

Ist die Mietminderung noch kalkulierbar?

Norbert Eisenschmid

Es ist in diesem Kreise bekannt, dass der BGH den Luxus unterhält, für einen bestimmten Vertragstypus zwei Senate zu beschäftigen. So ist der VIII. Zivilsenat u.a. für das gesamte Wohnraummietrecht zuständig und der XII. Zivilsenat befasst sich mit dem Gewerberaummietrecht. Da kann es schon einmal vorkommen, dass ein Senat zu einem bestimmten Rechtsproblem Entscheidungen trifft und der andere Senat keine Position beziehen kann, weil bei ihm Revisionen zu diesem Rechtsproblem nicht rechtshängig sind. Ich möchte Ihnen heute drei Entscheidungen des VIII. Zivilsenats vorstellen, die zur Mietminderung bei Umfeldmängeln von der bislang herrschenden Meinung deutlich abweichen, so dass es nicht selbstverständlich erscheint, dass der XII. Zivilsenat dieser Rechtsauffassung folgen wird.

1) Urteil vom 23.9.2009 – VIII ZR 300/08 – Lärm im Innenhof

Die klagenden Wohnungsmieter sind seit über 30 Jahren Mieter der von der beklagten Vermieterin überlassenen Wohnung, die sich im 4. Obergeschoss eines in der Innenstadt gelegenen Wohn- und Geschäftshauses befindet. Vermietet wurden 3 Zimmer, 1 Küche, 1 Flur, 1 Bad ... sowie eine Kammer. Zur Innenseite des Gebäudes befindet sich ein Lichthof, auf den die Flur-, Bad- und Küchenfenster der Wohnung hinausgehen. Vom Flur aus führt eine Tür auf eine mit einem Geländer umgebene Plattform, die im Mietvertrag nicht erwähnt wird.

Zur Zeit des Einzuges wurde im Erdgeschoss des Hauses eine Bankfiliale betrieben. Nunmehr dienen die Geschäftsräume zum Betrieb eines Fischrestaurants. Zu diesem Zweck wurde eine Kühlungs- und Lüftungsanlage errichtet, deren Zu- und

Abluftkamine durch den Lichthof nach oben auf eine Höhe über Dach geführt wurde. Die Kamine verursachen Abluftgeräusche. Die Wohnungsmieter sehen sich daher in der Gebrauchstauglichkeit der Wohnung sowie insbesondere in der Nutzung der Plattform als Dachterrasse erheblich beeinträchtigt und klagen u.a. auf Feststellung eines Rechts zur Minderung. Das Berufungsgericht hatte dem Antrag entsprochen, da es die durch die Abluftgeräusche verursachte Störung als erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung ansah. Zwar wurde im Laufe des Verfahrens festgestellt, dass die Grenzwerte der TA-Lärm für den Innenraum auch bei geöffnetem Fenster nicht überschritten wurden. Dennoch hat das Berufungsgericht den bei geöffnetem Fenster gemessenen Geräuschpegel als erheblich und als Dauergeräusch nicht hinnehmbar angesehen. Dieser Auffassung hat sich der VIII. Zivilsenat des BGH nicht angeschlossen.

a) Beschaffenheitsvereinbarung für Terrassennutzung

Die Entscheidung betrifft keinen typischen Fall und weist daher Besonderheiten auf. Es war zunächst zu klären, ob die Nutzung der Plattform vereinbart war, also zum vertragsgemäßen Gebrauch gehörte. Nur dann könnte die Beeinträchtigung ihrer Nutzung einen Mangel darstellen. Grundsätzlich gelten Balkon und Terrassen als mitvermietet, wenn sie von der Wohnung aus zugänglich sind (AG Berlin-Köpenick, Ur. v. 18.07.1996 - 2 C 48/96 - MM 1997, 410; AG Eschweiler, Ur. v. 19.05.1994 - 5 C 114/94 - WuM 1994, 427). Das anerkennt auch der Senat. Er hebt aber hervor, dass die mitvermietete Plattform von ihrer Funktion her nicht als Balkon oder Terrasse ausgelegt gewesen sei und im Übrigen die Mietvertragsurkunde zur Art der Nutzung keine Aussagen getroffen habe. Daher sei durch Vertragsauslegung zu klären, ob und in welchem Umfang eine Nutzung der Plattform vereinbart gewesen sei. Der Senat hat aus der Lage der Plattform im Lichthof geschlossen, dass ohne besondere Abrede eine Terrassennutzung nicht vereinbart gewesen sei. Insbesondere hat er nicht feststellen können, dass sich die Parteien konkludent auf eine Terrassennutzung festgelegt hätten.

