
GRUNDKURS BÜRGERLICHES RECHT IIc
VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE (OHNE KAUFRECHT)

Kursbegleitendes
Skript

Stand: 6.2.2017

Diese Unterlagen sind für Teilnehmer des Grundkurses bestimmt.

Inhalt

A. WERKVERTRAGSRECHT (§§ 631-651 BGB)	5
I. ÜBERBLICK	5
1. Rechtsnatur	5
2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	5
II. VERTRAGSTYPISCHE PFLICHTEN BEIM WERKVERTRAG.....	8
1. Pflichten des Unternehmers	8
2. Pflichten des Bestellers	8
III. LEISTUNGSSTÖRUNGEN IM WERKVERTRAG	12
1. Rechte des Unternehmers bei Leistungsstörungen.....	12
2. Rechte des Bestellers bei Leistungsstörungen.....	14
B. DIENSTVERTRAG (§§ 611-630 BGB)	24
I. ÜBERBLICK	24
1. Rechtsnatur	24
2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	25
II. VERTRAGSTYPISCHE PFLICHTEN BEIM DIENSTVERTRAG.....	26
1. Pflichten des Dienstverpflichteten.....	26
2. Pflichten des Dienstberechtigten	27
III. LEISTUNGSSTÖRUNGEN IM DIENSTVERTRAG	29
1. Übersicht.....	29
2. Rechte des Dienstverpflichteten bei Leistungsstörungen.....	29
3. Rechte des Dienstberechtigten bei Leistungsstörungen	32
IV. BEENDIGUNG DES DIENSTVERTRAGS	33
1. Übersicht.....	33
2. Tod des Dienstverpflichteten	34
3. Aufhebungsvertrag	34
4. Zeitablauf bei befristeten Dienstverträgen	34
5. Ordentliche Kündigung bei unbefristeten Dienstverträgen	34
6. Außerordentliche Kündigung bei unbefristeten und befristeten Dienstverträgen	35

7. Besonderheiten bei der Beendigung von dauernden Dienstverträgen	37
8. Zusammenfassende Übersicht: Beendigung des Dienstvertrags	38
C. SONDERFALL BEHANDLUNGSVERTRAG, § 630A BGB, IM ÜBERBLICK....	39
C. MIETVERTRAG (§§ 535-580A BGB)	39
I. ÜBERBLICK	39
1. Rechtsnatur	39
2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	40
3. Systematik des Mietrechts	41
II. ALLGEMEINER TEIL DES MIETRECHTS (§§ 535-548 BGB)	41
1. Vertragstypische Pflichten beim Mietvertrag	41
2. Rechte des Vermieters bei Pflichtverletzungen	44
3. Rechte des Mieters bei Pflichtverletzungen	46
4. Beendigung des Mietvertrags	52
III. BESONDERER TEIL DES MIETRECHTS – WOHNRAUM (§§ 549-577A BGB) 56	
IV. BESONDERER TEIL DES MIETRECHTS – GRUNDSTÜCKE, RÄUME, SCHIFFE & BEWEGLICHE SACHEN (§§ 578-580A BGB).....	61
D. WEITERE VERTRAGSARTEN IM ÜBERBLICK	61
I. (FINANZIERUNGS-)LEASING	61
II. TAUSCH, § 480 BGB	62
III. SCHENKUNG, §§ 516 FF. BGB	62
1. Unterscheide zwei Arten der Schenkung	62
2. Dogmatische Einordnung der Handschenkungen	62
3. Haftungsprivilegierung des Schenkers	62
IV. REISEVERTRAG, §§ 651A – 651M BGB	63
V. LEIHE, §§ 598 FF. BGB	63
VI. GASTWIRTSCHAFTUNG, §§ 701 FF. BGB.....	64

VII. BÜRGSCHAFT, §§ 765 FF. BGB.....	64
1. Bürgschaft als Vertrag, § 765 BGB.....	64
2. Formvorschrift, § 766 BGB	64
3. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger	64
4. Forderungsübergang, § 774 BGB.....	64
5. Sonderformen der Bürgschaft aufgrund vertraglicher Vereinbarung	64

A. Werkvertragsrecht (§§ 631-651 BGB)

I. Überblick

1. Rechtsnatur

Der in den §§ 631 ff. geregelte Werkvertrag ist ein **gegenseitiger** entgeltlicher Vertrag, bei dem sich der **Unternehmer** verpflichtet, für den **Besteller** ein **Werk** herzustellen, § 631 I BGB. Im Gegenzug verpflichtet sich der Besteller, eine **Vergütung** zu entrichten, § 631 I BGB.

Da die Vergütung nach der Fälligkeitsregel des § 641 I 1 BGB (lex specialis zu § 271 I BGB) erst bei der Abnahme des Werkes zu leisten ist, trifft den Unternehmer bis zu diesem Zeitpunkt eine **Vorleistungspflicht**. Er kann seine Herstellungspflicht also nicht wegen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB verweigern („es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist“, § 320 I 1 BGB).

Der Begriff „Unternehmer“ in § 631 I BGB ist nicht identisch mit dem Unternehmerbegriff gem. (der jüngeren) Vorschrift § 14 I BGB. Die Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Eigenschaft ist kein Kriterium. Es kommt allein auf den Inhalt der übernommenen Verpflichtung an. Folglich kann auch ein Verbraucher (§ 13 BGB) Werkunternehmer sein, wenn beispielsweise der Hobbykünstler H dem Kaufmann K verspricht, für dessen Ausstellungsräume eine Tonskulptur zu modellieren.

Typische Werkverträge sind der Architektenvertrag, Bauvertrag, Beförderungsvertrag (oft als typen-gemischter Vertrag mit mietvertraglichen Elementen, Bsp: Sitzplatzreservierung im ICE), Gutachter-verträge, Programmierverträge (bei Individualsoftware, nicht aber Standardsoftware, dort gilt Kauf-recht) oder der Reparaturvertrag.¹

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Um den Werkvertrag von anderen Vertragstypen des BGB unterscheiden zu können, muss zuerst sein sachlicher Anwendungsbereich bestimmt werden. Entscheidend ist hierfür der Begriff des „Werkes“, der durch § 631 II BGB näher beschrieben wird. Danach muss ein „Werk“ nicht notwendigerweise körperlicher Natur sein, vielmehr werden neben der Herstellung oder Veränderung einer Sache auch andere Erfolge erfasst, die durch Arbeit oder Dienstleistung herbeigeführt werden können.

a. Abgrenzung vom Dienstvertrag, der nicht Arbeitsvertrag ist, § 611 BGB

Beim Dienstvertrag gem. § 611 I BGB ist der **selbständige** Dienstverpflichtete zur Leistung der ver-sprochenen Dienste verpflichtet. Die Hauptleistungspflicht des Dienstvertrags besteht damit in der Vornahme einer **Leistungshandlung**, während beim Werkvertrag die **Leistungshandlung** nur notwen-diges Durchgangsstadium für einen geschuldeten **Erfolg** ist, § 632 II BGB. Der Dienstberechtigte muss

¹ Zum Ganzen *Voit*, in: BeckOK-BGB/BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 40.Edition, § 631 Rn. 11 ff.

sich damit nur um die bestmögliche Erbringung der Tätigkeit bemühen, wohingegen der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg tatsächlich erreichen muss, um seine Vergütung zu verdienen.

Bsp. 1: S verspricht gegen Zahlung von 30 EUR, drei Stunden lang die Rasenflächen des großen Anwesens des G zu mähen. → Dienstvertrag

Bsp. 2: S verspricht gegen Zahlung von 60 EUR, sämtliche Rasenflächen des Anwesens des G zu mähen. → Werkvertrag

b. Abgrenzung zum Arbeitsvertrag, § 611 BGB

Das Gleiche gilt für den Arbeitsvertrag, eine besondere Form des Dienstvertrags, der sich vom Regelfall einzig dadurch unterscheidet, dass ein **unselbständiger** Dienstverpflichteter (Arbeitnehmer)² die versprochenen Dienste erbringt.

Bsp.: S weist seinen Gärtner G, der von S ein monatliches Gehalt bezieht, an, den Rasen zu mähen.

c. Abgrenzung zum Kaufvertrag, § 433 BGB

Hauptleistungspflicht des Kaufvertrags ist nicht die Herstellung eines Werkes (§ 631 BGB), sondern die Übereignung und Übergabe einer mangelfreien Sache, § 433 I BGB.

Bsp. 1: K schließt mit V einen notariellen Vertrag, in dem V dem K verspricht, gegen Zahlung von 500.000 EUR auf einem dem V gehörenden Grundstück ein (näher beschriebenes) schlüsselfertiges Haus zu errichten und das Grundstück anschließend an K zu übereignen.

Bsp. 2: K erwirbt im Elektronikgeschäft des V eine Spülmaschine für 550 EUR. V verspricht, das Gerät in das Haus des K zu liefern und dort einzubauen und anzuschließen.

d. Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag, § 651 BGB

Problematischer ist die Abgrenzung, wenn die Lieferung einer beweglichen Sache geschuldet ist, die erst noch hergestellt werden muss (sog. **Werklieferungsverträge**). Für diese Verträge gelten gem. § 651 S. 1 BGB die Vorschriften des Kaufrechts. Das entscheidende Merkmal enthält der Wortlaut des § 651 S. 1 BGB, der von einer „Lieferung“ spricht. Während die „Herstellung eines Werkes“ beim Werkvertrag gem. § 631 I BGB die Hauptleistungspflicht bildet, ist dies beim Werklieferungsvertrag nicht allein maßgebend. Im Mittelpunkt steht vielmehr die „Lieferung“ in Form einer Verpflichtung, dem Besteller das Eigentum und den Besitz an einer beweglichen Sache zu verschaffen. Dies unterstreicht im Besonderen der systematische Verweis ins Kaufrecht, der nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Pflichtenstruktur beider Verträge so vergleichbar ist, dass eine Anwendung der §§ 433 ff. BGB auch interessengerecht ist. Unerheblich soll es hingegen sein, ob sich der Unternehmer selbst

² Dazu später im Studium in der Vorlesung „Arbeitsrecht“; zum Arbeitnehmerbegriff samt Abgrenzung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, Rn. 2, 97 ff.

zur Herstellung verpflichtet oder lediglich eine bewegliche Sache liefern will, die erst noch von einem Dritten hergestellt werden wird.³

Bsp. 1: V verspricht K, eine Photovoltaik-Anlage aus seinem Vorrat zu liefern und diese fachgerecht auf dessen Dach zu installieren. → Kaufvertrag gem. § 433 BGB mit werkvertraglicher Montageabrede)

Bsp. 2: V verpflichtet sich gegenüber K, „just in time“ eine Photovoltaik-Anlage herzustellen und zu liefern. → Werklieferungsvertrag gem. § 651 S. 1 BGB, sodass Kaufrecht anwendbar ist

Bsp. 3: K hat bereits eine Photovoltaik-Anlage erworben und möchte nun von V, dass dieser die Anlage fachgerecht auf dem Dach montiert. → Werkvertrag gem. § 631 BGB

e. Abgrenzung zum Auftrag, § 662 BGB

Beim Auftrag gem. § 662 BGB verpflichtet sich der Beauftragte, ein Geschäft für den Auftraggeber **unentgeltlich** zu besorgen. Obwohl die „Geschäftsbesorgung“ gem. § 662 BGB nach überwiegender Ansicht so weit zu verstehen ist⁴, dass darunter grundsätzlich auch die Herstellung eines Werkes subsumiert werden kann, verlangt der Werkvertrag gem. § 631 I BGB im Gegensatz zum Auftrag das Versprechen eines **Entgelts** als Gegenleistung.

f. Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675 BGB

Dem Anwendungsbereich des § 675 I BGB unterfallen Werkverträge, die eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Für diese gelten Teile des Auftragsrechts entsprechend, § 675 I BGB. Zur Trennung beider Vertragstypen bedarf es der Auslegung des Merkmals „Geschäftsbesorgung“. Würde dieses so verstanden wie in § 662 BGB, wäre jeder Werkvertrag zugleich ein Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 I BGB. Aus diesem Grund vertritt die Rechtsprechung ein engeres Verständnis, wonach nur **jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art** erfasst sein soll, **für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte**, die ihm aber durch den anderen abgenommen wird.⁵

Bsp.: *Vermögensverwaltung*, Rechts- und Steuerberatung.

³ Busche, in: MüKo-BGB, § 651 Rn. 4; Voit, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 40. Edition, § 651 Rn. 13.

⁴ Geschäftsbesorgung = jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Tätigwerden für einen anderen, zum Begriff: Seiler, in: MüKo-BGB, § 662 Rn. 15.

⁵ BGH, NJW 1966, 1452, 1454; zum Streitstand: Seiler, in: MüKo-BGB, § 662 Rn. 11 ff.

II. Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

1. Pflichten des Unternehmers

Nach § 631 I BGB ist der Unternehmer zur **Herstellung des versprochenen Werkes** verpflichtet. Dieses hat gem. § 633 BGB frei von Sach- und Rechtsmängel zu sein. Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller grundsätzlich die Abnahme nach § 640 I 1, 2 BGB verweigern, da dieser nur verpflichtet ist, das „vertragsmäßig hergestellte Werk“ abzunehmen. Bedeutsam für die Praxis ist der Umstand, dass der Unternehmer anders als im Dienstvertragsrecht (§ 613 S. 1 BGB) grundsätzlich⁶ nicht zur Leistung in Person verpflichtet ist. Aus diesem Grund ist gerade im Baugewerbe die Einschaltung von Subunternehmern (Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB) branchenüblich.

2. Pflichten des Bestellers

a. Vergütung als Hauptleistungspflicht, § 631 I BGB

Der Besteller ist gem. § 631 I BGB zur Entrichtung der versprochenen **Vergütung** verpflichtet (Hauptleistungspflicht).

(1) Inhalt der Vergütung

Hat der Besteller hingegen keine Vergütung versprochen oder haben sich die Parteien nicht über deren Höhe geeinigt, stellt § 632 BGB eine Sonderregel bereit, die über den Einigungsmangel in Form der unvollständigen essentialia negotii hinweghilft: Fiktion der Entgeltlichkeit für den Fall, dass die Werkleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Wurde hingegen die Höhe der Vergütung nicht geregelt, wird, soweit vorhanden, auf die taxmäßige Vergütung zurückgegriffen.⁷

Bsp.: Gebührenordnung für Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Zahnärzte, seit der HOAI 2009 aber nicht mehr uneingeschränkt für Architekten- und Ingenieurleistungen, sondern nur noch für Grundleistungen der Flächen-, Objekt- und Fachplanung gem. § 3 I 1 HOAI.

Fehlt es daran, gilt die übliche Vergütung als geschuldet.

Bsp.: HOAI für Beratungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gem. § 3 I 2 HOAI iVm Anlage 1.

⁶ Etwas anderes gilt insbesondere für künstlerische Werkleistungen (Konzert, Porträt, Entwurfsplanung) oder wissenschaftliche Leistungen (Buchbeitrag, Gutachten).

⁷ Taxe meint einen **hoheitlich** festgesetzten Preis, zum Begriff und Beispielen: *Busche*, in: MüKo-BGB, § 632 Rn. 21.

Nur wenn auch diese Möglichkeit ausscheidet, kommt § 316 BGB zur Anwendung: Bestimmung der Vergütungshöhe durch den Unternehmer nach billigem Ermessen.

Zuletzt bietet § 632 III BGB eine Auslegungsregel, wonach ein Kostenvoranschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist. Der Unternehmer trägt folglich die Kosten und das Risiko der Vertragsanbahnung, soweit seine Vorarbeiten nicht ausnahmsweise einen Umfang erreichen, der gem. § 632 I BGB nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann oder die Parteien etwas anderes vereinbart haben.⁸

(2) Fälligkeit der Vergütung

Die Fälligkeit der Vergütung richtet sich nach § 641 I 1 BGB (lex specialis zu § 271 I BGB), wonach der Besteller erst bei Abnahme des Werkes zu zahlen verpflichtet ist. Soweit die Abnahme wegen der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist (meist bei unkörperlichen Werken, Bsp: Aufführung eines Theaterstücks oder Beförderungsleistung), tritt an deren Stelle die Vollendung, §§ 641 I 1, 640 I 1, 646 BGB.

Einen **Sonderfall der Fälligkeit** regelt § 641 II 1 BGB bei **Leistungsketten**. Dieser durchbricht jedenfalls teilweise den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, indem er die Vergütung auch **ohne Abnahme** oder Abnahmefiktion im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer fällig werden lässt, soweit der Besteller seinerseits einem Dritten die Herstellung eines Werkes versprochen hat, den Unternehmer hierfür als Subunternehmer einschaltet und ein Umstand nach § 641 II 1 Nr. 1 bis 3 BGB hinzutritt (sog. **Durchgriffsfälligkeit**)⁹:

- **§ 641 II 1 Nr. 1 BGB:** Der Vergütungsanspruch des (Sub-)Unternehmers wird spätestens fällig, soweit der Besteller vom Dritten für das versprochene Werk seine **Vergütung erhalten** hat.
- **§ 641 II 1 Nr. 2 BGB:** Das Gleiche gilt, soweit der **Dritte** das Werk **abgenommen** hat oder die Abnahme nach § 641 I 3 BGB **fingiert** wird.

Bsp.: Bauherr („Dritter“) – Generalunternehmer („Besteller“) – Fensterbauer („Unternehmer“): Ab dem Zeitpunkt, in dem der Bauherr gegenüber dem Generalunternehmer das fertiggestellte Haus als mangelfrei abnimmt, kann der Generalunternehmer gegenüber dem Fensterbauer wegen eines Mangels beim Einbau der Fenster die Vergütung nicht mehr verweigern.

- **§ 641 II 1 Nr. 3 BGB:** Die Rechtsfolge tritt ebenfalls ein, wenn der Unternehmer dem Besteller **erfolglos** eine angemessene Frist zur **Auskunft** über die Umstände nach Nr. 1 und 2 gesetzt hat.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dem (Sub-)Unternehmer **unabhängig von der Abnahme** durch den Besteller einen **fälligen** Vergütungsanspruch zu gewähren, wenn seine Werkleistung unmittelbar dem Dritten zugutekommt und der Besteller davon bereits profitiert (§ 641 II 1 Nr. 1 und 2 BGB) oder hierüber trotz Fristsetzung keine Auskunft erteilt hat (§ 641 II 1 Nr. 3 BGB). Der Besteller soll auf der einen Seite nicht die Früchte ernten,

⁸ BGH, NJW-RR 2005, 19, 20.

⁹ Zum Begriff *Busche*, in: MüKo-BGB, § 641 Rn. 18.

die der Subunternehmer gesät hat, diesem auf der anderen Seite aber die Abnahme verweigern, um die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers zu verzögern (Gedanke des widersprüchlichen Verhaltens).

Hinweis: Die Terminologie ist in § 641 II BGB auf den ersten Blick sehr verwirrend, da das Gesetz zwei Werkverträge voraussetzt, aber nur die Begrifflichkeiten des Werkvertrags zwischen dem „Besteller“ und (Sub-)„Unternehmer“ zugrunde legt. Im zweiten Werkvertrag zwischen dem „Besteller“ und dem „Dritten“, ist ersterer Unternehmer und letzterer Besteller.

(3) Schutz des vorleistungspflichtigen Unternehmers

Die bestellerfreundliche Verlagerung des Fälligkeitszeitpunkts (§ 641 I 1 BGB statt § 271 I BGB) wirkt zulasten des Unternehmers, der infolge seiner Vorleistungspflicht bis zur Abnahme das finanzielle Risiko trägt. Um dieses zumindest in Teilen abzufedern, bietet das Werkvertragsrecht zahlreiche Schutzmechanismen.

- **§ 632a BGB:** Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen in der Höhe des Wertzuwachses beim Besteller (vor Abnahme!).
- **§ 640 I 2 BGB:** Verweigerung der Abnahme wegen unwesentlicher Mängel unzulässig.
- **§ 640 I 3 BGB:** Abnahmefiktion nach Fristsetzung bei unberechtigter Verweigerung der Abnahme, sodass Besteller keine Möglichkeit hat, Fälligkeit (noch weiter) hinauszuzögern.
- **§ 641 I 2 BGB:** Teilvergütungspflicht bei Teilabnahme.
- **§ 647 BGB:** Unternehmerpfandrecht für Forderungen aus dem Vertrag an den **beweglichen Sachen** des Bestellers, die bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt sind (**gesetzliches Pfandrecht** iSv § 1257 BGB → GK IV Sachenrecht)
- **§ 648 BGB:** Schuldrechtlicher Anspruch des Bauunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück (**unbewegliche Sache**) des Bestellers für Forderungen aus dem Vertrag.
- **§ 648a BGB:** Da § 648 BGB nur einen **schuldrechtlichen** Anspruch vermittelt, der wegen des Vorrangs etwaiger Grundpfandrechte nicht immer ausreichenden Schutz bietet, erweitert § 648a BGB die Absicherung für den Vergütungsanspruch des Unternehmers bei **unbeweglichen Sachen**, indem er ihm erlaubt, anstelle der Sicherungshypothek (§ 648a IV BGB!) eine anderweitige Sicherheitsleistung (§§ 232, 638a II BGB) zu verlangen (sog. **Bauhandwerkersicherung**).

(4) Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers bei Schlechtleistung, § 641 III BGB

Ab der Abnahme des Werkes (§ 641 I 1 BGB) ist der Anspruch auf die Vergütung fällig und durchsetzbar, soweit ihm keine Einreden entgegenstehen. Neben den Einreden des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist im Werkvertragsrecht an das besondere Leistungsverweigerungsrecht aus § 641 III BGB (ergänzende Sonderregelung zu § 320 BGB) zu denken. Danach kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung trotz Fälligkeit verweigern, wenn er einen Anspruch auf **Beseitigung eines Mangels** (§§ 634 Nr. 1, 635 I **Alt. 1** BGB, vgl. Wortlaut) hat. Angemessen ist gem. § 641 III Hs. 2 BGB in der Regel das Doppelte der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (§ 635 II BGB).

b. Abnahme als Hauptleistungspflicht,¹⁰ § 640 I 1 BGB

Gem. § 640 I 1 BGB ist der Besteller zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes verpflichtet. Die Abnahme ist nicht bloße Obliegenheit¹¹, sondern eine **Pflicht** des Bestellers.

Voraussetzungen der Abnahme

Die Abnahme gem. § 640 I 1 BGB verlangt eine **körperliche Entgegennahme** und eine **Billigung** des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß.¹² Soweit eine körperliche Entgegennahme aufgrund der Beschaffenheit des Werkes unmöglich ist, genügt die Billigung. Sollte auch diese aus dem gleichen Grund ausgeschlossen sein (Bsp: unkörperliche Werke wie eine Ballett-Aufführung), tritt anstelle der Abnahme die Vollendung, § 646 BGB. Wegen der besonderen Bedeutung der Abnahme (dazu sogleich) ist diese doppelt abgesichert. Zum einen kann der Besteller die Abnahme nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigern, § 640 I 2 BGB. Zum anderen wird die Abnahme fingiert, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, § 641 I 3 BGB.

Rechtsfolgen der Abnahme

- **§ 634 BGB:** Gewährleistungsrechte des Bestellers nur bei Mangelhaftigkeit des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme (dazu sogleich)
- **§ 634a II BGB:** Die werkvertraglichen Verjährungsfristen beginnen in den Fällen des § 634a I Nr. 1 und 2 BGB mit der Abnahme
- **§ 640 II BGB:** Ausschluss der Mängelrechte gem. § 634 Nr. 1 bis 3 BGB (gilt also nicht für Schadensersatzansprüche und den Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 284 BGB) bei vorbehaltloser Abnahme in Kenntnis des Mangels
- **§ 641 I 1 BGB:** Vergütung wird mit Abnahme fällig
- **§ 641 IV BGB:** Vergütung in Geld ist ab Zeitpunkt der Abnahme vom Besteller zu verzinsen
- **§ 644 I 1 BGB:** Abnahme bewirkt Gefahrübergang auf den Besteller

Bsp.: Das von Bauunternehmer U erstellte Haus wird von Bauherr B abgenommen. In der folgenden Nacht brennt es aufgrund Blitzeinschlags ab. U kann Zahlung des vollständigen Werklohns verlangen, ist aber nicht verpflichtet, das Haus neu zu errichten.

