Examensklausur: Vermietersorgen

Dr. Jörg Domisch

Die Klausur behandelt Probleme des Allgemeinen Schuldrechts und des Mietrechts in ungewohnter Einkleidung. Sie wurde im Wintersemester 2014/2015 im Examensklausurenkurs der Universität Freiburg gestellt[1]. Die erste Aufgabe thematisiert die Folgen einer gescheiterten Vertragsübernahme. In der zweiten Aufgabe sind Schadensersatzansprüche des Vermieters gegen den Mieter wegen nicht fachgemäßer Durchführung von Schönheitsreparaturen zu prüfen. Die dritte Aufgabe fragt nach Ansprüchen des Schuldners gegen den Gläubiger, wenn der Gläubiger nach Erhalt der Zahlung vom Schuldner auch noch den Bürgen in Anspruch nimmt.

Sachverhalt:

Egon (E) ist Eigentümer einiger großer Mietshäuser mit über 20 Wohnungen. Er verfügt über ein eigenes Heizhaus, um seine Immobilien mit selbst erzeugter Wärme zu versorgen. Das dafür benötigte Heizöl bezieht E von der Lauwarm-AG (L), die den Tank am Monatsende wieder auffüllt. Aus Kostengründen plant E, den Betrieb des Heizhauses auf die Zieht's?-GmbH (Z) auszulagern. In diesem Rahmen schließen E und die Z im September 2014 einen Wärmelieferungsvertrag und vereinbaren zudem, dass die Z den Vertrag zwischen E und L über die Lieferung des nötigen Heizöls ab dem 1. Oktober 2014 übernehmen soll. Mit einer Vertragsübernahme ist jedoch L nicht einverstanden. Sie verlangt auch für den Oktober 2014 Bezahlung des nach wie vor für das Heizhaus gelieferten Heizöls von E. Auch die Z verlangt für den Monat Oktober Zahlung von E auf Grundlage des Wärmelieferungsvertrags. E meint gegenüber Z, der Wärmelieferungsvertrag sei hinfällig, da schließlich die Vertragsübernahme nicht zu Stande gekommen sei. Er sei beim Abschluss des Wärmelieferungsvertrages fest davon ausgegangen, nur an L oder Z zahlen zu müssen. Jedenfalls zahle er nicht an Z, ehe diese die Heizöl-Rechnung gegenüber L beglichen habe. Diese Pflicht treffe Z auch bei einer gescheiterten Vertragsübernahme.

Einer der Mieter des E ist Manfred (M). In allen Mietverträgen, die E verwendet, findet sich folgender § 14:

> *Der Mieter ist verpflichtet auf seine Kosten bei Auszug die Schönheitsreparaturen (Streichen der Wände, Decken und Innentüren) in den Mieträumen handwerksgerecht, insbesondere mit einem Anstrich in hellen und deckenden Farben durchzuführen.*

Als M nach nur 2 Jahren aus beruflichen Gründen den Wohnort wechseln muss, sieht die bei seinem Einzug frisch renovierte Wohnung nach seinem Dafürhalten noch sehr ordentlich aus. M beschließt daher, zwar zu streichen, aber doch wenigstens ein bisschen mit der Farbe zu sparen, um die Kosten gering zu halten. Dadurch, dass M zu wenig Farbe verwendet, zeichnen sich später deutliche Streifen ab. E muss daher noch einmal streichen lassen, ehe er die Wohnung wieder vermieten kann. Die Kosten hierfür will er von M ersetzt. Hätte dieser nicht gepfuscht, dann hätte er ja auch keinen Maler bestellen müssen. M weigert sich jedoch für die Kosten aufzukommen. Er habe inzwischen gehört, dass es generell unwirksam sei, von einem Mieter zu verlangen, dass er beim Auszug streiche. Wenn er nicht streichen müsse, dann sei es ja auch grundsätzlich nicht sein Problem, wenn E einen Maler beauftragen müsse. Außerdem sei das nicht ganz perfekte Streichen doch nichts anderes als eine Abnutzung der Wohnung, die jedem Mieter zustehe. Vor der Streichaktion des M hatte objektiv noch kein Renovierungsbedarf bestanden.

Aber auch mit seinem Mieter Stefan (S) hat E Probleme. E hatte dem S fristlos gekündigt, nachdem dieser 5 Monate lang die Miete nicht gezahlt hatte. S hatte die Wohnung fristgerecht geräumt, aber nach einer kleinen Unachtsamkeit im Umgang mit seinem Adventskranz auch ein Loch im Parkett hinterlassen. Die Beseitigung des Schadens wird den E 5.500 Euro kosten. Zunächst will E jedoch möglichst schnell die noch ausstehende Miete eintreiben. Dazu wendet sich E wegen der Mietrückstände in Höhe von 6.000 Euro an die Versicherung V. Diese hatte – gemäß vertraglicher Übereinkunft mit S – eine Mietkautionsbürgschaft in Form einer Höchstbetragsbürgschaft über 5.000 Euro unter Ausschluss der Einrede der Vorausklage für den S übernommen. Tatsächlich zahlt die V 5.000 Euro an E, der völlig übersehen hatte, dass S selbst die ausstehende Miete von 6.000 Euro – zwei Tage vor der Inanspruchnahme der Versicherung durch E – an E überwiesen hatte. Zwar hatte V den S über die beabsichtigte Leistung an E informiert, S hatte die Angelegenheit jedoch wegen seiner Zahlung als erledigt angesehen und nicht reagiert. Später kommen S jedoch Bedenken, ob es wirklich klug war, untätig zu bleiben. Tatsächlich kündigt V an, bei S Regress nehmen zu wollen und verlangt 5.000 Euro von ihm. Deshalb verlangt S von E, die 5.000 Euro, die E von der Versicherung erhalten hat, an ihn selbst oder wenigstens an die V zurückzuzahlen. E ist dazu jedoch nicht bereit. Er teilt S mit, dann verrechne er das eben mit seinem Schaden wegen des Brandes. Letztlich habe er bislang ja nur insgesamt 11.000 Euro erhalten, weniger als ihm eigentlich zustehe. Jedenfalls zahle er nichts, ehe S nicht die Schäden am Parkett beglichen habe.

Aufgabe:

Bestehen die angesprochenen Ansprüche im Verhältnis

1) L gegen E und Z gegen E

2) E gegen M

3) S gegen E?

[1] Der erzielte Durchschnitt betrug 4,66 Punkte bei einer Bearbeitungszeit von fünf Stunden.

