

Die Aushöhlung der Gewährleistungsrechte (Negative) Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis

Einleitung

Bleibt die Mietsache hinter dem üblichen Standard zurück, so kann der Mieter gleichwohl nicht ohne weiteres Mängelrechte geltend machen. Vielmehr ist denkbar, dass als vertragliche Sollbeschaffenheit ausdrücklich oder konkludent ein Zustand vereinbart wurde, der negativ abweicht von dem, was im Verkehr üblich ist. Jedenfalls im Grundsatz sind solche negativen Beschaffenheitsvereinbarungen unstreitig zulässig.¹ Der entsprechende tatsächliche Substandard stellt dann ggf. keinen Sachmangel im Sinne von § 536 BGB dar.

Denkbar ist aber auch, dass dem Mieter die Gewährleistungsrechte nach § 536 b BGB zu versagen sind. Nach § 536b S. 1 BGB stehen dem Mieter Gewährleistungsrechte aus §§ 536 und 536 a BGB nicht zu, wenn er den Mangel der Mietsache bei Vertragsschluss kennt.²

Dasselbe gilt nach S. 2 bei grob fahrlässiger Verkennung des Mangels, es sei denn der Vermieter hat den Mangel arglistig verschwiegen. Und gemäß § 536b S. 3 BGB³ führt eine nach Vertragsschluss erlangte Mangelkenntnis zum Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte, wenn der Mieter die mangelhafte Sache annimmt, ohne sich seine Rechte vorzubehalten.⁴

Ratio und rechtspolitische Angemessenheit dieser Regelungen sowie ihr Verhältnis zur eben erwähnten negativen Beschaffenheitsvereinbarung sind alles andere als über jeden Zweifel erhaben. Nicht minder gilt das für die angeordneten Rechtsfolgen. Darum wird es im ersten Teil meines Vortrags (unter A.) gehen.

¹ Vgl. nur BGH NJW-RR 1993, 522, 523 zur Vereinbarung des stark renovierungsbedürftigen Zustandes eines Hauses als vertragsgemäß; ähnl. BGH NZM 2007, 484, 485 Rn. 28; BGHZ 101, 253, zit. nach juris Rn. 43; ohne weiteres vorausgesetzt auch in BGHZ 204, 302; vgl. ferner für die Gewerbemiete zur Vereinbarung eines „schlechten Bauzustandes“ BGH NZM 2006, 626, zit. nach juris Rn. 12; für die Wohnraummiete ebenso BGH NZM 2006, 582, zit. nach juris Rn. 9; dem folgt die Lit., vgl. statt vieler Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 853; Zehelein, WuM 2014, 579, 580; für nicht sanierten Altbau im Grundsatz ebenso BGH NJW 2004, 3174, wonach allerdings gleichwohl ein zeitgemäßer Mindeststandard gleichwohl erwartet werden kann.

² Außerdem verliert der Mieter gem. § 543 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB sein außerordentliches Kündigungsrecht, es sei denn, es liegt eine erhebliche Gesundheitsgefahr vor, § 569 Abs. 1 S. 2, sog. „Wanzenparagraf“, vgl. Hau, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 269 f.

³ Die Parallelregelung in § 464 BGB a.F. wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung unter Verweis auf die Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 3 der RL 1999/44/EG, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 205; kritisch gegenüber der seither zwischen Kaufrecht und Mietrecht bestehenden Divergenz Hau, in: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 269 f.

⁴ Die Mietrechtsreform 2001 hat neben einer vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 41.

Bleiben also dem Mieter sowohl bei Vereinbarung einer negativen Beschaffenheit als auch bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis im Sinne von § 536 b BGB Gewährleistungsrechte versagt, so liegt auf der Hand, dass eine Aushöhlung der Gewährleistungsrechte des Mieters dann droht, wenn die gerichtliche Praxis die jeweiligen Voraussetzungen zu großzügig beurteilt. In Gefahr gerät die Mängelgewährleistung aber auch dann, wenn der vertragliche Sollzustand bei der Vertragsgestaltung durch negative Beschaffenheitsvereinbarungen gezielt so niedrig angesetzt wird, dass Defekte der Mietsache weitgehend als vertragsgemäß erscheinen. Um entsprechende Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung bzw. rechtlichen Grenzen der Vertragsgestaltung soll es im zweiten Teil meines Vortrags (unter B.) gehen.

A. Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach § 536b BGB und Verhältnis zur negativen Beschaffenheitsvereinbarung

I. Zweifelhafte Ratio des § 536b BGB

1. Billigung des erkannten oder grob fahrlässig verkannten Sachzustandes als vertragsgemäß?

a. Regelung nicht anwendbar bei negativer Beschaffenheitsvereinbarung

Fragt man zunächst nach der Ratio des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses insbesondere für Mängel, die dem Mieter bei Vertragsschluss bekannt sind, so drängt sich eine Begründung auf, die jüngst auch der Bundesgerichtshof bemühte, ich zitiere:

„Tragender Grund für die in dieser Vorschrift getroffene Regelung ist der Gedanke, dass derjenige, der trotz Kenntnis eines Mangels vorbehaltlos mietet, zu erkennen gibt, der durch den Mangel beeinträchtigte Gebrauch der vermieteten Sache solle der vertragsgemäße Gebrauch sein, für den er die vom Vermieter geforderte und schließlich auch vereinbarte Miete zu entrichten gewillt ist.“⁵

Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen⁶ – und dies habe ich ja auch vorhin schon angedeutet –, dass eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen ist, wenn der

⁵ BGHZ 203, 148, zit. nach juris Rn. 29; BGH NZM 2015, 861, 862 Rn. 21; in diesem Sinne auch Wilhelm, JZ 1982, 488, 495; Weimar, ZMR 1961, 254, 255.

⁶ S. nur BGH NZM 2007, 484, 485 Rn. 28, wo es unter Verweis u.a. auf BGH NJW-RR 1993, 522, 523 (Vereinbarung des stark renovierungsbedürftigen Zustandes eines Hauses als vertragsgemäß) zur Vereinbarung eines „bestimmten, bei Überlassung vorhandenen (schlechten) Zustand der Mietsache konkret als vertragsgemäß“ heißt: „Dieser Schluss wird allerdings häufig gerechtfertigt sein, wenn der Mieter den Mietvertrag in positiver Kenntnis eines bestimmten Mangels abschließt, d.h. die Mietsache so, wie sie ist, akzeptiert [...]“ S. ferner zur konkludenten Vereinbarung der Wohnfläche BGH NJW 2010, 2648, zit. nach juris Rn. 17; In diesem Sinne ferner OLG München NJW-RR 1997, 650; Köhler, JZ 1989, 761, 762, 770 f.; Herrlein/Kandelhard/Kandelhard, ZAP Praxiskommentar, 10. Aufl. 2010, § 536b Rn. 2; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 1; zurückhaltend hingegen Schmidt, NZM 2013, 705, 717.

Mieter gegenüber dem Vermieter erkennen lässt, er billige einen bestimmten, hinter dem Üblichen zurückbleibenden Standard,

Denn hat der Mietgegenstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine bestimmte für den Vertragsgebrauch relevante Beschaffenheit, die – insbesondere aufgrund einer Besichtigung der Mietsache – beiden Vertragsparteien bekannt ist und dem Vertragsschluss damit für beide Seiten ersichtlich zugrunde gelegt wird, so kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass beide Parteien diesen Ist-Zustand konkludent als Soll-Zustand vereinbaren, wenn sie keine davon abweichenden Vorbehalte erklären. Dann entfällt aber bereits der Mangel. Im Mietrecht gilt eben – nicht anders als im Kaufrecht – vorrangig ein subjektiver Mangelbegriff.⁷

Nimmt beispielsweise der künftige Mieter bei einer eingehenden Wohnungsbesichtigung für den Vermieter ersichtlich zur Kenntnis, dass die Dielen im Flur knarzen, der Keller feucht ist und es in der Küche wegen eines schlecht abgedichteten Fensters zieht und nimmt der Mieter all dies widerspruchslos lächelnd hin, dann darf der Vermieter nach seinem Empfängerhorizont davon ausgehen, dass der betreffende Zustand für den Mieter so in Ordnung gehe und Vertragsinhalt werde.⁸

Oder anders gewendet: Die Ist-Beschaffenheit in Gestalt der knarzenden Dielen, des feuchten Kellers oder des undichten Fensters entspricht dann der nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten Sollbeschaffenheit. Für eine Anwendung von § 536b BGB ist dann kein Raum, da es am Tatbestandsmerkmal des Mangels fehlt.

b. Gesetzliche Klarstellung bzw. gesetzliche Fiktion des Erklärungswertes vorbehaltlosen Kontrahierens oder Annehmens?

Kommt also bei konkludenter Billigung des Negativzustandes durch den Mieter gegenüber dem Vermieter als vertragsgemäßem Zustand eine Heranziehung von § 536b BGB gar nicht in Betracht, so ist man geneigt, daraus den Schluss zu ziehen, dass in der Klarstellung einer solchen konkludenten Billigung wohl kaum die Ratio von § 536b BGB gesehen werden kann. Vielleicht greift dies aber doch zu kurz: Denn selbst wenn § 536b BGB gesetzestechnisch insofern verunglückt wäre, als ein Mangel vorausgesetzt wird, obwohl ein Mangel regelmäßig

⁷ Allg. A., s. nur BGH, Urt. v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177, zit. nach juris Rn. 18: „Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können.“ Ebenso BGH NJW 2013, 680 m. umfangr. Nachw.