¹⁰ Statt aller *Looschelders*, SchR BT, 11. Auflage, § 32 Rn. 647 m. w. N.

¹¹ Die Obliegenheit gebietet ein bestimmtes Verhalten, das im Gegensatz zur Pflicht bei Verstoß nicht zu einer Schadensersatzpflicht führt, allerdings bei Nichtbeachtung eine Verschlechterung der eigenen Rechtsstellung bewirkt, Bsp: Mitverschulden gem. § 254 BGB mit der Folge der Kürzung der Schadensersatzpflicht (siehe schon GK BGB IIa Vertragliches Schuldrecht).

¹² *BGH*, NJW 1993, 1972, 1974.

c. Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten aus § 241 II BGB

Auch der Besteller ist an die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten aus § 241 II BGB (sog. Schutzpflichten) gebunden, weshalb er auch jenseits seiner Leistungspflichten (insbes. Abnahme, Vergütung) auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Unternehmers Rücksicht zu nehmen hat.

III. Leistungsstörungen im Werkvertrag

(Looschelders, SchR BT, 11. Auflage, § 32 Rn. 665 ff.)

1. Rechte des Unternehmers bei Leistungsstörungen

a. Verletzung der Pflicht zur Vergütung (§ 631 I BGB) oder Abschlagszahlung (§ 632a BGB)

Soweit der Besteller seinem Vergütungsanspruch aus § 631 I BGB nicht nachkommt, kann der Unternehmer einen etwaigen Verzögerungsschaden nach **§§ 280 I, II, 286 BGB** ersetzt verlangen oder Verzugszinsen nach **§ 288 I 1 BGB** geltend machen. Möglich bleibt außerdem ein (wirtschaftlich meist sinnloser) Rücktritt nach **§ 323 I Alt. 1 BGB** sowie ein Schadensersatz statt der Leistung nach **§§ 280 I, III, 281 BGB**, der wegen § 325 BGB auch neben dem Rücktritt zulässig ist. Das Gleiche gilt, soweit der Besteller den Anspruch auf Abschlagszahlungen aus § 632a BGB nicht erfüllt.

b. Verletzung der Pflicht zur Abnahme (§ 640 I 1 BGB)

Verletzt der Besteller hingegen seine Pflicht zur Abnahme aus § 640 I 1 BGB, droht ihm wie bei der Abnahmepflicht aus § 433 II Alt. 2 BGB nicht nur der Annahmeverzug (**§§ 293 ff. BGB**), sondern zugleich der Schuldnerverzug (**§ 286 BGB**). Auch hier kann der Unternehmer in Reaktion vom Vertrag zurücktreten (**§ 323 I Alt. 1 BGB**), Schadensersatz neben der Leistung (**§§ 280 I, II, 286 BGB**) oder statt der Leistung (**§§ 280 I, III, 281 BGB**) verlangen. Effektiver wird diesem Fall aber regelmäßig die Abnahmefiktion aus **§ 640 I 3 BGB** sein. Es treten die o. g. Rechtsfolgen der Abnahme ein, insbesondere die Fälligkeit der Vergütung und der Gefahrübergang.

c. Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit (§ 642 I BGB)

Nicht selten bedarf die Herstellung des Werkes der **Mitwirkung des Bestellers**.

Bsp.: Planungsvorgaben für Architekten, Bereitstellen von Plänen und Einholung einer behördlichen (Bau-)Genehmigung für Bauunternehmer, Anprobe eines Maßanzugs, Modellsitzen für Anfertigung eines Porträts.

Bei Unterlassen schuldet der Besteller – verschuldensunabhängig – mindestens eine angemessene Entschädigung, **§ 642 I BGB** (Höhe: Abs. 2). Bei Verschulden kommt auch ein weitergehender Anspruch auf Schadensersatz in Betracht. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist, dass der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in den Verzug der Annahme (§§ 293 ff. BGB) kommt. Hierfür genügt wegen § 295 S. 1 BGB bereits ein wörtliches Angebot (→ GK BGB IIa).

Daneben gelten die allgemeinen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs: bedeutsam ist insbesondere der Anspruch des Unternehmers auf die durch den Annahmeverzug entstandenen Mehraufwendungen

(§ 304 BGB) und die Haftungsprivilegierung (§ 300 I BGB). Die Gefahr geht gemäß § 644 I 2 BGB auf den Besteller über.¹³

Fall: Gestohlener Maßanzug: B bestellt bei dem Herrensneider U einen Maßanzug. Trotz entsprechender Aufforderung durch U erscheint B nicht zur zweiten Anprobe, weil er sich einer schweren Operation unterziehen musste und längere Zeit bettlägerig ist. Bevor B das Krankenhaus wieder verlassen kann, bricht der unbekannte Dieb D in das ordnungsgemäß abgeschlossene Geschäft des U ein und stiehlt unter anderem den für B vorgesehenen, noch nicht vollständig fertiggestellten Anzug. Kann B von U die Herstellung eines neuen Maßanzugs verlangen?

Anspruch des B gegen U auf Herstellung eines neuen Maßanzugs aus § 631 I Alt. 1 BGB?

Grds. (+), da ein wirksamer Werkvertrag besteht. Da U sich verpflichtet hat, einen konkreten Erfolg in Form eines Maßanzugs zu erbringen, trägt dieser auch grds. bis zum Zeitpunkt der Abnahme (§ 644 I 1 BGB) die Leistungsgefahr (Herstellungsrisiko). Dass der nicht vollständig fertiggestellte Anzug gestohlen wurde, ist damit ein Risiko, das der Sphäre des U zuzurechnen ist.

Etwas anderes gilt, wenn die Leistungspflicht wegen § 275 I BGB ausgeschlossen ist. Die Herstellung eines neuen Maßanzugs ist aber möglich. Gleichwohl § 275 I BGB (+), wenn Konkretisierung (§ 243 II BGB) eingetreten ist. Hier (-), da bereits keine Gattungsschuld.

Möglicherweise aber Übergang der Leistungsgefahr nach § 644 I 2 BGB? Nach wohl h.M.¹⁴ enthält die Vorschrift des § 644 I 2 BGB keine Aussage zur Leistungsgefahr, sondern nur zur Vergütungs- oder Gegenleistungsgefahr, weshalb U nach dieser Ansicht – gegen Vergütung – weiter zur Herstellung verpflichtet wäre. Hintergrund dieser Auslegung ist der Umstand, dass die h.M. den Wortlaut „Verzug der Annahme“ in § 644 I 2 BGB auch auf die Mitwirkungshandlung aus § 642 I BGB bezieht. Die Gegenansicht¹⁵ beschränkt den Wortlaut des § 644 I 2 BGB nicht auf die Gegenleistungsgefahr. Einen Übergang der Leistungsgefahr bewirkt § 644 I 2 BGB indes nur, wenn der Besteller mit der „Abnahme des fertiggestellten Werkes“ in Annahmeverzug gerät. Auch nach dieser Ansicht bleibt U gegen die Entrichtung der vereinbarten Vergütung zur Herstellung verpflichtet, weshalb eine Stellungnahme entbehrlich ist.

B kann nach beiden Ansichten gem. § 631 I Alt. 1 BGB die Herstellung eines neuen Maßanzugs verlangen.

Darüber hinaus hat der Unternehmer nach § 643 BGB die Möglichkeit der Kündigung. Wenn die angemessene Frist zur Nachholung der Mitwirkungshandlung erfolglos verstreicht, obwohl der Unternehmer darauf hingewiesen hat, dass er in diesem Fall kündigt, gilt der Vertrag gem. § 643 S. 2 BGB als aufgehoben, ohne dass es einer weiteren Erklärung bedarf. Wird der Vertrag wegen § 643 BGB aufgehoben, kann der Unternehmer einen Teil der Vergütung verlangen, § 645 I 2 BGB.

Fall: Gestohlener Maßanzug – Abwandlung: U hatte B gegenüber erklärt, er erwarte ihn für die Anprobe „spätestens im Laufe der nächsten Woche“, andernfalls werde er das vorbereitete Modell „auf die Maße seines Kunden K anpassen“. B erscheint erst nach vier Wochen im Laden des U und verlangt Herstellung des Anzugs. U weigert sich, zumal das Modell zwischenzeitlich gestohlen wurde. Zu Recht?

Anspruch des B gegen U auf Herstellung eines neuen Maßanzugs gem. § 631 I Alt. 1 BGB?

¹³ Die Regel über den Gefahrübergang, § 300 II BGB, passt nicht, da die Werkleistung regelmäßig keine Gattungsschuld ist.

¹⁴ Busche, in: MüKo-BGB, § 644 Rn. 1; Sprau, in: Palandt, § 645 Rn. 1.

¹⁵ Voit, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 644 Rn. 3.

Grds (+), da ein wirksamer Werkvertrag besteht. Der Anspruch könnte erloschen sein, wenn der Werkvertrag infolge Kündigung als aufgehoben gilt (§ 643 S. 2 BGB). Dies setzt voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen seiner Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät und der Unternehmer erklärt, dass er den Vertrag kündigt, wenn eine angemessene Frist zur Nachholung der Handlung erfolglos verstreicht (§ 643 S. 1 BGB iVm § 642 I BGB).

Durch das Fernbleiben hat B eine erfüllbare (§ 271 I Var. 2 BGB) Leistung nicht angenommen, obwohl U leistungsfähig und zur Leistung bereit war (§ 297 BGB). Die Aufforderung des U, spätestens im Laufe der nächsten Woche zur Anprobe zu erscheinen, genügt wohl bereits als wörtliches Angebot (§ 295 S. 1 BGB), da B an der Anprobe notwendig mitwirken musste (§ 295 S. 1 BGB). Hilfsweise ist die Mahnung nach § 296 BGB entbehrlich, wenn man zwischen U und B eine konkludente Einigung annimmt, die „spätestens im Laufe der nächsten Woche“ als Zeit nach dem Kalender bestimmt.¹⁶ B befand sich damit im Annahmeverzug.

Soweit man die Erklärung des U gem. §§ 133, 157 BGB analog den Willen entnehmen kann, dass mit Fristablauf der Vertrag als gekündigt gelten soll, sind die Voraussetzungen des § 643 BGB erfüllt.

B hat damit gegen U keinen Anspruch auf Herstellung des Maßanzugs gem. § 631 I Alt. 1 BGB. Vielmehr kann U nach Maßgabe des § 645 I 2 BGB eine Teilvergütung verlangen.

2. Rechte des Bestellers bei Leistungsstörungen

Zu unterscheiden ist danach, ob die Leistungsstörung vor (a) oder in dem Zeitpunkt der (fiktiven) Abnahme (b) eintritt.

a. Verletzung der Pflicht zur Herstellung eines Werkes (§ 631 I BGB)

Verletzt der Unternehmer seine Hauptleistungspflicht aus § 631 I BGB, indem er das Werk **nicht oder verspätet** herstellt, ist der Bestellers auf das **allgemeine Leistungsstörungenrecht** angewiesen (§§ 280 ff. BGB oder §§ 323 ff. BGB).

b. Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung (§ 633 I BGB)

Soweit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Hauptleistungspflicht aus § 633 I BGB verletzt ist, greift das **besondere Gewährleistungsrecht** der §§ 633 ff. BGB.

¹⁶ Dazu, dass das Merkmal „nach dem Kalender bestimmt“ in § 296 S. 1 BGB regelmäßig eine „vertragliche Bestimmung“ voraussetzt: *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 296 Rn. 2 mit Verweis auf § 286 Rn. 57; *Unberath*, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 296 Rn. 2 mit Verweis auf *Lorenz*, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 286 Rn. 30.

(1) Übersicht

§ 634 BGB gleicht in seiner Struktur der Vorschrift des § 437 BGB und enthält ebenfalls eine Übersicht über die Rechte des Bestellers samt Rechtsgrundverweisungen¹⁷ auf die jeweiligen Rechts- und Anspruchsgrundlagen. Das sind im Einzelnen:

- **Nacherfüllung**, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB
- **Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme**, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB
- **Rücktritt**, §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 und 326 V BGB
- **Minderung**, §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB
- **Schadensersatz**, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280, 281, 283 und 311a BGB
- **Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, §§ 634 Nr. 4, 284 BGB ggf. iVm § 311a II 1 Alt. 2 BGB

(2) Anwendungsbereich der Rechte des Bestellers aus § 634 BGB

Vergleichbar mit den besonderen Gewährleistungsrechten des Kaufrechts sind dem Besteller die Rechte des § 634 BGB ebenfalls nur zugänglich, wenn ein **wirksamer Werkvertrag** geschlossen wurde (§ 631 I BGB) und das Werk **im Zeitpunkt des Gefahrübergangs** nicht frei von **Sach- oder Rechtsmängeln** ist (§ 633 BGB).

Auch der Mangelbegriff aus § 633 BGB lässt eine strukturelle Parallelität zu § 434 BGB (**Sachmangel**) und § 435 BGB (**Rechtsmangel**) erkennen. Während § 633 III BGB den Rechtsmangel beschreibt, ist der Sachmangel in § 633 II BGB geregelt.

- **§ 633 II 1 BGB**: Das Werk ist mangelhaft, soweit die tatsächliche nicht mit der **vereinbarten** Beschaffenheit übereinstimmt. Auch das Werkvertragsrecht geht damit im Grundsatz vom **subjektiven** Mangelbegriff aus.
- **§ 633 II 2 Nr. 1 BGB**: Soweit die Beschaffenheit **nicht vereinbart** wurde, liegt ein Mangel vor, wenn sich das Werk nicht für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte** Verwendung eignet. Dieses Merkmal ist wie im Kaufrecht auszulegen, sodass § 633 II 2 Nr. 1 BGB nur gegeben ist, wenn sich die Parteien über die Verwendung **vertraglich** geeinigt haben.
- **§ 633 II 2 Nr. 2 BGB**: Soweit die Beschaffenheit **nicht vereinbart** wurde und **keine rechtsgeschäftliche** Einigung über die Verwendung erfolgt, ist das Werk mangelbehaftet, wenn es sich nicht für die **gewöhnliche** Verwendung eignet oder keine **Beschaffenheit** aufweist, die bei Werken der gleichen Art **üblich** ist und die der Besteller nach der Art des Werkes **erwarten durfte**. (Für die Mangelfreiheit müssen die Umstände des § 633 II 2 Nr. 2 BGB kumulativ vorliegen).
- **§ 633 II 3 BGB**: Auch im Werkvertragsrecht wird die Herstellung eines anderen als des geschuldeten Werkes (**Aliud**) sowie die Herstellung in zu geringer Menge (**Minderleistung**) einem Sachmangel gleichgestellt.

Vertiefende Hinweise: In der Klausur ist der Wortlaut des § 633 BGB der Reihe nach von oben nach unten zu prüfen. Anders als beim Sachmangel im Kaufrecht (§ 434 I 3 BGB) haftet der Werkunternehmer nicht für Werbeaussagen. Das Gleiche gilt für die unsachgemäße Montage oder eine fehlerhafte Montageanleitung (§ 434 II 1 und 2 BGB).

¹⁷ Rechtsgrundverweisung: Verweist auf eine Vorschrift, deren Voraussetzungen (ebenfalls) vorliegen müssen. (Gegensatz: Rechtsfolgenverweisung: Verweist nur für die Rechtsfolgen auf eine andere Vorschrift, ohne dass deren Voraussetzung geprüft werden müssen).

Im Gegensatz zum Kaufrecht („bei Gefahrübergang“, vgl. § 434 I 1 BGB) ist der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels nicht ausdrücklich geregelt. Dass allerdings auch im Werkvertragsrecht der **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** entscheidet, ist im Wortlaut des § 633 I BGB („zu verschaffen“) implizit angedeutet. Im Regelfall des § 644 I 1 BGB geht die Gefahr mit **Abnahme** des Werkes auf den Besteller über.

(3) Kein Ausschluss der Gewährleistungsrechte

Wie im Kaufrecht ist zwischen **gesetzlichen** und **vertraglichen** Haftungsausschlüssen zu unterscheiden.

Einen **gesetzlichen** Haftungsausschluss regelt **§ 640 II BGB**. Dieser gilt jedoch für alle Rechte aus § 634 Nr. 1 bis 3 BGB. Soweit der Besteller ein mangelhaftes Werk in Kenntnis des Mangels abnimmt, bleiben diese Rechte zu seinen Gunsten nur bestehen, wenn er sie sich vorbehält. Wie der fehlende Verweis auf § 634 Nr. 4 BGB zeigt, erstreckt sich der gesetzliche Ausschluss nicht auf Schadensersatzansprüche und Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

§ 639 BGB (entspricht § 444 BGB im Kaufrecht) betrifft **vertragliche** Haftungsausschlüsse. Danach kann sich der Unternehmer auf einen solchen **nicht berufen**, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat. Die Formulierung „nicht berufen“ soll die Nichtigkeit des Haftungsausschlusses verhindern, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu nehmen, über § 139 BGB den Vertrag im Ganzen zu Fall zu bringen. Jenseits der Grenzen des § 639 BGB ist ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte aber zulässig, soweit ihm in Einzelfall nicht AGB-Recht (§§ 307 ff. BGB) oder andere zwingende Vorschriften entgegenstehen.

(4) Die Gewährleistungsrechte des Bestellers im Einzelnen

(a) Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB

Ist das vertraglich geschuldete Werk im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft, wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 633 I BGB in einen Nacherfüllungsanspruch. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB unterscheiden zwei Formen der Nacherfüllung: **Beseitigung des Mangels** (Nachbesserung) und die **Herstellung eines neuen Werkes**. Anders als im Kaufrecht steht das **Wahlrecht** (sog. ius variandi) nicht dem Besteller, sondern dem **Unternehmer** zu, weil dieser wegen seiner Sachkompetenz die zweckmäßigste Lösung zur Beseitigung des Mangels regelmäßig besser einschätzen kann als der Besteller. § 635 III BGB gibt dem Unternehmer jedoch das Recht, die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten insgesamt zu verweigern. Soweit der Unternehmer allerdings zur Nacherfüllung verpflichtet bleibt, trägt er auch deren Kosten, § 635 II BGB. Stellt er nach seiner Wahl ein neues Werk her, hat er gegen den Besteller einen Anspruch auf Rückgewähr des mangelhaften Werkes aus § 635 IV BGB iVm § 346 I BGB.

Vertiefende Hinweise: Auch im Werkvertragsrecht gilt inhaltlich der **Vorrang der Nacherfüllung**, der dem Unternehmer ein **Recht zur zweiten Andienung** gewährt. Dies folgt wie im Kaufrecht aus dem Umstand, dass der Besteller die weitergehenden Rechte (Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen) regelmäßig erst nach dem Ablauf einer angemessenen Frist (§§ 637 I, 323 I BGB etc.) geltend machen kann.

Eine **Ausnahme** vom Vorrang der Nacherfüllung zeigt sich bei **Mängeln**, deren Behebung **unmöglich** ist. In diesen Fällen ist der Anspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung ausgeschlossen (§ 275 I BGB). Folgerichtig bedarf es auch keiner Fristsetzung zur Nacherfüllung, um vom Vertrag zurückzutreten (§§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 V BGB), die Vergütung zu mindern (§§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“) oder Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§§ 634 Nr. 4 Alt.

1, 280 I, III, 283 BGB bei nachträglicher Unmöglichkeit oder §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 311a II BGB bei anfänglicher Unmöglichkeit). Das Gleiche gilt für den Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB (bei nachträglicher Unmöglichkeit“) oder gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 311a II 1 Alt. 2 BGB iVm § 284 BGB (bei anfänglicher Unmöglichkeit). Ein Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2, 637 I BGB) scheidet in diesem Fall aus, da ein nicht behebbarer Mangel auch nicht selbst beseitigt werden kann.

Bsp.: Das von B dem Schuster U zur Reparatur überlassene Paar Halbschuhe wird bei einem Wasserrohrbruch im Laden des U unwiederbringlich zerstört.

In vielen Fällen ist aber die Herstellung eines neuen Werkes (§§ 634 Nr. 1, 635 I Alt. 2 BGB) möglich, sodass kein Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung vorliegt. *Siehe das Beispiel des Maßanzugs (Grundfall) oben.*

(b) Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

(aa) Überblick

Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ist ein besonderes Gewährleistungsrecht, das im Kaufrecht nicht existiert (dazu sogleich). Hat der Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, kann er den Mangel selbst beseitigen und vom Unternehmer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Vorteil dieses Anspruchs besteht darin, dass die Rechtsordnung ihn unabhängig von einem Verschulden des Unternehmers gewährt.

Bsp.: U sollte für die Geschäftsrechner des B eine Software installieren, die B zuvor online bei einem Dritthändler erworben hat. Obwohl U die Leistungshandlung ordnungsgemäß erbringt, verhindert ein Hackerangriff, dass die Software erfolgreich installiert wird. B bemerkt dies nach Abnahme und setzt U eine angemessene Frist zur (möglichen) Nacherfüllung. Als B kurz vor Ablauf der Frist die Geschäftsräume des B aufsuchen will, wird er unverschuldet in einen Unfall verwickelt, sodass die Frist erfolglos verstreicht. B kann hier einen anderen Unternehmer engagieren, der den Mangel für ihn beseitigt und von U die dafür erforderlichen Aufwendungen nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ersetzt verlangen. Dass U weder dem Mangel, noch die Nichtleistung der Nacherfüllung zu vertreten hat, ändert nichts an der Beurteilung der Rechtslage.

(bb) Voraussetzungen

- **Wirksamer Nacherfüllungsanspruch:** Ein solcher besteht insbesondere dann nicht, wenn die Nacherfüllung zwar für den Unternehmer subjektiv unmöglich ist, für den Besteller aber möglich bleibt. Die Rechtsfolge des § 275 I BGB greift unabhängig davon, ob ein Fall der subjektiven oder objektiven Unmöglichkeit gegeben ist.

Bsp. U repariert den Oldtimer des B (§ 631 BGB), wobei sich nach Abnahme herausstellt, dass für eine mangelfreie Werkleistung ein weiteres Ersatzteil zwingend ist. Obwohl es U gelingt, das einzige auf dem freien Markt verfügbare Teil zu erwerben, wird dieses ohne ein Verschulden des U bei einem Brand in dessen Lager zerstört. Da U dadurch die Nacherfüllung subjektiv unmöglich ist, erlischt seine Pflicht aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB wegen § 275 I Alt. 1 BGB. Dies gilt auch dann, wenn sich der Oldtimer-Freund des B aus emotionaler Verbundenheit ausnahmsweise bereit erklärt, ein passendes Ersatzteil aus seiner privaten Sammlung ausschließlich an B zu übereignen.