Damit hat der Senat eine entscheidende Weichenstellung vorgenommen. Für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung reiche es seiner Ansicht nach nicht aus, dass der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringe. Erforderlich sei vielmehr, dass der Vermieter auf das Ansinnen des

Mieters in irgendeiner Form zustimmend reagiere. Anhaltspunkte für eine solche Zustimmung zur Nutzung der Plattform als Terrasse hat der Senat trotz jahrelanger Duldung durch den Vermieter nicht ausgemacht. Da die Terrassennutzung somit nicht vereinbart gewesen sei, konnte eine Störung dieser Nutzung auch nicht zur Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs führen.

Dieser Vertragsauslegung kann man so folgen, muss man aber nicht. Vielmehr spricht der Umstand, dass der Zweck der Vermietung und Überlassung die Nutzung der Mietsache als Wohnung ist, eher für die Vermutung, dass die mitvermieteten Räume, wozu ebenfalls Außenflächen gehören, auch zum Wohnen genutzt werden dürfen. Wenn der Vermieter einen mitvermieteten Gegenstand von dieser Nutzung ausschließen oder sie beschränken will, muss er dies mit dem Mieter vereinbaren. Ändert der Vermieter sogar selbst die Umstände, die eine bestimmte, nicht ausgeschlossene und bislang geduldete Nutzung nunmehr unerwünscht erscheinen lassen, trifft ihn zunächst das damit verbundene Risiko der Tauglichkeitsminderung. Das hätte m.E. bei der Auslegung des Vertrages berücksichtigt werden müssen.

b) Beeinträchtigung durch Lärm

Weiterhin musste geprüft werden, ob die Wohnungsnutzung bei geöffnetem bzw. bei geschlossenem Fenster durch die Abluftgeräusche beeinträchtigt war. Da die Anforderungen an die TA-Lärm eingehalten waren, hat der Senat eine Beeinträchtigung nicht erkennen können. Zudem weist der Senat darauf hin, dass der Mieter bei Fehlen gegenteiliger Abreden nicht erwarten könne, dass die Vermieterin Veränderungen, die durch die Nutzungsbedürfnisse anderer Mieter erforderlich würden, unterlasse. Entständen durch die Maßnahmen Geräuschmissionen, habe der Mieter diese hinzunehmen, wenn sie den technischen Normen genügten. Nach Auffassung des Senats will ein Vermieter regelmäßig gegenüber seinem Mieter nicht dafür einstehen, dass der Zustand des Hauses während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses erhalten bleibt.

Diese Auffassung hat der Senat inzwischen in sein Standardrepertoire aufgenommen. Dabei ist aber zu bedenken:

Das Minderungsrecht bestimmt sich nach dem Äquivalenzprinzip zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Jede gegenüber dem vertraglich vereinbarten Zustand vom Vermieter vorgenommene Veränderung der Mietsache berührt grundsätzlich das Äquivalenzverhältnis. Natürlich sind Kleinigkeiten unbeachtlich. Die Welt ist auch nicht statisch, sondern immer Veränderungen unterworfen, die auch die Mietsache beeinflussen können. Dennoch: Nach dem Gesetz hat der Vermieter die Mietsache in dem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Erschwerend kommt hier hinzu, dass der Vermieter die Veränderungen selbst herbeigeführt hat, um seine Rendite durch die Vermietung erhöhen zu können. Dann erscheint es doch fast selbstverständlich, dass der Vermieter das Erhaltungsrisiko trägt und den Vorteil einer Neuvermietung durch Kompensierung des damit verbundenen Nachteils beim Bestandsmieter ausgleichen muss. Wenn somit im Nachhinein durch Auslegung des Vertrages das Gewährleistungsrecht zurückgedrängt wird, dann kommt dies einem verbotenen Gewährleistungsausschluss gemäß § 537 Abs. 4 BGB sehr nahe (hierzu ausführlich Gsell, NZM 2016, 702, 710 f.). In der Literatur wurde dieser Vorgang auf die kurze Formel gebracht: „Auslegung schlägt Mangel“ (Selk, NZM 2015, 855, 857).

