

## Mietminderung und § 814 BGB\*

### I. Einführung in die Problematik

#### 1. Die Mietrechtsreform 2001 als Grund für die erhöhte Bedeutsamkeit von § 814 Fall 1 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung

Es mag auf Anhieb verwundern, dass einer fast schon archaisch anmutenden knappen Norm wie § 814 BGB ausgerechnet im hochregulierten modernen Mietrecht seit etwa zwei Dekaden erhöhte Aufmerksamkeit zuteilwird. Auslöser hierfür ist eine Passage in der Begründung des Mietrechtsreformgesetzes von 2001, die sich kritisch mit der bis dahin ständigen Rechtsprechung des BGH zur analogen Anwendung von § 539 BGB a.F. (heute § 536b BGB) in dem Fall auseinandersetzt, dass der Mieter einen Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz dieser Kenntnis die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos ungemindert weiterzahlt. Die Gesetzesverfasser sahen für diese Analogie *„schon nach geltendem Recht (...) kaum Raum“*. Dabei wies man auch darauf hin, *„dass das geltende Recht neben der speziellen mietrechtlichen Regelung (...) mit der allgemeinen Vorschrift des § 814 BGB (Leistung in Kenntnis der Nichtschuld) zusätzliche Handhabe bietet, um das Problem rechtlich befriedigend zu lösen“*. Der Bundesgerichtshof nahm diesen Ball in seiner Entscheidung vom 16. Juli 2003 auf und lehnte für nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten einen Ausschluss der Minderung in analoger Anwendung von § 536b BGB, dem Nachfolger von § 539 BGB a.F., ab. Die für eine Analogie erforderliche unbewusste Regelungslücke sei nach der eindeutigen und auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren unwidersprochen gebliebenen Aussage der Gesetzesverfasser zur bisherigen Rechtsprechung nicht mehr vorhanden. Dabei versäumt es auch der BGH nicht, auf die Flankierung dieser neuen Lage durch § 814 BGB hinzuweisen: *„Zahlt er [der Mieter] dennoch zunächst über einen längeren Zeitraum und ohne jeden Vorbehalt die Miete ungekürzt weiter, kann er [...] - soweit ihm, wie im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Kreise anzunehmen, sein Recht zur Herabsetzung der Miete bekannt ist - die ‚Überzahlung‘ nicht zurückfordern (§ 814 BGB)“*.

---

\* Es handelt sich hier um die reine Vortragsfassung. Eine erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung ist für die Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift vorgesehen.

## 2. Die uneinheitliche Handhabung von § 814 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung in der Rechtsprechung

a) Obwohl dies einen durchaus bedeutsamen Einschnitt in der Rechtsprechung des BGH zur Mietminderung darstellte, fristete der Hinweis auf § 814 BGB als ergänzendes Instrument zur Erzielung angemessener Ergebnisse in dessen Rechtsprechung 15 Jahre lang das Schicksal eines bloßen *obiter dictum*. Das änderte sich erst mit einem Beschluss vom 4. September 2018. Der BGH stellte hier klar, dass für die Beweislastverteilung bei § 814 BGB auch im Fall der vorbehaltlosen ungeschmälernten Mietzahlung in Kenntnis von Mängeln die allgemeinen Regeln gelten: „*Erleichterungen für die Darlegung und den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des § 814 BGB werden dem Leistungsempfänger [...] nicht zugebilligt*“. Das Gericht betonte das vor allem im Hinblick auf das Erfordernis, dass der Leistende nicht nur die Tatumstände kennen muss, die zur Unwirksamkeit oder zum Wegfall seiner Leistungspflicht führen, sondern darüber hinaus auch nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre die richtigen rechtlichen Schlussfolgerungen aus diesen Tatsachen gezogen haben muss. In diesem Zusammenhang sei es zwar unerheblich, dass der Laie die richtige Minderungsquote regelmäßig nicht genau, sondern allenfalls überschlägig bestimmen könne. Erheblich sei dagegen eine Fehlvorstellung von der rechtlichen Konstruktion der Minderung. Gehe der Laie fälschlicherweise davon aus, dass die mangelbedingte Mietminderung nicht schon von Gesetzes wegen eintritt, sondern einer Zustimmung durch den Vermieter bedarf, fehle es an der für § 814 Fall 1 BGB maßgeblichen Kenntnis der Nichtschuld. Die in der grundlegenden Entscheidung aus 2003 geäußerte Annahme, dass angesichts des Kenntnisstands der beteiligten Kreise im Regelfall anzunehmen sei, ein Mieter kenne sein Recht zur Herabsetzung der Miete, wird damit zu einer „*überschlägigen Regelfallbetrachtung*“ zurückgestutzt, die nicht etwa die erforderliche Würdigung der Einzelfallumstände obsolet machen sollte.

b) Deutet sich damit für die Rechtsprechung des BGH eine eher zurückhaltende Anwendung von § 814 BGB in unserem Zusammenhang an, lässt sich das für die Rechtsprechung der Instanzgerichte nicht in gleicher Weise behaupten. So versagte etwa das LG Bonn in einem - allerdings noch vor dem zuletzt genannten BGH-Beschluss ergangenen - Urteil einem Mieter unter Rückgriff auf § 814 BGB den Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Miete im Monat Juli, weil dieser wegen eines am 20. des Vormonats entstandenen und auch angezeigten Wasserschadens mit der Kürzung der Mietzahlungen erst im August begonnen habe. Die Kenntnis vom Mangel und die Kenntnis der Nichtschuld wurden hier offenbar kurzerhand in Eins gesetzt; die Frage, ob nicht möglicherweise der knappe Zeitraum zwischen 20. Juni und der Fälligkeit der Juli-Miete benötigt wurde, um sich über die rechtlichen Konsequenzen des Wasserschadens und die daraus resultierenden Befugnisse gegenüber dem Vermieter Klarheit zu verschaffen, wurde gar nicht erst aufgeworfen. Es zeigen sich in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aber auch nach dem 2018 ergangenen Beschluss des BGH noch durchaus großzügigere

