

Schuldrecht - Besonderer Teil II §§ 535-630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG

9. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-76675-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition.
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage

C.H.BECK und Franz Vahlen.

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

Gesagten die allgemeinen Vorschriften (zum Freiwerden von der Pflicht zur Mangelbeseitigung → Rn. 10). Auf die Überlassung der Mietsache kommt es auch bei Sachmängeln nicht an (str.; → Rn. 13). Hat der Mieter den Mangel zu vertreten, ist er allerdings zur Fortentrichtung der Miete verpflichtet (vgl. § 326 Abs. 2).

In den sonstigen Fällen nachträglicher Unmöglichkeit, zB durch Untergang oder teilweise Zerstörung der Mietsache, bleibt es – wie in → Rn. 11 für die anfängliche Unmöglichkeit dargestellt – beim Erlöschen der primären Leistungspflichten. Jedoch richtet sich die Ersatzpflicht nach §§ 283, 280 Abs. 1, was eine Fahrlässigkeit des Vermieters nicht voraussetzt, wenn diesen das **Beschaffungsrisiko** trifft (§ 276 Abs. 1 S. 1 aE). Dies ist etwa anzunehmen, wenn der Vermieter die Übergabe zu einem Termin zusagt, dessen Einhaltung am rechtswidrig fortgesetzten Besitz des Vormieters scheitert.⁵⁵ Zur davon zu unterscheidenden Doppelvermietung, die einen Rechtsmangel begründet, → § 536 Rn. 36.

3. Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Nach ganz hM steht dem Mieter die Einrede aus § 320 **neben §§ 536 ff.** zur Seite.⁵⁶ Hauptargumente sind der effektive **Mieterschutz** und die im Vergleich zu den Mängelrechten andere Stoßrichtung, geht es bei § 320 doch darum, den Schuldner **unter Druck** zu setzen. Leistet der Vermieter nicht vertragsgemäß, etwa weil die Mietsache einen Mangel aufweist, ist der Mieter berechtigt, gegenüber dem vorleistungspflichtigen Vermieter (§ 579 Abs. 1) einen **angemessenen** (§ 320 Abs. 2) Teil der Miete zurückerhalten. Trotz der in § 556b Abs. 1, § 579 Abs. 2 enthaltenen Fälligkeitsregelung verneint die überwM eine der Einrede gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 entgegenstehende Vorleistungspflicht des Mieters (→ § 320 Rn. 10).⁵⁷ Ist der Mieter in concreto gleichwohl **vorleistungspflichtig**, kann diese Pflicht nicht nur gemäß § 321 sondern auch dann **entfallen**, wenn feststeht, dass der Vermieter seine Leistung nicht vertragsgemäß erbringen wird (→ § 320 Rn. 31). So liegt es, wenn die Miete zum dritten Werktag fällig ist, aber die zum Monatsersten fällige Gebrauchsgewährung nicht vertragsgemäß erbracht wird; es bleibt dann bei der Leistungspflicht Zug-um-Zug.⁵⁸

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unterliegt folgenden **Grenzen**, die sich zum Teil notwendig aus ihrer Rechtsnatur ergeben.⁵⁹ Die **Einrede erlischt** mit dem Erfüllungsanspruch, etwa gemäß § 362 Abs. 1 oder bei **Beendigung des Mietverhältnisses**.⁶⁰ Nach Ansicht des BGH hat daher der Mieter dem veräußernden Vermieter den **gesamten einbehaltenen Betrag** zu zahlen, sobald die Pflicht zur Gewährung des Mietgebrauchs den Erwerber trifft.⁶¹ Der BGH hat dem Mieter die Einrede auch dann versagt, wenn dieser durch fristlose Kündigung zu erkennen gegeben hat, von der Mietsache **keinen Gebrauch mehr machen zu wollen** (→ § 320 Rn. 13).⁶² Hat der Mieter den Mangel entgegen § 536c Abs. 1 **nicht angezeigt** oder **verweigert** er dem Vermieter den Zutritt zur **Mangelbeseitigung**, kommt eine Einrede aus § 320 nicht in Betracht, solange der Vermieter den Mangel wegen **fehlender Kenntnis** oder der **Verweigerung** nicht beseitigen konnte.⁶³ Das von der Gegenansicht bemühte Argument, der selbst nicht leistungstreue Vermieter werde nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sich der Mieter ohne Anzeige auf § 320 stütze, über-

⁵⁵ Zutr. Gruber WuM 2002, 252 (254); zu Unrecht krit. gegen diesen Teil der Ausführungen Grubers Oechsler NZM 2004, 881 (884). Zur rechtlichen Behandlung derartiger Fälle ausf. Leenen/Fleischhauer JuS 2005, 709 (712); Häublein Jura 2007, 291 (295 f.).

⁵⁶ Grdl. BGHZ 84, 42 (45) = NJW 1982, 2242 mit Hinweis ua auf RG JW 1906, 333; BGHZ 206, 1 = NJW 2015, 3087 Rn. 48 ff.; BGH NZM 2003, 355; 2003, 437; 2006, 696; 2011, 197; NJW 2011, 514 Rn. 18; BeckRS 2016, 482 Rn. 15; Derleder NZM 2002, 676 (679); Frieling ZfPW 2018, 467 (482 f.); Gellwitzki WuM 1999, 10; Gellwitzki WuM 2006, 126; Hinz ZMR 2016, 253; Keppeler ZMR 2003, 885 (893); Schenkel NZM 1998, 502; H. Schmidt NZM 2013, 705 (706); Schmidt-Futterer/Eisenschmid § 536 Rn. 409; Staudinger/V. Emmerich, 2021, § 536 Rn. 101; Sternel GS Sonnenschein, 2003, 293 (299) = WuM 2002, 244; ausf. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, 390 ff.; aA Lammel WohnraummietR § 536 Rn. 6; Lammel GS Sonnenschein, 2003, 275 ff.; LG Mannheim MDR 1976, 317 m. abl. Anm. Büttner MDR 1978, 117.

⁵⁷ Vgl. nur Derleder NZM 2002, 676 (679); Eisenschmid WuM 2001, 215 (218); Sternel GS Sonnenschein, 2003, 301; aA Lammel GS Sonnenschein, 2003, 289 ff.

⁵⁸ Vgl. Schenkel NZM 1998, 502 unter Hinweis auf BGH NJW 1986, 1164; NJW-RR 1989, 1356; s. ferner BGH NZM 1998, 766; Frieling ZfPW 2018, 467 (481 f.).