- **Fristsetzung:** Im Regelfall des § 637 I BGB muss der Besteller erfolglos eine angemessene Frist gesetzt haben. Ausnahmsweise kann die Fristsetzung aber entbehrlich sein. Dies ist

zum einen in den Fällen des § 637 II 1 BGB iVm § 323 II BGB, zum anderen bei **fehlgeschlagener** oder **unzumutbarer** Nacherfüllung (§ 637 II 2 Alt. 1 und 2 BGB) gegeben. Da das Nacherfüllungsverlangen regelmäßig mit einer Fristsetzung einhergeht, hat die Variante des „Fehlschlagens“ keinen großen Anwendungsbereich, weil dem Besteller bereits mit Fristablauf der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB eröffnet ist. Es bleiben die Fälle des gescheiterten Nacherfüllungsversuchs ohne Fristsetzung, wobei das Merkmal im Übrigen wie in § 636 BGB auszulegen ist.¹⁸

Anders als im Kaufrecht (§ 440 S. 2 BGB) gestattet § 636 BGB dem Unternehmer jedenfalls nach seinem Wortlaut keinen zweiten Versuch zur Nacherfüllung. Der Umkehrschluss legt vielmehr nahe, dass ein Fehlschlag bereits nach dem ersten erfolglosen Nacherfüllungsversuch vorliegen kann.

- **Selbstvornahme:** Der Besteller muss die Mangel „selbst“ beseitigen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass er Dritte (Bsp. einen anderen Handwerker) vertraglich engagiert, um die Beseitigung für ihn zu übernehmen.¹⁹
- **Kein Ausschluss:** Der Anspruch ist auf Aufwendungsersatz nach § 637 I a.E. BGB ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht nach § 635 III BGB verweigert hat.

Bsp. Hat U die Nacherfüllung nach § 635 III BGB verweigert, weil sie (obwohl unterhalb der Schwelle des § 275 II BGB) nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, soll B dieses Recht nicht dadurch unterlaufen können, dass er die Mangelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB selbst vornimmt und anschließend die „unverhältnismäßigen“ Aufwendungen von U ersetzt verlangt.

Die Ausnahme in § 637 I a. E. BGB (Verweigerungsrecht des Werkunternehmers) ist konsequent, denn anderenfalls würde der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz des Unternehmers in § 635 III BGB durch das Selbstvornahmerecht und den anschließenden Aufwendungsersatzanspruch konterkariert.

(cc) Rechtsfolge

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, kann der Besteller die erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen. **Aufwendungen** sind alle freiwilligen Vermögensopfer. **Erforderlich** sind alle Aufwendungen, die ein vernünftig und wirtschaftlich Denkender in der Situation des Bestellers tätigen würde. Nach **§ 637 III BGB** kann der Besteller für die Selbstvornahme einen **Vorschuss** verlangen.

(dd) Exkurs: Selbstvornahme im Kaufrecht

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht gibt es im Kaufrecht keinen **verschuldensunabhängigen** Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme. Diese Kosten sind nur als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 BGB ersatzfähig, wenn der Käufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Verkäufer die Pflichtverletzung **zu vertreten** hat.

¹⁸ Dazu ausführlich *Busche*, in: MüKo-BGB, § 636 Rn. 21.

¹⁹ Vgl. *Looschelders*, SchR BT, Rn. 683 m.w.N.

Vertiefende Hinweise: Dass auch im Übrigen kein Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme existiert, zeigt die Subsumtion unter folgende Anspruchsgrundlagen des K gegen V:

- **§§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB (-)**, da Käufer durch die Selbstvornahme die Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch Zweckerreichung (§ 275 I BGB) herbeiführt, welche der Verkäufer nicht zu vertreten hat.
- **§§ 634 Nr. 2, 637 BGB analog (-)**, da der Gesetzgeber diese Problematik kannte und sich gegen einen Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme im Kaufrecht entschieden hat. Für die Analogie fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.
- **§§ 346, 326 IV, II 2 BGB analog (-)**: Hat K den Kaufpreis bereits gezahlt, darf V diesen grds. behalten, da K infolge der Selbstvornahme die Unmöglichkeit durch Zweckerreichung allein zu verantworten hat (§ 326 II 1 Alt. 1 BGB). V muss sich jedoch nach § 326 II 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart hat. Dies sind die Kosten der Nacherfüllung (§ 439 II BGB). Diesen „nicht geschuldeten“ Betrag könnte K gem. §§ 346, 326 IV, 326 II 2 BGB von V zurückverlangen. Eine direkte Subsumtion unter § 326 IV BGB scheitert jedoch daran, dass dieser das Entfallen der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1 Hs. 1 BGB voraussetzt (vgl. Wortlaut „nicht geschuldet“). Diese Vorschrift ist für den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen § 326 I 2 BGB aber nicht anwendbar. Eine Analogie scheitert erneut an der planwidrigen Regelungslücke. Überdies würde sie den Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.
- **§ 439 II BGB (-)**: Da der Verkäufer nach § 439 II BGB die Kosten der Nacherfüllung tragen soll, könnte man überlegen, den Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme aus dieser Vorschrift abzuleiten. Hiergegen spricht aber die Systematik: §§ 634 Nr. 2, 637 BGB würde vollständig leerlaufen, wenn sich der Aufwendungsersatzanspruch bereits aus § 635 II BGB, der inhaltsgleichen Parallelvorschrift zu § 439 II BGB, ergeben würde. Zudem würde dem Verkäufer auch dadurch das Recht zur zweiten Andienung genommen.
- **§§ 683 S. 1, 670 BGB oder §§ 684 S. 1, 818 II BGB (-)**, da wohl bereits der Fremdgeschäftsführungswille fehlt. Im Übrigen würden die speziellen Wertungen des Kaufrechts wie der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.
- **§§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II BGB (-)**: Auch dieser Anspruch unterläuft nach überwiegender Ansicht die gesetzliche Risikoverteilung des Kaufrechts.

(c) Rücktritt, §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323, 326 V BGB

Soweit das geschuldete Werk im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft ist, verweist § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB für die weiteren Voraussetzungen auf die allgemeinen Vorschriften in §§ 323 und 326 V BGB (Rechtsgrundverweisung).

Ist die Nacherfüllung wegen eines **nicht behebbaren Mangels** unmöglich und folglich nach § 275 I BGB ausgeschlossen, richtet sich der Rücktritt nach § 326 V BGB. Danach ist auch bei einem unbehebaren Mangel die Vorschrift des § 323 BGB anzuwenden, mit der Modifikation, dass die Fristsetzung entbehrlich ist (§ 326 V Hs. 2 BGB).

Ist der **Mangel** hingegen **behebbar**, ist nach § 323 I Alt. 2 BGB („nicht vertragsgemäße Leistung“) grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Diese kann ausnahmsweise nach § 323 II BGB entbehrlich sein. Zu beachten ist die Sonderregel des § 636 BGB, die wie auch § 440 BGB im Kaufrecht weitere Fälle nennt, in denen die Fristsetzung entbehrlich ist (lesen!)

Wurden die **Leistungen bereits ausgetauscht**, gestaltet der Rücktritt das bisherige Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis mit dem Inhalt des § 346 I BGB, wonach **empfangene** Leistungen zurück zu gewähren und gezogenen Nutzungen herauszugeben sind. Fand indes

noch **kein Leistungsaustausch** statt, erlöschen durch den Rücktritt die Leistungspflichten. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 346 I BGB, folgt jedoch aus einem Erst-Recht-Schluss.

Zur Erinnerung (→ GK BGB IIa im Zusammenhang mit den Gewährleistungsrechten des Käufers): Der Rücktritt ist **kein Anspruch**, sondern ein **Gestaltungsrecht**. Da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (§ 194 I BGB), ist das Rücktrittsrecht wie auch die Minderung (§ 634 Nr. 3 BGB) in § 634a I BGB nicht genannt. Diese können lediglich nach Maßgabe der § 634a IV BGB (Rücktritt) und § 634a V BGB (Minderung) iVm § 218 BGB **verfristen**. Folglich gibt es auch **keinen** „Anspruch auf Rücktritt“, sondern lediglich einen „Anspruch nach Rücktritt“. Dieser folgt aus § 346 I BGB, wobei das Rücktrittsrecht nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323, 326 V BGB nur inzident als Tatbestandsvoraussetzung („gesetzliches Rücktrittsrecht“, § 346 I Alt. 2 BGB) zu prüfen ist.

(d) Minderung, §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB

§ 638 BGB eröffnet dem Besteller die Möglichkeit, die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer zu mindern. Aus der Formulierung des § 638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“ ergibt sich, dass für die Minderung stets sämtliche Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen müssen (vgl. § 441 Abs. 1 BGB im Kaufrecht).

Die **Berechnung** der geminderten Vergütung ist in **§ 638 III 1 BGB** geregelt. Sie ist im Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Formel: Vergütung mangelhaft (geminderte Vergütung) = (Wert mangelhaft / Wert mangelfrei) x Vergütung mangelfrei

Bsp.: Hypothetischer Wert des mangelfreien Hauses: 500.000 EUR, tatsächlicher Wert des Hauses unter Berücksichtigung einzelner Baumängel: 450.000 EUR, vereinbarter Werklohn: 600.000 EUR. Besteller schuldet dem Werkunternehmer nach Minderung nur 540.000 EUR.

Die Minderung ist wie der Rücktritt ein Gestaltungsrecht, das gegenüber dem Unternehmer erklärt werden muss.

Soweit auf der Seite des Unternehmers (z. B. ARGE) oder des Bestellers (z. B. Bauherrengemeinschaft) mehrere beteiligt sind, kann die Minderung nur gegen alle oder von allen erklärt werden, § 638 II BGB (vgl. die entsprechende Regelung in § 441 II BGB und in § 351 BGB betreffend Rücktrittsrecht).

Hat der Besteller die **Vergütung bereits in voller Höhe erbracht**, kann er den Mehrbetrag gem. §§ 638 IV 1, 2 iVm 346 I BGB zurückverlangen. Soweit die Vergütung noch nicht geleistet wurde, erlischt die Leistungspflicht in Höhe des Mehrbetrags (erneut ein Erst-Recht-Schluss aus §§ 638 IV 1, 2 iVm 346 I BGB)

(e) Schadensersatz, § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB iVm §§ 280, 281, 283 und 311a II BGB

Je nach Schadensposition ist der Besteller auf verschiedene Anspruchsgrundlagen für einen Schadensersatz neben oder statt der Leistung verwiesen.

- Verursacht die mangelhafte Leistung einen Schaden **an sonstigen Rechten**, Rechtsgütern oder Interessen des Bestellers, richtet sich der Schadensersatzanspruch nach **§§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB**. Da dieser Schaden nicht dem Äquivalenz-, sondern dem **Integritätsinteresse** zuzurechnen ist, kann dieser neben der Leistung,

also neben dem Nacherfüllungsanspruch, geltend gemacht werden. (sog. **Schaden neben der Leistung**).

Bsp.: Besteller B hat aus China ein lebensgroßes Selbstbildnis aus Stein importiert, das Werkunternehmer U nun ordnungsgemäß im Anwesen des B aufstellen soll. Da U bei der Verankerung in fahrlässiger Weise pfuscht, fällt die Statue bereits zwei Tage nach der Abnahme durch B um und verletzt diesen bei seinen morgendlichen Yogaübungen. Die Behandlungskosten und ein etwaiges Schmerzensgeld erhält B über §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, 249 II 1, 253 I, II BGB. Daneben kann er weiterhin Nacherfüllung verlangen, §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB

Nach h. M. fallen auch Nutzungsausfallschäden unter §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB.²⁰

Bsp.: Zum Zeitpunkt der Eröffnung der neuen Pizzeria des B erweist sich der von U eingebaute Pizzaofen als defekt. B macht entgangenen Gewinn geltend.

Soweit der Unternehmer mit seiner Pflicht zur Nacherfüllung in Verzug kommt und dem Besteller hierdurch ein Schaden entsteht, ist dieser als Schadensposition neben der Leistung nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen

Bsp.: Das lebensgroße Selbstbildnis ist zwar noch nicht umgefallen, B erkennt aber Risse im Fundament. Aufgrund der Dringlichkeit verspricht U felsenfest, dass er die Mangelhaftigkeit der Verankerung innerhalb von drei Tagen beseitigen werde. Da U den Termin vergisst, verstreicht diese Frist. Weil die Statue umzustürzen droht, muss B am darauffolgenden Tag dem Veranstalter eines Empfangs absagen, der zu diesem Zweck die Eingangshalle des B gemietet hatte. Dem B entgehen dadurch Mieteinnahmen in Höhe von 500 EUR. Diesen entgangenen Gewinn kann B nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, II, 286 II BGB iVm § 252 BGB ersetzt verlangen. Die Mahnung ist nach § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich (Selbstmahnung)²¹.

Hinweis: Der Schaden im Beispielsfall darf nicht mit dem Nutzungsausfallschaden verwechselt werden, der nach h.M. über §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB zu ersetzen sind. Ein solcher wäre beispielsweise nur gegeben, wenn dem B ein Gewinn entgeht, weil er die Statue selbst nicht nutzen kann. Hier geht es aber um das Interesse des B, sein anderweitiges Eigentum (Eingangshalle) zu nutzen.

- Möchte der Besteller allerdings anstelle der Leistung das **Erfüllungs- oder Äquivalenzinteresse** ersetzt verlangen, ist er auf den Schadensersatz **statt der Leistung** verwiesen.

Soweit die **Nacherfüllung** infolge eines nicht behebbaren Mangels **unmöglich** und damit gem. § 275 I BGB ausgeschlossen ist, richtet sich dieser nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB (bei nachträglicher Unmöglichkeit) oder §§ 634 Nr. 4 Alt. 1,

²⁰ Zum Ganzen Looschelders, SchR BT, Rn. 691, 137; Looschelders, SchR AT, Rn. 551.

²¹ BGH, NJW 2012, 2955, 2259 m.w.N.; Ernst, in: MüKo-BGB, § 286 Rn. 70.

311a II BGB (bei anfänglicher Unmöglichkeit). In diesen Fällen bedarf es naturgemäß keiner Fristsetzung.

Etwas anderes gilt, wenn die **Nacherfüllung möglich** bleibt. Dann ist der Schadensersatz statt der Leistung auf §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 BGB zu stützen, wobei der Besteller eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss. Diese kann aber gem. §§ 281 II, 636 BGB ausnahmsweise entbehrlich sein.

Bsp.: Die Mieter des B mindern die Miete, weil die Heizung in dem von dem Generalunternehmer U für B neu erstellten Mietshaus nicht funktioniert.

(f) Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung vor, kann der Besteller **stattdessen** den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB. Für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung ergibt sich der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 311a II 1 Alt. 2 BGB iVm § 284 BGB.

Bsp.: Abschluss einer Versicherung durch B für ein vom Künstler U auch nach mehrmaliger Mahnung und Fristsetzung nicht fertiggestelltes Gemälde.

Fall: Badezimmerfliesen: B möchte in seinem Badezimmer neue Fliesen verlegen lassen und beauftragt den Fliesenleger U damit. B und U vereinbaren ein Honorar von 2000 € dafür. U kauft die Fliesen beim Händler H für einen Preis von 1000 €. H hat die Fliesen wiederum vom Hersteller P erworben. Nach dem Verlegen der Fliesen durch U stellt B fest, dass sich Blasen im Fugenmörtel bilden und teilweise Material an den Fliesenkanten abgeplatzt ist, was auf eine fehlerhafte Oberflächenbeschaffenheit der Fliesen zurückzuführen ist. Die Blasenbildung und die Kantenabplatzungen ließen sich nur durch das Auswechseln der Fliesen beheben. Die Kosten hierfür betragen 3000 €.

Welche Rechte hat B im Verhältnis zum Fliesenleger U?

(5) Verjährung

§ 634a BGB regelt die Verjährung der Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB. Da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (§ 194 I BGB), sind Rücktritt und Minderung (§ 634 Nr. 3 BGB) als Gestaltungsrechte nicht von Abs. 1 umfasst. Für diese gelten vielmehr die Spezialregelungen des § 634a IV und V BGB (dazu sogleich).

- Soweit der Erfolg in einer Herstellung, Wartung oder Veränderung einer **Sache** (mit **Ausnahme** von Bauwerken, dann **Nr. 2**) oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen **hierfür** besteht, gilt eine **zweijährige** Verjährungsfrist, § 634a I **Nr. 1** BGB.
- Die Ansprüche der § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB verjähren bei einem **Bauwerk** und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen **hierfür** besteht, in **fünf** Jahren, § 634a I **Nr. 2** BGB.

- In **allen anderen Fällen**, also vor allem bei unkörperlichen Werken, verjähren die Ansprüche der § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB in **drei** Jahren (regelmäßige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB), § 634a I Nr. 3 BGB.

Während sich der **Beginn** der regelmäßigen Verjährungsfrist (§§ 634a I **Nr. 3**, 195 BGB) nach der allgemeinen Vorschrift des **§ 199 I BGB** richtet, bestimmt § 634a II BGB für die Fälle der § 634a I Nr. 1 und 2 BGB einen anderen Verjährungsbeginn, nämlich den Zeitpunkt der **Abnahme**. Anders als bei § 199 I BGB kommt es nach § 634a II BGB nicht auf die Kenntnis, sondern allein auf den objektiven Umstand der Abnahme an.

Eine **Ausnahme** gilt für die Verjährungsfristen aus § 634a I **Nr. 1 und 2** BGB, die gem. § 634a III 1 BGB abweichend vom Regelfall in der regelmäßigen Verjährungsfrist gem. § 195 BGB (drei Jahre) verjähren, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Da diese Vorschrift die Arglist des Unternehmers ahnden und nicht privilegieren möchte, regelt § 634a III 2 BGB, dass die Verjährung im Fall des § 634a I Nr. 2 BGB nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist eintreten soll.

(6) Quasi-Verjährung: Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach Zeitablauf

Anders als die Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB unterliegen die Gestaltungsrechte des § 634 I Nr. 3 BGB (Rücktritt und Minderung) nicht der Verjährung. Stattdessen existieren für sie zwei **gesetzliche** Ausschlussstatbestände in § 634a IV und V BGB.

Für den Ausschluss des Rücktritts verweist **§ 634a IV 1 BGB** auf § 218 I 1 BGB, wonach der Rücktritt unwirksam ist, wenn der zugrundeliegende Anspruch auf die Nacherfüllung verjährt ist **und** der Schuldner sich hierauf beruft. Dies gilt gem. § 218 I 2 BGB auch dann, wenn der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 275 I bis III oder 635 III BGB zwar ausgeschlossen ist, der hypothetische Anspruch aber verjährt wäre.

Exkurs: Besondere Bedeutung hat die Mängelerinrede in § 634a IV 2 BGB (entspricht § 438 IV 2 BGB im Kaufrecht). Danach kann der Besteller die **Zahlung der Vergütung** auch dann **verweigern**, wenn er wegen § 218 I BGB zwar nicht mehr zurücktreten kann, dazu infolge des Rücktritts aber berechtigt gewesen wäre. Soweit sich der Besteller aber auf die Mängelerinrede beruft, kann der Unternehmer seinerseits gem. § 634a IV 3 BGB zurücktreten.

Gem. **§ 634 V BGB** greift § 218 BGB ebenfalls für die Minderung. Das Gleiche gilt für die Mängelerinrede nach § 634 IV 2 BGB mit der Ausnahme, dass der Unternehmer nicht nach § 634 IV 3 BGB zurücktreten kann.

c. Kündigungsrechte des Bestellers

(1) Leistungsstörungenunabhängiges Kündigungsrecht (§ 649 BGB)

Gem. **§ 649 S. 1 BGB** kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes **jederzeit** den Vertrag mit **ex nunc-Wirkung** kündigen.

Dass § 649 S. 1 BGB dem Besteller ein **voraussetzungsloses Kündigungsrecht** gewährt, mag zunächst verwundern, ist aber durchaus interessengerecht. Gerade wenn der Herstellungsprozess eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, kann es sein, dass der Besteller aus irgendwelchen Gründen sein Interesse an der Herstellung des Werkes verliert. Dann ist dessen Vollendung aber regelmäßig für keine Partei zielführend und würde zu einer ineffizienten Ressourcenverschwendung führen. Aus diesem Grund ermöglicht § 649 S. 1 BGB eine Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Um die Interessen des Unternehmers zu wahren, erhält dieser aber im Fall der Kündigung die **volle Vergütung** (§ 649 S. 2 Hs. 1 BGB). Er muss sich gem. § 649 S. 3 BGB jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(2) Kündigung wegen wesentlicher Überschreitung des Kostenvoranschlags (§ 650 BGB)

Ein besonderes **Kündigungsrecht** steht dem Besteller nach **§ 650 I BGB** zu, wenn dem Vertrag ein **unverbindlicher** Kostenvoranschlag zugrunde gelegt wurde und sich herausstellt, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des angegebenen Betrags ausführbar ist. Der Unternehmer wird in diesem Fall durch § 645 I BGB geschützt.

Fall 46: Badfliesen (Werkvertrag, Gewährleistungsrechte)

B möchte in seinem Badezimmer neue Fliesen verlegen lassen und beauftragt den Fliesenleger U damit. B und U vereinbaren ein Honorar von 2000 € dafür. U kauft die Fliesen beim Händler H für einen Preis von 1000 €. H hat die Fliesen wiederum vom Hersteller P erworben. Nach dem Verlegen der Fliesen durch U stellt B fest, dass sich Blasen im Fugenmörtel bilden und teilweise Material an den Fliesenkanten abgeplatzt ist, was auf eine fehlerhafte Oberflächenbeschaffenheit der Fliesen zurückzuführen ist. Die Blasenbildung und die Kantenabplatzungen ließen sich nur durch das Auswechseln der Fliesen beheben. Die Kosten hierfür betrügen 3000 €.

Welche Rechte hat B im Verhältnis zum Fliesenleger U?

Fortsetzung:

U, dem von H im Rahmen seines Anspruchs auf Nacherfüllung mangelfreie Fliesen zur Verfügung gestellt wurde, will wissen, ob er außerdem Anspruch auf Ersatz der zusätzlichen Kosten hat, die ihm durch den Ausbau der mangelhaften (Kosten: ca. 3.000 €) und den Einbau der mangelfreien Fliesen entstehen.

B. Dienstvertrag (§§ 611-630 BGB)

I. Überblick

1. Rechtsnatur

Der in den §§ 611 ff. geregelte Dienstvertrag ist ein **gegenseitiger** Vertrag, bei dem der **Dienstverpflichtete** dem **Dienstberechtigten** verspricht, bestimmte **Dienste** als Gegenleistung für eine **Vergütung** zu erbringen. Trotz seines Charakters als synallagmatischer Vertrag ist § 320 BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) auf den Dienstvertrag regelmäßig nicht anwendbar, da der Dienstverpflichtete die Vergütung wegen § 614 S. 1 BGB erst nach Leistung der Dienste verlangen kann (siehe unten). Da die Leistungspflicht des Dienstverpflichteten auf Dienste jeder Art (§ 611 II BGB)²² gerichtet sein kann, stellt sich regelmäßig die Frage, wie der Dienstvertrag von anderen Verträgen abzugrenzen ist.

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

a. Abgrenzung zum Arbeitsvertrag, § 611 BGB

Die Gesetzessystematik differenziert in den §§ 611 ff. BGB zwischen dem Dienstvertrag und dem Arbeitsvertrag als **Sonderform** des Dienstvertrags (vgl. nur die amtlichen Überschriften zu §§ 621 und 622 BGB). Welcher der beiden Vertragstypen vorliegt, bestimmt sich im Einzelfall nach der Eigenschaft des **Dienstverpflichteten**. Während beim gesetzlichen Regelfall des § 611 BGB ein **selbständiger** Dienstverpflichteter (Bsp. Ärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer) tätig wird, erbringt der **Arbeitnehmer** seine Arbeitsleistung als **unselbständiger** Dienstverpflichteter. Arbeitnehmer ist, wer sich privatrechtlich verpflichtet, weisungsgebundene, fremdbestimmte Dienste in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen.²³

b. Abgrenzung zum Werkvertrag, § 631 BGB

Der Dienstverpflichtete schuldet die vertraglich bestimmten Dienste, (§ 611 I BGB), der Werkunternehmer hingegen zusätzlich zur Tätigkeit die Herstellung eines Werkes (§ 631 I BGB). Im Gegensatz zum Dienstvertrag ist der Werkvertrag damit nicht tätigkeitsbezogen („Wirken“), sondern auf einen bestimmten **Erfolg** („Werk“) gerichtet (§ 632 II BGB). Da die **Leistungshandlung** aber notwendiges Durchgangsstadium für die Erfolgserbringung ist, kann die Abgrenzung im Einzelfall Probleme bereiten. In diesem Fall hilft ein Blick auf die **vertragliche Risikoverteilung**²⁴: Soll der Verpflichtete bereits **für** die bloße Tätigkeit (redliches Bemühen) vergütet werden, auch wenn der Erfolg nicht eintritt (dann Dienstvertrag) oder muss er nach dem Parteiwillen den Erfolg herbeiführen, **um** die Vergütung zu erhalten (dann Werkvertrag)?

