

Hinweis

Beachten Sie, dass die Gewährleistungsausschlüsse gem. § 536b und § 536c Abs. 2 auf den primären Mängelbeseitigungsanspruch keine Anwendung finden. Auch eine analoge Anwendung scheidet aus, da der Gesetzgeber keine Regelung treffen wollte, die den Primäranspruch auf Mängelbeseitigung für die Zukunft ausschließen und damit im Ergebnis zu einer dauerhaften Mangelhaftigkeit der Mietsache führen würde.²³⁵

II. Aufwändungsersatz bei/Vorschuss für Selbstvornahme aus § 536a Abs. 2

Ersatzanspruch des Mieters aus § 536a Abs. 2

151

I. Anspruchsentstehung

1. Wirksamer Mietvertrag/evtl. Voraussetzungen für Änderung in Person des Anspruchsinhabers/Schuldners
2. Gewährleistungspflichtiger Mangel
3. Voraussetzungen des § 536a Abs. 2
 - a) Verzug des Vermieters mit Beseitigung des Mangels, § 286
 - ☞ Eintritt eines Erwerbers nach § 566 während des Verzugs **Rn. 158**
 - b) oder: Notwendigkeit umgehender Beseitigung durch Mieter
4. Tatsächliche Aufwendungen des Mieters für Mängelbeseitigung
5. Erforderlichkeit der Aufwendungen
6. (Kein) Ausschluss nach § 536b
 - ☞ Ausschluss bei vorbehaltloser Mietzahlung **Rn. 168**
7. (Kein) Ausschluss nach § 536d

II. Rechtsvernichtende Einwendung

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

III. Durchsetzbarkeit

1. Fälligkeit
2. Einreden
 - ☞ Verjährung bei Eintritt eines Erwerbers nach § 566 **Rn. 175**

Der Mieter ist in einer misslichen Situation, wenn der Vermieter einen Mangel trotz seiner Beseitigungspflicht gem. § 535 Abs. 1 S. 2 nicht entfernt. Das Mietrecht gestattet ihm deshalb unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 2, den Mangel selbst zu beseitigen und vom Vermieter Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. **152**

Wie im Kauf- und Werkvertragsrecht sind die Voraussetzungen zur Erstattung eigener Mängelbeseitigungskosten des Mieters im Mietrecht **abschließend geregelt**. Der Ersatz richtet sich also **ausschließlich nach § 536a Abs. 2**. Ansprüche aus § 536a Abs. 1 oder § 539 i.V.m. **153**

²³⁵ BGH Urt. vom 18.4.2008 (AZ: XII ZR 139/05) unter Tz. 28 = NJW 2008, 1021 f.; Palandt-Weidenkaff § 536b Rn. 2.

§§ 683, 670 bzw. §§ 684, 818 Abs. 2 sowie §§ 812 ff. sind ausgeschlossen, um Wertungswidersprüche und eine Umgehung der besonderen Voraussetzungen des § 536 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB zu vermeiden.²³⁶

1. Anspruchsentstehung

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

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

Sofern der Anspruchsteller bzw. Anspruchsgegner nicht zu den ursprünglichen Parteien des Mietvertrages gehörte, müssen Sie zusätzlich noch die Voraussetzungen für den Eintritt des Anspruchstellers in die Mieterrechte bzw. des Gegners in die Vermieterpflichten untersuchen (siehe dazu oben unter Rn. 44 ff. und 121 ff.).