Die Auffassung des BGH gibt im Übrigen zu weiteren Bedenken Anlass. Die Lärmbeeinträchtigung darf nicht allein an technischen Normen bewertet werden. Auch wenn technische Normen, die häufig nicht mit dem Stand der Technik vereinbar sind (vgl. nur zum Schallschutz nach DIN 4109: BGH, Urt. v. 14.06.2007 - VII ZR 45/06 - WuM 2007, 640), eingehalten werden, sagt dies noch nichts über die Erheblichkeit der Geräuschbelästigung aus. Auch Dauergeräusche – noch im DIN-Bereich – können so lästig werden, dass sie eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen und damit den vertragsgemäßen Gebrauch mindern. Eine Vielzahl von Urteilen der Instanzgerichte geht von Lärmbelästigungen aus, wenn z.B. Müllschlucker benutzt werden (LG Dresden, Urt. v. 10.06.1997 - 15 S 0143/97, 15 S 143/97 - NJWE-MietR 1997, 197), wenn Lärm durch Einwurf von Glasflaschen in Container entsteht (LG Berlin, Urt. v. 17.01.1995 - 64 S 322/94 - Grundeigentum 1995, 427; AG Rudolfstadt, Urt. v. 20.05.1999 - 1 C 914/98 - WuM 2000, 19), oder defekte Garagentore (LG Hamburg, Beschl. v. 26.03.2009 - 333 S 65/08 - WuM 2009, 347) und Jalousien (AG Oranienburg, Urt. v. 19.11.2001 - 29 C 262/01 - Grundeigentum 2001, 1678) betätigt werden. Lärm ist eben nicht nur nach häufig

ohnehin zweifelhaften DIN-Werten zu bemessen, sondern muss auf seine Üblichkeit und Sozialverträglichkeit hin geprüft werden.

Das muss auch ein Vermieter bedenken, wenn er seine (Gewerbe-)Räume an andere Mieter vermietet, die mehr Immissionen verursachen als der Vormieter. Kommt es deshalb zu Mietausfällen, was der Vermieter leicht überschauen kann, muss er diese bei der Kalkulation seiner neuen Gewerbemiete einrechnen. Warum der (Alt-)Mieter gegenüber seinem Vermieter seinen Anspruch auf Einhaltung des Äquivalenzprinzips verlieren soll, leuchtet nach allem nicht ein. Natürlich hat der Mieter keinen Anspruch darauf, dass sich das Umfeld nicht verändert. Er hat aber durchaus ein berechtigtes Interesse daran, dass der Vermieter seinen Vertragspflichten nachkommt und dann, wenn sich störende Veränderungen nicht vermeiden lassen, den dadurch entstandenen Nachteil ausgleicht.

b) Urteil vom 19.12.2012 - VIII ZR 152/12 – Lärmstörung in Innenstadtlagen

Die Anmietung einer Wohnung in einer Innenstadtlage ist für bestimmte Mieterkreise äußerst attraktiv. Es kann aber häufig zu lärmintensiven Begleiterscheinungen kommen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob diese „Störungen“ zum vertragsgemäßen Gebrauch gehören oder ob sie einen Mangel der Wohnung darstellen.

Über einen solchen Fall hatte der BGH zu entscheiden. Gegenstand des Rechtsstreites war eine Wohnung in Berlin. Die Beklagten waren seit ca. neun Jahren Mieter einer Wohnung, die aufgrund einer geänderten Verkehrsführung umfangreichem Durchgangsverkehr ausgesetzt war. Wegen der dadurch verursachten Lärmbelästigung wurde die Miete gemindert. Das Amtsgericht hat der Klage der Vermieterin auf Zahlung rückständiger Miete stattgegeben. Das Landgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil abgeändert und den Mietern das Minderungsrecht eingeräumt, soweit die Straßenbauarbeiten einen Zeitraum von 6 Monaten überschreiten. In einer Innenstadtlage gehörten Bauarbeiten zwar zum allgemeinen Lebensrisiko, die aber nicht mehr zumutbar seien, wenn ein bestimmter Zeitraum (hier: 6 Monate) überschritten werde. Die eingelegte Revision der Vermieterin hatte Erfolg.