 ISSN: 1865-0015

Lösung

1) Gescheiterte Vertragsübernahme

A. Anspruch L gegen E gem. § 433 II BGB

L könnte von E Zahlung des für Oktober 2014 gelieferten Heizöls gem. § 433 II verlangen, wenn zwischen den beiden ein Kaufvertrag besteht.

I. Kaufvertrag

L ist eine AG, die gem. § 1 I 1 AG rechtsfähig ist. Sie wird gem. § 78 I 1 AG von ihrem Vorstand vertreten. Zwischen L und E besteht laut Sachverhalt ein Vertrag. Hierbei könnte es sich um einen Kaufvertrag über Heizöl handeln. Auch flüssige Sachen sind körperliche Gegenstände im Sinne der §§ 433, 90.[2] Zwar hat der Vertrag insofern Dauerschuldverhältnischarakter, als L monatlich Heizöl anliefert, dies ändert jedoch nichts an der Qualifizierung des Vertrages als Kaufvertrag. Auch ein Kaufvertrag kann ein Dauerschuldverhältnis darstellen, wenn wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt.[3] Konkret dürfte es sich vorliegend um einen sogenannten Bezugsvertrag handeln, da der Vertrag auf längere Zeit aber ohne Festlegung einer bestimmten Liefermenge abgeschlossen worden ist.[4] Die monatlich zu liefernde Menge ergibt sich aus dem Verbrauch und Bedarf des E.

II. Vertragsübernahme

Der Vertrag könnte jedoch zum 1. Oktober 2014 dergestalt von Z übernommen worden sein, dass diese an die Stelle des E in den Vertrag eintrat. Eine Zahlungspflicht des E aus dem Kaufvertrag bestände dann nicht mehr.

Die Vertragsübernahme ist gesetzlich nicht abstrakt geregelt. Das Institut der Vertragsübernahme ist jedoch allgemein anerkannt. Es handelt sich hierbei um ein einheitliches Rechtsgeschäft und nicht etwa um eine Kombination von Abtretung und Schuldbernahme.[5] Durch die Vertragsübernahme wird über das Schuldverhältnis als Ganzes verfügt, das gesamte Schuldverhältnis wird auf eine neue Person übertragen.[6]

Nach allgemeiner Auffassung lässt sich eine Vertragsübernahme entweder als dreiseitiger Vertrag oder als zweiseitiger Vertrag mit dem Erfordernis der Zustimmung durch die dritte Partei konstruieren. Es handelt sich dabei, wie bereits ausgeführt, um ein einheitliches Rechtsgeschäft, nicht um eine Kombination von Abtretung und Schuldübernahme. Anders als der Gläubiger im Falle der Abtretung kann der Vertragspartner als solcher nicht ohne Mitwirkung des anderen Teils ausgewechselt werden. Der ursprüngliche Vertragspartner (im Fall die L) soll nicht mit einem Vertragspartner konfrontiert werden und insbesondere dessen Insolvenzrisiko tragen, den er nicht selbst ausgewählt hat.

Vorliegend haben E und Z vereinbart, dass Z den Vertrag mit L übernehmen soll. L ist jedoch nicht damit einverstanden. Es fehlt also sowohl an einer Mitwirkung der L an einem Übernahmevertrag als auch an einer nachträglichen Zustimmung der L in Form einer Genehmigung des von E und Z geschlossenen Vertrages gem. § 184.

Mangels wirksamer Vertragsübernahme bleibt E daher zur Zahlung für die Oktober-Lieferung des Heizöls verpflichtet.

Ergebnis: L hat gegen E einen Zahlungsanspruch aus § 433 II.

B. Anspruch Z gegen E gem. §§ 433 II, 453 BGB

Z könnte gegen E ein Anspruch auf Zahlung aus dem Wärmelieferungsvertrag zustehen.

I. Kaufvertrag

Bei Z handelt es sich um eine gem. § 13 I GmbHG rechtsfähige juristische Person. Diese wird gem. § 35 I 1 GmbHG durch ihre Geschäftsführer vertreten. Zwischen Z und E wurde laut Sachverhalt ein Wärmelieferungsvertrag geschlossen. Auch hierbei handelt es sich um einen Bezugsvertrag. Allerdings ist zu beachten, dass Wärme kein körperlicher Gegenstand, mithin keine Sache im Sinne der §§ 433, 90 ist. Bei Wärme handelt es sich um einen sonstigen Gegenstand im Sinne des § 453, der dem Erwerber zur Verwendung oder Verfügung verschafft wird.[7] Ein Zahlungsanspruch ergibt sich daher gem. §§ 433 II, 453 aus dem Wärmelieferungsvertrag.

Der Vertrag wurde auch nicht unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 I geschlossen. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass die Parteien eine Bestimmung in das Rechtsgeschäft eingefügt hätten, wonach die Wirkungen des Wärmelieferungsvertrags von der Vertragsübernahme abhängig gemacht werden.[8]

II. Anfechtung, § 142 I BGB

Möglicherweise ist der Vertrag jedoch durch Anfechtung der vertragsbegründenden Willenserklärung durch E gem. § 142 I *ex tunc* nichtig. Die Äußerung gegenüber Z, der Vertrag sei hinfällig, könnte als Anfechtungserklärung im Sinne des § 143 zu sehen sein. Allerdings fehlt es an einem Anfechtungsgrund. E wusste, dass es nicht in seiner und Zs Hand liegt, eine Vertragsübernahme herbeizuführen. Dies lässt sich daran ablesen, dass E und Z vereinbaren, dass Z den Vertrag mit L übernehmen soll. Dass die Übernahme erfolgt, ist lediglich eine Erwartung des E. Er weiß, dass sein Vertragsschluss mit Z allein noch keine Vertragsübernahme bewirkt.[9]

---

[2] Palandt-*Weidenkaff*, 74. Auflage 2015, § 433 Rn. 5.
[3] Palandt-*Grüneberg*, § 314 Rn. 2.
[4] Palandt-*Grüneberg*, Überbl v § 311 Rn. 28.
[5] BGH, NJW 2013, 1083, 1084; Jauernig-*Stürner*, 15. Auflage 2014, § 398 Rn. 32.
[6] Palandt-*Grüneberg*, § 398 Rn. 41.
[7] Palandt-*Weidenkaff*, § 453 Rn. 6.
[8] Palandt-*Ellenberger*, Einf v § 158 Rn. 1.
[9] Da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, dass L die Vertragsübernahme wegen der zweifelhaften Solvenz der Z ablehnt, über die sich E geirrt haben könnte, liegt auch kein Anfechtungsgrund wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person gem. § 119 II vor. Grundsätzlich kann gerade bei Kreditgeschäften die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person sein, siehe die Nachweise bei