⁵⁹ Zu den allgemeinen Schranken, wie etwa der Vertragstreue des Schuldners, → § 320 Rn. 42 f.

⁶⁰ BGH NJW 2019, 1745 Rn. 23; 2019, 2308 Rn. 41; Schenkel NZM 1998, 502 (504). Der bloße Auszug bei fortbestehendem Mietverhältnis soll demgegenüber nicht ausreichen; vgl. OLG Düsseldorf MDR 1989, 640.

⁶¹ BGH NZM 2006, 696; ebenso die Vorinstanz LG Berlin WuM 2006, 145; abl. Gellwitzki WuM 2006, 126.

⁶² BGH NJW 1982, 874; 1989, 3222 (3224) zum Leasing; OLG Köln OLG R 2001, 121.

⁶³ BGH NZM 2011, 197 Rn. 12; NJW 2019, 1745 Rn. 23; 2019, 2308 Rn. 40. Zum fortbestehenden Erfüllungsanspruch s. BGH NJW 1997, 2674.

zeugt ebenso wenig wie der Hinweis darauf, § 320 stelle weder auf Verschulden noch auf Kenntnis des Schuldners der Gegenleistung (hier: des Vermieters) ab.⁶⁴ Das alles gilt nämlich für die Minderung ebenso. Wenn selbst dieses auf Herstellung der Äquivalenz gerichtete Recht bei fehlender Anzeige trotz Äquivalenzstörung ausgeschlossen ist, muss das a maiore ad minus für ein Recht gelten, das auf Mangelbeseitigung gerichtet ist.

18 Eine **weitere Schranke bildet § 320 Abs. 2**. Um die Obergrenze des einzubehaltenden Betrages zu konkretisieren, wird verbreitet § 641 Abs. 3 Hs. 2 herangezogen.⁶⁵ Nach Änderung dieser Norm durch das Forderungssicherungsgesetz – in der älteren Judikatur wurde oft auf das **Drei- bis Fünffache** abgestellt (→ § 320 Rn. 10) – orientiert man sich zum Teil **am Doppelten**⁶⁶ der **Kosten** für die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands,⁶⁷ andere stellen auf den **Minderungsbetrag** ab.⁶⁸ Diese Begrenzung dürfte **alternativ** gelten,⁶⁹ denn für eine Begrenzung anhand des Minderungsbetrages spricht, dass der vollständige Einbehalt der Miete den Vermieter besonders hart treffen kann,⁷⁰ und ein von den Kosten der Mangelbeseitigung losgelöster, der Höhe nach unbegrenzter Einbehalt ebenfalls gegen Treu und Glauben verstieße.⁷¹ Gleichwohl lehnen Teile der Lehre eine betragsmäßige (und zeitliche; dazu sogleich) Schranke vollkommen ab und beziehen das Zurückbehaltungsrecht **auf die gesamte Miete**, selbst wenn das zur Einstellung der Mietzahlungen führt (→ § 320 Rn. 11).⁷²

19 Das Recht aus § 320 wird nach hier vertretener, vom BGH aber nicht geteilter, Ansicht ferner durch folgende Überlegung **erheblich eingeschränkt**, die dem Streit um die Berechtigung und sonstigen Schranken viel Bedeutung nimmt: Im Anschluss an das OLG Frankfurt⁷³ ist davon auszugehen, dass das Recht aus § 320 **mit Ablauf des Monats erlischt**, für den die einbehaltene Miete zu zahlen war.⁷⁴ Ursache hierfür ist die Unmöglichkeit der Leistungserbringung für den Zeitabschnitt, auf den sich die zurückgehaltene Mietzahlung bezieht.⁷⁵ Die daran geübte Kritik,⁷⁶ der Anspruch des Mieters entstehe nicht periodisch, sondern sei ein einheitlicher, der bis zu seiner Erfüllung fortbestehe, und das zeitlich gestreckte Leistungsverweigerungsrecht sei dem Dauerschuldverhältnis als Druckmittel inhärent, würdigt nicht, dass die Parteien die Gegenleistung selbst „portioniert“⁷⁷ und Zeitabschnitten zugewiesen haben. Der Mieter kann sich also nicht darauf berufen, die monatliche Zahlung sei auch Gegenleistung für zukünftige Vermieterleistungen.⁷⁸ Diese pauschalierende Zuweisung der Miete zu bestimmten Zeitintervallen begründet auch, warum sich das Leistungsverweigerungsrecht nicht im Laufe des Monats sukzessive „auflöst“.⁷⁹ Dem Mieter erwächst

⁶⁴ *Frieling* ZfPW 2018, 467 (483 f.); anders als der BGH auch LG Flensburg NZM 2018, 902.

⁶⁵ Dagegen etwa *Bieber* NZM 2006, 683 (686 f.); *H. Schmidt* NZM 2013, 705 (715).

⁶⁶ S. BeckOK BGB/Wiederhold § 536 Rn. 139; *Selk* NZM 2009, 142; *Selk*, Mietmängel und MängelR., § 320 Rn. 15; *Soergel/Gsell* § 320 Rn. 88.

⁶⁷ Vgl. BGH NZM 2003, 437; s. ferner OLG Naumburg NZM 2001, 100 (101); LG Bonn ZMR 1990, 59.

⁶⁸ LG Hamburg MDR 1984, 494; WuM 1989, 566; *Conrad* MDR 2013, 1381 (1383), allerdings gegen jedwede Pauschalisierung; *H. Schmidt* NZM 2013, 705 (715); vehement auch *Keppeler* ZMR 2003, 885 (894).

⁶⁹ BGHZ 206, 1 Rn. 56 = NJW 2015, 3087 missversteht dies als Wahlrecht des Mieters; ebenso *H. Schmidt* NZM 2013, 705 (715); es geht aber um eine Begrenzung zugunsten des Vermieters!

⁷⁰ Vgl. *Derleder* NZM 2002, 676 (680).

⁷¹ Für eine Beschränkung auf die Beseitigungskosten sogar LG Berlin GE 2000, 1688.

⁷² *Frieling* ZfPW 2018, 467 (488 ff.), der meint, der Mieter könne sein Verweigerungsrecht an den Mangelbeseitigungskosten orientieren. Als Beispiel führt er den für 10.000 Euro zu reparierenden Aufzug an (492). Damit bliebe der Vermieter iErg regelmäßig über viele Monate (nahezu) ohne Mieteinnahmen, und zwar selbst in einem Mehrfamilienhaus mit vielen Mietparteien. Das widerspricht der Judikatur des BGH, der eine schonende Rechtsausübung fordert, BGH NJW 2019, 2308 Rn. 43.