²² Zum Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) als besondere Form des Dienstvertrags: *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, Bamberger/Roth, 41. Edition, § 630a BGB Rn. 20.

²³ Dazu später im Studium in der Vorlesung „Arbeitsrecht“; zum Arbeitnehmerbegriff samt Abgrenzung von Dienst- und Arbeitsvertrag: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, Rn. 2, 91 ff.

²⁴ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 345, 346; *Looschelders*, SchR BT, Rn. 543 m.w.N.

Bsp. oben „I. Werkvertragsrecht“

c. Abgrenzung zum unentgeltlichen Auftrag, § 662 BGB

Die Verpflichtung des Beauftragten, ein **Geschäft zu besorgen**, kann inhaltlich jede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit, damit auch Dienste aller Art (§ 611 II BGB) umfassen. Die Abgrenzung richtet sich danach, ob die Parteien ein Entgelt für die Dienstleistung vereinbart haben oder nicht.

Zu beachten ist, dass die Vergütung gemäß § 612 I BGB auch stillschweigend vereinbart sein kann (→ Dienstvertrag, nicht Auftrag). Umgekehrt kann das Fehlen einer Vergütung auch den Rechtsbindungswillen der Parteien in Frage stellen. Es gilt dann zum bloßen Gefälligkeitsverhältnis abzugrenzen.

Bsp. 1: Als Sammler S erfährt, dass sein Freund F eine Gerhard Richter-Ausstellung besuchen wird, bittet er diesen, für ihn interessante Werke zu fotografieren → bloße Gefälligkeit, da kein Rechtsbindungswille.

Bsp. 2: Von den Fotos überzeugt, möchte S nun seine Sammlung erstmals um ein Richter-Werk erweitern, weshalb er den Galeristen G bittet, für ihn das Werk „Wolkenstudie (Gegenlicht)“ aus dem Jahr 1970 für 14.500.000 Euro zu erwerben. → Hier liegt wegen der wirtschaftlichen Bedeutung und der Nähe zur beruflichen Tätigkeit des G auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einer Vergütung die Annahme eines (entgeltlichen) Dienstvertrags nahe, § 612 I BGB.

d. Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675 BGB

Hat ein Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand, sind die Vorschriften der §§ 675 ff. BGB anzuwenden. Der Verweis in § 675 BGB erklärt weite Teile des Auftragsrechts für entsprechend anwendbar. „Geschäftsbesorgung“ i.S.d. § 675 I BGB wird definiert als **selbständige Tätigkeit vermögensbezogener Art, für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte**, die ihm aber durch den anderen abgenommen wird.²⁵

Bsp.: Rechts- und Steuerberatung oder Vermögensverwaltung.

II. Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

1. Pflichten des Dienstverpflichteten

²⁵ BGH, NJW 1966, 1452, 1454; zum Streitstand: *Seiler*, in: MüKo-BGB, § 662 Rn. 11 ff.

a. Hauptleistungspflicht

Der Dienstvertrag verpflichtet den Dienstverpflichteten gem. § 611 I Alt. 1 BGB, die versprochenen Dienste zu erbringen. Da § 611 II BGB den Leistungsgegenstand sehr weit fasst („Dienste jeder Art“), obliegt es den Parteien, den Inhalt der **Dienstleistungspflicht** näher zu konkretisieren. Bei Zweifeln ist der Parteiwille durch Auslegung zu ermitteln. Etwaige Lücken sind im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, §§ 133, 157 BGB. Oftmals liegt die Konkretisierung der Dienstleistungspflicht aber in der Sphäre einer Vertragspartei.

*Bsp. Sphäre des **Dienstberechtigten**: Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO), wonach dieser Zeit, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung in gewissen Grenzen nach billigem Ermessen bestimmen kann.*

*Bsp. Sphäre des **Dienstverpflichteten**: Patientin P kommt in die Praxis der Frauenärztin F und klagt über Schmerzen im Unterleib. F muss nun bestimmen, wie sie zu einem Befund gelangt und mit welchen Maßnahmen sie den Heilungsprozess einleitet.*

Gem. § 613 S. 1 BGB hat der Dienstverpflichtete die Dienste im Zweifel **in Person** zu erbringen. Da diese Vorschrift nur eine Auslegungsregel („im Zweifel“) normiert, können die Parteien auch eine andere Vereinbarung treffen. Auch hier sind verbleibende Unklarheiten vorrangig im Wege der (ergänzenden) Auslegung zu beseitigen.

Bsp. Wurde der Spezialist für internationales Gesellschaftsrecht Prof. P von den Parteien eines Rechtsstreits als Schiedsrichter beauftragt, kann er nicht seinen Assistenten A als Vertretung schicken.

Vertiefende Hinweise: Neben § 613 S. 1 BGB existiert mit § 613 S. 2 BGB eine weitere Auslegungsregel, wonach der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Eine Abtretung des Anspruchs gem. § 611 I Alt. 1 BGB scheidet damit aus, soweit nicht ein anderes vereinbart ist. Im Arbeitsrecht kann dies jedoch dann negative Folgen haben, wenn der Arbeitgeber seinen Betreib veräußert. Um die Arbeitnehmer in diesem Fall zu schützen, regelt **§ 613a BGB** (vergleichbar mit § 566 BGB) einen gesetzlichen Übergang der **Arbeitsverträge**.²⁶

b. Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten

Der Dienstverpflichtete ist gem. § 241 II BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Dienstberechtigten verpflichtet (sog. Schutzpflichten).²⁷

Bsp. Schweigepflicht von Psychologen, Ärzten oder Rechtsanwälten, die sogar strafbewehrt ist (§ 203 I StGB).

2. Pflichten des Dienstberechtigten

²⁶ Dazu ausführlich in der Vorlesung „Arbeitsrecht“.

²⁷ Zur „Treuepflicht“ des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber: Vorlesung „Arbeitsrecht“.

a. Hauptleistungspflicht

Gem. § 611 I Alt. 2 BGB ist der Dienstberechtigte verpflichtet, die vereinbarte **Vergütung** zu gewähren. Hat dieser keine Vergütung versprochen oder haben sich die Parteien nicht über deren Höhe geeinigt, wird ein Totaldissens durch § 612 BGB²⁸ verhindert, soweit nicht ausdrücklich ein unentgeltliches Auftragsverhältnis gewollt war.

§ 612 I BGB: Fiktion der Entgeltlichkeit, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

§ 612 II BGB: Ist die Höhe nicht bestimmt, gilt die **taxmäßige**²⁹ Vergütung. Existiert keine Taxe ist die **übliche** Vergütung als vereinbart anzusehen. Ist auch eine übliche Vergütung nicht ersichtlich, obliegt es gem. **§§ 316, 315 BGB** dem Dienstverpflichteten, die Höhe seiner Gegenleistung nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Die **Fälligkeit** des Vergütungsanspruchs regelt § 614 BGB, eine lex specialis zu § 271 I BGB. Vergleichbar mit § 641 BGB im Werkvertragsrecht begründet die Vorschrift eine **Vorleistungspflicht** des Dienstverpflichteten. Dies folgt aus dem Umstand, dass der Dienstberechtigte die Vergütung erst **nach Leistung der Dienste** entrichten muss (§ 614 S. 1 BGB). Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, wird sie mit Ablauf des jeweiligen Abschnitts fällig (§ 614 S. 2 BGB).

Beispielsfall 2 Haushälterin³⁰

Die Haushälterin H pflegt den S 15 Jahre hingebungsvoll gegen Kost und Logis und ein geringfügiges Taschengeld. S hatte häufig betont, dass H seine Alleinerbin werden würde. 2003 wirft S die H hinaus und setzt den X zum Alleinerben ein. Rechtslage?

b. Nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten

Auch der Dienstberechtigte ist an die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten aus § 241 II BGB gebunden.³¹ Diese Schutzpflichten werden im Dienstvertragsrecht durch §§ 617, 618 BGB näher ausgestaltet und sind jedenfalls im Voraus nicht abdingbar (§ 619 BGB).

²⁸ Entspricht § 632 BGB im Werkvertragsrecht.

²⁹ Taxe meint einen **hoheitlich** festgesetzten Preis, z. B. RVG, GOÄ. Zum Begriff: *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, § 612 Rn. 28.

³⁰ Vgl. BAG JuS 1972, 105 Nr. 11. Siehe ferner OLG Stuttgart NJW 1977, 1779 = JuS 1978, 53; BAG NJW 1978, 444 und OLG Frankfurt NJW 1982, 1885.

³¹ Zur „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers als Korrelat zur Treuepflicht des Arbeitnehmers: Vorlesung „Arbeitsrecht“

- **§ 617 BGB:** Krankenfürsorge für Dienstverpflichtete im eigenen Haushalt. Alternativ: Versicherungsschutz (§ 617 II BGB).
- **§ 618 I BGB:** Schutzmaßnahmen am Leistungsort
- **§ 618 II BGB:** Angemessene Unterbringung für Dienstverpflichtete im eigenen Haushalt

III. Leistungsstörungen im Dienstvertrag

1. Übersicht

Im Gegensatz zu anderen Vertragstypen (*Bsp. Kauf-, Miet-, Werk-, oder Reiserecht*) gibt es im Dienstvertragsrecht **kein besonderes Gewährleistungsregime**. Es gilt daher das allgemeine Leistungsstörungenrecht, §§ 280 ff., § 314, 326, außerdem § 626 BGB. BGB.

Hinweis: Zu beachten sind verschiedene arbeitsrechtliche Besonderheiten wie die Grundsätze zum innerbetrieblichen Schadenausgleich oder die Beweislastumkehr in § 619a BGB. Dazu näher die Vorlesung „Arbeitsrecht“.

2. Rechte des Dienstverpflichteten bei Leistungsstörungen

a. Verletzung der Dienstleistungspflicht

Für die Rechte des Dienstleistungsberechtigten ist nach der **Art der Pflichtverletzung** zu differenzieren.

(1) Nichtleistung infolge Unmöglichkeit

Ist die Dienstleistungspflicht (§ 611 I Alt. 1 BGB) infolge Unmöglichkeit nach § 275 I BGB ausgeschlossen, stehen dem Dienstberechtigten die Rechte aus § 275 IV BGB zu (insbesondere SE statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 283 BGB). Da bei Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nicht interessengerecht ist, tritt anstelle des Rücktritts die Kündigung (vgl. zu diesem Rechtsgedanken § 313 III 2 BGB). Aus diesem Grund kann auch der Dienstvertrag nur gekündigt werden (Bsp. § 626 BGB).³² Die Kündigung schließt den Anspruch auf Schadensersatz indes nicht aus (vgl. § 314 IV BGB). Das Rücktrittsrecht aus § 326 V BGB findet demgegenüber keine Anwendung.

Exkurs: Mit Ausschluss der Dienstleistungspflicht (§ 275 I BGB) erlischt nach § 326 I 1 Hs. 1 BGB im Grundsatz auch die synallagmatische Vergütungspflicht des Dienstberechtigten (dazu sogleich).

Bsp.: Als um 8 Uhr morgens Beamte des Bundeskartellamts, der Generaldirektion Wettbewerb und der Polizei bei dem LKW-Hersteller L klingeln, um wegen des Verdachts einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache Büros zu durchsuchen sowie Akten und Festplatten zu beschlagnahmen („Dawn Raid“), ruft der Geschäftsführer G sofort Kartellanwalt A an, der verspricht, „alles stehen und liegen zu lassen und zum Firmensitz des

³² *Henssler*, in: MüKo-BGB, § 626 Rn. 43 m.w.N.

L zu eilen. Tatsächlich trifft A allerdings erst um 17 Uhr dort ein. Die Ermittlungen der Beamten ist abgeschlossen.

(2) Nichtleistung trotz Möglichkeit

Ist die Dienstleistungspflicht hingegen noch möglich und leistet der Dienstverpflichtete trotz Fälligkeit und Einredefreiheit nicht, kann der Dienstberechtigte nach Mahnung oder deren Entbehrlichkeit nach §§ 280 I, II, 286 BGB den Verzögerungsschaden ersetzt verlangen. Verstreicht auch eine angemessene Frist zur Leistung, kann der Dienstberechtigte nach §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend machen. Auch hier ist eine ex nunc-Beendigung des Dienstvertrags nur durch Kündigung möglich, die den Anspruch auf Schadensersatz allerdings unberührt lässt (§ 314 IV BGB). Das Rücktrittsrecht aus § 323 I Alt. 1 BGB wird verdrängt.³³

(3) Schlechtleistung/Minderleistung

Der **Leistungsmaßstab** wird im Zweifel subjektiv, das heißt nach den speziellen Fähigkeiten des Dienstverpflichteten bemessen. Er hat die Dienste oder diejenige Arbeit zu leisten, die er „bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte zu leisten im Stande ist“.³⁴ Wird der Dienstverpflichtete tätig, bleibt das Geleistete allerdings hinter dem Geschuldeten zurück, stellt sich in Ermangelung besonderer gesetzlicher Gewährleistungsregeln die Frage nach den Rechten des Dienstberechtigten.

Verletzt der Dienstverpflichtete durch seine Schlechtleistung das Integritätsinteresse des Dienstberechtigten, kann dieser mindestens den Schaden neben der Leistung gem. § 280 I BGB ersetzt verlangen.

Bsp. Der von B für seine Hochzeit engagierte Kellner A schüttet dem Bräutigam beim Servieren ein Glas Rotwein über das Hochzeitshemd. Die Reinigungskosten sind B von A nach § 280 I BGB iVm § 249 II 1 BGB zu ersetzen.

In manchen Fällen wird ein Nachholen der Leistung möglich sein, nämlich wenn die geschuldete Einzelleistung für sich betrachtet werkvertraglichen Charakter hat. Hier kommt ein Anspruch auf Nacherfüllung analog §§ 633, 635 BGB in Betracht.

Bsp.: Verpflichtung des Steuerberaters, einzelne Mängel der Steuererklärung zu beheben.

Bsp. 2: Verpflichtung des Zahnarztes, verbliebene Karies zu beseitigen.

³³ Henssler, in: MüKo-BGB, § 626 Rn. 43.

³⁴ Müller-Glöge, in: MüKoBGB § 611 Rn. 19.

Fällt die Leistung so schlecht aus, dass von einer Nichtleistung gesprochen werden kann, entfällt die Pflicht, eine Vergütung zu bezahlen (§ 320 BGB).³⁵ Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, gerichtet auf Befreiung von der Vergütungspflicht (§ 249 I BGB: Naturalrestitution) bejaht.³⁶

Umstritten ist, ob dem Dienstberechtigten beim selbständigen Dienstvertrag ein Minderungsrecht zuzubilligen ist. Ein solches widerspricht aber wohl dem Willen des Gesetzgebers und ist aus diesem Grund abzulehnen.³⁷

b. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht

Verletzt der Dienstverpflichtete eine Schutzpflicht aus § 241 II BGB kann der Dienstberechtigte einen etwaigen Schaden nach § 280 I BGB ersetzt verlangen.

Bsp. Als es dem Kellner A auf der Hochzeit zu bunt wird, verprügelt er den dienstberechtigten Bräutigam B. Anders als im Beispiel oben verletzt A das Integritätsinteresse des B nicht durch die Leistungshandlung, sondern nur bei Gelegenheit der Leistungserbringung.

³⁵ So W.-H. Roth, VersR 1979, 497. Kritisch Medicus, JuS 1998, 289, 294.

³⁶ So z. B. OLG Köln MedR 1994, 198; OLG München OLGR 1998, 247 (für Patienten unbrauchbare zahnärztliche Behandlung). Ähnlich das OLG Koblenz (NJW-RR 2006, 1358), das ein Aufrechnungsrecht des Mandanten in Höhe seines Kostenschadens (Anwalts- und Gerichtskosten!) aus § 280 I BGB gegenüber seinem Rechtsanwalt, der ihn pflichtwidrig nicht auf die mangelnden Erfolgsaussichten einer Klageerhebung hingewiesen hatte.

³⁷ Zum Streitstand: Looschelders, SchR BT, Rn. 582 m.w.N.

3. Rechte des Dienstberechtigten bei Leistungsstörungen

a. Verletzung der Vergütungspflicht

Zahlt der Dienstberechtigte trotz Fälligkeit nach § 614 S. 1 BGB nicht, kann der Dienstverpflichtete ihn in Verzug setzen (regelmäßig Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 II Nr. 2 BGB) und etwaige Verzögerungsschäden nach §§ 280 I, II, 286 BGB oder gem. § 288 I BGB Verzugszinsen geltend machen.

- **§ 326 II 1 Alt. 1 BGB:** Ist der Dienstberechtigte für das Leistungshindernis allein oder weit überwiegend verantwortlich, bleibt der Anspruch auf die Vergütung erhalten.

Bsp. A erscheint auf der Hochzeit des B nicht als Kellner, weil der hochnervöse Bräutigam B diesen mit dem Auto erfasst, woraufhin B – von A unbemerkt – bewusstlos am Straßenrand liegen bleibt und erst nach der Hochzeitsfeier wiedererwacht.

- **§ 615 S. 1 BGB** (lex specialis zu § 326 II 1 Alt. 2 BGB³⁸): Tritt die Unmöglichkeit der Dienstleistungspflicht zu einem Zeitpunkt ein, in dem der Dienstberechtigte im Annahmeverzug ist, behält der Dienstverpflichtete abweichend von § 326 I 1 Hs. 1 BGB den Anspruch auf die Vergütung. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 615 S. 2 BGB).

Die Vorschrift des § 615 S. 1 BGB gilt – insoweit weitergehend als § 326 II 1 Alt. 2 BGB – nicht nur bei Unmöglichkeit, sondern auch, wenn der Dienstberechtigte mit einer Leistung in Annahmeverzug gerät, die zu einem anderen Termin noch nachgeholt werden könnte. Für diesen Fall bestimmt § 615 S. 1 BGB, dass der Dienstverpflichtete die Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

Bsp. Versäumt die Ballerina B ihre Einzelstunde, kann ihr Personal Trainer P gleichwohl die Vergütung verlangen (§ 611 I Alt. 2, 615 S. 1 BGB),³⁹ da P durch das Fernbleiben gem. § 296 S. 1 BGB in Annahmeverzug kam. P ist wegen § 615 S. 1 BGB nicht verpflichtet, die Einzelstunde an einem anderen Termin nachzuholen.

§ 615 S. 3 BGB: Sonderregel, die ausschließlich bei Arbeitsverträgen gilt. Auf ihrer Grundlage hat die Rspr. die sog. Betriebsrisikolehre entwickelt. Danach hat der Arbeitgeber das Risiko zu tragen, dass die zur Arbeit notwendigen Betriebsmittel unverschuldet nicht zur Verfügung stehen (Bsp.: Naturkatastrophen, Stromausfall, Rohstoffmangel).

- **§ 616 BGB:** Der Anspruch auf die Vergütung erlischt abweichend von § 326 I 1 Hs. 1 BGB gem. § 616 S. 1 BGB auch dann nicht, wenn der Dienstverpflichtete nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche

³⁸ So wohl auch *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 326 Rn. 74.

³⁹ Beispiel angelehnt an *Looschelders*, SchR BT, Rn. 594.

Zeit durch einen in seiner **Person liegenden Grund** an der Dienstleistung verhindert ist. Entscheidend ist, dass der Hinderungsgrund aus der Sphäre des Dienstverpflichteten stammt.

Bsp.: Krankheit, Arztbesuch, Pflege der eigenen Kinder (bis zu fünf Tage), eigene Hochzeit oder Hochzeit der eigenen Kinder.

Gegenbeispiele: Stau, Unwetter, Flugverbot und weitere objektive Hinderungsgründe, die außerhalb der Sphäre des Dienstverpflichteten liegen und mehrere Personen treffen können (vgl. Wortlaut des § 616 BGB).

b. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht

Für Schutzpflichtverletzungen (§ 241 II BGB) des Dienstberechtigten gelten die gleichen Grundsätze wie für den Dienstverpflichteten. Bedeutsam ist überdies die Verletzung der besonderen Schutzpflicht aus § 618 BGB.

Versäumt es der Dienstberechtigte den Leistungsort ordnungsgemäß zu sichern, kann der Dienstverpflichtete seine Leistung nach § 273 BGB verweigern. Bietet dieser seine Dienste gem. § 294 BGB trotzdem an und ist der andere Teil bereit, diese anzunehmen, kommt der Dienstberechtigte gem. § 298 BGB gleichwohl in Annahmeverzug, wenn er zum vereinbarten Dienstbeginn die gem. § 618 BGB Zug um Zug geschuldeten Schutzvorkehrungen nicht vornimmt.⁴⁰ In diesem Fall kann der Dienstberechtigte die Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (§ 615 S. 1 BGB). Verletzt sich der Dienstverpflichtete infolge der unterlassenen Schutzmaßnahmen, kann er gem. § 280 I, 241 II BGB Schadensersatz verlangen. Für den haftungsausfüllenden Tatbestand verweist § 618 III BGB auf die §§ 842-846 BGB.

IV. Beendigung des Dienstvertrags

1. Übersicht

- Beendigung mit **Tod** des Dienstverpflichteten
- Beendigung durch **Aufhebungsvertrag**
- Beendigung mit **Zeitablauf**, wenn Dienstvertrag befristet (§ 620 I BGB)
- Beendigung durch **ordentliche Kündigung**, wenn Vertrag unbefristet (§ 620 II BGB)
- Beendigung durch **außerordentliche Kündigung** aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)
- Beendigung durch **außerordentliche Kündigung** bei Diensten höherer Art (§ 627 BGB)

⁴⁰ *Unberath*, in: BeckOK-BGB, Bamberger/Roth, 41. Edition, § 298 Rn. 3, wonach § 298 BGB nicht nur bei gegenseitigen Verträgen, sondern auch auf alle Fälle des Zurückbehaltungsrechts anzuwenden ist.

2. Tod des Dienstverpflichteten

Der Tod des Dienstverpflichteten führt **nicht** zwingend zu einer **Beendigung des Dienstvertrages** als Schuldverhältnis im weiteren Sinne. Vielmehr treten die Erben gem. §§ 1922 I, 1967 BGB im Wege der Universalsukzession in das Vertragsverhältnis ein. Soweit der Verstorbene allerdings wie häufig gem. § 613 S. 1 BGB in Person zu leisten hatte, wurde die **Dienstleistungspflicht** aus § 611 I Alt. 1 BGB (Schuldverhältnis im engeren Sinne) mit dessen Tod unmöglich, weshalb sie nach **§ 275 I BGB** ausgeschlossen ist.