III. Kündigung, § 313 III 2 BGB

Möglicherweise konnte E den Wärmelieferungsvertrag mit Z jedoch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage und fehlender Anpassungsmöglichkeit gem. § 313 III 2 kündigen.[10]

1. Anwendbarkeit

Da es sich bei dem Wärmelieferungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt (*s. oben entsprechend für das Heizöl, Bezugsvertrag*) ist eine Lösung vom Vertrag nicht durch Rücktritt, sondern nur durch Kündigung möglich. § 313 III 2 wird auch bei Dauerschuldverhältnissen nicht von § 314 verdrängt. Die beiden Normen haben unterschiedliche Voraussetzungen und sind nebeneinander anwendbar.[11]

2. Geschäftsgrundlage

Voraussetzung für ein Kündigungsrecht nach § 313 III 2 ist zunächst, dass eine wirksame Vertragsübernahme Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden ist. Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.[12]

Vorliegend ist jedenfalls E davon ausgegangen, dass es zu einer Vertragsübernahme kommen würde. Wie die Vereinbarung mit E zeigt, ging auch Z davon aus, dass L der Vertragsübernahme zustimmen würde. Die Z vereinbarte immerhin mit E, dass sie den Vertrag übernehmen werde. Insofern ist die Erwartung, dass eine Vertragsübernahme zustande kommen werde, Geschäftsgrundlage geworden.

3. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Da L jedoch letztlich eine Vertragsübernahme verhindert hat, hat sich die Vorstellung von E und Z als gemeinschaftlicher Irrtum der Parteien über zukünftige Ereignisse erwiesen. Da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststand, dass L die Vertragsübernahme verhindern würde, ist § 313 I und nicht Absatz 2 einschlägig.[13]

4. Hypothetisches Element

Weiterhin setzt § 313 I voraus, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie vorausgehen hätten, dass das erwartete Ereignis nicht eintritt. Hätten E und Z vorausgesehen, dass eine Vertragsübernahme nicht zustande kommt, so hätten sie den Wärmelieferungsvertrag jedenfalls nicht mit diesem Inhalt geschlossen. E wäre keine Verpflichtung gegenüber Z eingegangen, ohne vertraglich sicherzustellen, dass er nicht zugleich auch einer Inanspruchnahme durch L ausgesetzt wäre.

5. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag

Fraglich ist jedoch, ob es E zuzumuten ist, am unveränderten Vertrag festzuhalten. Nur wenn das nicht der Fall ist, liegen alle Voraussetzungen des § 313 I vor. Für eine Kündigung wäre weiterhin gem. § 313 III 1 weitere Voraussetzung, dass auch eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder unzumutbar ist. Zunächst ist jedoch die Unzumutbarkeit gem. § 313 I zu prüfen. Unzumutbarkeit im Sinne des § 313 I ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die vermeintliche Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme tatsächlich gar nicht besteht.

a) Pflicht des Z aus dem Innenverhältnis

E bringt vor, die Z müsse die Heizöl-Rechnung des E gegenüber L begleichen, auch wenn sie nicht durch wirksame Vertragsübernahme deren Vertragspartnerin geworden ist. Hierfür könnte sprechen, dass im Rahmen einer Schuldübernahme, die an der Zustimmung des Gläubigers scheitert, eine solche Pflicht des Übernehmers besteht, § 415 III 2, 1. Hiernach ist der Übernehmer der Schuld im Falle einer vom Gläubiger verweigerten Genehmigung dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Diese Pflicht stammt aus der Übernahmevereinbarung im Innenverhältnis und gibt dem Gläubiger kein eigenes Forderungsrecht, vgl. § 329.

b) Analoge Anwendung des § 415 III BGB

Die Vertragsübernahme ist zwar, wie gezeigt, ein eigenständiges Rechtsgeschäft in Form einer Verfügung über das Vertragsverhältnis. Allerdings bewirkt sie zumindest auch gleichermaßen wie die Abtretung gem. § 398 den Austausch des Gläubigers und wie die befreiende Schuldübernahme gem. § 414 f. den Austausch des Schuldners. Es stellt sich daher die Frage, ob § 415 III 2, 1 analog anwendbar ist, wenn eine Vertragsübernahme an der fehlenden Zustimmung der anderen Partei des zu übernehmenden Vertrags scheitert.

Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine mit dem geregelten Fall vergleichbare rechtliche Interessenlage voraus. Da die Vertragsübernahme nicht generell geregelt ist, liegt eine Regelungslücke vor. Zwar gibt es Fälle von Vertragsübernahmen im Gesetz wie zum Beispiel § 613a oder § 651b BGB, allerdings fehlt es an abstrakt niedergelegten Voraussetzungen.[14] Es stellt sich jedoch die Frage nach einer

Palandt-*Ellenberger*, § 119 Rn. 26. Dies könnte auf den Fall prinzipiell übertragbar sein, da L zumindest in Vorleistung tritt.

[10] Auch wenn die Vertragsanpassung vorrangige Rechtsfolge des § 313 I ist, so ist vorliegend doch die weitergehende Kündigung gem. § 313 III 2 zu prüfen. E erklärt, der Wärmelieferungsvertrag sei hinfällig. Er möchte sich also ersichtlich ganz vom Vertrag lösen. Auch wenn die Kündigung das Dauerschuldverhältnis lediglich *ex nunc* beendet, siehe MüKo-*Finkenauer*, 6. Auflage 2012, § 313 Rn. 110, und deshalb der bereits entstandene Zahlungsanspruch für den Monat Oktober durch die Kündigung nicht beseitigt werden kann, so sind dennoch im Gutachten zwingend die Voraussetzungen der Kündigung vorab zu prüfen und erst auf Rechtsfolgenseite die konkrete Wirkung der Kündigung zu thematisieren, auf die es freilich im konkreten Fall nicht mehr ankommt.

[11] Zum Verhältnis von § 313 III 2 und § 314 siehe ausführlich mit Darstellung abweichender Meinungen MüKo-*Finkenauer*, § 313 Rn. 168 ff.

[12] St. Rspr. siehe nur BGH, NJW 2001, 1204, 1205.

[13] Palandt-*Grüneberg*, § 313 Rn. 38.

