

# **Baumängel = Mietmängel?**

- Der Mangelbegriff im Mietrecht -  
Mängel – Mietminderungen – Rechte und Pflichten des  
Vermieters

Verwalterstammtisch 4'2007

15.11.07

## I. Bau-Kaufvertragsrecht

### 1. Anzuwendende Vorschriften für die Mängelansprüche des Käufers

Die Rechtsfolgen bei Mängeln am Neubau richten sich nach Werkvertragsrecht, §§ 633 ff BGB.

Entgegen verbreiteter Annahmen sind bei Mängeln an sanierten Altbauten i.d.R. nicht die kaufvertraglichen Regelungen zu Mängelansprüchen (§§ 434 ff BGB) anzuwenden, sondern ebenfalls die des Werkvertragsrechts. Das gilt auch, wenn die Immobilie mittels „Kaufvertrag“ erworben wurde und die Sanierung zum Zeitpunkt des Kaufs schon abgeschlossen war<sup>1</sup>.

Bei sanierten Altbauten kann der Bauträger die von der Modernisierung ausgesparten Gebäudebestandteile von der Gewährleistung ausnehmen.<sup>2</sup> Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des BGH haftet der Verkäufer nach Werkvertragsrecht, wenn „**Umfang und Bedeutung**“ der Baumaßnahmen einer Neuherstellung gleichkommen.<sup>3</sup> Nun fragt sich, wann das der Fall ist. Hier sind Einzelfallbetrachtungen anzustellen. Die Meßlatte liegt nach der Rechtsprechung des BGH hierfür tiefer, als dies die Formulierung annehmen lässt. So genügten nach der Rechtsprechung des BGH hierfür folgende Baumaßnahmen:

Merkmale Gebäude	Merkmale Gebäude
Doppelhaushälfte 1907 errichtet <sup>4</sup>	WEG-Wohnanlage mit 32 Einheiten <sup>5</sup>
Neue Boden- und Wandbeläge	Überarbeitung Böden und Innenanstrich
Neuer Außenputz mit neuem Anstrich	Wärmeschutzfassade inkl. Kellerdeckendämmung
Austausch Wasserleitungen	Austausch Wasserleitungen (nur Steigleitungen)
Austausch Elektroleitungen	
Einbau Gasheizung	Überarbeitung Heizungstechnik
Neue Innentreppen	Teilweise neue Wohnungseingangstüren und neue Treppenhaustürenelemente
Neue Innentüren	
Teilweise Erneuerung der Fenster	Austausch Fenster (zusätzlich: Rolläden)
Teilweise Erneuerung der Dacheindeckung	Erneuerung Dachentwässerung
	Balkonanbau
	Modernisierung Bäder
	Einbau Gäste-WC
	Auftstockung um weiteres Stockwerk

In diesen Fällen haftet der Verkäufer auch für Mängel an der Altbausubstanz nach den Regeln des Werkvertragsrechtes.<sup>6</sup> Ein dahingehender Haftungsausschluss im vorformulierten Kaufvertrag ist nicht möglich.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03 = BauR 2005, 542, 544

<sup>2</sup> BGH-Urteil vom 6.10.2005 VII ZR 117/04=BGHZ 164, 225

<sup>3</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O., BGH-Urteil vom 6.10.2005 VII ZR 117/04=BGHZ 164, 225

<sup>4</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O.

<sup>5</sup> BGH-Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05

<sup>6</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O., BGH-Urteil vom 6.10.2005 VII ZR 117/04=BGHZ 164, 225; BGHZ 100, 391, 396; BGHZ 108, 164, 167, BGH-Urteil vom 21.4.1988, BauR 1988, 464, 465

Hat die Herstellungsverpflichtung nicht diesen Umfang, richten sich die Ansprüche des Käufers wegen Mängeln an der Kaufsache nach Werkvertragsrecht, soweit die Herstellungspflicht reicht, im übrigen (Altbausubstanz) nach Kaufrecht.<sup>8</sup>

## 2. Anzuwendende Regelungen für die Feststellung von Mängeln

Nach dem sogenannten subjektiven Fehlerbegriff kommt es darauf an, welche Beschaffenheit die Parteien vereinbart haben. Weicht die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit ab, liegt ein Mangel vor. Dies ist ein sehr strenger Maßstab. Nach der alten, bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung des § 633 BGB lag nur dann ein Mangel vor, wenn der Fehler an der Werkleistung dazu führte, dass der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wurde. Nunmehr gibt es diese Einschränkung nicht mehr.

### a) Vertragliche Vereinbarung

Das praktische Problem besteht häufig darin zu ermitteln, was die Parteien als Sollbeschaffenheit vereinbart haben. Dabei ist nicht nur der ausdrückliche Vertragstext (ggf. mit Baubeschreibung) heran zu ziehen, sondern auch „**die berechnigte Erwartung des Erwerbers an die Bauleistung**“<sup>9</sup>. Bei der Ermittlung dieser Erwartung sind alle Umstände einzubeziehen. Der BGH schreibt in seinem Urteil vom 14.6.2007<sup>10</sup>:

*„Der Besteller<sup>11</sup> hat insoweit in aller Regel keine Vorstellungen, die sich in Schalldämmmaßen nach der DIN 4109 ausdrücken, sondern darüber, in welchem Maße er Geräuschbelästigungen ausgesetzt ist, inwieweit er also Gespräche, Musik oder sonstige Geräusche aus anderen Wohnungen oder Doppelhaushälften hören oder verstehen kann. Entsprechende Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerkes und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben.“<sup>12</sup>*

Es sind also insbesondere auch Anpreisungen beim Verkauf oder in Prospekten des Verkäufers zur Auslegung heranzuziehen.

