

**Propädeutische Hausarbeit  
im Bürgerlichen Recht**  
*Bewertung: 16 Punkte*

**Wintersemester 2007 / 2008**

**im 3. Fachsemester**

*Tags: Mietvertrag, Bürgschaft, Anfechtung, Aufrechnung Prokura, Haustürgeschäft*

*Zur Veröffentlichung auf [www.just-study.com](http://www.just-study.com)*

## Sachverhalt

A ist Eigentümerin eines Hauses in Hamburg und hat mehrere Wohnungen in diesem Haus vermietet. So wohnt zum Beispiel die selbstständige Anwältin M seit Mitte 2002 in diesem Haus. Die monatliche Kaltmiete beträgt 1000 € und entspricht dem durchschnittlichen Mietpreis für eine solche Wohnung. Die "reiche" Kusine T hat der M formwirksam und selbstschuldnerisch gegenüber A eine Bürgschaft zur Sicherung der Miete erklärt.

Zum Jahresbeginn 2007 entschließt sich A, das Haus zu veräußern und verkauft es wirksam an die V-GmbH, einer Hausverwaltung. Alle Mieter erhalten von Herrn P, Prokurist der V-GmbH, schon Anfang Dezember 2006 einen netten Brief, in dem auf den Eigentümerwechsel zum Jahresende hingewiesen wird und die Miete ab Januar auf das Konto der V-GmbH zu überweisen sein.

Im Januar 2007 verschickt P einen weiteren Brief an die Mieter, in dem er fragt, wann er sich persönlich vorstellen dürfe. Die Antwort kann mittels beiliegender Antwortpostkarte übersandt werden. M trägt einen ihr passenden Termin ein und schickt die Karte an die V-GmbH zurück.

Wie vereinbart sucht P die M am 15. Februar 2007 in ihrer Wohnung auf und erkundigt sich, ob etwas zu erledigen oder zu renovieren sei. Während der Unterredung legt P der M zwei bereits von ihm im Namen der GmbH unterschriebene Neuausfertigungen des Mietvertrages vor, in denen der Name des Vermieters ausgetauscht und die monatliche Kaltmiete um 80 € ab dem 1. März 2007 erhöht ist. M unterschreibt die Verträge und heftet eine Ausfertigung zu Ihren Unterlagen. Beim Verlassen übergibt P der M eine Visitenkarte, auf der auch seine dienstliche E-Mail-Adresse vermerkt ist.

M ändert daraufhin ihren Dauerauftrag und weist im März, April, Mai und Juni die erhöhte Miete an. Im Juni 2007 denkt sie noch einmal in Ruhe über den Besuch des P nach und ärgert sich, den geänderten Vertrag spontan unterschrieben zu haben. Anschließend teilt sie dem P per E-Mail mit, dass sie mit der aufgedrängten Mieterhöhung nicht einverstanden ist.

Als nun Anfang Juli nur 680 € überwiesen werden, möchte P wissen, ob die V-GmbH von M eine Nachzahlung in Höhe von 400 € fordern kann und auch T in Anspruch genommen werden kann. T fühlt sich nur der A gegenüber verpflichtet und ist - wie M - mit der Mietzahlung nicht einverstanden.

## Literaturverzeichnis

### Lehrbücher und Kommentare

- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.** Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch Band 9  
32. Auflage 2006  
(Zitiert: Bearbeiter in Baumbach / Hopt)
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich** Allgemeines Schuldrecht  
31. Auflage 2006  
(Zitiert: Brox / Walker Schuldrecht AT)
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich** Besonderes Schuldrecht  
31. Auflage 2006  
(Zitiert: Brox / Walker Schuldrecht BT)
- Bülow, Peter / Artz, Markus** Verbraucherprivatrecht  
1. Auflage 2003  
(Zitiert: Bülow / Artz)
- Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Ring, Gerhard** Kommentar zum BGB  
Schuldrecht Teilband 1: §§ 242 bis 610  
Band 2  
(Zitiert: Bearbeiter in Dauner-Lieb u. a.)
- Gursky, Karl-Heinz** Schuldrecht Besonderer Teil  
5. Auflage 2005  
(Zitiert: Gursky Schuldrecht BT)
- Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rüßmann, Helmut / Weth, Stephan** juris Praxiskommentar zum BGB  
Band 2.3  
Schuldrecht (Teil 3: §§ 631 bis 853)  
(Zitiert: jurisPK-BGB / Bearbeiter)

<b>Jauernig, Othmar</b>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 12. Auflage 2007 (Zitiert: Jauernig / Bearbeiter)
<b>Köhler, Helmut</b>	Allgemeiner Teil des BGB 30. Auflage 2006 (Zitiert: Köhler AT)
<b>Kropholler, Jan</b>	Studienkommentar BGB 10. Auflage 2007 (Zitiert: Kropholler)
<b>Münchener Kommentar</b>	Münchener Kommentar zum BGB Allgemeiner Teil Band 1 5. Auflage 2006 (Zitiert: MüKo Band 1 / Bearbeiter)
<b>Münchener Kommentar</b>	Münchener Kommentar zum BGB Schuldrecht Allgemeiner Teil Band 2 5. Auflage 2007 (Zitiert: MüKo Band 2 / Bearbeiter)
<b>Münchener Kommentar</b>	Münchener Kommentar zum BGB Schuldrecht Besonderer Teil I Band 3 4. Auflage 2004 (Zitiert: MüKo Band 3 / Bearbeiter)

<b>Münchener Kommentar</b>	Münchener Kommentar zum BGB Schuldrecht Besonderer Teil III Band 5 4. Auflage 2004 (Zitiert: MüKo Band 5 / Bearbeiter)
<b>Nomos Kommentar</b>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Auflage 2007 (Zitiert: Nomos / Bearbeiter)
<b>Oechsler, Jürgen</b>	Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht Auflage 2003 (Zitiert: Oechsler)
<b>Palandt, Otto</b>	Beck'sche Kurz-Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch 66. Auflage 2007 (Zitiert: Palandt / Bearbeiter)
<b>Schmid, Michael</b>	Kompaktkommentar Mietrecht Auflage 2006 (Zitiert: Schmid Mietrecht)
<b>Schmid, Rolf</b>	BGB Allgemeiner Teil 2. Auflage 2005 (Zitiert: Schmid, AT)
<b>Schmidt / Futterer</b>	Kommentar Mietrecht 9. Auflage 2007 (Zitiert: Bearbeiter in Schmidt / Futterer )

**Staudinger, Julius v.**

Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch  
Buch 2  
Recht der Schuldverhältnisse  
§§ 311 – 312 f (Vertragsschluss)  
Neubearbeitung von 2005  
(Zitiert: Staudinger §§ 311 – 312 f / Bearbeiter)

**Staudinger, Julius v.**

Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch  
Buch 2  
Recht der Schuldverhältnisse  
§§ 362 – 396 (Erfüllung, Hinterlegung, Auf-  
rechnung)  
Neubearbeitung 2006  
(Zitiert: Staudinger §§ 362 – 396 / Bearbeiter)

**Staudinger, Julius v.**

Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch  
Buch 2  
Recht der Schuldverhältnisse  
§§ 765 – 778  
Dreizehnte Bearbeitung 1997 von Norbert Horn  
(Zitiert: Staudinger §§ 765 - 778 / Horn)

### Aufsätze

**Drygala, Tim**

„Wohnungsmietverträge als Haustürgeschäft“  
NJW 1994 S. 3260 ff.

