, 249 ff. BGB zustehen.

Dafür muss V einen Schaden erlitten haben. Ein durch M verursachter Schaden des V könnte allenfalls dann bestehen, wenn der Mietvertrag mit M bei Kenntnis des Untermietverhältnisses mit einem höheren Mietzins abgeschlossen worden wäre (§ 252 BGB). Es ist jedoch nicht klar, ob überhaupt und wenn ja, welcher Mietzins bei Kenntnis (eines möglichen) Untermietverhältnisses vereinbart worden wäre. Mangels Schaden scheidet somit ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 535 BGB aus.

2. §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten nach §§ 670, 677, 667 BGB besteht nicht: Abgesehen davon, dass die Untervermietung an L ausschließlich dem M selbst zugutekommen soll, gibt § 682 BGB dem Geschäftsherrn gegen den minderjährigen Geschäftsführer nur Ansprüche aus Delikts- und Bereicherungsrecht, so dass ein Anspruch aus §§ 670, 677 BGB ausscheidet.

¹¹ Palandt/Weidenkaff, 79. Auflage 2020, § 541 Rdn. 8.

¹² BGH, NZM 2007, 481.

3. §§ 987, 990 BGB bzw. §§ 989, 990 BGB

Infolge des Mietvertrags, der zum Zeitpunkt der Untervermietung zwischen M und V bestand, fehlt es an der Vindikationslage.

Dass M nicht zur Weitervermietung berechtigt ist und er damit sein bestehendes Besitzrecht überschreitet („nicht – so – berechtigter Besitzer“), genügt nach überwiegender Auffassung nicht einmal für die analoge Anwendung der §§ 987 ff. BGB. Es fehlt an einer Regelungslücke. Zudem drohte andernfalls die Umgehung vertraglicher Wertungen.

4. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog)

Der Abschluss eines Mietvertrages ist keine Verfügung über die Mietsache, sondern ein Verpflichtungsgeschäft. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet daher aus.

Auch eine analoge Anwendung¹³ ist mit der h.M. abzulehnen¹⁴, denn es fehlt bereits an der Analogiebasis (Gleiches ist gleich zu behandeln – Art 3 I GG). § 816 BGB hat eine „Vindikationsersatzfunktion“. Diese Funktion ist im Fall einer Untervermietung nicht einschlägig.

5. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

In Betracht kommt jedoch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus der Eingriffskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

a) Etwas erlangt – auf sonstige Weise

M hat etwas, den von L gezahlten Mietzins, erlangt; dies geschah nicht durch Leistung des V, mithin „auf sonstige Weise“.

b) Auf Kosten des V

„Auf Kosten“ eines anderen ergeht ein Eingriff, wenn er gegen den Zuweisungsgehalt der Rechtspositionen eines anderen erfolgt, d.h. unter Verletzung einer fremden, vermögensrechtlich nutzbaren Rechtsposition mit „Zuweisungsgehalt“. Das Eigentum ist eine schützenswerte und vermögensrechtlich nutzbare Position und somit eine eingriffsfähige Rechtsposition. Ein Eingriff liegt in jeder einseitigen Inanspruchnahme einer fremden Rechtsposition, durch die ihr Zuweisungsgehalt beeinträchtigt wird¹⁵.

Umstritten ist, ob die Untervermietung erfasst ist. Es finden sich – grob gesagt – mehrere Positionen zu diesem Problem, die hier überblicksartig dargestellt werden. *[Entscheidend ist, das Problem zu verstehen und herauszuarbeiten und sich nicht in angelernte Details zu verzetteln]*

aa) Untervermietung als Verwertung des Gebrauchsrechts durch den Mieter (BGH)

Nach Auffassung des BGH verwertet der Mieter durch die Untervermietung lediglich das ihm vertraglich eingeräumte Gebrauchsrecht an der Wohnung. Deshalb liege kein Ein-

¹³ Diederichsen, NJW 1964, 2296.

¹⁴ BGH NJW 1996, 838, 840.

¹⁵ Palandt/Sprau, 79. Auflage 2020, § 812 Rn. 41 ff.

griff vor. Folglich schulde der unerlaubt handelnde Mieter nicht einmal die anteilige Herausgabe des Untermietzinses.¹⁶

bb) Entscheidungsbefugnis des Vermieters (§ 540 BGB) als Position mit Zuweisungsgehalt

Von der Gegenansicht¹⁷ wird zugegeben, dass sich die Untervermietung zwar im vertraglich eingeräumten Nutzungsrecht abspielt. Doch die *Entscheidungsbefugnis* des Vermieters, die Untermiete erlauben zu können (§ 540 BGB), stelle einen eigenen Wert dar und habe einen eigenen Zuweisungsgehalt¹⁸. Der Betrag, den ein Vermieter üblicherweise als Gegenleistung für seine Erlaubnis zur Untervermietung verlange (sog. Untermietzuschlag), sei daher herauszugeben.

