

# Die Pflichten des Vermieters im Rahmen des Mietvertrages

Assoc. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Nino Kavshbaia

## I. Die Hauptpflichten des Vermieters

Der Vermieter ist nach Art. 531 1 GZGB während der Vertragslaufzeit verpflichtet, dem Mieter die Gebrauchsmöglichkeit der Sache zu gewähren. Diese Pflicht wird durch Art. 532 GZGB konkretisiert, wonach der Vermieter dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand, d. h. in einem für den vertragsgemäßen Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und ihre Erhaltung in diesem Zustand während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses gewährleisten soll. Diese vertraglichen Pflichten des Vermieters stehen in einem synallagmatischen Verhältnis i. S. v. Art. 369 GZGB mit der Mietzahlungspflicht des Mieters. Zum Beispiel im Unterschied zu dem Kaufvertrag (vgl. Art. 487 GZGB) sieht das Gesetz nicht ausdrücklich die Pflicht des Vermieters vor, die Sache frei von Rechts- und Sachmängeln zu erhalten. Dies folgt aber aus Art. 531 1 und 532 ZGB und aus der dort vorgesehenen Pflicht (die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand zu übergeben und sie in diesem Zustand zu erhalten).<sup>1</sup> Der rechtliche Mangel ist normalerweise ein Hindernis für die Übergabe der Sache zu dem vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt, der Sachmangel (Art. 535 GZGB) steht dagegen seinem vertragsgemäßen Gebrauch entgegen.

## 1. Gebrauchsüberlassung der Mietsache

### a) Inhalt und Rahmen der Gebrauchsüberlassung

Der Vermieter soll im Rahmen der Erfüllung seiner durch den Vertrag übernommenen Pflichten dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache überlassen. Diese Pflicht bleibt selbst dann bestehen, wenn sie für den Vermieter bei Vertragsschluss subjektiv oder objektiv unmöglich ist. Die Übergabe meint gewöhnlich die Gewährung von unmittelbarem und alleinigem Besitz i. S. v. Art. 155 I GZGB,<sup>2</sup> wie etwa im Falle der Vermietung des Kraftfahrzeugs und von Betriebsräumen. Darüber hinaus soll er den unmittelbaren Besitz an allen wesentlichen Bestandteilen und Zubehör verschaffen, die zusammen mit der Hauptsache als vermietet angesehen werden, wie etwa Schlüssel von KfZ oder der KfZ-Schein. Wenn der Mieter die Sache für den gemeinsamen Gebrauch mit einem Dritten gemietet hat, ist dann für die Übergabe eine Verschaffung des Mitbesitzes ausreichend (Art. 155 IV GZGB). Der Vermieter verbleibt als mittelbarer Besitzer der Sache gem. Art. 155 III GZGB. Für die Übergabe in vertragsgemäßen Gebrauch dürfte in einigen Fällen ausreichend sein, dass der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter nur von Zeit zu

<sup>1</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Vor § 536 Rn. 1.

<sup>2</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 535 Rn. 67; Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018, Rn. 401.

Zeit zur Verfügung stellt.<sup>3</sup> Wird etwa eine Gebäuwand oder ein Fenster eines Busses vermietet, um dieses zu plakatieren, ist es ausreichend, die Möglichkeit zum Aushängen des Banners oder des Plakates zu gewähren. In einigen Fällen soll, ausgehend von der vertraglich vorgesehenen Gebrauchsmöglichkeit, festgestellt werden, in welchem Rahmen der Vermieter dem Mieter den Zugriff auf die Sache gewähren soll und die Nutzung seitens dieser Letzter zu gewährleisten. Soweit notwendig, sollte der Vermieter dem Mieter bezüglich der Art der Nutzung der Sache Hinweise geben.<sup>4</sup> So soll er im Falle eines Autos die Einzelheiten seiner Nutzung klarmachen. Der Vermieter ist gem. Art. 531 1 und 532 GZGB auch verpflichtet, während der gesamten Vertragslaufzeit die Mietsache beim Mieter zu belassen und den vertragsgemäßen Gebrauch durch diesen Letzteren zu dulden (Dauercharakter der Miete).<sup>5</sup> So hat etwa der Eigentümer-Vermieter keine Möglichkeit die Sache nach Art. 172 I GZGB bis zum Vertragsende zu vindizieren; dem Mieter steht ein Recht zum Besitz zu. Darüber hinaus ist es möglich, dass die Pflicht zur dauerhaften Übergabe ein Abwehrrecht gegenüber Dritten darstellt (Besitzrecht), von denen die Gefahr des Entzugs der Sache ausgeht.

### **b) Die Pflicht, die Sache frei von Rechtsmängel zu übergeben**

Der Übergabe der Sache und seiner Belassung beim Mieter könnten die Rechte von Dritten an der Sache entgegenstehen (rechtlicher Mangel i. S. v. Art. 534 GZGB). Aber im Unterschied zum

Kaufvertrag, erfasst die Hauptverbindlichkeit des Vermieters nicht die Nichtexistenz der Rechte von Dritten, die dem Gebrauch der Mietsache seitens des Mieters entgegenstehen könnten (Art. 489 GZGB). Der Vermieter ist nicht verpflichtet, die Sache dem Mieter zu Eigentum zu übergeben und ihm die alleinige Verfügungsmacht über sie einzuräumen, sondern nur, den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache zu gewährleisten. Deswegen soll der Vermieter sicherstellen, dass Dritte von diesem Recht keinen Gebrauch machen und damit den Mieter stören.<sup>6</sup> Abgesehen davon soll er aber gleich am Anfang die Gefahr beseitigen, dass Dritte gegen den Mieter Ansprüche stellen und ihn bei dem vertragsgemäßen Gebrauch der Sache stören.<sup>7</sup> Als Rechtsmängel gelten solche Rechte an der Sache, die nicht nur gegenüber dem Vermieter, sondern auch gegenüber dem Mieter geltend gemacht werden können.<sup>8</sup> Deswegen werden vertragliche Ansprüche Dritter gegenüber dem Vermieter von Anfang an nicht als Rechtsmangel angesehen, da der Vertrag nur zwischen dem Dritten und dem Vermieter geschlossen worden ist und dieser den Dritten daher nur gegenüber dem Vermieter als Vertragspartner berechtigt (nicht aber gegenüber dem Mieter). Im Gegensatz dazu wirken dingliche Rechte an der Mietsache absolut und dementsprechend auch gegenüber dem Mieter. Ihre Geltendmachung stellt einen Rechtsmangel dar, wenn diese dinglichen Rechte dem Gebrauch der Sache seitens des Mieters entgegenstehen.<sup>9</sup> Zu solchen dinglichen Rechten zählt

<sup>3</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018 Rn. 401.

<sup>4</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 535 Rn. 67.

<sup>5</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018 Rn. 402.

<sup>6</sup> BGH MDR 2008, 1148.

<sup>7</sup> BGH, Urte. v. 10. Juli 2008 - IX ZR 128/07; Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 26.

<sup>8</sup> BGH NJW 1991, 3280.

<sup>9</sup> Als Rechtsmangel gilt nicht die Hypothek, mit welcher die Sache belastet ist, da selbst im Falle der Verwertung ein eingetretener Eigentümerwechsel wegen Art. 572 GZGB das Mietverhältnis unverändert lässt und somit nicht als

etwa das Eigentum eines Dritten an der Mietsache, aufgrund dessen dieser die Sache von dem Mieter nach Art. 172 I GZGB herausverlangen kann. Eine Ausnahme bildet der Fall, wenn er mit dem Eigentumserwerb an der Sache auch in die Rechtspositionen des Vermieters gem. Art. 572 GZGB eintritt oder der Mieter auch ihm gegenüber ein Recht zum Besitz hat.<sup>10</sup> Art. 534 GZGB erfasst mit „Rechte von Dritten“ auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen, wie etwa die Beschlagnahme, wenn sie nicht durch den Charakter der Sache selbst verursacht worden ist (dann liegt ein Sachmangel vor i. S. v. Art. 535 GZGB).<sup>11</sup> Im Gegensatz zu dem oben Gesagten ist der Vermieter nicht verpflichtet, dem Mieter die Sache frei von jeglichen Gebrauchsbeschränkungen (darunter auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen wie etwa in Bezug auf die Gebrauchsmöglichkeit der Sache) zu übergeben. Der Gebrauch der vermieteten Sache ist nur im rechtlichen Rahmen möglich und dementsprechend stehen diese Beschränkungen der vertraglich zugesicherten Gebrauchsmöglichkeit nicht entgegen.

### **C) Die Übergabe im vertragsmäßigen Zustand und seine Erhaltungspflicht**

#### *aa) Vertragsmäßiger Gebrauch*

Der Vermieter ist nicht nur verpflichtet, dem Mieter generell die Sache zu übergeben, sondern soll diese Sache gem. Art. 532 GZGB zum Zeitpunkt der Übergabe für den vertragsgemäßen Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und diesen Zustand während der gesamten Vertragslaufzeit erhalten. Die Auferlegung dieser dauer-

haften Pflicht ist damit gerechtfertigt, dass seinerseits auch der Mieter verpflichtet ist, während der ganzen Vertragsperiode die vereinbarte Miete zu bezahlen (Art. 531 2 GZGB). Die Eigenschaften, die die übergebene Sache aufweisen soll, sowohl zum Zeitpunkt der Übergabe, als auch danach, werden nach dem Inhalt des Mietverhältnisses bestimmt. Vor allem wird dies ausgehend von dem Zweck des Mietvertrages bestimmt. So soll etwa ein gemietetes Auto verschiedene Eigenschaften aufweisen, je nachdem, ob es zu gewöhnlichen Transportzwecken gemietet wurde oder als ein Rennauto. Die Parteien dürfen den vertragsgemäßen Gebrauch sowohl ausdrücklich, als auch konkludent klarstellen. Eines der Auslegungskriterien stellt die Miethöhe dar.<sup>12</sup> Wenn im Vertrag keine besondere Abrede vorgesehen ist, gilt der übliche Gebrauch als vereinbart, der gemäß der Vertragssitte ausgehend von den Eigenschaften der Mietsache festgestellt werden soll.<sup>13</sup>

#### *bb) Sachmangelfreiheit*

Die Mietsache ist dann in dem vertragsgemäßen Zustand, d. h. frei von Sachmängeln, wenn sie für den vereinbarten Gebrauch geeignet ist, und wenn sie - soweit nichts vereinbart ist - für den gewöhnlichen Gebrauch geeignet ist, der im Verkehr als solcher angesehen wird. Im Gegensatz dazu liegt ein Sachmangel vor, der der Erfüllung der Pflichten aus Art. 532 GZGB seitens des Vermieters entgegensteht, wenn die Eigenschaften der Sache nicht denjenigen entsprechen, die für ihre Ingebrauchnahme notwendig

Störung beim Gebrauch angesehen werden darf, OGH, Urt. v. 12 Juni 2016, № AS-744-705-2015.