**Herr, Gunther**

„Mieterschutz durch das Haustürwiderrufgesetz“  
WM 1999 S. 607 ff.

# Inhaltsverzeichnis

Seite

<b>A. <u>Anspruch der V-GmbH gegen M auf Nachzahlung von 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II BGB</u></b> .....	<b>1</b>
I. Anspruch entstanden.....	1
1. Eintritt der V-GmbH in das Mietverhältnis gemäß § 566 I.....	1
a) Voraussetzungen.....	1
aa) Wirksamer Mietvertrag.....	1
bb) Überlassung des Wohnraums an den Mieter.....	2
cc) Veräußerung des Wohnraums durch den Vermieter.....	2
dd) Veräußerung an einen Dritten.....	2
b) Rechtsfolgen.....	2
c) Zwischenergebnis.....	2
2. Änderungsvertrag über die Miethöhe vom 15. Februar 2007 gemäß §§ 311 I.....	3
a) Zustandekommen des Vertrages.....	4
aa) Angebot.....	4
(1) Angebot der V-GmbH gemäß § 145.....	4
(2) Angebot durch Prokuristen P.....	4
(a) Eigene Willenserklärung des P.....	4
(b) In fremden Namen.....	5
(c) Im Rahmen der Vertretungsmacht.....	5
(d) Zwischenergebnis.....	5
bb) Annahme.....	5
cc) Konsens.....	6
b) Wirksamkeit des Vertrages.....	6
aa) Anfechtungsgrund.....	6
(1) Erklärungsirrtum nach § 119 I 2. Fall.....	6
(2) Inhaltsirrtum nach § 119 I 1. Fall.....	7
(3) Eigenschaftsirrtum nach § 119 II.....	7
(4) Zwischenergebnis zum Anfechtungsgrund.....	7
bb) Zwischenergebnis zur Wirksamkeit des Änderungsvertrages.....	7
3. Zwischenergebnis zu Anspruch entstanden.....	7
II. kein Erlöschen des Anspruch.....	7

1.	Erfüllung gemäß § 362 I.....	8
2.	Widerruf der M.....	8
	a) Voraussetzungen.....	8
	aa) Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312 I 1 Nr. 1 .....	8
	(1) Anwendbarkeit des § 312 I auf Mietverträge/ Mietabänderungsverträge .....	8
	(2) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher.....	10
	(3) Vertrag über entgeltliche Leistung .....	11
	(4) Haustürsituation (§ 312 I 1 Nr. 1) .....	11
	(5) Kein Ausschluss des Widerrufsrechts (§ 312 III) .....	11
	(6) Zwischenergebnis .....	13
	bb) Widerrufserklärung gemäß § 355 .....	13
	(1) Einhaltung der Form gemäß § 355 I 2.....	13
	(2) Zugang der Widerrufserklärung .....	14
	(3) keine Verfristung des Widerrufs .....	14
	(4) Zwischenergebnis .....	14
	b) Rechtsfolgen .....	14
	c) Zwischenergebnis .....	15
3.	Aufrechnung der M gemäß § 389 .....	15
	a) Bestehen einer Aufrechnungslage gemäß § 387.....	15
	aa) Gegenseitigkeit der Forderungen .....	15
	bb) Gleichartigkeit der Forderungen .....	16
	cc) Wirksamkeit der Forderungen .....	16
	dd) Fälligkeit der Gegenforderung.....	16
	ee) Erfüllbarkeit der Hauptforderung.....	17
	ff) Zwischenergebnis zur Aufrechnungslage .....	17
	b) Aufrechnungserklärung gemäß § 388.....	17
	c) Zwischenergebnis .....	18
III.	Anspruch durchsetzbar .....	18
IV.	Ergebnis .....	18
<b>B.</b>	<b><u>Anspruch der V-GmbH gegen die T auf Nachzahlung der 400 € aus dem</u></b>	
	<b><u>Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I</u></b> .....	<b>18</b>
I.	Wirksamer Bürgschaftsvertrag .....	18
1.	Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages .....	18



a)	Bürgschaftsvertrag zwischen der A und T .....	19
b)	Eintritt der V-GmbH in die Rechte und Pflichten der Bürgschaft gemäß § 566 a durch den Erwerb des Altbaus .....	19
2.	Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages .....	19
a)	Schriftform der Bürgschaftserklärung gemäß § 766 Satz 1 .....	19
b)	Keine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 wegen krasser Überforderung des Bürgen .....	20
c)	Kein Widerruf nach §§ 355, 312 .....	20
3.	Zwischenergebnis .....	20
II.	Bestehen der Hauptforderung .....	20
III.	Keine Gegenrechte des Bürgen .....	21
1.	Gegenrechte des Bürgen aus seinem Verhältnis zum Gläubiger .....	21
a)	Einrede der Vorausklage gemäß § 771 Satz 1 .....	21
b)	Zwischenergebnis .....	22
2.	Gegenrechte des Bürgen aus dem Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger .....	22
a)	Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 II .....	22
aa)	Bestehen einer Aufrechnungslage gemäß § 387 .....	22
(1)	Gegenseitigkeit der Forderungen .....	22
(2)	Gleichartigkeit der Forderungen .....	23
(3)	Wirksamkeit der Forderungen .....	23
(4)	Fälligkeit der Gegenforderung .....	23
(5)	Erfüllbarkeit der Hauptforderung .....	23
(6)	Zwischenergebnis zur Aufrechnungslage gemäß § 387 .....	23
bb)	Einrede erhoben .....	24
b)	Rechtsfolgen .....	24
IV.	Ergebnis .....	24

## Gutachten

### **A. Anspruch der V-GmbH gegen M auf Nachzahlung von 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II BGB<sup>1</sup>**

Ein Anspruch der V-GmbH gegen M auf Nachzahlung von 400 € könnte sich aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II ergeben.

#### **I. Anspruch entstanden**

Es ist ein Anspruch entstanden, wenn zwischen der V-GmbH und der M ein wirksames Schuldverhältnis in Form eines Mietvertrages mit einem monatlichen Mietpreis von 1080 € vorliegt. Ursprünglich haben laut Sachverhalt A und M Mitte 2002 einen wirksamen Mietvertrag zu einer Kaltmiete von monatlich 1000 € geschlossen.

#### **1. Eintritt der V-GmbH in das Mietverhältnis gemäß § 566 I**

Fraglich ist jedoch, ob die V-GmbH durch den Erwerb des Wohnhauses zum Jahresbeginn 2007 wirksam gemäß § 566 I an die Stelle der A in das bestehende Mietverhältnis eingetreten ist.

##### **a) Voraussetzungen**

###### **aa) Wirksamer Mietvertrag**

Eine Überleitung des Mietverhältnisses auf den Erwerber setzt voraus, dass ein solches überhaupt wirksam zwischen Mieter und Veräußerer besteht.<sup>2</sup>

Laut Sachverhalt wurde Mitte 2002 zwischen A und M ein Mietvertrag geschlossen. Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich. Mit hin besteht zwischen A und M ein wirksamer Mietvertrag.

---

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Müko Band 3 / Häublein, § 566 Rn 12.

