

## **Ausschluss der Mietminderung durch Kenntnis**

*Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld, Forschungsstelle für Immobilienrecht*

### **I. Einführung**

In aller Regel kommt es vor dem Abschluss eines Mietvertrags über eine Wohnung zu einer Besichtigung des Mietobjekts. Der Wohnungsuchende schaut sich die angebotene Immobilie an und entscheidet unter diesem Eindruck, ob er zur Anmietung der Wohnung bereit ist. Dass es wiederum tatsächlich zum Abschluss des Mietvertrags kommt, hängt freilich von den Marktverhältnissen und letztendlich vom Willen des Vermieters ab. Der Moment des Vertragsabschlusses hat im Mietrecht in der Regel nicht unbedingt Bedeutung für die Fälligkeit der vertraglichen Leistungspflichten. Diese Pflichten werden zwar zu diesem Zeitpunkt durch die Übereinkunft begründet, die Verschaffung des Besitzes an der Wohnung einerseits und die Zahlung der Miete andererseits schulden die Parteien aber zumeist erst in der Zukunft, zum Beispiel zu Beginn des nächsten Monats resp. zum später liegenden vereinbarten Beginn des Mietverhältnisses. Abzustellen auf den insoweit weniger relevanten Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist aber hinsichtlich der Frage, ob dem Mieter ein Mangel der Wohnung bekannt war. Es kommt daher entscheidend darauf an, welche Erkenntnisse der Mieter bei der Wohnungsbesichtigung bzw. im Vorfeld des Vertragsschlusses aus anderen Quellen über den Zustand der Wohnung gewonnen hat. Auf einer zweiten Ebene ist zu klären, welche Kenntnisse der Mieter über die Wohnung hatte, als er sie in Besitz genommen hat.

Im Folgenden wird zunächst kurz dargestellt, wie die Kenntnisse des Mieters von der Beschaffenheit der Wohnung rechtlich einzuordnen sind. Anschließend geht es im Schwerpunkt um die Auswirkungen einer solchen Kenntnis auf die Mietminderung und schließlich um das Verhältnis der mietrechtlichen Vorschriften zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

### **II. Einfluss der Mangelkenntnis auf das Gewährleistungsrecht im Besonderen Schuldrecht**

Bevor sich aber die folgenden Ausführungen in weiten Teilen ganz auf das Mietrecht konzentrieren, soll kurz dargestellt werden, welche Auswirkungen die Mangelkenntnis bei anderen Austauschgeschäften hat. Exemplarisch sei der Kaufvertrag herausgenommen.

Im Kaufrecht gibt § 442 BGB Maß. Nach dessen Absatz 1 sind die „Rechte des Käufers wegen eines Mangels (...) ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.“ Der Käufer verliert somit in Folge der Kenntnis des Mangels im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den Nacherfüllungsanspruch, das Minderungs- und Rücktrittsrecht und schließlich einen Ersatzanspruch wegen des Schadens der ihm in Folge der mangelhaften Leistung des Verkäufers entsteht<sup>1</sup>.

Ähnlich gestaltet sich die Rechtslage im Werkvertragsrecht, wobei hier auf den Zeitpunkt der Abnahme des Werks abgestellt wird. In § 640 Absatz 2 BGB ist bestimmt: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“ Folge dessen ist der Verlust der Gewährleistungsrechte mit Ausnahme des Schadensersatzanspruchs<sup>2</sup>.

### **III. Gesetzliche Ausgangslage im Mietrecht**

Zur mietvertraglichen Regelung: Sitz der Materie ist § 536 b BGB. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„Kennt der Mieter bei Vertragsschluss den Mangel der Mietsache, so stehen ihm die Rechte aus den §§ 536 und 536a nicht zu. Ist ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so stehen ihm diese Rechte nur zu, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat. Nimmt der Mieter eine mangelhafte Sache an, obwohl er den Mangel kennt, so kann er die Rechte aus den §§ 536 und 536a nur geltend machen, wenn er sich seine Rechte bei der Annahme vorbehält.“

Es sind daher zunächst zwei Zeitpunkte voneinander zu unterscheiden. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt es zu einem Ausschluss der Gewährleistungsrechte, wenn dem Mieter der Mangel positiv bekannt ist<sup>3</sup>. Den Mieter treffen allerdings keine anhaltlosen Nachforschungspflichten<sup>4</sup>. Desweiteren schadet dem Mieter grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels, soweit der Mangel nicht arglistig verschwiegen wurde. Bei Überlassung der Wohnung, das ist der zweite relevante Zeitpunkt, schadet dem Mieter nur noch positive

---

<sup>1</sup> Vgl. MüKo/ Westermann, 6. Aufl., 2012, § 442 BGB Rn. 4 ff.

