

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II §§ 535-630

HeizkostenV, BetriebskostenV, EFZG, TzBfG, KSchG

Bearbeitet von

Prof. Dr. Martin Henssler, Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Klaus Peter Berger,
Hans-Jürgen Bieber, Prof. Dr. Jan Dirk Harke, Prof. Dr. Martin Häublein, Prof. Dr. Curt Wolfgang
Hergenröder, Dirk Hesse, Dr. Rudi Müller-Glöge, Prof. Dr. Frank L. Schäfer, Dr. Michael J. Schmid,
Gerhard Wagner, Dr. Kai Zehelein

7. Auflage 2016. Buch. XXVI, 2740 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68004 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

wie die von der Gegenansicht favorisierte Erwirkung bzw. konkludente Änderung der geschuldeten Soll-Beschaffenheit.¹⁷⁶ Eine analoge Anwendung des § 536b auf nachträgliche Mängel lehnt der BGH jedenfalls ab.¹⁷⁷ Das gilt auch, wenn der Mieter eine Verlängerungsoption vorbehaltlos, dh ohne den Mangel zu rügen, ausübt, worin kein Neuabschluss des Vertrages liegt.¹⁷⁸ Darüber hinaus ist eine Minderung ausgeschlossen, wenn der Mangel **der Sphäre des Mieters** zuzurechnen ist, zB weil dieser ihn zu vertreten hat (Ausnahme → § 535 Rn. 106),¹⁷⁹ seine Beseitigung verzögert oder verhindert¹⁸⁰ oder der Mangel auf einer vom Mieter gewünschten Veränderung beruht.¹⁸¹ Das Gleiche gilt, wenn der Mieter wirksam die Beseitigung des Mangels übernommen (zB Schönheitsreparaturen) oder mit dem Vermieter eine wirksame Vereinbarung (→ § 555f Rn. 5 ff.) über das Minderungsrecht geschlossen hat oder wenn § 536 in zulässiger Weise (→ Rn. 43 f.) **abbedungen** wurde.

b) Privilegierung bestimmter Baumaßnahmen, insbesondere durch Abs. 1a. Instandsetzungs-/Instandhaltungs- und Modernisierungsarbeiten des Vermieters muss der Mieter nach Maßgabe der §§ 555a, 555d dulden. Davon zu unterscheiden ist die Frage der Mangelhaftigkeit der Mietsache. Entsprechende Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs können sich sowohl während der Bauphase als auch danach, dh infolge des neu geschaffenen Zustands, ergeben. **33**

aa) Temporärer Minderungsausschluss durch Abs. 1a. Die **während der Bauphase** auftretenden Beeinträchtigungen durch Lärm, Staub, Verschattung, Zutritt von Handwerkern in das Mietobjekt, Beschränkungen des Zugangs zu diesem etc. begründen grundsätzlich negative Abweichungen von der geschuldeten Soll-Beschaffenheit.¹⁸² Die Minderung schränkt aber Abs. 1a ein. Die Vorschrift wurde mit Wirkung zum 1.5.2013 – **auch für bestehende Mietverhältnisse**; im Detail s. Art. 229 § 29 Abs. 1 EGBGB – eingeführt, um die energetische Modernisierung, ie nachhaltige Einsparung von Endenergie (§ 555b Nr. 1), und **deren zügige Durchführung zu fördern**.¹⁸³ Rechtspolitisch und, wegen der damit verbundenen Äquivalenzstörung, auch dogmatisch war diese Facette des MietRÄndG (→ Vor § 535 Rn. 49) im Vorfeld besonders kontrovers.¹⁸⁴ Der Gesetzgeber setzt sich dem Vorwurf aus, eine symbolische Regelung¹⁸⁵ geschaffen zu haben, die in der Praxis nicht leicht umzusetzen und streitanfällig ist.¹⁸⁶ Die Entscheidung des Vermieters für die Durchführung einer Maßnahme der energetischen Modernisierung wird wohl so gut wie niemals maßgeblich auf der „Wohltat“ des § 536 Abs. 1a beruhen. Demgegenüber erscheint es überaus wahrscheinlich, dass um das Ausmaß des Minderungsausschlusses zwischen den Parteien gestritten werden wird (zu den kontroversen Punkten s. die folgenden Rn.). Dies hat zu der Forderung geführt, die Norm als Fremdkörper im System der Mängelrechte **möglichst eng auszulegen**.¹⁸⁷ **34**

¹⁷⁶ Lehmann-Richter in DMT-Bilanz 2011, 134 (138 ff.).

¹⁷⁷ BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601 (anders für die Zeit der Geltung des § 539 aF); BGH ZMR 2005, 770. Näher → § 536b Rn. 8 ff.

¹⁷⁸ BGHZ 203, 148 Rn. 20 ff. = NJW 2015, 402; BGH NZM 2015, 861.

¹⁷⁹ BGH NJW 1998, 594; NZM 2011, 198 Rn. 18; Franke ZMR 1996, 297 (302). S. auch die Nachweise bei Bamberger/Roth/Ehler Rn. 107.

¹⁸⁰ BGHZ 116, 334; BGH NJW 2015, 2419: unberechtigte Zugangsverweigerung durch den Mieter schließt eine Minderung ab dem Moment aus, ab dem die Mangelbeseitigung ohne das pflichtwidrige Verhalten des Mieters nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich abgeschlossen gewesen wäre; LG Berlin NZM 1999, 1137 (1138). Gleich steht der Fall eines nicht verwendeten Vorschusses *Sternel* MietR aktuell II Rn. 560.

¹⁸¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 976; OLG München ZMR 1996, 434; Blank/Börstinghaus/Blank Rn. 95; aA *Sternel* WuM 2002, 244 (248).

¹⁸² S. nur *Hau* PiG 90 (2011) 31 (33); *Hinz* NZM 2013, 209 (210) mit Hinweis auf BT-Drs. 9/2079 S. 13.

¹⁸³ S. Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 14, 17 f.

¹⁸⁴ Hierzu BR-RA, BR-Drs. 10/1/13 S. 1 ff. = NZM 2013, 107 f.: Systembruch; *Börstinghaus* NZM 2012, 697 (699 f.): mit Gesetzssystematik unvereinbar; DAV-Stellungnahme NZM 2012, 105 (106): systemwidriger Eingriff; *Hau* NZM 2014, 809 (814): rechtsdogmatisch besonders bemerkenswert; *Oechsler* VertragSchuldverhältnisse Rn. 837: strittigster Teil; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* Rn. 65: verfassungsrechtlich heftig umstritten. Da sich die Regelung aber sachlich rechtfertigen lässt, liegt eine verfassungswidrige Ermessensüberschreitung des Gesetzgebers eher fern; vgl. *Dietrich* ZMR 2012, 241 (244); *Häublein* NZM 2013, 521 (523); s. auch *Hinz* NZM 2013, 209 (210 f.).

