

Gewerberaummiete

von
Susanne Tank, Bettina Baumgarten, Lars Kutz

1. Auflage

Gewerberaummiete – Tank / Baumgarten / Kutz

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Miet- und Wohnrecht, Leasing, Pachtrecht



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 60374 7

Beachte:

Ist ein Mangel vorhanden und angezeigt, zahlt der Mieter aber gleichwohl die Miete ohne Vorbehalt in voller Höhe weiter, kann er sich nachträglich nicht auf sein Minderungsrecht berufen. Denn in Kenntnis der Nichtschuld Geleistetes kann nicht zurück gefordert werden, § 814 BGB.⁵⁰⁹ 772

Das Minderungsrecht sowie alle übrigen Gewährleistungsrechte, Schadensersatzansprüche nach § 536 a Abs. 1 BGB und das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund entfallen, wenn der Mieter den Mangel nicht anzeigt und der Vermieter deswegen keine Abhilfe schaffen kann, § 536 c Abs. 2 S. 2 BGB. 773

Beachte:

Der Mieter darf bei behebbaren Mängeln diese nicht stillschweigend in Kauf nehmen, um darauf Mängelrechte und Schadensersatzansprüche stützen zu können.⁵¹⁰ 774

Bei völliger Beseitigung der Gebrauchstauglichkeit ist der Mieter von der Mietzahlung befreit, § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ist die Gebrauchstauglichkeit gemindert, ist die Miete entsprechend herabzusetzen, § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB. 775

Über die Höhe der Minderung können die Mietvertragsparteien eine **Vereinbarung** treffen.⁵¹¹ Sie steht vollständig zu ihrer Disposition. Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch eine Formalklausel soll aber unzulässig sein.⁵¹² 776

Wird keine Vereinbarung getroffen, erfolgt die Herabsetzung proportional zur Tauglichkeitsminderung. Dabei ist die Höhe nach § 287 ZPO zu **schätzen**.⁵¹³ Es sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. In Betracht kommt hier der Verwendungszweck,⁵¹⁴ die Vertragsparteien, Art, Lage, Ausstattung und Zustand der Mietsache, die Miethöhe,⁵¹⁵ der räumliche Umfang des Mangels⁵¹⁶ sowie Dauer, Häufigkeit, Grad und Wahrnehmbarkeit des Mangels. Ein Mitwirken oder **Mitverschulden** des Mieters kann die Minderungshöhe ebenfalls beeinflussen. 777

Bei der Berechnung der Minderung ist von der **Bruttomiete**, also der Grundmiete mit allen Nebenkosten auszugehen. Dabei ist unerheblich, ob die Nebenkosten als Vorauszahlung oder Pauschale zu erbringen sind.⁵¹⁷ 778

Beachte:

Ist die Minderung nicht oder nicht in voller Höhe berechtigt, befindet sich der Mieter in Zahlungsverzug. Der Vermieter kann daher nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB fristlos kündigen. 779

Mit Beendigung der Gebrauchsbeeinträchtigung endet auch die Minderung, ohne dass der Vermieter die Miete geltend machen muss.⁵¹⁸ 780

b) Schadensersatz

Neben der Minderung kann der Mieter bei Vorliegen eines Mangels **in drei Fällen** Schadensersatz verlangen, nämlich, wenn der Mangel bei Vertragsschluss bereits vor- 781

⁵⁰⁹ Palandt/Weidenkaff § 536 b Rn. 8.

⁵¹⁰ BGH NJW-RR 2002, 515, 516.

⁵¹¹ Palandt/Weidenkaff § 536 Rn. 33.

⁵¹² Bub/Treier/Kraemer Kap. III. B Rn. 1373; L-F/O/S/Hübner/Griesbach/Fuerst Kap. 14 Rn. 312.

⁵¹³ Palandt/Weidenkaff § 536 Rn. 33.

⁵¹⁴ OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1234, 1235.

⁵¹⁵ AG Potsdam NZM 2002, 68.

⁵¹⁶ LG Köln NZM 2001, 333.

⁵¹⁷ BGH NJW 2005, 1713, 1714.

⁵¹⁸ LG Berlin NJW-RR 2001, 441, 442.

handen ist, wenn der Mangel danach entsteht oder der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gerät, § 536 a Abs. 1 BGB.