3. Aufhebungsvertrag

Die Parteien können als Ausfluss ihrer Privatautonomie jederzeit einen Aufhebungsvertrag schließen. Dieser ist für **selbständige** Dienstverträge **formfrei**, für **Arbeitsverträge** bedarf er indes gem. § 623 Hs. 1 Alt. 2 BGB der **Schriftform** (§ 126 BGB). Wird diese nicht gewahrt, ist der Aufhebungsvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

4. Zeitablauf bei befristeten Dienstverträgen

Ist die Dauer des Dienstvertrags vertraglich bestimmt (§ 620 I BGB) oder ergibt sich diese aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste (§ 620 II BGB e contrario), **endet** der Dienstvertrag mit **Zeitablauf oder mit Erreichung des Zwecks**. Etwas anderes gilt, wenn der Dienstverpflichtete das Dienstverhältnis mit Wissen des anderen Teils fortsetzt und dieser nicht unverzüglich widerspricht. In diesem Fall wird eine Verlängerung des Dienstvertrags auf **unbestimmte** Zeit fingiert (§ 625 BGB).

Hinweis: Für **befristete Arbeitsverträge** gelten aufgrund des Verweises in § 620 III BGB die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

5. Ordentliche Kündigung bei unbefristeten Dienstverträgen

Der Dienstvertrag endet mit Wirksamkeit der **ordentlichen** Kündigung **ex nunc**. Diese ist nach **§ 620 II BGB** allerdings nur für **unbefristete** Dienstverträge vorgesehen. Während das Recht zur ordentlichen Kündigung als solches bereits aus § 620 II BGB folgt, ergeben sich die weiteren Voraussetzungen aus dem Verweis auf die §§ 621 bis 623 BGB.

- **§ 621 BGB: Kündigungsfristen für Dienstverträge, die kein Arbeitsverhältnis sind**
 - Welche Frist im Einzelfall gilt, richtet sich nach dem jeweiligen **Zeitabschnitt**, nach dem die Vergütung bemessen ist (Nr. 1 bis 4).
 - Ist diese **nicht nach Zeitabschnitten** bemessen, kann in der Regel **jederzeit** gekündigt werden (Nr. 5).
 - Ausnahmsweise bestimmt § 621 Nr. 5 Hs. 2 BGB eine Kündigungsfrist von **zwei Wochen**, wenn das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt.
- **§ 622 BGB: Kündigungsfristen für Arbeitsverträge**⁴¹

⁴¹ Die Einzelheiten des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers sind Gegenstand der Vorlesung „Arbeitsrecht“.

- **Abs. 1:** Im Grundsatz gilt für die ordentliche Kündigung eine Frist von **vier Wochen** zum Fünfzehnten oder zum Ende des Kalendermonats (§ 622 I BGB).
 - **Abs. 2:** Kündigt der **Arbeitgeber**, verlängert sich die Kündigungsfrist mit zunehmender Dauer des Arbeitsvertrags (§ 622 II Nr. 1 bis 7 BGB). Zu beachten ist, dass die Vorschrift des § 622 II 2 BGB gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt⁴² und aus diesem Grund von den nationalen Gerichten nicht mehr angewendet werden darf.
 - **Abs. 3:** Kündigungsfrist von zwei Wochen für Arbeitsverhältnisse in der Probezeit, die sechs Monate nicht übersteigen.
 - **Abs. 4:** Öffnungsklausel für abweichende Kündigungsfristen durch Tarifvertrag.
 - **Abs. 5:** Beschränkte Öffnungsklausel für kürzere Kündigungsfristen durch Individualvertrag.
 - **Abs. 6:** Kündigungsfrist des Arbeitnehmers darf jene des Arbeitgebers nicht übersteigen.
- **§ 623 BGB:** Schriftform für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen (§§ 623 Hs. 1 Alt. 1, 126 BGB). Aus dem Umkehrschluss folgt die Formfreiheit der ordentlichen Kündigung für selbständige Dienstverträge.

6. Außerordentliche Kündigung bei unbefristeten und befristeten Dienstverträgen

a. Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)

§ 626 BGB gestattet als *lex specialis* zu § 314 BGB jeder Vertragspartei den Dienstvertrag fristlos zu kündigen, wenn sie einen **wichtigen Grund** geltend machen kann, aufgrund dessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann.

*Bsp.: Vorbehaltlich der jeweiligen Interessenabwägung im Einzelfall wird in den folgenden Konstellationen in der Regel ein wichtiger Grund gegeben sein: erhebliche Straftaten des Arbeitnehmers zulasten des Arbeitgebers oder umgekehrt, wiederholte Trunkenheit am Arbeitsplatz oder chronische Unpünktlichkeit.*⁴³

Liegt ein wichtiger Grund vor, muss die Kündigung innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der maßgeblichen Umstände erklärt werden (§ 626 II 1 BGB). Der Kündigungsgrund ist auf Verlangen des anderen Teils unverzüglich schriftlich zu bestätigen (§ 626 II 3 BGB). Ein Verstoß gegen § 626 II 3 BGB führt nur zu Schadensersatz. Die Wirksamkeit der Kündigung bleibt davon unberührt.

Hinweis: Die kurze Ausübungsfrist der „fristlosen Kündigung“ in § 626 II 1 BGB ist Ausdruck des Rechtsgedankens des *venire contra factum proprium*.⁴⁴ Wer länger als zwei Wochen mit der Kündigung warten kann, kann schwerlich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen.

⁴² EuGH, NZA 2010, 85 – *Küçükdeveci*.

⁴³ Mit weiteren Beispielen *Looschelders*, SchR BT, Rn. 606 m.w.N.

⁴⁴ Anders *Looschelders*, SchR BT, S. 607, der diese als einen gesetzlichen Fall der Verwirkung qualifiziert.

b. Fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund (§ 627 BGB)

§ 627 BGB ermöglicht als Sonderfall auch dann eine fristlose Kündigung, wenn kein wichtiger Grund gegeben ist (vgl. Wortlaut „ohne die in § 626 bezeichnete Voraussetzung“). Dies gilt jedoch nur für ein **nicht arbeitsvertragliches** Dienstverhältnis, das **nicht** als **dauerndes** mit festen Bezügen ausgestaltet ist und zu **Diensten höherer Art** verpflichtet.

- Dienstvertrag, der kein Arbeitsvertrag ist
- Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen

Dauernd ist ein Dienstverhältnis nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, wenn es bereits einige Zeit besteht oder aber für eine längere Zeit eingegangen wird.⁴⁵

Daraus darf indes **nicht** geschlossen werden, dass nur unbefristete Dienstverträge als **dauernde** gelten. Vielmehr ist bei der Auslegung auch die Ratio des § 627 I BGB zu berücksichtigen, die sich um einen Ausgleich zwischen der Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten und dem Vertrauensschutz des Dienstverpflichteten bemüht.⁴⁶ Wann das Vertrauen des Dienstverpflichteten auf eine Existenzsicherung durch eine auf Dauer angelegte Beschäftigung überwiegt, muss aber im Einzelfall bestimmt werden.

Nach der Rspr. des BGH kann bereits dann von einem dauernden Dienstverhältnis ausgegangen werden, wenn es auf **ein Jahr befristet** ist und die Parteien die **Möglichkeit einer Verlängerung** in Betracht ziehen.⁴⁷ Ist das Dienstverhältnis für **zwei Jahre** eingegangen, ist dieses ein dauerndes, auch wenn die Parteien nicht an eine Verlängerung denken.⁴⁸

Unter **festen Bezügen** versteht man eine auf Dauer vereinbarte (Fix-)Vergütung für eine konkrete Dienstleistung, die nicht von außervertraglichen Entwicklungen abhängig ist (*Gegenbeispiel. Provision*) und daher nicht in der Höhe schwankt.⁴⁹ Wiederum zeigt sich der Gedanke des schutzwürdigen Vertrauens beim Dienstverpflichteten.

- **Dienste höherer Art**, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden. Bereits in den Gesetzesmaterialien zum BGB ist angedeutet, dass Dienste höherer Art eine „besondere Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung“ voraussetzen.⁵⁰ Das Gleiche gilt, wenn sie den persönlichen Lebensbereich berühren.⁵¹

⁴⁵ Henssler, in: MüKo-BGB, § 627 Rn. 14.

⁴⁶ BGH, NJW 2011, 3575, 3576 m.w.N.

⁴⁷ Wohl st. Rspr. seit BGH, NJW 1967, 1416, jüngst BGH, NJW-RR 2015, 686, 688.

⁴⁸ So BGH, NJW 1993, 326, 327 m.w.N.

⁴⁹ OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04416; Henssler, in: MüKo-BGB, § 627 Rn. 18.

⁵⁰ Mugdan, Materialien Bd. II, S. 912; dies aufgreifend: BGH, NJW-RR 2015, 686, 687.

⁵¹ Dazu bereits BGH, NJW, 1987, 2808; NJW 2011, 2955; zuletzt BGH, NJW-RR 2015, 686, 687.

Bsp. Dienste höherer Art erbringen in der Regel Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Privatlehrer, aber auch Ehe- und Partnerschaftsvermittler oder Pflegeeinrichtungen.

Hinweis: Beide Vertragsparteien können nach § 627 BGB fristlos kündigen. Da der Dienstberechtigte aber oftmals auf die Dienste angewiesen ist und dann einen Ersatz benötigt, wahrt § 627 II BGB seine Interessen, indem er eine Kündigung des Dienstverpflichteten zur Unzeit (z. B. Aufkündigung des Mandats durch den Rechtsanwalt am Tag vor der mündlichen Verhandlung) verbietet. Eine Ausnahme gilt, soweit ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Ohne einen solchen Grund hat der Dienstberechtigte andernfalls einen **Schadensersatzanspruch** aus § 627 II 2 BGB.

c. Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung

In beiden Fällen der außerordentlichen Kündigung beendet das Gestaltungsrecht den Dienstvertrag sofort mit Zugang der Erklärung (**ex-nunc-Wirkung**). Kündigt eine Partei nach §§ 626 oder 627 BGB, schuldet der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten eine **Teilvergütung**, die in der Höhe den bisherigen Dienstleistungen entspricht (§ 628 I 1 BGB).

Soweit der **Dienstverpflichtete kündigt**, ohne durch ein vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten dazu veranlasst zu sein oder veranlasst er selbst durch ein solches Verhalten die Kündigung des anderen Teils, steht ihm der Anspruch auf die **Teilvergütung nicht zu**, soweit der Dienstberechtigte an den bisherigen Leistungen infolge der Kündigung kein Interesse hat (§ 628 I 2 BGB).

Die Rückerstattung einer **im Voraus** entrichteten **Vergütung** richtet sich bei Vertretenmüssen des Dienstverpflichteten nach § 346 BGB. Hat er den die Kündigung auslösenden Umstand jedoch nicht zu vertreten, ist ihm die privilegierte (insbesondere § 818 III BGB) Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht eröffnet (§ 628 I 3 BGB).

Zuletzt gewährt § 628 II BGB dem Kündigenden einen **Schadensersatzanspruch**, wenn der andere Teil die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten veranlasst hat.

Bsp. Arbeitnehmer A verprügelt seinen Arbeitgeber B, woraufhin dieser dem A nach § 626 BGB fristlos kündigt. Kann B nur unter Mehrkosten einen Ersatz für A finden, kann B diese unfreiwilligen Kosten gem. § 628 II BGB von A ersetzt verlangen. Dies gilt jedoch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens).⁵²

7. Besonderheiten bei der Beendigung von dauernden Dienstverträgen

Nach der Kündigung eines **dauernden**⁵³ Dienstverhältnisses kann der Dienstverpflichtete gem. § 629 BGB verlangen, eine angemessene Zeit zur Stellensuche freigestellt zu werden. Ergänzt wird dies

⁵² Beispiel angelehnt an *Looschelders*, SchR BT, Rn. 609.

⁵³ Dazu bereits oben.

durch den Anspruch aus § 630 BGB, wonach dem Dienstverpflichtete zusätzlich ein schriftliches Zeugnis zusteht.

8. Zusammenfassende Übersicht: Beendigung des Dienstvertrags

Selbständiger Dienstvertrag		Arbeitsvertrag	
befristet	unbefristet	befristet	unbefristet
Aufhebungsvertrag (+)	Aufhebungsvertrag (+)	Aufhebungsvertrag (+), Schriftform (§ 623 BGB)	Aufhebungsvertrag (+), Schriftform (§ 623 BGB)
§ 620 I BGB (+)	§ 620 I BGB (-), da Zeit nicht bestimmt	§ 620 III BGB iVm § 15 I TzBfG (+)	§ 620 I BGB (-), da Zeit nicht bestimmt
§ 620 II BGB (-)	§ 620 II, 621 BGB (+)	§ 620 II BGB (-), vgl. auch § 15 III TzBfG	§ 620 II, 622 BGB (+), Schriftform (§ 623 BGB)
§ 626 BGB (+)	§ 626 BGB (+)	§ 626 BGB (+)	§ 626 BGB (+)
§ 627 BGB (+)	§ 627 BGB (+)	§ 627 BGB (-)	§ 627 BGB (-)

C. Sonderfall Behandlungsvertrag, § 630a BGB, im Überblick

Schuldet der Dienstverpflichtete eine **medizinische Behandlung**, sind die vorrangigen Sondervorschriften der §§ 630a ff. BGB anzuwenden. Im Übrigen bleibt das allgemeine Dienstvertragsrecht (mit Ausnahme der Vorschriften über das Arbeitsverhältnis) anwendbar (§ 630b BGB). Als Besonderheiten des Behandlungsvertrags hervorzuheben sind die

- besonderen Informationspflichten des Arztes, §§ 630c, 630e (Aufklärung) zu Risiken und Chancen der vorgeschlagenen Therapie, zu etwaigen Behandlungsfehlern und zur Frage der Kostenübernahme,
- Einwilligungserfordernis (aufbauend auf entsprechender Aufklärung), § 630d BGB
- Dokumentationspflichten des Arztes, § 630f BGB,
- Beweislastregeln bei Behandlungs-, Dokumentations- und Aufklärungsfehlern, § 630h, insbesondere die Vermutung, dass ein grober Behandlungsfehler kausal für eine eingetretene Körper- oder Gesundheitsverletzung war. Es genügt insoweit, dass die Kausalbeziehung möglich erscheint („grundsätzliche Geeignetheit des Behandlungsfehlers“).

Beispielsfall 4: Verkannte Meningitis (angelehnt an LG Stuttgart 15 O 543/93)

Patientin P, die über starke und anhaltende Kopfschmerzen, Übelkeit und Erbrechen klagte, wurde von ihrem Hausarzt wegen Verdachts auf Meningitis (Hirnhautentzündung) ins Krankenhaus eingewiesen. Die in der Notaufnahme diensthabende Fachärztin A der Inneren Medizin entließ diese jedoch – ohne weitere, bei dieser Symptomatik angezeigte diagnostische Maßnahmen wie Lumbalpunktion oder eine Computertomographie des Schädels – mit der unrichtigen Diagnose „muskulär bedingter Kopfschmerz“ wieder nach Hause. Als P zwei Tage später in kritischem Zustand erneut ins Krankenhaus gebracht wurde, stellte Neurologe N eine Hirnblutung als Folge einer Meningitis fest. Trotz ordnungsgemäßer Behandlung im Anschluss blieb der linke Arm der P gelähmt. P führt dies auf die verspätete Behandlung zurück. Ein medizinisches Gutachten stellt fest, dass die Lähmung bei umgehender Behandlung mit einer Wahrscheinlichkeit von 60 % hätte verhindert werden können.

Hat P Ansprüche auf Schadensersatz gegen A und das Krankenhaus?

C. Mietvertrag (§§ 535-580a BGB)

I. Überblick

1. Rechtsnatur

Der in den §§ 535 ff. BGB geregelte Mietvertrag ist ein **gegenseitiger, entgeltlicher** Vertrag, der die Überlassung einer **Mietsache** auf Zeit zum Gegenstand hat.

Der **Vermieter** verpflichtet sich, dem Mieter während der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache zu gewähren (§ 535 I 1 BGB), sie in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen und diesen zu erhalten (§ 535 I 2 BGB). Im Gegenseitigkeitsverhältnis hierzu steht die Pflicht des **Mieters**, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten (§ 535 II BGB), nicht aber dessen Rückgabepflicht nach Ablauf der Mietzeit (§ 546 I BGB).

Anders als bei punktuellen Verträgen (Bsp. Kaufvertrag) erschöpfen sich die essentialia negotii des Mietverhältnisses nicht in einem einmaligen Leistungsaustausch. Vielmehr ist der Mietvertrag als **Dauerschuldverhältnis** ausgestaltet.⁵⁴

Hinweis: Diese dogmatische Einordnung ist bedeutsam für die einseitige Beendigung des Mietvertrags durch Gestaltungsrecht. Wie die gesetzgeberische Wertung in § 313 III 2 BGB zeigt, können Dauerschuldverhältnisse nur gekündigt werden, während der Rücktritt punktuellen Verträgen vorbehalten ist. Eine Ausnahme wird teilweise bei Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrecht zugelassen, bevor die Mietsache übergeben wurde.⁵⁵ Da in diesem Fall noch keine Leistungen ausgetauscht wurden, führt der Rücktritt zu identischen wirtschaftlichen Folgen wie die Kündigung, namentlich zu einer Beendigung des Mietvertrags ex nunc ohne Rückabwicklung für die Vergangenheit.

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Neben dem Mietvertrag kennt das BGB weitere Vertragstypen, welche die Überlassung eines Gegenstands auf Zeit betreffen. Von diesen ist das Mietverhältnis im Einzelfall abzugrenzen.

a. Abgrenzung zum Pachtvertrag (§ 581 BGB)

Der Verweis in § 581 II BGB auf die Vorschriften des Mietrechts legt bereits nahe, dass beide Verträge in ihrer Struktur sehr ähnlich sind, da andernfalls eine entsprechende Anwendung nicht interessengerecht wäre. Auch der Pachtvertrag ist auf eine **entgeltliche Gebrauchsüberlassung** gerichtet. Er unterscheidet sich von Mietvertrag jedoch in zwei Punkten: Zum einen ist er nicht auf die Überlassung von Sachen beschränkt, sondern erfasst auch andere Gegenstände (Bsp. Rechte). Zum anderen gestattet der Pachtvertrag neben der Gebrauchsüberlassung zusätzlich den **Genuss der Früchte** (§ 581 I 1 BGB).

b. Abgrenzung zum Leihvertrag (§ 598 BGB)

Beim Leihvertrag verpflichtet sich der Verleiher, den Gebrauch der Sache **unentgeltlich** zu überlassen (§ 598 BGB). Beim Mietvertrag ist der Vermieter hierzu nur gegen **Entgelt** verpflichtet.

c. Abgrenzung zum Sachdarlehen (§ 607 BGB)

Während der **Vermieter** dem Mieter zur Gebrauchsüberlassung **nur** den **Besitz** an der Mietsache verschafft, verpflichtet sich der Darlehensgeber beim Sachdarlehen (§ 607 I 1 BGB) eine vereinbarte vertretbare Sache (§ 91 BGB) **zu übereignen**. Dass dieser nicht nur den Besitz, sondern auch das **Eigentum** überträgt, folgt aus § 607 I 2 BGB, der den Darlehensnehmer nicht verpflichtet, die ursprünglich geleisteten Sachen zurückzuerstatten, sondern nur solche von gleicher Art, Güte und Menge.⁵⁶ Beim (Sach-

⁵⁴ Ausführlich zum Begriff und Wesen des Dauerschuldverhältnisses: *Meier*, ZfPW 2016, 233.

⁵⁵ So wohl *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Auflage, Rn. 1010.

⁵⁶ Entsprechendes gilt für den (Geld-)Darlehensvertrag aus § 488 BGB.

)Darlehensvertrag wird also eine **vergleichbare** Sache zurückgegeben, wohingegen beim Mietvertrag am Ende der Mietzeit die Rückgabe der **identischen** Sache geschuldet ist.

Bsp.: Hausmann H fehlen 2 kg Kartoffeln, mit denen er ein Gratin herstellen wollte. Seine Nachbarin N gibt ihm welche. H verspricht, am nächsten Tag auf dem Markt Kartoffeln zu erstehen und damit „seine Schuld bei N zu begleichen“.

d. Abgrenzung zum Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB)

Beide Verträge haben die Überlassung einer Sache zum Gegenstand. Die Abgrenzung ergibt sich aber aus dem Vertragsziel. Bei Mietvertrag erfolgt die Überlassung der Sache **im Interesse des Mieters**, der diese **gebrauchen** möchte (§ 535 BGB). Beim Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB) wird die Sache hingegen **im Interesse des Hinterlegers** übergeben, damit sie der Verwahrer für ihn **in Obhut nimmt** (§ 688 BGB). Diese Abgrenzung kann freilich nur bei beweglichen Sachen relevant werden, da nur dann § 688 BGB gilt.

Bsp.: M möchte das Klavierspielen erlernen. Sein Freund F, der für einige Zeit ins Ausland ziehen muss, überlässt M sein Klavier gegen Zahlung von monatlich 50 EUR. Nachdem M erkannt hat, dass ihm das Notenlesen zu kompliziert ist, verhandelt er mit F über die Rückgabe des sperrigen Instruments. F kann das Klavier aber bis zu seiner Rückkehr aus dem Ausland auch nicht gebrauchen. Er bittet den M, das Klavier noch einige Monate in seinem Keller aufzubewahren.

3. Systematik des Mietrechts

- **§§ 535-548 BGB:** Allgemeiner Teil des Mietrechts, der für **alle** Mietverhältnisse gilt
- **§§ 549-578a BGB:** Besonderer Teil des Mietrechts mit ergänzenden Vorschriften für Mietverhältnisse über **Wohnraum**
- **§§ 579-580a BGB:** Besonderer Teil des Mietrechts mit ergänzenden Vorschriften für Mietverhältnis über **Grundstücke, Nicht-Wohnräume, eingetragene Schiffe und bewegliche Sachen**

II. Allgemeiner Teil des Mietrechts (§§ 535-548 BGB)

1. Vertragstypische Pflichten beim Mietvertrag

a. Pflichten des Vermieters

(1) Hauptleistungspflichten

- **§ 535 I 1 BGB:** Pflicht, den **Gebrauch** der Mietsache während der Mietzeit **zu gewähren**

Hinweis: Ausweislich des Wortlauts des § 535 I 1 BGB kann nur der Gebrauch einer **Sache**, also eines körperlichen Gegenstands (§ 90 BGB), mietvertraglich gewährt werden. Unerheblich ist es, ob der Vermieter eine bewegliche Sache (Bsp. Videospiel, Kfz) oder eine unbewegliche (Bsp. Grundstück samt Haus) überlässt.

- **§ 535 I 2 BGB:** Pflicht, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand **zu überlassen** und **zu erhalten**

Bsp. Bei Mietverhältnissen über Gewerberäume gewährleistet § 535 I 2 BGB einen „vertragsimmanenten Konkurrenzschutz“⁵⁷, der es dem Vermieter untersagt, dem gewerblichen Mieter in unmittelbarer Nähe Konkurrenz zu machen.

Vertiefender Hinweis: Wie § 538 BGB ausdrücklich klarstellt, gilt die Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 I 2 Alt. 2 BGB) auch für Abnutzungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstehen. Deren Beseitigung (sog. **Schönheitsreparaturen**) ist **im Grundsatz** Sache des Vermieters (Bsp. Streichen der Wände).