¹⁸⁵ BR-RA NZM 2013, 108; s. auch *Börstinghaus* NZM 2012, 697 (700): Scheinproblem; ebenso *Osthus*, Die energetische Gebäudemodernisierung, 2013, S. 206: Anreizwirkung zweifelhaft; *Flatow* NJW 2013, 1185 (1187): politisch um ihrer plakativen Aussage willen geschaffen; *Hau* NZM 2014, 809 (814).

¹⁸⁶ Zu den wenig bedachten Härten der Neuregelung für Geschäftsraummieter *Leo/Ramm* NZM 2014, 63 (64).

¹⁸⁷ *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 10c; zur restriktiven Auslegung s. auch *Hau* NZM 2014, 809 (814).

- 35 Voraussetzung des Minderungsausschlusses ist zunächst, dass eine Maßnahme durchgeführt wird, die der **energetischen Modernisierung dient** (zum Begriff → § 555b Rn. 5 ff.). Andere Maßnahmen der Erhaltung oder Modernisierung sind von Abs. 1a nicht betroffen. Sie werden in der Praxis aber meist entweder zeitgleich („parallel“) mit den privilegierten durchgeführt, was zu Abgrenzungsproblemen führt (→ Rn. 38). Davon ist die Frage zu unterscheiden,¹⁸⁸ ob dieselbe Maßnahme, zB Austausch der Fenster, in vollem Umfang auch dann an der Privilegierung teilhat, wenn sie zugleich der Erhaltung dient, etwa weil die Fenster ohnehin Instandsetzungsbedarf aufwiesen. Der Wortlaut des Gesetzes ist eher weit, weil von einem „Dienen“ der Maßnahme auch dann gesprochen werden kann, wenn diese zugleich Instandsetzungsbedarf beseitigt. Für dieses weite Verständnis spricht mE entscheidend der Normzweck (→ Rn. 34); denn die energetische Modernisierung wird gefördert, wenn der Vermieter sich für Isolierverglasung und gegen bloße Ertüchtigung der bestehenden Fenster entscheidet.¹⁸⁹ Zu Recht ist darauf hingewiesen worden,¹⁹⁰ dass der Minderungsausschluss in derartigen Konstellationen bei einer engeren Auslegung leer laufen könnte. Folglich **mindert der Instandsetzungsbedarf** des energetisch modernisierten Bauteils die **Privilegierung** durch Abs. 1a nicht.¹⁹¹
- 36 Heftig umstritten ist auch, ob der Ausschluss des Minderungsrechts von einer **Ankündigung der Maßnahme** nach § 555c abhängt, die ihrerseits grundsätzlich die Fälligkeit der Duldungspflicht erst auslöst (→ § 555c Rn. 22). Zum Teil meint man, der Ausschluss hänge nicht von einer ordnungsmäßigen Ankündigung ab.¹⁹² Die Gegenauffassung ist überzeugender.¹⁹³ Warum der Mieter selbst dann die volle Miete zahlen müssen soll, wenn die Maßnahme infolge eines Härtegrundes (§ 555d Abs. 2) nicht duldungspflichtig war, bleibt vollkommen unerfindlich.¹⁹⁴ Den Mieter auf Unterlassungsansprüche zu verweisen, ist bereits deswegen verfehlt, weil es zu Beeinträchtigungen gekommen sein kann, bevor sich der Mieter überhaupt erfolgreich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Maßnahme zur Wehr setzen konnte. Systemwidrig ist der Verweis des Mieters auf den Primäranspruch überdies, weil die Minderung auch sonst nicht davon abhängt, ob der Anspruch auf Mangelbeseitigung durchgesetzt wird. Auch ein Umkehrschluss aus § 555d Abs. 3 S. 2 ist problematisch.¹⁹⁵ Dort geht es nämlich nur um die Folge für den Härteeinwand. Ein methodologisch fundierter Schluss erfordert aber den Nachweis, dass diese Regelung abschließend¹⁹⁶ sämtliche Rechtsfolgen einer mangelhaften Ankündigung regeln soll.¹⁹⁷ Man wird schließlich angesichts des rechtspolitisch ohnehin heftig umstrittenen (→ Rn. 34) Minderungsausschlusses dem Gesetzgeber schwerlich unterstellen können, er habe auch rechtswidriges Vorgehen im Rahmen der Modernisierung privilegieren wollen.
- 37 Liegen die Voraussetzungen, für die der Vermieter **darlegungs- und beweisbelastet** ist,¹⁹⁸ vor, ist das Minderungsrecht **für drei Monate ausgeschlossen**, „soweit“ die Tauglichkeitsminderung die Folge der energetischen Modernisierung ist (zur Berücksichtigung zeitlich durchgeführter anderer Arbeiten → Rn. 38). Die Frist **beginnt** mit der ersten zur Minderung führenden Beeinträchtigung.¹⁹⁹ Ob das Einrichten der Baustelle bereits hierzu gehört oder wegen § 536 Abs. 1

¹⁸⁸ Diese Differenzierung lässt etwa *Selk* Mietmängel und MängelR Rn. 135 („Mischmaßnahmen“) vermissen.

¹⁸⁹ S. dazu Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 18, wo der Fall einer Erneuerung des Putzes im Zuge der Dämmung einer Fassade als Beispiel für den Minderungsausschluss genannt wird.

¹⁹⁰ Nämlich von *Hinz* NZM 2013, 209 (214), der dieses Argument aber offenbar nicht für entscheidend hält.

¹⁹¹ Wie hier *Aufderhaar/Jaeger* ZfR 2013, 173 (180); *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Rn. 323 ff.; *Neuhaus* ZMR 2013, 686 (692); aA *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 10c; offen *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* Rn. 67; ebenso letztlich *Hinz* NZM 2013, 209 (214).

¹⁹² *Blank/Börstinghaus/Blank* Rn. 204; *Hinz* NZM 2013, 209 (212); *Kossmann/Meyer-Abich* Wohnraum-miete-HdB § 44 Rn. 15; *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Rn. 322; *Neuhaus* ZMR 2013, 686 (692); *PWW/Feldhahn* Rn. 17.