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

b) Mangel

- 155** Der Anspruch setzt weiter einen Mangel i.S.d. § 536 voraus. Es kommen alle drei Mängelkategorien in Betracht, die wir oben unter Rn. 56 ff. bereits dargestellt haben: Sachmangel, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und Rechtsmangel.
- 156** Der Mangel muss unter die Gewährleistungspflicht des Vermieters gem. § 535 Abs. 1 S. 2 fallen. Deshalb steht dem Mieter kein Aufwendungsersatzanspruch zu, wenn er den Mangel zu vertreten hat, der Mangel also auf seinem vertragswidrigen Gebrauch beruht (§ 538) oder er die Kostentragung für die betreffenden Reparaturen vertraglich – wirksam! – übernommen hat (siehe dazu oben unter Rn. 67 ff.).

c) Verzug des Vermieters mit Mängelbeseitigung, § 286

- 157** Der Mieter kann gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 anstelle des Vermieters die Mängelbeseitigung auf dessen Kosten selbst vornehmen, wenn sich dieser mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet. Die Pflicht des Vermieters zur Beseitigung eines Mangels wird mit Eintritt des Mangels sofort fällig, § 271 Abs. 1.²³⁷ Unter den Voraussetzungen des § 286 gerät der Vermieter mit der Erfüllung dieser Pflicht in Verzug, insbesondere wenn er trotz Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1) die notwendigen Mängelbeseitigungsmaßnahmen nicht veranlasst, ohne sein Vertretenmüssen ausschließen zu können (§ 286 Abs. 4). Es gelten die allgemeinen Verzugsregeln.²³⁸

²³⁶ BGH Urt. vom 16.1.2008 (AZ: VIII ZR 222/6) = NJW 2008, 1216 m.w.N.; Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 17.

²³⁷ Palandt-Weidenkaff § 535 Rn. 47.

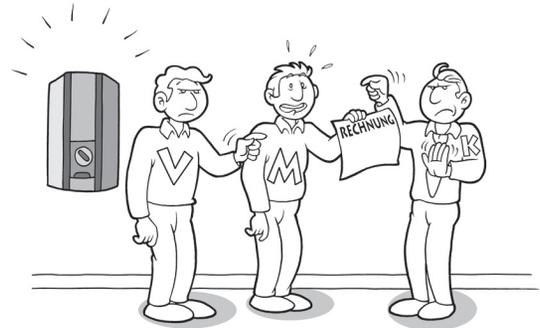
²³⁸ Siehe dazu ausführlich im Skript „Schuldrecht AT II“ Rn. 129 ff.

Wie wir wissen, tritt ein Grundstückserwerber unter den Voraussetzungen des § 566 (ggf. i.V.m. § 578) mit Eintragung ins Grundbuch in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein (siehe oben unter Rn. 45 ff.). Fraglich ist, ob er auch in einen laufenden Verzug des Vermieters mit einer Mängelbeseitigungsmaßnahme „eintritt“ und dem Mieter deshalb zum Aufwendungsersatz verpflichtet ist, obwohl er selbst nicht gemahnt wurde und die unterbliebene Mängelbeseitigung gar nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4).

158



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



Der Grundstückserwerber ist hinsichtlich der mietvertraglichen Rechte und Pflichten nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers. § 566 Abs. 1 ordnet vielmehr einen unmittelbaren Rechtsenerwerb kraft Gesetzes als Folge und ab dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs an.²³⁹ Durch den Eigentumsübergang tritt hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche eine Zäsur ein: alle schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters gegen den Erwerber, falls sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden.²⁴⁰

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

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

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

²³⁹ BGH Urt. vom 9.2.2005 (AZ: VIII ZR 22/04) = NJW 2005, 1187.

²⁴⁰ BGH Urt. vom 3.12.2003 (AZ: VIII ZR 168/03) = NJW 2004, 851 unter Ziff. II 1.

Hinweis

Zur Beseitigung eines vor Eigentumsübergang auftretenden Mangels ist zunächst der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 verpflichtet. Nach Übergang des Eigentums trifft diese als **Dauerschuld zu erfüllenden Pflicht den Erwerber**, auch soweit es um „Altmängel“ geht. Für die Vergangenheit ist die Erfüllung wegen nachträglicher Unmöglichkeit ausgeschlossen (siehe oben unter Rn. 80). Auch der Erwerber kann also nach § 286 mit der Beseitigung von „Altmängeln“ in Verzug geraten.