[14] S. Palandt-*Grüneberg*, § 398 Rn. 41 für weitere Beispiele wobei § 566 m.E. hier fälschlich als Fall der Vertragsübernahme aufgeführt ist, siehe auch Palandt-*Weidenkaff*, § 566 Rn. 15.

vergleichbaren rechtlichen Interessenlage. Dafür spricht zunächst, dass Z zumindest auch die künftige aus der Vertragsbeziehung mit L resultierende Schuld zu begleichen hätte, wenn die Vertragsübernahme erfolgreich gewesen wäre. Dagegen könnte sprechen, dass Z durch das Scheitern der Vertragsübernahme gerade nicht in die Lage versetzt wird, die Gegenleistung, konkret das Heizöl, von L einzufordern.[15] Anders als im Falle der befreienden Schuldübernahme wird der Dritte, der einen gegenseitigen Vertrag übernimmt, auch Gläubiger der Gegenleistung. Im vorliegenden Fall jedoch erscheint dieses fehlende Forderungsrecht der Z insofern nicht schädlich, da Z offenbar in der Lage ist, das für das Heizhaus gelieferte Heizöl tatsächlich zu nutzen. Zumindest vor diesem Hintergrund bestehen keine Bedenken gegen eine Analogie zu § 415 III 2, 1. Allgemein erscheint die analoge Anwendung des § 415 III auf die gescheiterte Vertragsübernahme zulässig, sofern dem hierdurch verpflichteten Übernehmer auch der Zugang zur Gegenleistung gewährt wird.

c) Zwischenergebnis

Es ist E somit zuzumuten, am Wärmelieferungsvertrag festgehalten zu werden. Durch die analoge Anwendung des § 415 III 2, 1 steht ihm ein Anspruch im Innenverhältnis gegenüber Z zu, die Schuld gegenüber der L zu begleichen. E droht also keine doppelte Inanspruchnahme.[16] *Im Ergebnis kann vorliegend gleichwertig eine analoge Anwendung bejaht oder verneint werden. Wird sie verneint, dann ist in der Folge die Rechtsfolge der Kündigung für das Dauerschuldverhältnis zu benennen, da eine Anpassung des Vertrages nicht möglich erscheint. Vertretbar wäre insofern jedoch auch eine Vertragsanpassung, die Z im Innenverhältnis zur Zahlung des Heizöls und E zu dessen Bereitstellung für Z verpflichtet.*

IV. Zurückbehaltungsrecht, § 273 I BGB

E bringt vor, er zahle für die Wärmelieferung des Z erst, wenn dieser seiner Pflicht aus der Übernahmevereinbarung nachkomme und die Heizöl-Rechnung gegenüber L begleiche. Er beruft sich somit auf ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 I.[17] Der Anspruch des E ergibt sich entweder aus einer separaten Übernahmevereinbarung im Sinne des § 311 I oder aber aus §§ 433, 453, wenn es sich um eine Nebenpflicht aus dem Wärmelieferungsvertrag handelt.[18] Wie bereits ausgeführt hat E einen fälligen Anspruch aus der Übernahmevereinbarung, dass die Z die L befriedigt. Der Zahlungsanspruch der Z gegen E stammt aus demselben rechtlichen Verhältnis wie der Anspruch des E gegen Z auf Zahlung des Heizöls gegenüber L, da den Ansprüchen ein einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt.[19] Beide Ansprüche stammen entweder aus demselben Vertrag oder zumindest aus zwei Verträgen die in einem Zuge abgeschlossen wurden. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts bewirkt also, dass E nur Zug-um-Zug gegen Bezahlung der Rechnung des L durch Z zur Zahlung der Rechnung aus dem Wärmelieferungsvertrag an Z verpflichtet ist. Die doppelte Inanspruchnahme wird letztlich erst durch die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht verhindert, denn sowohl L als auch Z stehen tatsächlich Ansprüche gegen E zu. Durch die Leistung Zug-um-Zug muss E aber erst dann an Z zahlen, wenn dieser L befriedigt hat.

Ergebnis: Z kann von E Zahlung aus dem Wärmelieferungsvertrag gem. §§ 433 II, 453 verlangen, allerdings nur Zug-um-Zug gegen Zahlung der Heizöl-Rechnung für den Oktober an L.

2) Streichpflichten

C. Anspruch E gegen M gem. §§ 280 I, III, 281 BGB

E könnte gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der Kosten für die Malerarbeiten haben, wenn M seiner Pflicht, die Wohnung zu streichen, nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.

I. Schuldverhältnis

Der Mietvertrag stellt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 I 1 dar.

II. Pflichtverletzung

1. Bestehen einer Endrenovierungspflicht

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung ist zunächst, dass den M eine Pflicht traf, die Wohnung beim Auszug handwerksgerecht zu renovieren. Eine solche Pflicht ergibt sich nicht bereits aus dem Gesetz. Allerdings könnte aus § 14 des Mietvertrages eine entsprechende Pflicht resultieren. Dies setzt jedoch wiederum voraus, dass die Bestimmung wirksam ist. Fraglich ist daher, ob die konkrete Endrenovierungsklausel auch einer AGB-Kontrolle standhält.

a) Eröffnung einer Inhaltskontrolle, § 307 III BGB

Eine AGB-Kontrolle setzt gem. § 307 III voraus, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Bei § 14 des Mietvertrages handelt es sich um AGB im Sinne des § 305 I 1, da E die Klausel für alle seine Wohnungen verwendet. Auf § 310 III Nr. 1 kommt es letztlich nicht an. Die Einbeziehung erfolgte gem. § 305 II. Die Klausel weicht von der gesetzlichen Bestimmung des § 535 I 2 ab, wonach der Vermieter die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten hat. Die Klausel überträgt diese Pflicht für den Zeitpunkt des Auszugs auf den Mieter.

[15] Vgl. Staudinger-*Rieble*, § 414 Rn. 120; *Heinig*, NJW 2011, 1722.

[16] Der BGH wendet § 415 ohne Weiteres entsprechend auf die gescheiterte Vertragsübernahme an, s. BGH, NJW 2012, 1718, 1720. Allerdings müssen die Voraussetzungen einer Analogie in der Klausur an dieser Stelle zwingend geprüft werden. Es handelt sich um einen weniger klaren Fall wie bspw. bei der analogen Anwendung der §§ 929 ff. auf die Übertragung des Anwartschaftsrechts, wo auch in der Klausur keine Herleitung der Analogie erwartet werden dürfte.

[17] § 320 ist nicht einschlägig, da es sich nicht um synallagmatische Pflichten handelt.

[18] § 415 III 2, 1 und § 329 sind nicht Anspruchsgrundlage, sondern umschreiben lediglich das Pflichtenprogramm aus der Übernahmevereinbarung.

[19] Palandt-*Grüneberg*, § 273 Rn. 9.