¹⁹³ *Hau* NZM 2014, 809 (814); *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Ghassemi-Tabar* Rn. 383; *Osthus*, Die energetische Gebäudemodernisierung, 2013, S. 200 f.; *Palandt/Weidenkaff* Rn. 23a; *FachAnwK-MietR/Harting/Harsch* Rn. 130f.; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* Rn. 74; *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 10d.

¹⁹⁴ Diese Unstimmigkeit erkennt auch *Hinz* NZM 2012, 777 (779); erscheint nicht recht stimmig.

¹⁹⁵ Für einen solchen Umkehrschluss plädiert aber *Hinz* NZM 2013, 209 (212) und NZM 2012, 777 (779). Dass der Gesetzgeber auf das Problem bereits früh hingewiesen wurde, s. *Fleindl* NZM 2012, 57 (61), sich dazu aber dennoch nicht geäußert hat, spricht ebenso wenig für eine der beiden Ansichten.

¹⁹⁶ Das wird in der Tat angenommen *Sternel* PiG 99 (2015) 95 (98) = NZM 2015, 873, 875, ist aber für die neugeschaffene Regelung in § 536 Abs. 1a bislang nicht untermauert und bereits wegen § 559b Abs. 2 zweifelhaft.

¹⁹⁷ Pointiert *Leenen* BGB AT § 23 Rn. 135.

¹⁹⁸ *Neuhaus* ZMR 2013, 686 (693); *Zehelein* WuM 2013, 133; *FachAnwK-MietR/Harting/Harsch* Rn. 132e.

¹⁹⁹ Wie hier *Blank/Börstinghaus/Blank* Rn. 199; *Hinz* NZM 2013, 209 (217); *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Rn. 327 ff.; *Neuhaus* ZMR 2013, 686 (693); *Selk* Mietmängel und MängelR Rn. 135; *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 10e; *Zehelein* WuM 2013, 133 f.; für Fristbeginn mit Beginn der Maßnahme *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* Rn. 68.

S. 3 außer Betracht zu bleiben hat, ist Tatfrage. Die erste zur Minderung führende Maßnahmen ist das Ereignis iSv § 187 Abs. 1. Tritt es etwa am 5.7. ein, so läuft die Frist am 6.7. und endet am 5.10. (§ 188 Abs. 2).²⁰⁰ Da die gesetzliche Vorschrift auch dem Zweck dient, den Vermieter zur **zügigen Durchführung** der Maßnahme anzuhalten (→ Rn. 34), ist ihm weder ein Wahlrecht hinsichtlich des Fristbeginns, zB mit Beginn besonders beeinträchtigender Maßnahmen, noch eine Unterbrechung der drei Monate zuzugestehen.²⁰¹ Hat aber der Mieter selbst die Unterbrechung der Maßnahme rechtswidrig herbeigeführt, verlängert sich die Frist entsprechend.²⁰² Sollte der Teil der Baumaßnahme, der die energetische Modernisierung betrifft, früher abgeschlossen sein, endet selbstverständlich auch der privilegierte Zustand. Werden **nacheinander mehrere Maßnahmen** der energetischen Modernisierung durchgeführt, sind grundsätzlich alle privilegiert, dh die Ausschlussfrist kann **mehrfach zur Anwendung** gelangen. Allerdings ist insoweit bereits mit Blick auf das Beschleunigungsanliegen des Gesetzgebers ein Vorbehalt zu machen und außerdem muss der Vermieter auf die Belange der Mieter Rücksicht nehmen. Zum Teil wird gefordert, der Vermieter müsse alles „Mögliche und Zumutbare“ tun, um die Dauer der Arbeiten zu begrenzen.²⁰³ Das birgt allerdings die Gefahr, dass die Dispositionsbefugnis des Vermieters über den unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit über Gebühr eingeschränkt wird. Da der Vermieter zur energetischen Modernisierung grundsätzlich nicht verpflichtet ist, muss er auch darüber entscheiden können, wann und in welchem Umfang er zu Investitionen bereit und in der Lage ist. Im Regelfall wird der Vermieter schon aus Kostengründen eine Aufteilung der Maßnahmen nicht künstlich vornehmen. Tut er dies dennoch ohne sachlichen Grund, läuft die Frist des Abs. 1a nur einmal.²⁰⁴ In solchen Fällen stellt sich überdies die Frage, ob der Rekurs auf die Duldungspflicht des § 555d nicht rechtsmissbräuchlich ist.

Führt der Vermieter **zeitgleich** neben Maßnahmen der energetischen **Modernisierung andere** **38 Maßnahmen** durch, zB eine Sanierung der Kaltwasserstränge oder den Einbau eines Aufzugs oder von Balkonen, kommt es für die Reichweite des Minderungsausschlusses darauf an, welche Beeinträchtigungen auf die jeweiligen Maßnahmen entfallen. Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes („soweit diese auf Grund einer Maßnahme“) folgt, dass keine einheitliche Maßnahme vorliegt, für die der Minderungsausschluss insgesamt gilt. Das bestätigen die Materialien zum MietRÄndG.²⁰⁵ Danach können die Anteile nach § 287 ZPO geschätzt werden, wenn sich nicht feststellen lässt, auf welcher Maßnahme die Beeinträchtigung beruht, zB weil ein Gerüst das Mietobjekt verschattet, das neben der energetischen Ertüchtigung der Fassade zugleich einer Balkonsanierung dient.

Der Wortlaut des Abs. 1a erfasst bewusst²⁰⁶ nur Fälle, in denen die Tauglichkeit gemindert ist, **39** gilt also nicht bei völliger Aufhebung, sodass die Miete in derartigen Fällen nach wie vor²⁰⁷ **auf Null gemindert** ist. Auch **andere Rechte**, wie zB Schadens-, Aufwendungsersatz oder das Kündigungsrecht, bleiben unberührt.²⁰⁸

bb) Auswirkungen der Maßnahmen auf die Soll-Beschaffenheit. Maßnahmen der Erhaltung oder Modernisierung können auch **nach Abschluss der Arbeiten** zu einer Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs führen. Beruhen diese darauf, dass der Vermieter den vorherigen Zustand nicht wieder herstellt, obwohl ihm dies möglich und zumutbar ist, wobei im Rahmen des § 275 Abs. 2 die Umlagefähigkeit der Wiederherstellungskosten (anders → § 559 Rn. 15) nicht übersehen werden darf, liegt ein Mangel der Mietsache vor (zB Montage von Außenjalousien oder Einbauten, die in der Bauphase entfernt werden mussten).²⁰⁹ Andererseits kann der Mieter hinsichtlich der von ihm zu duldenen Maßnahmen grundsätzlich keinen Anspruch auf Herstellung des ursprünglichen Zustands haben, sofern dies auf eine Beseitigung der Baumaßnahmen hinausläuft; jede andere Interpretation der Vorschriften über die Duldungspflicht (§§ 555a, 555d) wäre (wirtschaftlich) sinnlos.²¹⁰ Damit ist aber keineswegs bereits die nicht abschließend geklärte Frage beantwortet, ob

²⁰⁰ Zur Fristberechnung *Hinz* NZM 2013, 209 (217).