In der Praxis wird eine solche Pflicht des Vermieters aber regelmäßig **abbedungen**. Während dies einzelvertraglich ohne Weiteres zulässig ist, hat sich zur Frage der Zulässigkeit von Schönheitsreparatur-Klauseln in AGB-Mietverträgen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine weitreichende Kasuistik gebildet. Da deren Kenntnis selbst im Examen nicht in allen Einzelheiten verlangt werden kann, soll hier nur ein kurzer Überblick gegeben werden.⁵⁸

Die formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter verstößt nach Rspr. des BGH **als solches** nicht gegen § 307 I 1, II Nr. 1 BGB.⁵⁹ Der 8. Zivilsenat begründete dies mit dem Entgeltcharakter der Schönheitsreparaturübernahme. Wäre diese Pflicht nicht vertraglich auf den Mieter übertragen worden, hätte der Vermieter für die Überlassung einen höheren Mietzins verlangt.⁶⁰

Soweit der Vermieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt, ist eine Klausel **unwirksam**, wenn sie den Mieter zur Vornahme von **Schönheitsreparaturen** verpflichtet, obwohl die Wohnung **renovierungsbedürftig überlassen** wurde.⁶¹

Das Gleiche gilt für Schönheitsreparaturklauseln, die den Mieter **ohne Rücksicht** auf einen tatsächlich bestehenden **Renovierungsbedarf** zur Renovierung verpflichten.⁶²

- **§ 535 I 3 BGB:** Pflicht, die auf der Mietsache ruhenden **Lasten zu tragen** (Bsp. Grundsteuer)

(2) Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten

⁵⁷ BGH, NJW 2013, 44, Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 404a.

⁵⁸ Mit weiteren Entscheidungsnachweisen: Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 404.

⁵⁹ BGH, NJW 1980, 2347, 2348; NJW 1985, 480, 481, NJW 1987, 2575, 2576.

⁶⁰ BGH, NJW 1987, 2575, 2576.

⁶¹ So jüngst BGH, NJW 2015, 1594, in Aufgabe von BGH, NJW 1987, 2575.

⁶² BGH, NJW 2004, 2586, 2587; NJW 2006, 2915, 2916 (starre Schönheitsreparaturfristen).

Daneben ist der Vermieter gem. § 241 II BGB zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Mieters verpflichtet (sog. Schutzpflichten).

b. Pflichten des Mieters

(1) Pflicht zur Entrichtung der Miete (§ 535 II BGB)

Der Mieter muss gem. § 535 II BGB die vereinbarte Miete entrichten. Der Fälligkeitszeitpunkt richtet sich im Grundsatz nach der allgemeinen Vorschrift des § 271 I Alt. 1 BGB, **soweit nicht ein anderer Zeitpunkt** bestimmt ist.

Die **Fälligkeit** ist im Mietrecht indes durch die **§ 556b I BGB** und **§ 579 BGB** abschließend geregelt. Bei Mietverhältnissen über **Wohnraum** wird der Mietzins zu Beginn der einzelnen Zeitabschnitte, spätestens zum dritten Werktag fällig (§ 556b I BGB). Das Gleiche gilt gem. §§ 579 II, 556b I BGB für Mietverträge über **Räume, die nicht Wohnräume** sind. Bei **Grundstücken** oder **beweglichen Sachen** ist die Miete am Ende der Mietzeit zu entrichten (§ 579 I BGB).

(2) Pflicht, die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauch zu wahren

Der Gebrauch der Mietsache muss sich in den vertraglich festgelegten Grenzen halten. Die Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Vorgaben der Hausordnung, soweit sie Vertragsbestandteil wurde.⁶³ Konkretisiert wird diese Pflicht durch § 540 BGB, der es dem Mieter versagt, den Gebrauch der Sache ohne Erlaubnis des Vermieters einem Dritten zu überlassen. Dies erfasst insbesondere den Abschluss von Untermietverhältnissen. Zwar ist nach dem Wortlaut der Vorschrift „Dritter“, wer nicht Vertragspartei ist. Da dieses Merkmal aber wegen Art. 6 I GG verfassungskonform auszulegen ist, dürfen Familienangehörige auch ohne Erlaubnis in die Wohnung aufgenommen werden.⁶⁴

Hinweis: Bei **Wohnraum**mietverträgen hat der Mieter gegen den Vermieter unter den Voraussetzungen des **§ 553 BGB** einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis.

(3) Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen?

Nur soweit der Mietvertrag eine wirksame Schönheitsreparaturklausel enthält, ist der Mieter auch zu derartigen Ausbesserungen verpflichtet.

(4) Pflicht zur Rückgabe der Mietsache (§ 546 I BGB)

Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter verpflichtet, den Besitz an der Mietsache zurück zu übertragen. Diese Pflicht steht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis (sog. Synallagma). Der Anspruch des Vermieters tritt neben den Anspruch aus § 985 BGB, wenn der Vermieter Eigentümer ist.

(5) Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten

⁶³ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 446.

⁶⁴ BGH, NJW 2004, 56, 57.

Zuletzt treffen den Mieter die allgemeinen Schutzpflichten gem. § 241 II BGB, weshalb auch dieser zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vermieters verpflichtet ist.

2. Rechte des Vermieters bei Pflichtverletzungen

Verletzt der Mieter seine Pflichten aus dem Mietverhältnis, stehen dem Vermieter je nach Verstoß die nachfolgenden Rechte zu.

a. Rechte des Vermieters im Einzelnen

(1) Verletzung der Pflicht zur Entrichtung der Miete (§ 535 II BGB)

Zahlt der Mieter trotz Fälligkeit nicht, kann der Vermieter gem. **§§ 280 I, II, 286 BGB** den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Verzögerung entstanden ist (sog. **Schadensersatz** neben der Leistung). Der Verzugseintritt ist wegen § 286 II Nr. 1 BGB nicht an eine Mahnung geknüpft, da die Zeit für die Mietzahlung nach dem Kalender bestimmt ist.

Bsp. Da M die Miete aus Unachtsamkeit nicht pünktlich zahlt, gerät Unternehmer V seinerseits mit seiner Zahlungspflicht gegenüber D in Verzug. Dieser verlangt von V daraufhin die Verzugspauschale in Höhe von 40 Euro (§ 288 IV 1 BGB). Diese Kosten kann V von M nach §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen.

Ist der Verzug des Mieters kein Einzelfall, kann der Vermieter unter den Voraussetzungen des **§ 543 I, II 1 Nr. 3 lit. a und b BGB** den Mietvertrag **fristlos kündigen** (dazu sogleich).

(2) Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauch

Gebraucht der Mieter die Mietsache in vertragswidriger Weise, kann der Vermieter nach vorherigen Abmahnung auf **Unterlassung klagen (§ 541 BGB)**.

Vertiefender Hinweis: § 541 BGB ist nach der Rspr. des BGH lex specialis zum parallelen Anspruch des Vermieters aus § 1004 BGB, der indes voraussetzt, dass der Vermieter Eigentümer ist. Der BGH begründet dies damit, dass die Voraussetzung der Abmahnung (§ 541 BGB) dem Mieter eine letzte Chance zu vertragskonformen Verhalten gewähre. Diese mieterschützende Hürde dürfe durch § 1004 BGB nicht unterlaufen werden.⁶⁵

Bsp.⁶⁶ Vermieter V schickt dem geschäftsunfähigen Mieter M eine Abmahnung, weil dieser ohne Zustimmung des V eine Parabolantenne montiert hat. Anschließend klagt V auf Unterlassung. Ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters des M scheitert § 541 BGB am Zugang der Abmahnung (§ 131 I BGB analog, da Abmahnung keine Willenserklärung, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung). Daneben findet § 1004 BGB keine Anwendung, da dieser durch die Spezialvorschrift des § 541 BGB verdrängt wird.

⁶⁵ BGH, NJW 2007, 2180.

⁶⁶ Angelehnt an BGH, NJW 2007, 2180, siehe dazu auch Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 448.

Unter den Voraussetzungen des **§ 543 I, II 1 Nr. 2 BGB** kann ein vertragswidriger Gebrauch auch zur **fristlosen Kündigung** führen. Dies setzt in der Regel aber ebenfalls eine Abmahnung voraus (§ 543 III BGB).

Beschädigungen, die auf einem **vertragswidrigen** Gebrauch beruhen, hat der Mieter bei Vertretenmüssen nach **§ 280 I BGB** zu ersetzen. Das Verschulden des Untermieters hat der Mieter gem. § 540 II BGB immer zu vertreten. Hat der Vermieter die Gebrauchsüberlassung an den Dritten nicht gestattet, haftet der Mieter auch für solche Schäden, die der Untermieter ohne Verschulden verursacht.⁶⁷ Die kausale und zu vertretene Pflichtverletzung ist in diesem Fall bereits die Überlassung selbst.

Abnutzungen infolge eines **vertragsgemäßen** Gebrauchs hat der Mieter hingegen nicht zu vertreten (§ 538 BGB).

Vertiefender Hinweis: Haben die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen, fällt unter den vertragsgemäßen Gebrauch nach der Rspr. des BGH auch das Rauchen in der Wohnung. Daraus resultierende Abnutzungen hat der Mieter folglich nicht zu vertreten.⁶⁸ Anstelle eines Rauchverbots kann sich der Vermieter auch durch eine wirksame Schönheitsreparaturklausel schützen, die § 538 BGB in zulässiger Weise abbedingt (dazu sogleich). Dann darf der Mieter zwar rauchen, muss dadurch verursachte Abnutzungen allerdings beseitigen.

Entdeckt der Mieter einen Mangel, zeigt diesen aber nicht unverzüglich an (§ 536c I BGB), ist er gem. **§ 536c II 1 BGB** zum **Schadensersatz** verpflichtet.

Bsp. Mieter M entdeckt in seiner Mietwohnung feine Risse an einer Wasserleitung, die bei Einzug unstrittig noch nicht vorlagen. Aus Faulheit meldet er diesen Mangel jedoch nicht seinem Vermieter V. Zwei Wochen später führt dies zu einem Wasserrohrbruch. Bei unverzüglicher Mitteilung hätte V den Mangel rechtzeitig beheben können. Den daraus entstehenden Schaden kann V von M gem. § 536c II 1 BGB ersetzt verlangen.

(3) Verletzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen

Enthält der Mietvertrag eine wirksame Schönheitsreparatur-Klausel, muss der Mieter auch Abnutzungen ausbessern, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstehen. Zieht der Mieter aus, ohne die Reparaturen vorzunehmen, kann der Vermieter die dafür erforderlichen Kosten gem. **§§ 280 I, III, 281 BGB** als **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Der Auszug ist eine endgültige Leistungsverweigerung, weshalb die Fristsetzung nach § 281 II Alt. 1 BGB entbehrlich ist.⁶⁹

(4) Verletzung der Pflicht zur Rückgabe der Mietsache (§ 546 I BGB)

Gibt der Mieter die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück und ist kein Fall des § 545 BGB gegeben, gewährt **§ 546a I BGB** dem Vermieter einen **verschuldensunabhängigen** Anspruch auf eine **Entschädigung** in Höhe der vereinbarten, hilfsweise der ortsüblichen Miete.

⁶⁷ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 450 m.w.N.

⁶⁸ BGH, NJW 2006, 2915, 2917 m.w.N.

⁶⁹ So wohl BGH, NJW 1991, 2416, 2417; sehr lehrreich außerdem: Köhler/Lorenz, PdW Schuldrecht II, 19. Auflage, S. 183 f.

Eine **weitergehende Haftung** bleibt gem. **§ 546a II BGB** unberührt (beachte: § 571 BGB bei Wohnraum). In Betracht kommt regelmäßig der Ersatz eines Verzögerungsschadens gem. §§ 280 I, II, 286 BGB.

Bsp. Entgangener Mieteinnahmen (§ 252 BGB), wenn Vermieter einem potentiellen Nachmieter absagen muss.

b. Verjährung

§ 548 I BGB enthält eine spezielle Verjährungsfrist von **sechs Monaten** für Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache. Die **Frist beginnt** mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Sache zurückerhält (§ 548 I 2 BGB).

Sinn und Zweck der kurzen Verjährung ist eine schnelle Abwicklung des Mietverhältnisses.⁷⁰ Die verkürzte Frist im Vergleich zur Regelverjährung rechtfertigt sich durch den Umstand, dass der Vermieter Schäden nach Rückgabe der Mietsache regelmäßig sofort erkennen kann.⁷¹

Dieses Verständnis führt zu einer **weiten Auslegung**. Aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts sind zwar nur Ersatzansprüche wegen **Veränderung oder Verschlechterung** erfasst (nicht: Ersatzansprüche infolge Zerstörung). Dafür ist deren Rechtsgrund unerheblich. Ersatzansprüche gem. § 548 I BGB sind folglich neben mietvertragsrechtlichen auch solche aus Eigentum oder Delikt.⁷²

3. Rechte des Mieters bei Pflichtverletzungen

(Looschelders, SchR BT, S. 160 ff.)

a. Überblick

Für die Rechte des Mieters ist nach der Art der Pflichtverletzung zu differenzieren.

Bei Nichtleistung infolge Unmöglichkeit, Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit sowie bei Verletzung einer Schutzpflicht, gilt das **allgemeine Leistungsstörungenrecht** (§§ 280 ff., 320 ff. BGB).

Ist die überlassene Mietsache hingegen im oder nach dem maßgeblichen Zeitpunkt (dazu sogleich) mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet (sog. Schlechtleistung), ist das **besondere Leistungsstörungenrecht der §§ 536 ff. BGB** anwendbar. Anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht (§§ 437, 634 BGB) existiert im Mietrecht keine Rechtsgrundverweisung ins allgemeine Leistungsstörungenrecht. Das mietrechtliche Mängelregime ist vielmehr **autonom**. Die Rechte des Mieters sind im Einzelnen:

⁷⁰ BGH, NJW 2011, 2717.

⁷¹ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 456.

⁷² BGH, NJW 2011, 2717.

- **§ 535 I 2 BGB:** Anspruch aus Mängelbeseitigung, wobei dieser systematisch nicht zu den Sonderregeln der §§ 536 ff. BGB zählt. Dieser ist vielmehr eine allgemeine Pflicht des Vermieters.
- **§ 536 BGB:** Minderung des Mietzinses kraft Gesetz
- **§ 536a I BGB:** Schadensersatz
- **§ 536a II BGB:** Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme
- **§ 543 I, II Nr. 1 BGB:** Fristlose Kündigung, die allerdings nicht auf Mängel beschränkt ist

b. Anwendbarkeit der Rechte des Mieters aus §§ 536 ff. BGB

Die Rechte der §§ 536 ff. BGB setzen alle einen **Sach- oder Rechtsmangel** im maßgeblichen **Zeitpunkt** voraus.

(1) Sachmangel

Die Vorschrift des § 536 I BGB nennt in ihrem Wortlaut den „Mangel“, definiert diesen aber nicht. Ungeachtet dessen ist auch im Mietrecht **zunächst** auf die **Parteivereinbarung** abzustellen. Die Mietsache ist danach mangelhaft, wenn ihre tatsächliche Beschaffenheit von der vertraglich festgelegten Beschaffenheit abweicht (sog. subjektiver Mangelbegriff).⁷³ **Fehlt** eine solche **Vereinbarung**, ist nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des **Nutzungszwecks** zu beurteilen, ob die Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignet ist.⁷⁴ Insoweit kommt es dann auf den gewöhnlichen Zustand an.

Der Mangel kann entweder der Mietsache **selbst anhaften** oder sich aus ihrer Beziehung zur **Umwelt** ergeben, soweit die Gebrauchstauglichkeit **unmittelbar** beeinträchtigt wird.⁷⁵

Bsp. 1: Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal⁷⁶

Bsp. 2: V vermietet Gewerberäume an Metzger M und eröffnet nebenan selbst eine Metzgerei (sog. vertragsimmanenter Konkurrenzschutz)⁷⁷

Selbst wenn ein Sachmangel vorliegt, haftet der Vermieter gleichwohl nur nach den §§ 536 ff. BGB, wenn der Mangel die **Tauglichkeit** zum vertragsgemäßen Gebrauch **aufhebt** oder diese jedenfalls **mindert** (§ 536 I 1 und 2 BGB), solange die Minderung nicht unerheblich ist (§ 536 I 3 BGB).

⁷³ BGH, NJW 2005, 218; Häublein, in: MüKo-BGB, § 536 Rn. 3.

⁷⁴ BGH, NJW 2010, 1133, 1134.

⁷⁵ BGH, NJW, 2009, 664, 665.

⁷⁶ BGH, NJW, 2009, 664, 665 (obiter dictum)

⁷⁷ Dazu Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 441, 404a m.w.N.

Nach der Rspr. des BGH ist eine Unerheblichkeit insbesondere dann gegeben, wenn der Fehler leicht erkennbar ist und schnell mit geringen Kosten beseitigt werden kann, so dass die Geltendmachung einer Minderung treuwidrig wäre.⁷⁸ Im Übrigen ist die Minderung auch dann unerheblich, wenn die Abweichung objektiv nur geringfügig, die vertragsgemäße Brauchbarkeit also nicht wesentlich gestört ist.⁷⁹

*Bsp. Baustellenlärm ist unerheblich, solange dieser Grenzwerte bei geschlossenen Fenstern nicht überschreitet*⁸⁰

Gem. § 536 II BGB ist das Fehlen oder der spätere Wegfall einer **zugesicherten Eigenschaft** dem **Sachmangel gleichgestellt**. Eine Eigenschaft ist nur dann zugesichert, wenn der Vermieter den Rechtsbindungswillen erkennen lässt, verschuldensunabhängig für ihr Vorhandensein eintreten zu wollen (**Garantie**).⁸¹ Abweichend von § 536 I 3 BGB sind dem Mieter die Rechte der §§ 536 ff. BGB auch dann eröffnet, wenn das Fehlen für die Gesamtmietsache unerheblich ist (vgl. fehlender Verweis auf § 536 I 3 BGB). Zu beachten ist außerdem, dass bei einer Zusicherung gem. § 536 II BGB immer auch ein Vertretenmüssen iSv § 536a I Var. 2 BGB gegeben ist (vgl. § 276 I 1 BGB „Garantie“).

Hinweis: Ist eine Eigenschaft gem. § 536 II BGB zugesichert, wird in der Regel zeitgleich eine Beschaffenheitsvereinbarung und damit ein Mangel gem. § 536 I 1 BGB vorliegen. Bedeutsam bleibt § 536 II BGB in diesem Fall zum einen für die Unanwendbarkeit des § 536 I 3 BGB, zum anderen für die Darlegungslast vor Gericht, weil der Mieter nicht mehr vortragen muss, dass der vertragsgemäße Gebrauch gemindert oder aufgehoben wird.⁸²

(2) Rechtsmangel

Die Mietsache ist mit einem Rechtsmangel behaftet, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch durch das **Recht eines Dritten** ganz oder teilweise entzogen wird (§ 536 III BGB).

Bsp. V hat seine Ein-Zimmer-Wohnung in München während dem ersten Oktoberfest-Wochenende versehentlich zeitgleich an zwei verschiedene Gäste vermietet. Da A zuerst anreist und bereits die Wohnung bezogen hat, ist die Mietsache B gegenüber rechtsmangelhaft, da ihn das schuldrechtliche Besitzrecht des A am vertragsgemäßen Gebrauch hindert. Zu dieser Lösung kommt indes nur, wer bei Rechtsmängeln den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als maßgebliche Zäsur anerkennt (dazu sogleich).

(3) Maßgeblicher Zeitpunkt

⁷⁸ BGH, NZM 2004, 776.

⁷⁹ Häublein, in: MüKo-BGB, § 536 Rn. 21 m.w.N.

⁸⁰ LG Gießen, ZMR 2011, 384; bestätigt durch BGH NZM 2012, 456.

⁸¹ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 416.

⁸² Ehlert, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 536 Rn. 69.

Das mietrechtliche Gewährleistungsrecht findet indes nur Anwendung, wenn die Mietsache **im oder nach dem jeweils maßgebenden Zeitpunkt** sach- oder rechtsmangelhaft ist. Dies begründet die entscheidende **Zäsur**, ab der die §§ 536 ff. BGB anwendbar sind und damit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht vorgehen.

Bei **Sachmängel** ist die **Überlassung** der Mietsache maßgeblich. Dies folgt aus § 536 I 1 BGB (vgl. Wortlaut „zur Zeit der Überlassung“), auf den sich auch die Vorschrift des § 536a BGB bezieht (vgl. Wortlaut „Mangel im Sinne des § 536 BGB“). Ist die Mietsache in diesem Zeitpunkt mangelhaft oder entsteht der Mangel erst danach, richten sich die Rechte des Mieters nach §§ 536 ff. BGB.

Im Gegensatz hierzu soll bei **Rechtsmängeln** nach Teilen des Schrifttums nicht die Überlassung der Mietsache, sondern bereits der **Vertragsschluss** entscheidend sein (str.).⁸³ Begründet wird dies mit dem Umstand, dass es wertungsmäßig keinen Unterschied mache, ob dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch aufgrund des Recht eines Dritten nachträglich entzogen wird oder ob er diesen erst gar nicht antreten kann.⁸⁴

c. Rechte des Mieters im Einzelnen

(1) Anspruch auf Mängelbeseitigung (§ 535 I 2 BGB)

Nicht zu den besonderen Gewährleistungsrechten im klassischen Sinne gehört der Anspruch auf Mängelbeseitigung aus § 535 I 2 BGB. Danach ist der Vermieter verpflichtet, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Vorbehaltlich einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel erfasst dies auch die Beseitigung von sämtlichen Mängeln, die nach Vertragsschluss entstehen. Im Gegensatz zu den §§ 536 ff. BGB normiert § 535 I 2 BGB kein Sekundärrecht, sondern einen Primäranspruch, der sich im Falle eines Mangels lediglich aktualisiert und eine unmittelbare Handlungsanweisung für den Vermieter begründet.

(2) Minderung kraft Gesetz (§ 536 BGB)

Ist die Mietsache zur Zeit der Überlassung oder nach diesem Zeitpunkt mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert (dazu bereits oben), hilft dem Mieter die Minderung gem. § 536 I BGB. Diese ist, anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht, **kein Gestaltungsrecht**, sondern gilt **kraft Gesetz**, wenn ihre **Voraussetzungen** vorliegen.

- Mietvertrag (§ 535 BGB)
- Sachmangel, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt (§ 536 I 1 BGB) oder mindert (§ 536 I 2 BGB) **oder** Rechtsmangel (§ 536 III BGB) **oder** Fehlen/Wegfallen der zugesicherten Eigenschaft (§ 536 II BGB) im maßgeblichen Zeitpunkt
- keine Unerheblichkeit (§ 536 I 3 BGB): nur bei geminderter Tauglichkeit (§ 536 I 2 BGB)
- kein Ausschluss (§ 536 Ia BGB): nur bei geminderter Tauglichkeit (§ 536 I 2 BGB)

⁸³ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 418 m.w.N.

⁸⁴ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 418.

Soweit die Miete kraft Gesetzes **gemindert** ist, kann der Mieter die nicht geschuldete Miete nach **§ 812 I 1 Alt. 1 BGB** zurückverlangen. Hat er die Miete hingegen noch nicht entrichtet, erlischt die Zahlungspflicht in der Höhe der Minderung. Bemessungsgrundlage der Minderung ist die Bruttomiete (Miete einschließlich aller Nebenkosten).⁸⁵

Bsp. Da in der Mietwohnung des M die Heizung ausgefallen ist, schuldet er wegen § 536 I BGB nicht die volle Miete. Den infolge § 556b I BGB bereits zu viel gezahlten Betrag hat V gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu erstatten.

(3) Schadensersatz (§ 536a I BGB)

Neben der Minderung kann der Mieter Schadensersatz verlangen (vgl. Wortlaut des § 536a I BGB: „unbeschadet der Rechte aus § 536 BGB“). § 536a I BGB knüpft die Schadensersatzpflicht an **drei verschiedene Tatbestände**, die isoliert voneinander vorliegen können.