Im Urteil vom 16.12.2004 führt der für Bausachen zuständige 7. Zivilsenat aus, dass bei einer umfassenden Sanierung (die einer Neuherstellung gleichkommt) der Erwerber davon ausgehen kann, dass der Veräußerer zu diesem Zwecke im Rahmen des technisch Möglichen die Maßnahmen angewandt hat, die erforderlich sind, um den **Stand der anerkannten Regeln der Technik** zu gewährleisten.<sup>13</sup> Dabei nahm der BGH im selben Fall an, dass der Bauträger verpflichtet sei, die unzureichende Abdichtung des Kellers gegen Feuchtigkeit und die Schalldämmung zwischen den Trennwänden in dieser Weise herzustellen. Die ebenfalls gerügte Abweichung der Trittstufenhöhen der Treppe im Haus lag zwar vor. Das oberste

<sup>7</sup> BGH-Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, Seite 9; BGHZ 100, 391,397; BGH-Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03 = BauR 2005, 542, 544

<sup>8</sup> BGH-Urteil vom 6.10.2005 VII ZR 117/04=BGHZ 164, 225

<sup>9</sup> BGH-Urteil vom 26.4.2007, a.a.O., Seite 9

<sup>10</sup> BGH-Urteil vom 14.6.2007, VII ZR 45/06, Seite 8

<sup>11</sup> resp. Käufer

<sup>12</sup> So auch: BGH-Urteil vom 22.4.1993 = BauR 1993, 595; BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O

<sup>13</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O., Seite 11

Bundesgericht sah hier jedoch keine Verpflichtung zur Nachbesserung. Denn die Änderung hätte zur Folge gehabt, dass sowohl im Bereich des Treppenhauses wie auch im Flurbereich des Obergeschosses zusätzlicher Raum in Anspruch genommen würde. Angesichts dieses erheblichen Eingriffs in die Altbausubstanz hätten die Erwerber nicht die vertragliche Vereinbarung dahingehend verstehen dürfen, dass eine den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Treppe geschuldet war<sup>14</sup>.

### **b) Anerkannte Regeln der Technik**

Da die anerkannten Regeln der Technik geschuldet sind, ist zunächst zu ermitteln, was damit konkret gemeint ist. Nicht identisch damit sind die Normen der Deutschen Industrie (DIN). Diese waren jedenfalls einmal auf dem Stand der anerkannten Regeln. Mitunter werden diese jedoch nicht schnell genug aktualisiert, um mit der technischen Entwicklung Schritt zu halten. D.h. die DIN sind jedenfalls geschuldet. Möglicherweise sind aber darüber hinaus weitere Erfordernisse zu beachten, wenn die DIN nicht mehr die anerkannten Regeln der Technik widerspiegeln.<sup>15</sup> Wird die DIN aktualisiert, ist die Fassung anzuwenden, die zur Zeit der Bauausführung gilt, nicht diejenige, die zur Zeit der Vertragsunterzeichnung galt.<sup>16</sup>

### **c) Begrenzung des Mangelbegriffs**

Es ist leicht ersichtlich, dass der Mangelbegriff im Werkvertragsrecht sehr streng ist. Es genügt nicht ohne weiteres, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten, wenn darüber hinaus weitere Attribute vereinbart sind. Ist etwa vereinbart, dass Natursteinplatten mit einer Kantenlänge von 45 cm verlegt werden und werden stattdessen solche mit 43 cm verlegt, liegt ein Mangel vor.

Der Werkunternehmer kann sich gegen den Austausch der Platten nur dann erfolgreich verteidigen, wenn er überzeugend darlegen kann, dass die Mangelbeseitigung ausnahmsweise für ihn unzumutbar ist. Wenn der angestrebte Mangelbeseitigungserfolg im Missverhältnis zum Aufwand steht, kann der Werkunternehmer die Nachbesserung verweigern (§ 635 Abs. 3 BGB<sup>17</sup>, § 13 Nr.6 VOB/B). Das ist jeweils eine Wertungsfrage. Im Beispiel wird man eine Unverhältnismäßigkeit dann verneinen müssen, wenn die Größe nicht willkürlich gewählt wurde, sondern darüber hinaus bestimmte optische Funktionen (z.B. kein Randverschnitt aufgrund der Größe des Raumes) erfüllt.

<sup>14</sup> BGH-Urteil vom 16.12.2004, a.a.O., Seite 12

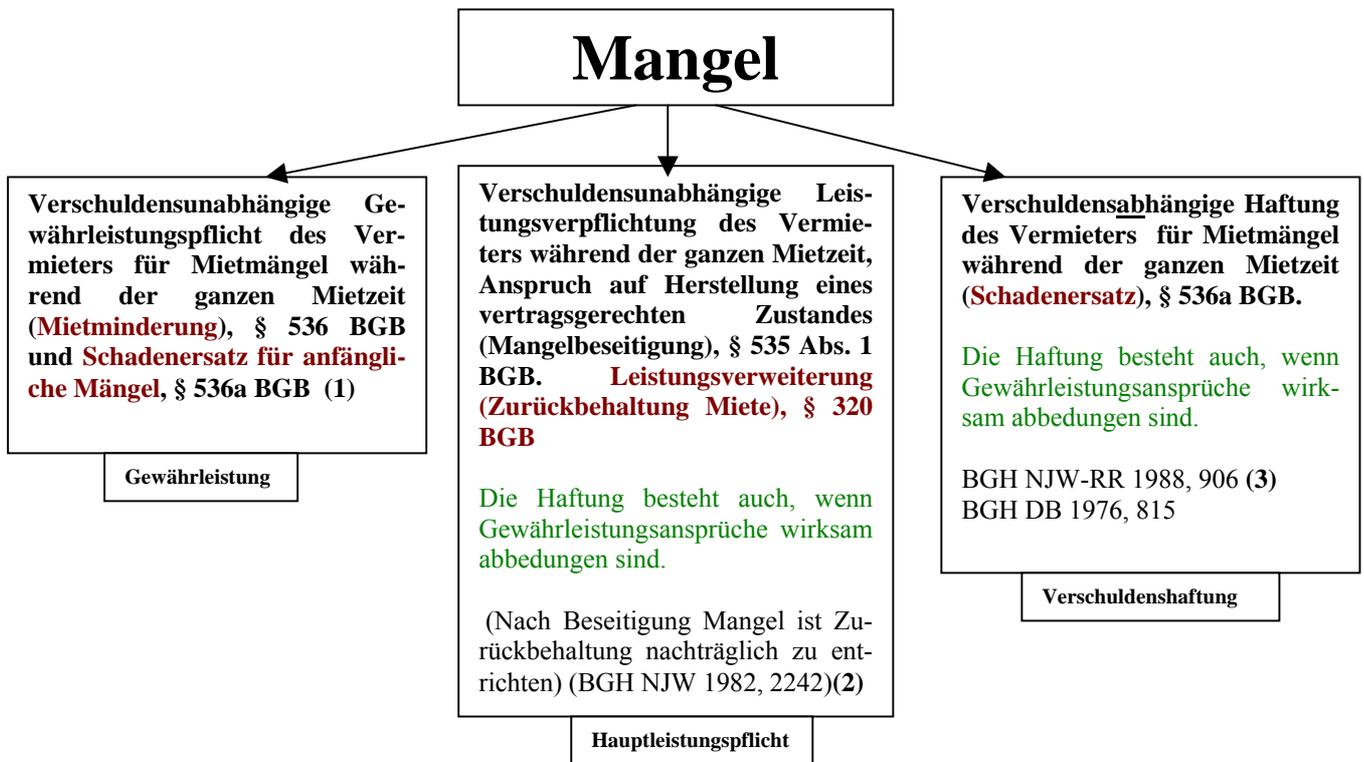
<sup>15</sup> BGH-Urteil vom 14.6.2007, VII ZR 45/06; BGHZ 139, 16; BGH-Urteil vom 19.1.1995, VII ZR 131/93 = BauR 1995, 230,231 = ZfBR 1995, 132, 133; BGH-Urteil vom 20.3.1986 = BauR 1986, 447, 448

