

Schuldrecht - Besonderer Teil II

8. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72605-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wobei allein die Vereinbarung einer Umsatzmiete eine solche Annahme regelmäßig noch nicht rechtfertigt.¹¹⁷ Die Rspr. stellt hier zu Recht hohe Anforderungen, weil eine Beteiligung am Verwendungsrisiko erkennbar den Interessen des Vermieters widerspricht. So sind vor allem grundlegende Änderungen des Rechts- und Wirtschaftssystems, etwa durch den **Beitritt der DDR**, als Anwendungsfälle der Geschäftsprinzipienlehre auch im Mietrecht anerkannt worden.¹¹⁸ Zu sonstigen Äquivalenzstörungen infolge Wertverlust → § 535 Rn. 202.¹¹⁹

Kommt § 313 zur Anwendung, tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts die **Kündigung** (Abs. 3 31 S. 2).¹²⁰ Allerdings hat die **Vertragsanpassung Vorrang**, was die Frage nach einer Abgrenzung zu den außerordentlichen Kündigungsrechten scharf hervortreten lässt. Da beide Tatbestände voraussetzen, dass die Vertragsfortsetzung unzumutbar ist, wäre es wegen der an sich vorrangigen Anpassung konsequent, stets § 313 Abs. 1 zu prüfen, bevor eine Kündigung zugelassen wird. Hierzu ist abzusehen, wenn die Kündigungsgründe in die Risikosphäre der anderen Partei fallen.¹²¹ Im Übrigen aber ist eine **Vertragsanpassung vorrangig**. Demgegenüber ist die Aussage des BGH,¹²² das bei Dauerschuldverhältnissen bestehende Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gehe den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsprinzipienlehre vor, soweit es um die Auflösung des Vertrags gehe, zu pauschal.

§ 536 Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

(1) ¹Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. ²Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. ³Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

(1a) Für die Dauer von drei Monaten bleibt eine Minderung der Tauglichkeit außer Betracht, soweit diese auf Grund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nummer 1 dient.

(2) Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt.

(3) Wird dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

(4) Bei einem Mietverhältnis über Wohnraum ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam.

Übersicht

| | Rn. | Rn. | |
|--|-----|---|----|
| I. Normzweck und Entstehungsschichte | 1 | b) Naturkatastrophen | 23 |
| | | c) Kundenverkehr, wirtschaftliches Umfeld | 24 |
| II. Sachmängel und zugesicherte Eigenschaften (Abs. 1 und 2) | 3 | 4. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen ... | 25 |
| 1. Sachmangel- und Fehlerbegriff | 3 | 5. Unerhebliche Mängel (Abs. 1 S. 3) | 26 |
| 2. Physische Beschaffenheit der Mietsache .. | 5 | 6. Zugesicherte Eigenschaften (Abs. 2) | 27 |
| a) Ausgangspunkt | 5 | | |
| b) Maßgeblicher Standard | 6 | | |
| c) Einzelfälle | 8 | | |
| 3. Außerhalb der Mietsache selbst liegende Umstände | 18 | III. Rechtsmängel (Abs. 3) | 29 |
| a) Immissionen | 20 | 1. Rechte Dritter | 29 |
| | | 2. Entziehung des Mietgebrauchs | 31 |
| | | IV. Rechtsfolgen | 32 |

tung *Kekemeti* NZM 1999, 115; s. auch OLG Düsseldorf MDR 2004, 1052 = MietRB 2004, 229 (*J. Hoffmann*).

¹¹⁷ S. aber BGH NJW 1990, 567 (569).

¹¹⁸ BGH NJW 2002, 3234 (3237); NZM 2005, 144; ausf. *Hirsch* ZMR 2007, 1.

¹¹⁹ Zur Anpassung der Miete s. OLG Hamburg OLGZ 1990, 65 = ZMR 1989, 222; vgl. auch Staudinger/*V. Emmerich*, 2018, Rn. 55 f.

¹²⁰ BGHZ 101, 143 (150) = NJW 1987, 2674; BGH NJW 1969, 233 (234).

¹²¹ Häublein ZMR 2005, 1 (3); s. ferner *Hirsch* ZMR 2007, 1 (5 f.); *Hirsch*, Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsprinzipienlehre, 2005, 77 ff. und passim.

¹²² BGHZ 133, 363 (369) = ZIP 1997, 257; anders etwa OLG Dresden ZMR 2017, 468.

| | Rn. | | Rn. |
|--|-----|---|-----|
| 1. Minderung kraft Gesetzes und Rückforderungsanspruch | 32 | b) Privilegierung bestimmter Baumaßnahmen, insbesondere durch Abs. 1a | 38 |
| 2. Berechnung der Minderung | 34 | V. Sonstiges | 50 |
| 3. Ausschluss der Minderung | 37 | 1. Abdingbarkeit | 50 |
| a) Mieterbezogene Ausschlussgründe | 37 | 2. Darlegungs- und Beweislast | 54 |
| | | 3. Regress | 56 |

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

1 Die Anpassung der Miete an die geminderte Gebrauchtauglichkeit der Sache stellt ex lege die **Äquivalenz** der Leistungen her.¹ Auf ein Vertreten müssen des Vermieters kommt es nicht an. Darüber hinaus ist die (teilweise) Befreiung von der Zahlungspflicht – jedenfalls in der Praxis – das wohl **wichtigste Druckmittel**, damit der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache wieder vollumfänglich ermöglicht. Zu den weiteren Ansprüchen des Mieters bei Mängeln sowie zum Verhältnis dieser Ansprüche zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht → Vor § 536 Rn. 2 ff., 7 ff.

2 Ursprünglich als § 537 in das BGB aufgenommen und auf die Haftung für Sachmängel beschränkt (für Rechtsmängel galt § 541 aF), wurde der Norm durch das 2. MietRÄndG als Abs. 1 S. 2 der jetzige Abs. 1 S. 3 (Ausschluss unerheblicher Mängel) ein- sowie der jetzige Abs. 4 (Unabdingbarkeit) als § 537 Abs. 3 angefügt.² Im Zuge der Mietrechtsreform ist § 537 aF zu § 536 geworden, wobei Abs. 1 sprachlich modernisiert und der Verweis auf das Kaufrecht durch eine Generalklausel ersetzt wurde. § 537 Abs. 2 S. 2 aF entfiel (→ Rn. 13). Abs. 3 stellt – wie im Ergebnis auch § 541 aF – Rechts- den Sachmängeln gleich (→ Rn. 4, 29). In § 536 Abs. 1 S. 1 hat das SchuldRModG den Begriff „Fehler“ gegen „Mangel“ ausgetauscht und dadurch an Kauf- und Werkvertragsrecht angeglichen.³ Im Zuge des MietRÄndG (→ Vor § 535 Rn. 67) wurde schließlich Abs. 1a eingefügt, um energetische Modernisierungen zu befördern (Übergangsregelung: Art. 229 § 29 Abs. 1 EGBGB; näher → Rn. 38).