Tendenzen. So zieht etwa das OLG Brandenburg in einem Urteil vom 10. September 2019 „die übliche Rechtskenntnis in einschlägigen Kreisen“ für einen Anscheinsbeweis dafür heran, dass bei den betroffenen Mietern von einer Kenntnis der Minderungsfolgen auszugehen und deshalb die Vorschrift des § 814 BGB anzuwenden sei. Den eher zurückhaltenden Tendenzen in der jüngsten Rechtsprechung des BGH entspricht das kaum, auch wenn es im konkreten Fall nicht um Wohnraum-, sondern um Gewerberaummiete ging.

c) In der Gesamtschau fällt an der Rechtsprechung zu § 814 BGB bei minderungsbedingter Überzahlung auf, dass sie eher um Detailprobleme der soeben behandelten Art kreist. Ob der Kondiktionsausschluss in den typischen Fällen überhaupt der Ratio der Norm entspricht, wird dagegen kaum je thematisiert. Über den materialen Geltungsgrund der Regelung macht man sich regelmäßig keine Gedanken, sofern nur ihre vom Wortlaut geforderten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Eine Ausnahmestellung nimmt hier immerhin das OLG Stuttgart ein. In einem Fall, in dem die Pachtzahlung nach Aufhebung des Pachtverhältnisses aufgrund der ursprünglichen unbefristeten Anordnung des staatlichen Liegenschaftsamtes einfach weiterlief, weil die Aufhebung des Pachtvertrags der ausführenden Hauptkasse zunächst nicht mitgeteilt wurde, sicherte das Gericht seine Ablehnung von § 814 BGB nach ausführlichen anderen Überlegungen schließlich auch noch mit grundsätzlichen Normzwecküberlegungen ab. Die Vorschrift beruhe auf dem allgemeinen Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens und sei deshalb nicht anwendbar, wenn der Leistungsempfänger nicht darauf vertrauen konnte, die Leistung behalten zu dürfen. Im Fall aber sei offensichtlich gewesen, dass es sich um eine versehentliche Fehlüberweisung gehandelt habe. Der Verpächter habe zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen können, dass ein Rechtsgrund bestehe oder der Kläger trotz positiver Kenntnis der Nichtschuld ihm - letztlich schenkweise - die Beträge habe zukommen lassen wollen.

### **3. Die uneinheitliche Reaktion im Schrifttum**

In der mietrechtlichen Literatur hat man sich nach der Rechtsprechungsänderung des BGH zur Analogie von § 536 b BGB nicht etwa sogleich auf § 814 BGB gestürzt. Die Möglichkeit eines Kondiktionsausschlusses wurde eher beiläufig zur Kenntnis genommen und nicht selten für praktisch untauglich befunden, die durch den Verzicht auf die Analogie entstandene Lücke zu füllen. Eingehendere Untersuchungen der Norm finden sich in diesem Zusammenhang zunächst nicht. Erst sehr viel später, möglicherweise unter dem Eindruck einer eher großzügigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung, schafft es § 814 BGB auch ins Zentrum mietrechtlicher Beiträge. Hier dominieren zunächst aber wiederum Detailfragen. Erst in allerjüngster Zeit wurde schließlich auch die grundlegende Frage aufgeworfen, ob §

§ 814 BGB selbst bei wortlautgemäßer Einschlägigkeit in den Fällen minderungsbedingter Mietüberzahlungen überhaupt dazu taugen kann, Rückforderungsansprüche des Mieters auszuschließen. *Beate Gsell* und *Elli-Luise Haag* gelangen in ihrem Beitrag in der Festschrift für Ulf Börstinghaus nicht nur aus praktischen, sondern bereits aus dogmatischen Gründen zu einem verneinenden Ergebnis. Unter Rückgriff auf den Normzweck plädieren sie für eine teleologische Reduktion von § 814 Fall 1 BGB dahingehend, dass die Vorschrift immer dann unangewendet bleiben müsse, wenn der Leistungsempfänger nicht in schutzwürdiger Weise auf das Behaltendürfen der Leistung vertrauen konnte. In der praktischen Konsequenz verliert § 814 BGB damit nach Ansicht der Autorinnen nahezu seinen gesamten Anwendungsbereich bei minderungsbedingter Mietüberzahlung. Träfe dies zu, müsste über die bislang dominierenden Detailfragen etwa der Beweislast nicht mehr allzu intensiv nachgedacht werden. Grund genug, den spezifischen Normzweck von § 814 Fall 1 BGB gerade auch im mietrechtlichen Kontext noch einmal von der Wurzel her zu beleuchten.

## **II. Die ratio legis von § 814 Fall 1 BGB**

### **1. Die Beschränkung der Fragestellung auf § 814 Fall 1 BGB**

Die folgenden Untersuchungen zu § 814 BGB werden sich ganz auf den dort genannten Fall 1 konzentrieren. Der danebenstehende Fall 2, die objektiv konzipierte Konditionssperre wegen einer sog. Sit-ten- oder Anstandspflicht, hat selbständigen Charakter und wirft deshalb auch ganz eigene Fragen auf. Im Übrigen spielt § 814 Fall 2 BGB in den hier verfolgten Zusammenhängen minderungsbedingter Mietüberzahlungen aber auch schon rechtspraktisch überhaupt keine Rolle.

### **2. Der Meinungsstand zum Normzweck von § 814 Fall 1 BGB**

#### **a) § 814 Fall 1 BGB als Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*)**

##### **aa) Vorbemerkung**

Nach heute ganz herrschender Meinung stellt der Kondiktionsausschluss gem. § 814 Fall 1 BGB eine Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) dar. Hierzu zunächst zwei Vorbemerkungen:

Diese dogmatische Verortung findet keinen entstehungsgeschichtlichen Anknüpfungspunkt. In den Materialien zum BGB fehlt in Bezug auf den heutigen § 814 Fall 1 BGB jeder Rekurs auf die genannte

Parömie oder auch nur auf den Grundsatz von Treu und Glauben im weiteren Sinne. Der Begründungsversuch ist 1935 gleichsam vom Himmel gefallen. *Gertrud Erdmann* hat ihn in ihrer Freiburger Dissertation unternommen und war sich dabei seiner Vorbildlosigkeit sehr bewusst.

