

Aufsatz ZR

Dr. Anton S. Zimmermann*

Der Mietmangel: ein Gewährleistungsrechtsvergleich

<https://doi.org/10.1515/jura-2022-3199>

Die Befassung mit dem Gewährleistungsrecht im Studium ist stark auf das Kaufrecht fokussiert, während das Mietrecht oft ausgespart wird. Das ist, auch wenn das Kaufrecht weit häufiger Klausurgegenstand ist, mit Blick auf Prüfungen nicht ohne Risiko: Im Werkvertragsrecht kann man kaufrechtliches Wissen oft zweitverwerten oder findet zumindest einen klaren Kontrast zu Parallelregeln im Kaufrecht vor, aus dem sich Umkehrschlüsse ziehen lassen. Im Mietrecht unterscheiden sich die Strukturen hingegen erheblich, sodass bereits das Auffinden von Parallelen nicht immer leicht ist. Der vorliegende Beitrag will hier abhelfen und mietrechtliche Gewährleistungsstrukturen mit jenen des Kauf- und Werkvertragsrechts abgleichen.

Stichwörter: Mietrecht, Mietmangel, Mängelgewährleistung, Leistungsstörungenrecht

I. Einleitung

Das Mietrecht ist eine etwas eigenwillige Materie:¹ Es wurde zwar, wie das Kauf- und Werkvertragsrecht, um die Jahrtausendwende überarbeitet.² Dabei wurde die Gewährleistung im Mietrecht aber nicht an das allgemeine Schuldrecht rückgekoppelt.³ Das hat zur Folge, dass man es im Mietrecht an vielen Stellen mit Spezialvorschriften zu tun hat, die sich von denen des allgemeinen Schuldrechts unterscheiden. An diesem Kontrast setzt der vorliegende Beitrag an: Er stellt das mietrechtliche Gewährleistungsrecht nicht isoliert, sondern im Kontext von Kauf- und Werkvertragsrecht dar, das

Studierenden in der Regel vertrauter ist. Das soll zum einen die Einarbeitung in Neues erleichtern und zum anderen Gelegenheit zur Wiederholung von Bekanntem bieten.

Dabei geht der Beitrag zunächst dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Gewährleistung im Mietrecht (II.) und dem Mangelbegriff (III.) nach. Anschließend werden, stets vor dem Hintergrund von Kauf und Werkvertrag, die wesentlichen Gewährleistungsrechte erörtert (IV.), also Mangelbeseitigung, Minderung, Schadenersatz, Selbstvornahme und Kündigung. Abschließend werden die Konkurrenzen zu allgemeinen Rechtsinstituten wie der culpa in contrahendo und der Anfechtung skizziert (V.).

II. Zeitlicher Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts

Eine zentrale Frage jedes Gewährleistungsrechts ist die, ab wann es eigentlich anwendbar ist. Das Kaufrecht verweist hier ausdrücklich auf den Gefahrübergang (§§ 434 Abs. 1, 446 f. BGB) und im Werkvertragsrecht knüpft die h.M. in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung an den Zeitpunkt der Abnahme an.⁴ Im Mietrecht spricht § 536 Abs. 1 BGB von Sachmängeln »zur Zeit der Überlassung«, sodass es dort regelmäßig auf die Übergabe ankommt.⁵ Bei Rechtsmängeln (§ 536 Abs. 3 BGB) fehlt ein solcher Verweis auf die Überlassung, weshalb man hier verbreitet auch schon zuvor das Gewährleistungsrecht anwenden will.⁶

Ab Überlassung der Mietsache ist das allgemeine Schuldrecht im Hinblick auf Mängel gesperrt.⁷ Das gilt zwar im Ausgangspunkt auch im Kauf- und Werkvertragsrecht, doch verweisen deren Gewährleistungsvorschriften (§§ 437,

¹ Weller JZ 2012, 881ff. spricht vom »enfant terrible« der Privatrechtsdogmatik.

² BGBl. 2001 I, S. 1149.

³ MüKoBGB/Häublein, Bd. 5, 8. Auf. 2020, Vor § 536 Rn. 6.

*Kontaktperson: Anton S. Zimmermann, Verf. ist Akad. Rat a. Z. am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (LS Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

⁴ HK-BGB/Scheuch, 11. Aufl. 2021, § 633 Rn. 6.

⁵ BGH NJW 1997, 2813; a. A. für § 536a BGB MüKoBGB/Häublein, § 536a Rn. 12. Freilich kann es auf die Übergabe nur ankommen, soweit der Vertrag – was bei der Miete nicht zwingend ist – für die geschuldete Gebrauchsüberlassung eine Übergabe vorsieht.

⁶ BGH NJW 1991, 3277, 3278; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 536 Rn. 544.

⁷ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 574.

634 BGB) umfangreich auf das allgemeine Schuldrecht, so dass es letztlich doch Anwendung findet. Im Mietrecht gibt es keine solche Verweisnorm. Stattdessen regelt das besondere Schuldrecht selbst die Gewährleistungsrechte umfassend und greift nur punktuell auf das allgemeine Schuldrecht zurück, etwa auf den Verzug (§ 286 BGB) als Tatbestandsmerkmal in § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Wegen des Dauerschuldcharakters des Mietvertrags hat der maßgebliche Zeitpunkt im Mietrecht keine gewährleistungsbegrenzende Funktion: Während nach Übergabe auftretende Verschlechterungen der Sache im Kaufrecht in den Risikobereich des Käufers fallen und keinen Mangel begründen (vgl. §§ 434, 446 S. 1 BGB),⁸ ist der Vermieter auch nach Überlassung zur fortwährenden Erhaltung der Mietsache verpflichtet (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB).

III. Mangel

Das Mietrecht enthält keine den §§ 434, 633 BGB vergleichbare gesetzliche Definition des Sachmangels.⁹ Verstanden wird darunter im Mietrecht unter Rückgriff auf die Standardformel jede negative Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit; diese Abweichung muss zudem zu einer Minderung der Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch führen.¹⁰ Den Kernbereich des Mangelbegriffs bilden physische Eigenschaften der Mietsache.¹¹ Ergeben sich Gebrauchseinschränkungen aus einem außerhalb der Sache liegenden Umstand (z. B. Lärm einer Baustelle), liegt ein Mangel nur vor, soweit die Gebrauchsbeeinträchtigung in Eigenschaften der Sache selbst und nicht bloß in der Nutzung durch den Mieter wurzelt.¹² Der Vermieter trägt nach dem Mietvertrag grundsätzlich nur das Bereitstellungs-, nicht aber das Nutzungsrisiko.

Fall 1:¹³ M und V vereinbaren die Miete von Räumlichkeiten in einem Gebäude des V für den Betrieb von drei Spielhallen. Der Betrieb mehrerer Spielhallen in demselben Gebäude ist öffentlich-rechtlich unzulässig, weshalb die zuständige Behörde gegen M vorgeht, um die Einhaltung der Vorgabe zu sichern. Liegt ein Mangel vor?

⁸ BeckOK/Faust, 62. Ed., Stand: 05/2022, § 446 Rn. 16.

⁹ Derleder NZM 2002, 676 spricht treffend von »hermetischer Naivität«.

¹⁰ MüKoBGB/Häublein, § 536 Rn. 3.

¹¹ MüKoBGB/Häublein, § 536 Rn. 5.

¹² BeckOK/Wiederhold, § 536 Rn. 44.

¹³ Fall vereinfacht nach OLG Hamm, BeckRS 2020, 8424.