<sup>16</sup> OLG Zweibrücken, Urteil vom 21.12.2006, ZWE 2007, 318

<sup>17</sup> Nach den Gesetzesmaterialien (BT-Drs 14/6040) decken sich die Voraussetzungen mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F. (BGH NJW 1995, 1836, BGHZ 59, 365, BGH NJW-RR 1997, 1106)

## II. Mietrecht

### 1. System der Mangelrechte des Mieters



**(1) Beispielfall:**

(BGH NJW 1977, 1285) Mieter M mietet eine Fläche zum Betrieb einer Diskothek. Der Betrieb wurde bauplanungsrechtlich genehmigt und mehrere Jahre betrieben. Nach Beschwerden der Anwohner wird die Sperrstunde sukzessive von 3 auf 1 Uhr reduziert. Später wurde unter Verweis auf die Lage des Grundstücks in einem Mischgebiet der Betrieb ganz untersagt. M verlangt vom Vermieter V Schadenersatz. Der BGH weist die Klage ab. Es läge kein anfänglicher Mangel vor. Damit komme eine verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung nicht mehr in Betracht. Für später entstehende Mängel schreibe das Gesetz ein Verschulden des Vermieters vor. In der Neubeurteilung des Mischgebietes durch die Verwaltungsbehörde liege indessen kein Verschulden des Vermieters. (Vgl. auch umgekehrten Fall BGH NJW 1972, 44)

**(2) Beispielfall:**

(BGH NJW 1982, 2242) Mieter M mietet eine Gewerbeimmobilie. Im Vertrag sind Gewährleistungsansprüche (=verschuldensunabhängige Garantie) des M abgedungen. Es gibt eine Vereinbarung zwischen dem Vermieter V und M, wonach V sich verpflichtet, auf seine Kosten verschiedene Mängel zu beheben. Die Mietzahlungen gehen unregelmäßig ein und bleiben schließlich aus. V kündigt fristlos und begehrt Räumung. M macht die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend, § 320 BGB. Der BGH stellt fest, dass der Verzicht auf Gewährleistungsansprüche nicht einen Verzicht der Erfüllung in Form einer zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Immobilie mit umfasse.

**(3) Beispielfall:**

(BGH NJW-RR 1988, 906) Mieter M mietet einen Keller als Möbellager an. Im Vertrag wird die Gewährleistung ausgeschlossen. Es kommt zu einer Überschwemmung. M rechnet gegen den Mietzinsanspruch des Vermieters V mit Schadenersatzansprüchen auf. V verklagt M auf Mietzinszahlung. Er führt aus, die Baulichkeit entspreche den einschlägigen DIN. Die Überschwemmung sei nicht auf einen Mangel der Mietsache zurück zu führen. Das Gericht weist die Klage ab. V

habe nicht den Vertragszweck beachtet. Die Einhaltung der DIN genüge für normale Keller, nicht aber für Möbellager, die in Kellern betrieben würden. Die Anforderungen seien daher höher anzusetzen. Die Gefahr sei V auch erkennbar gewesen, da die Niederschläge zwar hoch, aber nicht die höchsten der letzten Jahre waren. Die Gefahr sei auch nicht gering gewesen, da ein Mietvertrag über 10 Jahre abgeschlossen worden sei. Notwendig wäre eine wasserdichte Türe zum Keller gewesen. V habe damit schuldhaft den Vertragszweck missachtet. Die verschuldensunabhängige Haftung sei zwar ausgeschlossen worden, nicht aber Haftung wegen Verschuldens.

## 2. Anzuwendende Vorschriften für die Gewährleistungsansprüche des Mieters

### a) Subjektiver Mangelbegriff

Ein Sachmangel ist die nachteilige Abweichung des Ist-Zustandes vom vertraglich vereinbarten und damit geschuldeten Soll-Zustandes der Mietsache.<sup>18</sup> Rechtlich relevant wird die Abweichung aber nur, wenn sie die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert (§ 536 Abs. 1 BGB). Damit ist der Mangelbegriff im Mietrecht enger als im Werkvertragsrecht. Dort gibt es seit der Schuldrechtsmodernisierung keine Tauglichkeitseinschränkung mehr.<sup>19</sup> Wie im Werkvertragsrecht unterliegt die Vereinbarung des Soll-Zustandes der Disposition der Vertragsparteien<sup>20</sup>. Dabei kann die vertragliche Vereinbarung sowohl einen überdurchschnittlichen Soll-Zustand als auch einen unterdurchschnittlichen Soll-Zustand beinhalten. Fehlt eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, wird der geschuldete Soll-Zustand durch den vereinbarten Nutzungszweck bestimmt<sup>21</sup>.

