

Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht*

Auswirkungen der neuen werkvertraglichen Rechtsprechung?

Prof. Dr. Thomas Riehm

Am 22.2.2018 hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem aufsehenerregenden Urteil seine Rechtsprechung zur Schadensberechnung im seit 2002 geltenden reformierten Werkvertragsrecht geändert (BGH NZM 2018, 345). Danach kann ein Werkbesteller im Fall von Mängeln des Werkes seinen Schaden nicht mehr abstrakt nach den erforderlichen Mängelbeseitigungskosten berechnen, sondern in Höhe der tatsächlich aufgewendeten Kosten oder alternativ der mangelbedingten Wertminderung des Werkes. Der nachfolgende Beitrag untersucht mögliche Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das Mietrecht.

Inhalt

I. Einführung: Fiktive Schadensberechnung nach BGH NZM 2018, 345	1
1. Ein Paukenschlag – Das Urteil des BGH vom 22. Februar 2018.....	1
2. Instanzgerichte auf Abwegen? – Ausdehnungen der BGH-Rechtsprechung.....	3
3. Alles beim Alten? – Grenzen der neuen Rechtsprechung beim BGH.....	4
II. Sie werden doch wohl nicht!? – Übertragbarkeit ins Mietrecht	6
1. Wo denn? – Mögliche Anwendungsfälle im Mietrecht.....	6
2. Warum? Die Gründe hinter der neuen BGH-Rechtsprechung.....	8
3. Nichts zu befürchten im Mietrecht?.....	9
a) Szenario 1: Beschädigung der Mietsache durch den Mieter.....	9
b) Szenario 2: Nichterfüllung einer Pflicht des Mieters zur Renovierung, Instandhaltung oder zum Rückbau von Veränderungen.....	9
c) Szenario 3: Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Mieter.....	12
d) Szenario 4: Nichterfüllung der Gebrauchsüberlassungspflicht oder unberechtigte Kündigung.....	13
III. Aber: Sollte man? – Dogmatische Bewertung der BGH-Rechtsprechung	13
1. Fiktive Schadensberechnung im System der §§ 249 ff. BGB.....	13
2. Fiktive Schadensberechnung und Bereicherungsverbot.....	16
3. Fiktive Schadensberechnung und § 249 II 2 BGB.....	17
IV. Fazit.....	18

I. Einführung: Fiktive Schadensberechnung nach BGH NZM 2018, 345

1. Ein Paukenschlag – Das Urteil des BGH vom 22. Februar 2018

„Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen.“¹ So lautet der erste Leitsatz des Urteils des VII. Zivilsenats des

* Vortrag gehalten am 23.3.2019 auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2019. Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Privatrecht, Zivilverfahrensrecht und Rechtstheorie an der Universität Passau.

¹ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345; diese Rechtsprechung wurde inzwischen mehrfach bestätigt, s. z.B. BGH NJW-RR 2018, 1038; NZBau 2019, 170 sowie inzident BGH NJW 2019, 421 (mit expliziter Beibehaltung der alten Rechtsprechung für vor dem 1.1.2002 geschlossene Verträge).

BGH vom 22. Februar 2018, mit dem er seine jahrzehntealte Rechtsprechung zur Schadensberechnung im Werkvertrag ausdrücklich aufgegeben hat. Im Falle eines Werkmangels soll der Werkbesteller seinen Schaden seitdem nur noch auf zwei Arten berechnen können: Entweder er lässt den Mangel tatsächlich selbst beseitigen und kann dann die konkret angefallenen Kosten als Schadensersatz statt der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB) oder als Kosten der Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB) ersetzt verlangen; oder er lässt den Mangel nicht beseitigen und kann dann nur den mangelbedingten Minderwert des Werkes als Schadensersatz statt der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB) liquidieren, wobei dieser sowohl konkret (i.d.R. durch Sachverständigengutachten)² als auch analog zu den Grundsätzen der Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB)³ sowie schließlich im Falle der Weiterveräußerung des Werkes anhand des Mindererlöses berechnet werden kann.

Ausgeschlossen ist aber die bis dahin weit verbreitete⁴ Berechnung aufgrund der hypothetischen Mängelbeseitigungskosten, d.h. anhand der Schätzung eines Sachverständigen⁵ oder des Kostenvoranschlags einer Drittfirma. Diese Berechnungsmethode hatte der VII. Zivilsenat seinerzeit damit begründet, dass der Schaden bereits im Mangel selbst liege; sei dieser im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht beseitigt, die Beseitigung aber möglich, könne der Besteller Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dabei war nach seiner Auffassung unerheblich, ob der Besteller den Betrag tatsächlich zur Mängelbeseitigung verwende.⁶ Es schadete noch nicht einmal, wenn der Besteller das Werk zwischenzeitlich veräußert hatte, sodass eine Mängelbeseitigung in Natur gar nicht mehr möglich war.⁷

Mit dieser für den Werkbesteller großzügigen Rechtsprechung hat der VII. Zivilsenat des BGH nun Schluss gemacht. Will der Werkbesteller nunmehr seinen Schadensersatzanspruch anhand der Kosten der Mängelbeseitigung berechnen, so muss er konkret nachweisen, dass und in welcher Höhe diese tatsächlich entstanden sind. In dieser Berechnungsart unterscheidet sich der Schadensersatzanspruch statt der Leistung („kleiner Schadensersatz“) kaum noch vom Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB): Wie diese muss auch der Schadensersatz konkret anhand der tatsächlich entstandenen Aufwendungen abgerechnet werden. Wie bei den Aufwendungen für die Selbstvornahme soll der Besteller auch beim Schadenersatz einen Vorschussanspruch ha-

² BGH NJW-RR 1991, 1429; BeckOGK BGB/Kober, 1.11.2018, § 636 Rn. 288.

³ So zum früheren Schuldrecht BGH NJW 1997, 2874; BGH NJW 2004, 2156 (2157) = NZM 2004, 393 (394).

⁴ Grundlegend BGHZ 59, 365 = NJW 1973, 138; ferner etwa BGH NJW-RR 2005, 1039; s. auch BGHZ 186, 330 = NJW 2010, 3085 Rn. 9 ff.: kein Ersatz fiktiver Umsatzsteuer; zusammenfassend Staudinger/F. Peters/Jacoby, BGB, 2014, § 634 Rn. 150 f.

⁵ BGHZ 74, 258 (unter IV.4), insoweit in NJW 1979, 2207 nicht abgedruckt; BGH NJW-RR 2003, 878 (879 unter II.4).

⁶ BGHZ 61, 369 (371) = NJW 1974, 143; BGHZ 74, 258 (unter IV.1), insoweit in NJW 1979, 2207 nicht abgedruckt; BGHZ 99, 81 (84); BGH NJW-RR 2003, 878 (879 unter II.1).

⁷ BGHZ 99, 81 = NJW 1987, 645; BGH NJW-RR 2004, 1462.

ben, der aber abzurechnen ist;⁸ hinzu kommen etwaige weitere Schadensposten jenseits der Beseitigungskosten, z.B. Hotelübernachtungskosten während der Mängelbeseitigung⁹).

Diese Rechtsprechung hat der VII. Zivilsenat nicht nur auf Ansprüche gegen den Bauunternehmer erstreckt, sondern auch auf Ansprüche gegen den Architekten wegen Planungsfehlern. Hierbei handelt es sich nicht um Schadensersatz statt der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB), sondern um Schadensersatz neben der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 I BGB), weil die planungsbedingt eingetretenen Mängel des Bauwerks, die den eigentlichen Schaden darstellen, nicht entfallen würden, wenn der Architekt die Mängel seines Werks (Fehlplanung) mittels eines verbesserten Plans beseitigen würde.¹⁰ Gleichwohl hat der VII. Zivilsenat auch insoweit einen Anspruch auf Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten abgelehnt, und dem Besteller nur die vorstehend erwähnten Schadensberechnungsmöglichkeiten anhand der mangelbedingten Wertminderung zuerkannt.

Und schließlich hat der VII. Zivilsenat noch ausgesprochen, dass diese Schadensberechnungsmöglichkeiten nicht nur für den BGB-Werkvertrag gelten, sondern auch für den VOB-Bauvertrag. Hier ergibt sich der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz zwar aus § 13 VII Nr. 3 VOB/B; inhaltliche Änderungen sind damit allerdings nicht verbunden.¹¹

2. Instanzgerichte auf Abwegen? – Ausdehnungen der BGH-Rechtsprechung

Die Instanzgerichte sind der neuen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats im Werkvertragsrecht bisher gefolgt;¹² es ist – soweit ersichtlich – noch keine Entscheidung veröffentlicht, die diese Rechtsprechungsänderung infrage gestellt hätte. In der Literatur ist die Rechtsprechungsänderung auf ein geteiltes Echo gestoßen: Während die einen Autoren sie als überfällige Abkehr von einer zu geschädigtenfreundlichen Schadensberechnung bewerten,¹³ lehnen andere sie ab, weil sie letztlich zu deutlich höheren Schadensbeträgen zulasten der Versichertengemeinschaft führen würde, weil die Geschädigten mehr Reparaturen tatsächlich durchführen lassen würden und damit die Schadensabwicklung im Ergebnis verteuern würden.¹⁴

⁸ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 67; hierzu näher *Vowinckel*, NZBau 2019, 87 ff.