- **§ 536 I Var. 1 BGB:** Mangel war bereits **bei Vertragsschluss** vorhanden. In diesem Fall haftet der Vermieter **verschuldensunabhängig** (sog. Garantiehftung).
- **§ 536 I Var. 2 BGB:** Mangel entsteht erst **nach Vertragsschluss** infolge eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat (**Verschuldenshaftung**)
- **§ 536a I Var. 3 BGB:** Verzug des Vermieters mit Pflicht zur Mangelbeseitigung aus § 535 I 2 Alt. 2 BGB (**Verschuldenshaftung**, da Verzug nur bei Vertretenmüssen, § 286 IV BGB).

Ersetzt werden alle Schäden, die kausal auf den Mangel zurückzuführen sind. Dies erfasst nicht nur Schäden an der Mietsache selbst, sondern auch solche an den Rechtsgütern des Mieters.

Bsp. Das Dachfenster in der Mietwohnung des M war bereits vor Vertragsschluss undicht, weshalb nach dem Einzug des M bei einem heftigen Unwetter Wasser eindringt und die Arbeitsecke des M überflutet. Dabei wird der Laptop des M im Wert von 1.500 Euro zerstört. Als M den Wassereintritt bemerkt und seine Habseligkeiten schützen will, rutscht er ohne Verschulden auf dem nassen Boden aus und bricht sich den Arm. V schuldet M gem. § 536a I Var. 1 BGB den Wert des Laptops (§ 251 I Alt. 1 BGB), die Heilbehandlungskosten (§ 249 II 1 BGB) und Schmerzensgeld (§ 253 I, II BGB).

Vertiefender Hinweis: Der Schadensersatz aus § 536a I BGB gilt als vertraglicher Sekundäranspruch nur zugunsten des Mieters, nicht aber bei seinen Angehörigen. Diese werden jedoch ebenfalls geschützt, wenn die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Leistungsnähe, Gläubignähe, Erkennbarkeit und Schutzwürdigkeit) vorliegen.

(4) Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme (§ 536a II BGB)

Unter den Voraussetzungen des § 536a II Nr. 1 und 2 BGB kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und die erforderlichen **Aufwendungen** vom Vermieter ersetzt **verlangen**.

- **§ 536a II Nr. 1 BGB:** Verzug des Vermieters mit Mangelbeseitigung (§ 535 I 2 Alt. 2 BGB)
- **§ 536a II Nr. 2 BGB:** Notwendigkeit zur umgehenden Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache. Ausweislich der Gesetzesmaterialien meint dies

⁸⁵ BGH, NJW 1005, 1713; Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 420.

Notmaßnahmen des Mieters, die keinen Aufschub dulden und ohne Mahnung einen Aufwendungsersatz auslösen sollen⁸⁶ (Bsp. Reparatur eines Rohrbruchs⁸⁷).

Hinweis: Der Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a II BGB wird ergänzt durch die Vorschrift des § 539 I BGB, der eine Rechtsgrundverweisung auf die GoA-Vorschriften enthält. Zu beachten ist, dass § 536a II BGB nach der Rspr. des BGH⁸⁸ die Frage der Mängelbeseitigung abschließend regelt (str.). Der Regress über § 539 I BGB ist also auch dann gesperrt, wenn die Voraussetzungen des § 536a II BGB nicht vorliegen. Aufwendungen, die nicht der Mängelbeseitigung dienen, kann der Mieter bei einer berechtigten GoA über §§ 539 I, 683 S. 1, 670 BGB, bei einer unberechtigten über §§ 539 I, 684 S. 1, 818 BGB verlangen.

(5) Fristlose Kündigung (§ 543 I, II Nr. 1 BGB)

Anders als das besondere Leistungsstörungenrecht bei punktuellen Verträgen (Bsp. Kauf- oder Werkvertrag) regelt das Mietrecht in den §§ 536 ff. BGB **kein Rücktrittsrecht**. Dies ist angesichts der eindeutigen Wertung des § 313 III 2 BGB konsequent, wonach Dauerschuldverhältnisse nur gekündigt werden können.

Möchte sich der Mieter infolge der Mangelhaftigkeit vom Vertrag lösen, steht ihm die **außerordentliche fristlose Kündigung** (§ 543 BGB) offen. Beeinträchtigt der Mangel den vertragsgemäßen Gebrauch, kann dies einen wichtigen Grund nach § 543 II 1 Nr. 1 BGB begründen. Die Kündigung setzt in diesem Fall aber regelmäßig den erfolglosen Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder eine Abmahnung voraus (§ 543 III 1 BGB, Ausnahmen: § 543 III 2 BGB).

Hinweis: Für Mietverhältnisse über Wohnraum gilt ergänzend die spezielle Vorschrift des § 569 BGB (dazu sogleich).

d. Ausschluss der Gewährleistungsrechte

(1) Vertraglicher Ausschluss

Im Grundsatz können die Parteien in Ausübung ihrer Privatautonomie einen Haftungsausschluss vereinbaren. Neben den besonderen **Schranken** der **§§ 536 IV, 569 V BGB**, die nur für Mietverhältnisse über Wohnraum gelten, ist aber vor allem **§ 536d BGB** zu beachten, wonach sich der Vermieter **nicht** auf eine haftungsbeschränkende Vereinbarung **berufen** kann, wenn er den Mangel **arglistig verschwiegen** hat.

Vertiefende Hinweise: (1) Dies entspricht den Regelungen der §§ 444 Alt. 1 und 639 Alt. 1 BGB für das Kauf- bzw. Werkrecht. (2) Die Formulierung „nicht berufen“ wurde auch hier gewählt, um zu verhindern, dass der Vermieter die Nichtigkeit des Haftungsausschlusses instrumentalisiert, um den ganzen Vertrag über § 139 BGB zu Fall zu

⁸⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

⁸⁷ Häublein, in: MüKo-BGB, § 536a Rn. 26.

⁸⁸ BGH, NJW 2008, 1216, 1217.

bringen. (3) Soweit der Haftungsausschluss in Form von AGB in den Vertrag eingeführt wird, muss er überdies der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhalten.⁸⁹

(2) Gesetzlicher Ausschluss

Gem. **§ 536b S. 1 BGB** sind die Rechte des Mieters aus §§ 536, 536a BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel bei Vertragsschluss positiv **kennt**. Nimmt er die Mietsache **in Kenntnis** des Mangels an, bleiben seine Rechte gem. **§ 536b S. 3 BGB** ausnahmsweise erhalten, wenn er sie sich **vorbehält**. Ist der Mangel dem Mieter zwar nicht bekannt, aber infolge **grober Fahrlässigkeit unbekannt** geblieben, kann er die Rechte gem. **§ 536b S. 2 BGB** nur geltend machen, wenn der Vermieter den Mangel **arglistig verschwiegen** hat. Erwähnt sei zuletzt der Ausschluss gem. **§ 536c II 2 Nr. 1 bis 3 BGB**, wenn der Mieter die Mängelanzeige (§ 536c I 1 BGB) unterlässt.

e. Verjährung

Der Schadensersatzanspruch des Mieters aus **§ 536a I BGB** verjährt nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 194 ff. BGB). Die Verjährung der Aufwendungsersatzansprüche aus **§ 536a II BGB** und **§ 539 BGB** richtet sich dagegen nach der kurzen Frist von sechs Monaten (**§ 548 II BGB**), die mit Beendigung des Mietverhältnisses beginnt.

4. Beendigung des Mietvertrags

(1) Überblick

Neben der einvernehmlichen Beendigung durch **Aufhebungsvertrag** richtet sich die Beendigung des Mietvertrags im Übrigen nach der allgemeinen Vorschrift des § 542 BGB, die ungeachtet der Mietsache für **alle** Mietverhältnisse gilt. Für die Beendigungsgründe ist zwischen **unbefristeten** und **befristeten** Mietverhältnissen zu differenzieren.

- **§ 542 I BGB** bei **unbefristeten** Mietverträgen: Ist die Mietzeit **nicht bestimmt**, kann jede Vertragspartei den Mietvertrag nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen. Wie der Umkehrschluss aus § 542 II BGB zeigt, meint dies nicht nur die **außerordentliche** Kündigung, sondern auch die **ordentliche**.
- **§ 542 II BGB** bei **befristeten** Mietverträgen: Ist das Mietverhältnis hingegen für eine **bestimmte** Zeit eingegangen, endet es mit **Zeitablauf**, wenn es nicht **verlängert** (§ 545 BGB) oder vorher zulässig **außerordentlich** gekündigt wird. Wie der systematische Vergleich der beiden Absätze des § 542 BGB zeigt, ist die ordentliche Kündigung eines befristeten Mietvertrags gesetzlich nicht vorgesehen. Bei Mietverhältnissen über Wohnraum ist die Befristung allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 575 BGB zulässig, der wegen § 575 IV BGB nicht zulasten des Mieters modifizierbar ist.

⁸⁹ Dazu ausführlich *Looschelders*, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 431 m.w.N.

Hinweis: Da der besondere Teil des Mietrechts (§§ 549 ff., 578 ff. BGB) für die Kündigung von Mietverträgen über Wohnraum, Grundstücke, Nicht-Wohnräume und bewegliche Sachen spezielle Vorschriften enthält, wird die diesem Skriptum zugrundeliegende Trennung von Mietrecht AT und BT an dieser Stelle durchbrochen, um eine übersichtliche Darstellung zu gewährleisten.

(2) Ordentliche Kündigung

Beide Parteien können einen **unbefristeten** Mietvertrag durch das **Gestaltungsrecht** der ordentlichen Kündigung einseitig beenden (§ 542 I BGB).

(a) Ordentliche Kündigung des Mieters

- Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum

Die ordentliche Kündigung des **Mieters** ist **ohne Kündigungsgrund** zulässig, bedarf bei Wohnraum aber der **Schriftform (§§ 568 I, 126 I BGB)**. Sie muss gem. **§ 573c I 1 BGB fristgerecht** erklärt werden und dem Vermieter zugehen, also spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats. Diese Frist kann wegen § 573c IV BGB nicht zulasten des Mieters verlängert werden.

Bsp. Kündigt M seinen Mietvertrag erst am 11. Januar 2017, hat er nicht bis zum dritten Werktags des Kalendermonats Januar die Kündigung erklärt, so dass das Mietverhältnis erst mit Ablauf des 30. April 2017 (Sonntag) endet. Da an diesem Tag keine Willenserklärung abzugeben ist, ändert auch § 193 BGB an diesem Fristende nichts.

Hinweis: Bei Mietverhältnissen über Wohnraum sind stets die Ausnahmen in § 549 II, III BGB zu beachten, auf die einzelne Vorschriften des Wohnraummietrechts (§§ 549 ff. BGB) nicht anwendbar sind.

- Kündigung eines Mietverhältnisses über Grundstücke, Nicht-Wohnräume, bewegliche Sachen

Zielt die ordentliche Kündigung des Mieters auf die Beendigung eines Mietverhältnisses über Grundstücke, Nicht-Wohnräume oder bewegliche Sachen, kann diese **formlos** erklärt werden. Die Frist richtet sich bei **Grundstücken** und Nicht-Wohnräumen, die **keine Geschäftsräume** sind, nach **§ 580a I Nr. 1 bis 3 BGB**. Für **Geschäftsräume** gilt die Frist aus **§ 580a II BGB**, wohingegen für **bewegliche Sachen** **§ 580a III BGB** zu beachten ist.

(b) Ordentliche Kündigung des Vermieters

- Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum

Die ordentliche Kündigung des Vermieters ist gem. **§ 568 I BGB** ebenfalls **schriftlich** zu erklären. Im Gegensatz zum Mieter muss der Vermieter bei Wohnraum gem. **§ 573 I, II BGB** ein **berechtigtes Interesse** an der Beendigung des Mietverhältnisses vortragen (Ausnahme: § 573a BGB⁹⁰),

⁹⁰ Sinn und Zweck dieser Ausnahme ist es, dem Vermieter die Kündigung dann zu erleichtern, wenn sein Lebensbereich durch das Mietverhältnis unmittelbar berührt wird, vgl. Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage, § 5 Rn. 216.

welches nach § 573 III 1 BGB im Kündigungsschreiben anzugeben ist. Die **Kündigungsfrist** bestimmt **§ 573c I 1 BGB**, wobei sich diese nach fünf und acht Jahren seit der Überlassung des Wohnraums um jeweils drei Monate verlängert (§ 573c I 2 BGB).

Bsp. Kündigt der Vermieter einem Mieter, der seit zehn Jahren in der Wohnung lebt, unter Wahrung der Voraussetzungen der §§ 568, 573 BGB am 1. Februar 2017, endet der Mietvertrag mit Ablauf des 31. Oktober 2017 (§ 573c I 1, 2 Alt. 2 BGB).

Die mieterschützende Vorschrift des **§ 574 BGB** gewährt diesem das Recht, der Kündigung des Vermieters zu **widersprechen**, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn, seine Familie oder andere Angehörige seines Haushalts eine **nicht zu rechtfertigende Härte** bedeuten würde. Wichtig ist, dass der Widerspruch des Mieters die Wirksamkeit der **Kündigung nicht berührt und damit das ursprüngliche Mietverhältnis beendet wird**.⁹¹ Vielmehr erhält dieser gegen den Vermieter gem. §§ 574a I 1, 574 I 1 BGB lediglich einen **Anspruch auf Fortsetzung** des Mietverhältnisses.

- Kündigung eines Mietverhältnisses über Grundstücke, Nicht-Wohnräume, bewegliche Sachen

Die ordentliche Kündigung des Vermieters kann bei diesen Mietsachen ebenfalls **formlos** erklärt werden. **§ 580a I Nr. 1 bis 3 BGB** bestimmt die Kündigungsfrist für **Grundstücke** und Nicht-Wohnräume, die **keine Geschäftsräume** sind. Für **Geschäftsräume** gilt die Frist aus **§ 580a II BGB**, wohingegen für **bewegliche Sachen** **§ 580a III BGB** zu beachten ist.

(3) Außerordentliche Kündigung

(a) Außerordentliche fristlose Kündigung

§ 543 BGB regelt die fristlose Kündigung beider Parteien aus wichtigem Grund. Diese verdrängt als **lex specialis** die allgemeine Vorschrift des **§ 314 BGB**.

Ein **wichtiger Grund** liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (§ 543 I 2 BGB).

Der unbestimmte Rechtsbegriff wird in § 543 II 1 Nr. 1 bis 3 BGB näher konkretisiert.

- **§ 543 II 1 Nr. 1 BGB:** Dem Mieter wird der vertragsgemäße **Gebrauch** ganz oder zum Teil **nicht rechtzeitig gewährt** oder wieder entzogen (wichtiger Grund **zugunsten des Mieters**)
- **§ 543 II 1 Nr. 2 BGB:** Der Mieter verletzt die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichen Maße, dass er die **Mietsache** durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich **gefährdet** oder sie unbefugt einem **Dritten überlässt** (wichtiger Grund **zugunsten des Vermieters**)
- **§ 543 II 1 Nr. 3 lit. a BGB:** Der Mieter ist für **zwei aufeinander folgende** Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete **in Verzug** (wichtiger Grund **zugunsten des Vermieters**)

⁹¹ Häublein, in: MüKo-BGB, § 574 Rn. 27.

- **§ 543 II 1 Nr. 3 lit. b BGB:** Der Mieter ist in einem Zeitraum, der sich über **mehr als zwei Termine** erstreckt, mit der Miete **in Höhe** eines Betrags in Verzug, der die **Miete für zwei Monate** erreicht (wichtiger Grund **zugunsten des Vermieters**)

Für Mietverhältnisse über **Wohnraum** wird § 543 I 2 und II BGB zusätzlich durch **§ 569 BGB** konkretisiert.

- **§ 569 I BGB:** Erhebliche **Gesundheitsgefährdung** durch Beschaffenheit des gemieteten Wohnraums (wichtiger Grund **zugunsten des Mieters**). Gem. § 578 II 3 BGB ist § 569 I BGB auch für **Nicht-Wohnräume** anwendbar, die zum **Aufenthalt von Menschen** bestimmt sind (Bsp. Gaststätten, Büroräume usw.).⁹²
- **§ 569 II BGB:** Nachhaltige **Störung des Hausfriedens** (wichtiger Grund **zugunsten beider Parteien**). Über den Verweis in § 578 II 1 BGB gilt § 569 II BGB auch für **Nicht-Wohnräume**.
- **§ 569 IIa BGB:** Mieter ist mit Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrages in Verzug, der der zweifachen Monatsmiete entspricht (wichtiger Grund **zugunsten des Vermieters**).
- **§ 569 III BGB:** Sonderregel zu § 543 II 1 Nr. 3 BGB

Ist im Einzelfall ein wichtiger Grund geben, haben beide Parteien bei Mietverhältnissen über Wohnraum die Kündigung in **Schriftform** zu erklären (§§ 568 I, 126 I BGB). Zudem ist der wichtige Grund gem. § 569 IV BGB im Kündigungsschreiben anzugeben.

Besteht der **wichtige Grund** in der **Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag**, ist die Kündigung vorbehaltlich der Ausnahmen des § 543 III 2 Nr. 1 bis 3 BGB erst zulässig, wenn eine zur Abhilfe bestimmte **Frist** oder **Abmahnung** erfolglos war (§ 543 III 1 BGB). Dies unterstreicht den **ultima ratio-Charakter** der außerordentlichen fristlosen Kündigung.

Hinweis: Im Gegensatz zur ordentlichen und außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist, hat der Mieter bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung kein Widerspruchsrecht nach § 574 BGB (vgl. § 574 I 2 BGB).

(b) Außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist

Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist besteht nur in den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen.

Kündigungsrechte des Mieters:

- **§ 540 I 2 BGB:** Vermieter verweigert dem Mieter die Erlaubnis, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, sofern in der Person des Dritten nicht ein wichtiger Grund vorliegt (Bsp. Der Dritte ist ein bekannter Mietvandal)
- **§ 544 S. 1 BGB:** Nach Ablauf von 30 Jahren, wenn Mietvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde
- **§ 555e BGB:** Nach Zugang der Modernisierungsankündigung bei Modernisierungsmaßnahmen
- **§ 561 I 1 BGB:** Nach Mieterhöhung gem. §§ 558 oder 559 BGB
- **§ 563a II BGB:** Nach Tod eines Mieters durch überlebende Mitmieter
- **§ 564 S. 2 BGB:** Bei Wohnraum nach Tod des Mieters durch dessen Erben

⁹² Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 503.

- **§ 580 BGB:** Nach Tod des Mieters durch den Erben (außerhalb von Wohnraum)

Kündigungsrechte des Vermieters:

- **§ 544 S. 1 BGB:** Nach Ablauf von 30 Jahren, wenn Mietvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde
- **§ 563 IV BGB:** Nach Eintritt eines Eintrittsberechtigten gem. § 563 BGB, wenn in der Person des Eintretenden ein wichtiger Grund vorliegt
- **§ 564 S. 2 BGB:** Nach Fortsetzung des Mietverhältnisses über Wohnraum mit Erben nach Tod des Mieters
- **§ 580 BGB:** Nach Tod des Mieters (außerhalb von Wohnraum)

Ist einer Partei nach einer dieser Vorschriften ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt, stellt sich die Frage nach der **Kündigungsfrist**. Mit Ausnahme der §§ 555e, 561 I 1 BGB sprechen die jeweiligen Tatbeständen lediglich von der „gesetzlichen Frist“, ohne diese zu definieren. Deren Inhalt ergibt sich vielmehr erst aus den §§ 575a III 1, 573d II 1, 580a IV BGB.

- **§ 575a III 1 BGB:** Legaldefinition der „gesetzlichen Frist“ für **befristete** Mietverhältnisse über Wohnraum
- **§ 573d II 1 BGB:** Legaldefinition der „gesetzlichen Frist“ für **unbefristete**⁹³ Mietverhältnisse über Wohnraum
- **§ 580a IV BGB:** Frist für **alle übrigen Fälle** der außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist

Kündigt der Vermieter ein **befristetes** Mietverhältnis über **Wohnraum** außerordentlich mit der gesetzlichen Frist, muss er gem. §§ 575a I, 573 BGB ein **berechtigtes Interesse** geltend machen oder aber die Voraussetzungen der §§ 575a I, 573a BGB erfüllen. Das Gleiche gilt gem. §§ 573d I, 573, 573a BGB bei **unbefristeten** Mietverhältnissen über **Wohnraum**. Aus dem Umkehrschluss dieser beiden Vorschriften folgt, dass in allen übrigen Fällen kein berechtigtes Interesse erforderlich ist (beachte aber § 563 IV BGB: „nur bei wichtigem Grund“)

Hinweis: Das Recht zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist ist vor allem bei **befristeten** Mietverträgen von Bedeutung, die wegen § 542 II BGB nicht ordentlich gekündigt werden können.

III. Besonderer Teil des Mietrechts – Wohnraum (§§ 549-577a BGB)

1. Schutzzweck

Der Untertitel 2. „Mietverhältnisse über Wohnraum“ (§§ 549-577a BGB) dient im Wesentlichen dem Schutz des Mieters. Dieser benötigt die Wohnung (Art. 13 I GG) für sich und seine Angehörigen,

⁹³ Da für befristete Mietverhältnisse über Wohnraum bereits die lex specialis des § 575a III 1 BGB gilt, bleiben für den Anwendungsbereich des § 573d II BGB nur noch die unbefristeten Wohnraum-Mietverträge.

wodurch eine gewisse Abhängigkeit gegenüber dem Vermieter zum Ausdruck kommt. Dieses strukturelle Ungleichgewicht soll durch das „soziale Mietrecht“⁹⁴ in den §§ 549 ff. BGB zugunsten des Mieters ausgeglichen werden.⁹⁵

2. Anwendungsbereich

Die §§ 549-577a BGB enthalten besondere Vorschriften für Mietverhältnisse über **Wohnraum**⁹⁶. Einige Normen der §§ 549 ff. BGB können im Einzelfall aber unanwendbar sein, wenn eine **Bereichsausnahme** nach **§ 549 II Nr. 1 bis 3 oder III BGB** gegeben ist.

- **§ 549 II Nr. 1 BGB:** Wohnraum nur für **vorübergehenden** Gebrauch. Entscheidend ist nicht die Dauer⁹⁷, sondern der vereinbarte Verwendungszweck, wenn für beide Parteien erkennbar ist, dass der Gebrauch nur vorübergehend ist.⁹⁸

Bsp. Ferienwohnungen, Unterkunft eines Gastprofessors oder Erasmus-Studenten

- **§ 549 II Nr. 2 BGB:** Möblierter Wohnraum in der Wohnung des Vermieters. Ein verminderter Mieterschutz ist in diesem Fall gerechtfertigt, da die Privatsphäre des Vermieters durch das Mietverhältnis unmittelbar berührt wird.
- **§ 549 II Nr. 3 BGB:** Wohnraum, der durch juristische Person des öffentlichen Rechts oder anerkannten Träger der Wohlfahrtspflege (Bsp. Deutsches Rotes Kreuz oder Deutsche Caritasverband)⁹⁹ **angemietet wird, um** ihn Personen mit dringendem Wohnbedarf **zu** überlassen. Diese Ausnahme verfolgt das sozialpolitische Ziel, bedürftigen Menschen Wohnraum zugänglich zu machen, mit denen der Vermieter selbst aus verschiedenen Gründen nicht kontrahiert hätte.¹⁰⁰
- **§ 549 III BGB:** Studenten- und Jugendwohnheime. Die Lockerung des Mieterschutzes ist in diesem Fall gerechtfertigt, um möglichst vielen Studenten oder Jugendlichen den Zugang zu solchen Einrichtungen zu ermöglichen.¹⁰¹

Soweit keine Bereichsausnahme eingreift, unterliegt das Mietverhältnis den besonderen Vorschriften über Wohnraum, die nachfolgend im Einzelnen betrachtet werden.¹⁰²

⁹⁴ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, Rn. 1042.

⁹⁵ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 392.

⁹⁶ Zum Begriff: Bieber, in: MüKo-BGB, § 549 Rn. 3.