⁷³ OLG Frankfurt NZM 2000, 186 (187 f.); anders aber die hM; s. neben den Nachweisen in BGHZ 206, 1 Rn. 58 = NJW 2015, 3087 etwa *Frieling* ZfPW 2018, 467 (485 ff.); *Lehmann-Richter* NJW 2008, 1196 (1999); *H. Schmidt* NZM 2013, 705 (716); *Strey* NZM 2015, 841 (851).

⁷⁴ Das Ergebnis kommt der von *Lammel* GS Sonnenschein, 2003, 282 ff. (vgl. auch *Herschel* MDR 1983, 899) vertretenen Ansicht nahe, wenn man sich vor Augen führt, dass es bei einer Fälligkeit gemäß § 579 Abs. 1 zum Ende der Periode keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages geben kann.

⁷⁵ Zum Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts infolge Unmöglichkeit → § 320 Rn. 39 aE, 43.

⁷⁶ *Sternel* GS Sonnenschein, 2003, 302 mit Hinweis auf *Gellwitzki* WuM 1999, 10 (12); *Hinz* ZMR 2016, 253 (261 f.); s. auch *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, 405 ff.

⁷⁷ *Lammel* GS Sonnenschein, 2003, 285.

⁷⁸ Eine Argumentation, die etwa bei der Minderung zu eigenartigen Konsequenzen führte, könnte der Vermieter sie mit Erfolg vorbringen. Zu Recht geht man hier davon aus, die Mietzahlung stelle die Gegenleistung für den laufenden Monat dar. Daran ändert der Hinweis auf ein ungeteiltes Synallagma (*Frieling* ZfPW 2018, 467 [488]) nichts und aus diesem Grund muss letztlich auch ein Recht gemäß § 273 (*Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, 407) ausscheiden.

⁷⁹ Gegen eine Atomisierung der Leistungspflicht zu Recht *Lammel* GS Sonnenschein, 2003, 285.

daraus kein unangemessener Nachteil, weil er nicht nur die Rechte aus §§ 536 ff., sondern darüber hinaus den Anspruch hat, Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung zu verlangen (→ § 536a Rn. 26), mit dem er gegen die Mietzahlung aufrechnen kann. Bis zur Beseitigung des Mangels erhält der Vermieter nur eine geminderte Miete, was bereits erheblichen Druck zur (Wieder-)Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes erzeugt.⁸⁰

Zu Recht erkennt der BGH⁸¹ in dieser Argumentation das Bemühen, einen **allgemein gültigen Rahmen** – nämlich maximal die Höhe der Miete für ein vereinbartes Zeitintervall – vorzugeben, innerhalb dessen der angemessene Umfang des Leistungsverweigerungsrechts zu finden ist, hält einen solchen aber **für unangebracht**. Der Tatrichter habe den Umfang, der sich einer allgemein gültigen Betrachtung entziehe, durch Gesamtwürdigung des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermitteln. Dazu gehörten die Bedeutung des Mangels, ob er mit geringem Aufwand oder nur schwer zu beseitigen ist und ggf. sei auch das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel relevant. Die Grenze sei erreicht, wenn der Mieter auf unabsehbare Zeit keine Miete zahlen müsse. Es sei ferner verfehlt, das Recht ohne Zeitbegrenzung auf einen mehrfachen Betrag der Mangelbeseitigungskosten oder monatlichen Minderung zu bemessen. Das Recht sei vor allem bei Mängeln, die die Gebrauchstauglichkeit nur beschränkt mindern, schonend auszuüben und **unterliege** grundsätzlich **sowohl zeitlichen als auch betragsmäßigen Schranken**. Der insgesamt einbehaltene Betrag müsse in angemessener Relation zur Bedeutung des Mangels stehen.⁸²

Vertraglich kann das Recht aus § 320 – wie auch das aus § 273⁸³ (s. auch bei § 556b Abs. 2) – **21** nur bedingt **eingeschränkt werden**. Während eine individualvertragliche Regelung möglich sein soll,⁸⁴ scheitern AGB an § 309 Nr. 2 lit. a und b, wobei für die Vermietung an Unternehmer und sonstige Personen iSv § 310 Abs. 1 zu berücksichtigen ist, dass die Norm dort keine Anwendung findet (näher → § 309 Nr. 2 Rn. 20).⁸⁵ Allerdings hat der Vermieter kein hinreichendes, den Nachteil für den Mieter aufwiegendes Interesse daran, auch in Bezug auf **unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen** Leistungsverweigerungsrechte des Mieters auszuschließen; auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr müssen Formulklauseln daher einen entsprechenden Vorbehalt enthalten.⁸⁶

4. Mangelhafte Mietsache und Pflichtverletzung. Die in der Nichtgewährung vertragsgemäßen Gebrauchs infolge Sach- und Rechtsmängeln liegende Pflichtverletzung des Vermieters wird grundsätzlich durch die mietrechtlichen Spezialvorschriften sanktioniert (→ Rn. 8; → § 280 Rn. 90 ff.; → § 323 Rn. 40 ff. und → § 323 Rn. 241). Da § 536a umfassenden Schadensersatz gewährt (→ § 536a Rn. 14 ff.), bleibt für die **Anwendung der §§ 280, 281 in diesen Fällen kaum Raum**.⁸⁷ Das bedeutet nicht, dass damit zugleich § 284 unanwendbar wäre; denn dieser findet im Mietrecht keine Entsprechung (näher → § 536a Rn. 19).⁸⁸ **Schadensersatzansprüche** des Mieters **nach § 280 Abs. 1** kommen daher vor allem in Betracht, wenn der Anwendungsbereich des § 536a nicht berührt ist. So bei Verletzung der Leistungstreuepflicht durch unberechtigte Kündigung (→ § 573 Rn. 147) oder anderer, nicht leistungsbezogener Pflichten iSv § 241 Abs. 2, § 282 (→ § 280 Rn. 98 ff.).⁸⁹ Auch dort, wo die Verletzung einer Vertragspflicht (zB Verkehrspflicht)

⁸⁰ BGHZ 206, 1 Rn. 64, 66 = NJW 2015, 3087; dezidiert anders *Frieling* ZfPW 2018, 467 (486 f.); s. ferner *Keppeler* ZMR 2003, 885 (894); *Streyll* NZM 2015, 841 (851).