II. Sachmängel und zugesicherte Eigenschaften (Abs. 1 und 2)

3 **1. Sachmangel- und Fehlerbegriff.** Zentrale Voraussetzung der §§ 536 ff. ist der Mangel der Mietsache, was im Wesentlichen dem **früheren Fehlerbegriff** entspricht. Mangel ist jede dem Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit, die die Gebrauchtauglichkeit der Sache beeinträchtigt (**subjektiver Mangelbegriff**; allgM).⁴ Bloße Objektbeschreibungen führen aber nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung.⁵ Die Anpassung an das Kauf- und Werkvertragsrecht durch das SchuldRModG (→ Rn. 2) erfolgte nicht nur terminologisch inkonsistent, da anders als dort nicht zwischen Sach- und Rechtsmängeln differenziert wird.⁶ Es wurde darauf verzichtet, die in §§ 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 in Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) gewählte Abstufung im Verhältnis 1 : 1 auf das Mietrecht zu übertragen.

4 Im Ergebnis bestehen dennoch **keine wesentlichen Unterschiede** zu Kauf- und Werkvertrag. Nach § 536 Abs. 1 erfordert ein Mangel Aufhebung (S. 1) oder Minderung (S. 2) der **Tauglichkeit** der Sache „zum **vertragsgemäßen Gebrauch**“. Ob der Mieter die Sache tatsächlich in dieser Weise nutzt und ihn der Mangel daher subjektiv beeinträchtigt, ist irrelevant.⁷ Fehlen sowohl eine Beschaffenheits- als auch eine Verwendungsabrede und erweist sich der Vertrag dadurch nicht als

¹ BGHZ 163, 1 (6) = NJW 2005, 1713; BGH NJW 2019, 2464 Rn. 27.

² Zum 2. MietRÄndG → Vor § 535 Rn. 62; zur Begr. BR-Drs. 6/806 und Bericht des BT-Rechtsausschusses zu 4/2195.

³ Zu § 536 s. Begr. RegE, BT-Drs. 14/4553, 40 f.; zu den Änderungen durch das SchuldRModG s. Stellungnahme des BR und Gegenüberstellung der BReg., BT-Drs. 14/7052. Vgl. auch die Äußerungen von Börstinghaus NZM 2000, 583 (585); Derleder NZM 2001, 170; zust. Göhring NZM 2001, 358 (359); Hinz NZM 2001, 264 (265); Sternel WuM 2002, 244; v. Seldeneck NZM 2001, 64.

⁴ BGH NJW 2000, 1714; 2005, 218, 2152; 2010, 1133; 2011, 514 Rn. 12; H. Schmidt NZM 2013, 705 (706).

⁵ Vgl. BGH NZM 2005, 861 zu Größenangaben; Häublein PiG 92 (2012) 81 (84).

⁶ Hau JuS 2003, 130 (132).

⁷ BGH NJW 1958, 785; 1987, 432; NZM 2018, 1020 Rn. 19; s. auch Kraemer NZM 2001, 1121 (1122 f.).

lückenhaft,⁸ ist der übliche oder **gewöhnliche Gebrauch** maßgebend,⁹ was § 434 Abs. 1 S. 2 entspricht. **Vereinbarungen** über die Beschaffenheit oder die Verwendung, die wie bei § 434 Vorrang haben, können auch **konkludent** getroffen werden, was anzunehmen ist, wenn der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt. Einseitige Vorstellungen des Mieters lässt der BGH jedoch selbst dann nicht genügen, wenn sie dem Vermieter bekannt sind; erforderlich sei, dass dieser „zustimmend reagiert“.¹⁰ **Vertragliche Angaben** über die Mietsache oder deren Zustand¹¹ können ebenfalls zu (konkludenten) Vereinbarungen führen, selbst wenn diese in der Vertragsurkunde nicht enthalten sind.¹² Die Parteien können – jedenfalls innerhalb bestimmter Grenzen, die vor allem durch Gesundheitsgefahren bestimmt werden – zB eine Abweichung von den üblichen technischen Standards selbst dann als vertragsgemäß vereinbaren, wenn sie sich auf den vertragsgemäßen Gebrauch **negativ** auswirkt.¹³ Haben die Parteien bei der Raummiete also einen konkret gegebenen schlechten Bauzustand als vertragsgemäß vereinbart, so sind insoweit Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters ausgeschlossen (zu sog. negativen Beschaffenheitsvereinbarungen → Rn. 53; auch → § 535 Rn. 140).¹⁴

2. Physische Beschaffenheit der Mietsache. a) **Ausgangspunkt.** Der Kernbereich des 5 Sachmangelbegriffs wird durch die **physischen Eigenschaften** der Mietsache abgesteckt. Für sie ergibt sich die Einstandspflicht des Vermieters beinahe zwingend aus dem Pflichtenprogramm des § 535 Abs. 1, weil – generalisierend betrachtet – unterstellt werden kann, dass die Parteien die aus der Sache selbst resultierenden Risiken „ohne Wenn und Aber“ der Sphäre des Vermieters zuweisen. Eingeschlossen sind die zum Mitgebrauch überlassenen Gegenstände, Räume und Flächen, weil auch diese im Zweifel besser vom Vermieter als vom Mieter beherrscht werden können, selbst wenn es diesem an der (alleinigen) Verfügungsmacht fehlt (→ § 535 Rn. 82).¹⁵ In diesem gedanklichen Ausgangspunkt – und damit methodologisch in einer interessengeleiteten Auslegung des Mietvertrages¹⁶ – liegt die Wurzel für das der Haftungsbegrenzung dienende **Unmittelbarkeitskriterium**,¹⁷ auf das zurückzukommen ist, wenn es darum geht, die Risiken für vertragswidrige Zustände jenseits der physischen Beschaffenheit zuzuweisen (→ Rn. 18 ff.).