Ein Zweites: Unter der Überschrift der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens versammeln sich bei § 814 Fall 1 BGB durchaus unterschiedliche Ansätze. Es bedarf deshalb im Folgenden noch weiterer Differenzierungen.

## **bb) Reine Treuwidrigkeitslehren**

In der Tradition *Erdmanns* stehen die hier sog. reinen Treuwidrigkeitslehren. Sie knüpfen allein an einen Selbstwiderspruch im Verhalten des Leistenden an und sehen § 814 Fall 1 BGB nicht als spezifische Gläubiger- oder Vertrauensschutzregelung. Hierfür können sie sich auf die insoweit eindeutige Tatbestandsfassung der Norm berufen, der jeder Bezug zur Perspektive des Leistungsempfängers fehlt. Den Kondiktionsausschluss gedanklich mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* zu erfassen, wird damit allerdings nicht leichter, im Gegenteil. Denn man muss sich dann bereits fragen, warum eine freiheitliche Rechtsordnung widersprüchliches Verhalten überhaupt mit negativen Folgen belegen sollte, wenn durch dieses Verhalten nicht auch schutzwürdige Drittinteressen in spezifischer Weise berührt werden.

Es erweist sich bei einer isolierten Betrachtung allein des Leistendenverhaltens diese Lehre aber auch noch in anderer Hinsicht als defizitär. So ist nicht schwer zu erkennen, dass die Rückforderung einer in Kenntnis des Nichtbestehens der Schuld erbrachten Leistung keineswegs immer schon allein wegen dieser Kenntnis als ein selbstwidersprüchliches Verhalten zu werten sein muss. Zweifelsfrei setzt sich der Leistende mit seinem eigenen Vorverhalten allenfalls dann in Widerspruch, wenn er die Leistung gerade in der Absicht erbracht hat, sie trotz der bekanntermaßen fehlenden Verpflichtung nicht zurückzufordern, sondern dem Empfänger zu belassen. Schon ein irgendwie manifestierter, nicht aber notwendigerweise auch gegenüber dem Leistungsempfänger erklärter Vorbehalt der Rückforderung hebt den Selbstwiderspruch dagegen auf. Erst Recht gilt das, sofern die bekanntermaßen nicht geschuldete Leistung etwa nur auf Druck von Dritten erbracht wird.

Für eine dogmatische Erfassung mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist der Tatbestand von § 814 Fall 1 BGB somit aber bereits deutlich zu weit ausgestaltet. Die Regelung erscheint umgekehrt für eine Verankerung im Grundsatz von Treu und Glauben aber auch zu eng und unvollständig: So, wie sich unter bestimmten Umständen die Rückforderung einer Leistung als treuwidrig erweisen mag, die

in Kenntnis der fehlenden Verpflichtung hierzu erbracht wurde, müsste sich umgekehrt auch die Verweigerung der Herausgabe der Leistung als treuwidrig erweisen können, falls diese in Kenntnis vom fehlenden Anspruch hierauf entgegengenommen wurde. Als eine im Grundsatz von Treu und Glauben wurzelnde Regelung müsste § 814 BGB folglich selbst bei Vernachlässigung des Vertrauensschutzes eine Rückausnahme aufweisen, die bei beiderseits widersprüchlichem Verhalten die allgemeinen Regelungen wieder zur Geltung bringt, d.h. die Konditionssperre obsolet werden lässt. Im Sinne der hier sog. reinen Treuwidrigkeitslehren kann damit aber das Verbot widersprüchlichen Verhaltens in Wahrheit keine Auskunft über den materialen Geltungsgrund von § 814 Fall 1 BGB geben.

### **cc) Vertrauensschutzlehren**

Die Spielart der Vertrauensschutzlehren vermeidet durch die maßgebliche Einbeziehung der Schutzinteressen des Leistungsempfängers bei ihrem Rekurs auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens immerhin den Vorwurf, eine Sanktion um der Sanktion willen zu statuieren. Gleichwohl kann auch diese Variante der heute herrschenden Deutung von § 814 Fall 1 BGB nicht überzeugen. Das betrifft nicht nur das bereits oben genannte Argument der fehlenden Gläubigerperspektive im Tatbestand. Mit Blick auf den Vertrauensschutz könnte die Vorschrift darüber hinaus noch nicht einmal als grobe Leitvorgabe verstanden werden. Denn die Kenntnis des Leistenden vom Bestand der Schuld und die Vertrauensperspektive des Empfängers stehen nicht in einem Bedingungs-zusammenhang, der auch nur typisierende Aussagen über die Vertrauensberechtigung des Empfängers bei Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld zulassen würde. Vielmehr herrscht hier weitgehend der Zufall.