**bb) Überlassung des Wohnraums an den Mieter**

Des Weiteren müsste das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Veräußerung bereits an den Mieter überlassen worden sein.<sup>3</sup> Überlassen meint hier in Anlehnung an § 535 Abs. 1 S. 2 die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes.<sup>4</sup> Die Mieterin M bewohnt bereits seit Mitte 2002 die benannte Wohnung. Folglich ist das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Veräußerung Anfang 2007 der M überlassen und Sie hat an der Wohnung unmittelbaren Besitz.

**cc) Veräußerung des Wohnraums durch den Vermieter**

Außerdem müsste die A den Wohnraum wirksam an die V-GmbH veräußert haben. Hier sind vor allem Auflassung und Eintragung in das Grundbuch (§§ 925, 873) für den Eigentumsübergang entscheidend.<sup>5</sup> Hervorgehend aus dem Sachverhalt wurde die Wohnung wirksam zu Beginn des Jahres 2007 an die V-GmbH veräußert.

**dd) Veräußerung an einen Dritten**

Die V-GmbH ist auch Dritter im Sinne des § 566 I.

**b) Rechtsfolgen**

Die V-GmbH tritt mit dem Eigentumsübergang kraft Gesetz an die Stelle der A gemäß § 566 I 2. Halbsatz in die sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten ein. Inhaltlich bleibt der Vertrag jedoch in seiner ursprünglichen Form bestehen.<sup>6</sup>

**c) Zwischenergebnis**

Der zwischen A und M geschlossene Mietvertrag bleibt inhaltlich mit einer monatlichen Kaltmiete von 1000 € bestehen und die V-GmbH hat folglich keinen Anspruch auf Nachzahlung von 400 €.

---

<sup>3</sup> MüKo Band 3 / Häublein, § 566 Rn 14.

<sup>4</sup> MüKo Band 3 / Häublein, § 566 Rn 14.

<sup>5</sup> Schmidt-Futterer / Gather, §566 Rn 27.

<sup>6</sup> MüKo Band 3 / Häublein, § 566 Rn 23.

## **2. Änderungsvertrag über die Miethöhe vom 15. Februar 2007 gemäß §§ 311 I**

Der Anspruch der V-GmbH auf einen monatlichen Mietpreis von 1080 € und somit einer Nachzahlung von 400 € könnte aber aus dem geänderten Mietvertrag vom 15. Februar 2007 gemäß §§ 311 I, 535 II resultieren. Zu klären ist jedoch zunächst, ob in der Erhöhung der Miete gemäß § 557 I von ursprünglich 1000 € auf nun 1080 € ein neuer Vertrag oder ein Änderungsvertrag gemäß § 311 I zu erblicken ist. Zur rechtsgeschäftlichen Änderung eines bestehenden Schuldverhältnisses ist nach § 311 I ebenso ein Vertrag erforderlich<sup>7</sup>. Diese Änderungen können sich auf die Hauptleistungspflichten eines Vertrages, hier des Mietvertrages beziehen. Die Entrichtung der Miete gemäß § 535 II ist eine Hauptleistungspflicht des Mieters.<sup>8</sup> Ob in der Mieterhöhung nun ein neuer Vertrag oder ein Änderungsvertrag zu sehen ist, ist Auslegungssache. Maßgeblich sind hier in erster Linie der Wille der Parteien, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Änderung sowie die Verkehrsauffassung.<sup>9</sup> Ziel der Parteien war es lediglich, den Mietpreis zu erhöhen und den Vertrag ansonsten inhaltlich bestehen zulassen. Wirtschaftlich betrachtet ist eine Mieterhöhung von 80 € nur eine geringe Abweichung des ursprünglichen Mietpreises. Nach der herrschenden Meinung ist in einer Mieterhöhung eine Abänderung des ursprünglichen Schuldverhältnisses zu sehen.<sup>10</sup> Verträge, welche dem Mieter lediglich einen höheren Mietzins auferlegen, werden als Änderungsverträge eingeordnet. Sehe der neue Vertrag aber eine Vielzahl von Änderungen hinsichtlich der Haupt- und Nebenleistungspflichten vor, würde es sich bei einem Änderungsvertrag um eine Novation handeln.<sup>11</sup> Folglich ist in der Erhöhung der Miete ein Änderungsvertrag zu erkennen, welcher nicht den Bestand oder die Identität des

---

<sup>7</sup> Palandt / Grüneberg, § 311 Rn 3.

<sup>8</sup> Kropholler, § 535 Rn 4.

<sup>9</sup> Palandt / Grüneberg, § 311 Rn 3.

<sup>10</sup> Staudinger § 311-312 f / Löwisch, § 311 Rn 65.

<sup>11</sup> WM 1999 S. 607 ff.

ursprünglichen Schuldverhältnisses beseitigt, sondern lediglich den Inhalt verändert.<sup>12</sup>

### **a) Zustandekommen des Vertrages**

Ein Vertrag kommt gemäß § 151 Satz 1 durch zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen (Antrag, Annahme) zustande, welche die essentialia negotii enthalten.<sup>13</sup>

#### **aa) Angebot**

##### **(1) Angebot der V-GmbH gemäß § 145**

Zu prüfen ist, ob die V-GmbH der M einen Änderungsvertrag gemäß § 145 angetragen hat. Ein Angebot ist eine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung, die den Inhalt des Vertrages soweit konkretisiert, dass der Empfänger durch bloße Zustimmung (Annahme) den Vertrag zustande bringen kann.<sup>14</sup> Laut Sachverhalt gab die V-GmbH kein Angebot ab.

##### **(2) Angebot durch Prokuristen P**

Indem P der M zwei von ihm im Namen der V-GmbH unterschriebene Exemplare der Neuausfertigung des Mietvertrages vorlegt, könnte er ihr ein Angebot auf den Abschluss eines veränderten Mietvertrages angetragen haben. Dieses könnte der V-GmbH zugerechnet werden, wenn sie von P wirksam vertreten wurde, § 164 I S. 1.

##### **(a) Eigene Willenserklärung des P**

P müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Das heißt, er muss den Erklärungswillen selbst gebildet haben.<sup>15</sup> P war nicht bloßer Erklärbote der V-GmbH und hat folglich eine eigene Willenserklärung abgegeben.

---

<sup>12</sup> Nomos / Schulze, § 311 Rn 3.

<sup>13</sup> Jauernig / Jauernig, vor § 145 Rn 2.

<sup>14</sup> Köhler AT, § 8 Rn 9.

<sup>15</sup> Köhler AT, §11 Rn 16.

**(b) In fremden Namen**

Des Weiteren müsste P seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgegeben haben, d. h. er muss kundtun, dass die Rechtsfolgen nicht ihn, sondern die V-GmbH treffen sollen (Offenkundigkeitsprinzip).<sup>16</sup> P legt der M zwei von ihm im Namen der V-GmbH unterschriebene Exemplare der Neuausfertigung des Mietvertrages vor. In den Neuausfertigungen wurde auch der Name des Vermieters ausgetauscht. Demnach ist für M ersichtlich, dass die Wirkungen des Vertrages nicht P, sondern die V-GmbH treffen sollen.

**(c) Im Rahmen der Vertretungsmacht**

P müsste auch im Rahmen der Vertretungsmacht gehandelt haben. Diese Vertretungsmacht könnte sich aus der Erteilung einer Prokura der V-GmbH an P ergeben. Eine Prokura ist eine durch einen Kaufmann erteilte handelsrechtliche Vollmacht (§ 48 HGB), welche einen gesetzlich bestimmten Vertretungsumfang beinhaltet (vgl. § 49 HGB). Sie ermächtigt zu Geschäften jeder Art, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 I HGB).<sup>17</sup> Die V-GmbH ist ein Unternehmen, welches u. a. mit der Vermietung von Altbauten befasst ist. Somit ist der Antrag des P gegenüber der M zu einem geänderten Mietvertrag von der Prokura erfasst.