⁹ BGH NJW-RR 2003, 878 (879 unter II.3).

¹⁰ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 58; zur Abgrenzung s. auch BGH, Urt. v. 7.2.2019 – VII ZR 63/18, BeckRS 2019, 2926 Rn. 16 ff.

¹¹ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 37.

¹² S. etwa KG, Urt. v. 1.2.2019 – 21 U 70/18 (juris) Rn. 43; OLG Brandenburg, Urt. v. 23.1.2019 – 4 U 59/15 (juris) Rn. 56 (n. rkr.).

¹³ So oder ähnlich *U. Picker*, JZ 2018, 676 ff.; *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 ff.; *Greger*, MDR 2019, R5 f.; *ders.*, DAR 2019, 50 ff.; *Freymann/Rüßmann*, in: *Freymann/Wellner* (Hrsg.), *jurisPK-Straßenverkehrsrecht*, 31.1.2019, § 249 BGB Rn. 24 ff.; *Popescu*, BauR 2018, 1599 ff.; *jurisPK-BGB/Rüßmann*, *Juris Praxiskommentar BGB*, 8. Aufl. 9.11.2018, § 249 Rn. 23 ff.; in diese Richtung schon früher *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 Rn. 226 f.

¹⁴ Mit unterschiedlichen Begründungsansätzen *Lemcke*, r + s 2019, 176 ff.; *Pletter*, NZV 2019, 93 ff.; *Riehm*, ZfIR 2019, 59 ff.; *Deppenkemper*, jM 2018, 222 ff.; *Schwenker*, MDR 2018, 640 ff.; *Weingart*, NZBau 2018, 593 ff.; *Rodemann*, ZfBR 2018, 320 ff.; *Greiner*, ZWE 2018, 290 ff.

Umgekehrt aber haben sich erste Instanzgerichte – im Anschluss an entsprechende Vorschläge in der Literatur¹⁵ – bereits kreativ gezeigt, was die Ausdehnung der neuen BGH-Rechtsprechung über das Werkvertragsrecht hinaus betrifft: In einer ersten aufsehenerregenden Entscheidung hat zunächst ein Einzelrichter am LG Darmstadt entschieden, dass nunmehr auch „gewöhnliche“ deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche nicht mehr nach fiktiven Reparaturkosten berechnet werden dürfen.¹⁶ Der Einzelrichter wendete dabei die neue BGH-Rechtsprechung sowohl auf den Anspruch aus § 823 I BGB als auch auf den allgemeinen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB an.¹⁷ Eine andere Zivilkammer desselben Landgerichts erstreckte die neue Rechtsprechung in zwei späteren Entscheidungen auch auf die „Geburtsstätte“ der fiktiven Schadensabrechnung, das Recht der Verkehrsunfallsschäden.¹⁸ In ausdrücklicher Opposition zum BGH-Urteil vom 22. Februar 2018 sollte die neue Rechtsprechung nicht auf das Werkvertragsrecht beschränkt bleiben, sondern für jegliche Sachschadensfälle gelten. In einem *obiter dictum* hat die Kammer sogar ausgesprochen, dass die neue Rechtsprechung auch auf mietrechtliche Gewährleistungsansprüche anzuwenden sei;¹⁹ zu einem entsprechenden Anwendungsfall ist es dort allerdings offenbar noch nicht gekommen.

Jüngst hat allerdings das OLG Frankfurt entschieden, dass die neue werkvertragliche Rechtsprechung auch auf das Kaufrecht zu übertragen sei: Im Rahmen eines Immobilienkaufs ging der Senat davon aus, dass der kleine Schadensersatz statt der Leistung wegen Sachmängeln (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB) ebenfalls nicht anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechtigt werden könne.²⁰ Dabei hat er sich ausdrücklich gegen die bisherige Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH gestellt, und sich dem VII. Zivilsenat angeschlossen. Die Revision zum BGH hat der Senat zwar zugelassen; sie scheint aber nicht eingelegt worden zu sein, sodass auf eine Äußerung des V. Zivilsenats zu dieser Frage noch länger zu warten sein dürfte.

3. Alles beim Alten? – Grenzen der neuen Rechtsprechung beim BGH

Die seither ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt allerdings nicht darauf schließen, dass die werkvertragliche Rechtsprechung des VII. Zivilsenats auch auf andere Rechtsgebiete ausgedehnt werden wird. So hat etwa der für das Deliktsrecht und allgemeine Haftungsrecht zuständige VI. Zivilsenat im September 2018 sogar ohne jede Auseinandersetzung mit der neuen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats seine Rechtsprechung zur fiktiven

¹⁵ Insbesondere *U. Picker*, JZ 2018, 676 (678 ff.); *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 (2443 ff.).

¹⁶ LG Darmstadt ZfIR 2019, 58 (n. rkr.).

¹⁷ Krit. hierzu *Riehm*, ZfIR 2019, 59 ff.

¹⁸ LG Darmstadt NZV 2019, 91 = ZfSch 2019, 24; LG Darmstadt DAR 2019, 47 = MDR 2019, 95; in diese Richtung bereits *Greger*, MDR 2019, R5 f.; dementsprechend auch zustimmend *ders.*, DAR 2019, 50 ff.; krit. dagegen *Lemcke*, r + s 2019, 176 (177); *Pletter*, NZV 2019, 93 ff.

¹⁹ So der amtliche Leitsatz von LG Darmstadt MDR 2019, 95, sowie der ebenfalls amtliche Leitsatz 2 von LG Darmstadt NZV 2019, 91, die allerdings jeweils im Urteilstext selbst nicht enthalten sind.

²⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 21.1.2019 – 29 U 183/17 (juris) Rn. 64 ff.

Schadensabrechnung bei Verkehrsunfällen weiter präzisiert und damit inzident bekräftigt.²¹ Danach ist bei Verkehrsunfällen nach wie vor eine fiktive Abrechnung des Sachschadens auf Gutachtenbasis möglich, die auf § 249 II BGB gestützt wird.²² Zum allgemeinen Schadensrecht schränkt der V. Zivilsenat das nur insoweit geringfügig ein, als bei beschädigten Grundstücken eine Schadensberechnung anhand der (fiktiven) Reparaturkosten ausgeschlossen ist, wenn der Geschädigte das Grundstück zwischenzeitlich veräußert hat, ohne zugleich den Schadensersatzanspruch abzutreten.²³

Für das Kaufgewährleistungsrecht, das in den Händen des V. und VIII. Zivilsenats liegt, ist seit Februar 2018 noch keine neue Entscheidung zu der Frage ersichtlich.²⁴ Vieles spricht aber dafür, dass sie an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten werden, wonach der kleine Schadensersatz statt der Leistung im Falle eines Sachmangels grundsätzlich anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnet werden kann.²⁵ Das gilt auch dann, wenn die Kaufsache zwischenzeitlich weiterveräußert wurde.²⁶ Eine Grenze findet der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten – insofern in Parallele zum Werkvertragsrecht²⁷ – nur dort, wo diese in Relation zum mangelbedingten Minderwert unverhältnismäßig sind (Rechtsgedanke des § 251 II BGB²⁸).²⁹ Beide Senate haben ihre Rechtsprechung allerdings unmittelbar auf eine Parallele zur – alten – werkvertraglichen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats gestützt,³⁰ sodass deren Zukunft noch ungewiss ist. Allerdings hat der VII. Zivilsenat seine Rechtsprechungsänderung ausdrücklich mit den Besonderheiten des werkvertraglichen Gewährleistungsregimes begründet und deswegen von einer Vorlage an den großen Zivilsenat (§ 132 II GVG) abgesehen.³¹ Diese Unsicherheit spiegelt sich auch in der kaufrechtlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wider: Während das OLG Frankfurt die werkvertragliche Rechtsprechung auf das Kaufrecht übertragen möchte,³² hält das OLG Düsseldorf an der bis-

²¹ BGH NJW 2019, 852; NJW-RR 2019, 144; dies wurde bereits prognostiziert von *Lemcke*, r + s 2019, 176 (177).