<sup>2</sup> Bamberger/ Roth/ Voit, 29. Aufl., 2013, § 640 BGB Rn. 40.

<sup>3</sup> AG Charlottenburg GE 2010, 129; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 11. Aufl., 2013, § 536b BGB Rn. 7.

<sup>4</sup> Siehe dazu H. Schmidt, NZM 2013, 705 (707).

Mangelkenntnis<sup>5</sup>. Hier hat er sich die Gewährleistungsrechte im Falle der Kenntnis vorzubehalten.

Ausgeschlossen werden jeweils die Gewährleistungsrechte aus §§ 536 und 536a BGB, also die Mietminderung sowie der Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch wegen des Mangels<sup>6</sup>. Schon an dieser Stelle soll schon einmal darauf hingewiesen werden, dass dem Mieter trotz positiver Mangelkenntnis der ungekürzte Erfüllungsanspruch, also der Mangelbeseitigungsanspruch gegen den Vermieter zusteht<sup>7</sup>. Darauf wird noch eingehend zurückzukommen sein. Gegenstand der nun folgenden Ausführungen ist allerdings der Ausschluss der Minderung bei Mangelkenntnis des Mieters.

#### **IV. Wesentliche Weichenstellung: Beschaffenheitsvereinbarung oder (erkannter) Mangel**

Wie bereits festgestellt wurde, schließt die Mangelkenntnis bei Vertragsschluss das im Mietrecht kraft Gesetzes geschehende Eintreten der Mietminderung aus. Kannte der Mieter den Mangel bei Vertragsschluss, muss er also die volle Miete zahlen, kann aber vom Vermieter verlangen, den Mangel zu beseitigen. Diesbezüglich steht dem Mieter dann die Einrede des nichterfüllten Vertrags aus § 320 BGB zu<sup>8</sup>. Auf diesem Wege vermag der Mieter den Vermieter unter Druck setzen, die Mangelbeseitigung durchzuführen.

Ganz anders stellt sich aber die Rechtslage dar, wenn der Mieter nicht den Mangel positiv kannte, sondern durch die Parteien der beiden Seiten bekannte Zustand der Wohnung als vertragsgemäß vereinbart wurde. Haben die Vertragspartner in Ansehung des tatsächlichen Zustands der Wohnung diesen als geschuldet vereinbart, liegt kein Mangel vor: Die Wohnung besitzt die vereinbarte Beschaffenheit und der Mieter hat die Miete in der vereinbarten Höhe zu zahlen. Es kommt daher ganz entscheidend darauf an, ob sich die Vertragspartner darauf geeinigt haben, dass der vorliegende Zustand vertragsgemäß sein soll oder der vereinbarte Zustand ein anderer, besserer ist, der Mieter die Wohnung aber in Kenntnis des Mangels annimmt.

Tauschen sich die Parteien ausdrücklich über den Zustand der Wohnung und insbesondere den relevanten Umstand aus, entstehen keine ernsthaften Probleme. Es liegt eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung vor, mündlich oder schriftlich, mit der Folge, dass die Wohnung nicht mangelbehaftet ist.

---

<sup>5</sup> MüKo/ Häublein, § 536 b BGB Rn. 6; Schmidt-Futterer/Eisenschmid § 536b BGB Rn. 23.

<sup>6</sup> Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 8.

<sup>7</sup> Schmidt-Futterer/Eisenschmid § 536b BGB Rn. 48; Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 10.

<sup>8</sup> Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 10.