**(d) Zwischenergebnis**

P hat der M ein wirksames Angebot zur Änderung des Mietvertrages unterbreitet.

**bb) Annahme**

Die M müsste das Angebot des P auch angenommen haben. Eine Annahme ist das vorbehaltlose Einverständnis mit dem Angebot.<sup>18</sup> M

---

<sup>16</sup> Köhler AT, § 11 Rn 18.

<sup>17</sup> Hopt in Baumbach / Hopt, § 49 I Rn 1.

<sup>18</sup> Köhler AT, § 8 Rn 21.

unterzeichnet beide Exemplare des Änderungsvertrages und willigt demnach in das Angebot des P ein. Damit wurde der Änderungsvertrag zwischen der V-GmbH und der M geschlossen.

### **cc) Konsens**

Der Anspruch der V-GmbH setzt voraus, dass in den auf den Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen ein Konsens über die essentialia negotii erzielt wurde, welche im Mietvertrag die Mietparteien, der Mietgegenstand sowie die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung sind.<sup>19</sup> Die Vertragsparteien waren sich über alle wesentlichen Vertragsbestandteile einig, insbesondere auch über den Mietpreis, beziehungsweise die Mietpreiserhöhung gemäß § 557 I von monatlich 1000 € auf 1080 €. Des Weiteren waren sich die Parteien darüber einig, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht den P, sondern die V-GmbH treffen und der Vertrag somit zwischen der V-GmbH und der M zustande kommt. Mithin liegt ein faktischer Konsens vor.

### **b) Wirksamkeit des Vertrages**

Der geschlossene Änderungsvertrag müsste auch wirksam sein. Fraglich ist jedoch, ob der Mietvertrag in Folge einer Anfechtung der M gemäß § 142 I ex tunc nichtig ist.

#### **aa) Anfechtungsgrund**

Ein Anfechtungsrecht der M setzt voraus, dass ein Anfechtungsgrund vorliegt.

#### **(1) Erklärungsirrtum nach § 119 I 2. Fall**

Die M hat sich weder verschrieben noch versprochen. Demnach liegt kein Erklärungsirrtum vor.

---

<sup>19</sup> Schmidt-Futterer / Blank, vor § 535 Rn 11.

**(2) Inhaltsirrtum nach § 119 I 1. Fall**

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war M mit der Mieterhöhung einverstanden. M war sich über die Tragweite ihrer Äußerung bewusst. Folglich liegt kein Inhaltsirrtum vor.

**(3) Eigenschaftsirrtum nach § 119 II**

Es könnte jedoch ein Eigenschaftsirrtum vorliegen. Eigenschaften einer Sache sind alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die in Folge Ihrer Beschaffenheit auf Dauer für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Einfluss sind.<sup>20</sup> Der Preis einer Sache, hier der Mietpreis, ist keine Eigenschaft, da er sich erst aus den Eigenschaften ergibt.<sup>21</sup> Es handelt sich somit nicht um einen Eigenschaftsirrtum.

**(4) Zwischenergebnis zum Anfechtungsgrund**

Es ist kein Anfechtungsgrund gegeben und somit hat die M kein Recht zur Anfechtung.

**bb) Zwischenergebnis zur Wirksamkeit des Änderungsvertrages**

Der Vertrag ist nach § 142 I nicht ex tunc nichtig und folglich wirksam.

**3. Zwischenergebnis zu Anspruch entstanden**

Mithin ist ein Anspruch der V-GmbH gegen M auf Nachzahlung von 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II entstanden.

**II. kein Erlöschen des Anspruch**

Der Anspruch dürfte nicht wieder erloschen sein.

---

<sup>20</sup> BGH NJW 2001, 226.

<sup>21</sup> Schmid AT, Rn 1348.



## **1. Erfüllung gemäß § 362 I**

Der Anspruch der V-GmbH gegen die M auf Nachzahlung der 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II könnte wegen Erfüllung gemäß § 362 I erloschen sein. Erfüllung ist demgemäß das Bewirken der geschuldeten Leistung. Laut dem veränderten Mietvertrag vom 15. Februar 2007 ist M verpflichtet, ab dem 1. März 2007 monatlich eine Kaltmiete in Höhe von 1080 € an die V-GmbH zu zahlen. Für den Monat Juli 2007 hat sie nur 680 € Miete an die V-GmbH geleistet. Die Erfüllungswirkung tritt jedoch nur ein, wenn der richtige Schuldner dem richtigen Gläubiger die richtige Leistung am richtigen Ort erbringt.<sup>22</sup>M hat statt der 1080 € nur 680 € Miete an die V-GmbH geleistet. Mithin hat die V-GmbH einen Anspruch gegen die M auf Nachzahlung der 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II.

## **2. Widerruf der M**

Fraglich ist, ob der Anspruch der V-GmbH auf Nachzahlung der 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II durch den Widerruf der M erloschen ist.

### **a) Voraussetzungen**

#### **aa) Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312 I 1 Nr. 1**

Zunächst müsste der M durch Gesetz ein Widerrufsrecht im Sinne des § 355 eingeräumt worden sein. Ein solches Widerrufsrecht könnte sich vorliegend aus § 312 I 1 Nr. 1 ergeben. Dann müsste es sich bei dem zwischen P und M geschlossenen Mietvertrag um ein Haustürgeschäft handeln.

#### **(1) Anwendbarkeit des § 312 I auf Mietverträge/ Mietabänderungsverträge**

Umstritten ist, ob § 312 I überhaupt generell auf Mietverträge, beziehungsweise Mietabänderungsverträge anwendbar ist. Nach einer Min-

---

<sup>22</sup> Brox / Walker Schuldrecht AT, § 14 Rn 2.

dermeinung ist § 312 I auf Mietverträge, beziehungsweise Mietabänderungsverträge nicht anwendbar.<sup>23</sup> Dies wird zum einen damit begründet, dass ein Änderungsvertrag kein entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 312 I 1 Nr. 1 ist, da der Mieter für die erhöhte Miete nicht mehr an Gebrauchsüberlassung erhält als vorher.<sup>24</sup> Zum anderen wird angebracht, dass sich die Nichtanwendbarkeit des § 312 I 1 Nr. 1 auf Mietverträge über Immobilien aus der Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft betreffend Verbraucherschutz beim Abschluss von Haustürgeschäften vom 20. 12. 1985, ABIEG Nr. L 372/31 vom 31. 12. 1985, Art. 3 II lit. a ergibt.<sup>25</sup> Ein Weiteres Argument besagt, dass der Mieter damit rechnen müsse, dass ihn der Vermieter zwecks Änderung des Mietvertrages in seiner Wohnung aufsucht und es demnach am Überrumpelungsmoment fehle.<sup>26</sup> Schließlich wird angeführt, dass auf eine Mietabänderungsvereinbarung der § 312 I nur angewandt werden kann, wenn er auch auf den Grundvertrag anzuwenden wäre.<sup>27</sup> Folgt man nun diesen Argumenten, würde dies für den vorliegenden Fall bedeuten, dass der M kein Widerrufsrecht zusteht.