²² Grundlegend BGH NJW 1989, 3009; allerdings hat der BGH diese Rechtsprechung inzwischen verschiedentlich eingeschränkt: Insbesondere kommt eine fiktive Abrechnung nicht mehr in Betracht, wenn der Geschädigte den Schaden nachweislich vollständig sach- und fachgerecht zu einem geringeren Preis reparieren lassen könnte, vgl. BGH NJW 2014, 535 (anders noch BGH NJW 1989, 3009).

²³ BGHZ 81, 385 = NJW 1982, 98; BGH NJW 1993, 1793; BGHZ 147, 320 = NZM 2001, 727.

²⁴ Die Entscheidung BGH (V. Zivilsenat) NJW 2018, 1954, wo in Rn. 29 die fiktive Schadensberechnung implizit zugelassen wurde, stammt noch vom 9.2.2018, also wenige Tage vor dem Erlass des Urteils des VII. Zivilsenats.

²⁵ S. nur BGHZ 193, 326 = NJW 2012, 2793 Rn. 31; NJW 2015, 468 Rn. 33; NJW 2018, 1954 Rn. 29; a.A. insoweit *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 (2444).

²⁶ BGH WM 2016, 1748 = MDR 2016, 482.

²⁷ BGH NJW 2013, 370 Rn. 12.

²⁸ S. dazu *Riehm*, in: GS Unberath, 2015, S. 363 (377 ff.).

²⁹ BGH NJW 2015, 468 Rn. 34 ff. sowie zum alten Kaufrecht BGH NJW 2008, 436.

³⁰ BGH NJW 2012, 2793 Rn. 31; NJW 2015, 468 Rn. 33.

³¹ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 70; krit. insoweit *Seibel*, MDR 2019, 263 ff.

³² OLG Frankfurt, Urt. v. 21.1.2019 – 29 U 183/17 (juris) Rn. 64 ff.

herigen kaufrechtlichen Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten fest.³³ Auch in der Literatur ist das Meinungsbild entsprechend gespalten.³⁴

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass bei den übrigen Zivilsenaten des BGH bisher noch keinerlei Tendenz zu erkennen ist, die neue Rechtsprechung des VII. Zivilsenats auf andere Rechtsgebiete auszudehnen.

II. Sie werden doch wohl nicht!? – Übertragbarkeit ins Mietrecht

1. Wo denn? – Mögliche Anwendungsfälle im Mietrecht

Unmittelbar nach Bekanntwerden der neuen Rechtsprechung ist die Frage aufgetaucht, ob sie auch im Mietrecht Auswirkungen haben könnte.³⁵ Auch hier sind verschiedene Schadensersatzansprüche denkbar, bei denen sich die Frage nach einer fiktiven Berechnungsmöglichkeit stellt. Aus Sicht des Vermieters geht es zunächst um Ansprüche wegen einer Beschädigung der Mietsache durch den Mieter: Muss er hier die Mietsache tatsächlich reparieren lassen, bevor er die Reparaturkosten liquidieren kann, oder muss er vielleicht sogar die Wertminderung der Mietsache aufwendig nachweisen, um hierfür Ersatz zu verlangen – oder genügen wie bisher ein Kostenvoranschlag oder ein Sachverständigengutachten für den Ersatz der geschätzten Reparaturkosten? Die Frage ist insbesondere auch deswegen von großer praktischer Bedeutung, weil es im Mietrecht – anders als im Werkvertragsrecht (§ 637 BGB) – keinen Anspruch auf einen Vorschuss auf die zu erwartenden Reparaturkosten gibt. Für diese Fälle ist die Art der Schadensberechnung bislang noch gar nicht problematisiert worden; die Rechtsprechung wendet – zu Recht! – schlicht § 249 II BGB in seiner „gewöhnlichen“ Form an,³⁶ d.h. bei voller Dispositionsfreiheit des Geschädigten über den zuerkannten Ersatzbetrag. Danach kann der Schaden stets anhand der geschätzten Reparaturkosten fiktiv berechnet werden. Modifiziert wird das lediglich im praktischen Ergebnis insoweit, als der Vermieter beim fortbestehenden Mietverhältnis verpflichtet ist, den gezahlten Schadensbetrag tatsächlich zur Wiederherstellung der Mietsache zu verwenden, soweit dies zur Erfüllung seiner Instandhaltungspflicht erforderlich ist. Diese Pflicht folgt allerdings nicht aus dem Schadensrecht, sondern aus § 535 I 2 BGB.³⁷

³³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.10.2018 – 24 U 194/17, BeckRS 2018, 31442 = MDR 2019, 155 Rn. 34 ff.

³⁴ Für eine Übertragung auf das Kaufrecht *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 (2443 ff.), für eine Ausweitung in das allgemeine Schadensrecht *U. Picker*, JZ 2018, 676 (678 ff.); *Greger*, MDR 2019, R5 f.; dagegen *Riehm*, ZfIR 2019, 59 ff.; *Lemcke*, r + s 2019, 176 ff.; *Pletter*, NZV 2019, 93 ff.

³⁵ S. etwa *Beuermann*, GE 2018, 616 ff.; *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 ff.

³⁶ S. etwa BGH NJW 2018, 1746 = NZM 2018, 320 Rn. 26 ff.

³⁷ BGH NJW 2018, 1745 = NZM 2018, 320 Rn. 29; Schmidt-Futterer/Blank/*Eisenschmid*, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 535 Rn. 93.

Ein anderes denkbare Szenario sind Ansprüche des Vermieters wegen ausgebliebener Schönheitsreparaturen bei Auszug des Vermieters³⁸ – vorausgesetzt, diese waren tatsächlich geschuldet. Gleiches gilt für die Nichterfüllung vertraglich vereinbarter Verpflichtungen zum Rückbau von Veränderungen der Mietsache. Auch hier stellt sich die Frage, ob der Vermieter schlicht aufgrund eines Sachverständigengutachtens die Kosten für eine fachmännische Erledigung fiktiv verlangen kann, oder ob er deren tatsächliche Durchführung nachweisen und dann auch nur die konkret entstandenen Kosten liquidieren kann. Nach der bisherigen Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur ist hier eine fiktive Schadensberechnung grundsätzlich zulässig.³⁹

Doch auch in umgekehrter Richtung sind Schadensersatzansprüche denkbar, für die eine fiktive Schadensberechnung infrage kommt: Das relevanteste Beispiel dürfte der Anspruch des Mieters auf Ersatz von ihm aufgewendeter Kosten für die Beseitigung von Mängeln der Mietsache sein. Ein solcher kann nach h.M. auf § 536a I BGB gestützt werden, sofern die zusätzlichen Voraussetzungen des § 536a II BGB (insbesondere Verzug des Vermieters) eingehalten werden.⁴⁰ Soweit die Problematik überhaupt behandelt wird, wird auch hier eine fiktive Schadensberechnung für zulässig gehalten.⁴¹ Dieser Anspruch tritt neben den (abrechenbaren) Aufwendungsersatzanspruch nach § 536a II BGB, der unabhängig von einem Vertretenmüssen des Vermieters ist. Hier nicht weiter vertieft werden soll die Frage, ob eine Lösung der Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Mieter überhaupt unter § 536a I BGB fallen kann; es erscheint nämlich durchaus auch plausibel, insoweit § 281 BGB unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung der Erhaltungspflicht aus § 535 I 2 BGB anzuwenden. Da aber unstrittig ist, dass es sich auch nach h.M. bei Anwendung des § 536a I BGB in der Sache um Schadensersatz statt der Leistung handelt,⁴² kommt es darauf im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

Ein weiteres Beispiel ist der Schadensersatzanspruch des Mieters bei einer vorgetäuschten Eigenbedarfskündigung oder allgemein bei jeder unwirksamen Kündigung oder auch bei ganz fehlender Überlassung der Mietsache sein. Auch hier wäre es theoretisch denkbar, den Schaden fiktiv in der Weise zu berechnen, dass der ausgezogene Mieter – unabhängig davon, zu welchen Kosten er tatsächlich Ersatzwohnraum erlangt hat – fiktiv die Differenz zwischen seiner bisherigen Mietsache und der Marktmiete als Schadensersatz liquidiert.

³⁸ S. dazu bisher BGH NJW 2014, 1521 Rn. 21 ff.; dieses Szenario betrachtet auch *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 ff.

³⁹ BGH NZM 2014, 306 Rn. 31; OLG Köln ZMR 1987, 375; aus der Lit. Staudinger/*Emmerich*, 2018, § 535 Rn. 142; Schmidt-Futterer/Blank/*Langenberg*, 13. Aufl. 2017, § 538 Rn. 322; *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 (315 f.); *Sternel*, NZM 2017, 169 (178); abl. *Kraemer*, NZM 2003, 417 (423).

⁴⁰ Schmidt-Futterer/Blank/*Eisenschmid*, § 536a Rn. 79; *Gramlich*, Mietrecht, 14. Aufl. 2018, § 536a Rn. 6; Staudinger/*Emmerich*, § 536a Rn. 22, 41; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl. 2016, § 536a Rn. 16.