Ungleich schwieriger ist allerdings der typische Fall zu beurteilen, dass die Mietvertragsparteien die besondere Beschaffenheit der Wohnung nicht zum Gegenstand eines Gesprächs gemacht haben. Hier stellt sich die Frage, ob eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. In anderem Zusammenhang hat sich der VIII. Zivilsenat des BGH kürzlich zu den an eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zu stellenden Anforderungen geäußert.

In dem Fall ging es, insoweit spiegelverkehrt, darum dass sich der Mieter darauf berief, es liege eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwischen dem Vermieter und ihm vor, nach der sich, insoweit hier verkürzt dargestellt, die Wohnung in einer ruhigen Verkehrslage befinde. In dem Urteil vom 19.12.2012 führt der Senat völlig zu Recht aus<sup>9</sup>:

„Auch eine konkludente Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines sogenannten Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand - wie hier den in der Wohnung zu vernehmenden Straßenlärm - in einer für ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt (etwa: "ruhige Lage") und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert.“

So verhält es sich auch in dem Fall, dass dem Mieter während der Besichtigung ein Mangel an der Wohnung auffällt und er gleichwohl bereit ist, den Mietvertrag abzuschließen. Man darf insoweit nicht vorschnell zur Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung kommen. Ohne weiteres, aus der Sicht des objektiven Dritten als solches zu erkennendes Verhalten des Mieters, ist nicht auf dessen Zustimmung zu schließen. Um es mit dem BGH zu sagen: Eine einseitig gebliebene Vorstellung des *Vermieters* genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem *Mieter* bekannt ist. Es reicht, anders ausgedrückt, nicht aus, dass der Mieter den Mangel erkennt und auch merkt, dass der Vermieter davon Notiz nimmt. Erforderlich ist jedenfalls, wiederum mit dem BGH, dass der Mieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert.

---

<sup>9</sup> BGH WuM 2013, 154

Mangels entsprechender Hinweise ist somit oftmals das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung abzulehnen. Die Wohnung hat einen Mangel, den der Mieter bei Vertragsschluss kennt.

Aber auch an die Mangelkenntnis des Mieters im Sinne des § 536 b Satz 1 BGB sind nach allgemeiner Ansicht hohe Anforderungen zu stellen. Zunächst besteht kein Streit darüber, dass dem Mieter nur positive Kenntnis des konkreten Mangels schadet. Zum einen wird allgemein gefordert, dass der Mieter nicht nur das äußere Erscheinungsbild kennt sondern sogar Wissen über die Ursachen und insbesondere die konkreten Auswirkungen des Zustands auf die Gebrauchstauglichkeit der Sache hat<sup>10</sup>. Insofern schadet dem Mieter allein der Verdacht, es könne ein Mangel vorliegen, nicht<sup>11</sup>. Weiterhin geht man davon aus, dass die Kenntnis des konkreten Mangels notwendig ist und es sich nicht etwa nachteilig auswirkt, dass der Mieter den allgemein schlechten Zustand der Wohnung erkennt.<sup>12</sup>

#### **V. Rechtsfolge: Minderungsausschluss bei Kenntnis resp. grob fahrlässiger Unkenntnis**

Rechtsfolge der Mangelkenntnis bei Vertragsschluss ist der Ausschluss der Minderung. Da die Mietminderung im Mietrecht kraft Gesetzes eintritt, hat der Mieter insofern schlicht die ungekürzte Miete zu zahlen. Auf der Rechtsfolgenseite bestehen bei den beiden anderen Fallalternativen, der Kenntnis resp. grob fahrlässigen Unkenntnis bei Vertragsabschluss bzw. der Inbesitznahme trotz Kenntnis, keine Unterschiede. Die Miete ist dauerhaft ungemindert zu zahlen. Sachlich gerechtfertigt ist der Minderungsausschluss dadurch, dass der Mieter, der den Mangel bei Vertragsschluss erkennt, selbst dafür verantwortlich ist, seine Rechte geltend zu machen resp. den Mangel zur Sprache zu bringen. Teilweise geht man auch vom Verzicht des Mieters auf die Gewährleistungsrechte aus<sup>13</sup>.