### b) Von der Vereinbarung bis zum Mindeststandard

#### Hoher Maßstab (Ausdrückliche Regelung)

#### Vertragliche Vereinbarung (Bestimmte Eigenschaften)

Werden die Eigenschaften (z.B. best. Deckentragfähigkeit) nicht geboten, liegt ein Mangel vor.

<sup>18</sup> BGH NJW 2000,1714, BGH NJW 2005, 218)

<sup>19</sup> § 633 Abs. 1 BGB a.F.: lautete noch: „Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es (...) nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“.

<sup>20</sup> BGH NJW 2005, 218

<sup>21</sup> BGH NJW 2004, 3174

### Gewöhnlicher Maßstab (Keine Regelung)

Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum **vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand** zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesen Zustand zu erhalten, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Wie bestimmt sich der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand?

BGH (NJW 2004, 3174): **Allgemeine Verkehrsanschauung und Sichtweise des verständigen Mieters:**

- Alter
- Ausstattung
- Art des Gebäudes
- Höhe des Mietzinses

Werden die berechtigten Erwartungen nicht erfüllt, liegt ein Mangel vor. Zu den berechtigten Erwartungen zählt die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen, die **bei der Errichtung des Gebäudes** Geltung hatten (BGH NJW 2005, 218). Die Einhaltung der technischen Normen indiziert jedoch nur, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung unwesentlich und damit rechtlich irrelevant ist (BGH ZMR 2004, 415). Ob eine Beeinträchtigung aber tatsächlich wesentlich ist, hängt vom Empfinden eines verständigen Durchschnittsmensch ab.

Aufgrund der Erwerberfreundlichen Rechtsprechung des BGH zur Altbausanierung kann der Mieter nunmehr die berechnigte Erwartung haben, dass der umfassend sanierte Altbau den Anforderungen eines Neubaus gerecht wird.

#### Ausnahmen vom Beurteilungszeitpunkt Errichtung Gebäude:

Nimmt der Vermieter am Haus **bauliche Änderungen** (Hier: Ausbau des Dachgeschosses, wobei neue Lärmemissionen entstehen) vor, darf der Mieter erwarten, dass diese den anerkannten Regeln der Technik genügen, die zur Zeit des Umbaus galten (BGH NJW 2005, 218).

Eine weitere Ausnahme bilden **Schutzvorkehrungen, deren Einbau vorgeschrieben wird** (z.B. nachträglicher Einbau Rauchmelder oder Sprinkleranlagen) (Harting in Handbuch des FA f. Miet- u. WEG-Recht) **oder notwendig erscheint, um voraussehbare Schäden zu vermeiden** (Rückstausicherung gegen Hochwasser, OLG Hamm, NJW-RR 1988, 529, OLG Düsseldorf NJW –RR 1988, 906).

**Aktuelle Schadstoffgrenzwerte** sind vom Vermieter stets einzuhalten. Es ist also immer der aktuelle Grenzwert als Maßstab für die Mangelfreiheit anzulegen. (BayObLG ZMR 1999, 752).

### Mindestanforderungen (Keine Regelung – schlechter Allgemeinzustand)

BGH (NJW 2004, 3174 – ZIV 2004, 74): Die Wohnung muss eine Lebensweise jedenfalls zulassen, die seit Jahrzehnten üblich ist und allgemeinen Lebensstandard entspricht. Das gilt auch dann wenn die Allgemeine Verkehrsanschauung diesen Standard in dem betreffenden Gebäude nicht erwarten lässt oder der Mieter den Mangel beim Vertragsschluss oder der Annahme der Wohnung kannte (§ 536b BGB). Insoweit sind nur die Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, nicht aber die Erfüllungsansprüche nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Hier: Stromnetz muss Betrieb von Waschmaschine und weiteres Haushaltsgerät (Staubsauger) zulassen, ohne dass die Sicherung heraus springt und Badezimmer muss neben Stromanschluss für Beleuchtung auch eine Steckdose für Kleingeräte (Rasierapparat, Fön) aufweisen.

Soweit hinsichtlich des Gesundheitsschutzes Vorschriften fehlen, entscheidet über die Eignung als Wohnraum die Verkehrsanschauung (BayObLG ZMR 1999, 752).

### **Durchbrechung Mindestanforderungen nach unten (Ausdrückliche Regelung)**

Nur durch eine ausdrückliche Regelung können die Mindeststandards wirksam durchbrochen werden. Es muss also z.B. ausdrücklich vereinbart werden, dass der Mieter mit einem unzureichenden Stromleitungsnetz einverstanden ist und als mangelfrei akzeptiert. In diesem Fall sind nicht nur die hierauf gerichteten Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, auch der Erfüllungsanspruch nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist insoweit eingeschränkt (BGH WuM 1994, 201, BGH NJW-RR 1993, 523). Diese Einschränkung ist auch in Wohnraummietverhältnissen zulässig und stellt keine Verletzung der Mieterschutzklausel nach § 536 Abs. 4 BGB dar.

### **c) Mietmängel und gewerbliches Zwischenmietverhältnis**

Bei einer gewerblichen Zwischenvermietung stellen Mietmängel an der Wohnung auch Mängel im Verhältnis Hauptvermieter und gewerblicher Zwischenmieter dar.<sup>22</sup>

## **3. Beweislast**

### **a) Begriff und Konsequenzen**

Die Beweisbarkeit von bestimmten Fehlern ist bei Mietmängeln häufig eine zentrale und streitentscheidende Frage, die nicht selten dazu führt, dass im wesentlichen um Tatsachen und nicht um Rechtsfragen gestritten wird. Die Beweislast ist daher eine zentrale Frage im Rechtsstreit.