⁸¹ BGHZ 206, 1 Rn. 59 = NJW 2015, 3087.

⁸² BGHZ 206, 1 Rn. 62 ff. = NJW 2015, 3087, wobei die Ausführungen wiederholt auf Wohnraum beschränkt werden; BGH WuM 2016, 98 = BeckRS 2016, 482 Rn. 15; NJW 2019, 1745 Rn. 21; dagegen *Frieling* ZfPW 2018, 467 (485 ff.), der aber nicht näher auf § 320 Abs. 2 eingeht und damit letztlich die für die Praxis entscheidende Frage offenlässt.

⁸³ Dieses kommt bei nicht im Synallagma stehenden Ansprüchen des Mieters in Betracht, etwa → § 535 Rn. 228; zur Konnexität der Ansprüche s. etwa *Lehmann-Richter* NJW 2008, 1196 (1200).

⁸⁴ OLG Naumburg ZMR 1997, 636.

⁸⁵ BGH NJW 2011, 514; Klausel, die ein Zurückbehaltungsrecht nur „mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen“ zulässt, ist wirksam. Zu dieser Grenze und weiterführenden Überlegungen s. *Streyll* NZM 2015, 841 (854).

⁸⁶ BGH NJW 1992, 575 (577); vgl. hierzu auch BGH ZMR 2016, 609; NZM 2017, 812 Rn. 11.

⁸⁷ OLG Rostock ZMR 2020, 1019; NJW-RR 2007, 1093; jedenfalls nach Übergabe; BeckOK BGB/*Wiederhold* § 536a Rn. 7; Staudinger/*V. Emmerich*, 2021, Rn. 13. *Oechsler* NZM 2004, 881 (882) hält Schadensersatz statt der Leistung iSv §§ 280 Abs. 3, 281 bereits wegen § 536 Abs. 1 für ausgeschlossen, weil verhindert werde, dass dem Mieter überhaupt ein Mangelschaden entstehe. Zur Anwendung des § 281 auf die Rückgabepflicht etwa *Schwab* NZM 2003, 50; Staudinger/*Rolf*s, 2021, § 546 Rn. 41; → § 281 Rn. 131 ff.

⁸⁸ So etwa auch *Gsell* NZM 2010, 71 (77); *Oechsler* NZM 2004, 647.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 179, 238 = NJW 2009, 1262 zum Ausüben eines nicht bestehenden Rechts; s. ferner *Gsell* NZM 2010, 71 (73); *V. Emmerich* FS Blank, 2006, 145 (148); s. aber auch *Kandelhard* WuM 2003, 3 (11), der § 282 mit den Kündigungsvorschriften verzahnt wissen will.

zugleich zu einem Mangel der Mietsache und einem Schaden an Rechtsgütern des Mieters führt, kommt eine Haftung nach § 280 Abs. 1 in Betracht.⁹⁰ Zum Problem der **Verletzung von Aufklärungspflichten**, die Eigenschaften der Mietsache betreffen, näher bei den vorvertraglichen Pflichten (→ Rn. 27).

- 23 **Schadensersatzansprüche des Vermieters** wegen Schäden der Mietsache, die vom Mieter zu vertreten sind und daher nicht zum Vorliegen eines Mangels führen (→ § 536 Rn. 43), richten sich grundsätzlich nach § 280 Abs. 1, dh es bedarf **keiner Nachfristsetzung** (→ § 535 Rn. 192; → § 535 → Rn. 210; ferner → § 280 Rn. 161 zur Beweislast). Auch hier existiert aber in **§ 536 Abs. 2 S. 1** eine **vorrangige Spezialvorschrift**.
- 24 **5. Verzug**. Die allgemeinen Verzugsregelungen erlangen bereits dadurch Bedeutung, dass die Mängelvorschriften teils unmittelbar ein **Verzuserfordernis** statuieren (vgl. **§ 536a Abs. 1 Fall 3 und Abs. 2 Nr. 1**). Wann Verzug vorliegt, bestimmt sich nach **§ 286**. Hinsichtlich der Vermögens-einbußen, die aus der verzögerten Mangelbeseitigung dem Mieter entstehen, **gehen** diese mietrechtlichen Vorschriften **aber vor**.⁹¹ Auch die Möglichkeit, sich infolge verzögerter Mangelbeseitigung **vom Vertrag zu lösen**, ist vorrangig nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 zu beurteilen. **Vor Übergabe** kommt jedoch auch ein Rücktrittsrecht nach § 323 in Betracht. Es würde den säumigen Vermieter nämlich unter Umständen privilegieren, ließe man eine Lösung vom Vertrag nur unter den teilweise strengeren (s. § 568 Abs. 1, § 569 Abs. 4) Kündigungsvoraussetzungen zu.⁹² Zum Konkurrenzverhältnis zu § 314 → Rn. 8.
- 25 Erfüllt der Vermieter seine Pflicht aus § 535 Abs. 1 nicht pünktlich, sind die Verzugsregeln nur dann anwendbar, wenn der nicht zur vereinbarten Zeit gewährte **Gebrauch nachgeholt** werden kann.⁹³ Das ist ungeachtet der Ausführungen zu → Rn. 9 auch bei der Raummiete durchaus möglich, zB wenn als Vertragsbeginn, wie in der Geschäftsraummiete nicht unüblich, die Fertigstellung des Objekts vereinbart wurde (→ § 286 Rn. 58; → § 323 Rn. 41).⁹⁴ Verzögert sich diese, kann der Mieter gemäß §§ 280 Abs. 2, 286 den Verzögerungsschaden liquidieren und unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 281, 323 auch das Erfüllungsprogramm abbrechen. Tritt **Unmöglichkeit oder Teilunmöglichkeit** der Leistung ein, weil sich das bloße „Anhängen“ der Zeit am Vertragsende als andere Leistung darstellte,⁹⁵ sind die Folgen nach den in → Rn. 10 ff. ausgeführten Grundsätzen zu bestimmen.⁹⁶
- 26 Wird die Mietsache – vor oder nach Überlassung – **beschädigt**, schuldet der Vermieter grundsätzlich Mangelbeseitigung. Kommt er der Pflicht trotz Aufforderung nicht nach, befindet er sich regelmäßig im Verzug. Jedoch kann der Mieter oftmals nicht einfach überschauen, ob tatsächlich Verzug vorliegt oder die Voraussetzungen einer Leistungsbefreiung gegeben sind. Will er sich in einem solchen Fall **vom Vertrag lösen**, kann er dies auf der Grundlage von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 tun oder – allerdings nur vor Überlassung – gemäß § 323 zurücktreten. Jedenfalls wird der Mieter eine **Nachfrist setzen**, um nicht das für ihn unsichere Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 oder § 326 Abs. 5 Hs. 2) nachweisen zu müssen.⁹⁷ Hingegen hängen verzugsbedingte **Ersatzansprüche** – jedenfalls sofern die Beschädigung der Mietsache nicht vom Vermieter zu vertreten ist – davon ab, ob die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 vorliegen (zu diesen → Rn. 9); das Erheben der Einrede wirkt auf den Zeitpunkt des Vorliegens ihrer Voraussetzungen zurück (→ § 275 Rn. 112).⁹⁸

⁹⁰ BGH NJW 2009, 142 Rn. 12; vgl. ferner OLG Frankfurt WuM 1984, 78.