Um dieses Dilemma aufzulösen, kommen zwei Ansätze in Betracht:

1. Nach einer Ansicht wirkt die einmal in der Person des Vermieters eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der Person des Erwerbers fort. Entstehen die Aufwendungen erst nach dem Eigentumsübergang, so richten sich die Ansprüche des Mieters nicht gegen den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.²⁴¹
2. Nach anderer Ansicht haftet der Veräußerer, nicht der Erwerber, wenn die Haftungsvoraussetzungen nur in der Person des Veräußerers vorliegen, auch wenn die Aufwendungen erst nach dem Eigentumswechsel entstehen.²⁴²

Die erstgenannte Auslegung des § 566 ist vorzuziehen, da sie dem Sinn und Zweck der Vorschrift am ehesten gerecht wird.²⁴³ Mit § 566 sollen dem Mieter auch gegenüber dem neuen Grundstückseigentümer die Rechtspositionen erhalten bleiben, die er aufgrund des Mietvertrages gegen den bisherigen Vermieter gehabt hätte. Gewahrt bleibt dem Mieter seine Rechtsposition aber nur dann, wenn er seinen Anspruch bei Fälligkeit der Person gegenüber geltend machen kann, die zu diesem Zeitpunkt die Vermieterstellung einnimmt und gegen deren laufende Mietforderungen er gegebenenfalls aufrechnen kann. Außerdem steht ihm dann notfalls das Grundstückseigentum als Haftungsmasse zur Verfügung.

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

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

d) Oder: Notwendigkeit umgehender Beseitigung

- 159** Der Mieter kann in bestimmten Fällen den Mangel auch schon vor Eintritt der Verzugsvoraussetzungen auf Kosten des Vermieters selbst beseitigen. Diese Fälle sind nach § 536a Abs. 2 Nr. 2 dadurch gekennzeichnet, dass die **umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache** notwendig ist. Es handelt sich also um Notmaßnahmen des Mieters, die keinen Aufschub dulden und auch ohne vorherige Mahnung einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen sollen.²⁴⁴

²⁴¹ *Derleder/Bartels* JZ 1997, 981, 985; *LG Berlin* NJW-RR 1990, 23.

²⁴² *MüKo-Häublein* § 566 Rn. 39.

²⁴³ So der *BGH* in seinem Urteil vom 9.2.2005 (AZ: VIII ZR 22/04) = NJW 2005, 1187.

²⁴⁴ *BGH* Ur. vom 16.1.2008 (AZ: VIII ZR 222/06) unter Tz. 17 = NJW 2008, 1216 f.

Beispiele Reparatur eines Rohrbruchs in gemieteten Räumen, Reparatur einer von Dritten zerstörten Fensterscheibe eines gemieteten PKW, Sicherung eines gemieteten Gebäudes bei Einsturzgefahr. ■

e) Aufwendungen des Mieters

Der Anspruch setzt weiter voraus, dass der Mieter den Mangel selbst beseitigt hat oder beseitigen ließ und ihm dadurch Aufwendungen entstanden sind. Wie sich aus § 257 ergibt, genügt es, wenn der Mieter aufgrund der Mängelbeseitigung bislang nur mit eigenen Verbindlichkeiten belastet ist, diese aber noch nicht mit eigenen Mitteln erfüllt hat. Dann kann er vom Vermieter nach **§ 257 Befreiung von der Verbindlichkeit** verlangen.²⁴⁵ **160**