⁹⁷ „Vorübergehend“ im Allgemeinen wohl nur, wenn **nicht länger als ein Jahr**: so Bieber, in: MüKo-BGB, § 549 Rn. 14.

⁹⁸ Bieber, in: MüKo-BGB, § 549 Rn. 13.

⁹⁹ Ehlert, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 549 Rn. 21.

¹⁰⁰ Bieber, in: MüKo-BGB, § 549 Rn. 22.

¹⁰¹ Ehlert, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 549 Rn. 23.

¹⁰² Ausgeklammert wird der besondere Kündigungsschutz, der bereits unter „Beendigung des Mietvertrags“ besprochen wurde.

3. Form des Mietvertrags (§ 550 BGB)

Mietverträge über Wohnraum müssen im Gegensatz zu solchen über beweglichen Sachen in **Schriftform** geschlossen werden, wenn sie für längere Zeit als ein Jahr eingegangen werden (§ 550 S. 1 BGB). Wird diese Vorschrift nicht gewahrt, ist die **Befristung** gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. Damit die Teilnichtigkeit nicht den gesamten Vertrag gefährdet (§ 139 BGB), bestimmt § 550 S. 1 BGB, dass der Mietvertrag im Übrigen wirksam bleibt und in der Folge so gilt, wie wenn er ohne Befristung geschlossen wurde (vgl. Wortlaut „so gilt er für unbestimmte Zeit“).

Hinweis: Die Ratio des § 550 BGB ist der Schutz des Grundstückserwerbers, der gem. § 566 BGB in alle Mietverhältnisse eintritt und aus diesem Grund gerade über längerfristige Mietverträge einen Überblick verdient.¹⁰³

4. Kautions (§ 551 BGB)

In der Praxis verlangt der Vermieter im Regelfall eine Kautions. Diese findet ihre mieterschützenden Grenzen in § 551 BGB. Die Höhe der Kautions ist auf **höchstens das Dreifache** der monatlichen Nettokaltmiete beschränkt (§ 551 I BGB). Außerdem muss der Mieter eine Kautions in Geld nicht en bloc entrichten, sondern ist zu drei Teilzahlungen berechtigt (§ 551 II 1 BGB). Zuletzt muss der Vermieter eine Sicherheitsleistung in Geld verzinslich getrennt von seinem Vermögen anlegen (§ 551 III 1 BGB). Dieser Schutz ist gem. § 551 IV BGB nicht abdingbar.

5. Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB)

Neben der Kautions (§ 551 BGB) existiert das Vermieterpfandrecht (§ 562 I BGB), das ebenfalls dazu bestimmt ist, die Interessen des Vermieters zu sichern. In der Praxis überwiegt allerdings die Kautions; das Vermieterpfandrecht spielt demgegenüber keine große Rolle.¹⁰⁴

§ 562 I BGB gewährt dem Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein **gesetzliches Pfandrecht** (§ 1257 BGB) an den Sachen des Mieters, die dieser in die Mietsache eingebracht hat.

a. Voraussetzungen

- **Mietvertrag** über Wohnraum (vgl. systematische Stellung des § 562 BGB)
- **Forderung aus dem Mietverhältnis**, also nicht nur Anspruch auf Miete (§ 535 II BGB), sondern auch vertragliche Sekundäransprüche.
- Sachen (§ 90 BGB) des Mieters: gemeint sind solche **im Eigentum** des Mieters, aber auch solche, an denen ein Anwartschaftsrecht des Mieters besteht, da dieses ein wesensgleiches Minus zum Eigentum darstellt.¹⁰⁵

¹⁰³ *Bieber*, in: MüKo-BGB, § 550 Rn. 2 m.w.N.

¹⁰⁴ Zu den Hintergründen: *Artz*, in: MüKo-BGB, § 562 Rn. 4.

¹⁰⁵ *Looschelders*, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 473.

- Sache wurde **einggebracht**, also vom Mieter **nicht nur vorübergehend** in die Mieträume gebracht (Bsp. Möbel, aber auch Fahrräder im Keller).¹⁰⁶ Zu beachten ist, dass auch der geschäftsunfähige Mieter Sachen einbringen kann. Dies ist ein Realakt, der keine Geschäftsfähigkeit voraussetzt.¹⁰⁷
- **Kein Ausschluss** nach § 562 I 2 BGB, wenn Sache gem. §§ 811 ff. ZPO **unpfändbar**
- **Kein Erlöschen** nach § 562a BGB oder § 1257 BGB iVm §§ 1242 II, 1250 II, 1252, 1255, 1256 BGB oder § 936 BGB

b. Rechtsfolgen

- **§§ 1257, 1228 BGB**: Vermieterpfandrecht ist ein Verwertungsrecht. Der Vermieter hat folglich das Recht, die eingebrachte Sache des Mieters nach §§ 1257, 1228, 1235 BGB zu verwerten.
- **§ 562b BGB**: Selbsthilferecht, wenn Mieter die belastete Sache entfernen will. Wurde sie bereits ohne das Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernt, hat er gegen den Mieter einen Anspruch auf Herausgabe zum Zwecke der Zurückverschaffung.

6. Schutz der Mitbewohner nach Tod des Mieters

Mit dem Tod des Mieters gehen die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis grundsätzlich im Wege der Universalsukzession auf die Erben über (§§ 1922 I, 1967 BGB). Dieser Grundsatz wird durch die **§§ 563 ff. BGB durchbrochen**. Danach besteht das Mietverhältnis gem. **§ 564 BGB nur subsidiär** mit den Erben fort, wenn nicht **vorrangig** eine privilegierte Person nach **§ 563 BGB** in den Vertrag eintritt oder dieser gem. **§ 563a BGB** mit den überlebenden Mietern fortgesetzt wird.

a. Fortsetzung mit privilegierten Eintrittsberechtigten (§ 563 BGB)

- **§ 563 I BGB**: Eintrittsrecht des **Ehegatten oder Lebenspartner** (§ 1 LPartG), die mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führten.
- **§ 563 II 1 BGB**: Eintrittsrecht der im Haushalt des Mieters lebenden **Kinder**, wenn nicht der Ehegatte oder Lebenspartner eintritt. Dieses Recht ist subsidiär zu jenem aus § 563 I BGB
- **§ 563 II 2 BGB**: Eintrittsrecht der **anderen Familienangehörigen**, wenn nicht der Ehegatte oder Lebenspartner eintritt. Subsidiär zu § 563 I BGB, aber gleichrangig mit § 563 II 1 BGB.
- **§ 563 II 3 BGB**: Eintrittsrecht von **Personen**, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führten (Bsp. nichteheliche Lebensgemeinschaft)¹⁰⁸. Dieses Eintrittsrecht ist ebenfalls subsidiär zu § 563 I BGB, aber besteht gleichrangig neben jenen aus § 563 II 1 und 2 BGB.

Hinweis: Die privilegierten Personen treten **kraft Gesetz** in das Mietverhältnis ein. **Erklären** die Eintrittsberechtigten allerdings innerhalb eines Monats nach Kenntnis vom Tod des Mieters, dass sie das Mietverhältnis **nicht fortsetzen**, gilt der Eintritt als nicht erfolgt (§ 563 III 1 BGB). Liegt in der Person des Eintretenden ein **wichtiger Grund** vor, hat der Vermieter das Recht zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist (§ 563 IV BGB).

¹⁰⁶ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 472 m.w.N.

¹⁰⁷ Artz, in: MüKo-BGB, § 562 Rn. 12 m.w.N.

¹⁰⁸ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 484.

b. Fortsetzung mit überlebenden Mietern (§ 563a BGB)

Soweit die in § 563 BGB bezeichneten Personen **gemeinsam** mit dem Verstorbenen **Mieter** waren,¹⁰⁹ wird das Mietverhältnis mit ihnen fortgesetzt, ohne dass der Erbe anstelle des Verstorbenen in den Vertrag eintritt. Widerspricht dies ihrem Willen, haben sie gem. § 563a II BGB das Recht zu außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist.

c. Fortsetzung mit Erben des Mieters (§ 564 BGB)

Treten keine privilegierten Personen in den Vertrag ein (§ 563 BGB) und wird dieser auch nicht mit den überlebenden Mietern fortgesetzt (§ 563a BGB), wird subsidiär der Erbe des verstorbenen Mieters Vertragspartner. § 564 BGB normiert damit die Rückkehr zur gesetzlichen Regel der §§ 1922 I, 1967 BGB. Beiden Parteien können den Vertrag aber mit der gesetzlichen Frist außerordentlich kündigen (§ 564 S. 2 BGB).

7. Schutz des Mieters vor Veräußerung der Mietsache (§ 566 BGB)

§ 566 BGB schützt den Mieter, wenn der Vermieter **nach Gebrauchsüberlassung** den vermieteten **Wohnraum** an einen Dritten **veräußert**.

Erreicht wird dies durch eine **gesetzliche Vertragsübernahme**,¹¹⁰ wonach der Erwerber anstelle des Vermieters in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnisse eintritt. Ohne diese Durchbrechung der Relativität der Schuldverhältnisse könnte der Erwerber die Mietsache nach § 985 BGB vom Mieter herausverlangen, da sein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag nur gegenüber dem Vermieter gilt, nicht aber gegenüber dem Erwerber.¹¹¹

Erfüllt der Erwerber seine vertraglichen Pflichten aus dem übergegangenen Mietverhältnis nicht, haftet der Vermieter für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 566 II 1 BGB). Die Nachhaftung des Vermieters ist aber in zweierlei Hinsicht beschränkt. Zum einen haftet dieser inhaltlich nur für **vertragliche** Schadensersatzansprüche.¹¹² Zum anderen wird der frühere Vermieter gem. § 566 II 2 BGB von der Haftung befreit, wenn jener dem Mieter den Eigentumsübergang mitteilt und der Mieter nicht zum nächstmöglichen Zeitpunkt kündigt.

Hinweis: Die amtliche Überschrift ist ungenau, da die Rechtsfolge des § 566 BGB nicht an das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft („Kauf“), sondern an das dingliche Verfügungsgeschäft („Veräußerung“) geknüpft ist. Zu betonen ist, dass § 566 BGB nur bei einer **rechtsgeschäftlichen** Übertragung des Eigentums gilt. Diese kann auch auf einen anderen Rechtsgrund als einen Kaufvertrag zurückzuführen sein.¹¹³

¹⁰⁹ Da sie bereits Vertragspartner sind, müssen sie nicht mehr gem. § 563 BGB in den Vertrag eintreten.

¹¹⁰ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 488.

¹¹¹ Dazu später im Studium in der Vorlesung „Sachenrecht“.

¹¹² Häublein, in: MüKo-BGB, § 566 Rn. 44.

¹¹³ Looschelders, SchR BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 490.

IV. Besonderer Teil des Mietrechts – Grundstücke, Räume, Schiffe & bewegliche Sachen (§§ 578-580a BGB)

Der Untertitel 3. „Mietverhältnisse über andere Sachen“ bildet den zweiten Teil des besonderen Mietrechts.

- **§ 578 I BGB:** Für Mietverhältnisse über **Grundstücke** gelten die dort genannten Vorschriften des Wohnraum-Mietrechts entsprechend
- **§ 578 II BGB:** Für Mietverhältnisse über **Räume, die nicht dem Wohnen dienen**, sind infolge des Verweises auf § 578 I BGB die dort genannten Vorschriften und die im Übrigen in § 578 II BGB aufgezählten Normen entsprechend anwendbar.
- **§ 578a BGB:** Sonderregelung für eingetragene **Schiffe** (vgl. im Übrigen §§ 553 ff. HGB)
- **§ 579 BGB:** Fälligkeit der Miete bei Mietverhältnissen über **Grundstücke** und **bewegliche Sachen** sowie für Mietverträge über **Räume, die keine Wohnräume sind**
- **§ 580 BGB:** Recht zur außerordentlichen Kündigung mit der gesetzlichen Frist bei Tod des Mieters für Mietverhältnissen, die **nicht** über **Wohnraum** geschlossen wurden.
- **§ 580a I BGB:** Fristen für die ordentliche Kündigung vom Mietverhältnissen über **Grundstücke** und **Räume, die keine Wohn- oder Geschäftsräume** sind.
- **§ 580a II BGB:** Fristen für die ordentliche Kündigung vom Mietverhältnissen über **Geschäftsräume**.
- **§ 580a III BGB:** Fristen für die ordentliche Kündigung vom Mietverhältnissen über **bewegliche Sachen**, wobei dies auch eingetragene Schiffe einschließt
- **§ 580a IV BGB:** „Gesetzliche Frist“ für außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist für alle Fälle, die nicht bereits von §§ 575a III 1 und 573d II 1 BGB erfasst sind.

D. Weitere Vertragsarten im Überblick

I. (Finanzierungs-)Leasing

Es handelt sich um ein Dreipersonenverhältnis zwischen Hersteller/Lieferant (Verkäufer), Leasinggeber und Leasingnehmer. Letzterer erhält den Leistungsgegenstand vom Leasinggeber, der ihn vom Hersteller/Lieferanten (Verkäufer) erwirbt. Typischerweise schließt der Leasinggeber im Verhältnis zum Leasingnehmer vertraglich die mietrechtliche Gewährleistung aus, tritt im Gegenzug die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Hersteller/Lieferanten an den Leasingnehmer ab.

Treten Mängel auf, kann sich der Leasingnehmer an den Verkäufer halten.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob dem Leasingnehmer auch Rechte gegen den Leasinggeber zustehen, er insbesondere die Leasingraten zurückhalten kann. Das ist einfacher möglich im Fall des Verbraucher-Finanzierungsleasing (§ 506 I, II, der auf §§ 358 ff. BGB verweist, sog. verbundenes Geschäft). Dazu Looschelders, SchR BT Rn. 515 f.

Rücktritt des Leasingnehmers vom Kaufvertrag lässt Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber rückwirkend entfallen, § 313 BGB. Leasingnehmer kann vom Leasingvertrag zurücktreten. Rückabwicklung gemäß §§ 346 ff. BGB (Rückgabe des Leasinggegenstandes gegen Rückzahlung der Raten, Nutzungsersatz).

II. Tausch, § 480 BGB

Analoge Anwendung der Vorschriften über den Kauf.

Fall 49: Zweiradtausch

BWL-Student Alfred (A) tauscht sein Fahrrad (Wert: 1000 EUR) gegen das Moped (Wert: 2000 EUR) des Biologiestudenten Oscar (O). Bei einer Probefahrt kurz nach Austausch der beiden Zweiräder bemerkt A, dass die Vorderradbremse des Mopeds nicht funktioniert und Hydraulikflüssigkeit ausläuft. Die Reparatur würde 500 € kosten. Es ist davon auszugehen, dass der Wert des Mopeds im selben Umfang gemindert ist. O weigert sich, den Mangel zu beheben. A fragt die Jurastudentin J um Rat. Er weist darauf hin, dass er unbedingt ein Zweirad benötigt, um in die Uni zu gelangen. Geld habe er keines, könne sich die Reparatur also auf keinen Fall leisten.

III. Schenkung, §§ 516 ff. BGB

1. Unterscheide zwei Arten der Schenkung

- a. Formfreiheit der Handschenkung, § 516 BGB
- b. Formbedürftigkeit des Schenkungsversprechens (§ 518 BGB) mit Heilungsmöglichkeit, § 518 II BGB.

2. Dogmatische Einordnung der Handschenkung

Als Realvertrag¹¹⁴ konstruiert: Dingliche Zuwendung plus schuldrechtliche Einigung auf Unentgeltlichkeit. Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips.

3. Haftungsprivilegierung des Schenkers

§ 523, 524 BGB: Haftung für Rechts- und Sachmängel nur bei Arglist. Umfang des Anspruchs auf Schadensersatz: negatives Interesse.

Bsp.: S verspricht dem B formwirksam die unentgeltliche Übergabe und Übereignung seines A 2. Er weist absichtlich nicht darauf hin, dass der Motor defekt ist (wirtschaftlicher Totalschaden). Bevor die Übergabe des Pkw stattfindet, bietet der Freund F dem B seinen Golf zum Schnäppchenpreis an. B lehnt mit Hinweis auf das Geschenk des S ab. Als B den Mangel des Pkw des S entdeckt, hat F den Golf an X verkauft.

Strittig ist die Reichweite der Haftungsbeschränkung im Fall von Mangelfolgeschäden.

Bsp.: B erleidet aufgrund einer defekten Bremse des Wagens einen Unfall. S hatte vergessen, darauf hinzuweisen. Die h. M. Meinung beschränkt die Anwendbarkeit von § 524 auf vertragliche Ansprüche, spricht sich aber gegen die Ausstrahlung auf konkurrierende deliktische Ansprüche aus.¹¹⁵ A. A.: § 524 passt nicht auf den Fall der Verletzung sonstiger Rechtsgüter. Uneinigkeit herrscht innerhalb dieser Auffassung über den Haftungsmaßstab, der anstelle von §

¹¹⁴ Realvertrag = Sachhingabe als reales Moment ist zusätzlich zur Einigung (Konsens) erforderlich. Gegenbegriff: Konsensualvertrag.

¹¹⁵ BGHZ 93, 23, 28; HK-BGB/Sänger, § 524 Rn. 2.

524 BGB tritt. In Betracht kommen sowohl der normale Maßstab des § 276 BGB¹¹⁶ als auch § 521 BGB.¹¹⁷

§ 521 BGB: In den übrigen Fällen hat Schenker (nur) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Zu berücksichtigen iRd Prüfung der Voraussetzung des Vertretenmüssens (§§ 280 I 2, § 311a II BGB).

- Erfüllungsinteresse

Bsp.: kein Anspruch des Beschenkten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns, wenn verschenkter Gegenstand (z. B. Grundstück) nicht dem Schenker gehört, so dass Schenkungsversprechen nicht erfüllbar, oder wenn verschenkter Gegenstand (z. B. Taxi) mit Verzug übergeben und übereignet wird, der zu Gewinnerzielung eingesetzt werden soll.

- Strittig, ob auch anwendbar auf Schädigungen sonstiger Rechtsgüter des Beschenkten.

Bsp.: Kartoffelpülpefall (BGHZ 93, 23): Bullen von Landwirten, denen Unternehmer S kostenlos Industrieabfälle (Kartoffelpülpe aus Chipsherstellung) zur Verfügung gestellt hatte, erkrankten an Enzymen, mit denen die Pülpe behandelt war. Anspruch aus § 524 BGB? Sachmangel? BGH: Nein, weil enzymatisierte Pülpe durchaus als Futter (für Schweine) zu verwenden ist. Anspruch aus §§ 280 I und 823 I BGB? BGH: Nein, weil keine grobe Fahrlässigkeit. Ausstrahlungswirkung von § 521 BGB auf deliktische Ansprüche.

Vermittelnde Lösung: Haftungsprivilegierung greift, soweit wie im Pülpefall ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen der Verletzung von integritätsinteressen und dem Vertragsgegenstand besteht. Dagegen greift § 521 BGB nicht, wenn Beschenkter beim Abholen des Geschenks auf der ungesicherten Treppe des Schenkers stürzt und sich verletzt.

IV. Reisevertrag, §§ 651a – 651m BGB

Sonderform des Werkvertrags. Telos: Schutz des Verbrauchers bei Pauschalreisen (vgl. § 651m BGB über Abdingbarkeit). Unionsrechtliche Vorprägung aufgrund Pauschalreiserichtlinie.

Anwendungsbereich: Veranstaltung einer Gesamtheit von Reiseleistungen (§ 651a I BGB)

Jederzeitiges Rücktrittsrecht des Reisenden vor Reisebeginn, § 651i BGB, Entschädigungsanspruch des Reiseveranstalters.

Vertragsübernahme durch Dritten gegen Pflicht zum Ersatz von Mehrkosten, § 651b BGB

Gewährleistungsrechte des Reisenden, §§ 651c ff. BGB: Anspruch auf Abhilfe einschließlich Anspruch auf Aufwendungsersatz im Fall der Selbstabhilfe, Minderung, Kündigung, Schadensersatz

V. Leihe, §§ 598 ff. BGB

Keine Pflicht des Verleihers, die verliehene Sache in vertragsgemäßigem Zustand zu erhalten (anders: Miete).

Haftungsprivilegierung des Verleihers, § 599 und 600 BGB. Siehe oben „Schenkung“.

¹¹⁶ So z. B. Looschelders, SchR BT Rn. 320.

¹¹⁷ Z. B. Staudinger/Wimmer-Leonhardt (2005) § 521 Rn. 11, § 524 Rn. 6.

Unterscheide zwischen Erfüllungsinteresse des Entleihers und Haftung für Verletzung sonstiger Rechtsgüter gemäß § 280 I BGB (Integritätsinteresse).

VI. Gastwirtshaftung, §§ 701 ff. BGB

Die in § 701 Abs. 1 BGB angeordnete verschuldensunabhängige Haftung des Gastwirts (S) für vom Gast (G) eingebrachte Sachen greift unabhängig von der Eigentumslage an den Sachen.¹¹⁸ Damit haftet der Gastwirt (S) auch für den Verlust, die Beschädigung oder Zerstörung von Sachen, die einem Dritten gehören. Die h. M. spricht von einer gesetzlich angeordneten Drittschadensliquidation.¹¹⁹ Vorzugswürdig erscheint die Deutung der Vorschrift als Normierung eines Schutzanspruchs zugunsten Dritter.¹²⁰

VII. Bürgschaft, §§ 765 ff. BGB

1. Bürgschaft als Vertrag, § 765 BGB

2. Formvorschrift, § 766 BGB

Schriftformerfordernis (nur) des Bürgschaftsversprechens.

3. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger

Akzessorietät der Bürgschaft; Einreden gemäß §§ 768, 770, 771, 776 BGB.

4. Forderungsübergang, § 774 BGB

5. Sonderformen der Bürgschaft aufgrund vertraglicher Vereinbarung

- a. Gesetzlicher Normalfall: Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)
- b. Selbstschuldnerische Bürgschaft (§ 773 Abs. 1 Nr. 1: Verzicht auf die Einrede aus § 771 BGB)
- c. Bürgschaft auf erstes Anfordern: Verzicht des Bürgen auch auf die Einwendungen und Einreden gemäß §§ 768, 770, 771, 776 BGB.
- d. Ausfallbürgschaft: Haftung des Bürgen nur unter der Bedingung, dass Gläubiger seine Rechte gegen den Hauptschuldner trotz sorgfältigen Vorgehens wie rechtzeitige Geltendmachung, vorrangige Verwertung anderer Sicherungsmittel etc. nicht durchsetzen kann.

¹¹⁸ Allgemeine Meinung, siehe nur *H.-P. Mansel*, in Jauernig, BGB, 2011, § 701 Rz. 7.

¹¹⁹ Siehe nur *H.-P. Mansel*, in Jauernig, BGB, 2011, § 701 Rz. 7. *E. von Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 264 hält dies gar noch für „unstreitig“. Hintergrund dürfte die Gesetzesgeschichte (dazu *H. Hagen*, Drittschadensliquidation, 1971, 222 f.) sein. Bis zur Neufassung der Vorschrift § 701 BGB a. F., die ausdrücklich nur den Schaden des *Gastes* erwähnte, durch Gesetz vom 24.3.1966 (BGBl. I, S. 181, zitiert nach *H. Hagen*, Drittschadensliquidation, 1971, 223) ging die ganz herrschende Meinung davon aus, der Gast könne auch den Schaden eines Dritten aus eigenem Recht geltend machen.

¹²⁰ *H. Sutschet*, Schutzanspruch zugunsten Dritter, 1999, 119 FN 49 m.w.N. So wohl auch *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht AT/2, 2000, § 34 IV 2 a, S. 269, allerdings ohne Problematisierung.