<sup>10</sup> Vgl. OGH, Urt. v. 30 Dezember 2005, № AS-826-1098-05.

<sup>11</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 20.

<sup>12</sup> K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BT II/1, 13. Aufl., München 1986, § 48 III a.

<sup>13</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 35.

sind (Art. 535 GZGB).<sup>14</sup> Das Auseinanderfallen von vereinbarten und realen Eigenschaften soll für den Mieter ungünstig sein. Weist die Sache nämlich bessere Eigenschaften auf, als vertraglich vereinbart, stört dies natürlich nicht seinen Gebrauch.<sup>15</sup>

In welchem Zustand sich die übergebene Sache befinden soll, bestimmen die Vertragsparteien (subjektiver Mangelbegriff).<sup>16</sup> Für die Bestimmung dieser Eigenschaften dürfen objektive Kriterien nur dann herangezogen werden, wenn die Parteien keine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung in Bezug auf die Eigenschaften und Gebrauchsmodalitäten der Sache getroffen haben. In diesem Fall ist es entscheidend, was im Verkehr als gewöhnlicher Gebrauch angesehen wird. Aufgrund dessen soll festgestellt werden, was von der Sache und ihren Eigenschaften erwartet wird.<sup>17</sup> Dabei zählen zu den Eigenschaften der Sache nicht nur ihre physischen Eigenschaften, sondern auch rechtliche, faktische und wirtschaftliche Umstände, wenn sie eng mit dem Physischen verbunden sind und für den Mieter die Möglichkeit des effektiven Gebrauchs der Sache erhöhen.<sup>18</sup> Ansonsten kann ein Rechtsmangel oder eine anderweitige Verletzung von Gebrauchsüberlassungspflichten vorliegen.<sup>19</sup> Aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen des Mietvertrages der Sach- und Rechtsmangel zu identischen Ergebnissen führt (vgl. Art. 537 GZGB), ist in einigen Fällen die Differenzierung zwischen beiden von geringer praktischer Bedeu-

tung. Noch wichtiger ist die Herauskristallisierung der Umstände, deren Schaffung und Erhaltung dem Vermieter nach Art. 532 GZGB obliegt und die Abgrenzung der Risiken, die in die Risikosphäre des Mieters fallen.<sup>20</sup>

Eigenschaftsmängel stellen zum Beispiel, im Falle der Vermietung eines Auto, funktionale Störungen, im Falle eines Gebäudes Störungen der Baukonstruktion dar, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache mindern bzw. sie gänzlich unbrauchbar machen.<sup>21</sup> Der Mangel kann sich auch aus rechtlichen Vorschriften ergeben, etwa der Anordnung der entsprechenden Verwaltungsbehörde bezüglich der Zerstörung der Gebäude, Gebrauchsuntersagung oder Beschränkung, wenn der Grund für diese Anordnung darin liegt, dass die Mietsache den Erfordernissen des Baurechtes nicht entspricht.<sup>22</sup> Das ist etwa der Fall, wenn die Benutzung der vermieteten Gebäude als Restaurant wegen unzureichendem Raum gesetzlich verboten ist. Hier liegt ein Sachmangel vor, da die Grundlage für die Anwendung der baurechtlichen Regelungen nicht in den rechtlichen Beziehungen der Sache liegt, sondern sich aus deren physischen Eigenschaften ergibt.<sup>23</sup> Als vermietete Sache ist ein Gebäude insbesondere dann mangelhaft, wenn seine Benutzung schädlich für die Menschen sein kann. Selbst der Mieter eines alten Gebäudes darf erwarten, dass dort zumindest die minimalen Lebensbedingungen (akustische Isolation, Elektroenergie usw.)<sup>24</sup> gewährleistet werden. Im Gegensatz dazu liegt

<sup>14</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536 Rn. 5.

<sup>15</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536 Rn. 5.

<sup>16</sup> BGH NJW 2015, 2177.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 07. Juli 2010 - VIII ZR 85/09.

<sup>18</sup> BGH NJW 1977, 1285; BGH, Urt. v. 15. Oktober 2008 - XII ZR 1/07.

<sup>19</sup> Vgl. etwa OGH, Urt. v. 23 Juni 2011, № AS- 169-163-2011 und OGH, Urt. v. 20 April, № AS-1154-1109-2016.

<sup>20</sup> *J. Esser/H.-L. Weyers*, Schuldrecht BT II/1, 8. Aufl., Heidelberg 1998, § 15 I 2b.

<sup>21</sup> BGH MDR 1963, 303.

<sup>22</sup> Nicht aber in dem Fall, dass der Vermieter sich verpflichtet, eine Erlaubnis des Dritten (darunter auch der Verwaltungsbehörde) zu besorgen, was aber gem. Art. 91 GZGB unwirksam ist, OGH, Urt. v. 20 April 2018, № AS-1154-1109-2016.

<sup>23</sup> BGH WM 2011, 2390.

<sup>24</sup> BGH NJW 2004, 554; BGH WM 2004, 715.

kein Sachmangel vor, wenn die Mietsache wegen der Person des Mieters nicht gebraucht werden darf, weil er etwa keine Zulassung zu der entsprechenden Tätigkeit besitzt.<sup>25</sup> Solche (mit der Person des Vermieters verbundenen) Umstände fallen in seine Risiko- und Verantwortungssphäre, was durch Art. 554 GZGB klargestellt wird.

Zu den durch äußere Umstände verursachten Störungen zählen vor allem Lärm und Zugangshindernisse, die von einer in der Nähe der Mietsache befindlichen Baustelle ausgehen. Im Falle des Lärms wird als Orientierungskriterium Art. 175 GZGB herangezogen, um die zulässige Störung (die der Mieter dulden soll) von der Gebrauchsbeschränkung bzw. seiner vollkommenen Aufhebung zu unterscheiden.<sup>26</sup> Diese Vorschrift normiert nur den Rahmen, in dem der Eigentümer von dem Nachbargrundstück ausgehende Immissionen dulden soll. Im Gegensatz dazu entsteht zwischen dem Vermieter und Mieter, ausgehend von dem Mietvertrag, ein deutlich engeres Rechtsverhältnis, weswegen der Vermieter nicht nur den Rahmen des Art. 175 GZGB einhalten soll, sondern alle Erfordernisse erfüllen muss, die erforderlich sind, um die Sache vereinbarungsgemäß zu gebrauchen.<sup>27</sup> Deswegen soll etwa im Falle einer Vermietung des Ferienhauses der Lärm als Mangel anzusehen sein, im Unterschied zum Beispiel zu einer Wohnraumvermietung eines an der Zentralstraße gelegenen Mietobjekts. Die Pflicht zur Unterbindung des Lärms, der von einem anderen Mieter ausgeht, obliegt dem Vermieter nur dann, wenn dieser das im Verkehr zugelassene und gewöhnliche Maß überschreitet.<sup>28</sup>

Zu den faktischen Umständen, an denen der Mieter bei dem Gebrauch der vermieteten Sache Interesse haben könnte, zählt die Infrastruktur um die vermietete Sache (etwa die Parkplätze), die Anbindung an öffentliche Wege, oder die vollständige Vermietung des Handelszentrums, in dem sich das Geschäft des Mieters befindet. Das allgemeine Lebensrisiko, das mit dem Gebrauch der Sache verbunden ist, insbesondere die Erwirtschaftung von Gewinn, soll der Mieter selbst tragen.<sup>29</sup> Deswegen fällt die Behinderung des Zuflusses von Kunden wegen der neben dem gemieteten Geschäft eingerichteten Baustelle, in die Risikosphäre des Mieters, wenn das Entstehen dieser Behinderung während des Mietverhältnisses vorhersehbar war, da sie zu den planmäßigen Baumaßnahmen gehörte. Die Risiken, die von den faktischen Umständen ausgehen und die die Gebrauchsmöglichkeit der gemieteten Sache vermindern, soll der Mieter tragen, insbesondere dann, wenn diese für den Vermieter nicht kontrollierbar waren. Der Vermieter kann aber die Pflicht zur Neutralisierung eines Risikos durch eine separate Abrede übernehmen. In diesem Fall hat er diese Pflicht neben der Pflicht aus Art. 532 GZGB zu erfüllen.

Im Gegensatz dazu liegt ein Sachmangel vor, frei von welchem der Vermieter dem Mieter die Sache nach Art. 532 GZGB übergeben soll, wenn der Vermieter eines Geschäfts oder Geschäftszentrums selbst einen Konkurrenzbetrieb eröffnet oder an einen Dritten zu diesem Zweck Raum vermietet.<sup>30</sup> Es ist zwar richtig, dass die Konkurrenz einen untrennbaren Teil der Marktwirtschaft darstellt, der Mietvertrag verpflichtet den Vermieter aber dazu, seinem Gegenüber einen vertragsgemäßen Gebrauch zu gewähren. Deswegen ist die Konkurrenz, die den Geschäftsbe-

<sup>25</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536 Rn. 22.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 03. Juli 1961 - II ZR 273/59.