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

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

Wenn der Mieter finanziell nicht stark genug aufgestellt ist, ist ihm der Weg über § 536a Abs. 2 faktisch versperrt: Er muss ja zunächst in Vorleistung treten oder doch zumindest auf eine rechtzeitige Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten durch den Vermieter hoffen. Ist ihm dies zu heikel, müsste er den Mangel bis zur Beseitigung durch den Vermieter hinnehmen. Aus diesem Dilemma hat man einen Ausweg gesucht und findet ihn darin, dass man dem Mieter aus § 536a Abs. 2 i.V.m. § 242 zugleich einen **Anspruch auf Vorschuss in Höhe der voraussichtlich zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten** zuerkennt.²⁴⁶ **161**

f) Erforderlichkeit der Aufwendungen

§ 536a Abs. 2 beschränkt die Ersatzpflicht auf die „erforderlichen“ Aufwendungen. Das sind nicht nur die objektiv notwendigen Aufwendungen, sondern alle Aufwendungen, die der Mieter aus der **Sicht ex ante nach sorgfältiger Prüfung, ggf. nach fachmännischem Rat für geeignet und notwendig halten durfte**.²⁴⁷ **162**

Beispiel Stellen Sie sich im vorangegangenen Beispiel vor, dass der K zunächst eine Abdichtung des Rohres vorschlägt, wie sie von ihm sonst auch standardmäßig vorgenommen wird. Scheitert diese Maßnahme ausnahmsweise und muss das Rohr ganz ausgetauscht werden, so kann M auch die Kosten für die Abdichtung verlangen, obwohl diese zunächst nicht zum Ziel geführt hatten. ■

²⁴⁵ Zur Abtretbarkeit dieses Befreiungsanspruchs siehe im Skript „Schuldrecht AT I“ unter Rn. 42 f.

²⁴⁶ BGH Urt. vom 28.5.2008 (AZ: VIII ZR 271/07) unter Tz. 8 = NJW 2008, 2432; Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 18.

²⁴⁷ Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 18; MüKo-Häublein § 536a Rn. 27.

g) (Kein) Ausschluss nach § 536b

- 163 In § 536b normiert das Gesetz drei verschiedene Ausschlussstatbestände, die auch dem Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 als rechtshindernde Einwendungen entgegenstehen.

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

- 164 Kennt der Mieter den Mangel bei Vertragsschluss, steht ihm der Aufwendungsersatzanspruch wegen eigener Mängelbeseitigung nicht zu. Es handelt sich letztlich um den Gedanken des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242), weil der Mieter den Vertrag in Kenntnis des Mangels geschlossen und damit die Unerheblichkeit des Mangels zu erkennen gegeben hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vermieter die Beseitigung des Mangels in Aussicht stellt, da § 536b S. 1 dispositiv ist und der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens dann nicht im Raum steht.²⁴⁸

JURIQ-Klausurtipp

Hier müssen Sie sorgfältig prüfen, ob der Mieter beim Vertragsschluss zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht hat, das Objekt mit dem Mangel als vertragsgemäß zu akzeptieren. Dann läge bereits eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung und damit – nach dem subjektiven Fehlerbegriff – kein gewährleistungspflichtiger Mangel i.S.d. § 536 vor.²⁴⁹

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

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



Eine **grob fahrlässige Unkenntnis** liegt dann vor, wenn die Umstände bei Vertragsschluss den Verdacht eines Mangels besonders nahelegen, gleichsam aufdrängen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare Nachforschungen unterlassen hat.²⁵⁰

- 166 Anders als die positive Kenntnis führt die grob fahrlässige Unkenntnis dann nicht zum Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruches, wenn der Vermieter den Mangel „**arglistig**“ (= **vorsätzlich**) **verschwiegen hat**. Das arglistige Verschweigen setzt eine **Offenbarungspflicht** aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 voraus, die bei vertragswesentlichen Umständen besteht.²⁵¹ Eine Arglist von **Vertretern oder Verhandlungsgehilfen** muss sich der Vermieter nach § 166 Abs. 1 (Vertreter) bzw. nach § 278 (Verhandlungsgehilfe) zurechnen lassen.²⁵² Dem arglistigen Verschweigen wird der Fall des **arglistigen Vorspiegels** eines nicht vorhandenen Umstandes gleichgestellt.²⁵³

248 BGH Urt. vom 18.10.2006 (AZ: XII ZR 33/04) unter Tz. 12 = NJW 2007, 147 f.; Palandt-Weidenkaff § 536b Rn. 5; MüKo-Häublein § 536b Rn. 13.