b) **Maßgeblicher Standard.** Das Feststellen einer Abweichung erfordert einen Referenzmaßstab. Wurden **keine Vereinbarungen** getroffen, fragt sich, ob Substanz, Ausstattung oder Handhabbarkeit der Mietsache dem Standard bei Herstellung derselben, dem bei Vertragsschluss geltenden oder dem für die Rechtsfolge maßgeblichen Zeitpunkt genügen müssen (→ § 535 Rn. 116). Nach stRspr des BGH¹⁸ kann etwa der **Mieter einer Wohnung** nach der Verkehrsschauung erwarten, dass die gemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Stellt man im Zweifel auf den **gewöhnlichen Mietgebrauch** ab, liegt es nahe, den erkennbaren Erwartungshorizont des Mieters an den bei Vertragsschluss geltenden Standards auszurichten. Bei Vermietung **neuwertiger Sachen** erzielt man so interessengerechte Ergebnisse, Ausnahmen, zB bei Gesundheitsgefährdung (→ Rn. 7), können aber erforderlich sein. Ist das **Mietobjekt erkennbar älter**, kann der Mieter, zumal bei entsprechend niedriger Miete, nicht ohne weiteres erwarten, der Vermieter habe es an den neuesten Stand angepasst. Zu Recht fordert der BGH daher, dass insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte berücksichtigt werden.¹⁹

⁸ Sonst: ergänzende Vertragsauslegung; vgl. BGHZ 205, 177 Rn. 23, 39 = NJW 2015, 2177; Häublein PiG 92 (2012) 81 (83).

⁹ Statt vieler BGH NJW 2010, 1133 Rn. 11; NZM 2019, 140 Rn. 13; Ghassemi-Tabar NJW 2015, 2849 (2850).

¹⁰ BGH NJW 2010, 1133 Rn. 14 mit Hinweis auf BGHZ 181, 170 = NJW 2009, 2807 zum Kauf; BGH NJW 2013, 680 Rn. 10; BGHZ 205, 177 Rn. 20 = NJW 2015, 2177.

¹¹ BGH NZM 2019, 140: bei Vorhandensein einer Telefondose im Zweifel funktionsfähiger Anschluss vereinbart.

¹² BGH NJW 2010, 2648 betr. Wohnfläche; Häublein PiG 92 (2012) 81 (87 ff.) auch zu Äußerungen Dritter.

¹³ Statt vieler BGH NJW 2004, 3174 (3175); 2005, 218 (219); Börstinghaus PiG 73 (2005) 39, 40 ff.

¹⁴ BGH NJW-RR 2006, 1158 = NZM 2006, 582 (583).

¹⁵ BGH NZM 2018, 509 Rn. 20; 2019, 140 Rn. 20. Zum Ende der Einstandspflicht bei Entfernung der Einrichtung BGH ZMR 2016, 525.

¹⁶ Lehmann-Richter MietRB 2016, 236 (237 f.).

¹⁷ S. BGHZ 195, 50 Rn. 30 = NJW 2013, 44; BGH NJW 2009, 664; NZM 2013, 27 Rn. 19. Soweit die Rspr. hierzu dem Kaufrecht entstammt, zielt sie auf Zurückdrängung der als unbillig empfundenen kurzen Verjährung; hierzu Leenen, § 477: Verjährung oder Risikoverlagerung?, 1997. Insoweit liegen die Dinge bei der Miete anders.

¹⁸ Statt vieler BGH NJW 2019, 507 Rn. 22; NZM 2019, 140 Rn. 13 f.

¹⁹ BGH NJW 2004, 3174; 2010, 1133 Rn. 11; 2010, 3088 Rn. 13; 2019, 507 Rn. 22.

7 Für die **Raummiete** wird von der hM nach der maßgeblichen **Verkehrsanschauung**, vorbehaltlich abweichender Ortssitte, grundsätzlich der **bei Gebäudeerrichtung geltende Maßstab** angelegt.²⁰ Verändert der Vermieter aber ein älteres Gebäude, kann der Mieter im Zweifel erwarten, dass Tritt- und Lufschallschutz den DIN-Normen genügen, die **zur Zeit der Baumaßnahme** gelten, wenn die Intensität der Veränderungen mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar ist (zB Ausbau des Dachgeschosses).²¹ Selbst bei unveränderten Altbauten sei allerdings zu erwarten, dass die Räume eine Lebensweise zulassen, die **seit Jahrzehnten üblich** ist und **allgemeinem Lebensstandard** entspricht.²² Hierzu dürfte inzwischen auch ein Telefonanschluss zählen.²³ Diese Judikatur hat der BGH nunmehr um die Voraussetzung (grundlegend) veränderter Lebensverhältnisse ergänzt und entschieden, der Mieter könne keine „zeitgemäße Wärmedämmung“ erwarten, sondern müsse mit Wärmebrücken rechnen, wenn diese bei Gebäudeerrichtung zum üblichen Bauzustand zählten.²⁴ Zu den für den Vermieter erkennbaren Erwartungen zählt allerdings, dass der Mieter nicht bereit ist, seine **Gesundheit zu gefährden**.²⁵ Verschärfen sich wissenschaftlich-technische oder medizinische Standards nach Vertragsschluss und erweist sich die Mietsache als gefährlich, kann ein Mangel schwerlich allein deswegen verneint werden, weil entsprechende Erkenntnisse früher noch nicht vorlagen. Das BayObLG²⁶ hat in einem Rechtsentscheid auf die Standards abgestellt, die zu dem Zeitpunkt gelten, der für **die jeweilige Rechtsfolge maßgeblich** ist. Die ursprünglich als mangelfrei angesehene Sache ist dann mangelhaft, mit der Folge ex nunc(!) geminderter Miete. Damit wird das Risiko nicht vorhersehbarem Mängelhaftigkeit im Ergebnis vertretbar verteilt.²⁷ Zum Teil wird darüber hinausgehend ein „**moderat-dynamischer Mangelbegriff**“²⁸ vertreten und damit die Judikatur zum Mindeststandard auf das laufende Mietverhältnis erstreckt. Nach hier vertretener Ansicht besteht grundsätzlich **keine Modernisierungspflicht** (→ § 535 Rn. 116); denn anders als § 3 Abs. 1 MRG in Österreich, der den Vermieter zur Erhaltung „im jeweils ortsüblichen Standard“ verpflichtet,²⁹ sieht § 535 Abs. 1 keine solche Pflicht vor. Zur kontroversen Frage, was gilt, wenn der Gesetzgeber die Anpassung der Mietsache – und sei es öffentlich-rechtlich – vorschreibt, → Rn. 9.