LÖSUNG

Das Verbot schränkt die Nutzung zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dem Betrieb von drei Spielhallen, ein. Ob es sich um einen Sachmangel handelt, erscheint aber deshalb zweifelhaft, weil der Fall an der Grenze der oben genannten Risikobereiche liegt: Das Verbot ist gerade gegen die Art der Nutzung durch den Mieter gerichtet, knüpft aber an bauliche Eigenschaften und die Lage der Mietsache an. Überzeugender dürfte es sein, wegen der Verbindung (auch) zu Eigenschaften der Sache einen Mangel zu bejahen.¹⁴ Erst wenn der Bezug zur Mietsache vollends entfällt, etwa bei den flächendeckenden coronabedingten Geschäftsschließungen der vergangenen Jahre, ist die Schwelle zur Risikosphäre des Mieters überschritten und ein Mangel abzulehnen.¹⁵

Vergleichend von Interesse ist die Nichtüberlassung der Mietsache wegen der Rechte eines Dritten: Im Kaufrecht geht die überwiegende Ansicht bei der unterbleibenden Eigentumsverschaffung wegen Dritteigentums nicht von einem Rechtsmangel aus, weil § 433 Abs. 1 S. 1, 2 BGB zwischen der Übereignung und deren Mangelfreiheit differenziert. Es soll stattdessen eine Nichtleistung vorliegen.¹⁶ Im Mietrecht hingegen stellt auch die wegen des Rechts eines Dritten vollständig unterbliebene Überlassung einen Rechtsmangel dar.¹⁷ Das ist vor dem Hintergrund verständlich, dass der Rechtsmangel im Mietrecht – wo eine Vollrechtsübertragung ja gerade nicht geschuldet ist – anderenfalls kaum einen Anwendungsbereich hätte.

Der Rechtsmangelbegriff unterscheidet sich weiter darin, dass im Kaufrecht auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen als Rechtsmängel in Betracht kommen, § 436 Abs. 2 BGB e contrario.¹⁸ Im Werkvertragsrecht fehlt es an einer entsprechenden Regelung, man nimmt aber wie im Kaufrecht an, dass öffentliche Beschränkungen einen Rechtsmangel darstellen können.¹⁹ Ein Rechtsmangel im Sinne des § 536 Abs. 3 BGB kann demgegenüber nur in einem privaten Recht eines Dritten bestehen.²⁰ Das dürfte Ausfluss der speziellen Risikoverteilung des Mietrechts sein: Soweit die öf-

¹⁴ Ausf. OLG Hamm, BeckRS 2020, 8424 Rn. 43 ff.

¹⁵ Dazu BGH NJW 2022, 1370, 1373 Rn. 29 ff.; Zimmermann, WM 2021, 1781, 1784.

¹⁶ BGH NJW 2007, 3777, 3779; HK-BGB/Saenger, § 435 Rn. 3.

¹⁷ BGH NJW 1985, 1025, 1026; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 294.

¹⁸ BeckOK/Faust, § 435 Rn. 15.

¹⁹ MüKoBGB/Busche, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 633 Rn. 33.

²⁰ BeckOK/Wiederhold, § 536 Rn. 109: »Zu den Rechten i. S. d. Abs. 3 zählen nur private Rechte Dritter (allgM), die dinglicher oder schuldrechtlicher Natur sein können.« So auch zu § 541 BGB a. F. BGH NJW 1991, 3280. Unklar Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 281.

fentlich-rechtliche Beschränkung ihre Wurzel in Eigenschaften der Sache hat, liegt nach allen drei Gewährleistungsrechten ohnehin ein *Sachmangel* vor.²¹ Ist das nicht der Fall, ist aber im Mietrecht nicht mehr das Bereitstellungsrisiko des Vermieters betroffen, sondern das Nutzungsrisiko des Mieters – hier einen Rechtsmangel anzunehmen würde also die vertragliche Risikozuweisung unterlaufen. Zudem wird der hoheitliche Entzug der Mietsache dadurch aufgefangen, dass Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung eintritt.²²

IV. Einzelne Gewährleistungsrechte

Das Mietrecht enthält, anders als das Kauf- und Werkvertragsrecht (§§ 437, 634 BGB) keine Vorschrift, in der die einzelnen Mängelrechte aufgezählt sind. Die Gewährleistungsrechte sind aber weitgehend dieselben: Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB), Minderung (§ 536 BGB), Schadenersatz (§ 536a Abs. 1 BGB) und Vertragsauflösung (im Mietrecht durch Kündigung, § 543 BGB). Hinzu kommt der aus dem Werkvertragsrecht bekannte Rechtsbehelf der Selbstvornahme (§ 536a Abs. 2 BGB).

1. Mangelbeseitigung

Im Kauf- und Werkvertragsrecht unterscheidet das Gesetz zwischen dem primären Erfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 1 BGB bzw. §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB) und dem Nacherfüllungsanspruch bei mangelhafter Leistung (§ 439 BGB bzw. § 635 BGB).²³ Das Mietrecht geht hier anders vor: Es verpflichtet den Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB primär nicht nur zur mangelfreien Überlassung, sondern erlegt ihm überdies auch eine fortdauernde Erhaltungspflicht auf. Das liegt im Äquivalenzverhältnis des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis begründet: Der Vermieter erhält eine gleichbleibende Miete, die er sich damit verdienen muss, dass er die Mietsache in gleichbleibender Qualität bereitstellt. Daraus folgt zugleich eine Grenze der geschuldeten Erhaltungsmaßnahmen: Verbessern, insbesondere modernisieren, muss der Vermieter die Sache grundsätzlich nicht.²⁴

²¹ Zum Kaufrecht etwa OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 412 (nicht zulassungsfähiges Kfz); zum Werkrecht MüKoBGB/*Busche*, § 633 Rn. 33: Rechtsmängel bei »nicht in der Beschaffenheit des Werkes wurzelnde öffentliche Beschränkung«; zum Mietrecht MüKoBGB/*Häublein*, § 536 Rn. 25.

²² Vgl. MüKoBGB/*Häublein*, § 536 Rn. 29 mit Fn. 151 und Rn. 25.

²³ Zum Verhältnis der Ansprüche BeckOGK/*Höpfner*, Stand: 05/2022, § 439 Rn. 5 ff.; *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 454 ff.

²⁴ MüKoBGB/*Häublein*, § 535 Rn. 119.

Die Erhaltungspflicht besteht auch, wenn der Mangel die Folge einer Abnutzung der Mietsache durch den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters ist (vgl. § 538 BGB).²⁵ Diese Abnutzung ist nach dem gesetzlichen Leitbild durch die Miete abgegolten. Hierher gehören namentlich Schönheitsreparaturen, die § 535 Abs. 1 S. 2 BGB folglich dem Pflichtenkreis des Vermieters zuweist. In der Praxis werden sie freilich häufig durch AGB auf Mieter abgewälzt. Derartigen Klauseln werden durch § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB Grenzen gesetzt,²⁶ der BGH hält sie aber nicht generell für unangemessen benachteiligend. Er meint (begrenzt überzeugend)²⁷, der Mieter erhalte im Gegenzug einen Mietnachlass, sodass von ihm vorgenommene Schönheitsreparaturen »rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen [seien].«²⁸ Angemessen ist die Verpflichtung des Mieters zu Schönheitsreparaturen regelmäßig aber nur, wenn sie auf den tatsächlichen Abnutzungsgrad während der Vertragslaufzeit begrenzt ist.²⁹ Unwirksam im Hinblick auf das gesetzliche Leitbild gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB sind demnach starre Fristenregelungen³⁰ und Schönheitsreparaturklauseln bei bereits abgenutzt übergebenen Wohnungen³¹.