Die herrschende Meinung geht hingegen richtigerweise davon aus, dass der § 312 I auf Mietverträge beziehungsweise Mietabänderungsverträge anwendbar ist.<sup>28</sup> Dem Argument, dass ein Mietabänderungsvertrag kein entgeltlicher Vertrag sei, wird entgegengebracht, dass der § 312 I im Wege der richtlinienkonformen Auslegung so verstanden werden muss, dass der Erklärende hofft, er oder ein Dritter werde durch die Erklärung irgendeinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil erlangen. Demnach muss das Merkmal der Entgeltlichkeit im Sinne des Verbraucherschutzes weit ausgelegt werden.<sup>29</sup> Der Ansicht, dass es bei einem Besuch des Vermieters an einem Überrumpelungsmoment fehle, ist entgegenzubringen, dass im vorliegendem Fall zum einen der neue Vermieter persönlich noch nicht bekannt ist, also noch

<sup>23</sup> Drygala, NJW 1994, S. 3260 ff.; LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1989, 824; LG Hannover WuM 1989, 189.

<sup>24</sup> Drygala, NJW 1994, S. 3260 (3263).

<sup>25</sup> LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1989, 824.

<sup>26</sup> Drygala, NJW 1994, S. 3260 (3264-3265).

<sup>27</sup> LG Hannover WuM 1989, 189.

<sup>28</sup> OLG Koblenz NJW 1994, 1418; LG Braunschweig WuM 1991, 671; MüKo Band 3 / Artz, § 557 Rn 33-34; Bülow / Artz, S. 56; Oechsler, Rn 372-373.

<sup>29</sup> Oechsler, Rn 372.

kein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien aufgebaut wurde und zum anderen, dass die M lediglich davon ausgeht, dass der P als Vertreter der V-GmbH nur zwecks Vorstellung ihre Wohnung aufsucht. Die Richtlinie zum Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, auf den § 312 zurückgeht, steht einer Widerruflichkeit derartiger Vereinbarungen auch nicht entgegen. Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie besagt zwar, dass sie auf Mietverträge über Immobilien keine Anwendung findet, jedoch kann der nationale Gesetzgeber gemäß Art. 8 der Richtlinie dem Verbraucher einen weitergehenden Schutz gewähren.<sup>30</sup> Bezüglich des Standpunktes, dass § 312 I Nr. nur angewandt werden kann, wenn er auch auf den Grundvertrag anzuwenden wäre, wird entgegengehalten, dass es allein auf die Gefahr der Überrumpellung zum Zeitpunkt des Änderungsvertrages ankomme und der zu Grunde liegende Mietvertrag außer Acht zu lassen ist.<sup>31</sup>

Vorzugsweise ist hier der herrschenden Meinung zu folgen, welche den Sinn des Verbraucherschutzes bei einem Haustürgeschäft stärker zur Geltung bringt und für den vorliegenden Fall zum Ergebnis kommt, dass der § 312 I auch auf Mietverträge bzw. Mietabänderungsverträge anwendbar ist und der M, sofern die Voraussetzungen des § 312 I erfüllt werden (s. u.), ein Widerrufsrecht zusteht.

## **(2) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher**

Bei Vertragsschluss handelte P als Vertreter der V-GmbH, welche sich mit der Renovierung, Verwaltung und Vermietung von Altbauten befasst und somit ein Unternehmen im Sinne des § 14 ist. Die Bestimmung des Verbrauchers zur Abgabe einer Willenserklärung muss nicht persönlich durch den Unternehmer/ Geschäftsführer erfolgen, sondern kann auch durch einen Vertreter getätigt werden.<sup>32</sup>

Weiterhin müsste M Verbraucher im Sinne des § 13 sein. M ist selbstständige Rechtsanwältin. Den Mietvertrag schließt sie jedoch ab, um

---

<sup>30</sup> MüKo Band 3 / Artz, § 557 Rn 34.

<sup>31</sup> Bülow / Artz, S. 56; Müko Band 3 / Artz, § 557 Rn 34.

<sup>32</sup> MüKo Band 2 / Masuch, § 312 Rn 34.

in dieser Wohnung weiterhin als Privatperson wohnhaft zu sein und nicht um ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit nachzugehen. Mithin ist M Verbraucher im Sinne des § 13.

### **(3) Vertrag über entgeltliche Leistung**

Außerdem müsste es sich um einen Vertrag über entgeltliche Leistungen handeln. Beim Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter auf schuldrechtlicher Grundlage, dem Mieter den Gebrauch einer Sache (Mietsache) gegen Entrichtung eines Entgelts (Miete) zu gewähren.<sup>33</sup> Demnach handelt es sich bei dem geänderten Mietvertrag um einen Vertrag über entgeltliche Leistungen.

### **(4) Haustürsituation (§ 312 I 1 Nr. 1)**

Des Weiteren müsste der Änderungsvertrag gemäß § 312 I 1 Nr. 1 in einer Haustürsituation geschlossen worden sein. P besucht M in ihrer Privatwohnung und legt ihr im Laufe des Gespräches die Neuausfertigungen des Mietvertrages vor. Folglich wurde M in einer Haustürsituation zum Abschluss des Vertrages bestimmt.

### **(5) Kein Ausschluss des Widerrufsrechts (§ 312 III)**

Schließlich dürfte das Widerrufsrecht der M auch nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommt eventuell ein Ausschluss nach § 312 III Nr.1, sofern M den P in ihre Wohnung bestellt hat. Laut Sachverhalt hat P im Januar 2007 einen Brief an alle Mieter des Hauses, unter anderem auch an die M verschickt, in dem er anfragt, wann er sich bei den Mietern persönlich vorstellen dürfe. Anliegend befand sich eine Antwortkarte, in welche M einen ihr passenden Termin eintrug und an P zurücksendete. Zu prüfen ist, ob das übersenden der Antwortkarte als Bestellung im Sinne des § 312 III Nr. 1 zu sehen ist. Der Sinn und Zweck des § 312 besteht darin, dass der Verbraucher an der Haustür

---

<sup>33</sup> Klein-Blenkers in Dauner-Lieb u. a., vor §§ 535-580a Rn 1.

oder den genannten Orten, welche eher ungewöhnliche Orte zum Abschluss eines Vertrages sind, besonders zu schützen ist, da er hier von einem Werber leicht überrascht oder überrumpelt und zum Abschluss eines Vertrages überredet werden kann, den er eigentlich nicht abschließen wollte und den er später bedauert.<sup>34</sup> Dem folgend dürfen an das Merkmal der vorhergehenden Bestellung nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden.<sup>35</sup> Aus dem Schreiben vom Januar 2007 geht lediglich hervor, dass sich der P bei der M vorstellen möchte. Von einer Mieterhöhung wurde nichts erwähnt. Die M hat dem P folglich nicht zum Zweck der Mieterhöhung, sondern lediglich zum „Kennen lernen“ in ihre Wohnung bestellt. Eine Bestellung im Sinne des § 312 III Nr. 1 muss weiterhin gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllen. So muss sie zum einen vom Verbraucher selbst ausgehen.<sup>36</sup> Schon das ist im vorliegenden Fall allerdings zu bezweifeln. So schreibt die M nicht etwa selbstständig einen Brief, in dem sie den P bittet, sich bei ihr vorzustellen. Ihr liegt wie bereits erwähnt ein vorgefertigter Antwortbrief bei, welchen sie nur noch ausfüllen muss. Dies kann nicht als von ihr ausgegangen gewertet werden. Zum anderen muss die Bestellung nach Art und Inhalt hinreichend konkret sein und den Wunsch des Verbrauchers nach persönlicher Beratung in seiner Privatwohnung oder am Arbeitsplatz über bestimmte Angebote des Unternehmers eindeutig zum Ausdruck bringen.<sup>37</sup> Auch dieses kann in der Bestellung der M nicht erblickt werden, da sie keine Mieterhöhung wollte, bzw. davon nichts im Brief vom Januar 2007 stand. Sie ist lediglich auf die Anfrage zu einem Besuch zwecks Vorstellung des neuen Vermieters eingegangen. Nur wenn die Anfrage des Verbrauchers diese Anforderungen erfüllt, sind die in Abs. 3 Nr. 1 genannten Voraussetzungen gegeben, unter denen der Verbraucher des Schutzes durch das Widerrufsrecht nicht bedarf.<sup>38</sup>

Mithin ist das Widerrufsrecht der M gemäß § 312 III Nr.1 auch nicht ausgeschlossen.