<sup>27</sup> BGHZ 205, 177.

<sup>28</sup> BGH MDR 2009, 319.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 01. Juli 1981 - VIII ZR 192/80.

<sup>30</sup> BGHZ 70, 79; BGH, Urt. v. 10. Oktober 2012 - XII ZR 117/10.

trieb des Mieters stört bzw. diesen gänzlich unmöglich macht, als rechtswidrige Störung in diesem Relativverhältnis zu bewerten. Zugleich ist aber der Vermieter nicht verpflichtet, den Mieter gänzlich konkurrenzfrei zu stellen, er ist nur verpflichtet, nicht dazu beizutragen, dass in einem Geschäftskomplex zwei gleichartige Geschäfte entstehen.<sup>31</sup> Im Gegensatz dazu ist das nur teilweise und unwichtige Zusammenfallen von Produktionsarten irrelevant. So ist es etwa unzulässig in demselben Gebäude gleichzeitig eine Cafeteria-Konditorei und ein Cafeteria-Eiscafe zu eröffnen. Dabei wird der Vermieter nur ausnahmsweise verpflichtet, auf dem Nebengrundstück die Eröffnung eines Konkurrenzbetriebs zu unterbinden, nämlich etwa dann, wenn er zugleich Eigentümer dieses Grundstücks ist, oder er gerade über die Nutzungsform dieses Grundstücks die Entscheidung trifft.<sup>32</sup>

*cc) Die Erhaltung der Sache in vertragsgemäßem Zustand während der Laufzeit des Mietvertrages*

Ausgehend davon, dass der Mietvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt, soll sich die Mietsache nicht nur zum Zeitpunkt der Übergabe in vertragsgemäßem Zustand befinden, sondern auch während der ganzen Vertragslaufzeit. Deswegen obliegt es dem Vermieter, die Erhaltung der Sache in diesem Zustand zu gewährleisten (Art. 532 GZGB). Somit wandelt sich die Pflicht, eine mangelfreie Sache zu übergeben, in eine Pflicht, diesen mangelfreien Zustand in Form von Wartung und Wiederherstellung der Sache zu

erhalten.<sup>33</sup> Diese Pflicht erfasst, nach dem Ablauf von entsprechender Zeit, die Beseitigung von Abnutzungsfolgen, die durch den vertragsgemäßen Benutzung verursacht worden sind (Arg. ex Art. 47 GZGB).<sup>34</sup> Darüber hinaus ist der Vermieter verpflichtet, von dem Mieter (beim Gebrauch der Sache) alle Gefahren und Störungen abzuwenden, die von Dritten (etwa anderen Mieter des gleichen Gebäudes) ausgehen und muss das Funktionieren und die sichere Nutzung sowohl der Sache selbst, als auch von mitvermietetem Zubehör gewährleisten.<sup>35</sup> Zu solchen Maßnahme zählt etwa das Heizen von Räumen in dem Zeitraum, in dem eine entsprechende Temperatur zur Erhaltung der Räume in vertragsgemäßem Zustand notwendig ist, die Räumung von Eingängen und Nebenwegen, oder das Beleuchten usw.<sup>36</sup>

Im Falle des Mietvertrages, der einen langen Zeitraum erfasst, können sich die Mangelfreiheitskriterien und das, was zur Vertragsmäßigkeit der Sache führt, ändern, etwa wegen neuer Entdeckungen in der Gesundheitsmedizin, etwa in Bezug auf die Baumaterialien usw. Ausgehend davon, dass der Umfang der Erhaltungspflicht

<sup>31</sup> BGH NJW 1978, 585; Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 535 Rn. 139.

<sup>32</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 23.

<sup>33</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 23.

<sup>34</sup> Daraus folgt die Pflicht des Vermieters, den Schaden, der durch das kaputtgegangene alte Wasserrohr entstanden ist, zu ersetzen, OGH, Urt. v. 13 Januar 2011, № AS-1006-943-10.

<sup>35</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 28.

<sup>36</sup> So folgt nach Auffassung des Gerichtes aus Art. 532 GZGB eine Schadensersatzpflicht des Vermieters für einen durch Feuer entstandenen Schaden, wenn er sich nach dem Vertrag zur Aufsicht der Mietsache verpflichtet hat und das Feuer durch die mangelnde Aufsicht des entsprechenden Amtes entstanden ist, OGH, Urt. v. 13 Oktober 2017, № AS-778-727-2017. In der Vereinbarung, wonach der Vermieter verpflichtet war, die Aufsichtspflicht zu erfüllen, sieht das Gericht auch ein Verwahrungselement. Siehe zu der identischen Entscheidung auch OGH, Urt. v. 17 März 2017, № AS-1204-1164-2016.

gewöhnlich bei Vertragsschluss nach der entsprechenden Vereinbarung bezüglich der vom Mieter geplanten Nutzungsart festgestellt wird, soll durch Vertragsauslegung festgestellt werden, ob die Sache den veränderten Kriterien von Mangelfreiheit gerecht wird.<sup>37</sup> Hierbei sollten die Gefahrintensität, die zu deren Abwendung dienende Maßnahme und die Kosten dieser Maßnahme, die vom Vermieter zu bezahlen sind und die somit den gegenseitigen Leistungsaustausch beeinflussen, gegeneinander abgewogen werden.

Zu den Pflichten des Vermieters, die Sache in vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, zählt auch die Begleichung von solchen Kosten während des Mietvertrages, die unmittelbar mit der Sache verbunden sind (Grundsteuer oder andere öffentliche Einnahmen).<sup>38</sup> Mangels spezieller Regelung soll diese Lösung aus Art. 532 Var. 2 GZGB hergeleitet werden. Solche auf die Pflichtverletzung zurückzuführende negative Folgen (etwa die Einstellung der Zusammenarbeit seitens der Verwaltungsbehörden) können auch negative Einwirkungen auf die geplante Nutzung haben und betreffen folglich das vertragliche Synallagma.

## 2. Die Einschränkung und Ausschluss von Pflichten des Vermieters aus Art. 531 1, 532 GZGB

### a) Ausschluss aufgrund des Gesetzes

Die Pflicht des Vermieters, die vermietete Sache zu erhalten und wiederherzustellen – genauso wie seine Pflicht, die Sache in vertragsge-

mäßigem Zustand zu übergeben –, wird im Falle der Unmöglichkeit ausgeschlossen. Ausgehend davon ist er nicht verpflichtet, die zerstörte Sache wiederherzustellen, vollkommen zu rekonstruieren und sie durch eine neue zu ersetzen.<sup>39</sup> In diesen Fällen der Zerstörung der Sache wird er wegen der Unmöglichkeit von seiner Pflicht frei.<sup>40</sup> Abgesehen davon ist, wegen der identischen Interessenlage, auch die analoge Anwendung von Art. 490 III, 642 II GZGB möglich und der Vermieter darf die Leistung verweigern, wenn diese Leistung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.<sup>41</sup> In solchen Fällen soll nach den Einzelfallumständen unter Abwägung des Interesses, das der Mieter an dieser Maßnahme hat, entschieden werden, ob der Vermieter mit konkreten Maßnahmen belastet werden darf.<sup>42</sup> Der Verzicht darf nicht darauf gestützt werden, dass der Vermieter wegen der Durchführung der Maßnahme verminderten Gewinn erwirtschaftet, es sein denn, es liegt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Art. 398 I GZGB vor. Deswegen obliegt es dem Vermieter in einigen Fällen sogar, ein zerstörtes Haus wiederherzustellen.<sup>43</sup>

Darüber hinaus ist es fraglich, ob Art. 538 GZGB (Kenntnis von dem Mangel der Sache zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) die Leistungspflicht aus Art. 531 1, 532 GZGB ausschließt. Der entsprechende Fall wird im Rahmen des Kaufvertrages aufgrund des Art. 494 II GZGB ebenso entschieden, aber andererseits schließt Art. 538 GZGB nur bestimmte rechtliche Folgen aus – die Mietminderung. Aus dem Rückschluss aus dieser Vorschrift folgt der Wille des Gesetzgebers, den

<sup>37</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536 Rn. 12.

<sup>38</sup> Nicht unmittelbar aus der Sache folgen Gas- und Stromkosten und deswegen sind diese von dem Mieter zu begleichen, OGH, Urt. v. 24 April 2018, Ne 28/844-18.

<sup>39</sup> *Häublein*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 535 Rn. 104;

<sup>40</sup> *D. Medicus/St. Lorenz*, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2014, Rn. 432.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 20. Juli 2005 - VIII ZR 342/03.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 21. April 2010 - VIII ZR 131/09.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 29. Mai 1991 - I ZR 204/89.