782 § 536 a BGB verdrängt die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts, sofern die Mietsache übergeben ist.⁵¹⁹ Vor Übergabe und in den Fällen, in denen die Übergabe mangels Herstellbarkeit des vertragsgemäßen Zustands nicht erfolgt, gilt das allgemeine Leistungsstörungenrecht.⁵²⁰

783 Der Anspruch auf Schadensersatz ist **ausgeschlossen**, falls der Vermieter wegen unterlassener Mängelanzeige keine Abhilfe schaffen konnte, § 536 c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB.

aa) Garantiehafung

784 Ist bei **Vertragsschluss** der **Mangel** bereits **vorhanden**, § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB, beruht die Haftung des Vermieters auf einer gesetzlichen Garantie, der sog. „**Garantiehafung**“.⁵²¹ Ein Verschulden des Vermieters ist daher nicht erforderlich, ebenso wenig Kenntnis oder Erkennbarkeit des Mangels.⁵²² Auch auf die Möglichkeit der Beseitigung des Mangels kommt es nicht an.⁵²³

Beachte:

785 Die Garantiehafung kommt nur bei **anfänglichen Mängeln** in Betracht. Entsteht der Mangel nachträglich, ist stets Verschulden oder Verzug erforderlich.

786 Die Ursache des Mangels muss grds. bei Vertragsschluss vorliegen und bei Überlassung der Mietsache noch vorhanden sein, wie sich aus dem Verweis auf § 536 BGB ergibt. Das gilt auch, wenn die Mietsache erst nach Vertragsschluss hergestellt werden soll.⁵²⁴

Beispiel:

787 Der Mieter mietet einen Neubau „vom Reißbrett“. Es wird eine nicht den bauordnungsrechtlichen Vorschriften entsprechende Innentreppe eingebaut, auf die der Mieter später zu Fall kommt.

788 Ein anfänglicher Mangel liegt nicht vor, wenn der Mangel auf vertragswidriger Nutzung des Mietobjekts beruht.⁵²⁵ Die Garantiehafung umfasst nur die vertragsgemäße Nutzung.

Beachte:

789 Kennt der Vermieter die vertragswidrige Nutzung und billigt er sie, ohne die Mietsache dieser Nutzung anzupassen, kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 536 a Abs. 1 Var. 2 BGB in Betracht.

790 Im Einzelfall ist die Einschätzung, ob ein anfänglicher Mangel vorliegt, oft schwierig. Entscheidend bei der Beurteilung ist, wann der Mangel vorlag.⁵²⁶ Auf den Schadenseintritt kommt es also nicht an.

⁵¹⁹ BGH NJW 1997, 2813 f.

⁵²⁰ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 3.

⁵²¹ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 9.

⁵²² BGH NJW 1968, 885, 886.

⁵²³ BGH NJW 1975, 645, 646.

⁵²⁴ OLG Dresden NJW-RR 2006, 1601, 1602.

⁵²⁵ LG Marburg NZM 2000, 616, 617.

⁵²⁶ L-F/O/S/Hübner/Griesbach/Fürst Kap. 14 Rn. 316.

bb) Mangel nach Vertragsschluss

Ist der **Mangel nach Vertragsschluss** entstanden, kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn der Vermieter den Mangel zu **vertreten** hat, § 536 a Abs. 1 Var. 2 BGB. Erforderlich ist also vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Vermieters. **791**

Vom Vermieter beauftragte Handwerker, Hausmeister oder Verwalter, also Dritte, die vom Vermieter zu einer Tätigkeit an oder in der Mietsache beauftragt, sind **Erfüllungsgehilfen** des Vermieters, deren Verschulden ihm zugerechnet wird.⁵²⁷ **792**

Der Mieter ist nicht Erfüllungsgehilfe des Vermieters, so dass dem Vermieter ein Verschulden des Mieters nicht zugerechnet werden kann.⁵²⁸ **793**

Die Voraussetzungen für den vom Mieter geltend gemachten Schadensersatzanspruch einschließlich des Verschuldens des Vermieters sind vom Mieter darzulegen und zu beweisen.⁵²⁹ Der Vermieter handelt schuldhaft, wenn er bekannte oder erkennbare Mängel nicht beseitigt. Steht allerdings fest, dass die Schadensursache im Herrschafts- und Einflussbereich des Vermieters gesetzt worden ist, muss sich der Vermieter hinsichtlich des Verschuldens entlasten.⁵³⁰ **794**