²⁰¹ Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 17: zusammenhängender Zeitraum.

²⁰² Lützenkirchen/*Lützenkirchen* Rn. 328b, der auf § 280 abstellt; auch der Gedanke des § 162 Abs. 2 erscheint durchaus einschlägig.

²⁰³ Staudinger/*Emmerich* (2014) Rn. 10 f.

²⁰⁴ Lützenkirchen/*Lützenkirchen* Rn. 329; s. auch *Aufderhaar/Jaeger* ZfR 2013, 173 (180 f.).

²⁰⁵ Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 18; das im Text folgende Beispiel ist dort nicht enthalten.

²⁰⁶ Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 17.

²⁰⁷ LG Hamburg WuM 1976, 10.

²⁰⁸ Begr. RegE, BT-Drs. 17/10485 S. 17.

²⁰⁹ Statt vieler: LG Berlin NZM 1998, 432; s. auch LG Bonn WuM 1990, 388; *Schüller* in *Bub/Treier* MietR-HdB III A Rn. 2711; *Hau* NZM 2014, 809 (815); *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* § 555d Rn. 91.

²¹⁰ S. nur *Hau* NZM 2014, 809 (815), der aber zu Recht eine Ausnahme erwägt, sofern der Mieter durch eine unterbliebene bzw. fehlerhafte Ankündigung davon abgehalten wurde, sich gegen die Maßnahme zu wehren.

eine durch den **geänderten Zustand** herbeigeführte Gebrauchsbeeinträchtigung einen Mangel begründet.

- 41 Nach einer Ansicht korrespondiert mit der Duldungspflicht des Mieters die vom Gesetz nicht explizit genannte **Modifizierung des vertragsgemäßen Zustands**; dem Vermieter stehe ein Gestaltungsrecht zu.²¹¹ Eine andere Auffassung meint, der Vermieter könne vom Mieter Zustimmung zur Anpassung des Vertrages an den durch die zu dulddende Maßnahme geschaffenen Zustand fordern.²¹² Beide Ansichten tragen dem Umstand Rechnung, dass der Vertrag schon deswegen an die neue tatsächliche Situation angepasst werden muss, weil der Mieter in der Folge einen Anspruch auf die Erhaltung des geänderten Zustandes haben muss, insbesondere wenn er die Maßnahme bezahlt (§ 559).²¹³ Die wohl hM geht demgegenüber davon aus, dass eine Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs zu einem Mangel und damit – bei entsprechender Erheblichkeit – zu einer Minderung führt, unterstellt also das Fortbestehen der ursprünglichen Soll-Beschaffenheit.²¹⁴ Teilweise wird die Minderung aber auch nur bei vermeidbaren Verschlechterungen angenommen.²¹⁵
- 42 Zum Schwur kommt es, wenn die Maßnahme ordnungsgemäß angekündigt wurde bzw. auch bei einer solchen Ankündigung nicht hätte verhindert werden können, weil die Voraussetzungen des § 555d Abs. 2 nicht vorliegen, und die vom Vermieter herbeigeführte Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht oder zumindest nicht mit zumutbarem Aufwand vermeidbar war. Nach hier im Anschluss an die hM vertretener Ansicht führt eine **erhebliche Beeinträchtigung des Gebrauchs** zu einem **Mangel**, und die Miete ist gemindert. § 555d Abs. 2 rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, der Mieter müsse alle Veränderungen unterhalb der Schwelle einer Härte entschädigungslos hinnehmen. Dafür spricht gesetzsystematisch insbesondere, dass zu den Abwägungsparametern des § 555d Abs. 2 die Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes zählen. Der Mieter wird für diese Allgemeinwohlbelange in die Verantwortung genommen, aber, wie sich aus § 536 Abs. 1a ergibt, eben nur im Rahmen der Duldung, wohingegen hinsichtlich der Minderung nur ein temporärer Ausschluss der Mieterrechte angeordnet wurde und dies auch nur für die energetische Modernisierung. Auch wird man den Mieter nicht einfach darauf verweisen können, er habe durch die Maßnahme Vorteile, weil sich die Sache danach in einem zeitgemäßen, besseren Zustand befindet.²¹⁶ Für diesen Vorteil zahlt der Mieter, nämlich für Erhaltungsmaßnahmen die bisherige Miete, durch die die Pflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 abgegolten wird, oder bei Modernisierung eine nach § 559 erhöhte Miete. Der Gegenauffassung ist aber zuzugeben, dass eine **Anpassung der Soll-Beschaffenheit** erforderlich ist, weil alles andere bei einer langfristigen Vertragsbeziehung schlicht unpraktikabel wäre, schon weil sich nach Jahren oder Jahrzehnten der ursprüngliche Zustand gar nicht mehr verlässlich feststellen lässt. Die Vertragsanpassung kann aber nicht einseitig erfolgen und schon gar nicht mit Abschluss der Arbeiten. Hat der Vermieter etwa einen Aufzug eingebaut, wird der Mieter oft erst nach einiger Zeit feststellen, in welchem Ausmaß ihn eine damit verbundene Lärmbelästigung stört. Daher ist auch das Zahlen einer erhöhten Miete aus der Sicht eines redlichen Vermieters nicht ohne weiteres als Zustimmung zur Vertragsänderung zu verstehen. Bei evidenten Beeinträchtigungen wird man jedoch von einer solchen konkludenten Zustimmung ausgehen können. Ein Anspruch des Vermieters auf Zustimmung wird bei erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung nur bei gleichzeitiger Herabsetzung der Miete bestehen bzw., bei behebbaren Mängeln, nach deren Beseitigung.