⁹¹ Zum Verzug des Vermieters ausf. *Kraemer* PiG 70 (2004) 249 = NZM 2004, 721.

⁹² S. nur Staudinger/ *V. Enmerich*, 2021, § 543 Rn. 23 ff.

⁹³ Für Mobilien BGH NJW-RR 1988, 1396. Auch hier kann aber ein Fixgeschäft vorliegen, zB Kfz-Miete am Ferienort.

⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1992, 3226.

⁹⁵ Vgl. *Kraemer* PiG 70 (2004) 249 (256).

⁹⁶ Für das Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 gelten die Ausführungen zu § 323 in → Rn. 24 sinngemäß. Allerdings handelt es sich bei der Unmöglichkeit infolge Zeitablaufs nur um Teilunmöglichkeit (§ 323 Abs. 5).

⁹⁷ Auf diesem Wege sind auch die Fälle der sog. „einstweiligen“ oder „vorübergehenden“ Unmöglichkeit zu lösen. Ein Beispiel bildet die zum vereinbarten Übergabezeitpunkt fehlende behördliche Erlaubnis für den Betrieb des Unternehmens des Mieters in den Mieträumen. Zur analogen Anwendung von § 323 s. nur *Canaris* FS U. Huber, 2006, 143 (152 ff.); iErg auch *Kandelhard* WuM 2003, 3 (10). Zur Schließung während der Pandemie als vorübergehendes, aber zur Unmöglichkeit führendes Hindernis BGH NZM 2022, 514 Rn. 20.

⁹⁸ Nicht ausgeschlossen ist eine Haftung aber, wenn der Mangel bereits bei Vertragsschluss bestand (zB Bombenfund auf dem Mietgrundstück) oder der Vermieter dessen Abwesenheit garantiert (zB bei Vermietung zu einem bestimmten Zweck). In beiden Fällen wird man jedoch genau zu prüfen haben, ob das Leistungsversprechen so weit reicht. Zu dessen Beschränkung → Rn. 11.

6. Verschulden bei Vertragsschluss. Nach Ansicht des BGH kommt die in § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 geregelte Haftung aus **culpa in contrahendo** (c.i.c.) grundsätzlich nicht zum Zuge, wenn sich die vorvertragliche Pflichtverletzung in einer **unrichtigen Angabe über die Beschaffenheit der Mietsache erschöpft**; §§ 536 ff. verdrängen – vorbehaltlich vorsätzlicher Pflichtverletzung – die allgemeinen Regeln.⁹⁹ Daran soll es allerdings **bis zur Überlassung der Mietsache** fehlen, weshalb bis dahin eine Haftung aus c.i.c. in Betracht komme. Dass der Beschränkung des § 536a auf die Zeit nach Übergabe der Sache aus den bei → Rn. 12 dargelegten Gründen nicht zu folgen ist, bedeutet nicht, dass damit eine Haftung aus c.i.c. in den hier allein interessierenden Fällen¹⁰⁰ einer tatbestandlichen Konkurrenz zu §§ 536 ff. ausscheidet. Vielmehr besteht **kumulative Anspruchskonkurrenz** (→ § 311 Rn. 93 ff.).¹⁰¹ Zwar wird die c.i.c. in Anbetracht der strikten Haftung aus § 536a Abs. 1, die durch § 284 ergänzt wird (→ Rn. 22), in der Praxis eine geringe Rolle spielen. Jedoch liegt in der Nichtaufklärung des Mieters über einen dem Vermieter bekannten oder zumindest erkennbaren Mangel bzw. eine mit dem Gebrauch der Mietsache verbundene Gefahr eine eigenständige Pflichtverletzung.¹⁰² Auch nach Vertragsschluss ist der Vermieter verpflichtet, den Mieter über eine sich abzeichnende Verzögerung der Fertigstellung des Mietobjektes oder über bekannt gewordene, mit dem Gebrauch verbundene Gefahren zu unterrichten (→ § 535 Rn. 125). Ein Unterlassen begründet eine über die Nichtleistung hinausgehende Pflichtverletzung. Das gilt auch für den vorvertraglichen Bereich, sofern dem Vermieter die Informationen bereits zu diesem Zeitpunkt vorliegen (müssten) und diese erkennbar für den Mieter von Bedeutung sind (zur daraus resultierenden Aufklärungspflicht → § 535 Rn. 211).

Wertungswidersprüche zum abgestuften Haftungssystem des Mietrechts (s. § 536b oder § 543 Abs. 3) sind damit nicht notwendig verbunden. Über **bekannte Mängel** oder solche, über die der Mieter bei Vertragsschluss vernünftiger Weise nicht in Unkenntnis bleiben durfte (zur groben Fahrlässigkeit → § 536b Rn. 5), braucht der Vermieter nicht aufzuklären.¹⁰³ Einer ad hoc-Lösung vom Vertrag unter Hinweis auf § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1, kann auf der Ebene der Kausalität/Zurechnung dieses Schadenspostens begegnet werden.¹⁰⁴ Schließlich ist eine Umgehung des in § 284 ausgedrückten Alternativitätsgedankens¹⁰⁵ nicht zu befürchten, weil der Mieter nicht zugleich Nichterfüllungsschäden liquidieren und behaupten kann, er hätte den Vertrag gar nicht geschlossen.