Fall 2:³² V und M schließen einen Mietvertrag mit unwirksamer Schönheitsreparaturklausel. M hält diese für wirksam und streicht die Wohnung. Nach einiger Zeit kommen ihm Zweifel an der Wirksamkeit der Klausel und er fordert V auf, nachträglich für die Schönheitsreparatur zu bezahlen.

LÖSUNG

In Betracht kommt ein Schadenersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung des V (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), die nach der Rechtsprechung in der Verwendung einer unwirksamen AGB liegen kann.³³ Im Originalfall hatte der Vermieter nach Ansicht des BGH diesen

²⁵ BeckOK/*Zehlelein*, § 535 Rn. 401.

²⁶ Näher zu Kasuistik und Anforderungen an wirksame Überwälzung BeckOK/*Zehlelein*, § 535 Rn. 429.

²⁷ Zutr. krit. *Emmerich*, JuS 2004, 1008.

²⁸ BGH NJW 2009, 2590, 2592. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man bei der Leistung auf unwirksame Vertragspflichten die GoA für gesperrt hält, um das Bereicherungsrecht nicht zu umgehen, so etwa MüKoBGB/*Häublein*, § 536 Rn. 163.

²⁹ MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 134.

³⁰ BGH NJW 2004, 2586, 2587.

³¹ BGH NJW 2015, 1594 (anders nur bei angemessenem Ausgleich).

³² Fall nach BGH NJW 2009, 2590.

³³ BGH NJW 1984, 2816, 2817.

Umstand indes nicht zu vertreten, weil die Rechtsprechung eine vergleichbare Klausel zuvor für wirksam erachtet hatte.³⁴ Ferner ist, weil die Aufwendungen nicht nach § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen sind, ein Anspruch aus § 539 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 677 ff. BGB zu prüfen.³⁵ Dabei handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung auf die auftragslose Geschäftsführung, sodass es entscheidend auf das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens ankommt. Der BGH lehnt diesen ab: Es handle sich um ein reines Eigengeschäft des Mieters, weil die Reparatur Teil der allein dem Rechtskreis des Mieters angehörenden Entgeltleistung sei. Dem Mieter bleibt, als hätte er irrtümlich zu viel Miete bezahlt, nur ein Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt, 818 Abs. 2 BGB. Bei selbst vorgenommenen Handwerksleistungen bemisst sich dieser »nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material«³⁶ aufwendet.³⁷

Grenzen des Erhaltungsanspruchs gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben sich aus § 275 BGB. Wird die Mietsache zerstört, greift § 275 Abs. 1 BGB ein. Eine eigene Vorschrift zur Unzumutbarkeit des Mangelbeseitigungsaufwands kennt das Mietrecht – anders als Kauf- (§ 439 Abs. 4 BGB) und Werkvertragsrecht (§ 635 Abs. 3 BGB) – nicht. Insoweit gilt nur § 275 Abs. 2 BGB, wobei man sich für die Bestimmung der Unzumutbarkeit aber an den Maßstäben des Kauf- und Werkvertragsrechts orientieren kann.³⁸

2. Minderung

Die Minderung gemäß § 536 Abs. 1 S. 1, 2 BGB führt zu einer Herabsetzung der Miete in Abhängigkeit von der Schwere der mangelbedingten Gebrauchseinschränkung. Die Mechanik der Minderung im Mietrecht unterscheidet sich grundlegend von derjenigen des Kauf- und Werkvertragsrechts: Während §§ 441 Abs. 1 S. 1, 638 Abs. 1 S. 1 BGB eine Erklärung voraussetzen und die Minderung so zu einem Gestaltungsrecht machen, tritt die Minderung im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1, 2 BGB kraft Gesetzes ein. Für den Prüfungsaufbau ist ferner zu beachten, dass die Minderungsrechte des Kauf- und Werkvertragsrechts tatbestandlich an den Rück-

tritt anknüpfen (»statt zurückzutreten«), während die Mietminderung ihre Voraussetzungen selbstständig regelt.

a) Kein Fristsetzungserfordernis

Die größte tatbestandliche Besonderheit der Mietminderung besteht darin, dass sie keinen generellen Vorrang der Mangelbeseitigung vorsieht. Während im Kauf- und Werkvertragsrecht wegen der Bezugnahme auf die Rücktrittsvoraussetzungen grundsätzlich vor der Minderung eine Nacherfüllungsfrist erforderlich ist (§ 441 Abs. 1 S. 1 bzw. § 638 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 323 Abs. 1 BGB), kommt eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB sofort in Betracht, sobald ein Mangel besteht.³⁹ Der Mieter ist nur gem. § 536c Abs. 1 BGB zur Mangelanzeige verpflichtet und kann bei Verstößen sein Minderungsrecht verlieren (s. u., IV., 6.). Dass die Minderung unmittelbar mit dem Mangel eintritt, hat seinen Grund im Dauerschuldcharakter des Mietvertrags: Selbst wenn der Mangel beseitigt wird, bleibt es dabei, dass für einen Teil der Mietzeit das Äquivalenzverhältnis von Miete und Mietsache nicht im Gleichgewicht war. Erst die Minderung schafft hier einen Ausgleich.

b) Ausschluss bei Unerheblichkeit

Eine weitere mietrechtliche Besonderheit ergibt sich aus § 536 Abs. 1 S. 3 BGB: Im Mietrecht scheidet eine Minderung bei Unerheblichkeit des Mangels aus.⁴⁰ Dem Gesetzgeber ging es wohl darum, Streit um Kleinigkeiten zu vermeiden und so ein gedeihliches Miteinander unter den Parteien für das weitere Mietverhältnis zu sichern.⁴¹ Nur bei vertraglich zugesicherten Eigenschaften im Sinne von § 536 Abs. 2 BGB berechnen auch unerhebliche Mängel zur Minderung, weil die Vorschrift bloß auf § 536 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB verweist.⁴²

Im Kauf- und Werkvertragsrecht kommt es hingegen auf die Erheblichkeit des Mangels für die Minderung nicht an (§§ 441 Abs. 1 S. 2, 638 Abs. 1 S. 2 BGB): Sie dient dort als gegenüber dem Rücktritt milderes Mittel vielmehr gerade auch der Wiederherstellung des Austauschverhältnisses bei Mängeln, die wegen ihrer Unerheblichkeit keinen Rücktritt erlauben (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB).

³⁴ BGH NJW 2009, 2590, 2591.

³⁵ M. E. könnte man auch diskutieren, ob § 539 Abs. 1 BGB nicht vorliegend durch § 536a Abs. 2 BGB gesperrt ist, dazu s. u., IV., 4., c). Vgl. Beck-OGK/J. *Emmerich*, Stand: 07/2022, § 539 Rn. 17, der sich aber für den Fall der Schönheitsreparatur nicht positioniert.

³⁶ BGH NJW 2009, 2590, 2592.

³⁷ Krit. zur Höhe des Wertersatzes mit guten Gründen MüKoBGB/*Häublein*, § 536 Rn. 163.

³⁸ Zutr. MüKoBGB/*Häublein*, § 535 Rn. 123.

³⁹ *Börstinghaus*, Mietminderungstabelle, 4. Aufl. 2017, Teil 1, III., 4.

⁴⁰ Zur Unerheblichkeit bei Wohnflächenabweichungen BGH NJW 2004, 1947, 1949.