V. Sonstiges

- 43 **1. Abdingbarkeit.** Die Minderung ist nach **Abs. 4** zu Gunsten des **Wohnraummieters zwingend**. Vereinbarungen, die dagegen verstoßen, lassen die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen unberührt (→ § 535 Rn. 29). Auch Erschwerungen sind weitestgehend untersagt. Unwirksam sind zB Bestimmungen, wonach der Mieter nur mindern darf, wenn sein Recht zuvor gerichtlich festgestellt wird oder er seine Absicht dem Vermieter vorher anzeigt²¹⁷ oder er diesem zuvor eine Nachfrist zur Mangelbeseitigung setzen muss.²¹⁸ Es wird allerdings vertreten, der Mieter könne sich **ausnahmsweise in Ansehung konkreter Baumaßnahmen** mit dem Vermieter auf eine bestimmte

²¹¹ *Lehmann-Richter* NZM 2011, 572 (574 ff.); *Osthus*, Die energetische Gebäudemodernisierung, 2013, S. 113.

²¹² *Sternel* PiG 99 (2015) 95 (98).

²¹³ So *Lehmann-Richter* ZMR 2014, 206.

²¹⁴ LG Düsseldorf ZMR 2014, 982; *Hau* NZM 2014, 809 (815 f.); *Hau* PiG 90 (2011) 31 (33 f.); *Oechsler* Vertrag/Schuldverhältnisse Rn. 853; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* § 555d Rn. 92; *Staudinger/Emmerich* (2014) § 555e Rn. 10.

²¹⁵ LG Berlin ZMR 2014, 206 mit abl. Anm. *Lehmann-Richter*; *Sternel* PiG 99 (2015) 95 (105).

²¹⁶ So aber *Sternel* PiG 99 (2015) 95 (104 f.).

²¹⁷ BGHZ 127, 245 = NJW 1995, 254 (255), auch zur Aufrechnung mit Rückzahlungsansprüchen.

²¹⁸ *Blank/Börstinghaus/Blank* Rn. 218c.

Minderung auch für die Zukunft jedenfalls dann einigen, wenn es sich um einen **befristeten Zeitraum** handelt.²¹⁹ Für diese **teleologische Reduktion des Abs. 4** spricht auch die Einführung des § 536 Abs. 1a; denn nach dieser Norm liegt ein temporärer Verzicht auf das Recht auch im Interesse des Mieters, wenn er dazu führt, dass der Vermieter modernisiert. Es wäre aber wohl kaum überzeugend, nicht am Klimaschutz orientierte (Eigen-)Interessen des Mieters insofern geringer zu gewichten. – Aus Abs. 4 folgt die hM über den Wortlaut der Norm hinaus, dass die **Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen** nicht bzw. nur in sehr begrenztem Umfang auf den Mieter übertragen werden kann.²²⁰ Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Obliegt die Beseitigung dem Mieter, ist das fehlende Minderungsrecht ein bloßer Reflex (→ Rn. 32). Der Sache nach geht es um § 535 Abs. 1 S. 2. Sieht man dies anders, steht § 536 jeder individualvertraglich vereinbarten (!) Instandsetzungspflicht des Mieters und selbstverständlich auch der Überwälzung von Schönheitsreparaturen entgegen.²²¹

Da in der **Geschäftsraummiete** Abs. 4 nicht gilt, kann dem Mieter nach – nicht haltbarer – hM auch durch AGB, mit Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftiger Forderungen (vgl. § 309 Nr. 3), die „Kürzung“ der „laufenden Miete“ untersagt und dieser auf die Rückforderung (§ 812 Abs. 1) verwiesen werden. Eine solche „Abkoppelung“ entspreche berechtigten Interessen des Vermieters.²²² Sogar über die Vertragsbeendigung hinaus wird diese Umverteilung der Klagelast gegenüber Unternehmern gebilligt.²²³ Auch nach hM verstößt aber ein vollständiger **formularvertraglicher Ausschluss** des Minderungsrechts **gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1**, weil er das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (→ Rn. 1) verletzt; gleiches gilt, wenn das Minderungsrecht auf die Fälle beschränkt wird, in denen der Vermieter den Mangel verursacht hat, zumal wenn dies nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gelten soll.²²⁴ Folgt man der hM und hält eine Zahlungsklausel für wirksam, ist es wegen § 305c Abs. 2 Sache des Verwenders, klarzustellen, dass dem Mieter die **Rückforderung** der infolge Minderung überzahlten Beträge **offensteht**.²²⁵ Das gilt auch, wenn die Minderung lediglich von einer Ankündigung abhängig gemacht wird.²²⁶ Klauseln, die eine schriftliche Mängelrüge mit Fristsetzung per **Einschreiben-Rückschein** fordern, haben im Zweifel keine konstitutive Bedeutung.²²⁷ Für die Miete **sonstiger Immobilien oder beweglicher Sachen** muss das Verbot eines vollständigen formularvertraglichen Minderungsausschlusses ebenfalls gelten.

2. Beweislast. Der **Mieter** muss das Vorliegen eines Mangels, die Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch bzw. die Zusicherung einer Eigenschaft darlegen und ggf. beweisen.²²⁸ Hingegen braucht er die **Höhe der Minderung** nicht darzulegen. Den Umfang der Minderung hat vielmehr das Gericht – ggf. mit Hilfe von Sachverständigen – zu klären.²²⁹ Hat der Mieter eine hinreichend genaue Beschreibung der „Mangelsymptome“ gegeben, genügt er seiner Darlegungslast; Darlegungen zu den Ursachen der Symptome obliegen ihm nicht.²³⁰ Berufet sich der **Vermieter** auf Abs. 1a (→ Rn. 37), die Unerheblichkeit des Mangels oder dessen Beseitigung, ist er beweissbelastet.²³¹ Große Bedeutung kommt der Beweislastverteilung nach **Gefahrenkreisen** zu, wenn während des Gebrauchs ein Mangel auftritt, dessen Ursache unklar ist.²³² Räumt der Vermieter alle seinem Verant-

²¹⁹ LG München I ZMR 2012, 192; Blank/Börstinghaus/Blank Rn. 219; Palandt/Weidenkaff Rn. 2.

²²⁰ BGHZ 118, 194 = NJW 1992, 1759 sowie statt vieler *Emmerich*, FS v. Westphalen, 2010, S. 127 (129).

²²¹ So konsequent *Langenberg*, FS Derleder, 2005, S. 249 (256 ff.) = NZM 2005, 801; dazu auch *Kraemer* PiG 75 (2006) 37, 44 f.

²²² BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497 Rn. 19; dagegen mit überzeugenden Argumenten *Schwab* in DMT-Bilanz 2011, 65; *Strey* NZM 2015, 841.

²²³ BGH NJW-RR 1993, 519; OLG Hamm NZM 1998, 438; KG ZMR 2002, 823. Zu den Auswirkungen *Woitke* ZMR 2004, 401.