Leistungsanspruch aus Art. 531 1, 532 GZGB unverändert in Kraft zu lassen.<sup>44</sup> Weiter als die in Art. 538 GZGB vorgesehene Rechtsfolge dürfte seine analoge Anwendung im Falle der Nichtbenachrichtigung des später aufgetretenen Mangels (Ausschluss der Mietminderung) reichen. Die Anwendung dieser Tatbestände auf den Leistungsanspruch wäre eine *contra legem*-Entscheidung gewesen. Wenn der Mieter von bestimmten, für ihn ungünstigen Umständen sogar schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder zum Zeitpunkt der Sachübergabe weiß, soll dies nach Art. 52, 8 III GZGB so ausgelegt werden, dass ab diesem Zeitpunkt eben diese Leistung als vertragsgemäß gilt.<sup>45</sup> Dafür ist aber erforderlich, dass konkrete Umstände vorliegen, die auf einen entsprechenden Parteiwillen hindeuten.<sup>46</sup>

Im Gegensatz dazu hat er nicht einmal nach Art. 406 I GZGB einen Anspruch gegen den Vermieter auf die Beseitigung des Mangels, wenn die jetzige Vertragswidrigkeit der Mietsache durch den Mieter verursacht worden ist und diesem zugerechnet wird.<sup>47</sup> Aus Art. 406 I, II GZGB folgt das allgemeine Prinzip, dass der Gläubiger eines gegenseitigen Vertrags keinen Anspruch aus solchen Pflichtverletzungen haben darf, für die er selbst verantwortlich ist, oder die zu einem Zeitpunkt ohne Verschulden eingetreten sind zu dem er sich nach Art. 392 GZGB in Verzug befindet. Dabei folgt bei dem Mietvertrag die Verantwortung des Gläubigers nur in analoger Anwendung von Art. 394 ff. GZGB, da es an einer

Hauptvoraussetzung dieser Vorschrift fehlt, nämlich an dem Verhalten des Schuldners.<sup>48</sup> Dieser Fall liegt etwa dann vor, wenn der Autovermieter leicht fahrlässig die Oberfläche des Autos zerkratzt.

Besondere Bedeutung hat der Fall des Aufbürdens der sog. kosmetischen (laufenden) Renovierungspflicht auf den Mieter (Art. 548 GZGB). Im Falle der vermieteten Wohnung erfassen diese Maßnahmen jegliche Renovierungen, die wegen Abnutzungen der Mietsache regelmäßig durchzuführen sind. Zu diesen zählen etwa das Aufkleben von Tapeten, das Streichen von Wänden, Decken und Fenstern.<sup>49</sup> Wie es im Gesetz vorgesehen ist, sollten diese Maßnahmen zunächst durch den Mieter durchgeführt werden. Er kann aber im Vertrag den Vermieter dazu verpflichten, diese Renovierungsmaßnahmen regelmäßig durchzuführen und ihm somit seine Pflicht nach Art. 548 I GZGB aufbürden.

Die Pflicht zur Durchführung der kosmetischen Renovierung beschränkt zwar deutlich den Pflichtenkreis des Vermieters nach Art. 532 GZGB, diese ist aber dadurch gerechtfertigt, dass damit gewöhnlich auch eine Mietminderung einhergeht.<sup>50</sup> Darüber hinaus kann der Mieter, der selbst renoviert, die kosmetischen Renovierungen kostengünstiger durchführen als der Vermieter, der einen entsprechenden Handwerker beauftragen dürfte. Somit steht die Einschränkung der Pflichten des Vermieters in Korrelation mit der Privilegierung des Mieters. Im Gegensatz dazu ist nach Ansicht des BGH die Abwälzung der kosmetischen Renovierung auf den Mieter in AGB gem. Art. 347 GZGB unzulässig, wenn es sich um die Übergabe von unrenoviertem Wohnraum

<sup>44</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536b Rn. 11; BGH, Urt. v. 05.07.1989 - VIII ZR 334/88.

<sup>45</sup> BGH NJW 1987, 2575.

<sup>46</sup> Nach der Auffassung des Gerichtes legt im Falle der Uneinstimmigkeit bezüglich der Eigenschaften der Sache die widerspruchslose Annahme die Vermutung der Mangelfreiheit nahe, OGH, Urt. v. 23 März 2009, № AS-444-419-2014. Anm: Ist das so gemeint?

<sup>47</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 32.

<sup>48</sup> Ernst, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 326 Rn. 43 ff.

<sup>49</sup> BGHZ 92, 368.

<sup>50</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 535 Rn. 117 f.

handelt und das Aufbürden dieser Pflicht ohne jegliche Kompensation bleibt.<sup>51</sup>

Wenn der Vermieter dem Mieter die modifizierte Pflicht zur Durchführung von kosmetischen Renovierungen in AGB auferlegt, ist dafür die Einhaltung von bestimmten Voraussetzungen erforderlich. So kann etwa die Abrede mit Art. 347 GZGB in Widerspruch geraten und unwirksam sein, wenn er für die Durchführung der Maßnahme feste zeitliche Grenzen bestimmt (etwa das Streichen der Wände alle drei Jahre), ohne dem Mieter die Möglichkeit einzuräumen, auf eine mangelnde Abnutzung hinzuweisen.<sup>52</sup> Damit wäre dem Mieter eine noch härtere Pflicht zur Renovierung auferlegt, als sie der Vermieter nach Art. 532 GZGB zu tragen hätte, der auf die konkrete und reale Abnutzung abstellt. Deswegen ist es notwendig, einen elastischen zeitlichen Rahmen zu vereinbaren, der es möglich macht, die Abstände zwischen den Renovierungsmaßnahmen je nach der tatsächlichen Abnutzung zu bestimmen.<sup>53</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein im Vertrag vorgesehener starre Fristen wegen dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion<sup>54</sup> nicht in einen elastischen Zeitplan konvertiert werden darf.<sup>55</sup> Nach der Nichtigkeit der AGB bleibt Art. 548 GZGB in Kraft, woraus seinerseits ein elastischer Zeitplan folgt, was aus der Bezeichnung dieser Renovierung als „laufende“ folgt. Das „Laufende“ meint eben in concreto das Notwendige. Darüber hinaus ist die Koppelung der regelmäßigen Renovierung mit der am Ende des Vertrags, unmittelbar vor dem Verlassen der Wohnung durchzuführenden Renovierung, die mit den Zeitabständen der kosmetischen Reno-

vierung nicht viel zu tun hat, unzulässig.<sup>56</sup> Der BGH hat nach Art. 346 I GZGB einerseits die Bedingung für unwirksam erklärt, die es dem Mieter aufgrund der sog. „Fachmann-Abrede“ verboten hat, die Renovierung von mittlerer Schwierigkeit selbst durchzuführen und dadurch Kosten zu ersparen<sup>57</sup> sowie andererseits diejenige, die das Recht des Mieter beschränkte, die Wände in einer anderen Farbe als weiß zu streichen<sup>58</sup>. Führt der Mieter aufgrund dessen, dass er nicht um die Unwirksamkeit dieser Bedingung weiß, die kosmetische Renovierung gemäß den vom Vermieter aufgestellten Bedingungen durch, soll die Rückabwicklung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen. Die Anwendung der Regeln der GoA ist ausgeschlossen, da der Mieter keinen Fremdgeschäftsführungswillen hat.<sup>59</sup>

#### **b) Ausschluss oder Beschränkung aufgrund des Vertrages**

Generell dürfen die Vertragsparteien die Pflichten des Vermieters aus Art. 531 I, 532 GZGB ausschließen oder beschränken. Somit kann sich der Vermieter von der Pflicht, den Mieter von der Konkurrenz freizustellen, befreien oder die Pflicht, die vermietete Sache in entsprechendem Zustand zu erhalten dem Mieter überbürden. Die Wirksamkeit solcher Abreden soll aber aufgrund von Art. 54, 8 III GZGB überprüft werden und – wenn es sich um AGB handelt – nach Art. 342 ff. GZGB. In diesem Fall soll besonders darauf geachtet werden, dass die AGB eindeutig formuliert werden sollen (Art. 345, 346 GZGB).<sup>60</sup>

<sup>51</sup> BGHZ 204, 302.

<sup>52</sup> BGH WM 2004, 463; BGH, Urt. v. 05. April 2006 - VIII ZR 106/05.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 16. Februar 2005 - VIII ZR 48/04.

<sup>54</sup> *Rusjashvili*, Kommentar zum GZGB, Buch III, Chanturia (Hgrs.), 2019, Art. 344 Rn. 31 (auf Georgisch).

<sup>55</sup> BGH MDR 2007, 205.

<sup>56</sup> BGH NJW 2003, 2235.

<sup>57</sup> BGH MDR 2010, 916.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 14. Dezember 2010 - VIII ZR 198/10.

<sup>59</sup> BGH NJW 2009, 2590.

<sup>60</sup> BGH VersR 1985, 243; BGH, Urt. v. 09. Mai 2010 – VIII ZR 294/09.

Zusammen mit der kosmetischen Renovierung darf der Vermieter den Mieter auch mit anderen Renovierungsmaßnahmen belasten.<sup>61</sup> Gewöhnlich werden aber die Kosten zwischen dem Vermieter und Mieter geteilt. Möglich ist auch das Überbürden von Erhaltungskosten, die der Vermieter nach der gesetzlichen Ausgangslage zu tragen hat (Art. 532, 547 GZGB), da der Mieter in diesem Fall, genauso wie im Falle der kosmetischen Renovierung, eine niedrigere Basismiete zu bezahlen braucht.

## II. Die zusätzlichen Pflichten des Vermieters

Zu den zusätzlichen Pflichten des Vermieters, die vor allem aus Art. 316 II, 8 III folgen, gehören die Pflichten zum Schutz des Mieters und seiner Interessen. Für dessen Konkretisierung ist aber in Betracht zu ziehen, dass die Pflicht des Vermieters – die Sache in vertragsgemäßen Zustand wiederherzustellen und zu erhalten – gewöhnlich auch den Schutz der Rechtsgüter des Mieters umfasst und somit zu seinen synallagmatischen Pflichten gehört. Somit ist der Verweis auf Art. 316 II GZGB entbehrlich.

## III. Die Pflichtverletzung des Vermieters und seine Verantwortlichkeit

Im Falle einer Pflichtverletzung seitens des Vermieters und den daraus folgenden Rechtsfolgen soll vor allem zwischen den Haupt- und Nebenpflichten unterschieden werden. Bei der Verletzung von Hauptpflichten ist seinerseits danach zu differenzieren, ob eine Nichtleistung vorliegt, die nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht

behandelt werden soll, oder ein Spezialfall, der in den Anwendungsbereich von Art. 536, 537 GZGB fällt.