⁸ Dies kommt auch bei einer vorbehaltlosen Annahme der Mietsache in Betracht, soweit der Vermieter diese nach dem Mieterverhalten und den Umständen als nachträgliche vertragliche Vereinbarung des Istzustandes als geschuldeten Sollzustand verstehen darf.

gerade zu verneinen ist, wenn der Verkäufer die Mangelkenntnis als Billigung interpretieren darf, so könnten die Norm doch gleichwohl den Sinn haben, im Rechtsverkehr klarzustellen, dass dem vorbehaltlosen Kontrahieren trotz Mangelkenntnis bzw. grobfahrlässiger Mangelverkenntung bzw. der vorbehaltlosen Annahme der Mietsache trotz Mangelkenntnis der Erklärungswert einer Billigung zukommt bzw. kraft gesetzlicher Fiktion oder Auslegungsregel zukommen soll. § 536b BGB würde damit eine Ausnahme von dem Grundsatz statuieren, dass Schweigen keinen Erklärungswert hat. Zweifel, ob das vorbehaltlose Kontrahieren bzw. die vorbehaltlose Annahme der Mietsache tatsächlich vom Vermieter als vertragliches Einverständnis mit dem Sachzustand verstanden werden durften, wären damit der Boden entzogen.⁹

Ein solches Verständnis der Regelungen passt allerdings nicht zu den Rechtsfolgen des § 536b BGB, wie sie heute von der Rspr. und h.M. angenommen werden.¹⁰ Diese decken sich nämlich nicht mit denjenigen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung: Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung¹¹ sieht § 536b BGB, anders als dies bei konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung der Fall ist, keinen Ausschluss des Erfüllungsanspruches aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB an und bleibt dem Mieter folgerichtig auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus § 320 BGB erhalten.

2. Fiktion eines Verzichtes?

Dementsprechend gab und gibt es weitere Rechtfertigungsbemühungen und bleibt auch der BGH nicht bei dem Argument stehen, der wissende Mieter habe die negative Qualität als vertragsgemäß akzeptiert. Darüber hinaus verweist der BGH vielmehr darauf, dass der historische Gesetzgeber einen Verzicht des Mieters auf seine auf den Mangel bezogenen

⁹ In diese Richtung auch BGHZ 203, 148, zit. nach juris Rn. 29: „Es wird hinsichtlich der Gewährleistungsrechte ein Gleichklang zwischen der Vereinbarung, eine objektiv mangelhafte Mietsache solle als vertragsgemäß anzusehen sein, und eine Hinnahme dieser Situation durch den Mieter ohne rechtsgeschäftlichen Erklärungswert bei Mietvertragsschluss oder Annahme der Mietsache hergestellt.“

¹⁰ Ausf. Wilhelm, JZ 1982, 488, 495.

¹¹ BGH NZM 2003, 355, 356; BGH NZM 2007, 484 Rn. 28 f., wonach allerdings bei der Bestimmung der angemessenen Höhe des zurückzubehaltenden Betrages der Rechtsgedanke des § 536b BGB entsprechend herangezogen werden könne; so auch für das Leasing BGH NJW 1989, 3222, 3224, kritisch Lammel, jurisPR-MietR 14/2007 Anm. 1; LG Berlin, Urt. v. 20.3.2014, Az.: 67 S 490/11, zit. nach juris Rn. 9; für Fortbestand des Erfüllungsanspruches auch die ganz h.L. s. nur Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 851 f.; Schmidt, NZM 2013, 705, 709 ff.; Zehelein, WuM 2014, 579; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 536b Rn. 9; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 536b Rn. m.w.Nachw.; missverständlich zu den Auswirkungen einer Kenntnis i.S. des § 536b BGB auf den Erfüllungsanspruch OLG Zweibrücken, Urt. v. 17.1.2012 Az.: 8 U 63/10 zit. nach juris Rn. 49; allg. dazu, dass Gewährleistungsrechte nicht das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB verdrängen, BGHZ 84, 42, zit. nach juris Rn. 16; abw. LG Berlin, Urt. v. 28.8.1992 Az.: 64 S 191/92, zit. nach juris, wonach auch der Instandsetzungsanspruch ausgeschlossen sei; so auch LG Berlin, Urt. v. 14.5.1991 Az.: 64 S 482/90, zit. nach juris mit der bezeichnenden Begründung, bei Untätigkeit des Mieters trotz Kenntnis werde der mangelbehaftete Zustand zum vertragsmäßigen Zustand auch für die Zukunft; Wilhelm, JZ 1982, 488, 494 f.

Gewährleistungsrechte annahm, deren spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoße.¹² Bedenkt man aber, dass es gerade nicht um Situationen geht, in denen der Mieter einen ihm bekannten Zustand der Mietsache dem Vermieter gegenüber augenscheinlich billigend zur Kenntnis nimmt, weil in diesen Fällen schon eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen ist, so bleibt im Wesentlichen das einseitige, dem Vermieter nicht kommunizierte Wissen um den Mangel bzw. die nach S. 2 des § 536b BGB gleichgestellte grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels. Man stelle sich etwa vor, der künftige Mieter habe vom Vormieter erfahren oder bei einem Gespräch mit dem Vormieter grob fahrlässig verkannt, dass der Abfluss der Badewanne nur schlecht funktioniert. Er schließt den Mietvertrag aber dennoch ab, ohne einen einwandfreien Abfluss zu vereinbaren. Über die rechtstechnische Schwierigkeit, dass das BGB den Verzicht auf Forderungen grundsätzlich nicht als einseitige Gestaltungserklärung, sondern als Erlassvertrag (§ 397 BGB) konstruiert¹³, mag man hinwegkommen. So mag man annehmen, § 536b S. 1 und 2 BGB lasse eben einen einseitigen Verzicht genügen.¹⁴ Ein stillschweigender Verzicht setzt aber jedenfalls einen Verzichtswillen des Mieters voraus. Wo es an einer Kommunikation zwischen Vermieter und Mieter hinsichtlich der betreffenden Eigenschaft fehlt, muss ein solcher Verzichtswille jedoch regelmäßig als reine Fiktion erscheinen.¹⁵ Außerdem bleibt dunkel, warum der Mieter auf die Mängelrechte, nicht aber auf den Erfüllungsanspruch und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verzichtet haben soll.¹⁶

Aber auch aus Sicht des Vermieters ist nicht recht nachvollziehbar, warum er in solchen Situationen, in denen er von der Mangelkenntnis des Mieters bzw. dessen grobfahrlässiger Unkenntnis seinerseits gar nichts wusste, in den Genuss eines Gewährleistungsausschlusses kommen sollte. Der Vermieter durfte hier mangels entsprechender Kommunikation mit dem Mieter gerade nicht annehmen, dass der schlechte Zustand der Mietsache – in meinem Beispiel der schlecht funktionierende Abfluss der Badewanne – in Ordnung gehe und der Mieter gleichwohl bereit sei, die volle Miete zu bezahlen. Aus seiner Sicht stellt sich das Ergebnis der Vertragsverhandlungen vielmehr so dar, dass er die volle Miete nur „verdient“

¹² BGHZ 203, 148, zit. nach juris Rn. 29 unter Verweis auf Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch II S. 210, 126 f.; s. ferner die Begründung zum Regierungsentwurf des Mietrechtsreformgesetzes BT-Drs. 14/4553, S. 41, wo die vorbehaltlose Annahme der rechtsmängelbehafteten Mietsache als Verzicht eingeordnet wird.

¹³ Darauf weist etwa Riesenhuber, ZMR 1994, 393, 394 hin.

¹⁴ Die einseitige Aufgabe eines Rechts ist dem BGB durchaus nicht gänzlich fremd, vergleiche nur § 875 BGB zur Aufhebung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück.

¹⁵ I.E. auch Köhler, JZ 1989, 761, 762; Schmidt, NZM 2013, 705, 708; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 1.

¹⁶ S. Wilhelm, JZ 1982, 488, 494 f.; Schmidt, NZM 2013, 705, 708; MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 1.

gegen Zurverfügungstellung einer einwandfreien Mietsache, konkret: einer Badewanne mit einwandfrei funktionierendem Abfluss. „Belohnt“ man ihn gleichwohl mit einem Gewährleistungsausschluss, so gewährt man ihm einen – gemessen an der ausgehandelten Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung – unverdienten „windfall“.

3. Verbot widersprüchlichen Verhaltens?

Ähnlich angreifbar ist die Überlegung, § 536b S. 1 und 2 BGB beruhen auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens.¹⁷ Auch hier gilt: Für § 536b S. 1 und 2 BGB bleibt überhaupt nur Raum, wenn der Mieter den betreffenden Sachzustand nicht bei Vertragsschluss konkludent gegenüber dem Vermieter gebilligt hat. Fehlt es jedoch daran, so insbesondere deshalb, weil der Vermieter gar nichts von der Mangelkenntnis des Mieters weiß, dann hat der Mieter beim Vermieter gerade kein Vertrauen dahin erweckt, dass er auf die vom Vermieter versprochene Sollbeschaffenheit keinen Wert lege.¹⁸

Umgekehrt ergeben sich aber auch Ungereimtheiten, wenn man dem Mieter tatsächlich Treuwidrigkeit unterstellt. Einerseits leuchtet nicht ein, warum der Mieter “nur“ seine Gewährleistungsrechte, nicht aber seinen Erfüllungsanspruch verlieren soll. Denn es ist keine Begründung dafür ersichtlich, warum die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs nicht gleichfalls treuwidrig sein soll.¹⁹ Andererseits erscheint es bedenklich, dass der in § 536b S. 1 BGB für den Fall positiver Mangelkenntnis bei Vertragsschluss angeordnete Rechtsverlust auch dann eingreifen soll, wenn der Vermieter seinerseits treuwidrig gehandelt, nämlich den Mangel arglistig verschwiegen hat. Den warum soll die Treuwidrigkeit dem Mieter schaden, dem Vermieter aber nicht?²⁰

4. Förderung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden sowie Kostenvermeidung?

¹⁷ Dafür etwa Riesenhuber, ZMR 1994, 393, 394; Schmidt, NZM 2013, 705, 708; implizit auch BGHZ 203, 148, zit. nach juris Rn. 34, BGH NZM 2015, 861, 862 Rn. 22, wo jeweils eine entsprechende Anwendung des § 536b BGB auf eine Verlängerungsoption des Mieters mit der Begründung abgelehnt wird, in der vorbehaltlosen Optionsausübung liege kein widersprüchliches Verhalten; für Anwendung des § 536b BGB auf die Vertragsübernahme OLG Brandenburg, Urt. v. 22.9.2015, Az.: 6 U 99/14, zit. nach juris Rn. 43

¹⁸ Köhler, JZ 1989, 761, 762, 768 f., wonach es wenig überzeugend sei, den gesetzlich angeordneten Gewährleistungsausschluss mithilfe rechtsgeschäftlicher Kategorien zu interpretieren; nicht überzeugend dagegen Riesenhuber, ZMR 1994, 393, 394 mit dem Argument, das Vermiiterv Vertrauen werde vom Gesetz aus Gründen der Rechtsklarheit unterstellt.