²²⁴ BGHZ 176, 191 Rn. 15 = NJW 2008, 2497, 20; BGH NJW 2008, 2254 Rn. 17, 20; dazu *Törnig* NZM 2008, 847.

²²⁵ Vgl. hierzu neben den beiden vorgenannten Urteilen auch *Blank* PiG 83 (2008) 141, 155; *Graf/Reichelt* ZfR 2010, 390; *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Rn. 55; *Strey* NZM 2015, 841 (843).

²²⁶ *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Rn. 60.

²²⁷ BGH NZM 2015, 861; zum Parallelproblem bei der Kündigung → § 568 Rn. 11.

²²⁸ BGH NJW 1999, 1408; *Bamberger/Roth/Ehlert* Rn. 115; zur Substantiierung *Wetkamp* NZM 2012, 441.

²²⁹ S. BVerfG NZM 2007, 678; BGH NJW-RR 1991, 779 (780); WuM 1997, 488; NJW 2012, 1647 Rn. 17; NZM 2012, 760 Rn. 18; OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 97; *Kamphausen* ZMR 1994, 445; *Nies* in Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB Rn. 4. Zur Zulässigkeit unbezifferter Anträge *Gies* NZM 2003, 545 (549).

²³⁰ BGH NJW 2012, 382 Rn. 16.

²³¹ BGH NJW 2009, 664 Rn. 20; OLG Rostock NZM 2002, 701; *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 76. S. auch BGH NJW 2000, 2344.

²³² BGH NZM 2005, 17; *Nies* in Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB Rn. 5 f. Hierzu auch *Häublein* PiG 83 (2008) 103, 110.

§ 536a 1

Abschnitt 8. Titel 5. Mietvertrag, Pachtvertrag

wortungsbereich zugehörigen Mangelursachen aus und beweist, dass die Schadensursache dem Obhutsbereich des Mieters entstammt, muss dieser sich entlasten.²³³ Hat der Mieter die Sache nur unter Vorbehalt angenommen, muss der Vermieter beweisen, dass diese keine Mängel aufweist.

- 46 **3. Regress.** Liegen die Voraussetzungen einer Minderung vor, kann die damit einhergehende Einbuße einen ersatzfähigen Schaden des Vermieters im Verhältnis zu Dritten bedeuten.²³⁴ Das betrifft zum einen Fälle, in denen der Vermieter einen Schadensersatzanspruch gegen Vertragspartner hat, etwa einen **Handwerker**, der mangelhaft leistet, oder einen **anderen Mieter**.²³⁵ Die Mietminderung ist dann regelmäßig ein adäquat-kausal verursachter Schaden, der zuzurechnen ist. § 280 Abs. 1 findet überdies auf das **gesetzliche Schuldverhältnis der Wohnungseigentümer** untereinander Anwendung, weshalb ein Wohnungseigentümer dem vermietenden (Mit-)Eigentümer haftet, wenn er durch Lärm oder eine Beschädigung der fremden Wohnung eine Minderung auslöst. Hat der anderer Wohnungseigentümer nicht selbst, sondern dessen Mieter oder sonstiger Nutzer die Minderung verursacht, findet nach hM – neben der Einstandspflicht wegen Verletzung der Pflicht aus § 14 Nr. 2 WEG – § 278 Anwendung.²³⁶ Überdies ist die Minderung im Rahmen des § 906 Abs. 2 S. 2 zu berücksichtigen (→ Rn. 16).

§ 536a Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels

(1) Ist ein Mangel im Sinne des § 536 bei Vertragsschluss vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später wegen eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter unbeschadet der Rechte aus § 536 Schadensersatz verlangen.

(2) Der Mieter kann den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn

1. der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist oder
2. die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Normzweck, Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich	1–4	b) Aufwendungen als Schaden	15–17
1. Normzweck	1, 2	c) Zeitliche Begrenzung des Anspruchs ..	18
2. Entstehungsgeschichte	3	d) Mitwirkendes Verschulden	19
3. Anwendungsbereich	4	6. Ausschluss und Abdingbarkeit des Ersatzanspruchs	20–22
II. Schadensersatzanspruch (Abs. 1)	5–22	III. Beseitigungsrecht und Aufwendungsersatz (Abs. 2)	23–31
1. Voraussetzungen im Überblick	5	1. Überblick	23
2. Haftung für anfängliche Mängel (Abs. 1 Fall 1)	6–8	2. Verzug des Vermieters (Abs. 2 Nr. 1)	24
3. Haftung für nachträgliche Mängel (Abs. 1 Fall 2)	9	3. Unaufschiebbare Abhilfemaßnahmen (Abs. 2 Nr. 2)	25, 26
4. Verzug des Vermieters mit der Mangelbeseitigung (Abs. 1 Fall 3)	10, 11	4. Aufwendungsersatzanspruch und Duldungspflicht des Vermieters	27–30
5. Rechtsfolge	12–19	5. Ausschluss, Abdingbarkeit	31
a) Umfang der Schadensersatzpflicht und ersatzberechtigte Personen	12–14	IV. Darlegungs- und Beweislast	32

I. Normzweck, Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich

- 1 **1. Normzweck.** Der Mieter ist durch Erfüllungsanspruch (§ 535 Abs. 1 S. 2), Minderung (§ 536) und Kündigungsrecht (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1) nur unvollkommen geschützt, insbesondere sofern der Mangel zu Vermögenseinbußen führt, die nicht unmittelbar die Äquivalenz von Leistung und

²³³ BGHZ 126, 124 = NJW 1994, 2019; BGHZ 66, 349 (353) = NJW 1976, 1315; OLG Hamm ZMR 1997, 520; LG Berlin NZM 2002, 523 Ls.; Erman/Lützenkirchen Rn. 67; zum sog. Fogging auch BGH NJW 2008, 2432.

²³⁴ Lützenkirchen/Lützenkirchen Rn. 62.

²³⁵ S. OLG Rostock BeckRS 2004, 00244: unberechtigte Inanspruchnahme von Stellplätzen eines Mieters; zum lärmenden Mieter AG Bremen NZM 2012, 383.

²³⁶ KG NZM 2002, 869; Bärnann/Sußmann WEG § 14 Rn. 45 ff.; BeckOK WEG/Dötsch WEG § 14 Rn. 133.