### 1. Nichtleistung seitens des Vermieters

#### a) Allgemeines

Verletzt der Vermieter seine Pflichten aus Art. 531, 532 GZGB, abgesehen von dem Fall, dass ein Mangel der Mietsache nach Art. 536, 536 GZGB vorhanden ist, liegt eine Pflichtverletzung gem. Art. 394 ff., 369 ff. GZGB vor. Das ist nämlich dann der Fall, wenn der Vermieter die Sache nicht übergibt, oder deren Benutzungsmöglichkeit gem. Art. 531 1 GZGB nicht gewährt. In diesem Fall hat der Mieter den Anspruch, die Erfüllung der in Kraft gebliebenen Pflicht zu fordern, abgesehen von dem Fall, dass der Vermieter von seiner Pflicht frei wird (etwa wegen Unmöglichkeit der Leistung). Nach Art. 369 GZGB ist der Mieter in diesem Fall berechtigt, die Miete nicht zu bezahlen, solange der Vermieter seine Pflichten nach Art. 531 1, 532 GZGB nicht erfüllt. Diese synallagmatische Beziehung ist aber, ausgehend von dem Umstand, dass die Mietzahlungspflicht nur für bestimmte zeitliche Abstände besteht, nur zwischen der Sachüberlassung und der Mietzahlung für entsprechende zeitliche Abschnitte gegeben. Wenn etwa der Vermieter die Sache für den Monat Juli nicht übergibt, hat der Mieter kein Recht, die Miete auch für den nächsten Monat nicht zu bezahlen.

#### b) Die nachholbare Leistung

Wenn die Pflichtverletzung seitens des Vermieters in der Verzögerung der Leistung (Verzug) liegt, darf der Mieter generell, unter Beachtung von Art. 400, 404 GZGB, Ersatz für die durch die Verzögerung entstandenen Schäden fordern.

<sup>61</sup> Wenn der Mieter zu den sog. Kapitalrenovierungen verpflichtet ist, darf der Vermieter die durchgeführte Renovierung nicht als Schaden ansehen und Schadensersatz fordern, OGH, Urt. v. 12 Januar 2016, № AS-744-705-2015.

Dabei ist das positive Leistungsinteresse nur als Schadenersatz statt der Leistung (Art. 394 I-III GZGB) und unter seinen Voraussetzungen ersetzbar, d. h. nur nach dem Verstreichen der Leistungsfrist für die Nacherfüllung.

Erfüllt der Vermieter seine Pflichten aus Art. 531, 532 GZGB nur teilweise (gewährt etwa dem Mieter die Möglichkeit des Sachgebrauchs nur unvollkommen) darf der Mieter den Schadenersatz statt der ganzen Leistung (Art. 394 I-III GZGB) nur dann fordern, wenn er wegen dieser teilweisen Leistung das Interesse an der ganzen Leistung verloren hat. Erforderlich ist dafür, dass diese teilweise Leistung auf eine solche Art und Weise mit dem restlichen Teil der Leistung verbunden ist, dass sie alleine für den Gläubiger keine Bedeutung hat.<sup>62</sup> Zum Beispiel: Das für eine einwöchige Exposition gemietete Gebäude kann nur am ersten Tag benutzt werden. Gerade dieses Beispiel verdeutlicht den Umstand, dass im Falle des Mietvertrags die rechtzeitige Leistung seitens des Vermieters oft den wesentlichen Umstand für die ganze Leistung darstellt (absolutes Fixgeschäft<sup>63</sup>).<sup>64</sup> Im Falle einer solchen Nichtleistung tritt (teilweise) Unmöglichkeit ein und die Regeln der nachholbaren Leistung finden keine Anwendung.

Im Gegensatz zu der Schadenersatzforderung nach Art. 394 ff., die von einem (nach Art. 394 I 1 GZGB vermuteten) Verschulden abhängig ist, gewährt Art. 405 GZGB, im Falle der Erfüllung seiner Voraussetzungen (gewöhnlich: Nacherfüllungsfrist nach Art. 405 I GZGB), ein verschuldensunabhängiges Rücktrittsrecht wegen Ausschluss der Hauptleistungspflicht. Im Falle des

Mietvertrages als Dauerschuldverhältnisses werden statt seiner Rechtsfolgen, die *ex nunc*-wirkende Kündigung angewandt. Hierbei ist aber streitig ob diese Modifikation erst nach dem Beginn des Mietverhältnisses (mit erfolgtem Leistungsaustausch) oder auch schon vorher gilt.<sup>65</sup> Darüber hinaus ist auch die Kündigung des Vertrages aus besonderem Grund gem. Art. 541 GZGB zulässig. Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches steht dem Rücktritt oder der Kündigung nicht entgegen (Art. 497 GZGB).

### c) Die nicht nachholbare Leistung

Wird der Vermieter wegen Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht nach Art. 490 III, 642 II GZGB (analog) frei, so wird hier vor allem nach Art. 406 GZGB auch der Mieter von seiner synallagmatischen Leistungspflicht (Mietzahlung) frei. Eine Ausnahme bildet der Fall, dass ihm die Leistungsstörung zugerechnet wird (Art. 406 GZGB). Resultiert die Unmöglichkeit der Leistung daraus, dass der Vermieter die Sache einem Dritten für die Nutzziehung überlassen hat, hat der Mieter nur dann einen Nutzungsherausgabeanspruch, wenn beide Nutzungsziehungsrechte ihrem Inhalt nach identisch gewesen sind.<sup>66</sup>

Der Schadenersatz statt der Leistung bestimmt sich in diesem Fall nach Art. 394 I-III GZGB (insbesondere: Vermutung des Verschuldens des Schuldners).

<sup>62</sup> *Ernst* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 323 Rn. 199.

<sup>63</sup> *G. Rusiashvili*, Allgemeiner Teil des Schuldrechtes, Tbilisi 2020, 113 f. (auf Georgisch).

<sup>64</sup> *Looschelders*, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018, Rn. 471 f.

<sup>65</sup> BGH NJW 1969, 37.

<sup>66</sup> BGHZ 167, 312.

## 2. Die Rechte des Mieters im Falle der Mangelhaftigkeit der Sache nach Art. 536, 537 GZGB

### a) Die Bedeutung von Spezialregeln

Ausgangspunkt für jegliche Nichtleistung seitens des Vermieters nach Art. 531 1, 532 GZGB bildet die Pflichtverletzung gem. Art. 394 ff. und Art. 369 ff. GZGB. Der Gesetzgeber hat aber in Art. 536, 537 GZGB spezielle Vorschriften für bestimmte Pflichtverletzungen vorgesehen. Genauso wie im Falle von Art. 491 GZGB verändern diese Normen aufgrund des Gesetzes den Inhalt des Schuldverhältnisses soweit, dass die Rechte des Mieters aufgrund des Gesetzes im Falle der Pflichtverletzung durch die Art. 536, 537 GZGB eingeschränkt werden und der Mieter darf sich nicht mehr auf Art. 394 ff. und 405 ff. berufen. Diese Regeln betreffen aber nicht den Leistungsanspruch nach Art. 531 1, 532 GZGB, der unverändert in Kraft bleibt<sup>67</sup> (Ausnahme: Befreiung des Vermieters wegen Unmöglichkeit) und gewähren dem Mieter gem. Art. 369 GZGB ein vorübergehendes Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Mietzahlungen.<sup>68</sup> Nicht eingeschränkt wird auch das Recht zur fristlosen Kündigung aus besonderen Grund nach Art. 541 I 1 GZGB.

### b) Die Voraussetzungen von Art. 536, 537 GZGB

#### aa) Sach- und Rechtsmangel

Die Voraussetzung der Anwendung der Art. 536, 537 GZGB und die Verdrängung der Leistungsstörungsnormen ist die Mangelhaftigkeit der Sache, die deren Gebrauch im Rahmen des Vertrages unmöglich macht oder stört (Sachmangel i. S. v. Art. 535 GZGB) oder ein Recht des

Dritten an der Sache, das den vertragsgemäßen Gebrauch gänzlich oder teilweise unmöglich macht (Rechtsmangel i. S. v. Art. 534 GZGB). Im Gegensatz dazu ist die Anwendung von Art. 536, 537 GZGB unmöglich, wenn die Übergabe der Mietsache wegen ihrer Zerstörung unmöglich ist.

#### bb) Die Übergabe der Mietsache als nächste Voraussetzung

Streitig ist die Frage, ob die Art. 536, 537 GZGB erst nach der Übergabe der Mietsache zur Anwendung kommen und erst danach die Art. 394, 405 GZGB verdrängt werden. Hierbei meint Übergabe die Überlassung des unmittelbaren Besitzes.

Für die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 536, 537 GZGB wird zu Recht auf Art. 536 GZGB hingewiesen, der bei der Bestimmung von Rechtsmängeln darauf hinweist, dass dem Mieter die Sachgebrauchsmöglichkeit wegen des Rechts des Dritten entzogen wurde. Aber aus teleologischen Gründen soll zunächst festgestellt werden, ob Art. 536, 537 GZGB eben deswegen Spezialregelungen darstellen, weil sie die Sachübergabe voraussetzen. Als Beispiel für die zeitliche Beschränkung der Geltung dieser Vorschriften darf auf den Umstand hingewiesen werden, dass der Vermieter nach Art. 537 I, Var. 1 GZGB für die zum Zeitpunkt des Vertragschlusses vorhandenen Mängel verschuldensunabhängig haftet: Dieses Abweichen von Art. 394 ff. GZGB ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Mieter nach der Übergabe der Sache besonderes Vertrauen in ihre Mangelfreiheit gesetzt hat.<sup>69</sup>

Wegen diesem und anderen ähnlichen Argumenten erscheint die Auffassung überzeugender, die die Art. 536, 537 GZGB erst dann zur Anwen-

<sup>67</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536 Rn. 59.