249 BGH Urt. vom 18.4.2007 (AZ: XII ZR 139/05) unter Tz. 28 = NJW-RR 2007, 1021 f.

250 BGH Urt. vom 18.4.2007 (AZ: XII ZR 139/05) unter Tz. 21 = NJW-RR 2007, 1021 f.

251 Vgl. dazu im Skript „Schuldrecht AT II“ Rn. 425 ff.

252 MüKo-Häublein § 536b Rn. 14.

253 Palandt-Weidenkaff § 536b Rn. 6.

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

cc) Vorbehaltlose Annahme, § 536b S. 3

Schließlich ist der Aufwendungsersatzanspruch nach § 536b S. 3 ausgeschlossen, wenn der Mieter die Mietsache vorbehaltlos annimmt, obwohl er den Mangel kennt. **167**

Beispiel So läge es im vorigen Beispiel, wenn M das „Absanden“ bei Einzug bekannt war und er diesbezüglich aber keine Forderungen gestellt hat. Die Arglist des V steht dem – ebensowenig wie bei der Kenntnis bei Vertragsschluss – nicht entgegen.²⁵⁴ ■

dd) Ausschluss durch vorbehaltloses Weiterzahlen der Miete?

Erhält der Mieter **nach den in § 536b genannten Zeitpunkten** Kenntnis von einem Mangel, könnte er darauf durch ein Beseitigungsverlangen, eine gekürzte Mietzahlung (§ 536 Abs. 1) und/oder mit einem Zurückbehaltungsrecht nach § 320 reagieren (siehe oben unter Rn. 142 ff.). Fraglich ist, ob § 536b auf diejenigen Fälle analog anzuwenden ist, in denen der Mieter nachträglich Kenntnis von einem Mangel erlangt, dennoch die Miete **über längere Zeit vorbehaltlos weiterzahlt und sich deshalb widersprüchlich verhält**, wenn er später wegen des Mangels Rechte herleiten will. **168**

Die herrschende Meinung vertritt mit Recht die Ansicht, es fehle an der für die analoge Anwendung des § 536b erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Die nachträgliche Kenntnis als solche kann für sich genommen keine Treuwidrigkeit begründen. Treten besondere Umstände hinzu, die eine Berufung auf den Mangel treuwidrig erscheinen lassen, steht dem Vermieter immer noch das anerkannte Rechtsinstitut der **Verwirkung** aus § 242 zur Verfügung.²⁵⁵ Damit ist allerdings nur der methodische Ausgangspunkt geklärt: Es bleibt die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verwirkung anzunehmen ist.

Ein Recht ist **verwirkt**, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieses Recht in Zukunft nicht mehr geltend gemacht werde.²⁵⁶

²⁵⁴ Palandt-Weidenkaff § 536b Rn. 7.

²⁵⁵ Urteile des BGH vom 18.10.2006 (AZ: XII ZR 33/04) unter Tz. 12 ff. (zur fristlosen Kündigung) = NJW 2007, 147 f. und vom 16.7.2003 (AZ: VIII ZR 274/02) = BGHZ 155, 380 ff. = NJW 2003, S. 2601 ff. (2603); Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 18 i.V.m. § 536 Rn. 39.

²⁵⁶ BGH Urt. vom 18.10.2006 (AZ: XII ZR 33/04) unter Tz. 13 = NJW 2007, 147 f.

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

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

h) (Kein) Ausschluss nach § 536d

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

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

Der Vermieter kann sich auf den Ausschluss allerdings dann nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, wobei arglistiges Vorspiegeln eines Umstandes gleichgestellt ist (siehe dazu bereits oben unter Rn. 166).