Der Vermieter haftet insbes., wenn er seine **Erhaltungspflicht** aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verletzt. Der Vermieter hat das Mietobjekt mangels anderweitiger mietvertraglicher Regelungen nämlich so zu erhalten, dass dem Mieter kein Schaden entsteht. **795**

Praxistipp:

Während der Mietzeit sollte der Vermieter das Mietobjekt regelmäßig in den zugänglichen Bereichen auf seine vertragsgemäße Beschaffenheit hin überprüfen und Versorgungsanlagen warten. In den ausschließlich dem Mieter überlassenen Bereichen darf der Vermieter sich jedoch darauf verlassen, dass ihm Mängel durch den Mieter angezeigt werden.⁵³¹ **796**

cc) Verzug mit Mangelbeseitigung

Kommt der Vermieter mit der **Beseitigung** des Mangels in **Verzug**, ist er dem Mieter zum Schadensersatz verpflichtet, § 536 a Abs. 1 Var. 2 BGB. **797**

Fällig ist der Anspruch auf Mangelbeseitigung zwar schon mit Auftreten des Mangels. Hierauf kommt es aber in diesem Fall nicht an, da Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch der Verzug des Vermieters i.S.d. § 286 BGB mit der aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB oder der aus dem Mietvertrag folgenden Pflicht zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache ist. **798**

Es ist somit eine Verzug begründende auf Mängelbeseitigung gerichtete **Mahnung des Mieters** erforderlich. **799**

Praxistipp:

Der Mieter muss den Mangel konkret beschreiben und dessen Beseitigung innerhalb einer bestimmten Frist fordern. Allein die Mängelanzeige genügt nicht, denn sie begründet keinen Verzug. Anders jedoch dann, wenn die Parteien einen Termin zur Mangelbeseitigung vereinbart haben. In diesem Fall ist eine Mahnung entbehrlich, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. **800**

Der Vermieter kommt nicht in Verzug, wenn er den Mangel infolge eines Umstands nicht beseitigen kann, den er nicht zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB. **801**

⁵²⁷ OLG Karlsruhe ZMR 1988, 52.

⁵²⁸ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 11.

⁵²⁹ BGH NJW 2008, 1216, 1217; Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 19.

⁵³⁰ BGH NJW 2006, 1061.

⁵³¹ BGH NJW 1977, 1236, 1237.

Beispiel:

802 Der Mieter verweigert den Zutritt zur Mietsache.

803 Der Mangel muss **behebbar** sein, da andernfalls Unmöglichkeit vorliegt.⁵³²

804 Sind die erforderlichen Aufwendungen für die Beseitigung eines Mangels voraussichtlich unverhältnismäßig hoch und übersteigen die „**Opfergrenze**“ für den Vermieter, kann die Beseitigung des Mangels nicht verlangt werden.⁵³³

dd) Umfang

805 Liegen die Voraussetzungen des § 536 a Abs. 1 BGB vor, hat der Vermieter den Schaden zu ersetzen, der dem Mieter durch die mangelhafte Mietsache entsteht. Der Umfang des Schadensersatzes ist **umfassend** i.S.d. §§ 281 ff. BGB zu verstehen.⁵³⁴ Der Mieter ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages durch den Vermieter stehen würde.

806 Der Vermieter hat den **Nichterfüllungsschaden** zu ersetzen. Dieser umfasst den Nachteil, den der Mieter durch die Mangelhaftigkeit der Mietsache erleidet. Dazu gehören insbes. der Minderwert, die Mehr- und Vertragskosten bei Ersatzanmietung⁵³⁵ und der entgangene Gewinn.⁵³⁶

807 Auch **Mangelfolgeschäden** werden ersetzt.⁵³⁷ Das sind Schäden, die durch den Mangel verursacht sind, aber über das reine Erfüllungsinteresse hinausgehen wie z.B. Körperschäden, Schäden an anderen Sachen oder Verdienstaussfall.