ISSN: 1865-0015

b) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB

Die Klauselverbote der §§ 309, 308 sind nicht einschlägig. Die Abwälzung der Schönheitsreparaturen ist aber unwirksam, wenn sie mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist, § 307 II Nr. 1 iVm. § 307 I 1. Grundsätzlich können Schönheitsreparaturen in AGB auf den Mieter übertragen werden, sofern die Wohnung, wie auch im Fall, in renoviertem Zustand an den Mieter übergeben wurde.[20] Als wirtschaftliche Gegenleistung werden sie auf die monatliche Miete angerechnet. AGB, die den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Bedarf hinausgehen, sind dagegen unzulässig.[21] Denn dann träfe den Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung als der Vermieter aus § 535 I 2 schuldet. Dies wird zum Beispiel für die Verwendung starrer Fristenpläne angenommen,[22] die nicht auf den tatsächlichen Renovierungsbedarf abstellen. Entsprechend ist bei Endrenovierungsklauseln zu unterscheiden, ob diese zu einer Renovierung auch dann verpflichten, wenn kein objektiver Bedarf besteht.[23] Eine solche Klausel ist vorliegend gegeben. M wäre stets zur Endrenovierung verpflichtet, auch dann, wenn wie im Falle objektiv gar kein Streichbedarf besteht. Die Klausel ist daher gem. § 306 I nichtig.[24]

2. Folgen für den Anspruch

Da es keine (Leistungs-)Pflicht des M gab, die Wohnung handwerksgerecht zu streichen, kann sich auf dieser Grundlage auch keine Pflichtverletzung ergeben.

Ergebnis: Ein Anspruch des E auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 für die Streicharbeiten besteht nicht.

D. Anspruch E gegen M gem. §§ 280 I, 241 II BGB

E könnte jedoch gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 I in Höhe der Malerkosten wegen Verletzung einer Pflicht gem. § 241 II haben.

I. Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis liegt, wie bereits geprüft, in Form des Mietvertrages vor.

II. Pflichtverletzung

Fraglich ist, worin die Pflichtverletzung des M exakt zu sehen ist. M traf, wie gesehen, nicht die Pflicht die Wohnung handwerksgerecht zu renovieren. Man könnte argumentieren, dass M jedoch, falls er streicht, dies auch ordentlich zu tun hat. Allein dadurch, dass M nicht ordentlich gestrichen hat, werden die Interessen des E jedoch noch nicht berührt. Dies lässt sich erst bejahen, wenn die Streicharbeiten einen objektiven Renovierungsbedarf auslösen. Dadurch wird E gezwungen, die Wohnung erneut streichen zu lassen, um sie weitervermieten zu können.

Parallel zu dieser Konstellation muss der Mieter auch eine auffällige Dekoration bei Rückgabe der Wohnung wieder beseitigen, da es zu den Rücksichtnahmepflichten des Mieters gehört, dem Vermieter eine Weitervermietung nach Rückgabe des Mietobjekts zu ermöglichen.[25] Allerdings reicht diese Pflicht nur soweit, eine individuelle Dekoration zu beseitigen, nicht jedoch umfassende Schönheitsreparaturen durchzuführen.[26]

Dadurch, dass M derart schlampig gestrichen hat, dass die Wohnung nun objektiv renovierungsbedürftig ist, hat er eine Rücksichtnahmepflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

III. Vertretenmüssen

Fraglich ist jedoch, ob M diese Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 vermutet. Der Umstand, dass M wegen der Endrenovierungsklausel glaubte, streichen zu müssen, kann keine Rolle spielen. Die Klausel suggerierte M jedenfalls nicht, dass eine unfachgemäße Renovierung zulässig sei.

Allerdings könnte dem M vorliegend § 538 zugutekommen. Verschlechterungen der Mietsache, die auf einen vertragsgemäßen Gebrauch zurückgehen, hat der Mieter nicht zu vertreten. Da es dem Mieter vertraglich freisteht, die Wohnung „abzuwohnen“ und ihn grundsätzlich gerade keine Pflicht zu einer Endrenovierung trifft, könnte das unfachmännische Streichen noch vertragsgemäßer Gebrauch im Sinne des § 538 sein.

Sinn und Zweck des § 538 ist es, dem Mieter eine vertragsmäßige Nutzung des Mietobjekts ohne Einschränkung in seinen Gewohnheiten zu ermöglichen.[27] Die Norm reicht jedoch nicht soweit, dass sie den Mieter im Rahmen der Vorbereitung des Auszugs von der Einhaltung zumutbarer Rücksichtnahmepflichten auf berechtigte Vermieterinteressen entbindet. Von einem vertragsgemäßen Gebrauch im Rahmen der Nutzung des Mietobjekts kann dann nicht mehr ausgegangen werden.

Da die Voraussetzungen des § 538 nicht vorliegen, kann M die Vermutung des § 280 I 2 nicht widerlegen. *Andere Ansicht*

[20] S. zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln bei in unrenoviertem Zustand übergebener Wohnung BGH, NJW 2015, 1871, 1872 sowie BGH, NJW 2015, 1594. Der Mieter wäre unangemessen benachteiligt, wenn er zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet würde, die von dem Vormieter verursacht worden sind. BGH, NJW 2015, 1871, 1873 erklärt zudem sogenannte Quotenabgeltungsklauseln für unwirksam. Nach solchen Klauseln muss der Mieter einen Teil der zukünftig entstehenden Kosten für Schönheitsreparaturen tragen, wenn die Schönheitsreparaturen bei seinem Auszug noch nicht fällig sind. Der Senat begründet die Unwirksamkeit gem. § 307 I 1 damit, dass vom Mieter zur Ermittlung der auf ihn bei Vertragsbeendigung zukommenden Kostenbelastung mehrere hypothetische Betrachtungen anzustellen wären, die eine sichere Einschätzung der tatsächlichen Kostenbelastung nicht zulassen.

[21] BGH, NJW 2004, 2586.

[22] BGH, NJW 2006, 2115.

[23] BGH, NJW-RR 2009, 656.

[24] S. zur Gesamtinfektion der Dekorationslastabwälzung schon bei unwirksamen Klauselbestandteilen zuletzt BGH, NJW 2015, 1874.

[25] S. insbesondere die lesenswerte Entscheidung BGH, NJW 2014, 143.

[26] Während des laufenden Mietverhältnisses dürfen keine Vorgaben für die farbliche Gestaltung der Wohnung gemacht werden. Eine solche Klausel kann dafür sorgen, dass die Schönheitsreparaturklausel insgesamt unwirksam ist, BGH, NJW-RR 2009, 656. Für den Auszug ist die Vorgabe einer Renovierung in hellen deckenden Farben bei objektivem Renovierungsbedarf jedoch möglich.

[27] Vgl. Staudinger-*Emmerich*, Neubearbeitung 2014, § 538 Rn. 1: … „*abnutzen*“ dürfen.

ebenso vertretbar. Die Rechtsprechung nimmt zu § 538 in diesem Rahmen keine Stellung und behandelt die Problematik ausschließlich beim Schaden.