¹⁹ S. dazu, dass der Fortbestand des Erfüllungsanspruches nicht zu den gängigen Rechtfertigungsüberlegungen für § 536b BGB passt, auch bereits vor und mit Fn. 11 und 16.

²⁰ Köhler, JZ 1989, 761, 762.

Schließlich werden die gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse in § 536b BGB darauf gestützt, dass sie der Rechtssicherheit²¹ und dem Rechtsfrieden²² sowie der Kostenvermeidung²³ dienen, weil sie eine frühe Klärung des geschuldeten Zustandes ermöglichen und damit Streit vermeiden helfen darüber, inwieweit der Ist-Zustand Mängelrechte auslöst. Anders gewendet: Der Mieter soll eine negative Beschaffenheit sogleich dann zur Sprache bringen, wenn sie für ihn erkennbar wird und den Vermieter nicht gleichsam „ins Messer laufen lassen“. Auch insofern bleiben jedoch Zweifel. Denn einerseits kann man sich fragen, ob diese allgemeinen Erwägungen es wirklich rechtfertigen, den Mieter mit der strengen Sanktion des Verlustes seiner Mängelrechte zu belasten. Dies zumal umgekehrt der Vermieter mit einer von den Vertragsverhandlungen abweichenden Verschiebung der vertraglichen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung belohnt wird. Denn nochmals: Es geht nicht um die Situation, in der der Vermieter davon ausgehen darf, der Mieter billige den Ist-Zustand. Denn dann liegt schon eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung vor. Andererseits ist aber auch zweifelhaft, ob § 536b BGB als Streitvermeidungs- und Kostensenkungs-Mechanismus effektiv funktioniert. Denn wenn man bedenkt, dass nach herrschender Ansicht der Erfüllungsanspruch und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhalten bleiben, so ist das Streitvermeidungspotenzial des § 536b BGB von vornherein begrenzt und mag der Vermieter überdies sehr wohl von Nacherfüllungskosten überrascht werden, mit denen er wegen fehlender eigener Mangelkenntnis nicht rechnete.

5. Beweiserleichterung?

Schließlich werden § 536b BGB beweiserleichternde Funktionen beigemessen. Allerdings kann dies wohl nur insofern gelten, als § 536b S. 1 2 BGB grob fahrlässige Mangelkenntnis genügen lässt und der Vermieter damit das in der Praxis meist schwer zu führenden Beweises positiver Mangelkenntnis des Mieters entoben ist.²⁴ Dagegen bedarf es wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 536b BGB einerseits und einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung andererseits in der Praxis einer genauen Klärung, ob der Mieter den Mangel lediglich kannte bzw. grobfahrlässig verkannte oder ob das Verhalten des Mieters darüber hinaus nach dem Empfängerhorizont des Vermieters als Billigung hinsichtlich des Sollzustandes der Mietsache verstanden werden durfte.

²¹ BGHZ 203, 148, zit. nach juris Rn. 29; BGH NZM 2015, 861, 862 Rn. 21.

²² S. MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 2.

²³ Stark verengt auf diesen Aspekt Köhler, JZ 1989, 761, 763 f., 771.

²⁴ In diesem Sinne etwa MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 2; Köhler, JZ 1989, 761, 764,

II. Kein Ausschluss des Erfüllungsanspruchs nach § 536b BGB?

1. Erfüllungsanspruchs fügt sich nicht in die herrschende Rechtfertigung von § 536b BGB

Bleiben also bei allen Ansätzen für eine Rechtfertigung von § 536b BGB gewisse Fragezeichen, so hat sich bislang insbesondere gezeigt, dass sich kaum schlüssig begründen lässt, warum § 536b BGB den Erfüllungsanspruch bestehen lässt. Dies passt weder zur Begründung der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse mit einer stillschweigenden Billigung des Ist-Zustandes der Mietsache durch den Mieter bzw. der Annahme eines konkludenten oder fingierten Verzichts auf Mängelrechte noch zu ihrer Rechtfertigung mit einem widersprüchlichen Verhalten des Mieters.²⁵ Denn es fehlt schlicht an einem sachlichen Grund dafür, dass Billigung oder Verzicht nicht auch dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen bzw. nicht auch die Berufung auf den Erfüllungsanspruch widersprüchlich erscheinen lassen.²⁶ Und auch mit einer Streitvermeidenden Ratio des § 536b BGB lässt es sich kaum in Einklang bringen, dass der Mieter weiterhin Erfüllung verlangen und sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen darf.

2. Erfüllungsanspruch führt zu kaum zu rechtfertigender Ungleichbehandlung behebbarer und unbehebbarer Mängel

Der von der herrschenden Meinung angenommene Fortbestand des Erfüllungsanspruchs führt außerdem zu einer schwer zu erklärenden Ungleichbehandlung behebbarer und unbehebbarer Mängel. Während der Vermieter bei behebbaren Mängeln selbst bei einer aufwändigen Mängelbeseitigung bis zu der in § 275 Abs. 2 BGB festgelegten Grenze eines groben Missverhältnisses zwischen Mängelbeseitigungsaufwand und Leistungsinteresse des Mieters zur Erfüllung verpflichtet bleibt, steht der Mieter bei unbehebbarer Mängel ohne jeden Rechtsbehelf da. Oder anders gewendet: In den Fällen des § 536b BGB muss der Vermieter bei behebbaren Mängeln viel mehr leisten, um sich die Miete zu verdienen als bei unbehebbarer Mängel. Eine sachliche Begründung dafür, warum das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei behebbaren ein anderes sein soll als bei unbehebbarer Mängel vermag ich nicht zu erkennen.

3. Mangelnde Nennung des Erfüllungsanspruchs in § 539 BGB a.F. wohl keine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers

²⁵ S. schon vor und mit Fn. 11, 16 und 19.

²⁶ Der von Schmidt, NZM 2013, 705, 709 ff., 713 unterbreitete Vorschlag, nicht nur den Erfüllungsanspruch fortbestehen zu lassen, sondern auch einen diesen substituierenden Schadensersatzanspruch vermag daran nichts zu ändern.

All dies ist nun allerdings nicht neu. Vielmehr hat *Jan Wilhelm* schon im Jahre 1982 nachgewiesen, dass sich der von der herrschenden Meinung bejahte Fortbestand des Erfüllungsanspruchs „an allem, an Gesetzessystematik nämlich und am Sinn der gesetzlichen Regelung“ stoße.²⁷

Vor allem aber hat *Wilhelm* überzeugend dargetan, wie es historisch dazu kam, dass in § 539 BGB a.F., der Vorläuferregelung von § 536b BGB, der Erfüllungsanspruch unerwähnt blieb. Er verweist zunächst zutreffend darauf, dass die Beratungen des Dresdner Entwurfes, welcher der ersten Kommission als Vorlage diente, noch klar von einem vollständigen Rechtsausschluss einschließlich des Erfüllungsanspruches ausging.²⁸ Tatsächlich heißt es dort unmissverständlich: „Die Mehrheit hielt jedoch daran fest, dass der Mieter, welcher wissentlich eine mangelhafte Sache miete und Abstellung dieser Mängel sich nicht ausbedinge, eben die Sache mit und trotz ihrer Mängel miete, folglich auch nach dem Kontrakte die Übergabe und Gewährung einer fehlerfreien nicht beanspruchen könne.“²⁹ Weiter ist *Wilhelm* darin zuzustimmen, dass sich in den weiteren Gesetzgebungsmaterial nicht der geringste Anhaltspunkt dafür findet, dass man von dieser Auffassung abrücken wollte oder diese Frage überhaupt nur diskutiert hätte.³⁰

Dass ein Ausschluss des Erfüllungsanspruches im heutigen § 536b BGB genauso wie in der Vorläufernorm des § 539 BGB dennoch fehlt, erklärt *Wilhelm*³¹ damit, dass die entsprechende Vorschrift des Ersten Entwurfs des BGB nur eine Verweisung enthielt auf die kaufrechtlichen Parallelvorschriften zum Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis. Noch bis zur Schuldrechtsmodernisierung gab es aber im Kaufrecht bei Sachmängeln mit Ausnahme des Gattungskaufes³² gar keinen Anspruch auf mangelfreie Nacherfüllung. Folgerichtig brauchten die maßgeblichen kaufrechtlichen Vorschriften des ersten Entwurfes des BGB einen solchen Nacherfüllungsanspruch auch nicht auszuschließen. Man hat dann offenbar im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr diskutiert, ob im Mietrecht nicht ebenfalls ein vollständiger Rechtsausschluss sinnvoll wäre, der dann aber den im Mietrecht zusätzlich gegebenen Erfüllungsanspruch miterfassen müsste. Dabei ist es dann endgültig geblieben geblieben.

²⁷ Wilhelm, JZ 1982, 488, 494.

²⁸ S. Wilhelm, JZ 1982, 488, 494.

²⁹ von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2 Besonderer Teil, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1980, S. 279.

³⁰ Wilhelm, JZ 1982, 488, 494

³¹ Wilhelm, JZ 1982, 488, 494 f.

³² S. § 480 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.

3. *De lege lata* teleologische Erweiterung des § 536b BGB auf den Erfüllungsanspruch?