⁴¹ Schmidt-Futterer/Blank/*Eisenschmid*, § 536a Rn. 81.

⁴² S. nur *Unberath*, ZMR 2004, 309 (312).

2. Warum? Die Gründe hinter der neuen BGH-Rechtsprechung

Bevor nun die Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung auf die vorstehend erwähnten mietrechtlichen Szenarien im Einzelnen untersucht wird, ist zunächst auf die vom BGH angeführten Gründe für seine neue Rechtsprechung im Werkvertragsrecht einzugehen.⁴³ In dogmatischer Hinsicht verortet der VII. Zivilsenat den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung seit jeher ausschließlich im § 251 I BGB; eine Naturalrestitution gemäß § 249 BGB sei ausgeschlossen.⁴⁴ Damit schließt der BGH implizit auch die Anwendung des § 249 II BGB aus, auf den im allgemeinen Deliktsrecht und Schadensrecht die Erstattungsfähigkeit fiktiver Reparaturkosten und die sogenannte „Dispositionsfreiheit des Geschädigten“ gestützt werden.⁴⁵ Zugleich wird damit festgelegt, dass der Schadensersatz nicht mehr im Wege der Restitution, sondern ausschließlich im Wege der Kompensation erfolgen kann. Damit kommt ein Ersatz allerdings nur noch in Betracht, wenn der Schaden zugleich einen Vermögensschaden darstellt.⁴⁶

Der VII. Zivilsenat weist dann darauf hin, dass ein Vermögensschaden des Bestellers nicht bereits im Mangel liege, sondern erst dann eintritt, wenn der Besteller tatsächlich Geld ausgibt, um den Mangel zu beseitigen.⁴⁷ Das Leistungsdefizit selbst bilde im Werkvertragsrecht noch keinen Vermögensschaden.⁴⁸ Vielmehr führe die bisherige Rechtsprechung häufig zu einer Überkompensation des Geschädigten und damit zu einem Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. Der (fiktive) Aufwand für die Mängelbeseitigung hänge von verschiedenen Umständen ab und könne das vereinbarte Entgelt durchaus deutlich übersteigen; damit sei nicht gesichert, dass der so ermittelte Schadensbetrag den Vermögenswert des Leistungsdefizits korrekt wiedergebe, der jedenfalls nicht größer als die vereinbarte Gegenleistung sein könne. Diese Begründung wird jedoch stets an die Besonderheiten des Werkvertrags und insbesondere des Baurechts geknüpft.⁴⁹ Vor allem passt der VII. Zivilsenat die neue Rechtsprechung ausführlich in das System des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts (§§ 634 ff. BGB) ein: Dem Werkbesteller stehe einerseits die Möglichkeit der Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB) zu, um unabhängig vom Nachweis eines konkret eingetretenen Schadens das vertragliche Äquivalenzverhältnis wiederherzustellen. Andererseits stehe ihm nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB das Selbstvornahmerecht zu, aufgrund dessen er die Kosten für die Mängelbeseitigung auch im Wege des Vorschusses geltend machen könne.⁵⁰ Durch diese Kombination werkvertraglicher Rechtsbehelfe sei er im Ergebnis hinreichend geschützt, und müsse nicht

⁴³ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 31 ff.

⁴⁴ BGH NJW 2010, 3085 Rn. 10; NJW 2013, 370 Rn. 9 sowie zum alten Schuldrecht BGHZ 99, 81 (84); s. hierzu ausf. und krit. Riehm (o. Fußn. 29), 365 ff.

⁴⁵ BGHZ 61, 56 (58); 61, 346 (347); 155, 1 (6); MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 367 ff.

⁴⁶ Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 2. Aufl. 2017, Rn. 565; MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 321; Looschelders, SchuldR AT, 16. Aufl. 2018, § 47 Rn. 1 ff.

⁴⁷ Hinweis auf Halfmeier, BauR 2013, 320 (322 f.); gegen diesen schon früh Weyer, NZBau 2013, 269 ff.

⁴⁸ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 32.

⁴⁹ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 33 f., 36.

⁵⁰ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 46 ff.

befürchten, infolge eines Mangels finanzielle Einbußen zu erleiden; zugleich sei eine Überkompensation ausgeschlossen.

Ausdrücklich grenzt sich der Senat von der entgegenstehenden kaufrechtlichen Rechtsprechung des V. und VIII. Zivilsenats ab. Seine Rechtsprechung beziehe sich ausschließlich auf den Werkvertrag, sodass eine Vorlage an den Großen Zivilsenat gemäß § 132 II GVG nicht erforderlich sei.⁵¹ Ebenso deutlich sagt der Senat, dass sich seine neue Rechtsprechung nicht auf § 249 II BGB beziehe, weil es beim Schadensersatz statt der Leistung nicht um die Beschädigung einer Sache im Sinne dieser Vorschrift gehe.

3. Nichts zu befürchten im Mietrecht?

Untersucht man diese Begründung auf ihre Tragfähigkeit im Mietrecht, so ist zu differenzieren.

a) Szenario 1: Beschädigung der Mietsache durch den Mieter

Im ersten Szenario, der Beschädigung der Mietsache durch den Mieter, handelt es sich um einen gewöhnlichen Integritätsschaden, auf den § 249 II BGB unmittelbar Anwendung findet. Das gilt unabhängig davon, ob der Anspruch aus Vertrag oder aus Delikt folgt: Bei einem Anspruch aus § 823 I BGB gilt ohnehin das allgemeine Schadensrecht; aber auch der vertragliche Anspruch ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH nur ein solcher auf Schadensersatz *neben* der Leistung,⁵² auf den § 249 BGB auch ohne Einschränkung anwendbar ist. Daher gilt auch insoweit die Dispositionsfreiheit des Geschädigten, sodass er mit dem geleisteten Schadensersatz verfahren kann, wie er möchte. Eine Abkehr von dieser Art der Schadensberechnung wäre nicht nur eine einfache Übertragung eines werkvertraglichen Gedankens auf das Mietrecht, sondern eine fundamentale Revolution der gesamten schadensrechtlichen Dogmatik, mit der derzeit jedenfalls auf der Ebene des BGH nicht zu rechnen ist.⁵³

b) Szenario 2: Nichterfüllung einer Pflicht des Mieters zur Renovierung, Instandhaltung oder zum Rückbau von Veränderungen

Weniger eindeutig ist die Lage demgegenüber im zweiten Szenario, der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten zur Vornahme von Schönheitsreparaturen oder zum Rückbau der Mietsache. Insoweit handelt es sich bei dem geltend gemachten Schaden um Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB.⁵⁴ Folgt man insoweit der Rechtsprechung des BGH, so findet § 249 II BGB auf diesen Anspruch keine Anwendung. Dementsprechend sind der darin verankerte Grundsatz der Dispositionsfreiheit und die damit verbundene Möglichkeit

⁵¹ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 = NZM 2018, 345 Rn. 69 ff.

⁵² BGH NJW 2018, 1746 = NZM 2018, 320; *Fervers*, WuM 2017, 429 (433 ff.).

⁵³ S. insoweit BGH NJW 2019, 852; NJW-RR 2019, 144. Die entgegenstehende Rechtsprechung des LG Darmstadt (ZfIR 2019, 58) dürfte vereinzelt bleiben (s. auch *Riehm*, ZfIR 2019, 59 ff.).

⁵⁴ BGH NJW 2009, 510 = NZM 2009, 126 Rn. 14; BGH WuM 2009, 36; BGHZ 204, 316 = NJW 2015, 1871 = NZM 2015, 424 Rn. 15; *Fervers*, WuM 2017, 429 (435); *Sternel*, NZM 2017, 169 (181).

einer fiktiven Schadensberechnung nicht ohne Weiteres anwendbar. Gleichwohl hatte die bisherige Rechtsprechung auch hier zwar § 251 I BGB angewendet, einen Vermögensschaden aber direkt im Ausbleiben der vertraglich geschuldeten Leistung gesehen. Dieser war nach den allgemeinen im Leistungsstörungenrecht bis dato anerkannten Grundsätzen nach den Kosten eines Deckungsgeschäfts zu berechnen,⁵⁵ also nach dem, was der Vermieter am Markt aufwenden muss, um sich die eigentlich vom Mieter geschuldete Leistung zu verschaffen. Das führt im praktischen Ergebnis zu einer fiktiven Schadensberechnung anhand der geschätzten Kosten einer Ersatzvornahme.⁵⁶ Exakt diese Art der Schadensberechnung hat allerdings der VII. Zivilsenat für das Werkvertragsrecht jetzt aufgegeben. Es erscheint nicht vollkommen ausgeschlossen, dass der VIII. und der XII. Zivilsenat diesem Gedanken folgen,⁵⁷ weil ein Kernargument des VII. Zivilsenats, nämlich die Definition des Vermögensschadens i.S.v. § 251 I BGB, auch auf das Mietrecht übertragbar ist. Freilich kann man dies auch anders sehen, denn die wesentlichen Argumente des VII. Zivilsenats stammen aus den vorrangigen Wertungen und der Systematik der §§ 634 ff. BGB; ein solches spezifisches Gewährleistungsrecht, das insbesondere die Rechtsfolgen der Minderung und des Selbstvornahmerechts des Werkbestellers bereithält, existiert für die genannten Ansprüche des Vermieters nicht. Vielmehr unterliegen diese dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht, das keine vergleichbaren Sonderregeln enthält. Im Gegenteil wären die vom BGH „zum Trost“ des Werkbestellers erwähnten Rechtsbehelfe ohne Parallele; ein anderweitiger Ausgleich für den Vermieter wäre nicht auf schadensrechtlichem oder anderem leistungsstörungenrechtlichem Wege zu erzielen.