Der BGH wendet sich gegen die Auffassung des Landgerichtes, dass die Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrages den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrages als unverändert bestehen bleibend stillschweigend vereinbart hätten. Eine solche stillschweigende Vereinbarung lasse sich nicht alleine daraus ableiten, dass der Mieter bei Vertragsschluss den Zustand der Mietsache kennt und wahrnimmt. In eine konkludent geschlossene sog. Beschaffenheitsvereinbarung werde ein Beschaffenheitsmerkmal erst dann aufgenommen, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont habe erkennen müssen, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstandes als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansehe, und der Vermieter dem zustimme. Einseitig gebliebene Vorstellungen des Mieters genügten einer solchen Annahme nicht. Hier findet sich die gleiche Argumentation wie in der zuvor besprochenen „Innenhof-Entscheidung“ (**VIII ZR 300/08**).

Auch nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben könne nach Auffassung des Senats nicht angenommen werden, dass in der durch die straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein Mangel zu sehen sei. Im vorliegenden Fall nehme zudem das Landgericht auf die Feststellungen des Amtsgerichtes Bezug, wonach die von dem Beklagten vorgetragene Lärmwerte keine hohen Belastungen darstellten. Unter Berücksichtigung dessen, dass sich die vermietete Wohnung in der Berliner Innenstadt befinde, mithin in einer Lage, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen sei, haben die Beklagten diese erhöhte Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen. Eine vorübergehende erhöhte Lärmbelastung stelle unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer jedenfalls dann, wenn sie sich innerhalb der in Berliner Innenstadtlagen üblichen Grenzen halte, keinen zur Minderung berechtigenden Mangel dar.

Nach dem geltenden subjektiven Fehlerbegriff liegt ein Mangel vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist. Die Beeinträchtigung kann

auf einem Sachmangel, auf einem Rechtsmangel oder auf dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft beruhen. Allein die Vertragsparteien bestimmen darüber, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter während der gesamten Vertragsdauer haben muss. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass eine solche Vereinbarung auch konkludent erfolgen kann. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, ist der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen – subjektiv-objektiver Fehlerbegriff (BGH, Urt. v. 23.09.2009 - **VIII ZR 300/08**).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der BGH angenommen, dass auch hohe Lärmbelastungen durch Umleitungen des Verkehrs aufgrund innerstädtischer Baumaßnahmen zum vertragsgemäßen Gebrauch zu zählen sind. Eine stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend, dass die bei Anmietung bestehende verkehrsrechtliche Regelung für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrages als unverändert bestehen bleiben sollte, hat der BGH verneint. Die Vermieterin habe aus dem Verhalten der Mieter nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont nicht erkennen können, dass die Mieter die Fortdauer des bei Vertragsschluss bestehenden Umstandes über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung angesehen habe. Daher sei es bei einer einseitig gebliebenen Vorstellung der Mieter geblieben, was für die Annahme einer entsprechenden Willensübereinstimmung nicht ausreiche (zustimmend Freudenreich, IMR 2013, 92; Beuermann, Grundeigentum 2013, 236).

Wie schon in der „Innenhof“-Entscheidung wird auch hier eine Beschaffenheitsvereinbarung über positive Merkmale (keine Verkehrslärm) verneint, was der neuen Vorgehensweise des Senats „Auslegung schlägt Mangel“ Rechnung trägt. An der Entscheidung des Senats ist nicht nur der rechtliche Lösungsweg, sondern auch das Ergebnis problematisch, wonach derjenige Mieter, der in einer Innenstadtlage eine Wohnung anmietet, praktisch jedweden Lärm hinzunehmen hat.

Den Mietern wird eine Billigung auch solcher Baumaßnahmen unterstellt, die sich bei Vertragsschluss noch gar nicht konkret abzeichneten und erst recht nicht in ihren spezifischen Auswirkungen auf den Gebrauch der Mietsache prüfen lassen (Gsell, NZM 2016, 702, 707). Eine solche lediglich abstrakte Vorhersehbarkeit späterer Störungen kann jedenfalls ohne weitere Anhaltspunkte keine Billigung negativer Beschaffenheitsmerkmale begründen. Die unterstellte Mutmaßung des BGH, der Vermieter würde auf Wunsch eines Mieters bei Vertragsabschluss sich mit ihm darauf verständigen, dass sich die Innenstadtlage nicht verändert, entbehrt einer realitätsnahen Einschätzung (ähnlich Lehmann-Richter, WImmoT 2015, 149, 153). Daher ist es richtig, dem Vermieter dieses Risiko per Gesetz zuzuweisen, wie es die §§ 535, 536 BGB vorsehen.