808 Umfasst ist auch **Schadensersatz statt der Leistung** und Ersatz **nutzloser Aufwendungen** nach § 284 BGB.⁵³⁸

809 **Nutzlose Aufwendungen** sind Aufwendungen, die der Mieter auch bei mangelfreier Mietsache gehabt hätte, die sich jedoch wegen des Mangels als nutzlos erweisen. Diese nutzlosen Aufwendungen kann der Mieter nur ersetzt verlangen, wenn der Vermieter die Vermutung nicht erschüttert, dass die Aufwendungen bei vertragsgemäßer Beschaffenheit wieder erwirtschaftet worden wären, sog. „**Rentabilitätsvermutung**“.⁵³⁹

810 Die Rentabilitätsvermutung ist **widerlegt**, wenn nicht davon auszugehen ist, dass bei ungestörter Abwicklung des Geschäfts die jetzt nutzlos gewordenen Aufwendungen durch die Vorteile der Gegenleistung aufgewogen worden wären.⁵⁴⁰

Beispiel:

811 Die Mietvertragsparteien vereinbaren ein beiderseitiges Rücktrittsrecht, das ihnen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt den Rücktritt unter Ausschluss gegenseitiger Schadensersatzansprüche einräumt. Der Mieter hat für die Vermittlung des Mietobjekts Maklerkosten aufgewendet. Wegen Mangels der Mietsache kündigt der Mieter in dem Zeitraum, in dem auch der vertraglich vereinbarte Rücktritt möglich gewesen wäre. Hier gilt die Rentabilitätsvermutung als widerlegt mit der Folge, dass die Maklerkosten nicht als nutzlose Aufwendungen ersetzt werden. Der Mieter hat in diesem Fall keine hinreichend gesicherte Aussicht, dass Aufwendungen, die er im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Mietvertrages gemacht hat, durch die Vorteile ausgeglichen werden, die er durch die Überlassung der Mietsache hätte. Der Mieter musste viel

⁵³² Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 12.

⁵³³ BGH NJW 2005, 3284.

⁵³⁴ Wolf/Eckert/Ball Rn. 342.

⁵³⁵ BGH NJW 2000, 2342, 2344.

⁵³⁶ BGH NZM 1998, 666.

⁵³⁷ BGH NJW 1971, 424, 425.

⁵³⁸ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 14.

⁵³⁹ BGH NJW 1997, 2813.

⁵⁴⁰ BGH NJW 1993, 2527.

mehr damit rechnen, dass er, wenn der Vermieter von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hätte, die Aufwendungen selbst hätte tragen müssen, ohne eine Gegenleistung zu erhalten.⁵⁴¹

Der Ersatzanspruch besteht immer nur für den Zeitraum, bis zu dem der Vermieter das Mietverhältnis selbst kündigen könnte. **812**

Ein **Mitverschulden** des Mieters hat dieser sich nach § 254 BGB anrechnen zu lassen und zwar auch im Falle der Garantiehaftung des Vermieters.⁵⁴² Ein Mitverschulden des Mieters kann darin liegen, dass er die Beseitigung des Mangels verzögert oder erschwert.⁵⁴³ **813**

c) Aufwendungsersatz

Kommt der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB. **814**

Den Aufwendungsersatz kann der Mieter jedoch nur beanspruchen, wenn er dem Vermieter den Mangel gemäß § 536c Abs. 1 BGB anzeigt. Die **Mängelanzeige** ist mangels anderweitiger vertraglicher Regelungen grds. **formlos** zulässig. Zu Beweiszwecken empfiehlt sich zumindest Schriftform. Die Anzeige ist keine Willenserklärung, so dass Geschäftsfähigkeit nicht Voraussetzung ist.⁵⁴⁴ **815**

Beachte:

Die Mängelanzeige ist **unverzüglich** i. S. d. § 121 BGB abzugeben und muss dem Vermieter zugehen.⁵⁴⁵ **816**

Der Mieter verstößt gegen seine **Anzeigepflicht**, wenn er einen Schaden innerhalb des Mietobjekts kennt oder grob fahrlässig nicht zur Kenntnis nimmt und eine Anzeige an den Vermieter unterlässt. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt aber nur dann vor, wenn der Mangel so offensichtlich ist, dass seine Wahrnehmung sich dem Mieter praktisch aufdrängen muss.⁵⁴⁶ **817**

Beispiel:

Auf dem nicht ohne weiteres einsehbaren Flachdach eines Supermarktes steht Wasser, da die Abflüsse verstopft sind. Solange kein Wasser eindringt, hat der Mieter keine Kenntnis. Insbes. hat er grds. auch keine Untersuchungspflicht.⁵⁴⁷ **818**