7. Anfechtung. Wie beim Kauf (→ 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 54) fragt sich, ob **Anfechtung und Mängelrechte** frei konkurrieren. Dies betrifft vor allem die auf § 119 Abs. 2 gestützte Anfechtung, weil der den Mangel begründende Umstand häufig zugleich eine **verkehrswesentliche Eigenschaft** der Mietsache begründet.¹⁰⁶ Nach einer Ansicht¹⁰⁷ kommt eine Anfechtung auch dann in Betracht, wenn sich der Irrtum auf das Vorliegen eines Mangels bezieht (anders → § 119 Rn. 35). Für die Zeit **nach Überlassung der Sache** wird das Recht zur Lösung vom Vertrag aber eingeschränkt. Sofern es mit Hinweis auf „Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung von

⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1980, 777 = JuS 1980, 607 (V. Emmerich); BGHZ 136, 102 = NJW 1997, 2813; BGH NJW 2008, 2771 Rn. 21.

¹⁰⁰ Zu weiteren Fällen → § 535 Rn. 211, 230; s. auch BGH NJW 2006, 1963 mAnm Fischer WuM 2006, 286.

¹⁰¹ Dafür etwa *Derleder* WuM 2002, 407 (408 f.); V. Emmerich NZM 2002, 362 (363); für das Kaufrecht *Häublein* NJW 2003, 388 (391 ff.); aA *Horst* DWW 2002, 6 (16); v. *Westphalen* NZM 2002, 368 (374); *Kandelhard* WuM 2003, 3 (6) li. Sp. oben.

¹⁰² Dies würdigt *Kandelhard* WuM 2003, 3 (4 f.) nicht hinreichend, wenn er die Haftung für bereits bei Vertragsschluss existierende, behebbare Mängel ausschließlich an den Verzugsregeln orientiert. Zwar ist es richtig, dass der Vermieter bis zum Vertragsbeginn Zeit hat, die Sache in vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Das besagt aber nichts darüber, ob er dem Mieter Hindernisse offenlegen muss, wenn er nicht sicher von deren pünktlicher Beseitigung ausgehen kann. Scheitert deren Beseitigung nämlich aus Gründen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, droht der Mieter wegen § 286 Abs. 4 leer auszugehen, wenn man nicht in der Zusage, die Sache zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen, eine Garantie sieht (→ Rn. 10).

¹⁰³ S. auch *Derleder* WuM 2002, 407 (408), der den Anspruch mangels Kausalität, überwiegenden Mitverschuldens oder wegen des Vorrangs des § 536b für ausgeschlossen hält; letzteres dürfte insbes. für den in § 536b S. 3 geregelten Ausschluss Bedeutung erlangen.

¹⁰⁴ Zu dieser Überlegung vgl. *Häublein* NJW 2003, 388 (393).

¹⁰⁵ *Weitemeyer* AcP 205 (2005), 275 (289).

¹⁰⁶ Zur Anfechtung aus sonstigen Gründen → § 535 Rn. 45 f. Hierzu zählt auch der Irrtum gemäß § 119 Abs. 2 über die Zahlungsfähigkeit des Mieters; dazu *Kretzer* ZMR 2005, 89 (90) betr. sog. „Mietnomaden“.

¹⁰⁷ *Dötsch* NZM 2011, 457; *Erman/Lützenkirchen* Rn. 22; *Staudinger/V. Emmerich*, 2021, Vor § 535 Rn. 105 f.; V. Emmerich NZM 1998, 692 (694); N. Fischer WuM 2006, 3 und ZMR 2007, 157; *Grüneberg/Weidenkaff* § 536 Rn. 12; so in Bezug auf § 123 auch BGHZ 178, 16 Rn. 26 ff. = NJW 2009, 1266; anders nach Überlassung *Bub* in *Bub/Treier* MietR-HdB II Rn. 2205.

Dauerschuldverhältnissen“ nur **mit Wirkung ex nunc** zugelassen wird, betrifft dies eher ein allgemeines Konkurrenzproblem (→ § 535 Rn. 45).¹⁰⁸ Hier geht es allein um die Frage, inwiefern die durch die Mängelrechte bzw. deren Ausschluss bewirkten Rechtsfolgen mit einem frei konkurrierenden Recht zur Anfechtung kollidieren. Symptomatisch für die das Problem bisweilen verkürzenden Darstellungen ist der Hinweis, ein **Anfechtungsrecht des Vermieters** könne schon deswegen nicht ausgeschlossen sein, weil diesem keine konkurrierenden Mängelrechte zustünden.¹⁰⁹ Dabei wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass sich der Vermieter durch die Anfechtung unter Umständen seiner Verpflichtung aus § 536a Abs. 1 Fall 1 entziehen könnte. Etwaige Schäden im Vermögen des Mieters deckt § 122 nur zum Teil ab.¹¹⁰

- 30 Widersprüche entstehen aber auch, wenn man das **Anfechtungsrecht des Mieters** aus § 119 Abs. 2 frei mit §§ 536 ff. konkurrieren ließe. Der in § 536b S. 2¹¹¹ angeordnete Ausschluss scheint zwar nicht die Anfechtung mit der sich anschließenden bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu betreffen; bemisst man den vom Mieter gemäß § 818 Abs. 2 zu leistenden Wertersatz aber objektiv (hM; → 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 82 f.), droht eine Verringerung der Zahlungspflicht des Mieters, die der Minderung gleicht. Hinzu kommt, dass § 543 Abs. 4 eine Kündigung infolge Mangelhaftigkeit der Mietsache ausschließt, dem den Mangel grob fahrlässig verkennenden Mieter also die Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag nimmt. Den Ausschluss des Anfechtungsrechts rechtfertigt das allein allerdings nicht.¹¹² Vielmehr läge es nahe, Vermieter- und Mieterbelange dadurch auszugleichen, dass die Anfechtung bei **grob fahrlässiger Unkenntnis** eines mangelbegründenden Umstandes im Wege teleologischer Reduktion ausgeschlossen wird. Damit aber wäre das Problem nicht gelöst; denn obwohl es im Mietrecht kein allgemeines Nachfristerfordernis gibt, wohnt auch diesem die Wertung inne, der Vermieter solle zunächst den Mangel beseitigen und so die Vertragsbeendigung abwenden können (→ Rn. 4). Dies muss auch für Mängel gelten, die sich vor Überlassung zeigen, was besonders evident ist, wenn der Vermieter den Mangel bis zum vereinbarten Übergabetermin beseitigen kann.¹¹³ Daher ist der Ansicht zuzustimmen, die ein **Anfechtungsrecht** bei Irrtum über das (Nicht-)Vorliegen eines Mangels generell **ausschließt**, und zwar **nicht erst nach Überlassung** der Sache (→ § 119 Rn. 35).¹¹⁴ Bei **Arglist** des Vermieters ist die Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 aber uneingeschränkt zuzulassen.¹¹⁵ Die fehlende Schutzwürdigkeit des Vermieters drückt auch § 536b S. 2 aus.