Die Auffassung des BGH vernachlässigt zudem den Umstand, dass sehr viele Innenstadtlagen ausgesprochen ruhig sind und daher für diese Lagen auch besonders viel Miete gezahlt werden muss. Wer in einer solchen Lage eine Wohnung anmietet, will zentral und urban wohnen und dabei gleichzeitig von den üblichen innerstädtischen Lärmbelästigungen ausgenommen sein. Das weiß auch der Vermieter, weswegen er regelmäßig bei Vermietung eines solchen Wohnraums deutlich höhere Mietzinsen verlangt als in anderen lärmbelasteten Gegenden. Warum dann keine konkludente Willensübereinstimmung zwischen Mieter und Vermieter hinsichtlich der ruhigen Lage bestehen soll, erschließt sich kaum. Gerade in einer Stadt wie Berlin, die neben der vom BGH unterstellten Standard-Innenstadtlage auch äußerst attraktive innerstädtische Insellagen aufweist, ist es keinesfalls ungewöhnlich, wenn ein Mieter von einer lärmbelasteten Innenstadtwohnung Abstand nimmt, bis er im gleichen Umfeld eine ruhige Wohnung gefunden hat. Die Konstruktion der fehlenden konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung ist wenig überzeugend, da der Vermieter die Wohnung in einem bestimmten Umfeld vermarktet und danach auch die Miete bestimmt. Daher ergibt sich aus seinem Angebot und der Annahme dieses Angebots durch den Mieter die Beschaffenheitsvereinbarung mit dem positiven Merkmalen „Innenstadtlage und ruhig“ (Gsell, NZM 2016, 702, 708; so im Ergebnis auch Zühlke, InfoM 2013, 18). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vermieter im umgekehrten Fall einer bei Vertragsschluss nicht abzusehenden Wohnumfeldverbesserung wegen der dadurch

entstehenden besseren Lage ohne weiteres die Miete erhöhen kann, ohne dass er dafür etwas geleistet hat (Schläger, ZMR 2016, 362, 363).

c) BGH, Urteil vom 29.4.2015 – VIII ZR 197/14 – Der Bolzplatz

Im Ausgangsfall hatten die Mieter im Jahre 1993 in einem Mehrfamilienhaus der Kläger eine Erdgeschosswohnung nebst Terrasse gemietet. Unmittelbar an das Grundstück grenzte damals schon ein Schulgelände der Stadt an. Auf diesem Schulgelände wurde im Jahre 2010 in 20 m Entfernung zur Terrasse ein mit einem Metallzaun versehener Bolzplatz errichtet, der nach einem dort angebrachten Hinweisschild Kindern im Alter bis zu zwölf Jahren jeweils von montags bis freitags bis 18 Uhr zur Benutzung offenstehen soll. Seither beanstandeten die Mieter gegenüber den Vermietern fortdauernde Lärmstörungen durch außerhalb der genannten Zeiten auf dem Bolzplatz spielende Jugendliche. Die Mieter minderten die Miete seit Oktober 2012 um ca. 20%, was Amts- und Landgericht für zulässig erachtet haben.

Der VIII. Zivilsenat hat dies zumindest mit der gefundenen Begründung für falsch erachtet und die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das Landgericht zurückverwiesen.

Dies ist die jüngste Entscheidung, mit der der VIII. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Mängelhaftung bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung fortgeführt hat. So hat er weitgehend seine Rechtsprechung gefestigt, die er im Zusammenhang mit der „Innenhof“-Entscheidung sowie der „Innenstadtlage“-Entscheidung dargelegt hat. Während das Landgericht von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung bei Mietvertragsabschluss im Jahre 1993 dahingehend ausgegangen ist, dass die Beeinträchtigungen durch den Schulhof sich nicht merklich vergrößern, hat der Senat eine solche auch ggf. nur konkludent getroffene Vereinbarung abgelehnt. Eine solche konkludente Beschaffenheitsvereinbarung setze voraus, dass der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont habe erkennen können, dass der Mieter die Fortdauer des bei Vertragsschluss bestehenden Umstandes über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung

angesehen habe. Könne dies dagegen nicht erkannt werden, bleibe es bei einer einseitig gebliebenen Vorstellung des Mieters, was für die Annahme einer entsprechenden und notwendigen Willensübereinstimmung grundsätzlich nicht ausreiche.