---

<sup>34</sup> Brox / Walker Schuldrecht AT, § 19 Rn 3.

<sup>35</sup> MüKo Band 2 / Masuch, § 312 Rn 93.

<sup>36</sup> MüKo Band 2 / Masuch, § 312 Rn 96.

<sup>37</sup> MüKo Band 2 / Masuch, § 312 Rn 96.

<sup>38</sup> MüKo Band 2 / Masuch, § 312 Rn 96.

**(6) Zwischenergebnis**

Der M steht gemäß §§ 355, 312 I 1 Nr. 1 ein Widerrufsrecht zu.

**bb) Widerrufserklärung gemäß § 355**

Weiterhin müsste die M den Widerruf gemäß § 355 wirksam erklärt haben.

**(1) Einhaltung der Form gemäß § 355 I 2**

Dazu müsste sie die Formvorschrift des § 355 I 2 gewahrt haben. Hiernach kann der Widerruf ohne Begründung in Textform oder durch Rücksendung der Ware erklärt werden. Nach ihrer Urlaubsreise im Juni 2007, teilt sie dem P als Stellvertreter der V-GmbH per E-Mail mit, sich nicht an die aufgedrängte Miethöhe gebunden zu fühlen. Eine Begründung gibt sie nicht an, welche ja wie oben bereits erwähnt nicht nötig ist. Weiterhin verwendet sie nicht das Wort „Widerruf“, was wiederum auch nicht verlangt wird.<sup>39</sup> Es muss lediglich aus der Erklärung erkennbar hervorgehen, dass der Verbraucher den Vertrag nicht mehr gelten lassen will.<sup>40</sup> Dies wird aus der Erklärung der M gemäß § 133 für P ersichtlich. Weiterhin müsste die M in Textform widerrufen haben. Textform gemäß § 126 b bedeutet, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden muss, die Person des Erklärenden genannt und durch Namensbildung oder anders erkennbar gemacht werden. Die M widerruft per E-Mail. Eine E-Mail genügt diesen Anforderungen.<sup>41</sup> Es ist lediglich erforderlich, dass der Empfänger diese speichern und ausdrucken kann.<sup>42</sup> Ein tatsächliches Ausdrucken der E-Mail ist hingegen nicht erforderlich.<sup>43</sup> Weiterhin ist davon auszugehen, dass sich die Erklärende, also die M, auch nament-

---

<sup>39</sup> BGH NJW 1993, 128.

<sup>40</sup> Brox / Walker Schuldrecht AT, § 19 Rn 23.

<sup>41</sup> LG Kleve NJW-RR 03, 196.

<sup>42</sup> Palandt / Heinichs, § 126 b Rn 3.

<sup>43</sup> MüKo Band 1 / Einsele, § 126 b Rn 4.

lich zu erkennen gibt. Mithin hat M die Textform gemäß § 126 b eingehalten und die Formvorschriften des § 355 I 2 gewahrt.

### **(2) Zugang der Widerrufserklärung**

Des Weiteren müsste die Widerrufserklärung als empfangesbedürftige Willenserklärung, um gemäß § 130 I wirksam zu werden, dem P als Stellvertreter der V-GmbH auch zugegangen sein.<sup>44</sup> M sendete ihren Widerruf an die dienstliche E-Mail-Adresse des P, welche er ihr bei seinem Besuch am 15. Februar 2007 per Visitenkarte mitteilte. Somit ist der Widerruf der M der V-GmbH am darauf folgenden Tag zugegangen.

### **(3) keine Verfristung des Widerrufs**

Schließlich dürfte der Widerruf auch nicht verfristet sein. Nach § 355 I 2 beträgt die Widerrufsfrist zwei Wochen. M hat den Vertrag, welcher am 15. Februar 2007 geschlossen wurde, erst im Juni 2007 widerrufen. Ihr wurde zwar gemäß § 355 II 3 ein Exemplar des Vertrages ausgehändigt, jedoch wurde sie weder bei, noch nach Vertragsabschluss über ihr Widerrufsrecht belehrt. Gemäß § 355 I 2 beginnt der Lauf der Widerrufsfrist erst mit dem Zeitpunkt, zu welchem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Widerrufsbelehrung, die ihm entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels in Textform mitgeteilt werden muss, mitgeteilt wird. Folglich war die Widerrufserklärung der M Mitte Juni 2007 rechtzeitig.

### **(4) Zwischenergebnis**

Mithin hat M den Widerruf gemäß § 355 wirksam erklärt.

### **b) Rechtsfolgen**

Durch den Widerruf wird die auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung der M vernichtet. Demnach erlöschen noch

---

<sup>44</sup> Brox / Walker Schuldrecht AT, § 19 Rn 23.

nicht erfüllte Leistungspflichten.<sup>45</sup> Für die Monate März, April, Mai und Juni 2007 hat die M ihre Leistungspflichten jedoch erfüllt, indem sie jeweils die vereinbarte Miete in Höhe von 1080 € an die V-GmbH gezahlt hat. Durch den Widerruf entsteht nun ein sog. Rückgewährschuldverhältnis, wonach die M gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr. 1 einen Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € hat. Für den Monat Juli 2007 hat die M aber noch nicht den vollen Mietpreis geleistet. Auf Grund des Widerrufs erlischt hier der Anspruch der V-GmbH für diesen Monat (und folgende) auf einen Mietpreis in Höhe von 1080 € aus dem Mietvertrag gem. § 535 II. Der ursprüngliche Mietvertrag bleibt bestehen<sup>46</sup>, was zur Folge hat, dass die V-GmbH für den Monat Juli 2007 einen Anspruch auf 1000 € Miete aus dem ursprünglichen Mietvertrag gemäß § 535 II hat.

### c) **Zwischenergebnis**

Mithin erlischt der Anspruch der V-GmbH auf Nachzahlung der 400 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II in Höhe von 80 €.

## 3. **Aufrechnung der M gemäß § 389**

Der Anspruch der V-GmbH gegen M auf Mietpreiszahlung in Höhe von 320 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II könnte aber durch Aufrechnung der M gemäß § 387 erloschen sein.

### a) **Bestehen einer Aufrechnungslage gemäß § 387**

Dazu müsste zunächst eine Aufrechnungslage gemäß § 387 bestehen.