Dabei ist diese Konstellation durchaus praktisch relevant: Häufig wird der Vermieter die geschuldeten Schönheitsreparaturen ebenso wie den Rückbau der Mietsache nicht selbst vornehmen wollen. Das kann daran liegen, dass der Vermieter ohnehin im Anschluss an den Mietvertrag die Mietsache umbauen will, sodass er weder an der Vornahme von Schönheitsreparaturen noch an dem Rückbau durch den Mieter mehr ein Interesse hat. In anderen Fällen ist es ihm gelungen, die Schönheitsreparatur- oder Rückbaulast auf einen Nachmieter abzuwälzen, sodass er auch aus diesem Grund kein Interesse mehr an der naturalen Erfüllung der jeweiligen Verpflichtung hat. In all diesen Fällen muss er selbst für die Erfüllung der jeweiligen Pflichten keine spezifizierbaren Kosten tragen. Der einzige vermögensmäßige Nachteil, den er insoweit behaupten könnte, wäre im Fall der Abwälzung auf den Nachmieter seine ggfs. schlechtere Verhandlungsposition bei den Verhandlungen des Mietvertrags, die freilich kaum je in Geld quantifizierbar sein dürfte. Damit wäre er aber faktisch nahezu rechtlos gestellt, und der Mieter könnte seine vertraglich übernommenen Pflichten sanktionslos verletzen.

⁵⁵ S. allgemein BeckOGK BGB/Riehm, 1.12.2018, § 280 Rn. 226.

⁵⁶ Für möglich gehalten von BGH NJW 2009, 510 = NZM 2009, 126 Rn. 14; der Anspruch scheiterte letztlich an der fehlenden Fristsetzung gem. § 281 I 1 BGB.

⁵⁷ Befürwortend etwa *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 (316).

Im Hinblick auf diese Problematik hat der BGH im Hinblick auf die Verpflichtung des Mieters zu Schönheitsreparaturen und Instandhaltungsmaßnahmen schon lange entschieden, dass im Falle eines Umbaus der Mietsache nach Beendigung des Mietvertrags an die Stelle des Erfüllungsanspruches des Vermieters, an dem dieser kein Interesse mehr hat, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Zahlungsanspruch tritt.⁵⁸ Dieser ist unabhängig vom Schadensersatzrecht (§§ 280 I, III, 281 BGB) und kann daher durch die neue schadensrechtliche Rechtsprechung des VII. Zivilsenats nicht betroffen werden. Selbst wenn also die für das Mietrecht zuständigen Zivilsenate entgegen der hier vertretenen Auffassung die Rechtsprechung aus dem Werkvertragsrecht übernehmen sollten, würde das nichts daran ändern, dass der Vermieter im Falle des späteren Umbaus der Mietsache einen eigenständigen Zahlungsanspruch gegen den Mieter hat, wenn dieser die vertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen oder Instandsetzungsarbeiten beim Auszug nicht erledigt. Allerdings ist diese mietrechtliche Rechtsprechung zur ergänzenden Vertragsauslegung ausdrücklich auf Schönheitsreparaturen bzw. Instandsetzungsarbeiten und den nachträglichen Umbau der Mietsache beschränkt. Auf eine vertraglich übernommene Rückbaupflicht ist diese dagegen ausdrücklich nicht anzuwenden, weil diese nicht im Synallagma zur Gebrauchsüberlassungspflicht steht. Daher besteht insoweit keine Basis für eine ergänzende Vertragsauslegung.⁵⁹ Ebenso ist die ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich, wenn es dem Vermieter gelungen ist, die Schönheitsreparaturen bzw. Instandsetzungsarbeiten auf den Nachmieter abzuwälzen, weil deren Vornahme durch den Altmietler dann ohne Weiteres noch möglich wäre.

In allen diesen Fällen bleibt es bei der Anspruchsgrundlage des §§ 280 I, III, 281 BGB als einziger Möglichkeit, zu einem Ersatzanspruch des Vermieters zu gelangen. Dafür ist zunächst Voraussetzung, dass der zugrundeliegende Erfüllungsanspruch noch fortbesteht; hieran fehlt es schon im Hinblick auf einen Rückbauanspruch, wenn der Vermieter die Mietsache ohnehin bereits umgebaut hat: Dann tritt insoweit schlicht Unmöglichkeit im Sinne von § 275 I BGB ein, sodass der Erfüllungsanspruch erlischt. Damit besteht auch keine Basis mehr für einen Schadensersatzanspruch aus § 281 BGB.⁶⁰ In den übrigen Fällen werden die mietrechtlichen Zivilsenate des BGH über kurz oder lang Farbe bekennen müssen, ob sie dem VII. Zivilsenat folgen oder – wie hier vorgeschlagen – die bisherige ständige Praxis zur fiktiven Schadensberechnung beibehalten wollen. Das gilt erst recht für all diejenigen Fälle, in denen der Vermieter weder nach dem Auszug des Mieters die Mietsache umgebaut noch die jeweilige Leistungspflicht des Mieters auf den Nachmieter abgewälzt hat, sondern die fiktive Abrechnung der Renovierungs- oder Rückbaukosten schlicht zur Vereinfachung der Schadensberechnung im Prozess nutzen möchte.

⁵⁸ BGHZ 77, 301 = NJW 1980, 2347; BGHZ 92, 363 (373) = NJW 1985, 480; BGH NJW 2005, 425 (426) = NZM 2005, 58; für Instandsetzungskosten BGHZ 151, 53 (58 ff.) = NJW 2002, 2383 = NZM 2002, 655; NJW 2009, 510 = NZM 2009, 126 Rn. 16.

⁵⁹ BGHZ 96, 141 (145 f.) = NJW 1986, 309.

⁶⁰ *Sternel*, NZM 2017, 169 (182).

c) Szenario 3: Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Mieter

Der Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung durch den Mieter folgt unmittelbar aus § 536a I BGB und lässt sich daher nicht ohne Weiteres in das System der §§ 280 ff. BGB einordnen. Nach zutreffender h.M. handelt es sich aber auch hier der Sache nach um einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der allerdings die Regelung des § 281 BGB verdrängt.⁶¹ Damit gilt grundsätzlich das Gleiche wie im vorstehend behandelten Szenario 2: Es erscheint zumindest konstruktiv möglich, die werkvertragliche Rechtsprechung des VII. Zivilsenats auch auf diese Fälle zu übertragen und dem Mieter die Möglichkeit zu versagen, die Kosten für eine Selbstbeseitigung des Mangels fiktiv abzurechnen. Praktisch relevant wird das vor allem in den Fällen, in denen der Mieter den Mangel selbst mit geringem (finanziellem) Aufwand fachgerecht behoben hat und gleichwohl die Kosten einer – unterstellt: gleichwertigen – Beseitigung des Mangels durch eine Fachfirma verlangt. Eine Verweisung des Mieters auf eine konkrete Schadensberechnung würde – ebenso wie auf den Aufwendungsersatz nach § 536a II BGB – dazu führen, dass dieser regelmäßig keine Kosten für seine eigene Arbeitsleistung ansetzen kann, sondern nur die Materialkosten. Der BGH hält nämlich bei konkreter Schadensberechnung eigene Arbeitsleistung des Geschädigten nur unter engen Voraussetzungen für vermögenswert i.S.v. § 251 I BGB.⁶² Demgegenüber wären bei fiktiver Schadensberechnung nach allgemeinen Grundsätzen die Kosten einer entsprechenden Fachfirma anzusetzen.⁶³