Kennt man diese Genese der Norm, so spricht viel für *Wilhelms* These, dass der Fortbestand des Erfüllungsanspruches nicht auf einer wohlüberlegten Sachentscheidung des Gesetzgebers beruht, sondern schlicht auf einer durch die ursprüngliche Verweisung auf das Kaufrecht motivierte und später nicht mehr weiter reflektierte Fassung des Normtextes.³³

Bezeichnenderweise schließt der heutige kaufrechtliche § 442 BGB auch den mit der Schuldrechtsmodernisierung eingeführten Anspruch auf Nacherfüllung aus.

Der demgegenüber für das Mietrecht herrschende Fortbestand des Erfüllungsanspruches hat allerdings auch die Mietrechtsreformen der jüngeren Vergangenheit „überlebt“. Und dies, obwohl man im Jahre 2001 durchaus Änderungen vornahm, so insbesondere eine Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln anordnete.³⁴ Hat aber der Reformgesetzgeber keinen Anlass gesehen, von der herrschenden Ansicht abzurücken und dem ursprünglich historisch gewollten vollständigen Rechtsausschluss zum Durchbruch zu verhelfen, so tut man sich *de lege lata* schwer, § 536b BGB teleologisch auf den Ausschluss des Erfüllungsanspruches zu erweitern.³⁵

III. Fazit: *De lege ferenda* gesetzgeberische Korrekturen geboten

Als Zwischenfazit kann damit festgehalten werden, dass hinsichtlich der Ratio des § 536b BGB kaum überwindbare Zweifel bleiben.³⁶ Soweit dem Verhalten des Mieters tatsächlich der Erklärungswert einer Billigung des Ist-Zustandes der Mietsache beigemessen werden kann, wäre § 536b BGB zwar als deklaratorische Klarstellung oder Auslegungsregel sinnvoll. Ein solches Verständnis verträgt sich aber kaum mit dem von der h.M. bejahten Fortbestand des Erfüllungsanspruches.³⁷

In Situationen hingegen, in denen der Vermieter nicht von einer Billigung ausgehen darf, insbesondere deshalb, weil er von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Mieters gar nichts weiß, ist weder die Fiktion eines Rechtsverzichtes des Mieters³⁸ noch die Bejahung widersprüchlichen Verhaltens³⁹ überzeugend. Ferner lässt sich die strenge Sanktion

³³ Kritisch gegenüber einer solchen Deutung der Gesetzgebungsmaterialien aber Schmidt, NZM 2013, 705, 710 unter Verweis darauf, dass bereits § 504 BGB-E I den mietrechtlichen Natural Erfüllungsanspruch, der parallel zu den Gewährleistungsrechten bestehen sollte, ausdrücklich hervorhebt, was für eine unterschiedliche Reichweite des Gewährleistungsausschlusses im Kaufrecht einerseits und Mietrecht andererseits spräche

³⁴ S. dazu die Begründung zum Regierungsentwurf des Mietrechtsreformgesetzes BT-Drs. 14/4553, S. 41.

³⁵ In diesem Sinne auch MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 2,

³⁶ Vgl. etwa MünchKomm/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 536b Rn. 2, der zu dem Schluss gelangt, es erscheine zweifelhaft, ob die Norm von einem einheitlichen Zweck getragen sei.

³⁷ S. dazu vorstehend unter 1b.

³⁸ S. dazu vorstehend unter 2.

³⁹ S. dazu vorstehend unter 3.

eines Mängelrechteverlustes auch kaum mit so allgemeinen Erwägungen wie Streitvermeidung und Förderung des Rechtsfriedens⁴⁰ oder Beweiserleichterungen⁴¹ rechtfertigen. Insgesamt muss deshalb konstatiert werden, dass § 536b BGB in seiner aktuellen Fassung keine in sich stimmige rechtspolitisch angemessene Regelung darstellt. De lege ferenda empfehlen sich gesetzgeberische Korrekturen. Einerseits wäre eine Erweiterung der Rechtsfolgen des aktuellen § 536b BGB wünschenswert, andererseits aber eine Verengung dessen tatbestandlicher Voraussetzungen: So wäre es nach meinem Dafürhalten sinnvoll, § 536b BGB als bloße Auslegungsregel dahin zu formulieren, dass der Vermieter im Zweifel annehmen darf, der Mieter billige eine ihm bei Vertragsschluss bekannte oder grob fahrlässig verkannte Beschaffenheit der Mietsache als vertragsgemäß. Eine entsprechende Auslegungsregel könnte angeordnet werden für die vorbehaltlose Annahme trotz Mangelkenntnis. Es würde sich also um bloße Auslegungsregeln für eine anfängliche bzw. nachträgliche konkludente Beschaffenheitsvereinbarung handeln. Solche Auslegungsregeln würden genügend Flexibilität lassen, um ausnahmsweise eine konkludente Billigung zu verneinen, so insbesondere in Fällen, in denen der Vermieter gar nicht mit dem Mieter über die betreffende Beschaffenheit kommuniziert hat und von dessen Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis nichts weiß. Die Rechtsfolgen solcher Auslegungsregeln wären schlicht diejenigen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung. Folglich wären auch der Erfüllungsanspruch sowie die Einrede des nichterfüllten Vertrages selbst verständlich ausgeschlossen. De lege lata muss § 536b BGB aber wohl mit Blick darauf, dass der Reformgesetzgeber die Regelung im Kern unberührt gelassen hat, in seiner herrschenden Auslegung hingenommen werden. Dies bedeutet insbesondere, dass die Regelung bei konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung gerade nicht zur Anwendung gelangt, sondern sich beschränkt auf die sicherlich eher seltenen Fälle, in denen der Vermieter trotz Mangelkenntnis bzw. grobfahrlässiger Unkenntnis des Mieters nach seinem Empfängerhorizont nicht von einer Billigung des Ist-Zustandes der Mietsache durch den Mieter ausgehen darf. Hinsichtlich der Rechtsfolgen muss es dann de lege lata bei der herrschenden Auffassung bleiben, dass Erfüllungsanspruch und Einrede des nichterfüllten Vertrages unberührt bleiben.

B. Drohende Aushöhlung der Gewährleistungsrechte im Kontext von Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis

⁴⁰ S. dazu vorstehend unter 4.

⁴¹ S. dazu vorstehend unter 5.

In meinem ersten Teil habe ich versucht zu klären, wie Mangelkenntnis bzw. grob fahrlässige Mangelunkennntnis des Mieters die vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit oder wenigstens seine Gewährleistungsrechte beeinflussen. Ich möchte mich nun im zweiten Teil der drohenden Aushöhlung der Gewährleistungsrechte durch Rechtsprechung und Vertragspraxis zuwenden.

I. Rechtsprechungspraxis insbesondere zu bei Vertragsschluss nur potenziellen Immissionen

Was zunächst die Rechtsprechung anbelangt, so möchte ich mich auf knappe Bemerkungen beschränken, um nicht Frau Flatow allzu sehr ins Gehege zu kommen, die ja anschließend über die Risikoverteilung bei Umfeldveränderungen sprechen wird. Aus meiner Sicht wird in der Literatur zu Recht kritisiert, dass die Rechtsprechung insbesondere bei Immissionen wie Baustellen- oder Verkehrslärm mitunter zu einer zu vermietetfreundlichen Beurteilung neigt. Dem Mieter werden vielfach Gewährleistungsrechte versagt, obwohl die maßgeblichen Störungen bei Vertragsschluss noch nicht vorhanden waren und sich allenfalls vage als generelles Risiko vorhersehen ließen.⁴² Insofern finden sich vor allem⁴³ drei Begründungsmuster. Diese erscheinen im Kern austauschbar⁴⁴, überlappen sich in der gerichtlichen Praxis durchaus bzw. werden nicht immer klar abgegrenzt oder benannt werden.⁴⁵ Sie führen gleichermaßen zu einer nach meinem Dafürhalten unberechtigten Aushöhlung der Gewährleistungsrechte des Mieters.

⁴² Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 536b Rn. 4; Blank, WuM 2012, 175; vgl. ferner die zum teil massive und berechtigte Kritik an der Bolzplatz-Entscheidung BGH, Urt. v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 bei Emmerich, JuS 2015, 1040; Föller, WuM 2015, 485; Förster, JA 2016, 66; Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849; Lehmann-Richter, IMR 2015, 310; Selk, NZM 2015, 855.

⁴³ Vgl. aber etwa auch BGH NJW-RR 2012, 908, wo eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung explizit offengelassen, jedoch eine nur unerhebliche Beeinträchtigung angenommen wird, weil es den Mietern zuzumuten sei, die nächtliche Lärmbelästigungen in den Herbst- und Wintermonaten durch Schließen der Fenster zu vermindern.

⁴⁴ Auf die Austauschbarkeit der Bejahung einer konkludenten negativen Beschaffenheitsvereinbarung einerseits und von § 536b BGB andererseits weist bereits hin Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 850.

⁴⁵ Nicht eindeutig etwa hinsichtlich der Frage, unter welchem Aspekt dem Mieter die angebliche Vorhersehbarkeit spätere Bebauung schadet KG Berlin NZM 2003, 718, wonach es dafür, dass der Mieter jederzeit mit baulichen Veränderungen und Reparaturen rechnen müsse, genügen soll, dass es sich bei der Umgebung des Mietobjekts nicht um ein neues Baugebiet handele; uneindeutig hinsichtlich der rechtlichen Fundierung ferner LG Berlin, Beschl. v. 5.4.2012, Az.: 63 S 592/11, BeckRS 2012, 09583; vgl. ferner OLG München NJW-RR 1994, 654, wo nicht allein darauf abgestellt wird, dass die späteren Störungen nach den bei Vertragsschluss ersichtlichen Umständen al vertraglich vorausgesetzt gelten könne, sondern außerdem der „Grundgedanke des § 539 BGB“ a.F. bemüht wird; ähnl. LG Berlin, Urt. v. 15.8.2003, Az.: 29 O 493/02, zit. nach juris 98 ff., wo nicht allein argumentiert wird, die Parteien hätten die späteren Störungen durch Baumaßnahmen „zumindest stillschweigend vorausgesetzt, sondern außerdem der „in § 536b BGB enthaltene Rechtsgedanke“ bemüht wird; s. auch OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 1059, 1060, wo ohne Angabe einer präzisen gesetzlichen Grundlage angenommen wird,

Allerdings muss erwähnt werden, dass es durchaus auch Entscheidungen und zwar gerade auch jüngeren Datums gibt, die den sogleich näher skizzierten Begründungsmustern für eine Aushöhlung der Mängelrechte des Mieters nicht oder wenigstens nicht uneingeschränkt folgen.⁴⁶

1. Zu großzügige Bejahung konkludenter negativer Beschaffenheitsvereinbarung

Nun aber zu den wesentlichen drei Begründungsmustern, mit denen die Mängelrechte des Mieters ausgehöhlt zu werden drohen.