Neben solche tatbestandsbezogenen Einwendungen treten aber auch noch rechtsfolgenbezogene, systematische Argumente. So ist zunächst bereits der Bedarf an einem besonderen Vertrauensschutz des Leistungsempfängers im Hinblick auf das Behaltendürfen einer rechtsgrundlos erlangten Leistung wegen § 818 Abs. 3 BGB von vornherein gering. Darüber hinaus gilt es aber auch noch zu sehen:

§ 814 Fall 1 BGB ersetzt im Effekt den an sich fehlenden Behaltensgrund für die erbrachte Leistung. Die Vorschrift überwindet damit potenziell sämtliche Grundvoraussetzungen und auch Einwendungen der Rechtsgeschäftslehre, die dazu geführt haben, dass es der erbrachten Leistung an sich an einem Rechtsgrund mangelt. Schon das muss generell zu großer Zurückhaltung bei der Gewährung von Vertrauensschutz mahnen. Vor allem aber kann sich dieser Vertrauensschutz dann auch nicht über die vertrauensschutzrechtlichen Grundwertungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre hinwegsetzen und gänzlich undifferenziert selbst dort noch einen Behaltensgrund schaffen, wo dies dem Willen des Leistenden in keiner Weise entspricht, mag auch der Leistungsempfänger aus der Leistungserbringung die

Schlussfolgerung gezogen haben, der Leistende wolle ihm die Leistung ungeachtet des fehlenden Rechtsgrunds auf Dauer belassen. Denn wo ein solcher Anschein gesetzt wird, ohne dass dem auch ein entsprechender Wille des Erklärenden korrespondiert, kennt das geltende Recht allenfalls in engsten Grenzen, etwa bei einer bewussten Täuschung (vgl. § 116 S. 1 BGB), eine „Vertrauensentsprechung“ als Rechtsfolge. Reguläre Rechtsfolge ist in solchen Fällen vielmehr ein Schadensersatzanspruch, der den Ersatz eines etwaigen Vertrauensschadens zur Folge hat (vgl. § 122 BGB). Auch hierzu aber stünde § 814 Fall 1 BGB in erkennbarem Widerspruch, wollte man die Vorschrift als Vertrauensschutznorm auffassen.

#### **b) § 814 Fall 1 BGB als Ausdruck einer Rechtsschutzverweigerung**

Es kann vor diesem Hintergrund kaum verwundern, dass man bei der Sinndeutung von § 814 Fall 1 BGB versucht hat, die Akzente zu verschieben. So liest man namentlich etwa bei *Canaris*, es sei ausschlaggebend, „*daß derjenige, der trotz Kenntnis vom Fehlen einer Verpflichtung leistet, sich aus freien Stücken einer überaus einfachen Möglichkeit des Selbstschutzes – nämlich durch Leistungsverweigerung – begibt und sich zu diesem seinem Vorverhalten in einen untragbaren Widerspruch setzt, wenn er schließend dann doch den Schutz der Gerichte – eine sehr teure und knappe ‚Ressource‘ – in Anspruch nehmen will.*“ § 814 Fall 1 BGB erscheint damit als Ausdruck einer Rechtsschutzverweigerung. Dass dies in einer auf dem Justizgewährleistungsanspruch aufbauenden rechtsstaatlichen Ordnung allerdings eine bereits generell problematische Lesart darstellen muss, braucht kaum betont zu werden. Das gilt zumal, als sich der Leistende bei § 814 Fall 1 BGB, anders als etwa bei § 817 S. 2 BGB, selbst kaum außerhalb der Rechtsordnung stellt. Vor allem aber indiziert die Kenntnis der Nichtschuld kaum immer schon eine „überaus einfache Möglichkeit des Selbstschutzes“ im Moment der Leistungserbringung. So kann etwa von dritter Seite Druck auf den Leistenden ausgeübt worden sein oder es mag für den Fall der Leistungsverweigerung eine Eskalation, z.B. eine Kündigung, in dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis zu befürchten sein, die für den Leistenden nicht tragbar wäre. Für eine rechtsstaatlich vertretbar ausgestaltete Rechtsschutzverweigerung erscheint § 814 Fall 1 BGB damit aber deutlich zu grob gestrickt.

#### **c) Rechtsgeschäftsrechtliche Erklärungsversuche**

Den bislang behandelten objektiven Deutungsversuchen von § 814 Fall 1 BGB stehen rechtsgeschäftsrechtliche Erklärungsansätze gleichsam diametral gegenüber. Die älteste Tradition weist dabei die Annahme auf, dass die wissentliche Leistung eines *indebitums* Schenkung sei. Daneben steht aber etwa

auch die Einordnung der Leistung in Kenntnis der Nichtschuld als Verzicht auf den Rückforderungsanspruch. Solche Erklärungsansätze haben den Vorzug, dass sie § 814 Fall 1 BGB nicht von vornherein als eine an sich systemwidrige Sondernorm ausweisen müssen, die zu der allgemeinen Regel, dass rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen zu korrigieren sind, auf Anhieb in Widerspruch steht. Indes sind auch die Sollbruchstellen dieser Deutungsversuche kaum zu übersehen. Dies betrifft zunächst den Umstand, dass bei einer Leistung in Kenntnis der Nichtschuld ein Schenkungs- oder auch Verzichtswille durchaus vorhanden sein *kann*, aber keineswegs vorhanden sein *muss*. Hinzu kommt aber auch noch, dass selbst bei gegebenem Schenkungs- oder Verzichtswillen die regulären Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Schenkungs- oder Erlassvertrags vielfach nicht vorliegen werden, weil es an einer Annahme, sei es in Gestalt einer konkludenten Erklärung, sei es in Gestalt des § 151 BGB, jedenfalls dann fehlen wird, wenn dem Leistungsempfänger bei der Entgegennahme der Leistung seinerseits die Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld oder auch nur die Kenntnis von der Kenntnis des Leistenden abgeht.