Im Beweislastrecht geht es um die Frage, wer das Prozessrisiko trägt, wenn eine Tatsache nicht erweislich ist. Die Partei, die für eine Tatsache die Beweislast trägt wird also mit ihrer Behauptung nicht gehört, wenn die Tatsache nicht bewiesen werden kann (der Zeuge hat nichts gesehen, der Gutachter kann wegen Mangelbeseitigung nichts mehr feststellen). Es gilt der Grundsatz, dass die Partei den Tatsachenvortrag zu beweisen hat, der die für sie günstigen Rechtsfolgen nach sich zieht.

### **b) Streit über das Vorliegen eines Mangels**

Ist streitig, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, hat der **Mieter** das Vorliegen eines **Mangels**<sup>23</sup> und eine Beeinträchtigung<sup>24</sup> der **Tauglichkeit** der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch, beim Schadenersatzanspruch nach § 536a Abs. 1 BGB zudem das **Verschulden** zu beweisen.<sup>25</sup> Der **Vermieter** hat dagegen die **Unerheblichkeit** der **Tauglichkeitsminderung**

<sup>22</sup> BGH NJW-RR 2004, 1450

<sup>23</sup> BGH-Urteil vom 20.12.2006, [VIII ZR 112/06](#)

<sup>24</sup> Zum Umfang muss der Mieter nichts darlegen oder beweisen, BverfG Beschluss vom 29.7.05, NZM 2007, 678

<sup>25</sup> BGH – Urteil vom 25.1.06 (VIII ZR 223/04), ZIV 2006 29

zu beweisen<sup>26</sup>. Beim Schadenersatzanspruch muss der Vermieter seine Unschuld beweisen, wenn der Mangel aus seinem Herrschafts- und Einflussbereich stammt<sup>27</sup>.

Die Einhaltung von Grenzwerten, Richtwerten, Rechtsverordnungen und Gesetzen bei Immissionen kommt Indizwirkung dahingehend zu, dass eine nur unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt, so dass der „Mangel“ keine Rechtswirkungen hat. Es ist dann Sache des Mieters, Umstände darzulegen und zu beweisen, die diese Indizwirkung erschüttern.<sup>28</sup>

**Beispielfall:** (BGH-Urteil vom 15.3.06 – VIII ZR 74/05) ZIV 2006, 43 Wohnungsmieter M stellt fest, dass auf dem Dach seines Mehrfamilienhauses eine Mobilfunkstation betrieben wird. Er fürchtet um die Funktionstüchtigkeit seines Herzschrittmachers und mindert die Miete. Zudem fordert er seinen Vermieter auf, die Station wieder zu entfernen. Es ist unstrittig, dass M Elektrosmog ausgesetzt ist. V hält die Intensität jedoch für vertretbar. Vermieter V klagt die fehlenden Mietzinsen ein. Das Gericht stellt fest, dass die Grenzwerte der 26. BImSchV eingehalten wurden. M kann nicht nachweisen, dass eine Gesundheitsschädigung zu besorgen ist. Der Klage des V wird stattgegeben.

### c) Häufiger: Streit über die Verantwortlichkeit für den Mangel

In Mietsachen ist in der Regel nicht streitig, ob ein Mangel vorliegt, sondern wer diesen zu vertreten hat. Die Verantwortlichkeit für Mietmängel war lange streitig und wurde mehrheitlich zu Lasten des Mieters beantwortet. Das hat sich geändert. Aus § 538 BGB<sup>29</sup> wurde gefolgert, dass der Mieter beweisen müsse, dass ein Mangel nur auf eine vertragsgemäße Nutzung zurück zu führen sei und er daher hierfür nicht einzustehen habe. Der Mieter musste sich faktisch exkulpieren. Das führte dazu, dass unaufgeklärte Mangelursachen ihm prozessual zum Nachteil gereichten. Das OLG Karlsruhe argumentierte daher im Rechtsentscheid vom 9.8.1984<sup>30</sup> erstmals dahingehend, dass dem Vermieter nach § 536 BGB obliege, die Mietsache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Aus beiden Argumenten wurde eine Beweisverteilung nach Risiko- und Obhutssphären entwickelt.

Danach muss der Mieter für die Bereiche nicht mehr den Beweis führen, dass der Mangel auch durch vertragsgemäße Nutzung entstanden ist, wenn der Mangel sich in einem Bereich des Gebäudes befindet, der nicht seiner Obhut unterliegt<sup>31</sup>. Konsequenz ist daher die BGH – Entscheidung vom 25.1.06<sup>32</sup>, in der festgestellt wird, dass der Mieter im Falle des sogenannten Foggings beweibelastet ist, wenn er gegen den Vermieter Schadenersatzansprüche richtet.

Steht dagegen fest, dass der Mangel im Obhutsbereich des Mieters entstanden ist, dann ist es Sache des Mieters zu beweisen, dass er die Entstehung des Mangels nicht zu vertreten hat.<sup>33</sup>

**Beispielfall:** Die Mieterin mindert die Miete wegen Schimmel in der Wohnungen. Sie trägt vor, es läge ein Baumangel vor. Der Vermieter meint, unzureichendes Lüften sei Grundlage für die

<sup>26</sup> OLG Celle ZMR 1985, 10

<sup>27</sup> BGH – Urteil vom 25.1.06 (VIII ZR 223/04), ZIV 2006 29, BGHZ 126, 124

<sup>28</sup> BGH ZMR 2004, 415

<sup>29</sup> Verschlechterungen, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstehen, hat der Mieter nicht zu vertreten

<sup>30</sup> OLG Karlsruhe NJW 1985, 142

<sup>31</sup> BGHZ 126, 124, auch BGHZ 66, 349

<sup>32</sup> BGH – Urteil vom 25.1.06 (VIII ZR 223/04), ZIV 2006 29

<sup>33</sup> BGH NJW 2000, 2344

Mangelercheinungen. Hier ist nicht eindeutig bestimmbar, ob der Mangel in den Obhutsbereich des Mieters fällt (falsches Nutzungsverhalten) oder in den des Vermieters (z.B. keine ausreichende Horizontalsperre). Der Vermieter muss daher zunächst beweisen, dass ein Baumangel nicht vorliegt und Ursache ist. Gelingt ihm das, ist die Mietminderung unberechtigt. Der Mangel ist dann dem Obhutsbereich des Mieters zuzuordnen. Er kann die Mietminderung jetzt nur noch durchsetzen, wenn ihm gelingt nachzuweisen, dass der Mangel auch bei vertragsgemäßer Nutzung (richtiges Lüftungsverhalten) entsteht. Gelingt ihm das, greift wiederum die Risikozuweisung des Vermieters ein, der eine Mietsache zum vereinbarten Nutzungszweck erhalten muss. Er trägt dann das Risiko der Unaufklärbarkeit oder der Drittsache, etwa eine defekte Wasserleitung auf dem Nachbargrundstück, die so viel Wasser in das Grundstück einbringt, dass auch das mangelfrei errichtete Haus dem drückenden Wasser nicht stand hält.