IV. Schaden

Fraglich ist jedoch, ob dem E durch das Streichen des M überhaupt ein Schaden entstanden ist. Hierfür spricht zunächst, dass objektiv kein Streichbedarf bestanden hätte, wenn M untätig geblieben wäre. M kann sich also nicht darauf berufen, dass E sowieso hätte streichen müssen und es an der Kausalität zwischen dem Streichen des M und einem möglichen Schaden fehlen würde.

Die Malerarbeiten des M könnten eine sogenannte „Verschlimmbesserung" darstellen.[28] E entstehen letztlich Kosten, die ohne die mangelhafte Durchführung der Schönheitsreparaturen überhaupt nicht entstanden wären.[29]

Dagegen spricht jedoch, dass M nicht vertraglich verpflichtet war, zu streichen. Hätte er die Wohnung daher unrenoviert und in einem „herabgewohnten" und renovierungsbedürftigen Zustand übergeben, so hätte E streichen müssen, ohne dass er die Kosten auf M hätte abwälzen können. Hätte M während der Mietzeit beispielsweise Bilder aufgehängt und wäre dadurch ein Renovierungsbedarf entstanden, so läge kein Schaden des E vor.

In seiner Entscheidung zum exzessiven Rauchen in Mieträumen hat der BGH den Maßstab angewendet, dass ein Schaden dann nicht gegeben sei, wenn die Gebrauchsspuren durch ohnehin vom Vermieter durchzuführende Schönheitsreparaturen restlos beseitigt werden. Dies gelte unabhängig davon, ob ein Renovierungsbedarf durch das Rauchen bereits vorzeitig hervorgerufen werde.[30] Entsprechend könnte auch im vorliegenden Fall ein Schaden zu verneinen sein, da M letztlich nur einen Zustand verursacht, den E grundsätzlich hätte hinnehmen müssen.

In seiner Entscheidung zu einer „kunterbunt" gestrichenen Wohnung[31] grenzt der BGH seine Position zu der Raucherexzess-Entscheidung ab. Eine ungewöhnliche Farbgestaltung sei, anders als das Rauchen in der Wohnung, keine Abnutzung von Mieträumen. Maßnahmen zu deren Beseitigung seien deshalb im Rechtssinne auch keine Schönheitsreparaturen. Dies zeige insbesondere die Überlegung, dass das berechtigte Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, auch dann ohne Einschränkung zu bejahen ist, wenn der Mieter die Wohnung vor der Rückgabe in ungewöhnlichen Farben frisch renoviert hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint ähnlich wie im Rahmen des § 538 die Argumentation vorzugswürdig, dass das Streichen beim Auszug keine Abnutzung der Wohnung mehr ist. Die im Raucher-Urteil zum Ausdruck kommende Privilegierung des § 538 wirkt sich nur insoweit auf Schadensebene aus, dass kein Schaden vorliegt, wenn ein Renovierungsbedarf bei Übergabe durch die vertragsgemäße Nutzung der Wohnung herbeigeführt wird. Sofern der renovierungsbedürftige Zustand jedoch dadurch herbeigeführt wird, dass der Mieter seine eigenen Interessen über berechtigte Vermieterinteressen stellt, ist auch dann ein Schaden gegeben, wenn sich die Schadensbehebung in der Durchführung von Schönheitsreparaturen erschöpft. Andernfalls könnte im Extremfall ein Mieter kurz vor dem Auszug einen Eimer Farbe an die Wand kippen, um den Vermieter vor der Weitervermietung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen zu zwingen. Sofern der Mieter hingegen kurz vor dem Auszug eine Party veranstaltet und daraus ein objektiver Renovierungsbedarf ergibt, so erscheint dies hingegen wohl grundsätzlich noch von der Abnutzung gedeckt.

Vorliegend hat M versucht, durch die Verwendung von zu wenig Farbe Kosten zu sparen. Dies stellt keine Abnutzung der Wohnung mehr dar, sondern eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Vermieter und begründet somit einen Schaden. *Andere Ansicht gleichermaßen vertretbar. Die konkrete Frage ist höchstrichterlich nicht geklärt und bewegt sich im Spannungsfeld der beiden zitierten Entscheidungen. In der Praxis dürfte der Fall so wohl eher nicht zur Vorlage kommen, da ein Vermieter kaum je beweisen können wird, dass vor dem Streichen durch den Mieter objektiv noch kein Renovierungsbedarf bestand. Als Klausur im Ersten Examen erscheint die Thematik jedoch durchaus vorstellbar, um das vermeintliche Spannungsfeld der zitierten BGH-Entscheidungen aufzulösen.*

V. Mitverschulden, § 254 BGB

Möglicherweise kann sich M jedoch auf eine schadensmindernde Mitverursachung durch E berufen, der ihn durch die Verwendung der unwirksamen Endrenovierungsklausel erst zum Streichen veranlasst hat. Hätte E die Klausel nicht verwendet, hätte M auch keinen Schaden verursacht. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass E Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel hatte. Zudem wollte E selbst dann nur eine handwerksgerechte Endrenovierung veranlassen. Ein Mitverschulden des E ist nicht gegeben. *Andere Ansicht ebenso vertretbar, insbesondere zumal E gewerblicher Vermieter mit über 20 Wohnungen ist. Ihm dürfte dann unterstellt werden, dass er zumindest 2012 (Zeitpunkt des Einzugs des M) Kenntnis von der Unwirksamkeit bedarfsunabhängiger Endrenovierungsklauseln hat.*

[28] *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen, 5. Auflage 2015, Rn. 432.
[29] BGH, NZM 2009, 313, 314: Der dort zu entscheidende Fall hatte der vorliegenden Konstellation insofern entsprochen, als dass trotz unwirksamer Endrenovierungsklausel ungleichmäßig gestrichen worden war. Einen Schaden hatte der BGH abgelehnt, da der Vermieter – anders als vorliegend – ohnehin hätte streichen müssen.
[30] BGH, NZM 2008, 318, 319. Diese Rechtsprechung wird in der Entscheidung BGH, NJW 2015, 1871 bestätigt.
[31] BGH, NJW 2014, 143.

 ISSN: 1865-0015

VI. Abzug Neu-für-Alt

E könnte sich jedoch nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung einen Abzug Neu-für-Alt anrechnen lassen müssen.[32] Gerade bei der Durchführung von Renovierungen nach „farblicher Verunstaltung" kommt dies in Betracht, da der Vermieter letztlich eine vollständig renovierte Wohnung bekommt, ohne die Pflichtverletzung des Mieters jedoch eine unrenovierte Wohnung mit normalen Gebrauchsspuren zurückerhalten hätte.[33] Auch im vorliegenden Fall steht E nach den Malerarbeiten wirtschaftlich besser als vor dem schädigenden Ereignis, dem Streichen durch M, da laut Sachverhalt objektiv kein Streichbedarf bestanden hatte. Die Schadensbeseitigung geht also über die Naturalrestitution hinaus. Es entsteht ein Konflikt mit dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot. Da laut Sachverhalt noch kein Renovierungsbedarf bestand und M nur zwei Jahre lang in der Wohnung gewohnt hat, erscheint ein Abzug von 30 % angemessen. *Jeder andere Abzug ist gleichermaßen vertretbar. Da der Sachverhalt keine besonderen Hinweise auf den Abzug Neu-für-Alt liefert, wurde ein Fehlen dieses Aspekts bei der Korrektur nicht negativ gewertet. Seine Voraussetzungen liegen jedoch vor und sind praktisch durchaus von Relevanz. Im soeben zitierten Fall des LG Gießen kam es sogar zu einem Abzug in Höhe 50 %. In der Klausur kann eine korrekte Bezifferung nicht erwartet werden, die Grundsätze des Abzugs Neu-für-Alt sind als Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung jedoch durchaus möglicher Prüfungsinhalt.*

Ergebnis: E kann von M die Kosten für die Malerarbeiten gem. §§ 280 I, 241 II verlangen. Er muss sich jedoch einen Abzug Neu-für-Alt in Höhe von 30% anrechnen lassen.

3) Inanspruchnahme des Bürgen wegen nicht bestehender Forderung

E. Anspruch S gegen E gem. §§ 280 I, 241 II BGB

S könnte von E die Zahlung von 5.000 Euro an V oder an sich selbst gem. §§ 280 I, 241 II verlangen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

I. Schuldverhältnis

Zwischen E und S bestand ein Schuldverhältnis in Form eines Mietvertrages. Auch nach wirksamer Kündigung und Rückgabe der Mietsache, kann ein solches Schuldverhältnis Anknüpfungspunkt für nachvertragliche Pflichten im Rahmen des § 280 I 1 sein.[34]

II. Pflichtverletzung

Im Rahmen des § 241 II ist E auch nach Beendigung des Mietvertrages verpflichtet, auf die Vermögensinteressen des S Rücksicht zu nehmen.[35] Er muss sich also grundsätzlich so verhalten, dass S nicht mit Ansprüchen Dritter belastet wird. Vorliegend könnte die Inanspruchnahme des Bürgen wegen einer nicht mehr bestehenden Forderung jedoch die Belastung des S mit Ansprüchen der V bedeuten. Soweit hingegen im Rahmen der Bürgschaft tatsächlich gesicherte Forderungen gegenüber dem Bürgen geltend gemacht werden, scheidet eine Pflichtverletzung aus. Dann würde E lediglich von ihm zustehenden Rechten Gebrauch machen und nicht pflichtwidrig handeln.

1. Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung

Fraglich ist daher zunächst, ob E gegenüber V eine von der Bürgschaft gesicherte Forderung geltend gemacht hat. Der Anspruch aus § 535 II auf Zahlung des Mietzinses war jedoch durch die Zahlung des S gem. § 362 I durch Erfüllung erloschen. Da sich E konkret wegen der Mietrückstände an V wendet, kann es keine Rolle spielen, dass in Form der Schadensersatzansprüche wegen des Parketts noch Forderungen bestehen, die theoretisch von der Bürgschaft gedeckt wären.

2. Regressanspruch V gegen S

In der Geltendmachung der bereits erloschenen Forderung kann jedoch nur dann eine Pflichtverletzung gegenüber S gesehen werden, wenn dadurch die Vermögensinteressen des S betroffen sind. Dies setzt voraus, dass S tatsächlich einem Regressanspruch der V ausgesetzt ist.

a) §§ 535 II, 774 I 1 BGB

Zunächst könnte sich ein Anspruch der V gegen S aus dem gesetzlichen Forderungsübergang gem. § 774 I 1 ergeben. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über. Die Zahlung der V auf die vermeintlichen Mietrückstände des S bewirkte jedoch keine Befriedigung des E. Dessen Anspruch aus § 535 II war bereits mit der Zahlung durch S selbst gem. § 362 I erloschen. Somit konnte es auch nicht zu einer *cessio legis* des Anspruchs kommen. Die Bürgschaft als solche besteht jedoch fort und ist nicht etwa wegen der Akzessorietät zur Hauptforderung erloschen,[36] da die Bürgschaft nicht konkret für die Mietrückstände, sondern als allgemeine Mietkautionsbürgschaft ausgestaltet ist.

b) §§ 670, 675 BGB

aa) Geschäftsbesorgungsvertrag

Möglicherweise löste die Zahlung der V jedoch einen Regressanspruch unabhängig vom Bestehen der Hauptforderung aus. Der Stellung der Mietkautionsbürgschaft liegt laut Sachverhalt ein Vertrag zwischen S und V zu Grunde. Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung handelt es sich hierbei um einen Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 I und nicht etwa um einen Auftrag gem. § 662.[37] Die Versicherung verbürgt sich

[32] S. hierzu Palandt-*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 97 ff.
[33] S. BGH, NJW 2014, 143 sowie vor allem die Vorinstanz LG Gießen, Urt. v. 7.11.2012, Az. 1 S 71/12.
[34] S. Palandt-*Grüneberg*, § 280 Rn. 7.
[35] S. Palandt-*Grüneberg*, § 280 Rn. 7.
[36] S. hierzu MüKo-*Habersack*, 6. Auflage 2013, § 767 Rn. 3.
[37] S. Palandt-*Sprau*, Einf v § 765 Rn. 5.

gegen Entgelt für den Fall, dass Forderungen aus dem Mietverhältnis offen bleiben.

bb) Erforderliche Aufwendungen

Anspruchsgrundlage für einen Regress hinsichtlich an den Vermieter geleisteter Zahlung ist dann kraft Verweisung in § 675 I die Vorschrift des § 670. Aufwendungsersatz ist bereits dann geschuldet, wenn der Bürge die Leistung an den Gläubiger für erforderlich halten durfte; nicht allein dann, wenn die Forderung tatsächlich bestand. Hierbei ist zu beachten, dass im Bürgschaftsvertrag die Einrede der Vorausklage wirksam ausgeschlossen war. Dass dies grundsätzlich möglich ist, lässt sich an § 773 I Nr. 1 ablesen. Auch in AGB wäre der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage möglich.[38] V konnte den E also nicht gem. § 771 auf eine Zwangsvollstreckung gegen den S verweisen. Außerdem hatte V gegenüber S angezeigt, demnächst an E zu leisten. Da S nicht reagierte, durfte V davon ausgehen, dass S keine Einreden geltend machen könne oder wolle, die gem. § 768 auch der Bürge dem Gläubiger entgegenhalten kann. Auch vom Erlöschen der Hauptforderung hatte V trotz Benachrichtigung des S keine Kenntnis. Der Umstand, dass die Hauptforderung tatsächlich bereits durch Erfüllung erloschen war, hindert einen Regressanspruch der V gem. § 670 nicht.[39] Maßgeblich ist allein, dass der Bürge gleichwohl seine Leistung für erforderlich halten durfte.[40]