cc) Differenzierung zwischen gut- und bösgläubigen Mietern (vermittelnde Ansicht)

Die Vertreter der vermittelnden Ansicht¹⁹ differenzieren nach Gut- und Bösgläubigkeit des Hauptmieters. Wisse der Hauptmieter von der Unzulässigkeit der Untervermietung, habe er den gesamten Untermietzins herauszugeben; der gutgläubige Mieter habe lediglich einen angemessenen Zuschlag zu zahlen.

dd) Stellungnahme

Der Erlaubnisvorbehalt nach § 540 BGB ist kein Ausdruck einer beim Vermieter verbleibenden Nutzungsbefugnis, sondern soll dem Vermieter lediglich ein Abwehrrecht geben, ihm unliebsame Personen von der Wohnung zumindest insoweit fernzuhalten, dass diese dort nicht dauerhaft leben.

c) Ergebnis

M hat nicht in den Zuweisungsgehalt des Eigentums des V eingegriffen. V hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses (aA vertretbar).

¹⁶ BGH, NJW 1964, 1853; 1996, 838, 840; ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 596; OLG Oldenburg, ZMR 1994, 507, 508; Mutter, MDR 1993, 303, 304 f.; Söllner, JuS 1967, 449, 453.

¹⁷ Vgl. Gebauer, JURA 1998, 128, 131 ff.; Larenz/Canaris, II/2 § 69 I 2 a, S. 173; Theuffel, JuS 1998, 886, 887 f.; Baur, JZ 1972, 630.

¹⁸ I.d.S. etwa Larenz/Canaris, Schuldrecht II § 69 I 2 a = S. 173 („Eingriff in eine diesem (scil dem Vermieter) vorbehaltene Kompetenz“); dagegen BGH, NJW 1964, 1853.

¹⁹ Vgl. hierzu Larenz/Canaris, II/2 § 69 I 2 a), S. 173.

B. Ansprüche des M gegen V

I. Aufwendungsersatzansprüche des M hinsichtlich der Reparaturkosten²⁰

M könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten für den defekten Herd in Höhe von 150 € haben.

1. § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB

Der Vermieter muss mit der Beseitigung des Mangels in Verzug sein oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig sein.

M hat V vor der Selbstvornahme – durch den von ihm beauftragten Handwerker – nicht gemahnt, sondern hatte den Handwerker sofort bestellt als er den Defekt erkannt hatte. Die sofortige Reparatur des Herdes ist für den Erhalt der Mietsache nicht notwendig gewesen. Denn der defekte Herd beeinträchtigt weder die Bausubstanz noch Bewohnbarkeit der gemieteten Wohnung (anders etwa bei Rohrbruch oder bei undichtem Dach).²¹

Daher besteht aus § 536a Abs. 2 BGB kein Anspruch auf Ersatz.

2. § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch nach § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB. Darunter fallen nur solche Aufwendungen, die nicht unter § 536a Abs. 2 BGB fallen. Der Defekt des Herdes fällt aber unter § 536a Abs. 2 BGB, da er ein Mietmangel ist, den der Vermieter beseitigen muss. Ob die weiteren Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB vorliegen ist unerheblich, da sonst der Mieter den Vorrang der Mangelbeseitigung durch den Vermieter umgehen könnte.²²

Damit scheidet ein Anspruch aus § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB aus.

II. Ersatzansprüche des M hinsichtlich der Schönheitsreparaturen

M könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Schönheitsreparaturen haben.

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

In Frage kommt ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

a) Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis entsteht nach § 311 Abs. 2 BGB auch bei der Anbahnung von Verträgen, durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder ähnlichen geschäftlichen Kontakten. Die cic ist zwar nicht zu Lasten eines Minderjährigen anwendbar, hier aber geht es um einen Anspruch zu Gunsten des Minderjährigen.

²⁰ Vgl zur Thematik allgemein *Gsell*, NZM 2010, 71.

²¹ Palandt/*Weidenkaff*, 79. Auflage 2020, § 536a Rn. 16.

²² BGH, NZM 2008, 279, 280.

b) Verletzung einer Pflicht

V könnte hier seine (vor)vertragliche Pflicht verletzt haben, indem er bei Unterzeichnung des Vertrags unwirksame AGB-Klauseln verwendet hat, die den M glauben ließen, eine Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen zu haben.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH verletzt ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner.²³ Wenn also die Klausel unwirksam ist, hat V eine (vor)vertragliche Pflicht verletzt.

(1) Vorliegen von AGB

Bei den Klauseln muss es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handeln. Solche liegen vor, wenn für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, von einer Partei (Verwender) gestellt werden.²⁴

Bei den vom Vermieter V gestellten Vertragsbedingungen, handelt es sich um vorgefertigte Klauseln, die dieser stets beim Mietvertragsschluss zu verwenden pflegt. Somit sind die Vertragsbedingung als AGB zu qualifizieren.

(2) Einbeziehungskontrolle

Es ist auch davon auszugehen, dass die Geschäftsbedingungen – insbesondere § 7 des Mietvertrages – wirksam in den Mietvertrag einbezogen wurden. Der Vorrang der Individualabrede nach § 305b BGB greift nicht, da § 7 des Mietvertrages nicht durch Individualabrede von den Parteien abgedungen wurde. Es liegt auch keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB vor: Die Übertragung der Verpflichtung, Schönheitsreparaturen durchzuführen, ist in vielen Mietverträgen üblich.

(3) Inhaltskontrolle

(a) Anwendbarkeit, § 307 Abs. 3 BGB

Die Inhaltskontrolle setzt gem. § 307 Abs. 3 BGB voraus, dass die Regelung vom Gesetz abweicht. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB sieht vor, dass der Vermieter verpflichtet ist, die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. § 7 des Mietvertrages macht hiervon eine Ausnahme und weicht somit vom gesetzlichen Leitbild ab.

(b) § 309 BGB

Die Regelung des § 309 BGB ist vorrangig zu prüfen, da sie sogenannte Klausel ohne Wertungsmöglichkeiten enthält. Ein Fall des § 309 BGB ist nicht ersichtlich.

(c) § 308 BGB

Ein Verstoß gegen die in § 308 BGB abschließend genannten „Klauselverbote“ mit Wertungsmöglichkeiten ist ebenfalls nicht ersichtlich.

²³ BGH 181, 188.

²⁴ Palandt/Weidenkaff, 79. Auflage 2020, § 305 Rn. 2 f.

(d) § 307 BGB

In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen die Generalklausel des § 307 BGB. Nach § 307 BGB sind AGB unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Es könnte ein Fall des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Eine Klausel weist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dann eine unangemessene Benachteiligung auf, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der abweichenden gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist.²⁵

Zwar wird die übliche formularmäßige Abwälzung der turnusmäßigen Schönheitsreparaturen auf den Mieter von der Rechtsprechung als Teil der Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Räume und deshalb grundsätzlich als wirksam angesehen.²⁶

Deshalb ist es grundsätzlich möglich, dem Mieter durch eine formularmäßige Schönheitsreparaturklausel die Pflicht aufzuerlegen, am Ende des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen durchzuführen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Klausel erkennen lässt, dass die Renovierungspflicht nur besteht, wenn am Ende des Mietverhältnisses *auch tatsächlich Renovierungsbedarf besteht*. Mit anderen Worten: Nur dann, wenn die Klausel den Renovierungsbedarf zur Bedingung für die Renovierungspflicht macht, liegt eine **bedingte und damit wirksame Endrenovierungsklausel** vor.

Sieht die Klausel – wie im hiesigen Fall – hingegen vor, dass der Mieter bei seinem Auszug unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Renovierung und unabhängig vom Zustand der Wohnung in jedem Fall renovieren muss, liegt eine **unbedingte und damit unwirksame Endrenovierungsklausel** vor. Eine solche unbedingte Endrenovierungsklausel trägt einseitig den vom gesetzlichen Leitbild (§§ 535, 538 BGB) abweichenden Vermieterinteressen Rechnung. Der Mieter wäre bei einem kurzen Mietverhältnis verpflichtet die Wohnung in einem u.U. besseren Zustand als bei Überlassung zurückzugeben.

Vor diesem Hintergrund ist § 7 Abs. 3 des Mietvertrages als unangemessene Benachteiligung zu qualifizieren und damit unwirksam.

Eine geltungserhaltende Reduktion scheidet nach herrschender Meinung aus.²⁷ Der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam, § 306 Abs. 1 BGB.

(e) Ergebnis

Die Klausel ist unwirksam, V hat die Endrenovierung nicht auf M abgewälzt

(4) Pflichtverletzung

Mit der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln verletzt V seine Pflicht zur Rücksichtnahme i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB.²⁸

(5) Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. V durch die Verwendung der Klausel die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit

²⁵ Vgl. hierzu BGH, NJW 2007, 3776.

²⁶ BGH, NJW 1988, 2790.

²⁷ Vgl. MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, BGB § 306 Rn. 17 ff. mwN sowie zur Gegenansicht.