<sup>68</sup> BGH WM 2003, 2190.

<sup>69</sup> BGH NJW 1997, 2813.

derung bringt, nachdem die Sache dem Mieter schon übergeben worden ist, es bis dahin aber bei Art. 394 ff. und Art. 405 GZGB belässt.<sup>70</sup>

*cc) Das Fehlen oder der Verlust von zugesicherten Eigenschaften als unabhängiger Pflichtverletzungstypus*

Problematisch ist, ob das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften nach Art. 535 I GZGB eine weitere Art der Pflichtverletzung darstellt, die genauso in den Anwendungsbereich von Art. 536, 537 GZGB fällt. Einstimmig anerkannt ist, dass für den Eigenschaftsbegriff Art. 74 II GZGB maßgebend ist. Sie erfasst neben den physischen Eigenschaften auch die Beziehungen zur Umwelt, deren Grundlage die innere Konstruktion der Mietsache bildet. Deswegen ist der Kreis dieser Eigenschaften mit den Eigenschaften nach Art. 535 GZGB identisch und dementsprechend stellt sein Fehlen oder sein Verlust immer einen Mangel der Sache dar.<sup>71</sup>

Davon ausgehend darf das Fehlen oder der Verlust einer zugesicherten Eigenschaft nicht als unabhängige Art der Pflichtverletzung angesehen werden. Unabhängig davon sind zwei Punkte besonders zu unterstreichen, die im Falle der Pflichtverletzung durch mangelhafte Leistung aktuell werden, sofern die entsprechende Eigenschaft vereinbart war: 1. Die Schadenersatzansprüche des Mieters für Mangelfolgeschäden (Art. 537 I, Var. 2 GZGB). Bei der Zusicherung der Eigenschaft liegt hier eine Garantie nach Art. 395 I GZGB vor und das Verschulden des Vermieters in Bezug auf den Mangelfolgeschaden ist ent-

behrlich.<sup>72</sup> Die Zusicherung der Eigenschaft meint aber, dass der Vermieter die Verpflichtung im Vertrag ausdrücklich oder konkludent verankert, bedingungslos und verschuldensunabhängig für die Folgen von konkreten Sachmängeln zu haften.<sup>73</sup> 2. Darüber hinaus werden die Rechtsfolgen von Art. 536, 537 GZGB zur Gewährleistung von Rechtsfrieden im Falle eines Sachmangels, der die Gebrauchsmöglichkeit der Sache nur unerheblich verringert (Art. 536 I 3 GZGB), nicht angewandt.<sup>74</sup> Diese Vorschrift gilt aber nicht, wenn es um das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften geht.<sup>75</sup>

*dd) Die rechtliche Stellung des Mieters nach Art. 536, 537 GZGB*

*(1) Minderung und Erlöschen der Mietzahlungspflicht*

Solange die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, der sie unbrauchbar macht, wird der Mieter von seiner Mietzahlungspflicht befreit, im Falle der Verringerung der Gebrauchsmöglichkeit, wird die Miete dementsprechend herabgesetzt (Art. 536 I 1 GZGB).<sup>76</sup> Ausgehend davon, dass der Artikel im Fall der mangelhaften Leistung die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung gewährleistet, treten seine Folgen unabhängig davon ein, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat.<sup>77</sup> Somit handelt es sich bei dieser Vorschrift um den Spezialfall zu der

<sup>70</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Vor § 536 Rn. 9 ff.

<sup>71</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 22.

<sup>72</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018, 416.

<sup>73</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, §536 Rn. 34 f.

<sup>74</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 21.

<sup>75</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 21.

<sup>76</sup> BGH NJW 2005, 1713.

<sup>77</sup> BGH NJW 2005, 1713; BGH NJW 2010, 1745.

Vorschrift des Art. 406 I GZGB (Rückschluss aus dieser Vorschrift)<sup>78</sup> .<sup>79</sup>

Im Unterschied zum Kaufrecht (vgl. Art. 492 GZGB) erfordert die Befreiung des Mieter von seiner Mietzahlungspflicht im Rahmen des Mietvertrages keine gestaltende Willenserklärung, vielmehr tritt diese Rechtsfolge automatisch aufgrund des Gesetzes ein, was eben der in Art. 406 I GZGB fixierten Entscheidung entspricht.<sup>80</sup> Unabhängig davon bleibt aber die Pflicht zur Benachrichtigung über das Vorliegen eines Mangels bestehen.

Wenn der Mieter keine Kenntnis von dem Mangel hat und den Mietzins gänzlich zahlt, dann darf er den Betrag, in dessen Höhe die Miete herabgesetzt wurde, nach Art. 976 I a) GZGB zurückfordern.<sup>81</sup> Wenn er aber im Zeitpunkt der Zahlung sowohl von dem Mangel als auch von der geminderten Mietzahlungspflicht weiß, sind seine Rechte nach Art. 976 II c) GZGB ausgeschlossen. Ist aber der Fall des Art. 538 GZGB (Kenntnis vom Mangel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) gegeben, dann ist die Mietzahlungspflicht von Anfang an ausgeschlossen. Hat der Mieter Kenntnis vom Mangel, nicht aber von dem Betrag, um den sich der Mietzins mindert, wird zwar in diesem Fall nicht Art. 976 II c) angewandt, die Rückforderung ist aber trotzdem nach Art. 538 GZGB analog ausgeschlossen, wenn der Mieter trotz der Kenntnis des Mangels einige Monaten lang die Miete unverändert zahlt. Somit fällt die Antwort auf diese Frage im Mietrecht anders als im Kauf- und Werkvertrags-

recht aus, wo Art. 492, 645 GZGB faktisch auf die Rücktrittsvoraussetzungen hinweist. Dies ist aber ein absichtlich zugelassener Unterschied und seine Außerachtlassung durch richterliche Rechtsfortbildung ist unzulässig.

## (2) Schadenersatzanspruch

Art. 537 GZGB gibt dem Mieter drei Schadenersatzansprüche aufgrund drei verscheidender Voraussetzungen: 1. verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch aufgrund des Mangels, der schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden war (Art. 537 I, Var. 1 GZGB); 2. Schadenersatzanspruch wegen eines nachträglich entstandenen Mangels, der vom Verschulden des Vermieters abhängig ist (Art. 537 I, Var. 2 GZGB); 3. Schadenersatz für den Schaden, der in dem Moment der Verzögerung der Mangelbeseitigung entstanden ist (Art. 537 I, Var. 3 GZGB).

### (1.1) Schadenersatz für den vor Abschluss des Vertrages entstandenen Mangel

Für alle Sach- und Rechtsmängel i. S. v. Art. 534-535 GZGB, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden ist, obliegt dem Vermieter eine Garantiehftung (Art. 537 I, Var.1 GZGB). Hierbei ist es ausreichend, dass der Schadenseintritt die Realisierung desjenigen Risiko darstellt, das schon vor dem Vertragsschluss vorhanden war.<sup>82</sup> Nicht erforderlich ist, dass der Mangel zu dieser Zeit schon vollkommen zu Tage getreten und erkennbar ist.<sup>83</sup> Zum Beispiel: In der vermieteten Wohnung war das Gasheizungsrohr schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht dicht, was letztendlich zu einer Explosion führte. Aus dem Gesetz folgt nicht, dass die Garantiehftung

<sup>78</sup> G. Rusiashvili, Allgemeiner Teil des Schuldrechtes, Tbilisi 2020, 14 (auf Georgisch).

<sup>79</sup> BGHZ 195, 50.

<sup>80</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 27; Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018, Rn. 420.

<sup>81</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536 Rn. 28; Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Aufl., München 2018, Rn. 420.

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08.

<sup>83</sup> BGH MDR 2010, 1103.

des Vermieters nur solche Mängel erfassen soll, die zumindest unter Anwendung äußerster Sorgfalt erkennbar<sup>84</sup> ist.<sup>85</sup> Diese Garantieverantwortung mit all ihren umfassenden Folgen ist gerechtfertigt, da sich der Mieter nach der Übergabe der Sache in den Händen des Vermieters befindet und seine Rechtsgüter gefährdet werden können. Abgesehen davon kann der Mieter gewöhnlich das Mietobjekt vor der Übergabe nicht grundsätzlich überprüfen und etwaige Risiken abwenden. Die Anwendung von Art. 537 I, Var. 1 GZGB ist zweifelhaft, wenn die Sache erst nach Vertragsschluss hergestellt werden soll, da die Tatsache Voraussetzung von Art. 537 I, Var. 1 GZGB ist (was direkt aus dem Wortlaut folgt), dass der Mangel schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses existiert. Wenn die Sache zu diesem Zeitpunkt erst hergestellt werden soll, dann soll die Vorschrift nur unter der Modifizierung analog angewandt werden, dass die Garantieverantwortung nur solche Mängel erfasst, die die Sache schon zum Zeitpunkt der Herstellung anhaften. Die Erstreckung der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters auch auf den Mangel, der erst nach der Herstellung entsteht, würde eine ungerechtfertigte Belastung des Vermieters darstellen.<sup>86</sup>