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

- 170** Bei formularvertraglichem Ausschluss durch **AGB** wird überwiegend vertreten, das Selbstvornahmerecht gehöre zu den wesentlichen Rechten des Mieters und könne deshalb wegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 nicht wirksam ausgeschlossen werden.²⁵⁷

2. Rechtsvernichtende Einwendungen

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

Im Falle einer Aufrechnung des Mieters gegen die laufende Mietforderung stellen sich die oben unter Rn. 134 bereits besprochenen Probleme des formularmäßigen Ausschlusses. In Wohnraummietverhältnissen ist außerdem § 556b Abs. 2 zu beachten.

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

²⁵⁷ Palandt-Weidenkaff § 536a Rn. 7 a.E.; MüKo-Häublein § 536a Rn. 31.

3. Durchsetzbarkeit

Der Anspruch auf Zahlung des Aufwendungsersatzes wird mit seiner Entstehung sofort **fällig**, § 271 Abs. 1. Nach **§ 256** schuldet der Vermieter außerdem eine (Mindest-) **Verzinsung vom Zeitpunkt der dem Mieter entstandenen Aufwendung an**. Die Zinshöhe ergibt sich aus § 247. Höhere Zinsen können nach Verzugseintritt aus §§ 288, 286 verlangt werden. **173**

Ein **Zurückbehaltungsrecht** des Vermieters aus § 273 Abs. 1 könnte sich regelmäßig aus offenen Mietforderungen ergeben, wobei eine Partei in diesem Fall aufgrund der inhaltlichen Gleichartigkeit die Aufrechnung erklären wird.²⁵⁸ **174**

Die **Verjährung** des Aufwendungsersatzanspruches, die dem Vermieter eine dauernd hemmende Einrede verschafft, § 214 Abs. 1, richtet sich **nicht nach den allgemeinen Fristen** nach §§ 195, 199. Vielmehr sieht das Mietrecht eine besondere Verjährungsvorschrift vor. Nach **§ 548 Abs. 2** verjähren Aufwendungsersatzansprüche des Mieters in **sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses**. Entscheidend ist das **rechtliche Ende** des Mietverhältnisses und nicht eine faktische Beendigung, etwa durch vorzeitigen Auszug des Mieters.²⁵⁹ Die Fristberechnung richtet sich nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193. **175**

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

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

Hinweis

§ 548 dient dazu, eine schnelle Klarheit über wechselseitig bestehende Ansprüche und ihre Bereinigung zu fördern.²⁶⁰ Daher ist es richtig, für den Beginn der Verjährung gem. § 548 Abs. 2 nicht auf das Ende des Mietverhältnisses insgesamt, sondern auf die Beendigung der Vermieterstellung des Veräußerers abzustellen.

Das führt aber dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn der **Mieter von dem Eigentümerwechsel gar keine Kenntnis** erlangt hat: Seine bislang unerledigten Ersatzansprüche würden „kammheimlich“ verjähren. Deswegen wird hier zusätzlich auf den Moment abgestellt, an dem der Mieter **hinreichend sichere Kenntnis von dem Eigentumserwerb des neuen Vermieters durch Eintragung im Grundbuch** erlangt hat.²⁶¹

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

258 Die Aufrechnung kann auch gegenüber dem Vorschussanspruch (siehe oben unter Rn. 161) erklärt werden, *BGH NJW* 1970, 2019.

259 *BGH* Urt. vom 28.5.2008 (AZ: VIII ZR 133/07) unter Tz. 15 = *NJW* 2008, 2256 f.; *Palandt-Weidenkaff* § 548 Rn. 12.

260 *BGH* a.a.O. unter Tz. 16 = *NJW* 2008, 2256 f.

261 *BGH* a.a.O. unter Tz. 18 = *NJW* 2008, 2256 f.; *Palandt-Weidenkaff* § 548 Rn. 12 m.w.N.