8 c) Einzelfälle.³⁰ aa) Baumängel. Sie betreffen das Gebäude und können sich **funktional, optisch sowie finanziell** für den Mieter **nachteilig** auswirken.³¹ Dazu zählen: Dekorationsmängel, zB der Wohnung oder allgemeiner Räume, Flächen etc.³² undichte Fenster, Türen und Dächer,³³ fehlende Tragfähigkeit von Fundament oder Decken,³⁴ schadhafte oder nicht dem Standard (→ Rn. 6) entsprechende Versorgungsleitungen sowie Mängel der **Schall-³⁵ und Wärmeisolati-**

²⁰ BGH NJW 2005, 218; 2009, 2441 Rn. 10; 2010, 3088; 2012, 2725 (V. ZS); 2013, 2417; 2014, 685 (XII. ZS); s. auch BGH NZM 2006, 582 (583). Aus der überwiegend zust. Lit. etwa *Derleder PiG* 92 (2012) 13 (15 ff.).

²¹ BGH NJW 2009, 2441 Rn. 11; 2013, 2417 Rn. 20 ff.; nicht aber bei bloßen Änderungen des Bodenbelags oder Estrichs; s. auch BGH NJW 2015, 1442 (V. ZS).

²² BGH NJW 2004, 3174 (3175); NZM 2010, 356; NJW 2015, 934 Rn. 21; zust. *Gsell WuM* 2011, 491 (498). Zur Einhaltung technischer Normen s. neben dem BGH in der vorigen Fn. auch OLG Dresden ZMR 2006, 922. Krit. zur Annahme von „Mindeststandards zeitgemäßen Wohnens“ *Lames NZM* 2007, 465 (469, 470).

²³ Offenlassend BGH NZM 2019, 140 Rn. 16.

²⁴ BGH NJW 2019, 507 Rn. 26 ff.; berechtigte Kritik an der Begründung äußert *Zehelein* NZM 2019, 139.

²⁵ Daher kam es in BGH NJW 2019, 507 Rn. 29 f. darauf an, ob eine gesundheitsschädliche Schimmelbildung durch zumutbares Lüftungsverhalten seitens des Mieters zu verhindern war.

²⁶ BayObLG NZM 1999, 899 m. krit. Anm. *Schläger* ZMR 1999, 753; s. auch BVerfG NZM 1999, 302; dazu *Asper* NZM 1999, 690; OLG Hamm NZM 2003, 395 betr. Besorgnis von Asbestfasern; restriktiver bei bloßer Sachgefahr OLG Düsseldorf NZM 2002, 737.

²⁷ *Blank PiG* 83 (2008) 141, 143; *Kraemer/Ehlert* in Bub/Treier MietR-HdB III B Rn. 3141; *Staudinger/V. Emmerich*, 2018, Rn. 25 f.; krit. *Sternel* FS Derleder, 2005, 299.

²⁸ *Gsell WuM* 2011, 491 (499); von einem dynamischen Mängelbegriff geht auch *Selk* NZM 2019, 113 (116 f.) aus, hat dabei aber den (gewissermaßen umgekehrten) Fall einer Anpassung zum Nachteil des Mieters vor Augen.

²⁹ Zu diesem dynamischen Erhaltungsbegriff s. etwa *Riss* wohl 2007, 237.

³⁰ Auflistung bei *Blank/Börstinghaus/Blank* Rn. 14 ff.; *Lammel* WohnraummietR Rn. 20 ff.; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* Rn. 212 ff. Überblick zu den technischen Standards bei *Lames* NZM 2007, 465 (469, 470).

³¹ Statt vieler *Blank/Börstinghaus/Blank* Rn. 21.

³² *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* Rn. 221 ff.; zur zusätzlichen Beeinträchtigung LG Darmstadt ZMR 2014, 208.

³³ S. etwa KG ZMR 1999, 395.

³⁴ BGH MDR 1964, 229; *Hübner/Griesbach/Fuerst* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 14 Rn. 20, 87, 240, 266.

³⁵ BGH NJW 2005, 218 betr. nachträglichen Dachausbau; → Rn. 7.

tion.³⁶ Wird bei Vertragsschluss der für das Gebäude geltende Schallschutzstandard **übertroffen**, besteht ohne dahingehende Abrede kein Anspruch des Mieters auf Beibehaltung dieses Zustands.³⁷ Mit einer **Mangelbeseitigung** verbundene, vom Mieter zu duldende Beeinträchtigungen oder von ihm zur Abwendung von Rechtsgutsbeeinträchtigungen vorzunehmende Handlungen können die Gebrauchstauglichkeit ebenfalls einschränken.³⁸ Feuchte Wände, Schimmelbildung und Stockflecken³⁹ sind in der Regel ebenfalls Mängel. Ansprüche des Mieters scheiden aus, wenn dieser den Mangel zu vertreten hat (→ Rn. 37), zB durch ungenügendes Lüften und Heizen,⁴⁰ nicht aber, solange er nur den vertragsgemäßen Gebrauch ausübt.⁴¹ Ob dem Mieter nach Einbau von Isolierfenstern ein „anderes Wohnverhalten“ zugemutet werden kann, hängt von den im Einzelfall geforderten Maßnahmen ab (zur **Minderung nach Modernisierung** → Rn. 46 ff.).⁴²

bb) Unzureichende Beheizung und Verstoß gegen die EnEV. Unzureichende Beheizung begründet einen Mangel, sofern der vertragsgemäße Gebrauch ein Heizen erfordert. Zur Versorgungspflicht des Vermieters → § 535 Rn. 88 ff.; jedes nicht nur geringfügige oder kurzzeitige Absinken der Raumtemperaturen unter die dort genannten Werte begründet einen (temporären) Mangel. Eine **unwirtschaftlich arbeitende Heizungsanlage**, die aber dem Standard des Gebäudealters entspricht, begründet grundsätzlich auch dann keinen Mangel, wenn der Mieter die Kosten trägt und der Energieverlust erheblich ist (zu den Folgen → § 556 Rn. 119 f.).⁴³ Etwas anderes kann gelten, wenn die Anlage für das konkrete Gebäude ungeeignet ist.⁴⁴ Der Mieter hat keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter die kostengünstigste und modernste Beheizung wählt.⁴⁵

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die Nichtbeachtung der **Energieeinsparverordnung** 10 (**EnEV**) eine Sachmängelhaftung begründet. Die Regelungen der EnEV dienen Allgemeinwohlbelangen, wie der Energieeinsparung, der Schonung von Ressourcen und dem Klimaschutz. Dennoch haben sie zivilrechtliche Auswirkungen (anders die hM).⁴⁶ Soweit ein Zustand für den Mietinteressenten erkennbar⁴⁷ gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. §§ 3 ff. EnEV für zu errichtende Gebäude, §§ 9 ff. EnEV für Änderungen im Bestand), wirkt sich dies auf die zu erwartende Soll-Beschaffenheit (→ Rn. 4) aus.⁴⁸ Ob davon Beeinträchtigungen ausgehen, hängt im Einzelfall ua davon ab, wie gravierend von der EnEV abgewichen wird. Entgegen einer Schrifttumsansicht⁴⁹ scheidet eine Gebrauchsbeeinträchtigung nicht bereits deswegen aus, weil der Mieter etwaige Mehrkosten des erhöhten Energieverbrauchs nicht zu tragen hat, etwa weil man ihn für berechtigt hält, den Abrechnungssaldo zu kürzen.⁵⁰ Bereits mit Blick auf die Ziele der EnEV ist der Mieter nicht verpflichtet,