Was die Folgen der Garantieverantwortung betrifft, erfasst sie, nach der herrschenden Auffassung<sup>87</sup>, nicht nur das Erfüllungsinteresse, sondern auch Integritätsschäden, die aus dem ursprünglichen Mangel folgen. Somit soll der Vermieter dem Mieter nicht nur entgangenen Gewinn (Art. 411 GZGB), sondern auch alle diejenige Schäden ersetzen, die an seinen sonstigen Gütern (Gesundheit, Eigentum usw.) verschuldensunabhängig

entstanden sind. Wenn im Gegensatz dazu der Integritätsschaden nur nach Art. 394 I GZGB ersatzfähig wäre,<sup>88</sup> würde die Garantieverantwortung faktisch leerlaufen, da die mangelhafte Sache gewöhnlich die anderen Rechtsgüter beschädigt. Darüber hinaus spricht für die Ersatzfähigkeit des Integritätsschadens der Umstand, dass sich der Mieter in dem Raum bewegt, in dem sich die von der Mietsache ausgehenden Risiken realisieren, deren Abwesenheit der Vermieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewährleisten sollte und wofür er die unbeschränkte Haftung trägt.<sup>89</sup> Im Gegensatz dazu darf der Mieter nach Art. 537 I GZGB keinen Ersatz für den Schaden fordern, der ihm aufgrund des Selbstbeseitigungsversuches entstanden ist, da in diesem Fall Art. 537 II GZGB (siehe dazu unten) eine spezielle und abschließende Regelung darstellt.<sup>90</sup> Streitig ist, ob der Integritätsschaden des Dritten, der von den aus dem Mietvertrag folgenden Schutzpflichten erfasst wird, nach Art. 537 I, Var. 1 GZGB ersetzbar ist, oder dies nur nach Art. 394 I GZGB erfolgen kann.<sup>91</sup> Von beiden Auffassungen ist die Erstere überzeugender. Obwohl der Vermieter gegenüber dem Dritten keine Leistungspflicht hat und er nur durch Schutzpflichten mit diesem verbunden ist, werden diese genauso durch den Mangel der Mietsache gefährdet, wie die Rechtsgüter des Mieters selbst und daher ist es gerechtfertigt, dass der Vermieter auch dem Dritten gegenüber verschuldensunabhängig haftet. Als Gegenargument darf nicht darauf hingewiesen werden, dass der Dritte zur Zahlung der Miete nicht verpflichtet ist und dementsprechend die privilegierte Stellung, die der Mieter innehat, nicht verdient. Diese Personen werden als ge-

<sup>84</sup> K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BT II/1, 13. Aufl., München 1986, § 48 III b 3.

<sup>85</sup> BGH NJW 1975, 645.

<sup>86</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536a Rn. 8.

<sup>87</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536a Rn. 13.

<sup>88</sup> L. Enneccerus/H. Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, 518.

<sup>89</sup> K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BT II/1, 13. Aufl., München 1986, § 48 III b 3.

<sup>90</sup> BGH, Urt. v. 16. Januar 2008 - VIII ZR 222/06.

<sup>91</sup> BGH NJW 1968, 885.

schützte Dritte im Rahmen des Mietvertrags angesehen. Liegt der Kontakt Dritter mit dem Mietobjekt innerhalb des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache, „zahlt“ der Mieter auch für sie, sodass die Garantiefhaftung des Vermieters auch diesen Dritten gegenüber bestehen muss.

*(1.2) Durch nachträglich (nach dem Vertragsschluss) entstandene Mängel eingetretene Schäden*

Im Falle des nachträglich, nach dem Abschluss des Vertrages, entstandenen Mangels haftet der Vermieter nur dann auf Schadenersatz, wenn er diesen Mangel zu vertreten hat (Art. 537 I, Var. 2 GZGB) oder der Schaden zu einer Zeit eintritt, in der sich der Vermieter mit der Pflicht aus Art. 532 GZGB in Verzug (Art. 400 GZGB) befunden hat. Diese Vorschrift stellt eine konsequente Folge der Erhaltungspflicht des Vermieters dar. Wegen spezieller Ausschlussgründe nach Art. 538 GZGB und deren Analogie, ist die Parallelanwendung von Art. 534 I GZGB unzulässig.<sup>92</sup>

*cc) Selbstbeseitigung und notwendige Aufwendungen*

Nach dem Mietrecht ist nicht immer der Vermieter verpflichtet, den Mangel zu beseitigen, vielmehr hat auch der Mieter, unter den entsprechenden Voraussetzungen, ein Selbsthilferecht gem. Art. 537 II GZGB. Das gibt ihm das Recht, die Mietsache selbst instand zu setzen, wenn sich der Vermieter nach Art. 400 GZGB (Art. 537 II GZGB)<sup>93</sup> mit seiner Beseitigungspflicht

in Verzug befindet oder wenn die unverzügliche Beseitigung des Mangels notwendig für die Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache (Art. 537 II GZGB analog) ist.<sup>94</sup> Zum Schutz des Vermieters sollten die Voraussetzungen des Selbsthilferechtes restriktiv ausgelegt werden, um ihm die Entscheidung darüber vorzubehalten, wie er den Mangel beseitigt.<sup>95</sup> Deswegen beschränkt sich das Mangelbeseitigungsrecht des Mieters nach Art. 537 II GZGB analog nur auf die notwendigen Maßnahmen, die nicht aufgeschoben werden können, bis der Vermieter aktiv wird, wie etwa im Falle des Feuers.<sup>96</sup>

Die Kosten der zulässigen Selbsthilfemaßnahme für die Mangelbeseitigung sollen dem Mieter nach Art. 537 II GZGB ersetzt werden.<sup>97</sup> Der Aufwendungsersatzanspruch erfasst alle Geld- und Sachaufwendungen genauso wie den Ersatz für aufgewendete Arbeitszeit, soweit diese *ex ante* für Mangelbeseitigung notwendig gewesen sind.<sup>98</sup> Dabei kann der Mieter gleich dem Beauftragten Schadenersatz nach Art. 537 II analog fordern, wenn sich ein typisches Risiko der Mangelbeseitigung verwirklicht, zum Beispiel bei der Feuerlöschung erlittene Verbrennungen.

Hierbei kann der Mieter die Aufwendungen, die nicht unter Art. 537 II GZGB fallen, nur nach Art. 545 II GZGB fordern. Der dort fixierte Hinweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 969 GZGB) soll als Rechtsgrundverweis verstanden werden, was bedeutet, dass der Fremdgeschäftsführungswille auf der Seite des Mieters

<sup>92</sup> J. Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Heidelberg 2017, Rn. 531.

<sup>93</sup> J. Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Heidelberg 2017, Rn. 531.

<sup>94</sup> Vgl. dagegen OGH, Urt. v. 2 Februar 2015, № AS-444-419-2014.

<sup>95</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536a Rn. 38.

<sup>96</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536a Rn. 26.

<sup>97</sup> Vgl. OGH, Urt. v. 2 Februar 2015, № AS-444-419-2014.

<sup>98</sup> BGH, Urt. v. 21. April 2010 - VIII ZR 131/09.

notwendig ist.<sup>99</sup> Damit der Spezialcharakter von Art. 537 II GZGB nicht verloren geht und seine speziellen Voraussetzungen nicht umgegangen werden, darf Art. 545 II GZGB nur im Falle solcher Aufwendungen angewandt werden, die nicht der Mangelbeseitigung dienen.<sup>100</sup>

Alle Aufwendungsersatzansprüche des Vermieters, im Unterschied zu Art. 128 ff. GZGB, verjähren in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses (Art. 537 II GZGB).<sup>101</sup>

#### **d) Ausschluss von rechtlichen Folgen des Art. 536 GZGB**

##### *aa) Gesetzlicher Ausschluss*

Die Rechte des Mieters aus Art. 536 GZGB werden vor allem durch Art. 538 GZGB und dessen analoger Anwendung beschränkt. Darüber hinaus werden ihnen durch Art. 406 GZGB Grenzen gesetzt.

##### *(1) Ausschluss nach Art. 538 GZGB*

Der Vermieter hat keine Rechte aus Art. 536 GZGB oder ein Kündigungsrecht aus Art. 541 GZGB, wenn er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von dem Mangel gewusst hat (Art. 538 GZGB). Positive Kenntnis, die von Art. 538 GZGB gefordert wird, hat der Mieter, wenn er von dem konkreten Mangel und seinen Folgen weiß.<sup>102</sup> Deswegen ist es nicht ausreichend, dass er von den Umständen erfährt, die die Grundlage eines Verwaltungsaktes bilden, mit dem der Sachge-

brauch verboten wird, wenn er bezüglich des Verbotes keines Kenntnis hat.<sup>103</sup> Dabei ist selbst positive Kenntnis unschädlich, wenn der Vermieter seine Hilfe versprochen hat (etwa bei dem Erwerb der Nutzungserlaubnis).

Abgesehen von dem oben Erwähnten werden die Rechte aus Art. 536 GZGB in analoger Anwendung des Art. 538 GZGB beschränkt, wenn der Mangel dem Mieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und der Vermieter ihn nicht bösgläubig verdeckt hat. Aus der Tatsache, dass dem Mieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses generell keine Untersuchungspflicht der Sache obliegt, ist das grob fahrlässige Verkennen des Mangels nur dann gegeben, wenn dieser wirklich jedem aufgefallen wäre.<sup>104</sup>

Genauso darf sich nach Art. 538 GZGB der Mieter, der bei der Übergabe der Sache von seinem Mangel weiß, nur dann gem. Art. 536 GZGB auf diesen berufen, wenn er sich bei der Entgegennahme dieses Recht vorbehält. Der Begriff der „Entgegennahme“ ist hier mit der Übergabe identisch, d. h. es ist gewöhnlich das Erlangen des Besitzes seitens des Mieters erforderlich.<sup>105</sup>

Der Haftungsausschluss nach Art. 538 GZGB bleibt nicht nur für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auch für die Änderung des Vertrages in Kraft, wenn die Vertragsstruktur dadurch wesentlich geändert wird.<sup>106</sup> Wenn im Gegensatz dazu nur eine vertragliche Option ausgeübt wird, darf dies dem Abschluss des Vertrages nach Art. 538 GZGB nicht gleichgestellt

<sup>99</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 539 Rn. 8.

<sup>100</sup> BGH NJW 2008, 1216.

<sup>101</sup> BGH DB 2011, 8.

<sup>102</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536b Rn. 8.

<sup>103</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536b Rn. 4.

<sup>104</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536b Rn. 5.

<sup>105</sup> Emmerich, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 536b Rn. 16.