⁴¹ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536 Rn. 46.

⁴² BeckOK/*Wiederhold*, § 536 Rn. 46.

c) Rechtsfolgen

Der Mieter ist infolge der Minderung ganz oder teilweise von der Zahlungspflicht befreit. Weil das Mietrecht kein spezielles Regime für die Erstattung überbezahlter Miete vorsieht (anders als §§ 441 Abs. 4 bzw. 638 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB), erfolgt die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht.⁴³

Fall 3:⁴⁴ M stellt Ende November fest, dass in seiner Wohnung die Heizung nicht funktioniert, wodurch die Räume unbewohnbar kalt werden, was er seinem Vermieter per E-Mail mitteilt. Die E-Mail enthält unter anderem die Frage, ob es für V in Ordnung wäre, eine Mietminderung zu vereinbaren. Die Reparaturen dauern bis Ende Dezember. Kann M die fortbezahlte Miete für Dezember zurückfordern?

LÖSUNG

Der Anspruch des M ergibt sich aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, soweit die von ihm erbrachte Leistung ohne Rechtsgrund erfolgte. Das ist der Fall, soweit die Miete für Dezember gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB gemindert war. Ein Mangel der Mietsache lag hier vor und hat die Gebrauchstauglichkeit der Wohnung vollständig aufgehoben, sodass die Miete auf null gemindert ausgeschlossen war.

Der Rückforderung steht aber § 814 S. 1 BGB entgegen, soweit M in Kenntnis der Nichtschuld geleistet hat. Das erfordert neben der Kenntnis der zugrundeliegenden Tatsachen auch (laienhafte) Rechtskenntnis. Tatsachenkenntnis hatte M vorliegend. Nach der Rechtsprechung ist anzunehmen, dass »im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Kreise [dem Mieter] sein Recht zur Herabsetzung der Miete bekannt ist«⁴⁵. Allerdings entscheidet letztlich der Einzelfall und der Vermieter als Leistungsempfänger trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis.⁴⁶ Hier ergibt sich aus den konkreten Umständen, dass M sich der Minderungswirkung kraft Gesetzes nicht bewusst war, sondern eine Vereinbarung mit V für notwendig hielt.⁴⁷ Er hatte infolgedessen keine Kenntnis von seiner Nichtschuld.

⁴³ H. M., MüKoBGB/Häublein, § 536 Rn. 33.

⁴⁴ Fall nach BGH NJW-RR 2018, 1483.

⁴⁵ BGH NJW 2003, 2601, 2603, Einschub stammt vom *Verf.* Dabei soll es sich nach BGH NJW-RR 2018, 1483, 1484 um eine »überschlägige Regelfallbetrachtung« handeln.

⁴⁶ BGH NJW-RR 2018, 1483, 1484. Im Einzelnen strittig, KG BeckRS 2013, 6082 will von einem Anscheinsbeweis ausgehen.

⁴⁷ Jauernig/Stadler, § 814 Rn. 3.

Hinweis: Weiß der Mieter von der Minderung kraft Gesetzes, kann er die Folge des § 814 BGB vermeiden, indem er unter Vorbehalt der Rückforderung zahlt: Die Rückforderungssperre basiert darauf, dass das Gesetz es als widersprüchliches Verhalten ansieht, in Kenntnis der Nichtschuld zu leisten und anschließend das geleistete zurückzufordern. Die darin liegende Treuwidrigkeit entfällt, wenn nur unter Vorbehalt bezahlt wird.⁴⁸

3. Schadenersatz

Der Schadenersatz wegen Mängeln ist im Mietrecht einheitlich in § 536a Abs. 1 BGB geregelt, eine Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden findet nicht statt, vielmehr fallen beide unter die Norm.⁴⁹ Soweit Schadensursache ein Mangel ist, ist außerdem die aus Kauf- und Werkvertragsrecht bekannte Abgrenzung zwischen Schadenersatz statt und neben der Leistung nicht erforderlich. Auch unterscheidet § 536a BGB nicht danach, ob die mangelfreie Leistung möglich ist,⁵⁰ eine Differenzierung wie in §§ 281, 283, 311a BGB gibt es nicht.

Außerdem erfordert § 536a Abs. 1 BGB nicht in jedem Fall Vertretenmüssen: Für bereits bei Vertragsschluss vorliegende Mängel trifft den Vermieter eine *Garantiehaftung*.⁵¹ Diese mietrechtliche Besonderheit, die schon in der ursprünglichen Fassung des BGB enthalten war, begründen die Motive damit, dass es »mit Rücksicht auf das Wesen des Mietvertrages sehr nahe [liege]«⁵², dass der Vermieter eine mangelfreie Mietsache »nicht bloß versprochen, sondern zugleich stillschweigend garantiert hat«⁵³. Etwas anders sei »vom sozialpolitischen Standpunkte aus bedenklich«⁵⁴. Die Regelung ist ein Fremdkörper im Schadenersatzrecht. Die verschuldensunabhängige Haftung fügt sich zudem nicht in das System des sonstigen Vertragsrechts ein.⁵⁵ Im Kauf- und Werkvertragsrecht ist auch bei anfänglichen Mängeln für Schadenersatz durchweg Vertretenmüssen erforderlich, mag es auch vermutet werden (§ 311a Abs. 2 S. 2 bzw. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB).⁵⁶ Erst recht dürfte das als dogmatische Begründung herangezogene Garantieversprechen eine Fiktion

⁴⁸ Medicus/Petersen, BürgR, § 14 Rn. 322d; Schmidt-Futterer/*Eisen-schmid*, § 536 Rn. 344a.

⁴⁹ BeckOGK/*Bieder*, Stand: 07/2022, § 536a Rn. 22.

⁵⁰ Vgl. BeckOGK/*Bieder*, § 536a Rn. 51.

⁵¹ BeckOGK/*Bieder*, § 536a Rn. 4.

⁵² Mugdan II, 209f. (Motive).

⁵³ Ebda., Schreibweise wie im Original.

⁵⁴ Mugdan II, 814 (Protokolle).

⁵⁵ *Eckert* NZM 2001, 409, 411: »Diese Bestimmung hat sich in der Praxis nicht bewährt. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Einigkeit, dass diese garantieartige Haftung des Vermieters atypisch für das Schuldrecht ist.«

⁵⁶ BeckOGK/*Bieder*, § 536a Rn. 4.

sein.⁵⁷ Immerhin lässt sich aus der Verwurzelung in einem Versprechen des Vermieters aber ableiten, dass die verschuldensunabhängige Haftung grundsätzlich abdingbar ist.⁵⁸

Durch den Unterschied von Garantiehaftung für anfängliche Mängel bei Vertragsschluss (nicht: Überlassung) und Verschuldenshaftung für nachträgliche Mängel (im Fall von § 536a Abs. 1 2. Alt BGB sogar ohne Vermutung)⁵⁹ ist der Zeitpunkt der Mangelentstehung entscheidend. Dieses Kriterium entspricht der aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht bekannten Unterscheidung zwischen § 311a Abs. 1 BGB und §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB. Es genügt dafür, dass bei Vertragsschluss die Ursache des Mangels vorhanden ist, selbst wenn sich eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit erst später herausbildet. So wäre es beispielsweise ausreichend, dass bei Vertragsschluss in einem nicht mitvermieteten Nebenraum die Elektroinstallation fehlerhaft ist, auch wenn es erst nach Vertragsschluss infolgedessen zu einem Hausbrand kommt.⁶⁰