3. Zwischenergebnis

Durch die unberechtigte Inanspruchnahme der Bürgin hat E eine Rücksichtnahmepflicht aus dem Mietvertrag verletzt, da er eine Belastung des S mit Ansprüchen der V ausgelöst hat, ohne dazu durch einen Bürgschaftsvertrag berechtigt zu sein.

III. Vertretenmüssen

Gem. § 280 I 2 wird das Vertretenmüssen vermutet. Vorliegend hätte E durch die Kontrolle seiner Konten feststellen können, dass eine Inanspruchnahme der V wegen der Mietrückstände nicht mehr angezeigt war. Auch wenn die Zahlung erst zwei Tage vorher bei ihm eingegangen ist, gehört es zur im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sich vor der Inanspruchnahme des Bürgen zu vergewissern, ob der Anspruch noch besteht. Der Umstand, dass E über 20 Wohnungen vermietet, bewirkt keine Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs, sondern eher noch eine Verschärfung wegen seiner Geschäftserfahrung. Ein Vertretenmüssen liegt vor.

IV. Schaden

Der Schaden des S liegt in der Belastung mit einem Anspruch der V.[41]

V. Anspruchsinhalt

Solange S nicht an V gezahlt hat, kann er von E jedoch lediglich die Befreiung von der Verbindlichkeit durch Zahlung an V verlangen.[42] Dies entspricht dem Prinzip der Naturalrestitution des § 249 I. Durch die Zahlung des E als Drittem im Sinne des § 267 auf die Verbindlichkeit des S gegenüber V aus §§ 670, 675 wird der Schaden des S beseitigt, der gerade in der Belastung mit dieser Verbindlichkeit lag.

VI. Aufrechnung, § 389 BGB

Der Anspruch des S auf Schadensersatz könnte jedoch gem. § 389 erloschen sein. Die Aussage des E gegenüber S, er „verrechne das mit seinem Schaden wegen des Brandes“ ist als Aufrechnungserklärung im Sinne des § 388 zu verstehen.

Fraglich ist jedoch, ob auch eine Aufrechnungslage gem. § 387 gegeben ist. Die Schadensersatzforderung des E gegen S gem. §§ 280 I, 241 II, 535 und gem. § 823 I wegen Eigentumsverletzung besteht.[43] Insbesondere beruht die kleine Unachtsamkeit im Umgang mit dem Adventskranz auf einem fahrlässigen Verhalten. Der Anspruch des E gegen S steht mit der Schadensersatzforderung des S gegen E gem. §§ 280 I, 241 II in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Allerdings müssten die Forderungen auch gleichartig sein. Der Anspruch des E gegen S ist eine Geldforderung, der Anspruch des S gegen E ist hingegen, wie gezeigt, auf die Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtet. Diese beiden Forderungen sind daher nicht gleichartig.[44] Sie beinhalten verschiedenartige Leistungsverpflichtungen. Eine Aufrechnung ist daher nicht möglich.

VII. Zurückbehaltungsrecht, § 273 I BGB

Neben der unwirksamen Aufrechnung beruft sich E jedoch hilfsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht, indem er sagt, S sehe von ihm kein Geld, ehe er nicht die Schäden am Parkett beglichen habe. Voraussetzung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 I ist über die bereits geprüfte Gegenseitigkeit hinaus eine gewisse Konnexität. Dasselbe rechtliche Verhältnis ist im weitesten Sinne zu verstehen.[45] Es genügt, wenn ein zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt, die Ansprüche müssen nicht im selben Schuldverhältnis ihre Grundlage haben. Die Schadensersatzforderung des E und des S stehen durch den Lebenssachverhalt des zwischen ihnen bestehenden Mietverhältnisses und dessen Abwicklung in natürlichem Bezug. Konnexität ist daher gegeben.

Auf dieses Zurückbehaltungsrecht hat sich E auch aktiv berufen. Ausweislich § 274 bewirkt diese Einrede eine Pflicht zur Erfüllung Zug-um-Zug. E kann die Zahlung an V also solange

[38] S. die Nachweise bei Palandt-*Sprau*, § 773 Rn. 2.
[39] Insofern leicht missverständlich Palandt-*Sprau*, § 774 Rn. 2; in den der dort zitierten Rechtsprechung zugrundeliegenden Fällen war die Bank statt einer normalen Bürgschaft eine Bürgschaft auf erstes Anfordern eingegangen und durfte gerade deshalb eine Leistung für nicht erforderlich halten.
[40] MüKo-*Habersack*, § 774 Rn. 15, 19.
[41] S. die Rechtsprechungsnachweise bei MüKo-*Oetker*, 6. Auflage 2012, § 249 Rn. 16.
[42] Vgl. Palandt-*Grüneberg*, § 249 Rn. 4; siehe auch BGH, NJW 2007, 1809.
[43] Eine eingehende Prüfung der Schadensersatzansprüche wegen des Parketts erscheint in der vorliegenden Klausur nicht erforderlich, ist aber natürlich unschädlich.
[44] MüKo-*Schlüter*, 6. Auflage 2012, § 387 Rn. 34; siehe ferner die Nachweise bei BGH, NJW 1999, 1182, 1184.
[45] Palandt-*Grüneberg*, § 273 Rn. 9.

verweigern, bis ihm S die Zahlung der 5.500 Euro wegen des Parketts anbietet.[46]

Ergebnis: S kann von E gem. §§ 280 I, 241 II Zahlung von 5.000 Euro an V verlangen, allerdings nur Zug-um-Zug gegen Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 5.500 Euro gem. §§ 280 I, 241 II, 535 beziehungsweise gem. § 823 I.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsgeschichte und geschichtliche Rechtsvergleichung (Romanistische Abteilung) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

[46] Wegen der hilfsweisen Erklärung der Aufrechnung durch E bedarf es keiner Umdeutung der Aufrechnungserklärung im Sinne des § 140. Es liegt bereits die eigenständige, hilfsweise Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts vor.