#### **d) Erfolgreiche Mangelbeseitigung**

Hat der Vermieter nachgebessert und bestreitet der Mieter den Erfolg der Nachbesserungsmaßnahme, muss der Vermieter die erfolgreiche Beseitigung des Mangels beweisen.<sup>34</sup>

### **4. Rechtsfolgen von Mängeln an der Mietsache (Mieteransprüche)**

#### **a) Minderung**

Insoweit die Mietsache mit Mängeln behaftet ist, die die Tauglichkeit mindern, ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses befreit, § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Mietminderung muss nicht wie eine Kündigung rechtsgestaltend erklärt werden. Sie tritt automatisch ein. Der Mieter ist also nur zur (unverzöglichen) Anzeige des Mangels verpflichtet, § 536 c Abs. 1 BGB. Konsequenterweise ist der Mieter nicht zur Minderung berechtigt, solange er die Anzeige unterlässt (§ 536 c Abs. 2 Nr. 1 BGB), da der Vermieter ohne Kenntnis keine Mängel beseitigen kann.

Die Minderung ist bezüglich der Mängel ausgeschlossen, die der Mieter bei der Anmietung der Wohnung kennt. Sind sie ihm grob fahrlässig unbekannt geblieben, hat er einen Minderungsanspruch nur, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat, § 536 b BGB.

Auch bei der Übergabe der Mietsache kann der Mieter sein Minderungsrecht verlieren. Kennt er bei der Übergabe nach der Anmietung den Fehler, kann er sein Minderungsrecht nur erhalten, wenn er einen Vorbehalt erklärt, § 536 b BGB.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der BGH dem Mieter beim Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nach §§ 536 ff BGB dennoch die Erfüllungsansprüche zuerkennen. Diese berechtigen jedoch nicht zur Minderung, sondern nur zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes nach § 320 BGB<sup>35</sup>. Das Entgelt ist also nachträglich zu entrichten, wenn der Mangel beseitigt ist. Will man auch dieses Recht wegen eines Mangels ausschließen, bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung<sup>36</sup>. Bei

<sup>34</sup> BGH NJW 2000, 2344

<sup>35</sup> BGH NJW 2004, 3174 (Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB)

<sup>36</sup> BGH WuM 1994, 201

vorformulierten Mietverträgen wird man hierbei jedoch regelmäßig an den Beschränkungen in § 309 Nr. 2 BGB zumindest bei Verbrauchern scheitern.

Mit Urteilen vom 6.4.05 (XII ZR 225/03)<sup>37</sup> und vom 20.7.05 (VIII ZR 347/04)<sup>38</sup> hat der BGH entschieden, dass die Mietminderung auf der Basis der Bruttowarmmiete zu berechnen ist<sup>39</sup>. Hinsichtlich des %-Satzes der Minderung gibt es keine festen Vorgaben. Es ist möglich, die einschlägigen Mietminderungstabellen heran zu ziehen, wobei zu beachten ist, dass auch dies stets Einzelfallentscheidungen sind und i.d.R. nur instanzgerichtliche Entscheidungen vorliegen, die nur geringe Leitbildwirkung haben.

### **EXKURS: Betriebskostenabrechnung**

Die vorstehende BGH-Rechtsprechung hat Einfluss auf die Betriebskostenabrechnung, weil die Mietminderung auch zu einer Reduzierung der BK-Vorauszahlungen führt. Zwei Modelle werden erörtert:

#### **1. Modell (Fiktive Einstellung – wohl AG Leipzig)**

Dem Mieter werden die Minderungsbeträge auf die Betriebskosten fiktiv in die Vorauszahlungen mit eingestellt.

#### **Beispiel:**

200 € Miete  
100 € BK-Vorauszahlungen  
Wirtschaftsjahr hier: 4 Monate

Tabelle: Tatsächliche Zahlungen nach Minderung

Monat	Kaltmiete	Bk-Vorausz.	Σ	10% Minderung	Voraus- Neu
1	200	100	300	30	90
2	200	100	300	30	90
3	200	100	300	30	90
4	200	100	300	30	90

#### **Bk-Abrechnung**

(Kosten: 500 €)

#### Ergebnis ohne Minderung:

Kosten: 500 €  
Voraus: 400 €  
**Nachzahlung: 100 €**

#### Ergebnis mit Minderung

Kosten: 500 €

<sup>37</sup> ZIV 2005, 22, ZMR 2005, 524

<sup>38</sup> ZIV 2005, 52

<sup>39</sup> Sämtliche Nebenkosten sind einzubeziehen, gleich ob diese als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet sind

Voraus: 360 €  
**Nachzahlung: 140 €**

Das ist falsch und widerspräche der BGH-Entscheidung zur Mietminderung. Dieses Modell sieht daher vor, dass dem Mieter die Differenz aus Soll-Vorauszahlung und geminderter Vorauszahlung fiktiv eingestellt wird:

**Bk-Abrechnung**  
(Kosten: 500 €)

Kosten: 500 €  
Voraus: 360 €  
Fiktiv: 40 €  
**Nachzahlung: 100 €**

**2. Modell (Abschließende Minderungsberechnung nach Bk-Abrechnung)<sup>40</sup>**

Tabelle: Tatsächliches Zahlungsverhalten nach Minderung

Monat	Kaltmiete	Bk-Vorausz.	Σ	10% Minderung	Mietzahlung
1	200	100	300	30	270
2	200	100	300	30	270
3	200	100	300	30	270
4	200	100	300	30	270