4. Selbstvornahme

Beseitigt der Mieter einen Mangel selbst, gewährt ihm das Mietrecht gem. § 536a Abs. 2 BGB unter bestimmten Voraussetzungen Aufwendungsersatz. Damit liegt es auf einer Linie mit dem Werkvertragsrecht, das in § 637 BGB ebenfalls ein Selbstvornahmerecht kennt. Demgegenüber sieht das Kaufrecht bekanntlich keine Selbstvornahme des Käufers vor. Dieser kann Selbstvornahmeaufwand allenfalls als Schadenersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB fordern, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

a) Voraussetzungen

Sowohl im Werkvertrags- als auch im Kaufrecht setzt die Kostenerstattung den Ablauf einer gesetzten Frist voraus (§ 281 BGB⁶¹ bzw. § 637 Abs. 1 BGB). Das Mietrecht hingegen ver-

langt grundsätzlich Schuldnerverzug bei der Mangelbeseitigung (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB). Praktisch werden die Unterschiede aber wieder eingeebnet: Der Schuldnerverzug tritt zwar grundsätzlich bereits mit der Mahnung ein. Das hätte aber die unbillige Folge, dass der Mieter den Vermieter mahnen und unmittelbar zur Selbstvornahme schreiten könnte. Die Praxis verlangt deshalb, dass der Mieter nach der Mahnung eine angemessene Frist wartet.⁶² Dogmatisch kann man dies im Vertretenmüssen verankern (§ 286 Abs. 4 BGB).⁶³ Dass der Vermieter einen defekten Wasserhahn nicht in der Minute reparieren kann, in der er von ihm erfährt, hat er nicht zu vertreten. Der Mieter muss damit zwar keine Frist setzen, sehr wohl aber nach der Mahnung eine Frist abwarten – jedenfalls, wenn der Vermieter (wie meist) erst durch die Mahnung von dem Mangel erfährt.⁶⁴ Nimmt man hinzu, dass der BGH an den Akt der Fristsetzung ausgesprochen niedrige Anforderungen stellt,⁶⁵ dürfte in den hier relevanten Fällen praktisch ein weitgehender Gleichlauf zwischen Fristsetzungs- und Verzugerfordernis bestehen. Damit gibt es bei allen drei Vertragstypen in gewisser Weise einen Vorrang der Mangelbeseitigung durch den Schuldner gegenüber der Selbstvornahme durch den Gläubiger.

Unterschiede dürften am ehesten bei der Frage bestehen, wann ein Zuwarten ausnahmsweise entbehrlich ist. Das Mietrecht nennt hier nur Fälle besonderer Dringlichkeit (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB), während Kauf- und Werkvertragsrecht stärker ausdifferenzierte Entbehrlichkeitstatbestände vorhalten (§§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 440 BGB bzw. §§ 637 Abs. 2, 323 Abs. 1 BGB).

Das Kaufrecht setzt mit seiner Schadenersatzlösung ein Vertretenmüssen voraus (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), während das Werkvertragsrecht kein Vertretenmüssen erfordert.⁶⁶ Im Mietrecht ist wegen des Verzugerfordernisses ebenfalls in der Regel ein Vertretenmüssen erforderlich (§ 286 Abs. 4 BGB), nur bei Dringlichkeit (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB) wird darauf verzichtet. Der Mieter wird insofern schlechter behandelt als der Besteller eines Werkes.⁶⁷

57 MüKoBGB/Häublein, § 536a Rn. 1 weist demnach wohl zutr. auf die sozialpolitischen Belange als in Wahrheit hinter der Regelung stehendes Anliegen hin. S. auch a. a. O., Rn. 1 Fn. 1, auch zur kritiklosen Übernahme der Regelung in der Schuldrechtsmodernisierung.

58 S. etwa Eckert, NZM 2001, 409, 410. Das gilt auch für AGB, BGH NJW-RR 1991, 74f. Grenzen nimmt allerdings OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2021, 43481 an, soweit bei Fahrzeugmiete für das sichere Fahren unabdingbare Pflichten (dort: funktionsfähige Lenkung und Bremsen) betroffen sind.

59 Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536a Rn. 186.

60 BGH NJW 1972, 944f.

61 Anders nun aber im Verbrauchsgüterkaufrecht § 475a Abs. 2 S. 1, Abs. 1 Nr. 1 BGB (Mangelanzeige plus bloßer Fristablauf).

62 Siehe etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 716 – freilich mit der zweifelhaften Begründung, die Mahnung erfordere das Setzen einer »genau bezeichneten Frist«. Auch BeckOGK/Bieder, § 536a Rn. 18 sieht darin wohl eine Ausnahme von allgemeinen Grundsätzen.

63 So zutr. Dauner-Lieb/Dötsch NZM 2004, 641, 643.

64 MüKoBGB/Häublein, § 536a Rn. 12 mit Rn. 27.

65 Dazu BeckOK/Lorenz, § 281 Rn. 16.

66 Jauernig/Mansel, § 637 Rn. 3.

67 Krit. zu diesem Ergebnis, weil der Mieter im Übrigen vom Gesetzgeber für ausgesprochen schutzwürdig gehalten wird Dauner-Lieb/Dötsch NZM 2004, 641, 643.

b) Vorschuss und fiktive Mängelbeseitigungskosten

Ein weiterer Unterschied besteht bei der Vorschussfrage. Mieter und Besteller können einen Vorschuss verlangen, wenn die Voraussetzungen der Selbstvornahme vorliegen. Der Vorschuss hat im Werkvertragsrecht sogar eine gesetzliche Regelung erfahren (§ 637 Abs. 3 BGB). Im Mietrecht leitet man ihn nach wie vor aus § 242 BGB her, weil die andernfalls notwendige Vorfinanzierungspflicht den Mieter unbillig an der Wahrnehmung seiner Rechte hindern könnte.⁶⁸

Interessanterweise kann auch der Käufer zumindest faktisch einen Vorschuss erlangen: Er kann die Mängelbeseitigungskosten fiktiv, d. h. ohne den Mangel bereits beseitigt zu haben, als Schadenersatz gelten machen.⁶⁹ Der Schadenersatz ist sogar final, der Käufer muss überschüssige Zahlungen selbst dann nicht erstatten, wenn er die Mängelbeseitigung vollständig unterlässt. Darin liegt eine Besonderstellung gegenüber Mietern und Bestellern: Über die Vorschüsse des Mieters aus § 242 BGB oder des Bestellers aus § 637 Abs. 2 BGB muss der Begünstigte abrechnen und den Betrag gegebenenfalls zurückzahlen.⁷⁰

Auch im Wege des Schadenersatzes können Besteller und Mieter Mängelbeseitigungskosten nicht endgültig fiktiv abrechnen: Der Besteller kann zwar für die Kosten der Selbstvornahme ebenfalls auf einen Schadenersatzanspruch zurückgreifen. Allerdings hat der BGH entschieden, dass wegen des dort bestehenden Selbstvornahmeregimes, insbesondere des Vorschusses nach § 637 Abs. 3 BGB, eine fiktive Abrechnung von Mängelbeseitigungskosten als Schadenersatz ausscheidet.⁷¹ Das Mietrecht ist noch restriktiver: Dort soll ein Schadenersatzanspruch (§ 536a Abs. 1 BGB) für Selbstvornahmeaufwendungen überhaupt nicht in Betracht kommen.⁷² Dass das Mietrecht hier anders vorgeht als Kauf- und Werkvertragsrecht mag auf den ersten Blick verwundern, dürfte aber sinnvoll sein: Im Werkvertragsrecht fordert der Schadenersatz ein Mehr an Voraussetzungen gegenüber der Selbstvornahme, sodass die Voraussetzungen des § 637 Abs. 1 BGB durch den Schadenersatz nicht ausgehöhlt werden können. Anders bei der Miete: Dort kommt ein Schadenersatz in einigen Konstellationen schon unter weit geringeren Voraussetzungen in Betracht als die Selbstvornahme, sodass ein Unterlaufen von § 536a Abs. 2 BGB durchaus zu befürchten wäre – man denke etwa an den anfänglichen Mangel, für den der Vermieter

ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere ohne Vertretenmüssen, auf Schadenersatz haftet (§ 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB), während § 536a Abs. 2 BGB für die Selbstvornahme auch bei anfänglichen Mängeln Verzug verlangt.

c) Verfrühte Selbstvornahme

Ein klassisches Problemfeld der Selbstvornahme ist ihre verfrühte Ausführung. Käufer und Besteller haben nach der Rechtsprechung keine Ansprüche, wenn sie den Fehler beseitigen, ohne dass die Voraussetzungen der Selbstvornahme bzw. des Schadenersatzes vorliegen.⁷³ Andernfalls werde das Recht des Verkäufers bzw. Werkunternehmers zur zweiten Andienung unterlaufen. Käufer und Besteller sollen noch nicht einmal einen Anspruch auf Erstattung der durch den Verkäufer bzw. Werkunternehmer ersparten Aufwendungen haben, auch wenn eine verbreitete Literaturmeinung⁷⁴ zumindest diesen Betrag analog § 326 Abs. 2 S. 2 BGB für erstattungsfähig hält.

Im Mietrecht wird die Lage durch § 539 BGB etwas komplizierter: Nimmt man die Vorschrift beim Wort, so ermöglicht sie, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB Aufwendungen zur Mängelbeseitigung auch dann ersatzfähig sind, wenn der Mieter die Anforderungen des § 536a Abs. 2 BGB nicht beachtet hat.⁷⁵ Um eine Umgehung der Voraussetzungen dieser Vorschrift zu verhindern geht die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass Mängelbeseitigungsaufwendungen von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von § 539 BGB fallen.⁷⁶ Die Vorschrift ist daher zu lesen als: »Der Mieter kann vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des § 536a Abs. 2 fallen, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen.« Im Übrigen sind die kaufrechtlichen Probleme und Lösungen zur verfrühten Selbstvornahme samt der Frage nach der analogen Anwendbarkeit von § 326 Abs. 2 S. 2 BGB auf das Mietrecht übertragbar.⁷⁷

⁶⁸ MüKoBGB/Häublein, § 536 Rn. 26.

⁶⁹ Dazu aus neuerer Zeit BGH NJW 2021, 1532.

⁷⁰ MüKoBGB/Häublein, § 536 Rn. 26; BeckOK/Voit, § 637 Rn. 16.

⁷¹ S. dazu BGH NJW 2018, 1463 ff.; NJW 2021, 53 ff.

⁷² BeckOGK/Bieder, § 536a Rn. 28; MüKoBGB/Häublein, § 536a Rn. 17f.; BeckOK/Wiederhold, § 536a Rn. 31. Wohl auch BGH NJW 2008, 1216, 1218.

⁷³ GdL. BGH NJW 2005, 1348 ff. Zur Übertragbarkeit auf das Werkvertragsrecht Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, Priv. BauR, 4. Aufl. 2022, § 637 Rn. 16.

⁷⁴ Dazu gdl. Lorenz NJW 2005, 1321, 1322f. sowie ders. NJW 2003, 1417, 1418 f.

⁷⁵ Für parallele Anwendung etwa Staudinger/V. Emmerich, 2021, § 539 Rn. 4a.

⁷⁶ BGH NJW 2008, 1216, 1217; Medicus/Petersen, BürgR, 28. Aufl. 2021, § 14 Rn. 322 a.

⁷⁷ Medicus/Petersen, BürgR, § 14 Rn. 322 a. Dafür auch Dötsch, NZM 2007, 275.

5. Kündigung

Schließlich sieht das Gesetz eine Möglichkeit des Mieters vor, bei Mängeln den Vertrag zu beenden. Während Kauf- und Werkvertragsrecht dem Käufer oder Besteller den Rücktritt ermöglichen (§ 437 Nr. 2 bzw. § 634 Nr. 3 i. V. m. § 323 BGB), stellt das Mietrecht die außerordentliche Kündigung bereit (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, 2 BGB). Ein Rücktritt nach allgemeinem Schuldrecht ist ab Überlassung der Mietsache an den Mieter nicht mehr möglich (s. o., II.).⁷⁸ Das liegt in der Natur des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis begründet⁷⁹ und gilt deshalb auch für andere Dauerschuldverhältnisse wie etwa den Dienstvertrag und das Darlehen. Die Besonderheit der Kündigung besteht darin, dass sie nicht zu einer vollständigen Rückabwicklung des Vertrages führt, wie sie für den Rücktritt in § 346 BGB vorgesehen ist. Stattdessen wird der Vertrag nur *ex nunc* beendet (§ 542 BGB) und ein Anspruch auf Rückgewähr der Mietsache (§ 546 Abs. 1 BGB) begründet, während dem Vermieter Mietzahlungen aus der Zeit vor Beendigung des Mietverhältnisses verbleiben (§ 547 BGB *e contrario*). Trotz dieser Unterschiede in der Rechtsfolge kann man sich bei der Prüfung der Kündigung tatbestandlich am Rücktritt orientieren.

a) Mangel als außerordentlicher Kündigungsgrund

Die außerordentliche Kündigung gem. § 543 Abs. 1 S. 1, 2 BGB erfordert einen wichtigen Grund. Bei Mietmängeln ist die aufwendige Abwägung, die § 543 Abs. 1 S. 2 BGB für die Feststellung dieses wichtigen Grundes regelmäßig fordert, entbehrlich: In § 543 Abs. 2 S. 1 BGB nennt das Gesetz Beispiele für wichtige Gründe, bei deren Vorliegen keine weitere Abwägung erforderlich ist.⁸⁰ Zu diesen Beispielen gehört auch die Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). Darunter fallen, wenngleich der Begriff der Entziehung dies nicht auf den ersten Blick nahelegt, auch Mietmängel.

Für Wohnraummietverträge enthält § 569 BGB weitere Fälle des wichtigen Grundes, wobei sich das Kündigungs-

recht auch in diesen Fällen aus § 543 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt.⁸¹ Im Hinblick auf die Mängelgewährleistung ist vor allem § 569 Abs. 1 BGB relevant, wonach erhebliche Gesundheitsgefahren infolge der Beschaffenheit der Mietsache, etwa starker Schimmelbefall, einen wichtigen Grund darstellen. Das ergäbe sich freilich schon aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB.⁸² Die Besonderheit von § 569 Abs. 1 BGB besteht darin, dass der Mieter bei erheblicher Gesundheitsgefahr sogar dann kündigen kann, wenn er auf ihre Geltendmachung verzichtet hat oder sie bei Vertragsschluss kannte (trotz § 536b BGB, s. dazu noch IV., 6., a)).⁸³