Erstens finden sich Entscheidungen, in denen eine konkludente negative Beschaffenheitsvereinbarung bejaht wird, obwohl wenig darauf hindeutet, dass der Mieter nachträgliche, bei Vertragsschluss nur vage vorhersehbare Immissionen tatsächlich bei Vertragsschluss billigend hingenommen hätte. Insbesondere wird in der Instanzrechtsprechung so verfahren in Bezug auf innerstädtischen Baulärm in Großstädten,

nur gravierende Beeinträchtigungen könnten eine Minderung oder außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen, wenn einem Mieter bekannt sei, dass Bauarbeiten im Umfeld des von ihm gemieteten Objekts stattfänden.

⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VIII ZR 129/09, zit. nach juris Rn. 29, wonach aus der Ankündigung von Einrüstarbeiten noch keine Kenntnis der mit den angekündigten Einrüstarbeiten verbundenen Mängel der Mietsache zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgeleitet werden könne; VerfGH Bln NZM 2015, 332, gegen die teilweise zu strenge fachgerichtliche Berliner Instanzrechtsprechung: „Mit diesem Ansatz“ – gemeint: Abstellen auf konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall“ – ist es nicht zu vereinbaren, dass nach dem Anhörungsrügebefehl die Minderung nunmehr schon bei einer nur (abstrakt) „möglichen“ bzw. „nicht ausgeschlossenen“ Beeinträchtigung entfallen soll, zumal diese Kriterien für die Mehrzahl der bislang in der Rechtsprechung anerkannten Mietmängel - etwa einen Ausfall der Heizung - zutreffen würden“; OLG Schleswig ZMR 2011, 724, 725, wonach allein der Umstand, dass das Mietobjekt in einem Sanierungsgebiet liegt, nicht zur Anwendung von § 536b BGB führt; OLG Frankfurt NZM 2015, 542, 543, wonach die großräumige Platzierungen einer umfangreichen Baustelleneinrichtung und Nutzung der betreffenden zahlreichen Container über lange Zeit hin und vielfach während des ganzen Tages einschließlich ganz erheblicher optischer Behinderung für das gemietete Ladengeschäft über das entschädigungslos hinnehmbare Maß hinausgehe; LG Hamburg, Beschl. v. 25.11.2014 Az.: 334 S 20/14 zit. nach juris Rn. 4 zur Bebauung eines bis dahin anderweitig genutzten Hinterhofes, wonach an die Vorhersehbarkeit einer künftigen Bebauung und der damit einhergehenden Belästigungen durch Lärm und Staub hohe Anforderungen zu stellen seien; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 27.11.2007 Az.: 9 C 260=7, zit. nach juris Rn. 28 ff., das eine konkludente negative Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich nur generell vorhersehbarer, aber bei Vertragsschluss nicht im Geringsten konkret skizzierter Bauarbeiten in Berlin Mitte, ablehnt; LG Berlin, Urt. v. 26.9.2013 Az.: 67 S 251/13, BeckRS 2013, 20883, wo eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich künftigen Baulärms verneint wird in Bezug auf die Sanierung eines Nachbargrundstücks, das zwar saniert, keineswegs aber erkennbar baufällig oder stark sanierungsbedürftig gewesen sei; LG Berlin, Hinweisbeschl. v. 27.2.2014 Az.: 67 S 476/13, BeckRS 2014, 07571, wonach der Mieter, der sich bei Abschluss des Mietvertrags keine oder falsche Vorstellungen über die künftige Entwicklung seines Wohnumfeldes macht, unabhängig vom Zustand dieses Umfeldes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses deshalb nicht grobfahrlässig handelt, weil ihn einerseits keine Erkundigungs- oder Prüfpflicht treffe und andererseits die Entwicklung des Wohnumfeldes nicht ausschließlich von allgemeinen Marktentwicklungen abhängig sei, sondern vorrangig von den individuellen Vorstellungen und Entscheidungen der jeweiligen Grundstückseigentümer, die Entscheidung verträgt sich kaum mit der vorherigen Rspr., s. insb. LG Berlin, Urt. v. 11.3.2013, Az.: 67 S 465/12, zit. nach juris Rn.13, dazu Fn. 47, s. dazu Selk, NZM 2015, 855; Schach, jurisPR-MietR 12/2014 Anm. 2; LG Berlin, Urt. v. 21.12.2015 Az.: 67 S 65/14: Die Lage der Mietsache in der Nähe eines Waldgebietes alleine begründet keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters im Sinne des § 536b BGB von bestehendem oder drohendem Wildschweinbefall.

der durch die Schließung von Baulücken oder Sanierung entsteht.⁴⁷ Danach soll zwischen den Mietvertragsparteien die Möglichkeit der Bebauung einer benachbarten Baulücke oder eines verwilderten Grundstücks bzw. der Sanierung eines sanierungsbedürftigen Gebäudes und die damit verbundenen Belastungen für den Mieter bei Vertragsschluss in der Regel stillschweigend vorausgesetzt worden sein, wenn für beide Vertragsparteien aufgrund des Zustands des maßgeblichen Grundstücks vorhersehbar gewesen sei, dass es in Zukunft zu Bautätigkeiten kommen werde.

Dies vermag nicht zu überzeugen. Dabei sei nochmals daran erinnert, dass es im Grundsatz durchaus richtig ist, eine negative Beschaffenheitsvereinbarung zu bejahen, soweit der Mieter eine ihm bekannte oder konkret absehbare Störung bei Vertragsschluss für den Vermieter erkennbar dem Vertrag zugrundelegt, ohne einen Widerspruch oder Vorbehalt anzumelden.⁴⁸ Problematisch ist in den Bau-Konstellationen aber, dass eine Billigung auch solcher Baumaßnahmen unterstellt wird, die sich bei Vertragsschluss gerade noch nicht konkret abzeichneten und erst recht nicht in ihren spezifischen Auswirkungen auf den Gebrauch der Mietsache greifen ließen. Eine solche bloß abstrakte⁴⁹ Vorhersehbarkeit späterer Störungen kann aber nicht den Schluss einer rechtsgeschäftlichen Billigung rechtfertigen. Oder anders gewendet: Wer vorbehaltlos einen Mietvertrag schließt über ein Gebäude in der Innenstadt, in dessen Umgebung sich eine Baulücke oder ein unsaniertes Grundstück befindet, der bringt damit nach dem objektivierten Empfängerhorizont in der Regel keineswegs zum Ausdruck, dass er mit künftigen Baumaßnahmen einverstanden ist. Denn Baulücken werden keineswegs regelmäßig zeitnah geschlossen⁵⁰, was schon die Fülle der noch unbebauten Lücken aus dem zweiten Weltkrieg belegt. Und auch das Schicksal unsanierter Gebäudes lässt sich von der Außenperspektive eines Nachbarn betrachtet kaum jemals zuverlässig vorhersagen, man denke nur an zerstrittene Erbengemeinschaften, die sich über Jahrzehnte hinweg nicht einig

⁴⁷ Vgl. OLG München NJW-RR 1994, 654; LG Berlin, Urt. v. 15.8.2003, Az.: 29 O 493/02, zit. nach juris 98 ff.; LG Berlin, Urt. v. 17.3.2009, Az.: 63 S 397/08 zit. nach juris Rn. 17 f.; LG Berlin, Beschl. V. 4.3.2013 Az.: 65 S 201/12, zit. nach juris Rn. 7; LG Berlin, Urt. v. 18.10.2013, Az.: 63 S 446 /12, BeckRS 2014, 01094; LG Gießen, Urt. v. 15.12.2010, Az.: 1 S 210/10, zit. nach juris Rn. 13; ähnl. LG Berlin, Urt. v. 27.9.2011, Az.: 63 S 641/10, BeckRS 2012, 00636 unter 2. A), wo allerdings mit der Verkehrsüblichkeit vorhersehbaren innerstädtischen Baulärmes argumentiert wird; i.d.S. auch LG Berlin, Urt. v 11.3.2013, Az.: 67 S 465/12, zit. nach juris Rn. 12 Rn. 13, wonach schon der Umstand, einer sich nicht in die innerstädtische Umgebung einfügenden bloß eingeschossigen Flachdachbebauung des Nachbargrundstückes dazu führen soll, dass die Mieterin nicht erwarten durfte, dass es zu keinen nachteiligen Baumaßnahmen komme; s. ferner BGH NJW-RR 2012, 908, wo eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung explizit offen gelassen, jedoch eine nur unerhebliche Beeinträchtigung angenommen wird, weil es den Mietern zuzumuten sei, die nächtliche Lärmbelästigungen in den Herbst- und Wintermonaten durch Schließen der Fenster zu vermindern.

⁴⁸ Prinzipiell richtig deshalb auch BayObLG NJW 1987, 1950, 1951, das in Bezug auf Baulärm annimmt, es scheidet „derjenige Lärm aus, der bei Abschluss des Mietvertrags bereits vorausgesetzt wurde, und beim vereinbarten Mietzins ermäßigen berücksichtigt werden konnte“.

⁴⁹ Zutreffend VerFGH Bln NZM 2015, 332, 333.