Minderungsbetrages unter Berücksichtigung der tatsächlichen Betriebskosten

Monat	Kaltmiete	Bk-eigentlich (500/4)	Σ	10% Minderung auf Bk	10% Minderung auf BK-Ist
1	200	125	325	12,50	10
2	200	125	325	12,50	10
3	200	125	325	12,50	10
4	200	125	325	12,50	10

**Bk-Abrechnung**  
(Kosten: 500 €)

Kosten: 500 €  
Voraus: 360 €  
Nachzahlung: 140 €  
Minderung auf BK: 50 €  
**Nachzahlung neu: 90 €**

Diese Variante ist rechnerisch korrekter, weil auch die Nachzahlungsbeträge auf die Bk-Abrechnung eine Minderung erfahren. Sie ist aber auch ungleich komplizierter.

<sup>40</sup> LG Berlin GE 2006, 1235

Nach der alten Rechtsprechung des BGH<sup>41</sup>, die auf die Gesetzeslage vor der Mietrechtsreform zum 1.9.2001 fußte, verlor der Mieter sein Recht zur Minderung, wenn er über einen gewissen Zeitraum die Miete ungekürzt weiter zahlte. Diese Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil vom 18.10.2006 ( XII ZR 33/04)<sup>42</sup> aufgegeben. Die vorherige Rechtsprechung basierte auf einer analogen Gesetzesanwendung, weil das Gesetz nicht zwischen anfänglichen und erst im Laufe der Mietzeit entstehender Mängel differenzierte. Nunmehr wird hiernach differenziert, so dass eine gesetzliche Regelung vorläge, die eindeutig sei und einen Rechtsverlust für den Mieter nicht mehr vorsehe. Zu beachten ist jedoch weiter das Rechtsinstitut der Verwirkung.

### **b) Schadenersatz**

Der Mieter kann vom Vermieter Schadenersatz verlangen, wenn

- die Mietsache von Anfang an einen Mangel aufwies (verschuldensunabhängig<sup>43</sup>),
- der Mangel erst später entsteht und der Vermieter den Mangel zu vertreten hat<sup>44</sup> oder
- der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist.

Seltener dürfte der Fall sein, dass der Vermieter den Mangel zu vertreten hat. Hauptanwendungsfall ist die unzureichende Wartung und Überwachung durch seine Erfüllungsgehilfen, so namentlich dem WEG-Verwalter oder Globalverwalter. Der Vermieter ist gehalten die Wasser- Gas- und elektrischen Anlagen des Hauses nach Maßgabe der anerkannten Regeln der Technik regelmäßig zu überprüfen<sup>45</sup>.

Häufiger dagegen ist der Fall, dass der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug kommt. Hinsichtlich des Verzugsintritts gelten auch hier die allgemeinen Regelungen, § 286 BGB.

Der Schadenersatz kann Verdienstausschlag, Gewinnausschlag (Gewerbetreibender), Unterbringungskosten (Hotel), bei Aufgabe der Wohnung auch Umzugskosten, Maklerkosten<sup>46</sup> eigene Arbeitsleistung usw. umfassen.

### **c) Ersatzvornahme bei der Mangelbeseitigung**

Ist der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels im Verzug, weil die vom Mieter gesetzte Beseitigungsfrist fruchtlos verstrichen ist, kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und die erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen, § 536a Abs. 2 BGB. Er hat auch Anspruch auf Kostenvorschuss.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> BGH NJW 1974, 2233

<sup>42</sup> ZIV 2005, 89

<sup>43</sup> BGH NJW 1972, 44

<sup>44</sup> Einen Fall des später auftretenden Mangels, den der Vermieter nicht zu vertreten hatte, behandelt BGH NJW 1977, 1285

<sup>45</sup> OLG Celle NJW-RR 1996, 522, OLG Saarbrücken NJW 1993, 3077

<sup>46</sup> LG Köln NJW-RR 1993, 524 – auch nutzlose Maklerkostenaufwendungen für die angemietete Wohnung LG Mannheim, NJW-RR 1999, 1023

<sup>47</sup> BGHZ 56, 136

**Beispielfall:** Der Vermieter V lebt in Köln und ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in Dresden. Nach vielen Jahren zeigt ein Mieter bei ihm an, dass es im Winter kalt in der Wohnung sei, weil sich die Wohnungstüre verzogen habe und kalte Zugluft in die Wohnung ströme. V schaltet seinen Hausmeister mit der Bitte um Prüfung ein. Der wird entgegen der Weisung nicht tätig. V erhält noch mehrere Mahnungen, die er unkommentiert an seinen Hausmeister in Dresden weiter leitet. Nach einigen Monaten zieht der Mieter 2 x 250 € von der Kaltmiete ab. V kündigt fristlos. Im Rahmen der Räumungsklage wendet der Mieter ein, er habe eine Ersatzvornahme nach § 536 a Abs. 2 BGB durchgeführt und eine neue Türe einbauen lassen. Das AG Bautzen weist die Räumungsklage ab. (Die Entscheidung ist zumindest wegen der Angemessenheit der Aufwendungen zu kritisieren).

#### d) Kündigung

Der Mieter kann wegen eines Sachmangels nach fruchtloser Fristsetzung<sup>48</sup> zur Beseitigung das Mietverhältnis außerordentlich und fristlos kündigen, § 543 Abs. 2, 3 BGB. Zur Kündigung berechtigt nur ein Mangel mit erheblichen Beeinträchtigungen. Ist streitig, ob der Vermieter den Mangel **rechtzeitig** beseitigt hat, trägt der Vermieter hierfür die Beweislast, § 543 Abs. 4 BGB.

Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel zu vertreten hat, denn dann ist der Vermieter nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet und sein Unterlassen stellt keine Vertragsverletzung dar.<sup>49</sup>

Ein Kündigungsrecht wegen Gesundheitsgefährdung kann auch durch längere Nichtausübung solange nicht verwirkt werden, wie der Zustand anhält.<sup>50</sup>

### 5. Verjährung

Die Schadenersatzansprüche des Mieters nach § 536a BGB verjähren in 3 Jahren. Die kurze Verjährung nach § 548 BGB gilt insoweit nicht.