²⁸ BGH, NJW 2009, 2590, Faust, JuS 2010, 350 ff.

fahrlässig gehandelt haben, § 276 Abs. 2 BGB. Insbesondere nach den weithin diskutierten Urteilen des BGH zur Wirksamkeit von AGB, die Schönheitsreparaturen formularmäßig an den Mieter abwälzen (u.a. BGH vom 12. 09. 2007 – VIII ZR 316/06 – **unbedingte Endrenovierungsklausel**) –, hätte V wissen müssen, dass die Regelung in § 7 seines Formularmietvertrags unwirksam (geworden) sind.

(6) Schaden

Die Kosten des M, die bei der Vornahme der Reparaturen entstanden sind, belaufen sich auf 300 €.

(7) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

M hielt die Klausel für wirksam und nahm die Reparatur vor. Hätte er gewusst, dass die Klausel unwirksam ist, hätte er nicht gestrichen. Mithin ist die Pflichtverletzung äquivalent und adäquat kausal für den Schaden. An der normativen Zurechnung (Schutzzweck der Norm) bestehen keine Bedenken („Herausforderungsfall“).

c) Ergebnis

M hat einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gegen V auf Zahlung von 300 €.

2. § 536a Abs. 2 BGB

K hat keinen Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB, denn die Selbstvornahme ist mangels Verzugs bzw. dringender Notwendigkeit nicht erlaubt (s.o.).

3. § 539 Abs. 1 i.V.m. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB

Es könnte ein Anspruch auf Ersatz aus § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB gegeben sein. Dazu muss der M ein für ihn fremdes Geschäft im eigenen Namen mit Fremdgeschäftsführungswillen geführt haben. Hier will M seine vermeintliche Verpflichtung aus dem Mietvertrag erfüllen. Damit fehlt zumindest der Fremdgeschäftsführungswille.²⁹

4. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

M könnte einen Anspruch gegen V auf Zahlung von 300 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

a) Etwas erlangt

V muss etwas erlangt haben. „Erlangt“ ist der Anstrich und damit die Wertsteigerung der Wohnung in Höhe von 300 € – bzw. V hat sich die Aufwendungen erspart, selbst streichen zu lassen.

b) Durch Leistung

Die Bereicherung muss V durch eine Leistung des M erlangt haben. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.³⁰ Zweck der erfolgten Re-

²⁹ Vgl. dazu Schrader, ZJS 2009, 426; Lorenz, NJW 2009, 2576.

³⁰ Palandt/Sprau, 79. Auflage 2020, § 812 Rn. 4; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 666 ff.

novierung war die Erfüllung einer vermeintlich bestehenden Verbindlichkeit gegenüber M aus dem Mietvertrag (*solvendi causa*). Damit liegt eine Leistung vor.

c) Ohne Rechtsgrund

Die Leistung muss ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Die AGB-Klausel, die die Schönheitsreparaturen auf dem Mieter abwälzen sollte, war von Anfang an unwirksam war. Somit fehlt es an einem Rechtsgrund.

d) Umfang der Haftung, § 818 Abs. 2 BGB

Die geleisteten Malerdienste kann V nicht herausgeben, § 818 Abs. 1 BGB. Daher muss er deren Wert gem. § 818 Abs. 2 BGB ersetzen.

e) Ergebnis

M hat einen Anspruch gegen V auf Zahlung von 300 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

e. Konkurrenz zum Anspruch aus cic

Fraglich ist, wie sich der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 zum Anspruch aus cic verhält. Es entsteht einerseits eine Bereicherung des V und andererseits ein Schaden des M – zwei Positionen, die dogmatisch nicht identisch und daher im theoretischen (und auch praktischen) Ansatz zu trennen sind. Der Schaden ist – bildlich gesprochen – eine Bresche im eigenen Vermögen, die Bereicherung ein Zuwachs im fremden. Der Schadensersatz über cic führt zur „Wiederherstellung“, der bereicherungsrechtliche Anspruch zur „Abschöpfung“.

Würde man beide Ansprüche addieren, würde M 600 € erhalten und damit sogar an der Sache „verdienen“. Dies widerspräche dem schadensrechtlichen Grundsatz des „Bereicherungsverbots“. Insofern spricht alles dafür, den Bereicherungsanspruch auf den Schadensersatzanspruch schadensmindernd anzurechnen.

[Dies bestätigt auch die Kontrollüberlegung: Wenn der Anstrich 400 € gekostet hätte, aber 300 € wert wäre, wären dem M als dem Leistenden nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 300 € zu ersetzen. Als Schadensersatz könnte M 400 € verlangen, so dass die beiden Ansprüche sich nominal auf 700 € beliefen. Auch dann wären „nur“ 400 € zu ersetzen, aber nicht 700 €! M ist schadlos zu halten, aber nicht besser zu stellen als er ohne Leistung an V gestanden wäre.]

M erhält im Ergebnis somit nur 300 € als Schadensersatz