⁵⁰ Zutreffend LG Berlin, Hinweisbeschl. v. 27.2.2014 Az.: 67 S 476/13, BeckRS 2014, 07571.

werden, was mit einem Gebäude passieren soll. Dementsprechend bleibt die in der Rechtsprechung angenommene Billigung künftiger Baulärmeinwirkungen durch den Mieter vielfach bloße Unterstellung.⁵¹

2. Zu großzügige Bejahung der Voraussetzungen von § 536b BGB

Zweitens wird dem Mieter in Bezug auf Immissionen, die bei Vertragsschluss allenfalls vage voraussehbar waren, eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis unterstellt. Auch dieser Begründungsansatz kommt in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere in Bezug auf Baumaßnahmen zum Tragen und namentlich dann, wenn in einer Großstadt eine Baulücke geschlossen wird.⁵² Dies steht in Widerspruch zu dem von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 536b BGB immer wieder zu recht betonten Grundsatz, dass den Mieter in der Regel keine Erkundungs- und Untersuchungspflicht treffe.⁵³ Grob fahrlässige Unkenntnis i.S. des § 536b S. 2 BGB ist danach nur dann zu bejahen, „wenn die Umstände, die auf bestimmte Unzulänglichkeiten hindeuten, den Verdacht eines dadurch begründeten Mangels besonders nahelegen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare Nachforschungen unterlassen hat.“⁵⁴ Außerdem wird allgemein zutreffend geltend gemacht, dass für § 536b BGB Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der konkreten mangelbegründenden Tatsachen erforderlich sei und darüber hinaus deren Auswirkungen auf den vertraglichen Gebrauch bekannt bzw. ersichtlich sein müssten.⁵⁵ Legt man diese zutreffenden Voraussetzungen zu Grunde, so lässt sich die allgemeine Kenntnis einer benachbarten Baulücke oder des unsanierten Zustandes des Nachbargebäudes auch im

⁵¹ So zutreffend insb. Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 536 Rn. 29a u. § 536b BGB Rn. 4; in diesem Sinne auch Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 851 f.; Blank, WuM 2012, 175, 177 f. unter zutreffendem Hinweis darauf, dass derartige Umstände auch in den jeweiligen Mietspiegel nicht berücksichtigt würden.

⁵² S. LG Berlin, Urt. v. 27.3.2015, Az.: 63 S 359/12, zit. nach juris Rn. 23 ff. zur Situation einer Blockrandbebauung, wonach bereits aufgrund der Lage der Wohnung inmitten eines innerstädtischen Berliner Wohnquartiers mit Baumaßnahmen zu rechnen gewesen sei, obwohl die Baufläche kein Brachland, sondern gärtnerisch angelegt war. Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob sich Bauarbeiten bereits konkret abzeichneten; AG Pankow-Weißensee, Beschl. v. 21.4.2009, Az.: 102 C 11/09, zit. nach juris Rn. 1; ferner AG Pankow-Weißensee, Urt. v. 7.5.2009, Az.: 102 C 39/09, zit. nach juris Rn. 1, wonach es für die Kenntnis i.S. v. § 536b BGB genügen soll, dass bezüglich der später bebauten Fläche bekannt gewesen sei, dass es hierzu die unterschiedlichsten Planungen für die weitere Nutzung gegeben habe.

⁵³ BGH NZM 2007, 484 Rn. 21; BGH NJW 1977, 1236, 1237 zu § 545 BGBa.F.; LG Berlin, Urt. v. 20.3.2014, Az.: 67 S 490/11, zit. nach juris Rn. 9.

⁵⁴ BGH NZM 2007, 484 Rn. 21; vgl. dazu auch etwa Zehelein, WuM 2014, 579, 580.

⁵⁵ Für den Rechtsmangel in diesem Sinne BGH NJW 1996, 46, 47 unter Verweis auf die parallele Rechtslage beim Sachmangel: „Kenntnis von dem Rechtsmangel hat der Mieter nur dann, wenn er sich darüber im Klaren ist, dass der Dritte sein Recht möglicherweise geltend machen wird und wenn er das Risiko, das damit für ihn verbunden ist, bewusst in Kauf nimmt.“ Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 852 f.; Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2014, § 536b Rn. 9; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 12. Aufl. 2015, § 536b BGB Rn. 7; Schmidt, NZM 2013, 705, 707.

innerstädtischen Bereich regelmäßig nicht mit grob fahrlässiger Unkenntnis konkreten späteren Baulärms gleichsetzen.⁵⁶

3. Zu engherzige Verneinung konkludenter positiver Beschaffenheitsvereinbarungen

Eine weitere nach meinem Dafürhalten sowohl in ihrer dogmatischen Begründung als auch im Ergebnis verfehlte Begrenzung der Gewährleistungsrechte des Mieters hat der BGH mit dem *Bolzplatz-Urteil*⁵⁷ eingeführt. *In casu* ging es um erst Jahre nach Vertragsschluss auftretende Lärmbeeinträchtigungen durch einen neu errichteten benachbarten Bolzplatz. Der BGH wendet sich hier gegen die vom Berufungsgericht bejahte konkludente positive Beschaffenheitsvereinbarung über die bei Vertragsschluss zunächst gegebene verhältnismäßig ruhige Lage.⁵⁸ Der BGH missachtet dabei jedoch den subjektiven Mangelbegriff und die daraus folgenden Anforderungen an eine konkludente positive Beschaffenheitsvereinbarung. Der subjektive Mangelbegriff gilt selbstverständlich nicht nur zulasten des Mieters, wenn der Ist-Zustand hinter dem Üblichen zurückbleibt, sondern auch zu seinen Gunsten, wenn das Mietobjekt positive Eigenschaften aufweist, wie etwa eine ruhige Lage. Auch hier gilt, was ich vorhin schon ausgeführt habe: Weist der Mietgegenstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine bestimmte für den Vertragsgebrauch relevante Beschaffenheit auf, die beide Vertragsparteien dem Vertragsschluss ersichtlich zugrunde legen, so kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass beide Parteien diesen Ist-Zustand konkludent als Soll-Zustand vereinbaren, wenn sie keine davon abweichenden Vorbehalte erklären.⁵⁹ Es ist aber zweifellos allgemein bekannt, dass die ruhige oder weniger ruhige Lage einer Wohnung regelmäßig ein wichtiges Kriterium für die Entscheidung bildet, ob eine Wohnung angemietet wird und welchen Preis der Mieter dafür zu zahlen bereit ist.⁶⁰ Deshalb wird entgegen der Argumentation des BGH in der *Bolzplatz*-Entscheidung⁶¹ eine für beide Seiten bei Vertragsschluss ersichtliche ruhige Lage selbstverständlich Vertragsinhalt, wenn nicht ein

⁵⁶ In diesem Sinne bereits Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 852 f.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177, zit. nach juris Rn. 17 ff.

⁵⁹ S. schon oben unter A.I.1.a.

⁶⁰ Vgl. statt vieler Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 852; Blank, WuM 2012, 175, 177.

⁶¹ S. die Nachw. in Fn. 58.

abweichender Sollinhalt vereinbart wird.⁶² Es gäbe noch viel mehr an dieser Entscheidung zu kritisieren⁶³, ich will aber – wie gesagt – Frau Flatow nicht weiter vorgreifen.

II. Grenzen der Vertragsgestaltung durch negative Beschaffenheitsvereinbarungen

Ich komme damit zum letzten Abschnitt meines Vortrags, zu den Grenzen einer vermietetfreundlichen Vertragsgestaltung im Kontext von Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis. Auch wenn der drohenden Aushöhlung der Mängelrechte des Mieters durch die Rechtsprechung entschieden entgegengetreten werden muss, so ist es doch umgekehrt

⁶² Dafür, dass eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters nicht ausreichend sei, damit das bei Abschluss des Mietvertrags gegebene Lärmumfeld für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags als Sollzustand geschuldet werde, auch bereits BGH NJW 2013, 680, 681 zu einer Verkehrslärmbelästigung; ähnl. auch LG Frankfurt, Urt. v. 23.12.2014 Az.: 2-11 S 240/14, 2/11 SS 240/14, zit. nach juris Rn.10; diese Argumentation ist aus den genannten Gründen verfehlt. Da das jeweilige Lärmumfeld bei Vertragsschluss auch für den Vermieter ersichtlich ist und er in Übereinstimmung mit der allgemeinen Verkehrsanschauung davon ausgehen muss, dass dieses Kriterium für den Mieter vertragsrelevant ist, liegt entgegen dem BGH regelmäßig gerade keine einseitig gebliebene Mietervorstellung vor. Vielmehr wird das jeweilige Lärmumfeld, wenn der Vermieter keinen diesbezüglichen Vorbehalt erklärt, selbstverständlich Vertragsoll, ohne dass es dafür einer spezifischen Billigung durch den Vermieter bedürfte; kritisch gegenüber der Verneinung einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung im Bolzplatz-Urteil auch Föllner, WuM 2015, 485.

⁶³ Der BGH verkennt weiter die Voraussetzungen, unter denen die bei Vertragsschluss gegebene relativ ruhige Lage als der Verkehrsanschauung entsprechender Standard dauerhaft nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldet war (dazu Rn. 23 ff. der Entscheidungsgründe). Unter – im schuldvertraglichen Kontext verfehlt (abl. bereits BayObLG NJW 1987, 1950, 1952; kritisch auch Emmerich, JuS 2015, 1040, 1041; Föllner, WuM 2015, 485, 486; Förster, JA 2016, 66, 69; Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849, 2850) – Rückgriff auf die sachenrechtlichen Wertungen des § 906 BGB (s. Rn. 35 ff. der Entscheidungsgründe) versucht der VIII. Senat eine im Gesetz gerade nicht vorgesehene Differenzierung zwischen Überlassungs- und Erhaltungspflicht zu rechtfertigen (s. insb. Rn. 37 f. der Entscheidungsgründe), die sich aus einer ergänzenden Auslegung des Vertrages ergeben soll (s. Rn. 39 ff. der Entscheidungsgründe). Zu Unrecht misst der BGH dem Umstand entscheidendes Gewicht bei, dass der Vermieter ersichtlich keinen Einfluss darauf habe, den Fortbestand der zu Mietbeginn bestehenden Verhältnisse während der gesamten Dauer des Mietvertrages unverändert zu gewähren und deshalb nicht angenommen werden könne, der Vermieter habe die Haftung für solche Umweltbedingungen übernehmen wollen (s. Rn. 41 f. und bereits 21 der Entscheidungsgründe). Der Vermieter kann auch nicht zuverlässig verhindern, dass das Mietshaus von einem Erdbeben zerstört wird oder der Blitz einschlägt oder ein Unbekannter einen Brand legt. Selbstverständlich schuldet der Mieter dann aber keine Miete mehr. Der BGH verkennt schlicht, dass die von den Parteien im Vertragsschlusszeitpunkt festgelegte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich dauerhaft gilt und dass dieses Äquivalenzverhältnis es verbietet, die Erhaltungspflicht einseitig ohne Anpassung der Gegenleistung zu verkürzen (ähnl. Föllner, WuM 2015, 485; Selk, NZM 2015, 855, 858: „statischer Fehlerbegriff“). Er übersieht, dass die Grenzen des Beschaffungsrisikos gem. § 276 BGB, auf den er verweist (s. Rn. 37 f. der Entscheidungsgründe), zwar die Reichweite des Primärleistungsanspruchs bzw. die schadensersatzrechtliche Zurechnung einer Nichtleistung festlegen (kritisch gegenüber dem Rückgriff auf § 276 BGB auch Förster, JA 2016, 66, 69; Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849, 2850; Lehmann-Richter, IMR 2015, 310), aber gerade keine Anordnung über das Schicksal der Gegenleistungspflicht treffen. Für diese gilt vielmehr die Grundregel des § 326 Abs. 1 BGB. Selbstverständlich ist der Vermieter durch § 275 BGB und zwar ohne, dass es einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf (gegen diese vorliegend auch Förster, JA 2016, 66, 68; Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849, 2850; gegen deren Ergebnis Lehmann-Richter, IMR 2015, 310: „Interessen des Mieters unberücksichtigt“) dagegen geschützt, Unmögliches zu leisten oder künftige unverhältnismäßige Leistungerschwerungen zu überwinden. Das bedeutet aber eben gerade nicht, dass der Mieter gleichwohl die ungeschmälerete Miete schuldet. Es gibt keinen sachlichen Grund, Umweltmängel insofern anders zu behandeln als andere Beschaffenheitsmerkmale.

nicht per se illegitim, dass ein Vermieter eine Vertragsgestaltung anstrebt, mit der er ein Störungsrisiko auf den Mieter abwälzen kann.

In Bezug auf solche Störungen, die bei Vertragsschluss allenfalls als abstraktes und vages Risiko drohen, sei zunächst noch einmal Folgendes klargestellt: Entgegen den vorhin⁶⁴ kritisierten instanzgerichtlichen Entscheidungen sind die Tatbestands-Anforderungen in § 536b BGB ernst zu nehmen und ist deshalb für eine grob fahrlässige Unkenntnis die Offensichtlichkeit sich konkret abzeichnender Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs bei Vertragsschluss erforderlich. Daraus folgt dann aber, dass der Vermieter die haftungsbeschränkenden Rechtsfolgen des § 536b BGB nicht schon dadurch herbeiführen kann, dass er den Mieter bei Vertragsschluss auf das abstrakte Risiko künftiger Bebauungen oder sonstiger nur vage drohender Störungen hinweist.

1. Negative Beschaffenheitsvereinbarungen grundsätzlich zulässig

Umso drängender wird damit die Frage, inwieweit der Vermieter durch explizite negative Beschaffenheitsvereinbarungen eine gezielte Risikoüberwälzung auf den Mieter erreichen kann. Kann er also die Mietsache bei Vertragsschluss bewusst „schlecht reden“, um beispielsweise zu verhindern, dass später auftretender Baulärm als Mangel zu werten ist? Insofern ist zunächst nochmals daran zu erinnern, dass auch im Mietrecht die Festlegung des Soll-Zustandes der Mietsache grundsätzlich den Parteien überlassen bleibt. Es gilt wie schon erwähnt⁶⁵ ein der Vertragsfreiheit verpflichteter subjektiver Mangelbegriff.

2. Spannungsverhältnis zu den gesetzlichen Schranken vertraglicher Gewährleistungsausschlüsse, insb. zu § 536 Abs. 4 BGB

Eine negative Beschaffenheitsvereinbarung mag gerade in Bezug auf nur abstrakt drohende künftige Störungen sinnvoll erscheinen. So mag etwa dem friedliebenden Vermieter daran gelegen sein, dass der Mieter das Risiko möglichen künftigen Baulärms schon heute in seine Mietpreisvorstellungen „einpreist“. Er mag dementsprechend mit dem Mieter vereinbaren wollen, dass keine ruhige Wohnlage geschuldet wird, sondern künftige Beeinträchtigungen durch die Bebauung oder Sanierung von Nachbargrundstücken vertragsgemäß sein sollen. Es ist unschwer zu erkennen, dass solche negativen Beschaffenheitsvereinbarungen in einem Spannungsverhältnis stehen zu gesetzlichen Verboten vertraglicher Gewährleistungsausschlüsse.

⁶⁴ S. unter I.2.

⁶⁵ S. oben vor und mit Fn. 7.

So verbietet § 536 Abs. 4 BGB für die Wohnraummiete selbst individualvertraglich vereinbarte Beschränkungen des Minderungsrechts. Und auch für die Geschäftsraummiete wird jedenfalls ein vollständiger Minderungsausschluss in AGB für unzulässig gehalten, weil dadurch die vertragliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung gestört zu werden droht.⁶⁶

Man muss sich deshalb fragen, unter welchen Voraussetzungen eine negative Beschaffenheitsvereinbarung einer unzulässigen Minderungsbeschränkung gleichkommt und deshalb ihrerseits unzulässig ist.

3. Unzulässigkeit bei ungewissem Eintritt der negativen Sollbeschaffenheit?

Das beschriebene Spannungsverhältnis zwischen einerseits der grundsätzlich anerkannten Parteifreiheit, die Qualität der geschuldeten Leistung zu bestimmen und andererseits gesetzlichen Verboten von Gewährleistungsausschlüssen ist nicht auf das Mietrecht beschränkt. Das Parallelproblem wird insbesondere auch im Kaufrecht diskutiert, wo § 475 BGB die Mängelrechte des Verbraucher-Käufers bis auf den Schadensersatzanspruch halb zwingend ausgestaltet. Allerdings gehen dort die Meinungen zu den Grenzen negativer Beschaffenheitsvereinbarungen auseinander. Immerhin ist man sich aber insofern einig, als eine negative Beschaffenheitsvereinbarung über Defizite der Kaufsache, die bei Vertragsschluss bereits vorhanden und manifest sind, grundsätzlich zulässig sein soll. Dementsprechend kann etwa ein ersichtlich nicht mehr funktionstüchtiger Wagen als Bastlerfahrzeug verkauft werden.

Dies entspricht der schon erwähnten allgemeinen Ansicht im Mietrecht, dass die Vereinbarung eines hinter dem üblichen Verkehrsstandard zurückbleibenden Zustand des Mietobjekts als Soll-Zustand grundsätzlich zulässig ist.⁶⁷ So kann beispielsweise der tatsächlich unrenovierte Zustand einer Wohnung als vertragsgemäß vereinbart werden.⁶⁸ im Verbraucherkaufrecht wird aber von vielen dann eine unzulässige Umgehung des zwingenden Charakters der Mängelrechte angenommen, wenn die negative Beschaffenheitsvereinbarung den Kauf zu einem Risikogeschäft für den Käufer macht, weil sie potentielle verborgene Mängel betrifft.⁶⁹ Denn hier, so die Überlegung, wird der Käufer häufig die berechtigte Erwartung hegen, dass die Sache dennoch mangelfrei ist.

⁶⁶ So BGH NJW 2008, 2254; BGHZ 176, 191, zit. nach juris Rn. 20 f. selbst für einen Ausschluss, der auf vom Vermieter nicht zu vertretende Beeinträchtigungen beschränkt war.

⁶⁷ S. die Nachw. in Fn. 1.

⁶⁸ S. S. die Nachw. Fn. 1.

⁶⁹ Vgl. vor allem Schinkels, ZGS 2003, 313 f.; MünchKomm / Lorenz, § 475, Rn. 8 f. m.w.N.; Adolphsen, Negative Beschaffenheitsvereinbarung, 1, 9 ff.;

Nach der Gegenauffassung soll hingegen bei konkreter und transparenter Beschreibung eine negative Beschaffenheitsvereinbarung auch in Bezug auf ungewisse Eigenschaften der Kaufsache zulässig sein.⁷⁰

Entsprechende Überlegungen lassen sich auch für das Mietrecht anstellen.

Dabei ist zunächst klarzustellen, dass – nicht anders als im Kaufrecht⁷¹ – der aktuelle Ist-Zustand des Vertragsgegenstandes bei Vertragsschluss an sich keine absolute Grenze für das versprochene Vertragsoll bildet. Verspricht etwa der Vermieter, dass die Mietsache besser sein soll, als sie es tatsächlich bei Vertragsschluss ist, dass es beispielsweise einen Balkon oder Parkettboden gibt, obwohl dies gar nicht der Fall ist, so kann ihn der Mieter in den Grenzen des § 275 BGB auf Erfüllung und jedenfalls auf Gewährleistung in Anspruch nehmen. Umgekehrt ist es aber auch – anders als in der Literatur teilweise angenommen⁷² – nicht per se ausgeschlossen, dass der Vermieter nur eine hinter dem tatsächlichen Ist-Zustand zurückbleibende schlechtere Beschaffenheit verspricht. Oder anders gewendet: Die beiden Ebenen der versprochenen Soll-Beschaffenheit einerseits und der tatsächlichen Ist-Beschaffenheit andererseits sind zu trennen.