Die Mängelanzeige ist dann **entbehrlich**, wenn der Vermieter bereits auf andere Weise, z. B. durch Dritte Kenntnis erlangt hat oder erlangt haben müsste.⁵⁴⁸ **819**

Weitere Voraussetzung für den Aufwendungsersatzanspruch ist der **Verzug des Vermieters** i. S. d. § 286 BGB mit der Mangelbeseitigung.⁵⁴⁹ Liegt kein Verzug vor, muss der Mieter die zur Mangelbeseitigung aufgewendeten Kosten selbst tragen. **820**

⁵⁴¹ BGH NJW 1993, 2527, 2528.

⁵⁴² BGH NJW-RR 1991, 970, 971.

⁵⁴³ LG Berlin NZM 1999, 119.

⁵⁴⁴ Palandt/Weidenkaff § 536 c Rn. 6.

⁵⁴⁵ Palandt/Weidenkaff § 536 c Rn. 6.

⁵⁴⁶ NJW-RR 2006, 1157, 1158.

⁵⁴⁷ OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 86.

⁵⁴⁸ Palandt/Weidenkaff § 536 c Rn. 8.

⁵⁴⁹ Siehe Teil D Rn. 797 ff.

Beachte:

- 821** Eine den Verzug begründende Mahnung ist nicht entbehrlich, wenn der Vermieter lediglich behauptet, die Mietsache sei ordnungsgemäß. Denn dies beinhaltet noch keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung i. S. v. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB.⁵⁵⁰
- 822** Der Vermieter kann den Verzug nicht schon dadurch beenden, dass er die Mängelbeseitigung ankündigt oder damit anfängt.⁵⁵¹ Beendet wird der Verzug nur dann, wenn der Mangel durch den Vermieter tatsächlich beseitigt wird oder wenn der Mieter die Mängelbeseitigung erschwert oder ablehnt.⁵⁵²
- 823** Trotz Verzuges verliert der Vermieter sein Mängelbeseitigungsrecht nicht. Er kann die Mängelbeseitigung auch dann noch nachholen, wenn die vom Mieter gesetzte Frist bereits abgelaufen ist.
- 824** Hinsichtlich des Mangels ist es irrelevant, ob es sich um einen **anfänglich unverschuldeten** oder einen **nachträglich verschuldeten** Mangel handelt. Der Aufwendungsersatzanspruch besteht neben dem Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 BGB und neben den Schadenersatzansprüchen aus § 536 a Abs. 1 BGB. Nach vollständiger Behebung des Mangels kann jedoch nicht mehr gemindert werden, denn es besteht kein Minderungsgrund nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB mehr.

Beachte:

- 825** Es besteht trotz der Obhutspflicht des Mieters bzgl. der Mietsache **grds. keine Pflicht des Mieters zur Mängelbeseitigung**.⁵⁵³ Ausnahmsweise muss er sich bei leicht zu beseitigenden Mängeln eine unterbliebene Schadensbeseitigung als Mitverschulden anrechnen lassen.
- 826** Der Mieter kann nur Ersatz der **erforderlichen Aufwendungen** verlangen. Das sind solche, die er nach sorgfältiger und verständiger Prüfung für geeignet und notwendig halten durfte, um die Mietsache in vertragsgemäßen Zustand zu versetzen bzw. ihren Bestand zu erhalten oder wiederherzustellen.⁵⁵⁴

Beachte:

- 827** Schlagen die Reparaturmaßnahmen ganz oder teilweise fehl, ohne dass den Mieter ein Verschulden trifft, sind ihm die Aufwendungen gleichwohl zu ersetzen und zwar Zug um Zug gegen Abtretung der Gewährleistungsansprüche.⁵⁵⁵
- 828** Der Vermieter ist verpflichtet, einen **Vorschuss** auf die erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, der anschließend ohne Einbeziehung von Verzugszinsen zu verrechnen ist.⁵⁵⁶

d) Kündigung

- 829** Als weitere Folge der Sachmängelhaftung steht dem Mieter das Recht zur außerordentlichen Kündigung zu. Der Mieter kann fristlos kündigen, wenn der Vermieter ihm den vertragsgemäßen Gebrauch ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder dieser wieder entzogen wird, § 543 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

⁵⁵⁰ OLG Brandenburg BeckRS 2009, 07165.