³⁶ Zur übermäßigen Raumwärmung – über 26 °C in Gewerberäumen – OLG Rostock NZM 2001, 425; OLG Naumburg NZM 2004, 343 = MietRB 2004, 72 (*Hoffmann*). Vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 1995, 143; Busse NJW 2004, 1982; Elshorst NZM 2002, 902; Harms NZM 2005, 441. Gegen ein – von den vorgenannten OLG befürwortetes (zust. und mit Hinweis auch auf DIN 1946: Blank/Börstinghaus/Blank Rn. 89) – Abstellen auf die ArbStättV aber OLG Frankfurt NZM 2007, 330; zust. Harms ZMR 2007, 432. Aufs. Überblick zur Problematik und Stellungnahme bei Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Ghassemi-Tabar § 536 Rn. 247–284.

³⁷ BGH NJW 2009, 2441 Rn. 13; 2010, 1133 Rn. 16 zur DIN 4109; s. auch BGH NJW 2015, 1442 zum WEG.

³⁸ KG GE 2001, 621. Zum formularmäßigen Ausschluss des Minderungsrechts bei Geschäftsräumen KG GE 2002, 257 (bedenklich); näher → Rn. 50; s. auch AG Frankfurt a.M. NZM 2001, 422 zur täglichen Bodenpflege.

³⁹ BGH NJW 2007, 2474 zur Fristsetzung. Zum Problem des sog. Fogging *Flatow* AnwZert MietR 18/2008, Annr. 1; *Hitpaß/Oventrop* ZMR 2005, 598; *Isemann* WuM 2001, 428; *Szewierski/Moriske* ZMR 2003, 551. S. ferner *Selk* NZM 2018, 593; *Strelz* WuM 2016, 135.

⁴⁰ BGH NJW 2012, 2882 Rn. 19; 2019, 507 Rn. 29 f.

⁴¹ BGH NJW 2008, 2432 Rn. 9.

⁴² BGH NJW 2019, 507 Ls. 2; OLG Frankfurt NZM 2001, 39; s. ferner die Ausführungen in BGH NJW 2007, 2177 (2180); umfassend *Isemann/Merson*, Feuchtigkeitsschäden in bewohnten Gebäuden, 2002.

⁴³ BGH NJW 2014, 685 Rn. 28; s. ferner OLG Düsseldorf ZMR 1985, 236.

⁴⁴ OLG Düsseldorf WuM 1984, 54 für eine 60 %-ige Überdimensionierung.

⁴⁵ BGH NJW 2014, 685 Rn. 28; allgM; → § 535 Rn. 116.

⁴⁶ Für Mängelhaftung *Artz* WuM 2008, 259; *Lehmann-Richter* PiG 95 (2013) 41 (48); dazu tendierend auch *Sternel* PiG 88 (2011) 1 (14 f.); anders die hM, *Blank* PiG 83 (2008) 141 (144 ff.); *Flatow* NZM 2008, 785 (791 ff.); *Friers* WuM 2008, 255 (257); *Horst* NZM 2008, 145 (146); *Staudinger/V. Emmerich*, 2018, Rn. 27.

⁴⁷ *Lehmann-Richter* PiG 95 (2013) 41 (44).

⁴⁸ Ändern sich Vorschriften im laufenden Mietverhältnis, soll nach zweifelhafter hM ein Anpassungsanspruch weder aus der EnEV noch aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgen, vgl. BGH NJW 2008, 142 Rn. 18; anders *Lehmann-Richter* PiG 95 (2013) 41 (45); mit Hinweis auf § 241 Abs. 2 auch *Derleder* PiG 92 (2012) 13 (24 f.).

⁴⁹ S. *Sternel* NZM 2006, 495 (497 f.); anders aber wohl → § 556 Rn. 119.

⁵⁰ In der Sache ebenso *Lehmann-Richter* PiG 95 (2013) 41 (47) für etwaige Ersatzansprüche des Mieters.

die für den vertragsgemäßen Gebrauch erforderlichen Temperaturen in den Mieträumen um den Preis eines weit überdurchschnittlichen Energieverbrauchs zu schaffen. Drosselt er den Verbrauch so, dass er dem eines energetisch den gesetzlichen Anforderungen genügenden Gebäudes der vermieteten Art entspricht, und hat dies ein Absinken der Raumtemperatur unter die geschuldete Mindesttemperatur (→ § 535 Rn. 90) zur Folge, liegt ein Sachmangel vor.

- 11** Allerdings ist § 536b zu berücksichtigen, sofern bei Vertragsschluss ein Energieausweis gemäß § 16 Abs. 2 S. 4 EnEV vorgelegt wurde, aus dem sich der überdurchschnittliche Bedarf entnehmen lässt. Das **Fehlen eines Ausweises** selbst macht das Gebäude nicht mangelhaft.⁵¹ Enthält der Ausweis **unzutreffende Angaben**, ist zu fragen, ob diese als Beschaffenheit vereinbart oder gar zugesichert wurden.⁵² Für den am Verbrauch orientierten Ausweis ist das zu verneinen; denn es kommt insoweit auf die konkreten Nutzer an, weshalb der Verbrauch kein Umstand ist, der unmittelbar (→ Rn. 5) der Sache anhaftet (zur Zusicherungsfähigkeit → Rn. 28). Die von § 19 Abs. 3 S. 1 EnEV vorgesehene Datenerhebung über mindestens drei Jahre ändert daran nichts, weil selbst auf dieser Basis keine Aussagen über die Mietsache selbst getroffen werden. Beim **bedarfsorientierten Ausweis** ist das anders, da dieser die Gebäudebeschaffenheit beschreibt, weshalb es gewährleistungsrechtlich im Einzelfall darauf ankommt, ob die Parteien die Angaben als Beschaffenheit vereinbart haben.