b) Fristsetzungserfordernis

Wie beim Rücktritt ist auch bei der Kündigung neben dem Mangel grundsätzlich – der Natur der außerordentlichen Kündigung als *ultima ratio* folgend (s. auch § 314 Abs. 2 BGB) – eine Fristsetzung erforderlich (§ 543 Abs. 3 S. 1 BGB), sofern das Gesetz sie nicht ausnahmsweise für entbehrlich erklärt (§ 543 Abs. 3 S. 2 BGB). Das gilt auch für Fälle der erheblichen Gesundheitsgefahr, weil § 569 Abs. 1 BGB kein eigenes Kündigungsrecht regelt, sondern nur einen Spezialfall des wichtigen Grundes im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB.⁸⁴

c) Keine Unerheblichkeit des Mangels

Eine § 323 Abs. 5 S. 2 BGB vergleichbare Regelung enthält § 543 BGB nicht, sodass man auf den ersten Blick meinen könnte, dass auch unerhebliche Mängel zur Kündigung berechtigen. Das würde allerdings zu Systembrüchen führen: Wenn bei unerheblichen Mängeln noch nicht einmal die Miete gemindert wird (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB), wäre es widersprüchlich, dem Mieter wegen solcher Mängel ein Recht zur vollständigen Vertragsbeendigung zuzusprechen.⁸⁵ Das zeigt auch ein Blick in das Kauf- und Werkvertragsrecht: Dort ist eine Minderung sogar bei unerheblichen Mängeln möglich und die Vertragsbeendigung durch Rücktritt wird trotzdem an die Erheblichkeit geknüpft. Aus diesen Gründen scheidet auch eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB bei unerheblichen Mängeln aus.⁸⁶

⁷⁸ Staudinger/Rolfs, 2021, § 542 Rn. 198 ff.

⁷⁹ Siehe dazu auch die kurze Begriffsgeschichte bei Weller JZ 2012, 881, 882. Gdl. v. Gierke Jher. Jahrb. 64 (1914), 355 ff.

⁸⁰ BGH NJW 2015, 1296, 1297: »Vielmehr ist danach bei Vorliegen der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB allein aus diesem Grund eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich, ohne dass die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen noch zusätzlich erfüllt sein müssen.«

⁸¹ Schmidt-Futterer/Streyll, § 569 Rn. 1, 9.

⁸² Zur Schnittmenge der Normen auch Kraemer NZM 2001, 553, 562.

⁸³ So auch Schmidt-Futterer/Streyll, § 569 Rn. 10.

⁸⁴ BGH, NJW 2007, 2177, 2178.

⁸⁵ BeckOGK/Mehle, Stand: 04/2022, § 543 Rn. 110.

⁸⁶ BGH NJW 2007, 147, 149; BeckOK/Wiederhold, § 543 Rn. 26.

6. Ausschluss der Mängelrechte

a) Ausschluss wegen Mangelkenntnis

Den aus dem Kaufrecht bekannten Ausschluss von Mängelrechten wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von Mängeln bei Vertragsschluss (§ 442 BGB) gibt es im Mietrecht ebenfalls (§ 536b S. 1, 2 BGB). Darüber hinaus sieht allerdings § 536b S. 3 BGB vor, dass der Mieter auch bei der Annahme der Mietsache in Kenntnis des Mangels seine Rechte verliert, wenn er sie sich nicht vorbehält. Das Werkvertragsrecht kennt nur diese letztgenannte Regel: § 640 Abs. 3 BGB sieht bei vorbehaltloser Abnahme des Werks in Kenntnis des Mangels ebenfalls einen Ausschluss aller Mängelrechte mit Ausnahme des Schadenersatzes (»die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte«) vor.⁸⁷ Mangelkenntnis bei Vertragsschluss spielt im Werkvertragsrecht keine Rolle – das ist schon deshalb sinnvoll, weil das Werk im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ja noch gar nicht erstellt ist. Das Mietrecht kumuliert also letztlich die auf den Vertragsschluss bezogenen Ausschlussgründe des Kaufrechts und die entgegennahmebezogenen des Werkvertragsrechts.

b) Ausschluss wegen unterlassener Mangelanzeige

Daneben kennt das Mietrecht noch eine Besonderheit, die auf seinen Charakter als Dauerschuldverhältnis zurückgeht: Der Vermieter verdient sich die Miete durch die kontinuierliche Bereitstellung einer mangelfreien Sache. Es erscheint vor diesem Hintergrund umgekehrt geboten, dass § 536c Abs. 1 BGB den Mieter verpflichtet, den Vermieter auf diesem unbekannt⁸⁸ Mängel hinzuweisen und ihm so Gelegenheit zu deren Beseitigung zu geben.⁸⁹ Unterlässt der Mieter dies, macht er sich nicht nur schadenersatzpflichtig (§ 536c Abs. 2 S. 1 BGB), sondern verliert auch die meisten seiner Mängelrechte (§ 536c Abs. 2 S. 2 BGB): Es entfallen Minderung (§ 536 BGB), Schadenersatz (§ 536a Abs. 1 BGB) und das Recht zur Kündigung ohne vorherige Fristsetzung, sofern ein solches ausnahmsweise bestand (§ 543 Abs. 3 BGB).

Der Ausschluss der Mängelrechte hat aber Grenzen. *Erstens* verliert der Mieter seine Rechte nur, soweit der Vermieter gerade wegen der unterbliebenen Mangelanzeige

den Mangel nicht beseitigen konnte. Deshalb kann der Mieter beispielsweise seine Mängelrechte für die Zukunft zurückerlangen, indem er die Anzeige nachholt.⁹⁰ *Zweitens* sind in der Ausschlussnorm des § 536c Abs. 2 S. 2 BGB auch nicht alle Mängelrechte genannt:⁹¹ Nicht genannt sind etwa die Selbstvornahme und die außerordentliche Kündigung *mit* Fristsetzung. Vor allem aber bleibt dem Mieter der Anspruch auf Mangelbeseitigung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB erhalten.

Fall 4:⁹² M entdeckt in seiner Wohnung einen Schimmelpilzbefall, teilt V dies aber nicht mit. Er stellt in der Folge die Mietzahlungen ein. Nach zwei Monaten ohne Mietzahlungen erklärt V die fristlose Kündigung. Ist die Kündigung wirksam?

LÖSUNG

Ein Kündigungsrecht kann sich hier aus § 543 Abs. 1, 2 Nr. 3 lit. a i. V. m. § 569 Abs. 3 BGB ergeben. Dazu muss M für zwei aufeinander folgende Termine mit der Zahlung der Miete in Verzug sein, was sich nach § 286 BGB beurteilt. Vorliegend bedurfte es einer Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB) nicht, weil für die Mietzahlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 556b Abs. 1 BGB).⁹³ Es kommt demnach nur darauf an, ob M bei Fälligkeit schuldhaft nicht gezahlt hat. Hier liegt das Problem des Falls. Die Fälligkeit in § 286 BGB ist unstreitig um die Durchsetzbarkeit der Forderung zu ergänzen, da es widersinnig wäre, trotz bestehenden Leistungsverweigerungsrechts Verzug anzunehmen.⁹⁴ Hier kommt die Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB in Betracht.⁹⁵ Trotz der unterlassenen Mangelanzeige hat M, weil dieser Anspruch in § 536c Abs. 2 S. 2 BGB nicht genannt ist, einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB), der dem Zahlungsanspruch grundsätzlich entgegengehalten werden kann.⁹⁶ In der Literatur will man es verbreitet bei diesem Ergebnis belassen, § 536c Abs. 2 S. 2 BGB regle die ausgeschlossenen Rechte des Mieters abschließend.⁹⁷ Der BGH hingegen hält § 320 BGB bis zur Nachholung der Mangelanzeige für unanwendbar.⁹⁸ Zweck des Zurückbehal-

⁹⁰ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536c Rn. 36.