Gegenleistung betreffen. Es entspricht den Regelungen im Kauf- und Werkvertragsrecht, dass der Mieter – unter bestimmten weiteren Voraussetzungen¹ – einen **Ausgleich** für mangelbedingte Einbußen verlangen kann, auch wenn diese dem **Integritätsinteresse** zuzuordnen sind. Allerdings ist der in **Abs. 1** normierte Ersatzanspruch nicht auf dieses Interesse zu beschränken, sondern zielt darauf, den Mieter umfassend **so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung** stünde. Dies kam in der früheren Formulierung „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ klarer zum Ausdruck (→ Rn. 3). Daraus folgt, dass auch der **eigentliche Mangelschaden** von der Norm umfasst, dieser aber selbstverständlich nur insofern zu berücksichtigen ist, als er nicht bereits durch die verminderte Miete ausgeglichen wird.² Erlangt der Mieter durch die Minderung keinen vollständigen Ausgleich, weil er die ungeminderte Miete bereits gezahlt hat, kann er sich neben § 812 auf § 536a stützen, was die Bedeutung des Einwandes aus § 818 Abs. 3 verringert.³

Abs. 2 behandelt die **freiwilligen Vermögensopfer** des Mieters, die dieser auf sich nimmt, um **2** den Mangel zu beseitigen (zum Aufwendungsbegriff → § 256 Rn. 2). Der Unterschied zu den in Abs. 1 geregelten „unfreiwilligen Vermögensopfern“ ist allerdings gering; denn auch Aufwendungen, die der Geschädigte für erforderlich halten durfte, sind Schäden (→ § 249 Rn. 178). Die Bedeutung der Norm besteht also vor allem in der **Konkretisierung der Einstandspflicht für Mangelbeseitigungskosten**.

2. Entstehungsgeschichte. Noch in der ursprünglichen Fassung der Vorschrift als § 538 hat das **3** 2. MietRÄndG (→ Vor § 535 Rn. 44) durch Änderung des Abs. 1 klargestellt, dass **Schadensersatz neben der Mietminderung** geltend gemacht werden kann.⁴ Die Mietrechtsreform hat § 538 Abs. 1 aF inhaltlich unverändert als § 536a Abs. 1 übernommen. Abs. 2 fasst den Anspruch aus § 538 Abs. 2 aF (§ 536a Abs. 2 Nr. 1) und den früher in § 547 Abs. 1 S. 1 aF normierten Ersatzanspruch des Mieters für „notwendige Verwendungen“ zusammen (Abs. 2 Nr. 2).⁵ Durch das SchuldRModG ist in Abs. 1 zur terminologischen Angleichung der Zusatz „wegen Nichterfüllung“ gestrichen worden, ohne dass damit eine Einschränkung des Schadensersatzanspruchs verbunden ist (→ Rn. 1).

3. Anwendungsbereich. Die Norm gilt für sämtliche Mietverhältnisse und über §§ 581 Abs. 2, **4** 586 Abs. 2 auch für die Pacht. Ihr Anwendungsbereich ist – entgegen der wohl hM (→ Vor § 536 Rn. 11) – nicht auf die Zeit nach Überlassung der Sache beschränkt. Zum intertemporalen Anwendungsbereich 4. Aufl. → Rn. 36 f.⁶

II. Schadensersatzanspruch (Abs. 1)

1. Voraussetzungen im Überblick. Bei mangelhafter Sache (→ § 536 Rn. 3 ff.) kann der Mie- **5** ter **in drei Fällen** Schadensersatz verlangen:

- wenn ein Sach- oder Rechtsmangel oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft iSd § 536 **bereits bei Vertragsabschluss** vorlag (sog. „Garantiehafte“ → Rn. 6),
- wenn ein solcher Mangel nach Vertragsabschluss entsteht und der **Vermieter ihn zu vertreten** hat (→ Rn. 9),
- wenn „der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels **in Verzug**“ ist (→ Rn. 10).

2. Haftung für anfängliche Mängel (Abs. 1 Fall 1). Die **verschuldensunabhängige Haf-** **6** **tung** des Vermieters für bei Vertragsschluss vorhandene Mängel ist hinsichtlich ihrer Sachgerechtigkeit seit jeher umstritten.⁷ Bei den Beratungen zur Mietrechtsreform und zum SchuldRModG wurde die Regelung dennoch nicht in Frage gestellt, sondern übernommen und dies wenig differenziert

¹ Hierzu zählt insbes. das Vertretenmüssen. Sofern § 536a Abs. 1 Fall 1 hiervon abweicht, stehen dahinter sozialpolitische Erwägungen; s. Mugdan II 814. In der Begr. zum SchuldRModG heißt es hierzu lapidar: „Ferner hält die Bundesregierung im Interesse des Mieterschutzes auch die besondere Garantiehafte des Vermieters für anfängliche Mängel unabhängig vom Verschulden nach wie vor für richtig.“ Vgl. BT-Drs. 14/6857, 66; krit. zur Garantiehafte etwa *Eckert* NZM 2001, 409 (411); *Kandelhard* WuM 2003, 3 (14).

² Vgl. BGHZ 92, 177 (180) = NJW 1985, 132; *Oechsler* VertragSchuldverhältnisse Rn. 863.

³ Auf diese Norm weist die bei → § 536 Rn. 28 genannte Mindermeinung hin.

⁴ So schon die vorangegangene Rspr. zu § 537; s. BGH ZMR 1963, 107 (109).

⁵ Begr. RegE, BT-Drs. 14/4553 S. 41 = NZM 2000, 802 (812). Krit. dazu *Blank* NZM 2001, 167 (168); *Dauner-Lieb/Dötsch* NZM 2004, 641; *Staudinger/Emmerich* (2014) Rn. 26 f. § 547 Abs. 1 S. 2 aF (kein Ersatz von Fütterungskosten) ist ersatzlos entfallen. Zu den mieterrechtlichen Auswirkungen der Reform des Schadensersatzrechts vgl. *Horst* NZM 2003, 537.

⁶ Zu den dort auch behandelten DDR-Altverträgen → Vor § 535 Rn. 49 ff.

⁷ Zur Beratung in der 2. Kommission Mugdan II 813, 814. Zur Vorgeschichte der Garantiehafte *Luig*, FS Hübner, 1984, S. 121; s. auch *Oechsler* VertragSchuldverhältnisse Rn. 865. Krit. zu der Regelung neben *Eckert* NZM 2001, 409 und *Kandelhard* WuM 2003, 3 auch *Horn* DZWiR 1993, 412 (414); *W. Weimar* MDR 1960, 555 (556). S. aber auch *Hau* JuS 2003, 130 (132): rechtspolitisch bedenkenswerte Variante.

mit einem „Interesse des Mieterschutzes“ begründet.⁸ Zur einschränkenden Auslegung (keine Haftung bei fehlender Feststellungsmöglichkeit) → Vor § 536 Rn. 10.

- 7 Der Mangel muss bei **Vertragsschluss** mindestens in der Anlage vorgelegen haben, kann jedoch **verborgen** geblieben sein.⁹ Wird ein (Bau-)Teil der Mietsache nach Vertragsschluss funktionsunfähig, kommt es darauf an, ob es bereits zuvor fehlerhaft, dh ungeeignet oder unzuverlässig war, die Gefahrenquelle mithin bereits bei Vertragsschluss vorhanden war.¹⁰ Außerhalb der Sache liegende Risiken kommen ebenfalls in Betracht (→ § 536 Rn. 14 ff.).¹¹ Beruhen die Schäden auf Stoffen, deren Gesundheitsschädlichkeit erst später erkannt worden ist, scheidet eine Garantiehaftung aus, weil eine derartige Leistungszusage des Vermieters jenseits dessen liegt, was ein Mieter redlicher Weise erwarten darf. War die Schädlichkeit hingegen bekannt, haftet der Vermieter grundsätzlich selbst dann, wenn er nicht von deren Existenz wissen musste.¹² Auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen (→ § 536 Rn. 20) können zu anfänglichen Mängeln führen, wenn die Ursache für das behördliche Einschreiten bereits bei Vertragsschluss vorlag; der BGH hat eine Garantiehaftung allerdings verneint, wenn die zuständige Behörde erst nach mehrjähriger, rechtlich an sich möglicher Zulassung ihre Praxis ändert und den Betrieb untersagt.¹³ Wird mit einem **neuen Mieter** ein neuer Vertrag geschlossen, ist der Zustand der Mietsache bei diesem Vertragsabschluss maßgebend. Kommt es hingegen zum **Mieterwechsel**, ist Anknüpfungspunkt für die Garantiehaftung selbst dann der Abschluss des ursprünglichen Vertrages, wenn der neue Mieter diesen mit Zustimmung des Vermieters übernimmt.¹⁴ Erst recht gilt das, wenn der bisherige Mieter lediglich eine **Option ausübt**.¹⁵ Auch wenn ein zunächst formloser Mietvertrag durch einen schriftlichen ersetzt wird und dazwischen ein Mangel entsteht, tritt die Garantiehaftung des Vermieters – entgegen dem BGH – nur ein, wenn er sie erkennbar hat übernehmen wollen.¹⁶ Maßgeblich ist insofern die Überlegung, dass der Vermieter im Zweifel kein Interesse hat, die für ihn besonders riskante Haftung auch für solche Mängel zu übernehmen, die später eingetreten sind. Dies spricht dafür, § 536a Abs. 1 Fall 1 auch dann nicht anzuwenden, wenn die Parteien zunächst einen Leihvertrag vereinbart haben und diesen dann, nach Überlassung der Sache an den Entleiher, in ein Mietverhältnis umwandeln.
- 8 Die Rspr. wendet die erste Modalität des Abs. 1 in Fällen, in denen das Mietobjekt bei Abschluss des Vertrages **noch nicht fertiggestellt** ist, **entsprechend** an, sofern der Fehler im Zeitpunkt der Übergabe der Sache vorhanden ist.¹⁷ Teils wird die Garantiehaftung nur angenommen, wenn die Sache fertiggestellt und das Mietverhältnis in Vollzug gesetzt worden ist.¹⁸ Die Judikatur beruht letztlich auf dem Überlassungserfordernis, dem bereits im Ausgangspunkt nicht zu folgen ist (→ Rn. 4). Eine Garantiehaftung für das Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit oder bestimmter Eigenschaften kann nach Inkrafttreten des SchuldRModG zwanglos auf Abs. 1 Fall 2 iVm § 276 Abs. 1 S. 1 gestützt werden. Es besteht kein Anlass, dem Vermieter per se zu unterstellen, er habe durch die Abgabe seiner auf Abschluss des Vertrages gerichteten Erklärung nicht nur die Mangelfreiheit der bestehenden Substanz garantiert, sondern auch die der noch herzustellenden Mietsache. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles zu ermitteln, inwiefern der Vermieter derartige Risiken tatsächlich übernommen hat (→ Vor § 536 Rn. 9, 13).
- 9 **3. Haftung für nachträgliche Mängel (Abs. 1 Fall 2).** Für Mängel, die **nach Abschluss des Mietvertrags** entstehen, haftet der Vermieter, wenn er sie **zu vertreten** hat (zum Unterschied

⁸ S. BT-Drs. 14/6857 S. 66.

⁹ BGH NJW 1972, 944; 2010, 3152 Rn. 14 f.; auch BGH NZM 2006, 626; Erman/Lützenkirchen Rn. 3; Staudinger/Emmerich (2014) Rn. 4; beim Rechtsmangel kommt es auf den Bestand des Rechts und nicht auf dessen Ausübung an; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Rn. 29.

¹⁰ BGH NJW 2010, 3152 Rn. 14 f.: „Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor“.

¹¹ S. BGH NJW 2009, 143 zu mangelhafter Elektroinstallation in der Nachbarwohnung.

¹² LG Berlin DZWiR 1993, 414 mit Anm. Horn DZWiR 1993, 412, 413 zur Asbestverseuchung des Palasts der Republik. Zur Einschränkung bei fehlender Erkennbarkeit aber → Vor § 536 Rn. 10.

¹³ BGHZ 68, 294 = NJW 1977, 1285; dazu Krampe JZ 1978, 438; ferner BGH NJW-RR 1992, 267; Staudinger/Emmerich (2014) Rn. 7.

¹⁴ Bamberger/Roth/Ehlert Rn. 11; Pieper NJW 1961, 300 (301); im Ergebnis auch BGH BB 1959, 1115.

¹⁵ Vgl. die Argumentation in BGHZ 203, 148 Rn. 20 ff. = NJW 2015, 402.

¹⁶ Kinne GE 2001, 1235; aA BGH NJW 1968, 885 – in BGHZ 49, 350 insoweit nicht veröffentlicht; Staudinger/Emmerich (2014) Rn. 5.

¹⁷ BGHZ 9, 320 = NJW 1953, 1180; BGHZ 56, 136 = NJW 1971, 1450; OLG Karlsruhe ZMR 1991, 378; Erman/Lützenkirchen Rn. 4.

¹⁸ OLG Naumburg ZMR 2000, 381. Krit. zur Rspr. des BGH Pieper JuS 1962, 459 (463); Trenk-Hinterberger JuS 1975, 501.