- 12** Selbst wenn fehlerhafte Angaben nach dem Vorgesagten keinen Mangel begründen, können sie zur **Haftung des Vermieters aus c.i.c.** (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2) führen. Hält man die mit der Ausstellung des Ausweises beauftragten Personen (§ 21 EnEV) für Erfüllungsgehilfen des Vermieters,⁵³ findet eine Zurechnung gemäß § 278 statt. Allerdings ist das begründungsbedürftig. Entscheidend ist, ob man – wohl zutreffend – von einer Vermieterpflicht zur Informationsbeschaffung ausgeht (dann Zurechnung des Drittverhaltens), oder ob man meint, der Vermieter schulde nur das Zugänglichmachen und nicht das Erstellen des Ausweises (s. zum vergleichbaren Problem der Belieferung des Verkäufers → § 278 Rn. 31 mN zur hM). Haftet der Vermieter nicht bereits qua Zurechnung, können dem Mieter gleichwohl Ansprüche zustehen, und zwar **gegen den Aussteller**, weil der (Werk-)Vertrag zwischen Vermieter und ausstellungsberechtigter Person in aller Regel Schutzwirkungen zugunsten des Mieters entfaltet.⁵⁴ Haftet der Vermieter aber selbst, fehlt es meist bereits an der Schutzbedürftigkeit, weil der Mieter über eigene Ansprüche verfügt (→ § 328 Rn. 191).

- 13 cc) Flächenabweichungen bei Grundstücken und Räumen.** Gemäß § 537 Abs. 2 S. 2 aF stand „Zusicherung einer bestimmten Größe“ des Grundstücks einer Eigenschaft gleich. Die Regelung war wenig hilfreich, weil sie über die entscheidende Frage, nämlich wann eine Größe als zugesichert gilt, nichts aussagte. Ihr Fortfall (→ Rn. 2) soll inhaltlich keine Änderung bewirken, weshalb bei Vorliegen der in → Rn. 27 dargestellten Voraussetzungen eine Zusicherung vorliegt.⁵⁵ Das wird aber ebenso die Ausnahme sein wie die Annahme, die Flächenangabe sei bloß eine (unverbindliche) Objektbeschreibung; die Regel ist eine Beschaffenheitsvereinbarung.⁵⁶

- 14** Vom Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung ist die Frage zu trennen, ob die Abweichung von dieser einen Mangel begründet. Dieser setzt die (nicht nur unerhebliche) Minderung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch voraus. Liegt **keine Zusicherung** vor, begründet die zu geringe Fläche dann einen **Sachmangel iSv Abs. 1**, wenn sie **mehr als 10 %** beträgt.⁵⁷ Bei Vorliegen einer solchen Differenz spricht nach Ansicht des BGH⁵⁸ eine tatsächliche (unwiderlegli-

⁵¹ Gegen einen zivilrechtlichen Anspruch auf Vorlage *Flatow* NJW 2008, 2886 (2889); NZM 2008, 785 (790).

⁵² Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* Rn. 103; bei Anheften einer Ablichtung des Ausweises an den Vertrag; *Blank PiG* 83 (2008) 148.

⁵³ *Sternel* NZM 2006, 495 (498 f.).

⁵⁴ S. *Kamphausen BauR* 2006, 1208 (1213 f.).

⁵⁵ Begr. RegE, bei *Haas*, Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz, 2001, 100, 101 Rn. 2; s. iE *Kinne GE* 2003, 100 ff. Krit. *Kandelhard* NZM 2008, 468.

⁵⁶ Ausf. *Börstinghaus*, Flächenabweichungen, 2012, Rn. 171 ff.; *Häublein* PiG 92 (2012) 81 (83 f., 86 f.); s. auch *Cramer* NZM 2017, 457.

⁵⁷ Im Anschluss an Rspr. zum Kauf- und Werkvertrag (BGH NJW 1997, 2874; NZM 2000, 56) zur Wohnraummiete BGH NJW 2004, 1947; 2004, 2230; 2004, 3115; NZM 2004, 456; 2005, 861; 2006, 375; NJW 2010, 292 für Einfamilienhaus mit Garten; NJW 2011, 1282 für möblierten Wohnraum; NJW 2016, 239 Rn. 9; zur Geschäftsräumiete NJW 2005, 2152; 2012, 3173 Rn. 14; dazu *Bub PiG* 88 (2010) 45; *Kinne GE* 2003, 100; *Schul/Wichert* ZMR 2002, 633 (638). Gegen eine starre 10 %-Bagatellgrenze *Kraemer* NZM 1999, 156 (161); *Scheffler* NZM 2003, 17 (18); s. auch KG ZMR 2005, 950; krit. dazu *Pauly* ZMR 2006, 665. Für grundsätzlichen Vorrang der „besichtigten Wohnungsgröße“ vor den Angaben im Vertrag *Kandelhard* NZM 2008, 468 (470 ff.), der einer qm-Angabe nur als „Kalkulationsfaktor“ für die Miete Bedeutung zuminist.

⁵⁸ BGH NJW 2004, 1947. Nach BGH NJW 2005, 2152 f.; 2010, 1745 Rn. 11 kommt es auf eine tatsächliche Beeinträchtigung des Gebrauchs gar nicht an, so dass der Beweis des Gegenteils abgeschnitten sein dürfte. Vgl. auch *Kraemer* NZM 1999, 156 (161).

che)⁵⁹ Vermutung für eine erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit.⁶⁰ Dies gilt auch dann, wenn die Parteien die Größe mit einer „ca.“-Angabe versehen haben.⁶¹ Vergleichsmaßstab ist die vereinbarte Wohnfläche (zur Berechnung → Rn. 15). Zur Sollbeschaffenheit wird diese nicht nur durch ausdrückliche Abrede, sondern es ist davon auszugehen, dass die berechtigten Erwartungen des Mieters konkludent zum Vertragsinhalt werden, wenn der Vermieter sie kennen musste (Rechtsgedanke des § 434 Abs. 1 S. 3), zB weil sie Gegenstand eines von ihm veranlassten Inserates waren, und er ihnen nicht entgegentritt.⁶² Derartige Angaben im Vorfeld des Vertrages beeinflussen wesentlich den Erwartungshorizont des Mieters, was für den Vermieter erkennbar ist. Nach Ansicht des BGH⁶³ soll aber eine Klausel, nach der die Flächenangabe „wegen möglicher Messfehler nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes“ dient, einer Beschaffensvereinbarung entgegenstehen. Wegen § 305b kann dies aber allenfalls dann so sein, wenn nicht Aussagen des Vermieters bei den Vertragsverhandlungen oder individuelle Angaben im Vertrag beim Mieter die Vorstellung hervorrufen, die genannte Fläche beschreibe die Beschaffenheit. Derartige berechtigte Erwartungen können durch AGB nicht zerstört werden (→ § 476 Rn. 8).⁶⁴