Die Entscheidung zeigt schon an dieser Stelle die Weichenstellung, die der Senat auch in der „Innenhof-Entscheidung“ vorgenommen hat. Anstatt die Wohnung so zu betrachten, wie sie vermietet wurde mit der Folge, dass der Mieter die Äquivalenzanpassung auf seiner Seite hat, soll der Mieter diesen gesetzlichen Grundsatz nur geltend machen können, wenn er eine Beschaffenheitsvereinbarung dahin gehend getroffen hat, dass die Wohnung so bleiben soll, wie er sie nach Vertragsschluss übernommen hat. Dass dies eine lebensfremde Betrachtung ist, wurde schon hervorgehoben. Sie entspricht aber auch nicht der gesetzlichen Systematik, die davon ausgeht, dass der Vermieter das Risiko einer negativen Veränderung der Mietsache trägt.

Indem der BGH eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung bei Anmietung über künftige Lärmentwicklungen und Umfeldveränderungen nicht ausmachen konnte, weist er die Vereinbarungslast bzw. das Sachrisiko dem Mieter zu. Die Regelungslücke schließt er, indem er den vertragsgemäßen Gebrauch aus den Umständen des Mietverhältnisses, insbesondere aus der beabsichtigten Nutzung sowie nach der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben bestimmt. Dabei ignoriert er, dass der subjektive Mangelbegriff nicht nur zu Lasten des Mieters gilt, sondern auch zu seinen Gunsten, nämlich dann, wenn das Mietobjekt positive Beschaffenheitsmerkmale aufweist (Gsell, DMT 2016). So hat der Senat die Auffassung vertreten, dass der Mieter als redlicher Vertragspartner nicht darauf bestanden hätte, eine Veränderung der Lärmbelastungen durch Errichtung eines Bolzplatzes als Mangel anzusehen. Dass sich der Vermieter zudem darauf eingelassen hätte, liege fern, zumal die verlangte Leistung einer geringeren Lärmbelastung dem Vermieter objektiv oder wirtschaftlich unmöglich sein könne.

Es ist aber eine Binsenweisheit, dass jedenfalls im Wohnraummietverhältnis der Vermieter als der regelmäßig dominierender Vertragspartner keine Regelungen zu

seinem Nachteil abschließt. Schließlich hat diese Erkenntnis zu den zwingenden Normen des Mietrechts geführt, weil die dort normierten Rechte und Schutzbestimmungen zugunsten des Mieters im Regelfall vertraglich nicht durchsetzbar sind. Kaum ein Vermieter dürfte ernsthaft in Erwägung ziehen, bei Vertragsschluss seinem neuen Mieter ein vertragliches Minderungsrecht einzuräumen. Dass die gesetzlichen Regelungen erforderlich sind, zeigt doch schon das Minderungsrecht bei abweichender Wohnfläche, dem Klassiker einer objektiv unmöglichen Erfüllungsleistung des Vermieters. Diese in die gesetzliche Wertung eingeflossenen wirtschaftlichen Zwänge hätte der Senat im Rahmen seiner ergänzenden Vertragsauslegung berücksichtigen müssen (Es besteht auch kein Grund für eine Analogie, da eine Gesetzeslücke nicht auszumachen ist. § 536 BGB regelt den Fall von unverschuldeten Gebrauchsbeeinträchtigungen erschöpfend (BayObLG, RE vom 04.02.1987 – RE Miet 2/86; Flatow, WuM 2016, 459, 467)).

Der Senat führt weiter aus, dass der Mieter auf die Annahme eines Mangels jedenfalls insoweit verzichtet hätte, als dass der Bolzplatz unter § 22 Abs. 1a Bundesimmissionsschutzgesetz fällt. Die dort enthaltene Privilegierungsregelung zugunsten von Kindern sei darauf angelegt, auf das Miet- und Wohnungseigentumsrecht auszustrahlen, sofern dieses für die Bewertung von Kinderlärm relevant sei.