⁵⁵¹ LG Berlin ZMR 2003, 189.

⁵⁵² Siehe Teil D Rn. 797 ff.

⁵⁵³ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 17.

⁵⁵⁴ OLG Brandenburg ZMR 2003, 909, 914.

⁵⁵⁵ OLG Brandenburg ZMR 2003, 909, 914.

⁵⁵⁶ Palandt/Weidenkaff § 536 a Rn. 18.

Der Gebrauch muss **erheblich** eingeschränkt sein. Geringfügige Einschränkungen genügen nicht, denn die außerordentliche Kündigung ist stets **ultima ratio**. Nach § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB bleibt eine unerhebliche Minderung ebenfalls außer Betracht. **830**

Beispiel:

Die Mietsache ist als Büro vermietet worden. Funktioniert in diesem Fall eine Spülmaschine nicht, hängen die Türen der Einbauküche und ist zudem ein Balkontürelement schwergängig, handelt es sich nicht um erhebliche Mängel, die eine Minderung rechtfertigen und damit eben auch keine Kündigung.⁵⁵⁷ **831**

Ausnahmsweise kann jedoch auch eine unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung eine Kündigung rechtfertigen, wenn ein besonderes Interesse des Mieters aufgrund **vereinbarten Verwendungszwecks** oder **zugesicherter Eigenschaft** gegeben ist.⁵⁵⁸ **832**

Der Mieter muss dem Vermieter eine angemessene **Frist zur Abhilfe** setzen, § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB. Vor Ablauf dieser Frist ist eine Kündigung grds. nicht zulässig. **833**

Dabei muss der Mieter ausdrücklich Abhilfe verlangen, allein die Anzeige des Mangels genügt nicht. Die zu beseitigende Gebrauchsstörung ist konkret zu bezeichnen.⁵⁵⁹ Nicht erforderlich ist, dass die Kündigung angedroht wird.⁵⁶⁰ **834**

Das Abhilfeverlangen des Mieters ist **formfrei**, muss dem Vermieter jedoch zugehen. Den Zugang hat der Mieter zu beweisen. **835**

Die **Abhilfefrist** muss **angemessen** sein, eine nicht angemessene Frist setzt eine angemessene in Lauf. Die Angemessenheit richtet sich nach dem jeweiligen Einzelfall, wobei insbes. Art und Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung und der zur Beseitigung erforderlichen Maßnahmen von Bedeutung sind. Beachtlich ist dabei auch etwaiger Aufwand aufgrund rechtlicher Gegebenheiten. **836**

Beispiel:

Bei dem Mietobjekt handelt es sich um Teileigentum und die Mangelbeseitigung betrifft nicht nur das Sonder-, sondern auch das Gemeinschaftseigentum, so dass die Zustimmung der übrigen Eigentümer erforderlich ist. Da diese erst eingeholt werden muss – was i. d. R. durch Beschlussfassung in einer unter Wahrung der Einladungsfrist anzuberaumenden Eigentümerversammlung geschieht –, ist dies bei der Länge der Abhilfefrist zu berücksichtigen. **837**

Ein konkretes Datum, bis zu dem die Abhilfe erwartet wird, muss nicht zwingend genannt werden. Es reicht, wenn der Mieter unverzügliche Abhilfe begehrt.⁵⁶¹ **838**

Das Setzen einer Abhilfefrist ist **entbehrlich**, wenn sie keinen Erfolg verspricht. Das ist der Fall, wenn der Vermieter die Mangelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert⁵⁶² oder ihn bestreitet.⁵⁶³ Entbehrlich ist die Fristsetzung auch, wenn die Abhilfe innerhalb angemessener Frist unmöglich ist oder mit unzumutbaren Beeinträchtigungen für den Mieter verbunden ist.⁵⁶⁴ **839**

Beispiel:

Ist neben dem Mietobjekt auch das umliegende Grundstück vermietet und sind zur Mängelbeseitigung umfangreiche Maßnahmen geplant, die dem Mieter angekündigt wurden, und beginnen diese mit dem **840**

⁵⁵⁷ LG Hamburg ZMR 2005, 855, 856.

⁵⁵⁸ Palandt/Weidenkaff § 543 Rn. 19; zur zugesicherten Eigenschaft siehe Teil D Rn. 760 ff.