Bei Anwendung dieser der Praktikabilität und Rechtssicherheit dienenden klaren Grenzziehung steht man vor dem Problem, dass es eine einheitliche, allgemein verbindliche Bestimmung für die Berechnung der Flächen außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der auf § 19 WoFG beruhenden WoFIV nicht gibt. Ein völlig eindeutiger Sprachgebrauch für den Begriff „Wohnfläche“ existiert nicht. Die Parteien können daher vertraglich vereinbaren,⁶⁵ wie sie die im Vertrag angegebene Wohnfläche verstanden bzw. berechnet wissen wollen, wobei der BGH⁶⁶ die für den preisgebundenen Wohnraum geltenden Vorschriften für freifinanzierten heranzieht (→ § 556a Rn. 30), so dass im Zweifel auch hier eine Berechnung nach §§ 42–44 II. BV bzw. der WoFIV vorzunehmen ist. Dabei handelt es sich um eine ergänzende Vertragsauslegung.⁶⁷ Nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV können Balkone etc mit der Hälfte der Fläche angesetzt werden, wobei der BGH einen Hinweis hierauf nicht für notwendig hält.⁶⁸ Allerdings kann eine lokale⁶⁹ Verkehrssitte⁷⁰ ebenso zu anderen Ergebnissen führen, wie ein nach Art der Räume näherliegender Maßstab.⁷¹ Es genügt hierfür aber nicht, dass ein überwiegender Teil der Vermieter ein Regelwerk unzutreffend anwendet.⁷² Ferner können die Parteien Abweichendes vereinbaren, etwa indem sie Nebenflächen (Terrassen, Balkone etc) evident anders in Ansatz bringen, als dies nach gesetzlichen Berechnungsgrundlagen oder der Verkehrssitte der Fall wäre.⁷³ Einer solchen Übereinkunft stehen öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegen, nach denen die Wohnnutzung, zB wegen zu geringer Deckenhöhe, baurechtswidrig ist.⁷⁴

Der Flächenmangel führt zur Herabsetzung der Miete gemäß § 536 Abs. 1 S. 2 (→ Rn. 34 ff.) seit Vertragsbeginn, die auch bei „ca.“ Angaben im Verhältnis der tatsächlichen zur vereinbarten Größe erfolgt.⁷⁵ Für möblierten Wohnraum soll das ebenfalls gelten.⁷⁶ Lässt sich aber die Minderflä-

⁵⁹ Börstinghaus, Flächenabweichungen, 2012, Rn. 95; Häublein PiG 92 (2012) 81 (101); str.

⁶⁰ Die Feststellung einer solchen fordernd OLG Dresden NJW-RR 1998, 512; LG Berlin NZM 1999, 412; zust. Horst MDR 1998, 644; abl. Blank und Pauly WuM 1998, 467 ff.

⁶¹ BGH NZM 2004, 456; NJW 2009, 2880 Rn. 17; 2010, 1745 Rn. 8; 2019, 2464 Rn. 34.

⁶² Kandehard NZM 2008, 468 (472 f.); BGH NJW 2010, 2648 zur Übergabe von Wohnflächenberechnung.

⁶³ BGH NJW 2011, 220. Zust. Börstinghaus jurisPR-BGH ZivilR 5/2011 Anm. 3.

⁶⁴ S. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer § 305b Rn. 10a mwN; Häublein PiG 92 (2012) 81 (90 ff.).

⁶⁵ Unklarheiten in AGB gehen zu Lasten des Verwenders; BGH NZM 2010, 80 zum Begriff „Mietraumfläche“. Zu den Grenzen der Privatautonomie, insbes. §§ 305 ff., in diesem Kontext Häublein PiG 92 (2012), 81 (98 f.).

⁶⁶ BGH NJW 2004, 2230; 2007, 2624; 2009, 2295 Rn. 19; 2010, 1745 Rn. 9. Berechnungsmodi: Börstinghaus, Flächenabweichungen, 2012, Rn. 24 ff.; Langenberg PiG 75 (2006) 119; Häublein PiG 92 (2012), 81 (93 f.).

⁶⁷ Häublein PiG 92 (2012), 81 (96 f.).

⁶⁸ BGH NJW 2009, 2295 Rn. 22 f., wo aber zu einseitig auf das Vermieterinteresse abgestellt wird. Ebenso für Terrassen, sofern ein Sichtschutz vorhanden ist (Überdachung nicht erforderlich), BGH NJW 2010, 292 Rn. 22.

⁶⁹ Indizfunktion können insoweit zB Mietspiegel haben; vgl. Langenberg NZM 2010, 76 (77).

⁷⁰ BGH NJW 2019, 2464 Rn. 37 mwN. S. ferner BGH NJW 1997, 2874 für die DIN 283 (Raum Stuttgart); LG München WuM 2006, 91 (Raum München) dazu BGH NJW 2007, 2624; Bub PiG 88 (2010), 45, 46 f.; zur Annahme einer an §§ 42–44 II. BV orientierten Verkehrssitte in Berlin s. BGHZ 146, 250 = ZMR 2001, 461 mAnm Häublein, zum Bauträgervertrag.

⁷¹ So insbes. bei der Geschäftsraummiete; s. Häublein PiG 92 (2012), 81 (98).

⁷² BGH NJW 2019, 2464 Rn. 39.

⁷³ BGH NZM 2006, 375; anders bei Bezugnahme auf §§ 42 ff. II. BV BGH NJW 2009, 2880.

⁷⁴ BGH NJW 2009, 3421; 2010, 1064; ZMR 2010, 272.

⁷⁵ BGH NJW 2010, 1745 Rn. 12; 2009, 2880 Rn. 17.

⁷⁶ BGH NJW 2011, 1282.

che eindeutig Nebenräumen, zB Keller, zuordnen, lehnt der BGH eine pauschale Minderung nach dem prozentualen Anteil der fehlenden Fläche an der vertraglich vereinbarten Gesamtfläche ab und fordert, dass die angemessene Mietherabsetzung dem geringeren Gebrauchswert dieser Räume Rechnung trägt.⁷⁷ Der Rückforderungsanspruch des Mieters verjährt kenntnisabhängig in drei Jahren (§§ 195, 199).⁷⁸ Über die dauerhaft geminderte Miete wirkt sich die Mindergröße auch auf die Kautionsberechnung aus.⁷⁹ Zur Mieterhöhung bei Wohnflächenabweichung → § 558 Rn. 24.