#### aa) **Gegenseitigkeit der Forderungen**

Die Forderungen müssten zwischen denselben Personen bestehen. Jeder Beteiligte muss zugleich Gläubiger und Schuldner sein.<sup>47</sup> Die V-

---

<sup>45</sup> Bülow / Artz, S. 29.

<sup>46</sup> MüKo Band 3 / Artz, § 557 Rn 36.

<sup>47</sup> Brox / Walker Schuldrecht AT, §16 Rn 4.



GmbH hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung des vollen Mietpreises aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II für den Monat Juli in Höhe von 1000 € (Hauptforderung) und die M hat einen Rückgewähranspruch gegen die V-GmbH gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr.1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € (Gegenforderung). Demnach sind sowohl die V-GmbH als auch die M jeweils Gläubiger und Schuldner.

#### **bb) Gleichartigkeit der Forderungen**

Weiterhin müssen Haupt- und Gegenforderung ihrem Gegenstand nach gleichartig sein. Beides sind Geldforderungen. Demnach sind die Forderungen gleichartig.

#### **cc) Wirksamkeit der Forderungen**

Außerdem müssen beide Forderungen bestehen. Die V-GmbH hat einen Anspruch auf Zahlung des Mietpreises gemäß § 535 II für den Monat Juli 2007 in Höhe von 1000 € (s. o.). M hat eine wirksame Forderung gegen die V-GmbH gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr.1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € (s. o.). Mithin bestehen sowohl die Haupt- als auch die Gegenforderung.

#### **dd) Fälligkeit der Gegenforderung**

Des Weiteren muss die Gegenforderung fällig sein. M hat den Widerruf Mitte Juni 2007 erklärt. Die Forderung der M gegen die V-GmbH gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr.1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete ist demnach gemäß § 271 I auch fällig.

**ee) Erfüllbarkeit der Hauptforderung**

Schließlich ist die Forderung der V-GmbH gegen die M auf Zahlung des Mietpreises gemäß § 535 II für den Monat Juli 2007 in Höhe von 1000 € gemäß § 271 I, letzter Halbsatz auch erfüllbar.

**ff) Zwischenergebnis zur Aufrechnungslage**

Folglich ist eine Aufrechnungslage gemäß § 387 gegeben.

**b) Aufrechnungserklärung gemäß § 388**

Zweifelhaft ist jedoch, ob die M der V-GmbH die Aufrechnung gemäß § 388 auch erklärt hat. Eine Aufrechnungserklärung ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>48</sup> Damit eine Willenserklärung angenommen werden kann, muss der Aufrechnungswille deutlich erklärt werden, der bloße Wille reicht folglich nicht aus.<sup>49</sup> Laut Sachverhalt überweist die M der V-GmbH Anfang Juli 2007 nur 680 €, statt der 1000 € Miete. In einer bloßen Verrechnung kann aber keine Aufrechnungserklärung gesehen werden, da eine Aufrechnungserklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Empfänger gemäß § 130 I 1 zugehen muss.<sup>50</sup> Der Widerruf der M von Mitte Juni 2007 kann ebenfalls nicht als Aufrechnungserklärung gewertet werden, weil aus dieser Willenserklärung nach Auslegung gemäß § 133 auch nicht konkludent zu erkennen ist, dass die M ihren Rückgewähranspruch aus §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr. 1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete im Wege der Aufrechnung geltend machen möchte. Mithin hat M keine Aufrechnungserklärung nach § 388 abgegeben.

---

<sup>48</sup> Staudinger § 362-396 / Gursky, § 388 Rn 3.

<sup>49</sup> Staudinger § 362-396 / Gursky, § 388 Rn 12.

<sup>50</sup> MüKo Band 2 / Schlüter, § 388 Rn 1.

**c) Zwischenergebnis**

Der Anspruch der V-GmbH gegen M auf Mietpreisnachzahlung in Höhe von 320 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II ist nicht durch Aufrechnung der M gemäß § 387 erloschen und bleibt somit bestehen.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Es sind keine Einreden ersichtlich, so dass der Anspruch der V-GmbH gegen die M auch durchsetzbar ist.

**IV. Ergebnis**

Die V-GmbH hat gegen die M einen Anspruch auf Mietpreisnachzahlung in Höhe von 320 € aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II.

**B. Anspruch der V-GmbH gegen die T auf Nachzahlung der 400 € aus dem Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I**

Weiterhin könnte die V-GmbH einen Anspruch gegen die T auf Zahlung der 400 € aus dem Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I haben.

**I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag**

Dazu müsste zwischen der V-GmbH und der T zunächst ein wirksamer Bürgschaftsvertrag bestehen.

**1. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages**

Ein Bürgschaftsvertrag kommt gemäß der §§ 145 ff. durch die Annahme des Antrags zustande.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Müko Band 5 / Habersack, § 765 Rn 9.

### **a) Bürgschaftsvertrag zwischen der A und T**

Laut Sachverhalt hat sich die wohlhabende Kusine T der M formwirksam und selbstschuldnerisch gegenüber der A verbürgt. Ursprünglich besteht demnach ein Bürgschaftsvertrag zwischen der T und A.

### **b) Eintritt der V-GmbH in die Rechte und Pflichten der Bürgschaft gemäß § 566a durch den Erwerb des Altbaus**

Fraglich ist allerdings, ob die V-GmbH durch den wirksamen Erwerb des Altbaus zum Jahresbeginn 2007 und den damit verbundenen Eintritt in das Mietverhältnis zwischen der A und M (s. o.) auch in die Rechte und Pflichten der Bürgschaft gemäß § 566a eingetreten ist. Grundsätzlich gehen mit Eigentumsübergang die bereits geleisteten Sicherheiten kraft Gesetz auf den Erwerber über, wobei es keine Rolle spielt, ob die Sicherheit vom Mieter selber oder einen Dritten geleistet wurde.<sup>52</sup> Hatte nun der Mieter einen Bürgen gestellt, so erlangt der Erwerber die Rechte gegen den Bürgen aus der Bürgschaft.<sup>53</sup> Nur noch dieser kann Ansprüche aus der Bürgschaft geltend machen.<sup>54</sup> Folglich ist die V-GmbH in die Rechte und Pflichten der Bürgschaft gemäß § 566a eingetreten.

## **2. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages**

### **a) Schriftform der Bürgschaftserklärung gemäß § 766 Satz 1**

Weiterhin müsste die Schriftform der Bürgschaftserklärung gemäß § 766 Satz 1 gewahrt worden sein. Demnach ist zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Mangels Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Schriftform gemäß § 766 Satz 1 eingehalten wurde.

---

<sup>52</sup> Staudinger §§ 563-580 a / Emmerich, § 566a Rn 9.

<sup>53</sup> Staudinger §§ 563-580 a / Emmerich, § 566a Rn 9.

<sup>54</sup> Schmid Mietrecht, § 566a Rn 3.

### **b) Keine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 wegen krasser Überforderung des Bürgen**

Ferner dürfte der Bürgschaftsvertrag auch nicht gemäß § 138 wegen krasser Überforderung des Bürgen unwirksam sein. Davon wäre auszugehen, wenn die Bürgschaft etwa von einem einkommensschwachen oder vermögenslosen Verwandten stammen würde.<sup>55</sup> Laut Sachverhalt ist die T jedoch wohlhabend, womit sie mit der Bürgschaft auch nicht überfordert ist. Folglich ist der Bürgschaftsvertrag auch nicht gemäß § 138 sittenwidrig.

### **c) Kein Widerruf nach §§ 355, 312**

Der Bürgschaftsvertrag wurde nicht als Haustürgeschäft im Sinne des § 312 geschlossen und kann folglich auch nicht nach § 355, 312 widerrufen werden.

## **3. Zwischenergebnis**

Folglich besteht zwischen der V-GmbH und der T ein wirksamer Bürgschaftsvertrag.

## **II. Bestehen der Hauptforderung**

Damit die V-GmbH gegen die T einen Anspruch auf Zahlung der 400 € aus dem Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I hat, müsste diese Forderung bestehen. Auf Grund ihres Sicherungszwecks ist die Bürgschaft gemäß § 767 I 1 vom Bestand der Hauptforderung abhängig (Akzessorietät der Bürgschaft).<sup>56</sup> Ursprünglich wurde die Bürgschaft über eine monatliche Kaltmiete in Höhe von 1000 € abgeschlossen. Fraglich ist also, ob die Mieterhöhung von 1000 € auf 1080 € auch zu einer Erweiterung der Bürgschaftsschuld führt. Gemäß § 767 I 3 kann der Hauptschuldner durch eine rechtsgeschäftliche Veränderung der Hauptschuld, welche er nach dem Zeitpunkt der Übernahme der Bürg-

---

<sup>55</sup> Brox / Walker Schuldrecht BT, § 32 Rn 9.

<sup>56</sup> Brox / Walker Schuldrecht BT, § 32 Rn 21.

schaft durchführt, nicht die Verpflichtung des Bürgen erweitern.<sup>57</sup> Eine solche rechtsgeschäftlich begründete Haftungserweiterung müsste der Bürge nur unter der Voraussetzung einer einvernehmlichen Abänderung des Bürgschaftsvertrags bei Wahrung der Form gemäß § 766 gegen sich gelten lassen.<sup>58</sup> Folglich erstreckt sich die Bürgschaft nur über eine monatliche Kaltmiete in Höhe von 1000 €. Dies folgt weiterhin auch aus der Akzessorietät der Bürgschaft. Wie bereits erwähnt ist die Bürgschaftsschuld vom Bestand der Hauptschuld abhängig (§ 767 I 1). Auf Grund des wirksamen Widerrufs der M hat die V-GmbH ab Juli 2007 nur noch einen Anspruch auf eine monatliche Mietpreiszahlung in Höhe von 1000 € (s. o.). Die T kann demnach auch nur für diesen Betrag in Anspruch genommen werden. Im vorliegenden Fall hat die M statt der 1000 € Miete im Monat Juli 2007 lediglich 680 € an die V-GmbH geleistet hat. Da sie die Aufrechnung nicht erklärt hat, war sie jedoch verpflichtet, den vollen Mietpreis in Höhe von 1000 € zu entrichten. Abzüglich der bereits geleisteten 680 € besteht demnach eine Mietpreisforderung in Höhe von 320 €. Folglich besteht eine Forderung der V-GmbH gegen die T in Höhe von 320 € aus dem Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I.

### **III. Keine Gegenrechte des Bürgen**

Schließlich dürften der T keine Gegenrechte zustehen.

#### **1. Gegenrechte des Bürgen aus seinem Verhältnis zum Gläubiger**

##### **a) Einrede der Vorausklage gemäß § 771 Satz 1**

In Betracht kommt, dass der T die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 S. 1 zusteht. Demnach kann der Bürge seine Inanspruchnahme verweigern, solange der Gläubiger keine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn sich der Bürge gemäß § 773 I Nr. 1 als Selbstschuldner verbürgt hat.<sup>59</sup> Bei einer solchen selbstschuldnerischen Bürgschaft haftet der Bürge prin-

<sup>57</sup> Staudinger §§ 765 - 778 / Horn, § 767 Rn 36.

<sup>58</sup> MüKo Band 5 / Habersack, § 767 Rn 10.

<sup>59</sup> Brox / Walker Schuldrecht BT, § 32 Rn 28.

ziell, also sogar dann, wenn die Betreuung der Forderung vom Hauptschuldner möglich ist.<sup>60</sup> Laut Sachverhalt hat sich die T gegenüber der A formwirksam und selbstschuldnerisch verbürgt.

### **b) Zwischenergebnis**

Mithin steht der T die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 S. 1 nicht zu.

## **2. Gegenrechte des Bürgen aus dem Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger**

### **a) Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 II**

Die T könnte die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 II geltend machen. Dies setzt jedoch voraus, dass sich die V-GmbH durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der M befriedigen kann.

#### **aa) Bestehen einer Aufrechnungslage gemäß § 387**

Zunächst müsste zwischen der V-GmbH und M eine Aufrechnungslage gemäß § 387 bestehen.

#### **(1) Gegenseitigkeit der Forderungen**

Zu prüfen ist, ob Forderungen zwischen denselben Personen bestehen. Die V-GmbH hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung des vollen Mietpreises aus dem Mietvertrag gemäß § 535 II für den Monat Juli in Höhe von 1000 € (= Gegenforderung) und die M hat einen Rückgewähranspruch gegen die V-GmbH gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr. 1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € (= Hauptforderung) (s. o.). Mithin bestehen die Forderungen zwischen denselben Personen.

---

<sup>60</sup> Gursky Schuldrecht BT, S. 172.

**(2) Gleichartigkeit der Forderungen**

Haupt- und Gegenforderung sind beides Geldforderungen und demnach gleichartig.

**(3) Wirksamkeit der Forderungen**

Weiterhin müssen beide Forderungen bestehen. Die V-GmbH hat einen Anspruch auf Zahlung des Mietpreises gemäß § 535 II für den Monat Juli 2007 in Höhe von 1000 € (s. o.). M hat eine wirksame Forderung gegen die V-GmbH gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr. 1 auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € (s. o.). Folglich bestehen beide Forderungen.

**(4) Fälligkeit der Gegenforderung**

Ferner müsste die Mietpreisforderung der V-GmbH für den Monat Juli 2007 (= Gegenforderung) auch fällig sein. Gemäß § 566b I ist die Miete zu Beginn, spätestens zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist. Mithin ist die Gegenforderung fällig.

**(5) Erfüllbarkeit der Hauptforderung**

Schließlich ist die Forderung der M gegen die V-GmbH auf Rückgewehr der zu viel gezahlten Miete für die Monate März, April, Mai und Juni in Höhe von 320 € gem. §§ 346 I, 355 I 1, 357 I 1, 312 I 1 Nr. 1 auch erfüllbar.

**(6) Zwischenergebnis zur Aufrechnungslage gemäß § 387**

Mithin besteht zwischen der V-GmbH und M eine Aufrechnungslage gemäß § 387.



**bb) Einrede erhoben**

Die T müsste die Einrede auch erhoben haben. Laut Sachverhalt verweigert sie die Zahlung gegenüber der V-GmbH. Somit hat sie die Einrede erhoben.

**b) Rechtsfolgen**

Der § 770 gewährt dem Bürgen eine aufschiebende Einrede.<sup>61</sup> Diese dilatorische Einrede hat die T geltend gemacht und kann folglich die Mietpreiszahlung verweigern.

**IV. Ergebnis**

Mithin hat die V-GmbH keinen Anspruch gegen die T auf Zahlung der Mietschuld in Höhe von 400 € aus dem Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 I.

---

<sup>61</sup> Staudinger §§ 765 - 778 / Horn, § 770 Rn 12.