### **3. § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung des Willens zur Schaffung eines anderen Behaltensgrundes für die Leistung**

#### **a) Der dogmengeschichtliche Ausgangspunkt**

Will man Bedeutung und Funktion von § 814 Fall 1 BGB im heutigen Recht erschließen, muss man sich zunächst die Entstehungsgeschichte der Norm vor Augen führen. Dabei begegnet uns die Vorschrift vor dem Hintergrund einer so nicht mehr bestehenden materiellen Rechtslage v.a. in einem beweisrechtlichen Kontext. Anders als heute ging noch der erste Entwurf des BGB in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zum gemeinen Recht davon aus, dass die *condictio indebiti* tatbestandlich einen Irrtum des Leistenden über das Bestehen seiner Verbindlichkeit voraussetze. Umstritten waren hierbei neben dem Rechtssatz selbst wichtige Detailfragen (Entschuldbarkeit, Rechtsirrtum) sowie v.a. auch die Beweislast. Mit der Fassung des heutigen § 814 Fall 1 BGB sollten zunächst alle diese Streitpunkte entschieden werden. Namentlich sollte auch der unentschuldbare Irrtum zur Kondition führen können und es sollte die Beweislast für das Fehlen eines Irrtums dem Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung auferlegt werden. Mit der Lösung der Irrtumsproblematik im Wege eines Kondiktionsausschlusses nur bei positiver Kenntnis vom Fehlen der Verpflichtung war die Vorschrift schließlich aber auch für diejenigen akzeptabel, die das Vorliegen eines Irrtums von vornherein nicht für den eigentlichen Geltungsgrund der *condictio indebiti* hielten. Denn als Begründung der Rückforderungsversagung blieb für sie noch immer die auch quellenmäßig belegbare Einsicht, dass derjenige, der in Kenntnis der



Nichtschuld leiste, einen anderen Zweck als den der Erfüllung verfolgt haben müsse, wobei von Schenkungsabsicht oder ähnlicher Freigebigkeit auszugehen sei, solange andere Gründe nicht erkennbar würden.

Für die heutige Handhabung von § 814 Fall 1 BGB ergeben sich hieraus relativ klare Folgerungen. Weil die Vorstellung, der Irrtum über den Rechtsgrund stelle den Geltungsgrund der *condictio indebiti* dar, für das gegenwärtige deutsche Recht als endgültig überwunden gelten kann, lässt sich die Vorschrift nicht mehr als gleichsam negative Haftungsvoraussetzung begreifen. Ihre Sinndeutung kann sich alleine noch auf diejenigen Erwägungen stützen, welche sie auch für die genannten zeitgenössischen Vertreter einer materiell vom Irrtum unabhängigen *condictio indebiti* akzeptabel erscheinen ließen. § 814 Fall 1 BGB ist danach als eine bloße Vermutung zu lesen. Wer im Wissen um die Nichtschuld leistet und dabei nicht erkennbar einen gegenüber dem Erfüllungszweck eigenständigen und für den Empfänger akzeptablen Zweck verfolgt, bei dem wird der (zumeist freigebige) Wille vermutet, für diese Leistung einen anderen, eigenständigen Behaltensgrund schaffen zu wollen. Diese Vermutung ist allerdings widerleglich. In diesem Punkt kann hinter die oben bereits genannte tradierte Einsicht, dass bei Leistung in Kenntnis der Nichtschuld ein (freigebiger) Wille vorhanden sein *kann* aber eben nicht auch vorhanden sein *muss*, nicht mehr zurückgegangen werden. Mit der endgültigen Überwindung der Irrtumslehre ist der Grund für die tatbestandliche Apodiktik von § 814 Fall 1 BGB entfallen.

#### **b) Die systematische Stimmigkeit der Einordnung von § 814 Fall 1 BGB als Vermutungsregel im genannten Sinne**

Versteht man § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung des Willens zu Schaffung eines eigenständigen alternativen Behaltensgrundes, verliert die Vorschrift ihren in der herrschenden Darstellung kaum zu vermeidenden Anstrich einer wenig systemkonformen „sanktionistischen“ Sondernorm. Denn materiell bleibt es hiernach bei dem Grundsatz, dass eine Vermögensverschiebung in einer Rechtszuweisungsordnung ihre Rechtfertigung grundsätzlich im Willen des von dieser Verschiebung betroffenen Rechtsinhabers finden muss, sofern nicht die Verletzung der Rechte und Interessen Dritter eine Haftung erfordert.

Eine Sonderstellung nimmt § 814 Fall 1 BGB allerdings dadurch noch ein, dass der Behaltensgrund nicht im eigentlichen Sinne durch Vertrag, sondern durch ein einseitiges Willensgeschäft des Leistenden geschaffen wird. Das schadet in der besonderen Konstellation des § 814 Fall 1 BGB indes nicht, weil das Vertragserfordernis bei freigebigen Zuwendungen wie namentlich der Schenkung maßgeblich dem vom Prinzip der Privatautonomie geforderten Aufdrängungsschutz geschuldet ist. Dieser Schutz ist hier aber ohne weiteres gewährleistet und es bedarf deshalb für die Schaffung eines Rechtsgrundes

nicht der besonderen rechtsgeschäftlichen Form eines Vertrags. So muss nur der Leistungsempfänger, für den sich die Frage nach einer anderen als der bislang angenommenen *causa* ja regelmäßig erst dann stellt, wenn ihn der Leistende mittels *condictio indebiti* in Anspruch nimmt, auf die Geltendmachung von § 814 Fall 1 BGB verzichten. Die Einwendung ist zwar nicht im technischen Sinne als Gestaltungsrecht ausgeformt, sie dient aber erkennbar allein seinen Interessen, weshalb sie auch nicht etwa gegen seinen erklärten Willen zur Abweisung der Klage herangezogen werden könnte, sollte er etwa darauf insistieren, die Leistung nur deshalb nicht herausgeben zu müssen, weil der ursprünglich vereinbarte Rechtsgrund bestehe, nicht aber, weil er sich habe beschenken lassen.