Nach allgemeiner Meinung kommt es zu einem Wiederaufleben des Minderungsrechts durch eine später erfolgende Mieterhöhung nach dem Vergleichsmietensystem, weil dadurch das vormals bestehende Äquivalenzverhältnis im Vertrag verschoben wird<sup>14</sup>. Erfolgt eine Mieterhöhung nach dem Vergleichsmietensystem aus § 558 BGB oder wegen einer Modernisierungsmaßnahme nach § 559 BGB, kann der Mieter sich anschließend trotz vorheriger Mangelkenntnis auf die Mietminderung, begrenzt durch den Betrag der

---

<sup>10</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536b BGB Rn. 7; *Schmidt*, NZM 2013, 705 (707) m.w.N.

<sup>11</sup> Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 3; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849 (853).

<sup>12</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536b BGB Rn. 8.

<sup>13</sup> Dazu dezidiert *Schmidt*, NZM 2013, 705 (708), unter Hinweis auf BGH NJW 1979, 713; MüKo/*Häublein*, § 536 b BGB Rn. 1.

<sup>14</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536b BGB Rn. 44; Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 11.

Mieterhöhung, berufen. Im Falle einer einvernehmlichen Mieterhöhung kommt es darauf an, ob die Mangelhaftigkeit der Wohnung Gegenstand der Vereinbarung wurde<sup>15</sup>. Das Wirksamwerden ursprünglich getroffener Staffel- oder Indexmietenvereinbarungen hat keinen Einfluss auf den Ausschluss der Minderung.<sup>16</sup>

Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass dem Mieter der Erfüllungsanspruch in Gestalt des Mangelbeseitigungsanspruchs trotz Mangelkenntnis weiterhin zusteht. Kommt der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, kann der Mieter trotz des Ausschlusses der Minderung den entstehenden Verzögerungsschaden geltend machen.

## **VI. Einrede des nichterfüllten Vertrags**

Trotz Mangelkenntnis kann der Mieter Druck auf den Vermieter ausüben, den Mangel zu beseitigen, indem er die Miete (vorübergehend) zurückbehält. Umstritten ist die Berechnungsmethode des zurückhaltbaren Betrags. Teilweise orientiert man sich an der Höhe der Minderung und hält eine Zurückbehaltung des drei- bis fünffachen des monatlichen Minderungsbetrags für gerechtfertigt<sup>17</sup>. Andererseits hält man den Betrag für maßgeblich, der zur Beseitigung des Mangels erforderlich ist und die Zurückbehaltung des zweifachen Werts für zulässig<sup>18</sup>. Teilweise wird vertreten, das Zurückbehaltungsrecht erlösche aufgrund des in § 320 BGB enthaltenen Synallagmas mit dem Ende des Monats für den die Miete zu zahlen war<sup>19</sup>.

## **VII. Fortbestehen des mietrechtlichen Erfüllungsanspruchs trotz Mangelkenntnis**

Während viele der vorstehend erörterten Fragen weitgehend geklärt scheinen, besteht noch Unsicherheit, wie mit dem Fortbestand des mietvertraglichen Erfüllungsanspruchs trotz Mangelkenntnis umzugehen ist. Insbesondere ist die Anwendbarkeit von § 326 BGB in dem Fall, dass die Behebung des Mangels unmöglich ist, noch völlig ungeklärt. Mit diesen Problemen beschäftigen sich die abschließenden Überlegungen.

Im Mietrecht besteht der Erfüllungsanspruch trotz Mangelkenntnis als Mangelbeseitigungsanspruch fort. *Hubert Schmidt* hat auf dem Dortmunder Mietgerichtstag 2013 eindrucksvoll nachgewiesen, dass Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses

---

<sup>15</sup> Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 14.

<sup>16</sup> Blank/Börstinghaus, § 536b BGB Rn. 15 f.

<sup>17</sup> Keppeler, ZMR 2003, 885 (894); Sternel, WuM 2002, 244 (248).

<sup>18</sup> BGH NZM 2003, 437.

<sup>19</sup> MüKo/Häublein, § 536 b BGB Rn. 15; OLG Frankfurt NZM 2000, 186, (187 f).

