

§ 214 II 1 BGB ausgeschlossen, denn diese Vorschrift ist auf Ausschlussfristen nicht anwendbar.²³⁷

bb) Deklaratorisches Schuldanerkenntnis

Dem Rückerstattungsanspruch des Mieters kann unter Umständen ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis entgegenstehen, sofern seine vorbehaltlose Zahlung als solches zu bewerten wäre. Es ist im Wesentlichen eine – revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbare – Frage tatrichterlicher Auslegung, ob eine Individualerklärung als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu beurteilen ist.²³⁸ Einem reinen Zahlungsvorgang ist ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein in der Regel nicht zuzumessen.²³⁹ Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Mieters ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn er bei seiner vorbehaltlosen Zahlung nicht wusste und auch nicht damit rechnete, dass die Betriebskostennachforderung des Vermieters wegen Versäumung der Nachforderungsfrist ausgeschlossen ist. Denn ein Anerkenntnis schließt nur die Einwendungen des Schuldners aus, die dieser bei Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete.²⁴⁰

²³⁷ BGH NJW 2006, 903 = JuS 2006, 650 (Emmerich); näher Langenberg, NJW 2008, 1269, 1270 f.

²³⁸ BGH NJW-RR 1987, 43, 44; NJOZ 2006, 204.

²³⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 580 (zum Kaufrecht); NJW-RR 2007, 530 (zum Werkvertragsrecht); VersR 2009, 831 (Darlehen); siehe auch Schmid, Handbuch, Rn. 3272; Ludley, NZM 2008, 72.

²⁴⁰ BGH NJW 2011, 834 Rn. 19; NJW 2006, 903 Rn. 15.

§ 9. Sachmängel der Mietwohnung

I. Grundlagen

1. Subjektiver Mangelbegriff

a) Beschaffenheitsvereinbarung

- 1 Unter einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 I 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache (Ist-Zustand) vom vertraglich vorausgesetzten Zustand (geschuldeter Soll-Zustand) zu verstehen.¹ Das gilt sowohl für anfänglich vorhandene (Alt. 1) als auch für während der Mietzeit entstehende Mängel (Alt. 2) Maßgeblich sind in erster Linie die Vereinbarungen der Parteien des Mietvertrags über die Beschaffenheit der Mietsache.² Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen solche außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen.³ Jede zusicherungsfähige Eigenschaft kann eine Beschaffenheit sein.⁴ Die Mietvertragsparteien bestimmen durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an ihn und von nun an während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss.

Danach hat z. B. auch der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung Anspruch auf eine Elektrizitätsversorgung, die zumindest den Betrieb eines größeren Haushaltsgerätes wie einer Waschmaschine und gleichzeitig weiterer haushaltsüblicher Geräte wie zum Beispiel eines Staubsaugers ermöglicht.⁵

- 2 Die Parteien können einen Substandard als vertragsgemäß vereinbaren, das heißt einen unter dem Mindeststandard liegenden Zustand.⁶ Dafür finden sich auch die Begriffe negative Beschaffenheitsvereinbarung bzw. Beschaffenheitsvereinbarung „nach unten“. Haben die Parteien zum Beispiel einen schlechten Bauzustand der Mietwohnung vereinbart, sind insoweit Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters ausgeschlossen.⁷ Voraussetzung ist, dass die Qualitätsabweichung erkennbar sowie eindeutig und konkret vereinbart ist.⁸ Kennt der Mieter zum Beispiel bei Vertragsabschluss den vorhandenen (schlechten) Zustand der Mietsache, kann dies aber ein Indiz für eine stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung sein.⁹

¹ *BGH NJW* 2010, 3088 Rn. 12; *NJW* 2010, 1745 Rn. 11; *NJW* 2010, 1133 Rn. 11; *NJW* 2009, 2441 Rn. 9.