Diese Aussage kann zunächst uneingeschränkt unterstützt werden. So wie sich Wertvorstellungen im Laufe der Zeit zum Vorteil des Mieters ändern und den vertragsgemäßen Gebrauch beeinflussen, man denke nur an den Mindeststandard einer Wohnung (BGH - **VIII ZR 281/03**), so muss sich auch der Mieter allgemein akzeptierte Wertvorstellungen entgegenhalten lassen. Hierzu gehört die Erkenntnis, dass das Spielen von Kindern ihre Entwicklung fördert und daher die damit verbundenen Geräuschimmissionen sozialadäquat und grundsätzlich hinzunehmen sind.

In dem nun folgenden zweiten Schritt kann dem Senat allerdings aus den oben genannten Gründen nicht mehr gefolgt werden. Soweit es nämlich um eine mögliche Lärmbelästigung durch Jugendliche geht, ist der Senat der Auffassung, dass die Parteien sich im Hinblick auf die Nutzung des Bolzplatzes durch Dritte außerhalb der

erlaubten Zeiten redlicherweise darauf verständigt hätten, dass die so hervorgerufenen Störungen durch Geräuschimmissionen nur dann als Mangel der Mietwohnung anzusehen seien, wenn der Vermieter selbst diese Immission gemäß § 906 BGB nicht oder jedenfalls nicht entschädigungslos dulden müsste.

Diese Herangehensweise ist schon im Ansatz zweifelhaft. Das Gewährleistungsrecht ist Vertragsrecht. Es kommt also darauf an, was die Parteien vereinbart haben. § 906 ist Sachenrecht und knüpft an die sachenrechtliche Einordnung der Mietsache gegenüber Dritten an. Vertragsvereinbarungen spielen dabei überhaupt keine Rolle. Es geht nur darum, ob das Eigentum beeinträchtigt ist und ob der Störer dafür einen Ausgleich zahlen muss. Die Höhe des Ausgleichs knüpft nach vielen Entscheidungen an die Höhe der fiktiven Mietminderung an. Niemals – und zu Recht – ist aber umgekehrt die Mietminderung von dem Bestehen eines Ausgleichsanspruchs abhängig gemacht worden (Dies ist missverstanden worden von Klimesch, ZMR 2016, 516, der das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs mit dem Mietminderungsrecht des Mieters begründet).

Wie schon bei der Entscheidung zur Innenstadtlage (**VIII ZR 152/12**) hat die Sichtweise des Senats sehr einseitig den Vermieter im Blick. Unberücksichtigt bleibt hier, dass der Mieter in Kenntnis des künftig eintretenden Umstandes möglicherweise die Wohnung gar nicht oder nur zu einem geringeren Preis angemietet hätte. Selbstverständlich ist es für den Mieter von erheblicher Bedeutung, ob neben seiner Wohnung ein Bolzplatz betrieben wird oder nicht. Wer jemals an einem Bolzplatz gewohnt hat, weiß um die erhebliche Lärmbelästigung, die von einem solchen Ballspielplatz ausgeht. Hier geht es somit nicht um das Eigentum, sondern um die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien.

Der Senat hat durch die Verweisung an die Berufungsinstanz dieser aus seiner Sicht folgerichtig den Prüfungsauftrag erteilt, ob der Vermieter nach den immissions- und bauplanungsrechtlichen Gegebenheiten oder etwaigen sonstigen Immissionsumständen die Geräuschimmission zu dulden habe und ob ihm gegebenenfalls ein Ausgleichsanspruch zustehe.

Somit stellt sich die schon eingangs erwähnte Frage, wem die Leistungsstörungen zuzurechnen sind. Wem weist das Gesetz das Risiko des Bolzplatzlärms zu? Wie schon hervorgehoben, handelt es sich hier um einen Umweltmangel, den weder der Mieter noch der Vermieter zu vertreten hat. Zunächst ist klarzustellen, dass es ohne Bedeutung ist, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat oder ob dessen Beseitigung in seinem Einflussbereich liegt bzw. überhaupt möglich ist (Häublein/MüKo, § 536 BGB Rdn. 27). So wie der Mieter das Verwendungsrisiko/Ertragsrisiko der Mietsache trägt (Ghassami-Tabor, a.a.O.; OLG Düsseldorf NZM 2001, 669), so ist der Vermieter für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache verantwortlich. Daher ist im Bereich der Gebrauchstauglichkeit der Mieter nur von der Mietminderung ausgeschlossen, wenn er das fragliche Gebrauchsrisiko auch übernommen hat (Feldhahn, Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 536 Rdn. 6). Es ist auch überhaupt nicht einsehbar, dass der Vermieter eine Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu seinen Gunsten nutzen kann, nur weil der Mieter die räumliche Entwicklung des Wohnumfeldes nicht voraussieht.