Miete diese auf den ersten Blick eigenartig erscheinende Rechtslage begründen lassen<sup>20</sup>. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesem Erfüllungsanspruch in Gestalt des Mangelbeseitigungsanspruchs nicht um einen Gewährleistungs-, sondern um den ursprünglichen Anspruch auf Leistung handelt<sup>21</sup>.

Die grundsätzlich vorzufindende Parallelität zwischen Erfüllungsanspruch und Minderung hat *Schmidt* wie folgt sehr anschaulich dargestellt: „Die Minderung behebt die Äquivalenzstörung, die durch die mindere Tauglichkeit der Mietsache zum vertraglich vereinbarten oder vorgesehenen Zweck eintritt, dadurch, dass sich die Gegenleistung in angemessenem Maße reduziert. Die Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs behebt die Äquivalenzstörung mit dem umgekehrten Mechanismus, dass nämlich das Minus auf der Leistungsseite dort durch (Wieder-)Herstellung des vertragsgemäßen Zustands aufgefüllt wird.“

Zu konstatieren ist nun, dass der Mieter „im Normalfall“ zwar die volle Miete zahlen muss, den Vermieter aber aus dem Mietvertrag auf Mangelbeseitigung in Anspruch nehmen kann. Der Schimmelfleck, dessen Existenz dem Mieter bei Vertragsabschluss bekannt war, ist zu beseitigen. Druck kann der Mieter auf den Vermieter über die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB ausüben (s.o.).

Wie wirkt es sich aber auf die Rechtsposition des Mieters aus, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist. Es ist oftmals von Zufälligkeiten der tatsächlichen Begebenheiten abhängig, ob die Mangelbeseitigung möglich ist. Dem vorstehend gewählten Beispiel des Schimmelflecks mag man die dem Mieter bekannte Flächenabweichung gegenüber stellen<sup>22</sup>. Während der Mieter die Beseitigung des Schimmelflecks verlangen kann, ist der Vermieter nicht in der Lage, die vereinbarte Wohnfläche zur Verfügung zu stellen.

Der Weg führt in diesem Fall in das allgemeine Leistungsstörungsrecht, genauer zu § 275 BGB. Der Anspruch des Mieters ist ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 BGB. Schaut man nun auf die davon ausgehenden Konsequenzen für die Verpflichtung zur Mietzahlung, gelangt man zu § 326 Absatz 1 Satz 1 BGB. Danach entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung unter Anwendung der Rechenmethode aus § 441 Abs. 3 BGB teilweise. Mit anderen Worten käme es über die Hintertür des § 326 Abs. 1 BGB doch noch zur Mietminderung wegen des dem Mieter von Anfang an bekannten Mangels.

Es ist nun zu klären, ob § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB in dieser Konstellation anwendbar ist. Versperrt könnte der Weg durch die Regelung des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB sein. Danach

---

<sup>20</sup> Umfassend in NZM 2013, 705.

<sup>21</sup> *Schmidt*, NZM 2013, 705, Fn. 6 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>22</sup> Zur Problematik der Flächenabweichung umfassend *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

gilt Satz 1 nicht, wenn im Falle der mangelhaften Leistung dem Schuldner die Nacherfüllung unmöglich ist. Sinn und Zweck der Regelung des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB ist es, durch das allgemeine Leistungsstörungenrecht die speziellen Vorschriften des Gewährleistungsrechts etwa im Kauf- oder Werkvertragsrecht nicht zu unterlaufen<sup>23</sup>. Ab Gefahrübergang genießen beispielsweise die Rechtsbehelfe aus § 437 BGB Vorrang. Dadurch wird gewährleistet, dass dem Käufer die Wahl der Rechte aus § 437 BGB nicht dadurch verwehrt wird, dass gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB kraft Gesetzes der Kaufpreis gemindert wird<sup>24</sup>.