- 17 dd) Weitere Mängel.** Ungezieferbefall;⁸⁰ stark verzögter Wasserfluss;⁸¹ Geruchsbelästigungen aus einem defekten Abwasserrohr;⁸² Ausfall oder häufiges Steckenbleiben des Aufzugs;⁸³ Einbruch infolge unzureichender Sicherung der Mietsache;⁸⁴ Minderung der Fläche durch Umbaumaßnahmen (zur Flächenabweichung → Rn. 13 ff.).⁸⁵ Auf der Grenze zum Umweltfehler (→ Rn. 18 ff.) liegt die Behinderung des Zugangs zur Sache, zB bei erheblicher Zugangsschwerung zu Verkaufsräumen⁸⁶ bzw. der Zufahrt zu einem Kfz-Einstellplatz.⁸⁷ Auch die konkrete **Gefahr der Beeinträchtigung** der Tauglichkeit oder der Rechtsgüter des Mieters kann einen Mangel begründen. Es kommt nicht darauf an, ob die Gefahr bereits akut geworden oder ein Schaden eingetreten ist (zB Brandgefahr durch fehlerhafte elektrische Anlage in anderen Räumen des Gebäudes).⁸⁸

- 18 3. Außerhalb der Mietsache selbst liegende Umstände.** Zur Beschaffenheit zählen **tatsächliche und rechtliche Verhältnisse** der Mietsache auch jenseits ihrer physischen Beschaffenheit. Jedoch müssen sie mit ihr selbst zusammenhängen und nicht nur mit dem Nutzer. Um den Fehlerbegriff zu begrenzen, fordert der BGH eine **unmittelbare Beeinträchtigung** der Gebrauchtauglichkeit der Sache bzw. eine **unmittelbare Einwirkung** auf diese; Umstände, die den vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, genügen nicht (→ Rn. 5).⁸⁹ Ob die Lage der Mietsache in einem bestimmten Umfeld ihr unmittelbar anhaftet, ist str.,⁹⁰ was die Probleme des Kriteriums zeigt.

- 19** Derartige Mängel werden als „**Umweltfehler**“ oder „**Umfeldmängel**“ bezeichnet.⁹¹ Sie sind oft schwer von physischen Mängeln abzugrenzen, etwa wenn Lärm oder Gerüche vom Gebäude selbst ausgehen (→ Rn. 8, 17). In Betracht kommen Störungen durch Nachbarwohnungen (zB Prostitution im Mietshaus), Gewerbeeinheiten oder **Anlagen**,⁹² aber auch solche aus dem weiteren Umfeld und durch Dritte. In folgenden Fällen sind Mängel bejaht worden, wobei zu beachten ist, dass es auch hier **in erster Linie auf die Vereinbarungen** der Parteien ankommt, die (zB wegen der Lage) auch konkluident Vertragsbestandteil werden können:

- 20 a) Immissionen.** Immissionen,⁹³ zB **Lärm-, Staub- und Geruchsbelästigung**, können Mängel begründen (zu sog. negativen Beschaffenheitsvereinbarungen → Rn. 53). Das gilt auch für

⁷⁷ BGH NJW 2012, 3173 Rn. 19 ff.

⁷⁸ S. BGH BeckRS 2011, 18484. Ansprüche aus der Zeit vor dem 1.1.2002 sind gemäß §§ 197, 198, 201 aF spätestens Ende 2005 verjährt.

⁷⁹ BGH NJW 2005, 2773 = MietRB 2005, 281 (Bieber).

⁸⁰ OLG Düsseldorf NZM 2003, 553; GE 2016, 857 betr. Ratten; OLG Hamm NZM 1998, 438 und LG Freiburg WuM 1986, 246 betr. Kakerlaken; zum Wohnungskauf auch OLG Hamm NZM 2018, 208 betr. Silberfischchen.

⁸¹ LG Berlin GE 1998, 905; NZM 2002, 143.

⁸² BGH NZM 2018, 1018 Rn. 15: 10% auch bei nicht ständigem Auftreten angemessen.

⁸³ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* Rn. 224.

⁸⁴ BGH NZM 2006, 626. Zur Einbruchsserie als Mangel KG und OLG Naumburg NZM 1998, 437 f.; OLG Düsseldorf NZM 2002, 737. Zu den geschuldeten Standards *Breitholdt* PiG 92 (2012) 29 (30 ff.).

⁸⁵ LG Mannheim WuM 1978, 95.

⁸⁶ OLG Köln NJW 1972, 1814; OLG Dresden NJW-RR 1999, 448; zur Erheblichkeit OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1236. S. auch *Kluth/Böckmann* NZM 2003, 882. Zur Abgrenzung von der Geschäftsrundlage vgl. BGH NJW 1981, 2405; → Vor § 536 Rn. 30.

⁸⁷ LG Köln MDR 1976, 44; KG GE 2006, 1097: halbseitig verschlossenes Tor behindert die Zufahrt.

⁸⁸ BGH NJW 1972, 944; 2011, 514 Rn. 13; s. auch BGH ZMR 2008, 274 sowie BVerfG NZM 1999, 302.

⁸⁹ BGH NJW 1981, 2405; 2000, 1714; 2006, 899 Rn. 19; 2009, 664 Rn. 34.

⁹⁰ Bejahend OLG München ZMR 1999, 707 für Mieträume in einer Postfiliale; zust. *Lehmann-Richter* MietRB 2016, 236 (240); anders LG Berlin NZM 2008, 844 für die Lage in einem Fernbahnhof.

⁹¹ *Flatow* WuM 2016, 459; *Fritz* NZM 2008, 825; *Lehmann-Richter* MietRB 2016, 236; *M. Schultz* PiG 73 (2005) 199; *Hübner/Griesbach/Fuerst* in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann* Geschäftsraummiete Kap. 14 Rn. 271.

⁹² Vgl. zur Abluftanlage im Innenhof BGH NJW 2010, 1133; zur Sozialbehörde in „hochwertigem“ Bürogebäude BGH NJW 2009, 664; OLG Stuttgart ZMR 2007, 272 (273 f.); Bolzplatz: BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177; vgl. ferner AG Wiesbaden WuM 1998, 315; AG Regensburg WuM 1990, 386.

⁹³ Dazu BGH NJW 1986, 2423 zu Fluglärm; NJW 2012, 1647 zu Partygeräuschen, Musik; GE 2015, 1395 zu Staub; BGHZ 205, 177 = NJW 2015, 2177 zum Bolzplatz; LG Hamburg WuM 1986, 313 zur Großbaustelle; LG Augsburg WuM 1986, 137 zur Geruchsbelästigung durch Kläranlage; AG Torgau WuM 2003,