⁹¹ BeckOGK/*Bieder*, § 536c Rn. 30.

⁹² Nach BGH NZM 2011, 197.

⁹³ MüKoBGB/*Bieber*, § 543 Rn. 50.

⁹⁴ S. dazu, auch zur im Einzelnen strittigen dogmatischen Verankerung BeckOK/*Lorenz*, § 286 Rn. 12 ff.

⁹⁵ Zur amtswegigen Berücksichtigung für den Verzugseintritt siehe Staudinger/*Schwarze*, 2020, § 320 Rn. 44.

⁹⁶ BeckOK/*Wiederhold*, § 536 Rn. 136.

⁹⁷ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536c Rn. 38.

⁹⁸ BGH NZM 2011, 197.

⁸⁷ Für Ausschluss zumindest des Schadenersatzes für Mangelbeseitigungskosten OLG Schleswig NZBau 2016, 298. Gegen eine rechtsfortbildende Erweiterung MüKoBGB/*Busche*, § 640 Rn. 39 f.

⁸⁸ Zu dieser (ungeschriebenen) Einschränkung Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536c Rn. 26.

⁸⁹ Vgl. BeckOGK/*Bieder*, § 536c Rn. 29.

tungsrechts sei es, Druck auf den Vermieter auszuüben, um ihn zur Mangelbeseitigung zu bewegen. Diesen Zweck verfehle das Zurückbehaltungsrecht aber notwendigerweise, wenn der Vermieter gar nicht über den Mangel informiert sei. Danach wäre die Forderung hier durchsetzbar und M wäre infolge des vermuteten Vertretenmüssens in Verzug geraten. Einer Fristsetzung bedarf es gem. § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB nicht. Die Kündigung ist damit wirksam.

c) Mangelverursachung durch den Mieter

Eine §§ 323 Abs. 6, 326 Abs. 2 BGB entsprechende Regel, die bei durch den Käufer oder Besteller verursachten Mängeln den Rücktritt und mittelbar die Minderung ausschließt, findet sich in den Gewährleistungsvorschriften des Mietrechts nicht. Man erstreckt aber zu Recht den allgemeinen Rechtsgedanken hinter diesen Vorschriften⁹⁹ auf das Mietrecht. Die Folgen schuldhaften Mieterhandelns sollten nicht dem Vermieter aufgebürdet werden. Die Miete ist deshalb bei schuldhaft durch den Mieter verursachten Mängeln nicht gemindert¹⁰⁰ und auch eine Kündigung nach § 543 BGB scheidet aus.¹⁰¹ Die Heranziehung von § 326 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 6 BGB beantwortet zugleich die Frage, wie mit einer geringfügigen Mitverantwortlichkeit des Vermieters umzugehen ist.¹⁰² Zu beachten ist dabei stets, dass der Mieter eine reguläre Abnutzung der Mietsache nicht zu vertreten hat, § 538 BGB.

V. Konkurrenzen

Hinsichtlich der Konkurrenzen verhält sich das Mietrecht im Grunde wie das Kauf- und Werkvertragsrecht: Dass das allgemeine Leistungsstörungsrecht grundsätzlich auch im Mietrecht durch das besondere Gewährleistungsrecht verdrängt wird, wurde bereits dargestellt (s. o., II.).

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zur Anfechtung lassen sich die kauf- und werkvertraglichen Grundsätze ebenfalls übertragen: Der Käufer kann wegen eines Mangels nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten, weil bei anfäng-

lichen Mängeln von Mietsachen praktisch immer ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft vorliegt¹⁰³ und so das Gewährleistungsrecht umgangen würde.¹⁰⁴ Die Anfechtung nach § 123 BGB bleibt allerdings auch im Mietrecht neben dem Gewährleistungsrecht zulässig.¹⁰⁵ Eine mietrechtliche Besonderheit bei der Anfechtung besteht in der Frage, ob eine Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* bei einem in Vollzug gesetzten Mietverhältnis überhaupt zulässig ist.¹⁰⁶ In der Sache geht es darum, ob man die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu einem allgemeinen Rechtsgedanken für Dauerschuldverhältnisse erweitern kann. Das wird mit Recht überwiegend abgelehnt,¹⁰⁷ weil es für eine so weitreichende Ausnahme von § 142 Abs. 1 BGB nicht genügt, dass Dauerschuldverhältnisse als Regelfall mit der Kündigung nur eine Beendigung *ex nunc* vorsehen und die Rückabwicklung gewisse Schwierigkeiten bereitet.

Schließlich gelten die aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht bekannten Grundsätze auch hinsichtlich der *culpa in contrahendo* wegen Täuschung über Mängel (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB): Ein Rückgriff auf die *culpa in contrahendo* scheidet ab Überlassung der Mietsache regelmäßig aus, weil andernfalls das mietrechtliche Gewährleistungsregime umgangen würde, das beispielsweise in § 536b BGB zeigt, dass es den Fall des Verschweigens von Mängeln durchaus im Blick hat.¹⁰⁸ Wie auch sonst gilt dies aber nicht, wenn der Vermieter arglistig getäuscht hat, weil er in diesem Fall – wie sich auch aus § 536b S. 2 BGB ergibt – nicht als schutzwürdig angesehen wird.¹⁰⁹

VI. Schluss

Der Beitrag zeigt, dass sich bei der mietrechtlichen Gewährleistung letztlich dieselben Fragen wie im Kauf- und Werkvertragsrecht stellen. Dabei gelangt man, obwohl die einschlägigen Normen unterschiedlich strukturiert sind, häufig zu vergleichbaren Ergebnissen (z. B. Selbstvornahme, Voraussetzungen der Vertragsbeendigung). Soweit das Mietrecht Sonderwege geht, beruht dies meist auf Besonderheiten seiner Natur als Dauerschuldverhältnis (z. B. Kündigung anstelle des Rücktritts, keine Minderung bei unerheblichen Mängeln). Nur ganz ausnahmsweise trifft das

⁹⁹ Zur Wurzel im *tu-quoque*-Einwand s. E. Lorenz JuS 1972, 311 ff.; Weller, Die Vertragstreue, 2009, 52 f.

¹⁰⁰ Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, § 543 Rn. 104 (nur § 326 Abs. 2 BGB analog); i. E. auch MüKo/Häublein, § 536 Rn. 37 (Sphäre des Mieters, insb. Vertretenmüssen).

¹⁰¹ Schmidt-Futterer/Streyll, § 543 Rn. 104.

¹⁰² Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze zu beiderseits verursachter Unmöglichkeit. Grdl. und überzeugend dazu Canaris, FSE. Lorenz, 2004, 147 ff.

¹⁰³ Dazu Zimmermann, Der gesetzliche Rückforderungsanspruch, 2021, 318 ff.

¹⁰⁴ MüKo/Häublein, § 536 Rn. 29.

¹⁰⁵ BGH NJW 2009, 1266, 1268.

¹⁰⁶ Zu diesem Problemkreis insb. Fischer NZM 2005, 567, 570.

¹⁰⁷ BGH NJW 2009, 1266, 1269.

¹⁰⁸ BGH NJW 1980, 777, 779.

¹⁰⁹ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 608.

Mietrecht eigene Wertungen (z.B. verschuldensunabhängiger Schadenersatz für anfängliche Mängel).

Danksagung: Dank für hilfreiche Anmerkungen gebührt Nina Benz, Gabriel Lipps und Marc-Philippe Weller.