Der Nacherfüllungsanspruch, dessen Erfüllung hier unmöglich sein kann, ist im Kaufrecht allerdings eindeutig dem sekundären Pflichtenkreis, also dem Gewährleistungsrecht zugeordnet. Ein etwaig auftretender Konflikt wird insoweit durch § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB gelöst. Problemlos gelingt insoweit auch die Anwendung des § 442 BGB: Mängelgewährleistungsrechte des Käufers sind ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragschluss kennt. Anders gewendet: Ab Gefahrübergang genießen die Rechte und Ansprüche aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht Vorrang vor § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB und eben diese Rechte sind bei Mangelkenntnis des Käufers ausgeschlossen.

Anders gestaltet sich aber die Rechtslage im Mietrecht. Hier bleibt dem Mieter neben den wegen der Mangelkenntnis ausgeschlossenen Sekundäransprüchen aus §§ 536 und 536a BGB der primäre Erfüllungsanspruch aus dem Mietvertrag erhalten. Man hat somit den befremdlichen Befund zu konstatieren, dass es bei Mangelkenntnis im Mietrecht einen fortbestehenden Primäranspruch gibt, bezüglich dessen die Sekundäransprüche verloren gegangen sind. Diese besondere Konstellation führt dazu, dass die Überlegungen zur Anwendbarkeit der Sperre aus § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB auf diesen Fall nicht von den ausgewogenen und die Wirkung des dortigen Gewährleistungsrechts bewahrenden Wertungen des Kauf- oder Werkvertragsrecht überlagert bzw. vernebelt werden dürfen. Man kann im Mietrecht durchaus zu einem abweichenden Ergebnis kommen.

Anzusetzen ist daher beim Kern des Problems, das darin besteht, dem Mieter im Dauerschuldverhältnis trotz Mangelkenntnis den ungekürzten Leistungsanspruch zuzubilligen<sup>25</sup>. Dieser Erfüllungsanspruch besteht unabhängig von den Wertungen des Gewährleistungsrechts und ist auch dem „Kenntnisregime“ entzogen. Reflex dieser Eigenart des Mietrechts ist dann aber auch, dass hinsichtlich der Bestimmungen aus §§ 275 und 326 BGB nur dieser Anspruch zu betrachten ist und Auswirkungen auf das Gewährleistungsrecht aus §§ 536 ff. BGB unerheblich sind. Die in Erwägung zu ziehende teilweise Befreiung des

---

<sup>23</sup> Ausführlich zum Verhältnis des § 326 BGB zu den speziellen Gewährleistungsrechten: Coester- Waltjen, JURA 2007, 110 (111).

<sup>24</sup> Bamberger/ Roth/ Schmidt, § 326 BGB Rn. 23; MüKo/ Ernst, § 326 BGB Rn. 32.

<sup>25</sup> Schmidt NZM 2013, 705 (709).



Mieters von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB, in der freilich nichts anderes als eine kraft Gesetzes eintretende Minderung liegt, würde daher nicht in Folge der Überlagerung durch das Gewährleistungsrecht verhindert.

Schaut man dann aber auf die Interessenlage von Vermieter und Mieter und die Wertung des Gesetzgebers in § 536b BGB, spricht alles für die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Mieter steht der Mangelbeseitigungsanspruch ohne jede Einschränkung zu. Ist die Erfüllung des Anspruchs möglich, erhält der Mieter mit anderen Worten 100 % der Leistung. Warum soll er dann, wofür Zufälligkeiten den Ausschlag geben können, in dem Fall, dass der Mangel nicht behoben werden kann, völlig leer ausgehen und dauerhaft die ungekürzte Miete trotz mangelhafter Leistung des Vermieters zahlen müssen? § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB hat genau diesen Fall vor Augen und ordnet die Minderung der Gegenleistung an. Bestimmt somit das Mietrecht, dass dem Gläubiger trotz Kenntnis des Mangels der ungekürzte Erfüllungsanspruch dauerhaft zusteht, wird auch die Gegenleistung dauerhaft gemindert, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich ist.

## **VIII. Schluss**

Viele Fragen im Umfeld des § 536b BGB sind weitgehend geklärt. Bislang wenig Beachtung hat die Problematik gefunden, welche Folge es nach sich zieht, dass der Vermieter einen Mangel nicht beseitigen kann, den der Mieter bereits bei Vertragsabschluss kannte. Im Ergebnis ist die Miete nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB dauerhaft gemindert.