- 31 **8. Störung der Geschäftsgrundlage.** Das **Mängelrisiko** ist in den Grenzen der §§ 536 ff. dem Vermieter zugewiesen, weshalb ein Rekurs auf das in § 313 normierte Rechtsinstitut **grundsätzlich**¹¹⁶ **ausgeschlossen** ist (→ § 313 Rn. 216).¹¹⁷ Eine falsche Flächenangabe etwa ist schwerlich über § 313 zu korrigieren.¹¹⁸ Umgekehrt beschreiben die §§ 536 ff. die Grenzen der Einstandspflicht des Vermieters auch negativ. Ein Umstand, der gerade nicht als Mangel einzustufen ist, kann damit der Sphäre des Mieters zugewiesen sein. So verhält es sich etwa mit dem **Verwendungsrisiko**, mit der Konsequenz, dass die fehlende Rentabilität dem Mieter nicht das Recht gibt, sich vom

¹⁰⁸ Gegen ex tunc-Wirkung der Anfechtung etwa *Brox/Elsing* JuS 1976, 1 (5); *Sternel* MietR aktuell I Rn. 245. *Erman/Jendrek*, 11. Aufl. 2008, Rn. 19.

¹¹⁰ Die Anfechtung des Vermieters soll daher gegen § 242 verstoßen, *Dötsch* NZM 2011, 457 (460).

¹¹¹ Eine Kollision mit § 536c droht wohl nicht, weil auch die Anfechtung unverzüglich zu erklären ist.

¹¹² Zutr. *P. Huber* FS Hadding, 2004, 105 (111); ausf. *P. Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, 2001, 233 ff.; ebenso *Dötsch* NZM 2011, 457 (459).

¹¹³ Wer § 119 Abs. 2 zur Anwendung bringt, müsste wohl wenigstens davon ausgehen, dass ein Mieter bei verständiger Würdigung des Falles idR nicht allein deswegen vom Vertragsschluss abgesehen hätte, weil der Vermieter den Mangel noch beseitigen muss.

¹¹⁴ Vgl. auch *Grüneberg/Ellenberger* § 119 Rn. 28; für das Kaufrecht *P. Huber* FS Hadding, 2004, 105 (119). *Dötsch* NZM 2011, 457 (459) möchte die hier aus dem Vorrang der Mängelbeseitigung hergeleiteten Bedenken durch wiederholten (NZM 2011, 457 [460]) Hinweis auf § 242 zerstreuen. Das führt zu Rechtsunsicherheit. Vor allem aber lässt sich der Gedanke, eine Anfechtung gewähre kein Reurecht (s. *Dötsch*), nicht auf die hier in Rede stehenden Fälle übertragen. Eine inhaltliche Anpassung des Vertrages, um die es in den unter dem Stichwort „Reurecht“ diskutierten Fällen geht, kann schon deswegen der Mängelbeseitigung nicht gleichgesetzt werden, weil letztere meistens den Zugriff auf die Sache erfordert, was den Mieter im Gebrauch beeinträchtigt.

¹¹⁵ BGHZ 178, 16 = NJW 2009, 1266.

¹¹⁶ Ausnahmen können sich bei einer unzumutbaren Erschwerung der Mängelbeseitigung ergeben; → Rn. 10. Jedoch ist hier große Zurückhaltung geboten, nicht zuletzt deswegen, weil ansonsten die Wertungen des § 275 Abs. 2 unterlaufen werden könnten. Für ein Wahlrecht des Vermieters tritt *Hirsch* ZMR 2007, 81 (82 ff.) ein.

¹¹⁷ BGH NJW-RR 1992, 267 = WuM 1992, 313; NZM 2008, 462 Rn. 11 zur Pacht.

¹¹⁸ BGH NJW 2010, 2648 Rn. 22; OLG Dresden NJW-RR 1998, 512; *Vehslage* DWW 1998, 227 (229).

Vertrag zu lösen.¹¹⁹ Anders aber, wenn beide Parteien das Risiko zum Vertragsinhalt gemacht haben, wobei allein die Vereinbarung einer Umsatzmiete eine solche Annahme regelmäßig noch nicht rechtfertigt.¹²⁰ Die Rspr. stellt hier zu Recht hohe Anforderungen, weil eine Beteiligung am Verwendungsrisiko erkennbar den Interessen des Vermieters widerspricht. So sind vor allem grundlegende Änderungen des Rechts- und Wirtschaftssystems, etwa durch den **Beitritt der DDR**,¹²¹ aber auch **pandemiebedingte** Geschäftsschließungen¹²² (ausführlich → § 313 Rn. 318 ff. und Art. 240 § 7 EGBGB) als Anwendungsfälle der Geschäftsgrundlagenlehre auch im Mietrecht anerkannt worden. Zu sonstigen Äquivalenzstörungen infolge Wertverlusts → § 535 Rn. 226.¹²³

Kommt § 313 zur Anwendung, tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts die **Kündigung** (Abs. 3 S. 2).¹²⁴ Allerdings hat die **Vertragsanpassung Vorrang**, was die Frage nach einer Abgrenzung zu den außerordentlichen Kündigungsrechten scharf hervortreten lässt. Da beide Tatbestände voraussetzen, dass die Vertragsfortsetzung unzumutbar ist, wäre es wegen der an sich vorrangigen Anpassung konsequent, stets § 313 Abs. 1 zu prüfen, bevor eine Kündigung zugelassen wird. Hiervon ist abzusehen, wenn die Kündigungsgründe in die Risikosphäre der anderen Partei fallen.¹²⁵ Im Übrigen aber ist eine **Vertragsanpassung vorrangig**. Demgegenüber ist die Aussage des BGH,¹²⁶ das bei Dauerschuldverhältnissen bestehende Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gehe den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor, soweit es um die Auflösung des Vertrags gehe, zu pauschal.