Geht man hier von der Möglichkeit einer fiktiven Schadensberechnung aus, ist freilich auch § 281 IV BGB analog anzuwenden (sofern man den Anspruch nicht ohnehin mit § 281 BGB begründet⁶⁴), so dass der Mieter gehindert ist, nach seinem Schadensersatzverlangen auch noch vom Vermieter die Erfüllung der Erhaltungspflicht des § 535 I 2 BGB zu verlangen, wenn er sich entscheidet, den gezahlten Schadensbetrag nicht zur Mängelbeseitigung zu verwenden. Dementsprechend sind konsequenterweise auch sämtliche weitere Gewährleistungsrechte (insbesondere die Minderung) im Hinblick auf diesen Mangel ausgeschlossen; rechnet der Mieter die Mängelbeseitigungskosten fiktiv ab, so muss er sich fortan so behandeln lassen, als hätte er den Mangel tatsächlich beseitigt. Umgekehrt ist der Mieter dann als Ausdruck seiner Obhutspflicht verpflichtet, nach Erhalt der fiktiven Beseitigungskosten auf der Grundlage tatsächlich für die Beseitigung des Mangels zu sorgen. Denn der Vermieter darf sich darauf verlassen, dass der Mieter dann tatsächlich den Mangel beseitigt, und muss selbst keine entsprechenden Maßnahmen mehr ergreifen. Verschlechtert sich die Mietsache trotzdem weiter, weil der Mieter nach Erhalt des fiktiven Schadensbetrags den Mangel doch nicht beseitigt (greift beispielsweise der Schimmel in der Wohnung weiter um sich), liegt darin eine Verlet-

⁶¹ Unberath, ZMR 2004, 309 (312).

⁶² BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921 (unter II.4); näher zur durchaus widersprüchlichen Rechtsprechung MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 83 ff.

⁶³ MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 394, 389 m.w.N.

⁶⁴ S. oben II.1 bei Fn. 42

zung der Obhutspflicht durch den Mieter, so dass er den Vermieter gem. §§ 280 I, 241 II BGB ebenso wie nach § 823 I BGB für die weitere Verschlechterung der Mietsache zu entschädigen hat. Außerdem ist der Vermieter in diesem Fall selbstverständlich berechtigt, selbst für die Beseitigung des Mangels zu sorgen – auf Kosten des Mieters wegen dessen Verletzung der Obhutspflicht.

Im Hinblick auf die Frage, ob es bei dieser Möglichkeit der fiktiven Schadensberechnung bleibt, werden die für das Mietrecht zuständigen Zivilsenate daher früher oder später Farbe bekennen müssen, ob sie die werkvertragliche Rechtsprechung des VII. Zivilsenats übernehmen wollen.

d) Szenario 4: Nichterfüllung der Gebrauchsüberlassungspflicht oder unberechtigte Kündigung

Überlässt der Vermieter die Mietsache nicht bei Vertragsbeginn, oder entzieht er dem Mieter den Gebrauch unberechtigterweise (insbesondere durch eine unberechtigte Kündigung, z.B. bei Vortäuschung von Eigenbedarf), so ist eine fiktive Schadensberechnung theoretisch denkbar, etwa anhand der fiktiven Kosten einer Ersatzwohnung. Freilich ist diese Art der Schadensberechnung – soweit ersichtlich – noch niemals praktiziert worden; und das zu Recht: Die Möglichkeiten für den Mieter, Ersatzwohnraum zu beschaffen, sind so divers, dass es sich verbietet, eine Standardmethode (etwa ein Hotel?!) einer fiktiven Schadensberechnung zugrunde zu legen. Auch existiert angesichts der stark divergierenden Preise für Wohnraum auf demselben Markt kein standardisierter Marktpreis, der Grundlage einer derartigen Schadensberechnung sein könnte. Daher ist unabhängig von der werkvertraglichen Rechtsprechung des VII. Senats eine fiktive Schadensberechnung hier nicht zuzulassen.

III. Aber: Sollte man? – Dogmatische Bewertung der BGH-Rechtsprechung

Jenseits von einer Prognose einer möglichen Entscheidung der für das Mietrecht zuständigen Zivilsenate des BGH stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats überhaupt Gefolgschaft verdient und auf weitere Rechtsgebiete ausgedehnt werden sollte. Dieser soll abschließend vor dem Hintergrund der schadensrechtlichen Dogmatik der §§ 249 ff. BGB einerseits und der speziellen Eigenschaften des Schadensersatzes statt der Leistung andererseits nachgegangen werden.⁶⁵

1. Fiktive Schadensberechnung im System der §§ 249 ff. BGB

Infrage zu stellen ist bereits der dogmatische Ausgangspunkt der h.M., wonach sich der Schadensersatz statt der Leistung ausschließlich nach § 251 BGB und nicht nach § 249 BGB rich-

⁶⁵ S. hierzu bereits ausf. Riehm (o. Fußn. 29) sowie im werkvertraglichen Zusammenhang Weyer, NZBau 2013, 269 (270 ff.).

ten könne.⁶⁶ Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, greift diese Sichtweise zu kurz⁶⁷ und wird auch von der Rechtsprechung nicht konsequent durchgehalten: Selbst dort, wo ausnahmsweise im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung ein Bedarf nach einer „echten“ Naturalrestitution i.S.v. § 249 I BGB besteht, wird diese von der Rechtsprechung auch gewährt.⁶⁸ Erst recht muss das für die andere Form der Naturalrestitution gelten, die Restitution durch die Zahlung des dafür erforderlichen Geldbetrags gem. § 249 II BGB. Gegenüber der „echten“ Naturalrestitution im Sinne von § 249 I BGB kann nämlich noch durchaus zutreffend geltend gemacht werden, dass diese gegen den Gedanken des § 281 IV BGB verstößt, weil sie den nach dieser Vorschrift ausgeschlossenen Erfüllungsanspruch quasi durch die Hintertür des Schadensersatzes wieder einführt.⁶⁹ Dieser Einwand verfängt gegenüber einer entsprechenden Anwendung des § 249 II BGB auf den Schadensersatz statt der Leistung indessen nicht, weil hier der Schädiger (Schuldner) nicht zur Vornahme der geschuldeten Leistung in Natur verpflichtet werden soll, sondern allein zur Finanzierung der Vornahme eben dieser Leistung durch einen Dritten (Deckungsgeschäft). Um nichts Anderes geht es aber beim Ersatz der Kosten für eine Mängelbeseitigung bzw. für die Vornahme einer vom Mieter geschuldeten Renovierung bzw. eines Rückbaus der Mietsache.

Richtig ist selbstverständlich, dass der Wortlaut des § 249 II BGB nicht auf den Schadensersatz statt der Leistung passt, weil es nicht um die „Beschädigung einer Sache“ geht, sondern das Ausbleiben einer Leistung.⁷⁰ Gerade in den hier interessierenden Fällen ist dieser Unterschied freilich so groß nicht: Unterlässt der Mieter geschuldete Schönheitsreparaturen oder verletzt er seine vertragliche Pflicht zum Rückbau von Veränderungen der Mietsache, so kann das dadurch entstehende Defizit beim Vermieter zwanglos als Sachschaden bezeichnet werden. Hierauf kommt es aber nicht entscheidend an. Nach hier vertretener Auffassung kann vielmehr das Deckungsgeschäft – also die Vornahme der vertraglich geschuldeten Leistung durch einen Dritten auf Kosten des eigentlichen Schuldners – ganz grundsätzlich in entsprechender Anwendung des § 249 II BGB behandelt werden.⁷¹ Der hinter dieser Vorschrift stehende Gedanke lässt sich unmittelbar auf das Deckungsgeschäft beim Schadensersatz statt der Leistung übertragen: Wie die Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB dient auch das Deckungsgeschäft letztlich dazu, dass Leistungsinteresse des Gläubigers in Natur zu befriedigen:

⁶⁶ RGZ 61, 348 (353) (zu § 326 BGB a.F.); 107, 15 (17 f.) (zu § 280 I BGB a.F.); BGH LM § 325 BGB a.F. Nr. 3; BGHZ 99, 81 (84) (zu § 635 BGB a.F.); BGH NJW 2010, 3085 (3086 Rn. 10); NJW 2013, 370 (371 Rn. 9); aus der Lit. etwa *D. Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, 97 ff.; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, 2. Aufl. 2017, § 16 Rn. 1; NK-BGB/*Dauner-Lieb*, NomosKommentar BGB, 3. Aufl. 2016, § 281 Rn. 58; *Hirsch*, JURA 2003, 289 (289); speziell für Renovierungskosten auch *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 (316).

⁶⁷ *Riehm* (o. Fußn. 29).

⁶⁸ Vgl. RGZ 93, 281 (284 f.); 106, 86 (88); BGH WM 1971, 1412 (1414); zum werkvertraglichen Schadensersatz BGH NJW 1962, 390; s. ferner BGHZ 78, 252: Einräumung einer Lizenz an einem vertragswidrig in eigenem Namen statt für den Arbeitgeber eingereichten Patent.

⁶⁹ Hierauf stellt auch die h.M. entscheidend ab, vgl. nur BGH NJW 2010, 3085 Rn. 10.

⁷⁰ *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315 (316).

⁷¹ So bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (736 f.); ausf. ferner *Riehm* (o. Fußn. 29), 369 ff.

Der Gläubiger erhält dasjenige, was ihm nach dem Vertrag eigentlich zustünde, allerdings nicht unmittelbar aus der Hand des Schuldners, sondern auf dessen Kosten von einem Dritten. Im allgemeinen Schadensrecht kommt dem geschädigten Gläubiger insoweit eine freie Ersetzungsbefugnis zu, sodass er unmittelbar den Zahlungsanspruch nach § 249 II BGB geltend machen kann, ohne dem Schädiger zuvor eine Gelegenheit zur eigenhändigen Schadensbehebung gegeben zu haben. Beim Schadensersatz statt der Leistung sichert die Tatbestandsseite des Schadensersatzanspruchs zunächst den Vorrang der Erfüllung bzw. Nacherfüllung (§ 281 I 1 BGB); ist diese Schwelle überschritten, also insbesondere eine dem Schuldner gesetzte Nachfrist abgelaufen, so steht es dem Gläubiger frei, unmittelbar zum Deckungsgeschäft zu schreiten. Auch das passt also zu § 249 II BGB.

Vor allem aber ermöglicht nur die entsprechende Anwendung des § 249 II BGB auf das Deckungsgeschäft – und damit auf die relevanten Mängelbeseitigungskosten – eine dogmatisch schlüssige und bruchlose Erklärung zahlreicher Besonderheiten, die die Rechtspraxis im Hinblick auf den Schadensersatz statt der Leistung eingeführt hat. Am augenfälligsten ist dies für die Ersatzfähigkeit von Umsatzsteuer bei fiktiver Schadensberechnung: Insoweit hatte der BGH unter seiner alten Rechtsprechung, die eine fiktive Berechnung der Mängelbeseitigungskosten noch zugelassen hatte, entschieden, dass die Umsatzsteuer nur zu erstatten sei, soweit diese tatsächlich angefallen ist.⁷² Der BGH musste dafür einen erheblichen Begründungsaufwand treiben, weil er im selben Urteil die Anwendung des § 249 II 2 BGB gerade ausgeschlossen hatte.⁷³ Fasst man allerdings das Deckungsgeschäft unter § 249 II 1 BGB, so ist die Anwendung des Satzes 2 derselben Vorschrift geradezu logisch zwingend und konsequent.⁷⁴

Eine weitere vermeintliche Anomalie im Schadensersatz statt der Leistung betrifft das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Berechnungsmethoden: Nach Auffassung des BGH kann der Gläubiger seinen Schadenersatz zwar grundsätzlich anhand der Mängelbeseitigungskosten berechnen; diese dürfen allerdings nicht außer Verhältnis zum mangelbedingten Minderwert stehen.⁷⁵ Sieht man mit der Rechtsprechung beide Varianten der Schadensberechnung als Anwendungsfall des § 251 I BGB an, so fällt es schwer, diese Verhältnismäßigkeitsabwägung dogmatisch zu verorten. Fasst man dagegen den Ersatz der Mängelbeseitigungskosten mit der hier vertretenen Auffassung unter § 249 II BGB, den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts dagegen unter § 251 I BGB, so richtet sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung wiederum dogmatisch konsequent nach § 251 II BGB, der gerade regelt, wann die

⁷² BGH NJW 2010, 3085 Rn. 13 ff.; zur fiktiven Abrechnung des Schadensersatzes bei unterbliebenen Schönheitsreparaturen ebenso KG, Urt. v. 10.5.2004 – 12 U 122/03, BeckRS 9998, 04956 = NJOZ 2004, 2224 (2227).

⁷³ BGH NJW 2010, 3085 Rn. 12.

⁷⁴ So auch KG NJOZ 2004, 2224 (2227).

⁷⁵ BGH NJW 2013, 370 Rn. 12 ff. zum Werkvertragsrecht; BGH NJW 2015, 468 Rn. 34 ff. zum Kaufrecht; vor der Schuldrechtsreform bereits BGHZ 59, 365 = NJW 1973, 138 zum Werkvertragsrecht und BGH NJW 2008, 436 zum Kaufrecht.

Naturalrestitution in Relation zum Wertersatz zu teuer wird und daher ausscheidet. Es verwundert daher nicht, dass die Rechtsprechung die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit den Kriterien des § 251 II BGB anwendet,⁷⁶ konsequent wäre allerdings dann, hieraus auch den dogmatischen Schluss zu ziehen, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unter § 249 BGB zu subsumieren sind.

2. Fiktive Schadensberechnung und Bereicherungsverbot

Der wesentliche Einwand gegen die fiktive Schadensberechnung ist nicht dogmatisch-konstruktiver Natur, sondern beruft sich auf ein Grundprinzip des Schadensrechts, das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. In der Tat folgt aus dem schadensrechtlichen Grundsatz der Totalreparation nicht nur, dass der Gläubiger für seine Einbußen vollständig zu entschädigen ist, sondern zugleich, dass er nicht mehr erhalten soll, als er an Einbuße tatsächlich erlitten hat.⁷⁷ Es trifft seit jeher zu, dass die fiktive Schadensberechnung in einem schwierigen Spannungsverhältnis zum schadensrechtlichen Bereicherungsverbot steht. Das ist freilich keine Besonderheit des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts, sondern gilt im gesamten Schadensrecht.⁷⁸ Dem ist in zweifacher Weise zu begegnen: Zum einen liegt in den Fällen der fiktiven Schadensabrechnung keineswegs stets eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten vor.⁷⁹ Vielmehr erfasst diese Art der Schadensberechnung in vielen Fällen den Wert der tatsächlichen Einbuße des Geschädigten zutreffend, weil bei der Wertermittlung von Vermögensgegenständen im Falle von Mängeln bzw. Schäden häufig vom Marktwert schlicht ein Abschlag in Höhe der zu erwartenden Reparaturkosten vorgenommen wird (s. z.B. § 8 III ImmoWertVO⁸⁰).⁸¹ Darüber hinaus dient diese Schadensberechnung der Vereinfachung der Abwicklung des Schadensfalls, was wegen der damit verbundenen Vermeidung von Schadensermittlungskosten grundsätzlich auch im Interesse des Schädigers liegt. In aller Regel ist mit dem Schadensfall (bzw. der Pflichtverletzung) tatsächlich eine Einbuße des Geschädigten verbunden, deren Bezifferung im Sinne einer Vermögensbilanz allerdings häufig erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde.⁸² Im praktischen Ergebnis wirken sich diese Schwierigkeiten zulasten des Geschädigten aus, weil dieser seiner prozessualen Darlegungslast nicht nachkommen kann. Die Ermöglichung einer fiktiven Schadensberechnung dient daher auch dazu, eine andernfalls drohende ungerechtfertigte Entlastung des Schädigers zu vermeiden. Bei der

⁷⁶ BGH NJW 2013, 370 Rn. 11 f.; NJW 2015, 468 Rn. 36.

⁷⁷ BGH NJW 1989, 3009; NJW 2004, 2526 (2528); NJW 2004, 3324 (3325); NJW 2005, 2541 (2542); NJW 2015, 468 Rn. 20; Staudinger/*Schiemann*, Vor § 249 Rn. 2; MüKoBGB/*Oetker*, § 249 Rn. 20; Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, BGB, 13. Aufl. 2014, Rn. 26 f.

⁷⁸ Grundsätzlich skeptisch daher etwa Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 227.

⁷⁹ S. auch *Greiner*, ZWE 2018, 290 (290 f.).

⁸⁰ Zum Abzug von Reparaturkosten bei der Wertermittlung nach der Sachwertmethode s. *Rixner/Biedermann/Charlier*, Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 8 ImmoWertV Rn. 18.

⁸¹ S. auch *Seibel*, MDR 2019, 263 (265).

⁸² Diese illustriert etwa BGH NJW 2013, 525 Rn. 8 ff.; s. auch *Reichelt*, ZfIR 2018, 312 (313); *Deppenkemper*, jM 2018, 222 (228); *Greiner*, ZWE 2018, 290 (291); *Weyer*, NZBau 2013, 269 (269 f.).

Wahl zwischen den Risiken unvollständiger Kompensation einerseits und drohender Überkompensation andererseits sollte – gerade im Hinblick darauf, dass der Schädiger den Schaden schuldhaft herbeigeführt hat – im Zweifel immer zu Gunsten der Kompensation entschieden werden.

Zum anderen dient die fiktive Schadensberechnung einer effizienten Abwicklung des Schadensfalls, weil der Schädiger (bzw. seiner Versicherung) schlicht auf Vorlage des Gutachtens hin den Ersatzbetrag bezahlen kann (und dies in der Praxis auch häufig macht). Verlangt man demgegenüber eine konkrete Abrechnung derartiger Schäden, so ist ein Streit über jeden einzelnen Posten der Reparaturrechnung vorprogrammiert. Gleiches gilt für die Ermittlung des Minderwerts im Wege einer Vermögensbilanz, weil häufig keine allgemein anerkannten Berechnungsmethoden existieren, sodass im Prozess eine „Gutachterschlacht“ droht. Auch die vom BGH propagierte Verurteilung zur Zahlung eines abrechnungspflichtigen Vorschusses (sei es auf der Grundlage des § 637 BGB, sei es im Rahmen des Schadensersatzes) hilft hier nicht weiter; sie führt allenfalls zu einer Verdopplung der Prozesse, wenn nach Abschluss des Erstprozesses und Vorschusszahlung in einem Zweitprozess über die Abrechnung des Vorschusses gestritten wird. Jeweils entstehen hierdurch zusätzliche Aufwendungen zur Schadensermittlung oder Prozessführung, die diese Schadensberechnungsmethoden in der Summe als wesentlich ineffizienter erscheinen lassen als die fiktive Schadensberechnung.⁸³

Soweit die nach dem Vorstehenden ersatzfähigen fiktiven Reparaturkosten die Wertminderung der Sache manifest überschreiten, ist dem durch eine Anwendung des § 251 II BGB zu begegnen – nach hier vertretener Auffassung in unmittelbarer Anwendung, nach der bisher herrschenden Rechtsprechung jedenfalls in entsprechender Anwendung.⁸⁴ Eine Überkompensation des Geschädigten ist auf diesem Weg zu vermeiden, ohne dass dadurch die grundsätzlichen Effizienzvorteile einer fiktiven Schadensberechnung verloren gingen.

3. Fiktive Schadensberechnung und § 249 II 2 BGB

Im allgemeinen Schadensrecht spricht für die Zulässigkeit einer fiktiven Abrechnung von Reparaturkosten geradezu zwingend die bereits mehrfach erwähnte Vorschrift des § 249 II 2 BGB. Nach dieser Regelung, die im Rahmen des Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes zum 1. Juli 2002 eingeführt wurde, ist im Rahmen des § 249 II 1 BGB die Umsatzsteuer nur insoweit ersatzfähig, als diese tatsächlich angefallen ist. Der Sinngehalt dieser Vorschrift lässt sich nur vor dem Hintergrund erklären, dass der Gesetzgeber bei ihrem Erlass davon ausgegangen ist, dass Reparaturkosten bei Sachschäden auch fiktiv berechnet werden können. Das entspricht auch dem Wortlaut des § 249 II 1 BGB, der nur vom Ersatz des „erforderlichen Geldbetrags“ spricht, ohne Vorgaben hinsichtlich dessen Verwendung zu machen. Der Gesetzgeber hat sich beim Erlass dieser Norm auf die bisher ganz herrschende Praxis gestützt,

⁸³ So auch *Lemcke*, r + s 2019, 176 ff.

⁸⁴ O. Fußn. 75.

die eben von der Möglichkeit einer fiktiven Schadensberechnung ausging. Die Existenz des § 249 II 2 BGB ließ daher den bis zu seiner Schaffung bestehenden Streit um die Berechtigung der fiktiven Schadensberechnung beinahe vollständig verstummen.⁸⁵

Sollte nach den vorstehenden Ausführungen für das allgemeine Schadensrecht noch ein Zweifel daran bestehen, so dürfte dieser spätestens durch die Regelung des § 249 II 2 BGB im Sinne einer Zulässigkeit der fiktiven Schadensberechnung ausgeräumt sein. Für eine Sonderbehandlung der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche in dieser Hinsicht besteht nach hier vertretener Auffassung kein Anlass; vielmehr ist die Vorschrift des § 249 II 2 BGB auch auf den Anspruch auf Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten sowie sonstiger fiktiver Kosten eines Deckungsgeschäfts (zum Beispiel Kosten für die Ersatzvornahme von Schönheitsreparaturen oder Rückbauverpflichtungen) unmittelbar anzuwenden.

IV. Fazit

1. Der VII. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht der Werkbesteller seinen Schadensersatz wegen Mängeln des Werks für seit dem 1.1.2002 geschlossene Verträge nicht mehr aufgrund der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen kann. Stattdessen muss er entweder die Mängel beseitigen lassen und kann dann die konkreten Mängelbeseitigungskosten ersetzt verlangen; alternativ kann er den mangelbedingten Minderwert entweder im Wege einer Vermögensbilanz oder im Wege einer analogen Anwendung der werkvertraglichen Minderungsvorschriften (§ 638 BGB) berechnen und ersetzt verlangen.
2. Vereinzelt haben Instanzgerichte diese Rechtsprechung zum Anlass genommen, die fiktive Schadensberechnung auch im Kaufrecht sowie im allgemeinen Deliktsrecht und sogar bei Verkehrsunfällen für unzulässig zu erklären. Diese Entwicklung wird vom BGH bisher noch nicht geteilt.
3. Im Mietrecht kommt eine fiktive Schadensberechnung bislang zum einen bei Beschädigungen der Mietsache durch den Mieter in Betracht, zum anderen bei der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen bzw. Instandhaltungsarbeiten sowie zum Rückbau von Veränderungen der Mietsache.
4. Für Beschädigungen der Mietsache durch den Mieter gilt § 249 II BGB unmittelbar; insoweit steht nicht zu befürchten, dass der BGH die werkvertragliche Sonderrechtsprechung auch auf das allgemeine Schadensrecht überträgt.

⁸⁵ Für die Zulässigkeit der fiktiven Schadensberechnung mit voller Dispositionsfreiheit des Geschädigten heute MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 459; HK-BGB/R. Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. 2019, § 249 Rn. 3; Haug, NZV 2003, 545 (554); krit. gleichwohl noch Staudinger/Schiemann, § 249 Rn. 227; Greger, MDR 2019, R5 f.

5. Bei der Nichtvornahme von Schönheitsreparaturen bzw. Instandhaltungsarbeiten ist eine Übertragung der werkvertraglichen Rechtsprechung nicht in gleicher Weise eindeutig ausgeschlossen. Für einen Teil der relevanten Fälle, nämlich den Umbau der Mietsache nach Ende des Mietvertrags, sodass der Vermieter an den Schönheitsreparaturen bzw. am Rückbau kein Interesse mehr hat, ergibt sich ein Zahlungsanspruch des Vermieters bereits aus einer ergänzenden Vertragsauslegung, sodass es auf die schadensrechtliche Frage der Ersatzfähigkeit fiktiver Reparaturkosten nicht ankommt. In den übrigen Fällen ist eine Übernahme der werkvertraglichen Rechtsprechung konstruktiv möglich, teleologisch allerdings nicht überzeugend, weil das Regelungsumfeld im Mietrecht nicht mit dem im Werkvertragsrecht vergleichbar ist und der VII. Zivilsenat seine neue Rechtsprechung gerade auf die spezifischen Regelungszusammenhänge des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts gestützt hat.

6. Beseitigt der Mieter – bei Verzug des Vermieters mit seiner Instandsetzungspflicht – einen Mangel der Mietsache selbst, so kann er nach bisher h.M. seinen Schadensersatzanspruch aus § 536a I BGB fiktiv berechnen. Da es sich auch insoweit dogmatisch gesehen um Schadensersatz statt der Leistung handelt, erscheint hier eine Übertragung der werkvertraglichen Rechtsprechung theoretisch möglich. Teleologisch ist sie aber nicht überzeugend, weil sie das Risiko der Unterkompensation für den Mieter bergen würde, der die Mängel in eigener Arbeitsleistung beseitigt. In jedem Fall verbleibt die Möglichkeit des Aufwendungsersatzes nach § 536a II BGB.

7. Im Falle der ausbleibenden Gebrauchsüberlassung oder der unberechtigten Gebrauchsentziehung (z.B. durch unwirksame Kündigung) sollte eine fiktive Schadensberechnung schon im Ausgangspunkt ausscheiden, weil die entstehenden Schäden zu divers sind, als dass sich ein tauglicher Maßstab für die „erforderlichen“ Kosten bilden ließe. Daher stellt sich nach hier vertretener Auffassung die Frage nach einer Übertragung der werkvertraglichen Rechtsprechung nicht.

8. Nach hier vertretener Auffassung vermag die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zum Werkvertragsrecht allerdings schon aus konstruktiven wie aus teleologischen Gründen nicht zu überzeugen und sollte insgesamt aufgegeben werden. Keinesfalls sollte sie auf das allgemeine Schadensrecht ausgedehnt werden – und damit auch nicht auf das Mietrecht.