### **c) Die generellen Konsequenzen für die Handhabung von § 814 Fall 1 BGB**

aa) Die mit der hier vertretenen Einordnung von § 814 Fall 1 BGB zu erzielenden Einzelergebnisse unterscheiden sich von den Ergebnissen der h. M. nicht fundamental. Vielfach besteht Konsens in der Sache, die dogmatische Begründung gelingt jedoch leichter. In der Grundtendenz führt die Erfassung von § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung dabei zu einer eher restriktiven Handhabung der Norm. Denn es reicht für eine Verneinung des Ausschlusses in Anlehnung an ein Wort Windscheids völlig aus, wenn ein „anderer Bestimmungsgrund“ im konkreten Fall „einleuchtet“ und so die Vermutung eines *animus donandi* erschüttert wird.

bb) Einige Beispiele: Fasst man § 814 Fall 1 BGB als bloße – widerlegliche – Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes auf, ist es nur selbstverständlich, dass eine Leistung unter Vorbehalt nicht zum Kondiktionsausschluss führen kann. Nicht weiter begründungsbedürftig ist auch das vielfach besonders betonte Erfordernis einer *freiwilligen* Leistung, denn dies ist Mindestvoraussetzung für die privatautonome Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes. § 814 Fall 1 BGB kommt deshalb nicht zur Anwendung, wenn die Leistung – ggf. auch von dritter Seite - erzwungen wurde. Aber auch alle anderen Mängel, die zur Unwirksamkeit eines entsprechenden Rechtsgeschäfts im technischen Sinne führen würden, müssen hier durchschlagen. Das gilt insbesondere, wenn Vertreter handeln, deren Kenntnis vom Fehlen der Verpflichtung dem Vertretenen zwar gem. § 166 BGB zugerechnet wird, deren Vertretungsmacht für ein entsprechendes freigebiges Rechtsgeschäft aber – ggf. nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht - nicht ausreichen würde. Bei Minderjährigen ist deshalb nicht nur auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter abzustellen, sondern darüber hinaus auch zu prüfen, ob deren gesetzliche Vertretungsmacht die Schaffung des in Frage stehenden alternativen Behaltensgrundes überhaupt abdecken könnte (s. insbes. § 1641 BGB).

cc) Erschüttert wird die von § 814 Fall 1 BGB begründete Vermutung trotz Leistung in Kenntnis der Nichtschuld nach der hier vertretenen Konzeption ferner dort, wo zwar durchaus noch von einer freiwilligen Leistung gesprochen werden kann, mit dieser Leistung aber ersichtlich nicht die Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes bezweckt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Leistung nur zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung erfolgt. Aber auch im Vorfeld eventueller gerichtlicher Auseinandersetzungen kann die Vermutung des § 814 Fall 1 BGB erschüttert sein. Leistet etwa der spätere Kondizient nur deshalb, weil er zu diesem Zeitpunkt meint, einer Klage aus Beweisnot (noch) nicht erfolgreich begegnen zu können, fehlt es ebenfalls am Willen zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes und § 814 Fall 1 BGB kommt richtigerweise nicht zur Anwendung. Anders kann sich die Sache darstellen, wenn die Leistung trotz Kenntnis der Nichtschuld zur Vermeidung rechtlicher Auseinandersetzungen, zur Aufrechterhaltung ungestörter Geschäftsbeziehungen, kurz also „um des lieben Friedens willen“, erbracht wird. Hier handelt der Leistende mit dem Willen zur Streitbeilegung und zielt folglich im Kern wie bei einem Vergleich auf die Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes.

Erwähnenswert erscheinen in diesem Zusammenhang schließlich noch die Fälle, in denen im Zeitpunkt der Leistungserbringung zwar Kenntnis der Nichtschuld besteht, die Leistung allerdings nur deshalb erbracht wird, weil ein Dauerauftrag nicht geändert oder auch eine Einzugsermächtigung nicht widerrufen wird. Unterbleibt dies nur aufgrund eines Versehens oder aus Nachlässigkeit, kann die Konditionssperre nicht greifen. Trotz Kenntnis der Nichtschuld fehlt in einem solchen Fall der die Rechtsfolge der Vorschrift legitimierende Wille des Leistenden zur Schaffung eines alternativen Rechtsgrundes. Die von § 814 Fall 1 BGB statuierte Vermutung ist erschüttert.

### **III. Die Folgerungen für die Anwendung von § 814 Fall 1 BGB im besonderen Fall der minderungsbedingten Mietüberzahlung**

#### **1. Die einschlägigen Fallkonstellationen**

Will man die wesentlichen Folgerungen vermessen, die sich aus dem hier entwickelten Verständnis von § 814 Fall 1 BGB für den speziellen Fall einer minderungsbedingten Mietüberzahlung ergeben, muss man sich zunächst vor Augen führen, in welchen Konstellationen der Kondiktionsausschluss überhaupt zur Debatte stehen kann. Bei anfänglich bekannten Mängeln erscheint das so gut wie ausgeschlossen. Denn hier führt die Kenntnis vom Mangel, ohne die eine Kenntnis der Nichtschuld von vornherein nicht denkbar ist, gem. § 536b BGB zumeist bereits zum Ausschluss der Minderung. Werden dem Mieter Mängel erst nach Übernahme der Mietsache bekannt, kann es zu potenziell einschlägigen Konstellationen vor allem dann kommen, wenn der Mieter den Mangel angezeigt hat. Das ergibt sich aus §

536c Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach das Minderungsrecht im Interesse einer schnellen Abhilfe von der unverzüglichen Erfüllung der Anzeigepflicht abhängig gemacht wird. Es bleibt allerdings grundsätzlich auch noch Raum für Fälle, in denen der Mieter trotz Kenntnis vom Mangel selbst bei unterbliebener Anzeige mindern kann. Das gilt insbesondere dann, wenn der Mangel dem Vermieter bereits bekannt war oder auch Abhilfe trotz Anzeige nicht möglich gewesen wäre. Von vornherein nicht nachdenken muss man über § 814 Fall 1 BGB, wenn der Mangel erst entstanden ist, nachdem der Mieter für diesen Zeitabschnitt die Miete bereits gezahlt hat. Hier liegt keine für § 814 Fall 1 BGB allein relevante *condictio indebiti*, sondern eine *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB) vor. Der Kondiktionsausschluss kann erst mit Blick auf den folgenden Zahlungsabschnitt bedeutsam werden, falls der Mangel zu diesem Zeitpunkt noch immer besteht.