<sup>106</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536b Rn. 15.

werden und die analoge Anwendung in diesem Fall ist ungerechtfertigt.<sup>107</sup>

## (2) Analoge Anwendung von Art. 538 GZGB

Art. 538 GZGB soll analog angewandt werden, wenn der Mangel zwar nach Vertragsschluss eintritt, der Mieter aber davon erfährt und dennoch die Miete unvermindert für einen nicht unerheblichen Zeitraum<sup>108</sup> weiterzahlt.<sup>109</sup>

Gewöhnlich hat der Mieter unmittelbaren Besitz an der Sache und dementsprechend kann der Vermieter auf die Sache nicht direkt zugreifen. Deswegen bedarf er für die Erfüllung seiner vertraglichen Erhaltungspflicht und zugleich zum Schutz seiner eigenen Sache Informationen seitens des Mieters in Bezug auf Mängel der Mietsache.<sup>110</sup> Deswegen soll der Mieter in analoger Anwendung von Art. 538 GZGB verpflichtet sein, den Vermieter unverzüglich über jeden während des Mietverhältnisses entstandenen Mangel zu benachrichtigen und ihn über die Maßnahmen aufzuklären, deren Durchführung zum Schutz der Mietsache von Gefahren erforderlich ist. In analoger Anwendung von Art. 538 GZGB gilt das Gleiche auch dann, wenn ein Dritter einen An-

spruch bezüglich der Sache geltend macht, etwa der Eigentümer fordert, die Sache herauszugeben. In analoger Anwendung dieser Vorschrift verliert er gem. Art. 536 GZGB die Möglichkeit, sich von der Gegenleistungspflicht zu befreien, wenn der Mieter seiner Benachrichtigungspflicht nicht nachkommt und es der Vermieter eben deswegen nicht schafft den Mangel zu beseitigen,.

Zum Schutz des Vermieters besteht die Benachrichtigungspflicht über den Mangel unabhängig davon, ob der Mieter die Sache gebraucht und ob sich die Sache in seiner Obhut befindet.<sup>111</sup> Der Mangel oder die nichtvorhersehbare Gefahr tritt erst dann in Erscheinung und verursacht die Benachrichtigungspflicht (in analoger Anwendung von Art. 538 GZGB), wenn das Verkennen des entsprechenden Umstands seitens des Mieters grob fahrlässig ist.<sup>112</sup> Dem Mieter obliegt keine Nachforschungspflicht oder eine Pflicht zur Überprüfung der Sache auf verdeckte Mängel.<sup>113</sup> Dabei ist (eine aus der analogen Anwendung von Art. 538 GZGB folgende) Benachrichtigungspflicht entbehrlich, wenn der Vermieter sowieso schon Kenntnis vom Mangel hat oder dessen Beseitigung unmöglich ist und somit die Benachrichtigung sinnlos wäre. Im Gegensatz dazu findet Art. 538 GZGB wegen des eindeutig fixierten Willens des Gesetzgebers auf den Aufwendungsersatzanspruch (Art. 537 II GZGB) und den Schadenersatzanspruch (Art. 537 I GZGB) keine Anwendung.

## (3) Mangel, der dem Mieter zugerechnet wird

Außer aufgrund der oben angeführten Haftungsausschlussgründe, werden die Art. 536

<sup>107</sup> BGHZ 203, 148.

<sup>108</sup> Das war auch die Herangehensweise des BGH – die analoge Anwendung dieser Vorschrift. Jetzt wird diese Analogie mangels planwidriger Regelungslücke zurückgewiesen, da nach der Übergabe entstandene Mängel schon in § 536c BGB geregelt sind und somit die Notwendigkeit für die analoge Anwendung entfallen ist.

<sup>109</sup> Unabhängig davon kann der Mieter gegen den Vermieter eine Einrede nach Art. 8 III GZGB haben (BGH NJW 2003, 2601), da die widerspruchlose Mietzahlung trotz Kenntnis des Mangels während eines langen Zeitraums in einigen Fällen nicht nur als konkludenter Verzicht gedeutet werden kann, sondern auch ein Grund für die Verwirkung der aus dem Mangel entstandener Rechte sein kann.

<sup>110</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536c Rn. 1.

<sup>111</sup> Häublein, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 536c Rn. 3.

<sup>112</sup> BGH NJW 1977, 1236.

<sup>113</sup> BGH NJW 1977, 1236.

GZGB und Art. 537 GZGB nicht angewandt, wenn der Mangel dem Mieter zugerechnet wird.<sup>114</sup> Dies folgt aus dem in Art. 406 I GZGB verankerten Prinzip. D. h. es ist entscheidend, ob der Mieter in analoger Anwendung des Art. 406 I GZGB<sup>115</sup> überwiegend und alleine für das Entstehen des Mangels verantwortlich ist, oder der Mangel, für den der Mieter nicht verantwortlich ist, nach Art. 392 GZGB zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Mieter nach Art. 390 ff. GZGB (Art. 406 II GZGB) in Verzug befindet. Dem wird der Spezialfall gleichgestellt, dass der Mieter seine aus Art. 540 1 GZGB folgende Duldungspflicht nicht erfüllt und damit die Beseitigung des Mangels seitens des Vermieters stört.<sup>116</sup>

*(bb) Ausschluss und Beschränkung aufgrund des Vertrages*

Das Mietrecht, mit Ausnahme des Wohnungsmietrechts, ist größtenteils dispositiv und die Parteien dürfen Art. 536, 537 GZGB gänzlich oder teilweise ausschließen. Der Vermieter darf sich aber nicht – genauso wie der Verkäufer – in analoger Anwendung des Art. 497 GZGB auf einen vertraglichen Haftungsausschluss berufen, wenn er den Mangel bösgläubig verdeckt hat. Der vertragliche Haftungsausschluss ist in diesem Fall nicht unwirksam, sondern erzeugt nur keine Rechtsfolgen, was die Anwendung von Art. 61 GZGB ausschließt.<sup>117</sup>

Der vertragliche Haftungsausschluss unterliegt den allgemeinen Beschränkungen, nämlich Art. 54, 8 III GZGB. Wenn diese Beschränkung in AGB gegeben ist, soll ihre Wirksamkeit anhand

von Art. 346 ff. GZGB überprüft werden.<sup>118</sup> So verbietet Art. 346 GZGB die Möglichkeit, dass der Mieter die gemietete Sache im Vertragsformular als mangelfrei anerkennt und damit die Rechte aus dem Mangel verliert.<sup>119</sup> Im Gegensatz dazu gilt Art. 348 f) GZGB, nach dem auch die Bedingung unwirksam ist, die den Schadenersatz für grob fahrlässig und absichtlich zugefügte Schäden ausschließt, nur für die Haftung im Kauf- und Werkvertragsrecht.<sup>120</sup> Ansonsten darf die Beschränkung der aus den Rechts- und Sachmängeln folgenden Rechte nur mit Art. 346 GZGB in Widerspruch kommen. Aufgrund dieses Artikels ist es unzulässig, dass der vertragliche Haftungsausschluss die Rechte des Mieters im Fall von verdeckten Mängeln so einschränkt, dass er eine faktisch unbrauchbare Sache bekommt, trotzdem gebunden bleibt und die Miete für die kommende Periode zahlen soll.<sup>121</sup>

**e) Konkurrenz von Art. 536, 537 GZGB mit anderen Rechten des Mieters**

Weitere mit dem Mangel der Mietsache verbundene Verletzungen von neben- bzw. vorvertraglichen Pflichten (etwa die Information über gefährlich Eigenschaften der Mietsache) führt nicht zu einer eigenständigen Haftung neben Art. 537 GZGB.<sup>122</sup> Genauso werden die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage (Art. 398 GZGB) nur dann angewandt, wenn diese Störung nicht durch einen Mangel der Sache verursacht worden ist.<sup>123</sup> Im Gegensatz dazu bleiben die deliktischen Ansprüche des Mieters nach Art. 992

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10.

<sup>115</sup> BGH, Urt. v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10.

<sup>116</sup> BGHZ 205, 300.

<sup>117</sup> BGH MDR 2010, 1103.

<sup>118</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2010 - XII ZR 189/08.

<sup>119</sup> BGH VersR 1967, 254.

<sup>120</sup> *Wurmnest* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 309 Nr. 8 Rn. 12.

<sup>121</sup> BGH, Urt. v. 22. Mai 1988 - VIII ZR 232/87.

<sup>122</sup> BGH MDR 2008, 1148.

<sup>123</sup> *Häublein*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Vor §§ 536 Rn. 25.

GZGB neben Art. 536, 537 GZGB in Kraft. Problematisch ist zuletzt, ob der Mieter ein Anfechtungsrecht nach Art. 74 II GZGB haben kann, wenn die Eigenschaft, über die er sich geirrt hat, zugleich einen Mangel der Sache nach Art. 535 GZGB darstellt. Nach früher herrschender Auffassung<sup>124</sup> soll Art 74 II GZGB in Konkurrenz mit den Art 533 ff GZGB verdrängt werden, damit die in Art 538 GZGB geregelten Ausschlussgründe ihren Sinn behalten.<sup>125</sup> Wegen unterschiedlichen Schutzzwecken erfasst diese Lösung aber nicht

die Anfechtung, die auf Art. 81, 85 GZGB gestützt wird.<sup>126</sup>

### **3. Verletzung von Nebenpflichten seitens des Vermieters**

Verletzt der Vermieter eine von seinen Nebenpflichten, ist er nach Art. 394 GZGB verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, außer für den Fall, dass hier Art. 537 GZGB vorrangig anwendbar ist.

---

<sup>124</sup> *Emmerich*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, Vor § 535 Rn. 71.

<sup>125</sup> *Häublein*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Vor § 536 Rn. 24.

---

<sup>126</sup> BGH NJW 2009, 1266.