Für den Mieter muss es daher nach wie vor ausreichen, wenn er eine erhebliche Lärmbelästigung belegt. Wo sie ihre Ursache hat und wer sie ggf. zu vertreten bzw. einen Ausgleich zu leisten hat, liegt allein in der Risikosphäre des Vermieters. Das ergibt sich aus § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB. Unerhebliche Beeinträchtigungen muss der Mieter hinnehmen, aber bei erheblichen Beeinträchtigungen mindert sich die Miete. Beeinträchtigungen, mit denen der Mieter nicht rechnen muss, gelten als vertraglich ausgeschlossen (LG Braunschweig, Urt. v. 23.8.2011 – 1 U 68/10 – juris). Das Risiko einer Minderung wird somit vom Gesetzgeber dem Vermieter zugewiesen, was eine ergänzende Vertragsauslegung mit einem gegenteiligen Ergebnis ausschließt (Ghassemi-Talar, NJW 2015, 2849, 2850).

Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass für den Mieter die Mietminderung bei Umfeldmängeln nicht mehr kalkulierbar ist. Da das Vorliegen eines Mangels vom Mieter bewiesen werden muss (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rdn. 488 m.w.N.), ist zudem fraglich, ob er auch das Abwehrrecht oder den Ausgleichsanspruch des Vermieters darlegen und die Voraussetzungen beweisen muss. Denn nur wenn der Vermieter die Beeinträchtigung nicht dulden muss oder

einen Ausgleichsanspruch geltend machen kann, ist von einem Mangel auszugehen. Hierzu hat das LG München (ZMR 2016, 374) entschieden, dass in diesem Fall der Eigentümer und Vermieter die Darlegungs- und Beweislast trägt, da er sich auf einen Ausschluss des Mietminderungsrechts berufe (Büiring IMR 2016, 355). Das ließe sich damit begründen, dass das grundsätzlich bestehende Minderungsrecht ausnahmsweise nicht entsteht, wenn der Vermieter selbst den Mangel entschädigungslos hinnehmen muss. Der Vermieter beruft sich nach dieser Ansicht also auf eine Ausnahmeregelung, für die er beweispflichtig ist.

Andererseits ist es allgemeine Ansicht, dass der Mieter für den Mangel beweispflichtig ist. Nach dem subjektiv-objektiven Mangelbegriff, der im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung Geltung beansprucht, ist in den hier fraglichen Fällen eine Abweichung der Sollbeschaffenheit von der Istbeschaffenheit der Mietsache aber nicht auszumachen. Der Mangel ist erst festgestellt, wenn der Vermieter ein Abwehrrecht gegen den Dritten geltend machen kann oder einen Anspruch auf Ausgleichszahlung hat. Nach Auffassung des Senats gehört dies somit zu dem Mangeltatbestand. Hierfür trägt aber der Mieter die Beweislast. Neben der materiellen Einschränkung des Minderungsrechts wird dem Mieter somit auch noch eine prozessuale Erschwernis aufgebürdet, da § 906 BGB den Eigentümer adressiert und die Tatbestandsmerkmale teilweise Kenntnisse voraussetzen, die der Mieter nicht hat.

Die hier dargelegten Grundsätze müssen auch gelten für störende Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück, für Straßenbauarbeiten oder für neue, rechtlich zulässige Gewerbebetriebe. Das bedeutet, dass der Mieter nicht nur eine Beschaffenheitsvereinbarung darlegen und beweisen muss, sondern auch die Umstände, die dem Vermieter einen Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung bzw. auf Zahlung eines Geldausgleichs gegen den störenden Nachbarn einräumen. Da der Mieter nach Auffassung des BGH auch eine Vermieterkündigung akzeptieren muss, wenn er die Miete in Höhe eines kündigungsrelevanten Betrages gemindert und er sich dabei über sein Minderungsrecht geirrt hat, ist in den Fällen der Umfeldmängel größte Vorsicht geboten. So bleibt zum Schluss festzuhalten: Was das Gewährleistungsrecht betrifft, sind schwere und gefährliche Zeiten für die Mieter angebrochen.