## **2. Kenntnis der Nichtschuld und möglicher Vorbehalt**

Mit Blick auf die Kenntnis der Nichtschuld als Grundlage der von § 814 Fall 1 BGB statuierten Vermutung stellt sich im Zusammenhang der Minderung, wie eingangs gesehen, v.a. die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen von der Kenntnis des Mieters vom Mangel auch auf dessen Kenntnis einer geminderten Zahlungsschuld infolge der Ipso-iure-Herabsetzung der Miete geschlossen werden darf. Dabei ist an der nunmehr sichtbaren Linie des BGH im Grundsatz nichts auszusetzen. Ein automatischer Rückschluss verbietet sich. Aber auch ein Anscheinsbeweis, der über Immobilienprofis und Rechtsexperten auf Mieterseite hinausgreift, erscheint nicht angezeigt. Sind dem Mieter dagegen sowohl der Mangel als auch die daraus sich ergebende Automatik der Mietminderung bekannt, lässt sich die Kenntnis-Voraussetzung von § 814 Fall 1 BGB kaum schon mit der Begründung verneinen, dass der Mieter schwerlich in der Lage sei, den zutreffenden Minderungsbetrag zu bestimmen. Dieser Umstand mag an anderer Stelle durchaus gegen die Anwendung von § 814 Fall 1 BGB ins Feld geführt werden können. Daran, dass der Mieter jedenfalls weiß, einen Teil der erbrachten Leistung nicht zu schulden, ändert er jedoch nichts.

Pauschalierungen verbieten sich aber ebenso, was die Bedeutung einer Mängelanzeige des Mieters betrifft. Hierin generell einen Vorbehalt der Rückforderung zu erblicken, wird der Bandbreite denkbarer Konstellationen und damit verbundener Mieter-Intentionen kaum gerecht. So mag der Mieter bei Mängeln, die ihn persönlich gar nicht weiter stören, nur anzeigen, um seiner Pflicht gerecht zu werden und größere Schäden vermeiden zu helfen. Die Pathologie der von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fälle darf an dieser Stelle nicht dazu verleiten, den Blick auf die soziale Wirklichkeit allzu sehr zu verengen.

### 3. Naheliegende vermutungserschütternde Umstände

a) Überzahlt ein Mieter trotz Mängelanzeige in Kenntnis der Minderung seiner Mietschuld, so führt allerdings das Fehlen eines Vorbehalts der Rückzahlung nicht etwa zwangsläufig zur Anwendung von § 814 Fall 1 BGB. Es gibt im Gegenteil zahlreiche und z.T. auch durchaus typische Umstände, die dazu führen können, dass die durch die Vorschrift begründete Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes erschüttert wird und somit der Kondiktionsausschluss nicht greifen kann. Das betrifft zunächst den Fall, dass die Zahlung nur deshalb ungeschmälert weiterläuft, weil ein Dauerauftrag versehentlich nicht abgeändert wurde oder dem Mieter im Fall des Lastschriftverfahrens nicht klar war, dass er hier notfalls von sich aus tätig werden und die bestehende Einzugsermächtigung widerrufen bzw. ersetzen muss. Solche Umstände schließen es aus, dass der Mieter die Überzahlung dauerhaft und mit Behaltensgrund zuwenden wollte. Selbst wenn er aber den entsprechenden banktechnischen Aufwand bewusst unterlassen hat, weil ihm eine „Gesamtabrechnung“ des Minderungsbetrags angesichts einer bereits angelaufenen und in ihrem ungefähren Ende auch absehbaren Mängelbeseitigung für beide Seiten einfacher und sinnvoller erschien, kann das als hinreichend plausibler Grund gelten, um die Vermutung des § 814 Fall 1 BGB zu erschüttern. Schließlich wird man der Vermutung sogar die Grundlage entzogen ansehen müssen, wenn ein sich erst später meldender Mieter plausibel machen kann, dass es nach seiner festen Rechtsüberzeugung Sache des Vermieters gewesen sei, den Mieteinzug von sich aus angemessen zu mindern bzw. einen Minderungsbetrag zu nennen, weshalb sich der vorläufige Charakter seiner Fortzahlung nach der Mängelanzeige von selbst verstanden haben müsse.

b) Unter bestimmten weiteren Umständen lässt sich die den Kondiktionsausschluss tragende Vermutung auch mit der bereits oben angesprochenen Erwägung entkräften, dass dem Mieter eine genaue Bestimmung des Minderungsbetrags regelmäßig nicht möglich ist, so dass er riskieren muss, aufgrund eines zu hohen Abzugs mit einem Teil der Miete in Verzug zu geraten und deshalb schließlich sogar gekündigt zu werden (§§ 573 Abs. 2 Nr. 1, 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Trägt der Mieter vor, die Miete aus diesen Gründen ungemindert weiterbezahlt zu haben, kann ihm der Verzicht auf einen Vorbehalt nicht schaden, weil es nicht um Vertrauensschutz für den Vermieter, sondern allein darum geht, die von der Vermutung des § 814 Fall 1 BGB abweichende Willensrichtung des Mieters plausibel zu machen. Das erfordert dann aber jedenfalls, dass der Mieter nachvollziehbar darlegt, wie und ggf. auch wann er den durch seine bewussten Überzahlungen auflaufenden Minderungsbetrag schließlich doch noch realisieren wollte. Andernfalls kann die Vermutung Platz greifen, dass die Sache „um des lieben Friedens willen“, zur Sicherung des Fortbestands des Mietverhältnisses, auf sich beruhen sollte, was als