⁵⁵⁹ OLG Naumburg ZMR 2000, 381, 382.

⁵⁶⁰ BGH NJW 2007, 2474.

⁵⁶¹ Palandt/Weidenkaff § 543 Rn. 47.

⁵⁶² BGH NJW 1976, 796.

⁵⁶³ BGH NJW 2007, 2474.

⁵⁶⁴ OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224, 225.

Aufstellen von Baucontainern und Erdarbeiten, so führt dies zu unzumutbaren Beeinträchtigungen für den Mieter, denn der Mieter kann davon ausgehen, dass die Bauarbeiten ihm den Gebrauch längerfristig entziehen. Eine Abhilfefrist ist hier entbehrlich.⁵⁶⁵

- 841 Die Frist zur Abhilfe muss auch nicht (mehr) gesetzt werden, wenn trotz **wiederholter Abhilfeversuche** der Mangel immer wieder auftritt⁵⁶⁶ oder Räume zu einem bestimmten Termin, z. B. für das Weihnachtsgeschäft gemietet werden.
- 842 Die **Kündigungserklärung** ist bei der Gewerberaummieta grds. **formlos** möglich, da § 568 BGB hier nicht gilt. Etwas anderes kann sich allerdings aus dem Mietvertrag ergeben.
- 843 Die Kündigung kann **zusammen** mit dem Abhilfebegehren erklärt werden.⁵⁶⁷ Da die Kündigung im Zeitpunkt des Zugangs wirksam wird, § 130 BGB, müssen zu diesem Zeitpunkt die Kündigungsvoraussetzungen vorliegen. Demgemäß ist die Kündigung ausdrücklich für den Fall auszusprechen, dass die begehrte Abhilfe innerhalb der gesetzten Frist unterbleibt.
- 844 Fordert der Mieter zunächst nur Abhilfe, hat er nach Fristablauf zwar eine **Überlegungsfrist**, ob er die Kündigung aussprechen will. Gleichwohl ist die Kündigung **binnen angemessener** Frist nach Abhilfefristablauf auszusprechen. § 626 Abs. 2 BGB ist nicht anwendbar.⁵⁶⁸

Beachte:

- 845 Wartet der Mieter mit der Kündigung zu lange, kann dies ein Indiz dafür sein, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar ist.⁵⁶⁹
- 846 Der Mieter kann zu sofort, aber auch mit einer Frist kündigen.
- 847 Das Kündigungsrecht kann nach § 242 BGB **ausgeschlossen** sein, wenn der Mieter die Mietsache nicht mehr gebrauchen will.⁵⁷⁰ Hat der Mieter mit der Abhilfeforderung die Ersatzvornahme angekündigt, kann sich der Vermieter darauf verlassen, dass der Mieter den Schaden selbst behebt. Folglich muss der Mieter vor einer Kündigung zunächst zur Abhilfe auffordern und die Kündigung androhen.⁵⁷¹ Das gilt auch, wenn der Mieter in Kenntnis des Mangels einzieht und deshalb die Miete mindert.⁵⁷²

e) Zurückbehaltungsrecht

- 848 Neben den Rechtsfolgen aus den mietrechtlichen Vorschriften steht dem Mieter für den Fall, dass der Vermieter seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachkommt, ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB für nichtsynallagmatische Vermieterpflichten und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB für synallagmatische Vertragspflichten zu.⁵⁷³
- 849 Das Zurückbehaltungsrecht kann mietvertraglich ausgeschlossen werden und zwar auch formularmäßig, wenn unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Mieters davon ausgenommen sind.⁵⁷⁴

⁵⁶⁵ OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224, 225.

⁵⁶⁶ OLG Düsseldorf GuT 2008, 133, 134.

⁵⁶⁷ OLG Hamburg NZM 2001, 131.

⁵⁶⁸ Palandt/Weidenkaff § 543 Rn. 53.

⁵⁶⁹ BGH NJW-RR 1988, 77, 78.

⁵⁷⁰ OLG Celle ZMR 2002, 187, 188.

⁵⁷¹ OLG Hamm NJW-RR 1991, 1035, 1036.

⁵⁷² LG Köln NZM 1999, 968.

⁵⁷³ L-F/O/S/Bartholomäi Kap. 10 Rn. 255.

⁵⁷⁴ OLG Düsseldorf GuT 2005, 156.