Parallel zum Kaufrecht fragt sich aber auch hier, ob durch die negative Beschaffenheitsvereinbarung über nur potentielle Defizite des Mietobjekts das vertraglich eben nicht frei verfügbare Minderungsrecht des Mieters im Ergebnis ausgehöhlt wird. Man wird die Frage nicht pauschal beantworten können. Die Rechtsprechung hat insofern noch keine klaren Grenzen entwickelt.

Einerseits ist anzuerkennen, dass sich das Spannungsverhältnis zwischen negativen Beschaffenheitsvereinbarungen und gesetzlichen Verboten von Gewährleistungsausschlüssen nicht restlos zugunsten Letzterer beseitigen lässt. Vielmehr bringt es die gesetzlich klar anerkannte Freiheit, die Qualität des Mietgegenstandes festzulegen, zwangsläufig mit sich,

Oetker / Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2, Rn. 539; Reinicke / Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 750; für nur ausnahmsweise Zulässigkeit von Risikogeschäften Schulte-Nölke, ZGS 2003, 187.

⁷⁰ Vgl. Bamberger / Roth / Faust, § 475, Rn. 7 ff.; Erman / Grunewald, § 444, Rn. 2; Malchow, Negative Beschaffenheitsvereinbarungen, 125; C. Stöling, Beschaffenheitsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZGS 2003, 462-466, 465.

⁷¹ Grundlegend Flume, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, 1947, passim; dementsprechend hat mit der Schuldrechts-Modernisierung die sog. Erfüllungstheorie endlich Ausdruck im Gesetz gefunden, s. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁷² Insoweit zutreffend LG Gießen, Urt. v. 15.12.2010, Az.: 1 S 210/10, zit. nach juris Rn. 13; abw. Blank, WuM 2012, 175, 177, wonach eine künftige Veränderung des Wohnumfeldes nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein könne; ähnl. wohl auch Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 853, wonach temporäre Immissionen wie Baulärm mangels Prägung der Lage des Grundstücks keine negative Abweichung von der Soll-Beschaffenheit begründen könnten; dagegen bereits Zehelein, WuM 2014, 579, 583; zu eng auch Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 439, wonach eine Beschaffenheitsvereinbarung den aktuellen und nicht den künftigen Zustand der Mietzeit zur Vertragsgrundlage mache.

dass dem Mieter Mängelrechte versagt bleiben, wenn er einen bestimmten Standard als vertragsgemäß akzeptiert hat. Oder flapsig formuliert: Grundsätzlich ist nicht wirklich ein Kraut dagegen gewachsen, dass der Mieter eine ihm ungünstige Qualität akzeptiert und sich auf diese Weise ein Stück weit rechtlos stellt.

Andererseits ist aber anzuerkennen, dass eine negative Beschaffenheitsvereinbarung umso bedenklicher ist, je weniger klar ihre Auswirkungen auf die vertragliche Äquivalenz dem Mieter vor Augen geführt wird. Ich persönlich würde zwar auch im Verbraucher-Kaufrecht nicht so weit gehen, jede negative Beschaffenheitsvereinbarung über einen potentiellen verdeckten Mangel für unzulässig zu halten.⁷³ Dies käme einer sehr weitgehenden Bevormundung des Käufers gleich, der auf diese Weise auch dann stets daran gehindert wäre, das Risiko einer bestimmten negativen Beschaffenheit zu übernehmen, wenn er im Gegenzuge einen niedrigeren Kaufpreis zu bezahlen hätte.

Umgekehrt halte ich es jedoch für richtig, dass eine negative Beschaffenheitsvereinbarung dem Verbraucher-Käufer wie dem Mieter klar vor Augen führen muss, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maße die versprochene Leistung geschmälert wird. Denn nur dann hat er die faire Chance, den vereinbarten Substandard bei der Festlegung oder Bewertung der Gegenleistung "einzupreisen" und einzuschätzen, inwieweit er „weniger für sein Geld bekommt“.

Dementsprechend halte ich es selbst bei der Wohnraummiete nicht für schlechthin unzulässig, eine nur potentielle künftige Störung zum Gegenstand einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung zu machen. Erst recht gilt dies bei der Gewerbemiete. Allerdings wird man wohl sagen müssen, dass eine negative Beschaffenheitsvereinbarung umso eher in die Nähe eines unzulässigen Minderungsausschlusses rückt, je allgemeiner sie formuliert ist und je fernliegender die betreffenden Störungen dem Mieter nach den tatsächlichen Umständen bei Vertragsschluss erscheinen müssen.⁷⁴ Denn für eine pauschal formulierte negative Beschaffenheit, für die es keinerlei handgreifliche tatsächliche Anhaltspunkte bei Vertragsschluss gibt, vermag der Mieter kaum einzuschätzen, inwieweit eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs tatsächlich konkret droht. Eine Klausel etwa, die jeglichen Baulärm in der Nachbarschaft für vertragsgemäß erklären würde, müsste man danach wohl auch in Gewerbemiete-AGB für unzulässig halten.

⁷³ Eingehend dazu Gsell, Fehlerbegriff und (negative) Beschaffenheitsvereinbarung im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2102, S. 229, 237 ff.

⁷⁴ Abw. Zehelein, WuM 2014, 579, 582, der eine Ausstrahlungswirkung des § 536 Abs. 4 BGB bzw. ein Umgehungsverbot generell verneint.

Umgekehrt streitet die Freiheit der Bestimmung der geschuldeten Qualität dafür, dass der Vermieter selbst bei der Wohnraummiete eine hinreichend konkretisierte künftige Störung, durch entsprechende negative Beschaffenheitsvereinbarung zum Vertragssoll machen kann.⁷⁵ Eine solche Klausel könnte etwa Baulärm aus der künftigen näher spezifizierten Bebauung oder Sanierung eines konkreten Nachbargrundstückes als vertragsgemäß festlegen.

4. Grenze fehlender Ernstlichkeit

Dabei versteht es sich allerdings, dass entsprechende negative Beschaffenheitsvereinbarungen transparent und präzise formuliert werden müssen⁷⁶ und nicht durch begleitende verschleiernde Zusätze entwertet werden dürfen.⁷⁷ Wird etwa dem Mieter mündlich versichert, es handle sich bei der Klausel um eine „reine Formsache“, die ohnehin tatsächlich nie zum Tragen kommen werde, so fehlt es der Erklärung des Vermieters über die negative Beschaffenheit nach dem Empfängerhorizont des Mieters an hinreichender Ernstlichkeit und wird die negative Beschaffenheit deshalb nicht Vertragsinhalt.

5. Vorrang eindeutiger Vertragszweckbestimmungen, insb. bei der Wohnungsmiete

Mangelnde Verbindlichkeit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung kann sich außerdem daraus ergeben, dass die Parteien eindeutig und vorrangig einen damit unvereinbaren Vertragszweck festgelegt haben. Wird etwa ein Gebäude zu Wohnzwecken vermietet, so kann nicht zugleich wirksam eine negative Beschaffenheit als Soll-Zustand vereinbart werden, die dauerhaft hinter den Mindestanforderungen für Wohnen zurückbleibt.⁷⁸ Dementsprechend können in einem Wohnraummietvertrag aktuelle, aber auch künftige Störungen, die das Wohnen unmöglich machen, grundsätzlich nicht im Wege der negativen Beschaffenheitsvereinbarung wirksam zum Vertragssoll gemacht werden.⁷⁹

C. Gesamtfazit

Ich komme damit zu einem Gesamtfazit aus beiden Teilen meines Vortrages:

⁷⁵ I.E. wohl auch Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 854 f. jedoch mit der m.E. zu weitgehenden Einschränkung, dass eine Beeinträchtigung durch empfindliche Lärmstörungen nicht formularmäßig als vertragsgemäß vereinbart werden kann.

⁷⁶ In diesem Sinne auch Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 854.

⁷⁷ Bsp. aus dem Kaufrecht bei MünchKomm/Lorenz (Fn. 20), § 475, Rn. 8; Müller, NJW 2003, 1976.

⁷⁸ Zutreffend etwa LG Mannheim, ZMR 1990, 220; ähnl. Blank, WuM 2012, abw. Zehelein, WuM 2014, 579, 582.

⁷⁹ Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Auslegung des Vertrages ergibt, dass die Eignung der Räume zu Wohnzwecken nach dem Willen der Parteien erst zukünftig, nach Herstellung der Wohnnutzung durch den Mieter gegeben sein soll, vgl. zu einem solchen Fall BGH NJW-RR 1993, 522. Ist dies gewollt, so wird typischerweise zugleich eine Abrede getroffen sein, dass der Mieter bis dahin keine Miete schuldet.

1. Der in der Rechtsprechung in Bezug auf nur vage künftige Störungen zu beobachtenden Verkürzung der Mängelrechte des Mieters durch erstens zu großzügige Bejahung von § 536b BGB, zweitens zu großzügige Annahme konkludenter negativer Beschaffenheitsvereinbarungen sowie drittens zu engherziger Verneinung konkludenter positiver Beschaffenheitsvereinbarungen ist entschieden entgegenzutreten.
2. Für den Vermieter, der einer Haftung für absehbare Störungen entgehen möchte, spielt dann aber „die Musik“ im Bereich der Vertragsgestaltung durch explizite negative Beschaffenheitsvereinbarungen.
3. Solche expliziten negativen Beschaffenheitsvereinbarungen wird man selbst in der Wohnraummiete und soweit es um nur potentielle künftige Störungen geht, nicht generell für unzulässig erachten können.
4. In die Nähe eines verbotenen Minderungsausschlusses rücken sie aber umso eher, je allgemeiner die negative Beschaffenheit formuliert ist und je fernliegender dem Mieter nach dem aktuellen tatsächlichen Zustand der Mietsache der Eintritt der betreffenden Störung erscheinen muss.
5. Im Einzelnen müssen die Grenzen der Zulässigkeit durch Rechtsprechung und Wissenschaft noch weiter ausgelotet werden.