Auslöser für die Konditionssperre nach § 814 Fall 1 BGB grundsätzlich ausreichen würde. Problematisch ist insoweit insbesondere, dass die Überzahlungen zumeist nicht isoliert, sondern regelmäßig als Aufrechnungsposten bei Nachzahlungsverlangen des Vermieters, vielfach sogar erst nach Beendigung des Mietverhältnisses im Rahmen einer Endabrechnung, geltend gemacht werden. Das legt es durchaus nahe, dass hier nicht ein bereits im Zeitpunkt der Überzahlungen vorhandenes Rückforderungskonzept realisiert wird, sondern in der aktuellen Situation erstmals ein ganz neuer Wille gefasst wird. In diesem Fall aber müsste es bei der Anwendung von § 814 Fall 1 BGB bleiben. Anders kann man nur dort entscheiden, wo der Mieter belastbar mit Nachforderungen des Vermieters oder auch einer Beendigung des Mietverhältnisses vor Verjährung seiner Rückforderungsansprüche rechnen konnte und deshalb seinerseits von vornherein geplant war, diese Ansprüche bei entsprechender Gelegenheit mittels Aufrechnung oder auch im Rahmen der absehbaren Gesamtabwicklung des Mietverhältnisses, geltend zu machen.

c) Liegt einer der seltenen Fälle vor, in denen es zu einer minderungsbedingten Mietüberzahlung kommen kann, obwohl der Mieter dem Vermieter den Mangel nicht angezeigt hat, müssen sich die Dinge nicht zwangsläufig anders darstellen. Das gilt zunächst für den Fall, dass der Mieter nur deshalb nicht anzeigt, weil er davon ausgeht, der Mangel sei dem Vermieter ebenfalls längst bekannt. Hier sind sämtliche soeben genannten Gründe für eine Erschütterung der von § 814 Fall 1 BGB statuierten Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes ebenso gut vorstellbar wie in den Fällen eines angezeigten Mangels. Ob eine grundsätzlich andere Lage immerhin dann besteht, wenn der Mieter nicht mit einer bereits vorhandenen Kenntnis des Vermieters vom Mangel rechnet und sich sein Verzicht auf eine Anzeige für die Minderung deshalb nur als unschädlich erweist, weil der Mangel auch bei unverzüglicher Anzeige nicht behebbar gewesen wäre, kann aber ebenfalls nicht als ausgemacht gelten. Denn auch hier bleibt etwa ohne weiteres vorstellbar, dass der Mieter das bestehende Mietverhältnis nicht belasten oder gar riskieren wollte und deshalb die auflaufenden Rückforderungsansprüche bei Gelegenheit eines ohnehin drohenden Nachzahlungsverlangens aufrechnen oder im Rahmen einer allfälligen Gesamtabrechnung wegen absehbarer Beendigung des Mietverhältnisses in Rechnung stellen wollte. Dass dies für den ahnungslosen Vermieter in dieser Konstellation nicht erkennbar ist, spielt für § 814 Fall 1 BGB keine Rolle. Sein Vertrauen in die Beständigkeit des Erwerbs wird nicht durch § 814 Fall 1, sondern durch § 818 Abs. 3 BGB geschützt. Im Übrigen werden ihm Schäden, die er infolge einer pflichtwidrig unterlassenen Anzeige des Mangels erleidet, gem. § 536c Abs. 2 S. 1 BGB ersetzt. § 814 Fall 1 BGB hat nicht die Funktion, diese Haftung durch eine zusätzliche schadensunabhängige Sanktion zu ergänzen.

#### **IV. Fazit**

Insgesamt dürfte das hier entwickelte Verständnis von § 814 Fall 1 BGB dazu führen, dass die Konditionssperre bei minderungsbedingten Mietüberzahlungen trotz Kenntnis des Mieters von seinem Minderungsrecht nur selten greift. Ein solcher Grundbefund erscheint jedoch nicht schon per se als unangemessen. Denn es darf nicht vergessen werden, dass der Vermieter als Leistungsempfänger in den Fällen des § 814 Fall 1 BGB immer etwas behalten will, was ihm im Ausgangspunkt von Rechts wegen nicht zusteht. Sein grundlegendes Interesse, infolge der Herausgabe keinen Schaden an seinem Stammvermögen zu erleiden, ist durch § 818 Abs. 3 BGB hinreichend geschützt. Dieser Vorschrift muss bei einer Verneinung der Konditionssperre gegebenenfalls mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden. Daneben steht aber immer auch noch die Möglichkeit einer Haftung des Mieters für Vertrauensschäden, sollte dieser seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 BGB verletzt oder auch im Zusammenhang der Leistungserbringung gegenüber dem Empfänger zurechenbar den falschen Anschein erweckt haben, ihm die Mehrleistung trotz Rechtsgrundlosigkeit gleichwohl auf Dauer belassen zu wollen; man mag in diesem Zusammenhang ggf. auch noch an die sog. Verwirkung denken.

Kein grundlegender Einwand lässt sich gegen das hier entwickelte Verständnis auch aus der subjektiven Ausrichtung am Willen des Leistenden ableiten. Die gegenüber der herrschenden objektiven Treuwidrigkeitskonzeption drohenden Verluste an Rechtssicherheit sind angesichts der extremen Wertungsoffenheit dieser Konzeption marginal. Nicht selten wird auch von dieser Lehre der Selbstwiderspruch bzw. die Treuwidrigkeit unter der Hand gerade damit begründet, dass die vom Leistenden erkennbar verfolgte Absicht nicht dahingehe, dem Empfänger die Leistung auf Dauer zu belassen oder ihn gar zu beschenken. Schon denklogisch erscheint es ohnehin kaum möglich, dem Handelnden einen Selbstwiderspruch ohne Abgleich mit seiner wahren Absicht zu attestieren. Dem hier vertretenen Verständnis von § 814 Fall 1 BGB sollte damit aber insgesamt der Vorzug gegeben werden. Als bloße widerlegliche Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes weist die Vorschrift nicht nur eine größere Nähe zu dem nach der Überwindung der Irrtumslehre im Bereicherungsrecht noch lebendigen Grundgedanken ihrer historischen Konzeption auf. Anders als die heute dominierenden Konzeptionen fügt sie sich auch weitgehend bruchlos in ein zivilrechtliches Gesamtsystem ein, das nach wie vor auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruht.