

Deutscher Mietgerichtstag 2016

Die Risikoverteilung zwischen Mieter und Vermieter bei Umfeldveränderungen

von

VizPräsAG Dr. Beate Flatow

Gliederung

I. Einleitung

II. Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit

1. Subjektiv-objektiver Mangelbegriff im Mietrecht

2. Maßgebender Zeitpunkt bei Umfeldveränderungen

3. Festlegung einer veränderlichen Beschaffenheit nach objektiven Kriterien

4. Stellungnahme

III. Mangelkriterien bei Umfeldveränderungen

1. Berührungspunkt zur Mietsache

2. Das Ausmaß der Störung

3. Einheitliche Wertungen in der Rechtsordnung

IV. Kriterien und Grundsätze der „Bolzplatz-Entscheidung“

V. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Der Begriff Risiko umschreibt den möglichen negativen Ausgang bei einer Unternehmung, mit dem dann Nachteile, Verlust oder Schäden verbunden sind, kürzer: das mit einem Vorhaben oder Unternehmen verbundene Wagnis.¹ Die Risikoverteilung zu klären, heißt die Frage zu beantworten, wer die Nachteile, Schäden oder den Verlust zu tragen hat, wenn eine negative Veränderung tatsächlich eintritt. Dabei geht es nur um Fälle, in denen keine Seite ein Verschulden trifft, weil andernfalls Schadensersatzansprüche den Schaden wirtschaftlich demjenigen zuweisen, der den Eintritt schuldhaft verursacht hat.

Bei Umfeldveränderungen, hier bezogen auf Mieträume, kann es sich um gegenständliche Veränderungen in der räumlichen Umgebung handeln. Umfeld ist aber auch das soziale, das rechtliche oder das wirtschaftliche Umfeld. Das soziale Umfeld ist die prägende Umgebung, in der ein Mensch lebt oder arbeitet, auch bezeichnet als Milieu.² Das rechtliche Umfeld wird gebildet aus dem Geflecht von Gesetzen und sonstigen Bestimmungen, innerhalb derer sich ein Mensch oder ein Unternehmen bewegt. Das wirtschaftliche Umfeld haben Unternehmen zu beachten, es umfasst etwa Absatz- und Beschaffungsmärkte, allgemein die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen.³

Die Risikoverteilung zwischen Mieter und Vermieter erfolgt im Gewährleistungsrecht. Abzugrenzen ist zwischen dem Verwendungsrisiko und einem Mangel der Mietsache. Alle Umstände aus dem Bereich des Verwendungsrisikos gehören zum eigenen Lebensrisiko und gehen zu Lasten des Mieters.⁴ Ist dagegen die Gebrauchstauglichkeit durch einen Mangel beeinträchtigt, trifft nach §§ 536, 536 a BGB das Risiko den Vermieter.⁵ Das für Substanz- und Umfeldmängel gleichermaßen.

Die nachfolgenden Ausführungen sind in drei Abschnitte eingeteilt. Der erste Abschnitt gilt allgemein der Frage, wie beim Fehlen einer konkreten Vereinbarung die vertragliche Beschaffenheit von Mieträumen einschließlich ihres Umfelds festzulegen ist (II). Der zweite Abschnitt gilt den Kriterien, die konkret zur Prüfung eines Umfeldmangels herangezogen werden (III), und im dritten Abschnitt soll, darauf aufbauend, die häufig so bezeichnete Bolzplatz-Entscheidung des BGH⁶ näher untersucht werden. Dort hat der BGH zu diesen Fragen grundlegende Aussagen getroffen.

II. Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit

Anknüpfungspunkt für die Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit ist § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Mietsache muss in all ihren Eigenschaften und Bezügen so beschaffen sein, dass sie den vertragsgemäßen Gebrauch ermöglicht.

1. Subjektiv-objektiver Mangelbegriff im Mietrecht

¹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Risiko> (Stand 18.01.2016).

² Vgl. etwa auf der Internetseite des Duden: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Milieu> (Stand 18.01.2016).

³ Ausführlich etwa auf der Internetseite

<http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/umfeldanalyse/umfeldanalyse.htm> (Stand 18.01.2016).

⁴ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 537 Rn. 3; Kraemer/ Ehlert in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, Rn. III 2788; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 537 Rn. 7; für das gewerbliche Mietrecht: Burbulla, Aktuelles Gewerbemietrecht, 1. Aufl. 2012, Störung der Geschäftsgrundlage § 313 BGB Rn. 10; BGH, Urt. v. 21.09.2005 – XII ZR 66/03 – NZM 2006, 54, 56, BGH, Urt. v. 19. 7. 2000 - XII ZR 176/98 – NJW-RR 2000, 1535, 1536; BGH, Urt. v. 16. 2. 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715.

⁵ Vgl. Kraemer/ Ehlert in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, Rn. III 2787; Gassemi-Tabar, NJW 2015, 2849, 2850.

⁶ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481.

Fraglich ist zunächst, wer die vertragsgemäße Beschaffenheit festlegt.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung findet sich gleichermaßen die Aussage, im Mietrecht gelte der subjektive Mangelbegriff. Damit ist gemeint, dass vorrangig die Parteien den jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch bestimmen.⁷ Die Parteien können konkrete Beschaffenheitsmerkmale der Mietsache oder auch den Vertragszweck festlegen. Der Vertragszweck kann allgemein mit Wohnen oder Gewerbe aber auch spezieller, etwa mit dem Betrieb einer Reinigung, vereinbart sein.

Beschaffenheitsvereinbarungen können ausdrücklich oder schlüssig getroffen werden. Die Voraussetzungen einer Vereinbarung sind die Gleichen wie im allgemeinen Vertragsrecht. Aus dem Verhalten der Parteien muss deutlich werden, dass eine bestimmte Beschaffenheit verbindlich gelten soll. Die einseitige Erklärung einer Seite reicht nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass die andere Seite in irgendeiner Form zustimmend reagiert.⁸

Für den Fall, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung im Mietrecht fehlt, hat die Rechtsprechung folgenden Satz herausgebildet: Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ BGB § 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt.⁹

Soweit diese Aussage methodisch begründet wird, wird sie der Vertragsauslegung oder der (ergänzenden) Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zugeordnet.¹⁰ Häufiger wird sie schlicht als allgemeiner Rechtssatz formuliert.¹¹

Bei näherer Betrachtung ergibt sich daraus eine Ergänzung zum subjektiven Mangelbegriff. Die treffende Bezeichnung wäre der subjektiv-objektive Mangelbegriff, der im Kaufrecht auch gesetzlich festgelegt ist. Der Rechtssatz, dass die Beschaffenheit der Mietsache unter Berücksichtigung des Nutzungszwecks nach der Verkehrsanschauung bestimmt werde, lehnt sich schon in der Formulierung an § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB an und entspricht inhaltlich genau dieser Regelung. Nach § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist die Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Diese Norm ist der Auffangtatbestand zur geschuldeten Beschaffenheit im Kaufrecht. Dort herrscht Einigkeit, dass es sich um eine objektive

⁷ Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Aufl. 2014, § 536 BGB Rn. 3; Börstinghaus, *jurisPR-BGHZivilR* 5/2014 Anm. 3; Ghassemi-Tabar, *NJW* 2015, 2849; ebenso (ohne Verwendung des Begriffs „subjektiver Mangelbegriff“) BGH, *Urt. v. 10.05.2006 – XII ZR 23/04 – NZM* 2006, 582, 583, Rn. 9; BGH, *Urt. v. 07.06.2006 – XII ZR 34/04 – NZM* 2006, 626, 627, Rn. 12.

⁸ BGH, *Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM* 2015, 481, 482, Rn. 20 und Leitsatz; BGH, *Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – NZM* 2013, 184, 185, Rn. 10; BGH, *Urt. v. 23.09.2009 – VIII ZR 300/08 – NZM* 2009, 855, 856, Rn. 14; BGH, *Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07 – NJW* 2009, 2807, Rn. 9 für das Kaufrecht.

⁹ BGH, *Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM* 2015, 481, 482, Rn. 18; BGH, *Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – NZM* 2013, 184, 185, Rn. 8; ähnlich bereits BGH, *Urt. v. 23. 9. 2009 - VIII ZR 300/08 – NZM* 2009, 855, 856, Rn. 11; BGH, *Urt. v. 10.05.2006 – XII ZR 23/04 – NZM* 2006, 582, 583, Rn. 10; BGH *Urt. v. 26.07.2004 – VIII ZR 281/03 – NZM* 2004, 736, 737; vgl. auch Lützenkirchen in: Lützenkirchen, *Mietrecht*, 2. Aufl. 2015 § 536 Rn. 85; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 12. Aufl. 2015, § 536 Rn. 20.

¹⁰ So Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Auflage 2014, § 535 BGB Rn. 290; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, *Mietrecht*, 2. Aufl. 2015 § 536 Rn. 85; vgl. auch BGH, *Urt. v. 10.05.2006 - XII ZR 23/04 – NZM* 2006, 582, 583.

¹¹ Vgl. etwa BGH, *Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – NZM* 2013, 184, 185, Rn. 8; BGH, *Urt. v. 23.09.2009 - VIII ZR 300/08 – NZM* 2009, 855, 856, Rn. 11.

Festlegung handelt, die subsidiär beim Fehlen einer Vereinbarung greift.¹² Nichts anderes gilt auch im Mietrecht, die Rechtslage ist im Ergebnis der zum Kaufrecht vergleichbar.¹³

2. Maßgebender Zeitpunkt bei Umfeldveränderungen

Zu klären ist weiter die zeitliche Komponente. Wann und bezogen auf welchen Zeitpunkt oder Zeitraum wird die vertragsgemäße Beschaffenheit festgelegt?

Im Mietrecht geht es um eine vertragsgemäße Leistung über einen langen Zeitraum, nämlich über die gesamte Mietdauer von der Überlassung bis zum Vertragsende. Damit wird entscheidend, ob der anfangs als vertragsgemäß vereinbarte Zustand auf Dauer unverändert bleiben muss oder ob er sich im Laufe der Mietzeit den Gegebenheiten anpasst.

Die Wortlautauslegung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gibt zu dieser Frage einen Hinweis. Nach der Norm hat der Vermieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in „diesem“ Zustand zu erhalten. Der Wortlaut – „diesem“ – deutet darauf hin, dass der vertragsgemäße Zustand während der Mietzeit im Grundsatz unverändert bleibt. Andernfalls hätte die Formulierung lauten müssen, der Vermieter habe die Mietsache in einem zu vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten. Hier hätte sich eine Bandbreite ergeben. Es wäre jeweils ein geeigneter Zustand geschuldet gewesen, der aber nicht immer derselbe, eben „dieser“ Zustand hätte sein müssen. Naturgemäß ist das ein schwacher Hinweis, zumal der Gesetzgeber nicht unbedingt Umfeldveränderungen im Blick hatte.

Für die Auslegung ist weiter die im Gesetz angelegte Systematik zu betrachten. Der geschuldete Gegenstand auf der einen Seite und die Miete auf der anderen Seite sind die Leistungen, die die Parteien wechselseitig für gleichwertig halten. Sie bestimmen das Äquivalenzverhältnis. Im Grundsatz lässt sich dieses Äquivalenzverhältnis nur auf einen bestehenden Zustand beziehen.¹⁴

Dem Äquivalenzverhältnis folgt systematisch das Minderungsrecht. Verringert sich die Leistung des Vermieters, verringert sich auch die Miete. Gebrauchsbeeinträchtigung und Minderung verhalten sich proportional. Das Gesetz verwendet zwar seit 2001 die Formulierung, der Mieter schulde während der Zeit, in der die Tauglichkeit gemindert sei, nur eine angemessen herabgesetzte Miete. Es besteht aber, soweit ersichtlich, Einigkeit darüber, dass mit der Minderung das Äquivalenzverhältnis gewahrt werden soll.¹⁵ Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Miete gemindert ist, hängt dann davon ab, in welchem Umfang das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Bestehen eines Mangels gestört ist.¹⁶ Auch dieses System ergibt im Grundsatz nur Sinn, wenn jede erhebliche (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB) negative Veränderung auf der Leistungsseite auch die Gegenleistung mindert. Preisbildend ist der aktuelle Zustand der Mietsache – auch die aktuelle Beziehung zu ihrer Umwelt – und nicht eine mögliche Veränderung.¹⁷

Systematisch ergibt sich ein weiteres Argument aus der Regelung in § 536 b BGB. Die Vorschrift schließt Gewährleistungsrechte aus, wenn der Mieter einen Mangel bei Vertragsschluss gekannt hat. Das gleiche gilt bei grob fahrlässiger Unkenntnis, wenn nicht

¹² Vgl. Westermann in: Münchener Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 434 BGB, Rn. 24; Pammler in: Herberger/Martinek/ Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 434 Rn. 10 und 69; OLG Jena (Thüringen), Urt. v. 23.10.2008 – 1 U 118/08 – „juris“, Rn. 18; OLG Hamm, Urt. v. 13.05.2003 – 28 U 150/02 – NJW-RR 2003, 1360; Boerner, ZIP 2001, 2264, 2266.

¹³ Vgl. Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849.

¹⁴ Vgl. Sonnenschein, NJW 1997, 1270, 1280 f.; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 535 Rn. 48.

¹⁵ Grundlegend, BGH, Urt. v. 10.10.2012 – XII ZR 117/10 – NZM 2013, 52, 54, Rn. 41, vgl. auch BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – NZM 2015, 618, 623, Rn. 62; BGH Urt. v. 15.12.2010 – XII ZR 132/09 – NZM 2011, 153, Rn. 12.

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2012 – XII ZR 117/10 – NZM 2013, 52, 5, Rn. 41.

¹⁷ Blank, WuM 2012, 175, 178.

der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat. Leichte Fahrlässigkeit schadet dem Mieter dagegen nicht. „Bei Vertragsschluss“ stellt auf einen singulären Zeitpunkt ab. Die Anwendung des § 536 b BGB funktioniert ohne Einschränkungen nur bei einem statischen Mangelbegriff. Der Mangel ist schon da, der Mieter könnte ihn erkennen, sieht aber nicht richtig hin. Bezieht man spätere Veränderungen dagegen in die vertragliche Beschaffenheit mit ein, findet § 536 b BGB erst gar keinen Anwendungsbereich. Auch der Mieter, der schuldlos eine mögliche künftige Veränderung nicht vorhersieht, müsste die volle Miete zahlen.¹⁸

Die Vermieterleistung, der zu gewährende Gebrauch, muss also nach der im Gesetz angelegten Systematik unverändert bleiben. Im Zweifel trifft den Vermieter das Risiko einer nachträglichen Tauglichkeitsminderung.¹⁹

Die Gesetzessystematik ist nicht das Endergebnis für jede Vertragsauslegung. Sie zeigt nur auf, welche Vorstellung dem gesetzlichen Mangelbegriff wohl zugrunde liegt. Die Parteien können etwas anderes vereinbaren. Die Vereinbarungslast trifft allerdings nach dieser Systematik zunächst den Vermieter. Er muss es in den Vertrag hineinbringen, wenn er eine Veränderung folgenlos toleriert wissen will.

3. Festlegung einer veränderlichen Beschaffenheit nach objektiven Kriterien

Führt man die ersten beiden Schritte zusammen, ergibt sich die Frage, ob auch nach den objektiven Kriterien – Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit nach Treu und Glauben und der Verkehrsanschauung – eine spätere Veränderung als vertragsgemäß festgelegt werden kann, wenn es denn an einer individuellen Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Hierbei sind bereits die Umfeldveränderungen gezielt zu betrachten, weil die Veränderung der Substanz selbst wohl unproblematisch als Mangel angesehen wird.

Es gibt zweierlei Aussagen. Die eine lautet, die geschuldete Beschaffenheit sei jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn die Parteien mit einer späteren Beeinträchtigung übereinstimmend nicht gerechnet hätten, so dass jegliche – auch schlüssige – Vereinbarung einer solchen veränderten Beschaffenheit von vornherein ausscheide.²⁰ Beeinträchtigungen, mit denen der Mieter nicht rechnen müsse, hätten als vertraglich ausgeschlossen zu gelten.²¹ Das Risiko einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit werde vom Gesetz dem Vermieter zugewiesen, insoweit komme eine ergänzende Vertragsauslegung mit dem gegenteiligen Ergebnis nicht in Betracht.²²

Entgegengesetzt entscheidet insbesondere der VIII. Zivilsenats des BGH. Entscheidungen zu Umfeldveränderungen enthalten dort den Satz, der Mieter könne nicht erwarten, dass ein bestimmter bei Vertragsschluss gegebener Zustand auf Dauer unverändert bleibe.²³ Diese Aussage leitet der BGH wohl aus der Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ab, indem er jeweils ausführt, der Mieter könne mangels anderweitiger Abreden eben nicht erwarten, dass der Zustand unverändert bleibe.²⁴

¹⁸ Näher Selk, NZM 2015, 855, 858.

¹⁹ Joachim, NZM 2009, 801, 808 unter V.1.

²⁰ So noch LG Hamburg, Urt. v. 26.06.2014 - 307 S 11/14 – „juris“, Tz. 13; (Berufungsentscheidung zu der „Bolzplatzentscheidung“ des BGH – Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481).

²¹ LG Braunschweig, Urt. v. 23.08.2011 – 1 U 68/10 – „juris“ Rn. 6.

²² Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849, 2850.

²³ Vgl. die Aussagen in: BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482, Rn. 21; BGH, Urt. v. 17.06.2009 – VIII ZR 131/08 – NZM 2009, 580, 581, Rn. 13; BGH, Urt. v. 23.09.2009 – VIII ZR 300/08 – NZM 2009, 855, 857, Rn. 17; ausführlich LG Heidelberg, Urt. v. 26.02.2010 – 5 S 95/09 – WuM 2010, 148, 149.

²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2009 – VIII ZR 300/08 – NZM 2009, 855, 857, Rn. 17; BGH, Urt. v. 17.06.2009 – VIII ZR 131/08 – NZM 2009, 580, 581, Rn. 13; ebenso LG Heidelberg, Urt. v. 26.02.2010 – 5 S 95/09 – WuM 2010, 148, 149.

Der so aufgestellte Rechtssatz hat zwei Konsequenzen:

Erstens: Nicht mehr der Zustand bei Vertragsschluss bestimmt das Äquivalenzverhältnis, sondern dieser oder eben ein schlechterer Zustand, der aber innerhalb eines Korridors liegt, den das Gericht nach den Kriterien Verkehrsanschauung sowie Treu und Glauben festlegt.

Zweitens: Die Vereinbarungslast wechselt auf die andere Seite. Sie trifft jetzt den Mieter. Der Mieter wird in den Fällen, in denen das Gericht eine eingetretene Veränderung als vertragsgemäß festlegt, mit einer Mängelrüge wegen dieser Veränderung nur noch gehört, wenn er jetzt seinerseits eine vorrangige Beschaffenheitsvereinbarung darlegen und im Streitfall beweisen kann. Jetzt muss also der Mieter eine Vereinbarung belegen, nach der die Fortdauer des bei Vertragsschluss vorhandenen Zustands maßgebendes Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch sei. Dazu reicht nun auf seiner Seite eine von ihm geäußerte Vorstellung nicht, der Vermieter muss vielmehr in irgendeiner Weise zustimmend reagieren.²⁵ Die Umkehrung der Vereinbarungslast ist die entscheidende Folge der BGH-Rechtsprechung, die in der vielfach kritisierten²⁶ sogenannten Bolzplatz-Entscheidung besonders deutlich geworden ist.

4. Stellungnahme

M.E. führt an einer Einzelfallbewertung kein Weg vorbei. Darüber besteht wohl im Grundsatz auch Einigkeit. Niemand kann erwarten, dass die Umwelt in jeder Kleinigkeit so bleibt wie sie ist. Wenn darüber nicht im Ansatz gesprochen und keine Vereinbarung getroffen wird, bedarf es einer nachträglichen Festlegung darüber, was noch als vertragsgemäß zu gelten hat. Die Anwendung dieses Grundsatzes muss sich aber in engen Grenzen halten. In der Bewertung jedes Einzelfalls ist zu berücksichtigen, dass nach dem Gesetz im Zweifel der Vermieter den vorgefundenen Zustand zu erhalten hat. Außerdem ist zu beachten, dass ein Gewährleistungsausschluss im Wohnraummietrecht gar nicht möglich ist (§ 537 Abs. 4 BGB), und dass im Gewerbemietrecht jedenfalls das Minderungsrecht durch AGB nicht ausgeschlossen werden kann.²⁷ Je weitreichender eine Verschlechterung – letztlich im Nachhinein – als noch vertragsgemäß bestimmt wird, desto mehr wird im Ergebnis zwingendes Gewährleistungsrecht zurückgedrängt. Selk hat das so formuliert: „Auslegung schlägt Mangel“.²⁸ Das beschreibt m.E. zutreffend die Gefahr einer nachträglichen durch das Gericht diktierten Wertung. Um dieser Gefahr zu begegnen, sollte es nach Ausschöpfung aller Wertungskriterien im Zweifel bei einer statisch festgelegten und beizubehaltenden Beschaffenheit bleiben.

III. Mangelkriterien bei Umfeldveränderungen

Im zweiten Teil sollen nun die wesentlichen Kriterien beleuchtet werden, die in der Rechtsprechung und im Schrifttum – je nach Fallgestaltung – herangezogen werden, um zu prüfen, ob ein mietrechtlicher Mangel vorliegt. Dabei wird die gängige Definition zum mietrechtlichen Mangelbegriff zugrunde gelegt, die auch die Möglichkeit von Umfeldmängeln schon berücksichtigt. Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit der Mietsache von der vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können.

²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482, Rn. 20; BGH, Urt. v. 23.09.2009 – VIII ZR 300/08 – NZM 2009, 855, 856, Rn. 14; BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – NZM 2013, 184, 185, Rn. 10.

²⁶ Vgl. etwa Föllner, Anm. zu BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – WuM 2015, 478 (=NZM 2015, 481) in WuM 2015, 485; Ghassemi-Tabar, NJW 2015, 2849; Lehmann-Richter IMR 2015, 310; Selk, NZM 2015, 855, 857 f.

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.04.2008 – XII ZR 62/06 – NZM 2008, 609, 610, Rn. 20 m.w.N; Lehmann-Richter, NZM 2012, 849, 853 f.

²⁸ Selk, NZM 2015, 855, 857; zur gleichen Problematik im Kaufrecht vgl. Tiedtke, Burgmann, NJW 2005, 1153 f. unter II. (dort zur Auslegung der Klausel „gebraucht wie besehen“ beim Verkauf gebrauchter Sachen).

Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit, d.h. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache. Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, sind nicht als Mängel zu qualifizieren.²⁹

Ausgangspunkt ist immer die vertragsgemäße Beschaffenheit, auch wenn sie konkret in vielen Entscheidungen gar nicht näher thematisiert wird. Die Untersuchung hier kann naturgemäß auch nicht vollzählig sein. In ihrer Vielgestaltigkeit und Überschneidung entziehen sich die einzelnen Wertungsargumente auch einer durchweg gültigen Systematisierung.

1. Berührungspunkt zur Mietsache

Das erste Kriterium ist ein irgendwie gearteter Berührungspunkt zur Mietsache. Berührungspunkt ist im weitesten Sinne gegenständlich gemeint und lässt sich durch Abgrenzung verdeutlichen. Berührungspunkte gibt es, wenn etwas auf die Räume einwirkt, also vor allem bei Immissionen. Berührungspunkte gibt es, wenn Vorschriften gerade den Räumen in ihrer gegenständlichen Substanz gelten, wie etwa bei einer Nachrüstspflicht mit Brandmeldern. Berührungspunkte gibt es immerhin auch, wenn es darum geht, ob die Mieträume zugänglich sind, ob also Mieter oder Besucher hinein- und hinauskommen.

Ein Berührungspunkt fehlt aber, wenn sich etwas nur im Umfeld der Räume abspielt, ohne dass es zu einer irgendwie gearteten Einwirkung auf die Räume kommt. Ebenso fehlt eine Berührung, wenn zwar das Wohnen oder das Gewerbe beeinträchtigt werden, das aber wiederum ohne Bezug zu den Räumen geschieht.

Diese Abgrenzung ist nicht naturgegeben. Sie ist Teil der Festlegung durch eine wohl ganz herrschende Verkehrsanschauung. Wenn die Welt sich verändert, die Mieträume davon aber ganz unbeeinflusst sind, rechnen die Veränderungen zum Lebensrisiko. Dass es sich gleichwohl um eine normative Festlegung handelt, zeigen einzelne Ausnahmen in diesem Bereich.

Fallgruppen. Zunächst ist der eigene Erfolg des Mieters zu nennen. Wenn die Erwartungen des Mieters an sein persönliches Schicksal oder seinen geschäftlichen Erfolg sich nicht erfüllen, realisiert sich sein eigenes Risiko,³⁰ ohne dass irgendein Bezug zur Mietsache herzustellen ist.

Etwas näher an die Beschaffenheit der Räume rückt das Leerstandsrisiko in der Gewerbemiete. Im Grundsatz gehört es zum wirtschaftlichen und damit persönlichen Risiko des Mieters.³¹ Die Gegend ist eben nicht so gut, zieht nicht so viel Kundschaft, wie der Mieter das erwartet hat. Das hat mit der Beschaffenheit der Räume nichts zu tun. Hier kann es aber bereits Ausnahmen geben, in denen auch nach der Verkehrsanschauung ein Betrieb in den Nachbarräumen Teil der geschuldeten Beschaffenheit ist. So hatte das OLG München einen Fall zu entscheiden, in dem Räume zum Betrieb einer Buchhandlung vermietet wurden. Die Räume befanden sich in einer Schaltherhalle. Als die Schalter geschlossen wurden, ging der Umsatz drastisch zurück. Es fand keinerlei Einwirkung auf die Mieträume statt, jeder

²⁹ BGH, Urt. v. 09.12.1970 – VIII ZR 149/69 – NJW 1971, 424, 425; BGH, Urt. v. 01.07.1981 – VIII ZR 192/80 – NJW 1981, 2405; später etwa BGH, Urt. v. 21.09.2005 – XII ZR 66/03 – NZM 2006, 54, 55, Rn. 19; BGH, Urt. v. 16.02.2000 XII ZR 279/97 – NZM 2000, 492, 493 unter II.2.a; BGH, Urt. v. 26.09.2012 – XII ZR 122/11 – NZM 2013, 27, 28, Rn. 19; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 Rn. 15; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 536 Rn. 74.

³⁰ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 14.11.1994 – 4 U 64/93 – „juris“, OLG Koblenz, Urt. v. 11.10.1988 – 3 U 520/87 – NJW-RR 1989, 400, 401 unter II.2. (dort lag nur der Sonderfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor); Ostermann, GuT 2003, 39 f.

³¹ BGH, Urt. v. 16.02.2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.06.2014 – 24 U 159/13 – ZMR 2015, 765, ... Rn. 26; OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.05.2010 – 24 U 195/09 – GuT 2003, 203 f.; LG Duisburg, Urt. v. 24.07.2013 – 26 O 10/13 – „juris“ Rn. 52; LG Braunschweig, Urt. v. 06.11.2009 – 8 O 856/09 – „juris“; näher Horst, MDR 2011, 1022, 1027.

gegenständliche Berührungspunkt fehlte. Dennoch hat das OLG gemeint, bei Vermietung in dieser Lage sei der entsprechende Schalterbetrieb im Umfeld Teil der vertraglichen Beschaffenheit.³²

Ebenfalls in die Gruppe fehlender Berührungspunkte gehören Fälle, in denen sich das soziale Umfeld ändert. Der BGH hat mehrfach ausgeführt, dass nach der allgemeinen Verkehrsanschauung im Zweifel kein bestimmtes Milieuniveau zu wahren ist.³³ Einer der Ausgangsfälle betraf eine medizinische Massagepraxis, deren Betreiber sich in ihrem Mietgebrauch beeinträchtigt sahen, als im gleichen Haus Räume an ein Massageinstitut vermietet wurden, bei dem es sich nach Behauptung der Mieter um einen bordellartigen Betrieb handelte. Der BGH unterstellte diese Behauptung als richtig, entschied aber, dass die Nachbarschaft nicht Teil einer geschuldeten Beschaffenheit sei. Die Grundaussage, dass Nachbarschaft zu tolerieren ist, solange sie nicht konkret stört, entspricht heute sicherlich der Verkehrsanschauung und nach heutigem Verständnis auch Treu und Glauben.³⁴ Eine Ewigkeitsgarantie hat das wiederum nicht. Vor ca. 100 Jahren besagte die seinerzeit wohl ganz herrschende Rechtsprechung, ein Mangel liege vor, wenn im gleichen Haus auch Prostituierte wohnen würden.³⁵

Die letzte große Gruppe in diesem Bereich sind Rechtsvorschriften, die sich nicht auf die Räume, sondern nur auf das persönliche Verhalten des Mieters, insbesondere auf seine gewerbliche Tätigkeit beziehen oder sich darauf auswirken. Das gilt von vornherein für alle Vorschriften, die persönliches Verhalten, persönliche Zuverlässigkeit, Qualifikationen als Anforderungen an den Mieter, etwa für eine bestimmte Gewerbeausübung regeln.³⁶ Einschlägig für das Gewährleistungsrecht sind nur Normen, die Vorgaben konkret an die Räume selbst aufstellen.³⁷

Beispiele, in denen der Bezug zur Mietsache fehlt, sind nachträglich eingeführte allgemeine Sperrstunden, die einen Gastronomiebetrieb unwirtschaftlich werden lassen. Dazu gehören Anordnungen zur zulässigen Lautstärke einer Diskothek. Dazu gehören aber vor allem die Nichtraucherschutzgesetze. Sie verbieten jedermann, in Gaststätten zu rauchen. Ausnahmen gibt es für Gaststätten, die bestimmte räumliche Voraussetzungen erfüllen. Das ist der abgetrennte Raucherraum in einer größeren Gaststätte. In einigen Ländern ist das Rauchen in besonders gekennzeichneten, sehr kleinen Ein-Raum-Gaststätten ebenfalls zulässig.

Der BGH hat den Bezug gesetzlicher Rauchverbote zu vermieteten Gaststättenräumlichkeiten in allen Fällen verneint.³⁸ Er hat dabei einerseits auf den Normadressaten abgestellt. Das Gesetz richte sich in erster Linie an die Besucher der Gaststätte. Außerdem gelte ein Nichtraucherschutzgesetz unterschiedslos für alle Gaststätten, so dass es schon deswegen keinen Bezug zu einer konkret gemieteten Gaststätte aufweisen könne. Es sei nicht auf die Beschaffenheit bestimmter Räume, sondern allein auf den Betrieb bezogen.³⁹ Das gelte einheitlich und damit auch für Mieträume, in

³² OLG München, Urt. v. 02.07.1999 – 21 U 2362/99 – NZM 2000, 189.

³³ BGH, Urt. v. 26.09.2012 – XII ZR 122/11 – NZM 2013, 27, 28, Rn. 21; BGH, Urt. v. 15.10.2008 – XII ZR 1/07 – NZM 2009, 124, 125, Rn. 26.

³⁴ Vgl. näher zu Prostitution im gleichen Haus: Lützenkirchen in Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 536 Rn. 176 m.w.N.

³⁵ Vgl. Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1909; S. 157 m.w.N. Fn. 5.

³⁶ Vgl. BGH; Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09 – NZM 2011, 727, Rn. 8; Joachim, ZIP 1991, 966, 970; Emmerich in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Auflage 2011, § 536 BGB Rn. 11.

³⁷ Vgl. allgemein: BGH, Urt. v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06 – GuT 2007, 434, 435 = BeckRS 2007, 19678 Rn. 12; Emmerich in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Auflage 2011, § 536 BGB Rn. 11; für die Gaststättenkonzession bereits RG, Urt. v. 19.03.1934 – IV 415/33 – RGZ 144, 176, 178; BGH, Urt. v. 22.06.1988 – VIII ZR 232/87 – ZIP 1988, 1197, 1199.

³⁸ BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09 – NZM 2011, 727; ebenso zuvor schon OLG Koblenz, Urt. v. 18.11.2009 – NZM 2010, 83; vgl. auch Staudinger/Volker Emmerich, (2014) § 536 BGB Rn. 22 m.w.N.

³⁹ BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09 – NZM 2011, 727, 728 Rn. 12.

denen der Vermieter grundsätzlich durch bauliche Nachrüstungen die Voraussetzungen für eine Raucherlaubnis der Gäste schaffen könne.⁴⁰

Gegenstimmen gibt es im Schrifttum. Gerade in Altverträgen über Kneipen gehöre nach der Verkehrsanschauung sowie Treu und Glauben auch die Ermöglichung des Rauchens zur geschuldeten Beschaffenheit, ebenso wie die Ermöglichung von Essen und Trinken. Das beziehe sich jedenfalls dann auf die Beschaffenheit der Räume, wenn eine solche Rauchmöglichkeit baulich (wieder) hergestellt werden könne.⁴¹

M.E. ist der BGH-Rechtsprechung zu folgen. Bei einer Festlegung der Beschaffenheit nach der Verkehrsanschauung müssen vergleichbare Verträge auch gleich behandelt werden. Bei der gebotenen einheitlichen Auslegung bleibt es dann dabei, dass generell der Bezug zur Gestaltung und Ausstattung der Räume fehlt, weil ein Rauchverbot unterschiedslos und unabhängig von der Beschaffenheit einzelner Gaststätten gilt.⁴² Normadressaten sind Besucher und Wirte, nur der Geschäftsbetrieb wird betroffen. Die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit kann bei gleichen Verträgen – Miete von Räumen zum Betrieb einer Gaststätte – nicht davon abhängen, ob nach nicht vorhersehbaren späteren Vorschriften konkret ein Raucherraum geschaffen werden kann oder ob das dann nicht möglich sein wird.

Für die Entscheidung, ob eine Norm die Beschaffenheit der Räume betrifft, kommt es immer auch auf die konkret vereinbarte Nutzung an. Werden Räume ausdrücklich zum Betrieb einer Apotheke vermietet, müssen die baulichen Voraussetzungen der Apothekenbetriebsordnung erfüllt werden.⁴³ Bei einer Verschärfung der baulichen Vorgaben an Apotheken werden die Räume mangelhaft, bis der Vermieter nachgerüstet hat.⁴⁴ Sieht der Vertrag nur auf eine Nutzung als „Ladenlokal“ vor, ohne dass der Betrieb einer Apotheke bei Vertragsschluss auch nur in Rede stand, fallen die gleichen Vorschriften in die Risikosphäre des Mieters.

2. Das Ausmaß der Störung

Das zweite Kriterium ist das Ausmaß einer Störung. Das setzt voraus, dass ein Berührungspunkt zum Mietgebrauch vorab bejaht ist. Ist das der Fall, kann Quantität kann in Qualität umschlagen. Kleinere Störungen gehören zum vertragsgemäßen Gebrauch, massive nicht. Als dogmatischer Ansatz wird dabei in der Regel das Merkmal der Unmittelbarkeit einer Beeinträchtigung gewählt. Allerdings gibt es Überschneidungen zum unerheblichen Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB. In jedem Fall geht es auch hier um wertende Festlegungen, die anhand einer vom Gericht so angenommenen Verkehrsanschauung und einer Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben erfolgen.

Fallgruppen. Die erste Fallgruppe bilden hier die Zugangsmängel.

Generell herrscht sicherlich Einigkeit, dass der Gebrauch der Mietsache überhaupt nicht gewährt wird, wenn dem Mieter der Zugang ganz unmöglich ist.⁴⁵ Ein Mangel, eben in Form eines Zugangsmangels, ist zu prüfen bei mehr oder minder starken Erschwernissen. Das betrifft wiederum in erster Linie die Gewerbemiete.

Häufige Aussage in der Rechtsprechung ist, dass der vertragsgemäße Gebrauch nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar beeinträchtigt werde, solange der Zugang im Grundsatz erhalten bleibe, sich nur die Menge potenzieller Kunden verringere.⁴⁶ Zugangerschwernisse

⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09 – NZM 2011, 727, 728 Rn. 17.

⁴¹ Vgl. Ghassemi-Tabar, Anm. zu BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09 – NZM 2011, 727 = NJW 2011, 3151 in NJW 2011, 3152, 3153.

⁴² Vgl. Paschke, NZM 2008, 265, 270.

⁴³ Vgl. KG Urt. v. 10.07.2003 – 8 U 9/03 – KGR Berlin 2004, 180 und „juris“; Saalfrank, NZM 2001, 971, 973.

⁴⁴ Vgl. etwa den Fall einer Nachrüstpflcht: VG Würzburg, Urt. v. 10.12.2014 – W 6 K 13.405 – „juris“.

⁴⁵ Vgl. Horst, MDR 2011, 1022, 1028.

⁴⁶ Vgl. OLG Rostock, Urt. v. 11.12.2008 – 3 U 138/08 – NZM 2009, 545 unter b; OLG Dresden, Urt. v. 24.10.2000 – 23 U 1660/00 – NZM 2001, 336, 337.

oder die baulich bedingte Änderung der Kundenströme, die zu Umsatzeinbußen führten, gehörten zum wirtschaftlichen Risiko des Ladenmieters.⁴⁷ Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Räume sei gegeben.

Es gibt aber Grenzen, die vom Ausmaß der Beeinträchtigung abhängen, also von Schwere und Dauer der Zugangshindernisse. Die Grenze zum Mangel wird nach der Rechtsprechung des BGH dann überschritten, wenn die Zugangsmöglichkeiten durch bauplanerische oder bauausführende Maßnahmen in der näheren Umgebung nachhaltig beeinträchtigt würden.⁴⁸ Der Begriff nachhaltig ist denkbar unscharf, ist aber wohl eine Umschreibung für den Satz „was zu viel ist, ist zu viel“. Welche Erschwernisse nachhaltig sind, bleibt einer Einzelfallbewertung überlassen.⁴⁹ Die Instanzgerichte stellen auf das Maß der Erschwernis und auf die Dauer der Maßnahme ab.⁵⁰

Begrifflich etwas undeutlich hat etwa das OLG Naumburg entschieden, eine erhebliche Erschwerung des Zugangs für fünf Monate sei eine „deutliche“ aber keine „schwerwiegende“ Beeinträchtigung, so dass nach fünf Monaten noch kein Minderungsrecht bestehe.⁵¹ Ähnlich hat das OLG Düsseldorf Zugangsbeschränkungen aufgrund regulärer Straßenbauarbeiten als jedenfalls unerheblich bewertet.⁵² Umgekehrt hat das OLG Dresden einen Mangel bejaht, als der Zugang zu einem Laden über „Monate und Jahre“ nur noch über Holzsteige möglich war und der Platz über die gesamte Zeit zur „Baugrube“ wurde.⁵³

Diese Entscheidungen sind Beispiele dafür, dass letztlich mit einer eher frei gewählten Anknüpfung eine Bewertung erfolgt, ob die Beeinträchtigungen nach Auffassung des Gerichts so gravierend sind, dass der Vermieter zum Ausgleich mit herangezogen wird. Die Begrifflichkeiten wechseln und spielen für das Ergebnis keine Rolle.

Wann Quantität in Qualität umschlägt, hängt zusätzlich auch hier von einem vertraglich konkret vorgesehenen Verwendungszweck ab. Ein Beispiel dafür ist eine Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 2007. Dort war ein Laden speziell zum Betrieb eines Souvenirgeschäfts angemietet worden. Das Kammergericht bejahte einen Mangel, als das Geschäft nur noch durch einen Durchgang in einer Baustelle erreichbar war und die Sicht auf das Geschäft durch Baucontainer und Bauzäune eingeschränkt wurde. Zum Betrieb eines Souvenirgeschäfts gehöre es entscheidend, dass Verkaufsstände auf dem Bürgersteig aufgestellt würden, um Passanten zu interessieren und dass ein solches Geschäft von Touristen im Vorbeigehen aufgesucht werde.⁵⁴ Ähnlich ein Hinweis des BGH, dass der Wegfall von Parkplätzen in direkter Nachbarschaft für ein Wäschegeschäft keine unmittelbare Beeinträchtigung bedeute, während das bei einem Getränkemarkt durchaus anders sein könne.⁵⁵

In der Sache wird die Abgrenzung schwierig, wenn bei der „Dauer der Zugangerschwerne“ gleich über Monate geredet wird. Das mietrechtliche Minderungsrecht sieht die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses jeweils für den Zeitabschnitt der Gebrauchsbeeinträchtigung vor. Wenn erhebliche Zugangerschwerne aus Bauarbeiten für drei Monate als „nicht nachhaltig“ gewertet werden, aber im vierten Monat die Grenze zur nachhaltigen (oder erheblichen) Beeinträchtigung fällt, ist die Höhe des Minderungsrechts schwer zu bestimmen. Entweder kann der Mieter jetzt rückwirkend für alle Monate mindern oder aber er kann erst ab dem vierten Monat mindern. Beides führt zu Widersprüchen. Bei einer

⁴⁷ Horst, MDR 2011, 1022, 1028;

⁴⁸ BGH, Urt. v. 01.07.1981 – VIII ZR 192/80 – NJW 1981, 2405 unter II.2.

⁴⁹ Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 11.12.2008 – 3 U 138/08 – NZM 2009, 545; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.02.2015 – 2 U 174/14 – NZM 2015, 542.

⁵⁰ Vgl. etwa LG Berlin, Urt. v. 17.04.2012 – 65 S 181/11 – BeckRS 2013, 02277.

⁵¹ OLG Naumburg, Urt. v. 27.03.2001 – 9 U 211/00 – GuT 2002, 14.

⁵² Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.11.1997 – 24 U 261/96 – NZM 1998, 481.

⁵³ OLG Dresden, Urt. v. 18.12.1998 – 5 U 1774/98 – NZM 1999, 317; vgl. dazu Buch, NZM 2000, 693, 694.

⁵⁴ KG, Urt. v. 12.11.2007 – 8 U 194/06 – NZM 2008, 526, 527.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 16.02.2000 – XII ZR 279/97 – NZM 2000, 492, 493 f.

Rückwirkung könnte der Mieter nur hoffen, dass die Bauarbeiten noch drei Tage über den nächsten Monatsersten hinaus andauern, dann hätte er sofort einen hohen Rückforderungsanspruch. Bei einer Wirkung erst ab dem vierten Monat ist nicht einsichtig, weshalb jetzt die gleiche Beeinträchtigung eine Minderung rechtfertigt, während sie in den vorausgegangenen Monaten ausgleichslos zu dulden war.

Die zweite Fallgruppe, in der Quantität in Qualität umschlägt, sind Lärmbelästigungen insbesondere durch Baustellenlärm. Lärmimmissionen geben dem Mieter Gewährleistungsrechte, wenn sie ein bestimmtes Maß überschreiten.⁵⁶ Im Einzelfall gilt das sogar für Lärmbelästigungen, die dem Grunde nach bei Vertragsschluss vorhersehbar waren und die deswegen – jedenfalls nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁷ – zur vertraglichen Beschaffenheit gehörten. Auch sie können in ihrem Ausmaß so gravierend werden, dass doch die Bandbreite des Vertragsgemäßen verlassen wird.⁵⁸ Es ist wieder eine Wertung, dass unerträgliche Belastungen dann eben doch zum Mangel führen. Das Umschlagen von Quantität in Qualität gilt nicht nur für Baustellenlärm, sondern im Kleinen auch für Lärmbelastungen aus der Nachbarschaft, etwa durch krähende Hähne oder durch das permanente Läuten von Kuhglocken.⁵⁹

3. Einheitliche Wertungen in der Rechtsordnung

Das dritte Kriterium lässt sich grob vereinfacht unter dem Oberbegriff Einheitlichkeit der Rechtsordnung fassen. Hier werden verfassungsrechtliche oder auch einfachgesetzliche Wertungen des öffentlichen Rechts in die Auslegung der geschuldeten Beschaffenheit oder die Prüfung einer Beeinträchtigung hineingezogen.

Diese Form der Rechtsfindung ist in der Auslegung von Gesetzen üblich. Sie ist dort vor allem bekannt aus dem Institut der Drittwirkung von Grundrechten. Gesetzliche Wertungen in die Auslegung eines privatrechtlichen Vertrags hineinzuziehen, ist zwar problematischer, weil die Parteien nicht die gleichen Ziele wie der Gesetzgeber verfolgen müssen. Die allgemeine Verkehrsanschauung als Auslegungskriterium entspricht ihrerseits nicht notwendig einem gesetzlichen Plan. Jedenfalls unter dem Oberbegriff Treu und Glauben können aber auch in die Vertragsauslegung gesellschaftliche Ziele einbezogen werden, über die politisch weitgehend Konsens herrscht oder die sogar im öffentlichen Recht schon ihren Niederschlag gefunden haben.

Konkret geht es überwiegend um Lärmbelästigung. Besonders instruktiv sind Prozesse um Kinderlärm. Gesellschaftlich ist es weitgehend Konsens, dass den Betroffenen Toleranz abverlangt werden kann, um das Ziel eines kinderfreundlichen Deutschlands zu erreichen. Seit 2011 findet sich ein solches Toleranzgebot gegenüber Kinderlärm im öffentlichen Recht auch im Gesetz (§ 22 Abs. 1 a BImSchG).⁶⁰ Das Mietrecht greift diese Vorstellung auf. Es ist wohl ganz herrschende Meinung, dass Kinderlärm in weiterem Ausmaß zu tolerieren ist als sonstiger Lärm.⁶¹ Für die Risikoverteilung bedeutet das: spielende Kinder in der

⁵⁶ Blank, MDR 2015, 1114, 1115; näher Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 114 ff.; LG Berlin, Urt. v. 31.10.1988 – 62 S 1/88 – Grundeigentum 1989, 93.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12 – NZM 2013, 184; ebenso AG Frankfurt, Urt. v. 23.09.2004 – 33 C 1747/04 – NZM 2005, 217; AG Lichtenberg, Urt. v. 24.11.2011 – 9 C 143/11 – Grundeigentum 2012, 68 und „juris“; LG Berlin, Beschl. v. 05.04.2012 – 63 S 592/11 – Grundeigentum 2012, 833 und „juris“; LG Berlin, Urt. v. 17.03.2009 – 63 S 397/08 – Grundeigentum 2009, 847, 848 und „juris“; OLG München, Urt. v. 26.03.1993 – 21 U 6002/92 – NJW-RR 1994, 654; gegen die „Baulückenrechtsprechung“ insbesondere Blank, MDR 2015, 1114, 1116 m.w.N.

⁵⁸ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 11.02.2015 – 2 U 174/14 – NZM 2015, 542; AG Frankfurt, Urt. v. 02.11.2011 – 33 C 2424/11 – NJW-RR 2012, 591;

⁵⁹ Vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 149 m.w.N.

⁶⁰ Vgl. Entwurfsbegründung zu § 22 Abs. 1 a BImSchG, BT-DS 17/4836, S. 4.

⁶¹ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 15.03.2011 – 65 S 59/10 – Grundeigentum 2011, 752 und „juris“ Rn. 18; AG Wiesbaden, Urt. v. 13.04.2011 – 92 C 3781/07 (13) – WuM 2012, 200, 201; AG Frankfurt, Urt. v. 13.03.2009 – 33 C 2368/08 – WuM 2009, 226; AG Hamburg-Bergedorf, Urt. v. 11.11.2008 – 409 C 285/08 – ZMR 2009, 292 und „juris“

Nachbarschaft, etwa auf Spielplätzen oder Schulhöfen gehören zum vertragsgemäßen Gebrauch, auch wenn die Errichtung des Spielplatzes bei Mietbeginn noch nicht absehbar war.⁶²

IV. Kriterien und Grundsätze der „Bolzplatz-Entscheidung“

Die Kriterien, die zur Unterscheidung zwischen Mangel und Lebensrisiko herangezogen werden, sind damit nicht abschließend dargestellt. Gerade weil es sich um Wertungen handelt, wird sich vorhersehbar auch die Rechtsprechung weiter fortentwickeln oder auch ändern können. Aktuell enthält die sog. Bolzplatz-Entscheidung des BGH⁶³ neue Kriterien, die in die drei genannten Gruppen nicht hineinpassen würden. Zugleich finden sich dort auch geradezu exemplarisch die grundlegenden Aussagen zur Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit wieder.

Die Bolzplatzentscheidung betraf, soweit hier von Interesse, folgende Fallkonstellation:

Der Mietvertrag stammt aus dem Jahr 1993. An die Terrasse der Mietwohnung grenzte damals ein Schulgelände an. Die Stadt Hamburg baute auf diesem Gelände 17 Jahre später, also 2010 einen Bolzplatz. Die Einfriedung erfolgte durch hohe Metallzäune. Nach dem Schild am Eingang darf der Platz von montags bis freitags jeweils bis 18.00 Uhr benutzt werden, das auch nur von Kindern im Alter bis zu 12 Jahren. Die beklagten Mieter behaupten, der Platz werde auch von älteren Jugendlichen benutzt, das auch nach 18.00 Uhr und an den Wochenenden. Wegen der Lärmbelästigung, vor allem des Lärms durch Schüsse gegen den Metallzaun,⁶⁴ minderten sie die Miete. Das Landgericht hielt die Minderung für berechtigt.

Der BGH verwies zurück.

Die Entscheidung enthält – hier abgekürzt – folgende Argumentation:

1) Der Mieter könne nicht erwarten, dass die zu Mietbeginn gegebenen Umweltbedingungen während der gesamten Dauer des Mietvertrags unverändert bleiben würden.⁶⁵ Der BGH rügt ausdrücklich die entgegengesetzte Aussage des Berufungsurteils.⁶⁶

2) Es bedürfe einer zumindest konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wenn der Mieter die Fortdauer des anfänglichen Zustandes als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch ansehe.⁶⁷

Mit diesen Aussagen erfolgt die im ersten Teil dargestellte Verschiebung der Vereinbarungslast, indem eine nicht absehbare Veränderung schon mit in die vertragsgemäße Beschaffenheit hineingezogen wird und daraufhin der Mieter eine Vereinbarung treffen müsste, wenn er den anfänglichen Zustand beibehalten wissen will.

Der Fall zeigt dabei besonders deutlich die Problematik auf, dass kaum jemand eine absichernde Beschaffenheitsvereinbarung gegen eine mögliche Verschlechterung treffen wird, wenn er diese Verschlechterung weder vorher sieht noch vorhersehen kann. Niemand konnte 1993 vorhersehen, dass 2010 ein Bolzplatz mit Metallzäunen errichtet werden würde. Eine Umgebung mit Schule und Schulhof wirkt endgültig.

(dort: Rn. 14); Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 129 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁶² Vgl. LG Berlin, Urte. v. 15.03.2011 – 65 S 59/10 – Grundeigentum 2011, 752 und „juris“ (dort: Rn.20).

⁶³ BGH, Urte. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481.

⁶⁴ Vgl. dazu die Gründe der Berufungsentscheidung LG Hamburg, Urte. v. 26.06.2014 – 307 S 11/14 – „juris“, Rn. 12.

⁶⁵ BGH, Urte. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482, Rn. 21.

⁶⁶ BGH, Urte. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482, Rn. 19.

⁶⁷ BGH, Urte. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482, Rn. 20.

3) Der BGH wiederholt ausdrücklich, dass der vertragsgemäße Gebrauch unter Berücksichtigung der beabsichtigten Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben festzulegen ist, wenn eine konkrete Parteiabrede fehlt.⁶⁸ Hier findet sich wieder die Entsprechung zum subjektiv-objektiven Mangelbegriff des § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Damit kann auch die veränderliche Beschaffenheit nach Kriterien, die der BGH für eine grundlegende Wertung aufstellt, gefunden werden.

4) Unter den einzelnen Kriterien greift der BGH die Einheit der Rechtsordnung als wesentliches Element auf. Insoweit befasst sich auch diese Entscheidung mit der Privilegierung von Kinderlärm, der von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgeht (§ 22 Abs. 1 a BImSchG).⁶⁹ Der BGH bejaht im Grundsatz eine mögliche Ausstrahlung dieser Wertung auf privatrechtliche Regelungen im Mietrecht, verweist aber auch darauf, dass hier die Abgrenzung zwischen einem Spielplatz im Sinne des § 22 Abs. 1 a BImSchG und einer sonstigen Freizeiteinrichtung erst zu finden wäre.⁷⁰ Ein Bolzplatz, der mehrheitlich von Jugendlichen und jungen Erwachsenen genutzt wird, ist nicht privilegiert.⁷¹

5) Schließlich findet der BGH Kriterien, deren Anwendung bislang zumindest nicht verbreitet war.

Das erste Kriterium ist die Frage einer Beherrschbarkeit des Risikos. Der BGH meint, der Vermieter wolle jedenfalls im Bereich der Geräuschmissionen erkennbar nicht ein Beschaffungsrisiko übernehmen, das er von vornherein nicht beherrschen könne. Das sei ihm auch nach Treu und Glauben nicht zuzumuten.⁷²

Dieses Kriterium erscheint problematisch. Der BGH verweist auf entsprechende Wertungen im allgemeinen Schuldrecht, konkret auf die Auslegung des § 276 BGB. Wer infolge der Übernahme eines Beschaffungsrisikos die Nichtleistung zu vertreten habe, müsse nur für typische Beschaffungshindernisse haften.⁷³ Die Übernahme eines Beschaffungsrisikos schließe deshalb, so der BGH, insbesondere die Berücksichtigung des unvorhergesehenen Eintritts höherer Gewalt oder ähnlicher Umstände nicht aus, welche nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Verlangen des Gläubigers nach uneingeschränkter Leistung als unbillig und ungerechtfertigt erscheinen ließen.⁷⁴

Die Wertungen entnimmt der BGH aus den Materialien, der Rechtsprechung und der Kommentierung zu § 276 BGB.⁷⁵ Diese Vorschrift regelt aber das Vertretenmüssen. Die Frage des Vertretenmüssens kann sich denklogisch nur stellen, wenn eine Leistung nicht oder nur mangelhaft erfolgt. Sie setzt also gerade eine unzureichende Leistung zwingend voraus. Deswegen deckt es sich nicht mit der gesetzlichen Systematik, wenn aus den Wertungen zum Nichtvertretenmüssen der Schlechtleistung abgeleitet wird, dass die Leistung dann eben doch nicht schlecht ist. Die Bolzplatz-Entscheidung enthält m.E. gerade diesen Gedankengang. Sie bezieht sich auf eine Wertung, die dem Vertretenmüssen einer nicht erbrachten oder mangelhaften Leistung gilt und leitet daraus ab, dass gleich die Leistung selbst vertragsgerecht sei.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 482 f., Rn. 23.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 483 Rn. 27.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 483 Rn. 26.

⁷¹ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 483 Rn. 25.

⁷² BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485 Rn. 42.

⁷³ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 484, Rn. 38.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 484, Rn. 38.

⁷⁵ Verweise auf BT-Drucks. 14/6040, S. 132; Grundmann in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 276 BGB Rn. 179; BGH, Urt. v. 12.07.1972 – VIII ZR 200/71 – NJW 1972, 1702, 1703; BGH, Urt. v. 01.12.1993 – VIII ZR 259/92 – NJW 1994, 515, 516.

Der darin liegende systematische Bruch zeigt sich auch an der Betrachtung der Rechtsfolgen. Die Frage der Beherrschbarkeit eines Risikos stellt sich im Schadensersatzrecht.⁷⁶ Ein Gläubiger, der Nichtleistung oder Schlechtleistung nicht zu vertreten hat – auch weil die Gründe jenseits des typischen Beschaffungsrisikos liegen – schuldet keinen Schadensersatz. Er verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung. Geregelt ist das in § 326 BGB. Das Äquivalenzverhältnis bleibt gewahrt. Nach der Systematik der §§ 276 ff und §§ 323 ff BGB behält niemand den Anspruch auf seine Gegenleistung, nur weil er „beim besten Willen nichts dafür kann“, dass er nicht oder schlecht leistet.

Außerdem stellt der BGH auf eine ergänzende Vertragsauslegung ab, indem er fragt, was die Parteien denn redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie diese Veränderung bedacht hätten. In der Beantwortung bezieht er sich aber wieder auf das allgemeine Schuldrecht und führt aus, die Parteien hätten keine Erhaltungspflicht vorgesehen, deren Einhaltung zumindest wirtschaftlich im Sinne des § 275 Abs. 1 und 2 BGB unmöglich sei.⁷⁷ Hier liegt m.E. wieder die gleiche Vermischung vor. Daraus, dass eine Leistung aus nicht vorhersehbaren Gründen unmöglich werden kann, lässt sich ableiten, dass dann die Leistungspflicht erlischt. Der Leistungsgegenstand kann aber nicht mit dieser Begründung als dann eben vertragsgemäß definiert werden.

Vor diesem Hintergrund wird auch der Einstieg des BGH in die Anwendung des § 906 BGB als neues Kriterium problematisch. Auf eine Duldungspflicht des Vermieters i.S. einer Beherrschbarkeit des Risikos kann es für die Bestimmung des Leistungsgegenstandes systematisch nicht ankommen. Der XII. Senat hatte – ebenfalls zu Lärmbeeinträchtigungen – noch 2008 genau entgegengesetzt ausgeführt, der Mieter könne selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfüge.⁷⁸

Fraglich ist nun, ob § 906 BGB nicht aus anderen Erwägungen heraus – jenseits des Problems der Beherrschbarkeit – als ein neues Wertungskriterium in die Festlegung einer geschuldeten Beschaffenheit mit einzubeziehen ist. Der BGH stellt ergänzend auf eine Ausstrahlungswirkung des einen auf den anderen Regelungsbereich ab.⁷⁹ Der Mietgebrauch nehme an der so bezeichneten „Situationsgebundenheit“ des Grundstücks teil.⁸⁰ Diese Aussage ist aber m.E. ebenfalls problematisch. Die beiden Regelungsgebiete gelten unterschiedlichen Interessenkonflikten. Bei § 906 BGB ist es die sachenrechtliche Abgrenzung der Eigentümerbefugnisse verschiedener Grundstückseigentümer. Bei §§ 535, 536 BGB sind es vertragliche Rechte und Pflichten aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner willentlich geschlossenen Vertrag mit einem individuell bestehenden Leistungsprogramm.

Mit dem Rechtsgedanken einer sachenrechtlichen Norm wird hier in das schuldrechtliche Äquivalenzverhältnis eingegriffen.⁸¹ Der Gesichtspunkt einheitlicher Wertungen kommt dafür nicht in Betracht. § 906 grenzt rechtmäßige von rechtswidrigen Einwirkungen zwischen Eigentümern ab,⁸² nicht vertragsgemäß und vertragswidrig nach schuldrechtlichen Absprachen von Vertragsparteien. Es fehlt auch an einer Gesetzeslücke für eine Analogie, denn § 536 BGB regelt den Fall unverschuldeter Gebrauchsbeeinträchtigung erschöpfend. Allgemein kann auch nicht gesagt werden, es stelle eine unzulässige Rechtsausübung des Mieters dar, wenn er Minderung verlangt, obwohl der Vermieter für den von einem Dritten

⁷⁶ Vgl. etwa für die Haftung des Werkunternehmers: Wolf, ZIP 1998, 1658, 1662.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485, Rn. 42.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 23.04.2008 – XII ZR 62/06 – NZM 2008, 609, 610, Rn. 20.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485, Rn. 43; ähnlich Schach, jurisPR-MietR 12/2014 Anm. 2 unter C.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485, Rn. 43; ebenso etwa Horst, MDR 2011, 1022, 1024.

⁸¹ Vgl. Föllner, Anm. zu BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481 = WuM 2015, 478 in WuM 2015, 485, 486.

⁸² Vgl. BGH, Urt. v. 02.03.1984 – V ZR 54/83 – NJW 1984, 2207.

verursachten Mangel keinen Schadensausgleich erlangen kann.⁸³ Diese letzten Argumente stammen aus einer Rechtsentscheidung zu dieser Frage, die das BayObLG 1987 erlassen hat.⁸⁴ Es wäre wünschenswert gewesen, wenn die BGH-Entscheidung, die jetzt eine „Ausstrahlungswirkung“ bejaht, sich mit diesen Argumenten auseinandergesetzt hätte.

Problematisch wird die Übertragung auch in den Fällen des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB. Das sind die Fälle der wesentlichen Beeinträchtigungen, die der Eigentümer zu dulden hat, für die er aber seinerseits einen Ausgleich verlangen kann. In der Bolzplatz-Entscheidung heißt es, im Falle einer Duldungspflicht gegen Entschädigung wäre die Verständigung der Mietparteien hypothetisch dahin gegangen, dass sich ein sachenrechtlich bestehender Ausgleichsanspruch in einer adäquaten Minderung der vereinbarten Miete hätte niederschlagen müssen.⁸⁵ Die „adäquate“ Minderung wird nicht näher eingegrenzt. Das wäre auch schwierig. Evtl. ist damit gemeint, dass der Eigentümer die Entschädigung an den Mieter – nun als Minderung – durchreicht aber kein zusätzliches Minderungsrisiko zu tragen hat. Der Mieter nähme an der Situationsgebundenheit des Grundstücks teil. Die Minderungshöhe unabhängig von der konkreten Miethöhe mit dem festen Entschädigungssatz des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB festzuschreiben, wäre aber wiederum mit dem Äquivalenzverhältnis nur schwer zu vereinbaren. Also müsste die Miethöhe eine Rolle spielen. Es wäre aber auch ein seltsames Ergebnis, wenn der Vermieter bei einer niedrigen Ausgangsmiete nur ein Teil der Entschädigung als Minderung wirtschaftlich weiterleitet und im Übrigen aus den Immissionen, unter denen der Mieter leidet, einen zusätzlichen Gewinn erzielt. Das ginge über die Teilnahme an der Situationsgebundenheit des Grundstücks doch hinaus.

Der XII. Senat hat in der schon genannten Entscheidung aus dem Jahr 2008, die allerdings einer AGB-Kontrolle galt, ausgeführt, die Grenze der Zumutbarkeit i.S. von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB beurteile sich nicht nach mietrechtlichen Vorschriften. Schon deshalb entsprächen die nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auszugleichenden Beeinträchtigungen nicht ohne weiteres dem Umfang des Minderungsrechts.⁸⁶ Das muss m.E. auch in der Umkehrung gelten: der Umfang des Minderungsrechts entspricht nicht ohne weiteres dem nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zu leistenden Ausgleich. Die vom BGH angenommene Einbindung des Mieters in das sachenrechtliche Gefüge ist danach systematisch m.E. schwer begründbar und würde in den Fällen des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auch zu Widersprüchen führen.

V. Schlussbemerkung

Zu der Bolzplatz-Entscheidung hätte man sich in der Summe eine etwas längere Begründung gewünscht, die sich mit den Argumenten der bisher ganz herrschenden Gegenauffassung konkret auseinandersetzt. Die Ausstrahlung sachenrechtlicher Regelungen auf schuldrechtliche Verträge ist ebenso zu hinterfragen wie die Festlegung der geschuldeten Leistung mit Wertungen zum Vertretenmüssen einer Nichtleistung.

Umgekehrt lässt sich sicher nicht sagen, die Entscheidung sei im Ergebnis unvertretbar oder gar in einer absoluten Betrachtung falsch. Sie beinhaltet schlicht rechtliche Bewertungen und bildet darin den vorläufigen Endpunkt einer Entwicklung. Seit etwa 2009 weist vor allem der VIII. Senat des BGH in der Tendenz das Risiko von Umfeldveränderungen eher dem Mieter zu. Die Aussage, der Mieter dürfe keine unveränderten Verhältnisse erwarten, ist dafür die Basis. Die aktuelle Entscheidung berücksichtigt in der konkreten Bewertung dann verstärkt die Perspektive des Vermieters, dem die Übernahme eines Risikos billigerweise nicht zugemutet werden soll,⁸⁷ während die gleiche Zumutung für den Mieter nicht thematisiert

⁸³ BayObLG, RE v. 04.02.1987 – RE-Miet 2/86 – MDR 1987, 498, 499.

⁸⁴ BayObLG, RE v. 04.02.1987 – RE-Miet 2/86 – MDR 1987, 498.

⁸⁵ BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485 Rn. 42.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 23.04.2008 – XII ZR 62/06 – NZM 2008, 609, 610, Rn. 22.

⁸⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14 – NZM 2015, 481, 485, Rn. 43.

wird.⁸⁸ Die zunehmende Ausdehnung der hinzunehmenden Veränderungen ergibt – für Umfeldveränderungen – m.E. bereits ein neues rechtliches Gebäude zum Gewährleistungsrecht in der Miete.

⁸⁸ Vgl. Lehmann-Richter, IMR 2015, 310.