§ 536 Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

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

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

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

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

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

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Normzweck und Entstehungsgeschichte	1	b) Maßgeblicher Standard	7
		c) Einzelfälle	10
II. Sachmängel und zugesicherte Eigenschaften (Abs. 1 und 2)	3	3. Außerhalb der Mietsache selbst liegende Umstände	21
1. Sachmangel- und Fehlerbegriff	3	a) Immissionen	23
2. Physische Beschaffenheit der Mietsache ..	6	b) Naturkatastrophen	28
a) Ausgangspunkt	6	c) Kundenverkehr, wirtschaftliches Umfeld	29

¹¹⁹ BGH NZM 2010, 364 Rn. 17; 2010, 364 Rn. 24; NJW 2000, 1714 = NZM 2000, 492 (494 f.); NZM 2000, 1005 betr. Einkaufszentrum; dazu Joachim NZM 2000, 785; Waas ZMR 2001, 493; zur Vertragsgestaltung Keckemeti NZM 1999, 115; s. auch OLG Düsseldorf MDR 2004, 1052 = MietRB 2004, 229 (J. Hoffmann).

¹²⁰ S. aber BGH NJW 1990, 567 (569).

¹²¹ BGH NJW 2002, 3234 (3237); NZM 2005, 144; ausf. Hirsch ZMR 2007, 1.

¹²² Grdl. BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370; bestätigt von BGH NJW 2022, 1378; 2022, 1382; ausf. zu den Gründen, warum kein Mangel der Mietsache vorliegt, Häublein/Müller NZM 2020, 482 (483 ff.).

¹²³ Zur Anpassung der Miete s. OLG Hamburg OLGZ 1990, 65 = ZMR 1989, 222.

¹²⁴ BGHZ 101, 143 (150) = NJW 1987, 2674; BGH NJW 1969, 233 (234).

¹²⁵ Häublein ZMR 2005, 1 (3); s. ferner Hirsch ZMR 2007, 1 (5 f.); Hirsch, Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage, 2005, 77 ff. und passim.

¹²⁶ BGHZ 133, 363 (369) = ZIP 1997, 257; anders etwa OLG Dresden ZMR 2017, 468.

	R.n.		R.n.
4. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen ...	31	2. Berechnung der Minderung	40
5. Unerhebliche Mängel (Abs. 1 S. 3)	32	3. Ausschluss der Minderung	43
6. Zugesicherte Eigenschaften (Abs. 2)	33	a) Mieterbezogene Ausschlussgründe	43
III. Rechtsmängel (Abs. 3)	35	b) Privilegierung bestimmter Baumaßnahmen, insbesondere durch Abs. 1a	44
1. Rechte Dritter	35	V. Sonstiges	56
2. Entziehung des Mietgebrauchs	37	1. Abdingbarkeit	56
IV. Rechtsfolgen	38	2. Darlegungs- und Beweislast	60
1. Minderung kraft Gesetzes und Rückforderungsanspruch	38	3. Regress	63

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte

- Die Anpassung der Miete an die geminderte Gebrauchstauglichkeit der Sache stellt ex lege die **Äquivalenz** der Leistungen her.¹ Auf ein Vertretenmüssen des Vermieters kommt es nicht an. Darüber hinaus ist die (teilweise) Befreiung von der Zahlungspflicht – jedenfalls in der Praxis – das wohl **wichtigste Druckmittel**, damit der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache wieder vollumfänglich ermöglicht. Zu den weiteren Ansprüchen des Mieters bei Mängeln sowie zum Verhältnis dieser Ansprüche zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht → Vor § 536 Rn. 2 ff., 8 ff.
- Ursprünglich als § 537 in das BGB aufgenommen und auf die Haftung für Sachmängel beschränkt (für Rechtsmängel galt § 541 aF), wurde der Norm durch das 2. MietRÄndG als Abs. 1 S. 2 der jetzige Abs. 1 S. 3 (Ausschluss unerheblicher Mängel) ein- sowie der jetzige Abs. 4 (Unabdingbarkeit) als § 537 Abs. 3 angefügt.² Im Zuge der Mietrechtsreform ist § 537 aF zu § 536 geworden, wobei Abs. 1 sprachlich modernisiert und der Verweis auf das Kaufrecht durch eine Generalklausel ersetzt wurde. § 537 Abs. 2 S. 2 aF entfiel (→ Rn. 15). Abs. 3 stellt – wie im Ergebnis auch § 541 aF – Rechts- den Sachmängeln gleich (→ Rn. 4, 35). In § 536 Abs. 1 S. 1 hat das SchuldRModG den Begriff „Fehler“ gegen „Mangel“ ausgetauscht und dadurch an Kauf- und Werkvertragsrecht angeglichen.³ Im Zuge des MietRÄndG (→ Vor § 535 Rn. 73) wurde schließlich Abs. 1a eingefügt, um energetische Modernisierungen zu befördern (Übergangsregelung; Art. 229 § 29 Abs. 1 EGBGB; näher → Rn. 44).

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

- 1. Sachmangel- und Fehlerbegriff.** Zentrale Voraussetzung der §§ 536 ff. und damit Dreh- und Angelpunkt der Verteilung von Risiken im Mietvertrag (dazu etwa → Rn. 6; → Rn. 9; → Rn. 21 ff.)⁴ ist ein Mangel der Mietsache, was im Kern **dem früheren Fehlerbegriff** entspricht. Mangel ist jede dem Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache beeinträchtigt (**subjektiver Mangelbegriff**; allgM).⁵ Bloße Objektbeschreibungen führen aber nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung.⁶ Die Anpassung an das Kauf- und Werkvertragsrecht durch das SchuldRModG (→ Rn. 2) erfolgte nicht nur terminologisch inkonsequent, da anders als dort nicht zwischen Sach- und Rechtsmängeln differenziert wird.⁷ Es wurde darauf verzichtet, die in § 434 Abs. 1, § 633 Abs. 2 in Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL gewählte Abstufung im Verhältnis 1 : 1 auf das Mietrecht zu übertragen. Zur Mängelgewährleistung bei der **Miete digitaler Produkte**, für die die §§ 536 ff. nicht gelten, s. § 578b.

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

² Zum 2. MietRÄndG → Vor § 535 Rn. 68; zur Begr. BR-Drs. 6/806 und Bericht des BT-RA zu BR-Drs. 4/2195.

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

⁴ S. hierzu den historischen Überblick bei *Stegmaier* ZMR 2021, 856.

⁵ BGH NJW 2000, 1714; 2005, 218, 2152; 2010, 1133; 2011, 514 Rn. 12; *H. Schmidt* NZM 2013, 705 (706).

⁶ Vgl. *BGH* NZM 2005, 861 zu Größenangaben; *Häublein* PiG 92 (2012) 81 (84).

⁷ *Hau* JuS 2003, 130 (132).