### 6. Vertragliche Gestaltungen

Soweit Gewährleistungsrechte in Wohnraumverträgen beschränkt werden sollen, ist dies unwirksam, § 536 Abs. 4 BGB.

### 7. Konkurrenzen

Neben mietrechtlichen Gewährleistungsansprüchen kommt eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss nicht in Betracht.<sup>51</sup> Das gleiche gilt für die Rechtskonstruktion des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, mit der gezahlten Mieten, die wegen eines anfänglichen Mangels zurückgefordert werden.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Ggf. nach § 543 Abs. 3 entbehrlich, oder auch bei akuter Gefahr, KG ZMR 2004, 259 bei Gesundheitsgefahr nach BGH – Urteil vom 18.4.07 (VIII ZR 182/06)- ZIV 2007, 25 erforderlich

<sup>49</sup> BGHZ 116, 334

<sup>50</sup> KG Berlin ZMR 2004, 261

<sup>51</sup> BGH NJW 1980, 777, BGH NJW 1997, 1285

<sup>52</sup> BGH NJW-RR 1992, 267

Anlage:

Mängel		Keine Mängel	
		Hochwassergefahr unter nur außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen	BGH NJW 1971, 424
Emissionen (Hier ist auf Ortsüblichkeit zu achten) Baulärm Unzureichender Trittschall Gerüche Erschütterungen Licht (Leuchtreklame)	BayObLG NJW 1987, 1950 BGH NJW 2005, 218 LG Augsburg WuM 1986, 137 BGH ZMR 1966, 209 BGH WuM 1978,86	Kinderlärm Hausmusik	AG Braunschweig, WuM 2002, 50 AG Münster WuM 1991, 545
Flächenabweichung ggü Vertrag von mehr als 10%	BGH NJW 2005, 2152	Normative Flächenabweichung, die dadurch entsteht, dass man die Flächenberechnungsmethode ändert	BGH Urteil vom 22.2.06 (VIII ZR 219/04)- ZIV 2006, 43
Feuchtigkeitserscheinungen	OLG Celle WuM 1985, 9	Ladenlokal wird nicht wie erwartet angenommen (Mierrisiko)	BGH NJW 2000, 1714
		Fehlende Parkplätze (keine Unmittelbarkeit)	OLG Dresden, NZM 2002, 261
Leistungsmängel  - Ausfall Lüftungsanlage - Hausreinigung - Wasser-Abwasser - Müll - Strom - Heizung, Warmwasser - Lüftungsanlage	BGH NJW-RR 1991, 779	Leistungsdefizite  Unwirtschaftliche Heizungs-Warmwasseranlage  Heizungsausfall im Sommer Raumtemperatur geringfügig unterschritten (1 Grad)	LG Münster WuM 2000, 354 LG Hamburg NJW-RR 1988, 907  LG Wiesbaden WuM 1990, 71 BGH NJW-RR 2004, 1450
Öffentlich-rechtliche Beschränkungen  - Versagung der Gaststättenkonzession wegen Zustand oder Lage der Räume - Nutzungsuntersagung wegen Verletzung (WarenhausVO Bayern bzgl. Betriebserfordernisse Warenhaus) - (Schon) Beanstandung der Betriebsräume einer Metzgerei durch Gewerbeamt	BGH NJW 1988, 2664  BGH NJW 1980, 777  BGH WM 1983, 660	Entzug der Gewerbeerlaubnis (betrifft nicht die Immobilie, sondern den Mieter)	

<p>Öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften (LBO* - Verstöße):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Belichtung und Belüftung Kellerwohnung</li> <li>- Brandschutz</li> </ul> <p>* LBO=Landesbauordnung. Hier sind die „baupolizeilichen“ Regelungen untergebracht</p>	<p>LG Mannheim NJW-RR 1999, 1023 OLG Düsseldorf NZM 2003, 556, KG Berlin, ZMR 2004, 259</p>		
<p>Schadstoffe, wenn Richt- oder Grenzwert überschritten wurde</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Grenzwerte der TrinkwasserVO</li> <li>- Richtwerte des Bundesinstitutes f. gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin (BGVV):</li> <li>- Asbest:</li> <li>- Formaldehyd:</li> <li>- Perchlorethylen:</li> <li>- Elektrosmog, wenn Grenzwerte der 26. BimSchV überschritten</li> </ul> <p>Altlasten, wenn Grenzwerte der Anlagen der BbodenSchV überschritten</p> <p>Schimmel</p>	<p>OLG Köln, NJW 1992, 51</p> <p>LG Dortmund, ZMR 1994, 410 LG München I, WuM 1991, 584 LG Hannover, NJW-RR 1990, 972</p> <p>BGH NJW 1997, 2509</p> <p>Noch keine Rechtsprechung ersichtlich</p> <p>Verbindliche Grenzwerte liegen nicht vor</p>	<p>Elektrosmog durch Mobilfunkanlage, weil Grenzwerte eingehalten und Gesundheitsgefährdung nicht bekannt</p>	<p>BGH – Urteil vom 15.3.06, (VIII ZR 74/05), ZIV 2006, 43</p>
		<p>Sicherheitsprobleme – viermaliger Einbruch in kurzer Zeit (keine Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung)</p>	<p>OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 821</p>
<p>Sonstige Sicherheitseinrichtungen:</p> <p>fehlen einer Rückstausicherung, wenn Keller als Lagerraum vermietet wird</p>	<p>OLG Hamm NJW-RR 1988, 529</p>		
<p>Überbelegung Arbeiterwohnheim f. Gastarbeiter</p>	<p>BGH NJW 1976, 796</p>		

Hinweis: Bitte beachten Sie, dass viele Entscheidungen Einzelfallcharakter haben. So kann nicht generell angenommen werden, Kinderlärm stelle keinen Mangel dar. Es kommt hier z.B. darauf an, ob er ortsüblich und sozialadäquat im Umfang ist.