² *BGH NJW* 2005, 218 f. – Trittschall I; *NJW* 2009, 2441 – Trittschall II; *NJW* 2010, 3088 Rn. 12 – Trittschall III; *NJW* 2010, 1133 Rn. 11 – Abluftanlage im Innenhof.

³ *BGHZ* 195, 50 = *NJW* 2013, 44 Rn. 30 = *JuS* 2013, 456 (*Emmerich*) = *JA* 2013, 225 (*Looschelders*).

⁴ *BGH NJW* 2011, 1217 Rn. 13, zum Kaufrecht.

⁵ *BGH NJW-RR* 2010, 737 Rn. 33; *NJW* 2004, 3174.

⁶ Zur Substandardabrede siehe *Milger*, *NZM* 2011, 177, 182.

⁷ *BGH NJW-RR* 2006, 1157 Rn. 12 f.; *NJW-RR* 2006, 1158 Rn. 9 f.

⁸ *BGH NJW-RR* 1993, 522, 523; *NJW-RR* 2007, 1021 Rn. 28; *NJW-RR* 2010, 737 Rn. 34; *Sternel*, Rn. VIII 388 ff.

⁹ *Sternel*, Rn. VIII 3, 5; siehe auch *BGH NZM* 2007, 474 Rn. 17 ff.

Für die Vereinbarung eines Substandards ist, wie der *BGH* entschieden hat, der Vermieter darlegungs- und beweisbelastet.¹⁰ Nach allgemeinen Grundsätzen muss zwar der Anspruchsteller die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Sollbeschaffenheit beweisen. Da sich die Sollbeschaffenheit aber nach dem maßgeblichen Standard richtet, muss der Vermieter die ihm günstige Tatsache (Vereinbarung des Substandards) beweisen.

3 Sofern die Parteien keine ausdrückliche Regelung zum Soll-Zustand getroffen haben, muss anhand von Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Vermieter schuldet bzw. welchen Standard der Mieter verlangen kann. Dabei ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen.

Revisionsrechtlich ist die Auslegung einer Individualerklärung grundsätzlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind.¹¹

4 Beschaffenheitsvereinbarungen können konkludent getroffen werden. Dies ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu prüfen.¹² Konkludente mietvertragliche Abreden zur Beschaffenheit der Mietsache können etwa in der Weise getroffen werden, dass der Mieter dem Vermieter bestimmte Anforderungen an die Mietsache zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt. Einseitige Erwartungen des Mieters reichen nicht aus.¹³ Das hat der *BGH* zur Terrassennutzung einer Plattform oberhalb eines Lichthofs entschieden.¹⁴

Einem Mieter, der eine Wohnung mit gebrauchter Ausstattung anmietet und bereits vorhandene Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert, sind bei weiterem, nach langjähriger Mietdauer eingetretenem (vollständigen) Verschleiß der Mietsache aber nicht jegliche Gewährleistungsansprüche abzusprechen.¹⁵ Zwar liegt „normaler“ Verschleiß in der Natur der Sache; solche Verschleißerscheinungen sind aus dem Sachmangelbegriff auszuklammern.¹⁶ Nicht hinzunehmen ist aber vollständiger Verschleiß, der zur Gebrauchsuntauglichkeit bzw. Erneuerungsbedürftigkeit führt.¹⁷

b) Maßgeblicher Zeitpunkt

5 Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung über die Beschaffenheit der Mietsache ist in der Regel auf den Standard zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.¹⁸ Unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (§ 157 BGB) werden die Parteien bei Vertragsschluss regelmäßig den zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstab vereinbaren.¹⁹ Ob ein Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist nach dem allgemein anerkannten Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen. Der Vermieter ist – ohne besondere Rechtsgrundlage – nicht verpflichtet, die Anlage ständig auf dem neuesten Stand zu halten. Er schuldet z. B. keine Verbesserung einer dem technischen Stand zur Zeit der Gebäudeerrichtung entsprechenden Wärmedämmung. Er muss allerdings dem (Mindest-)Standard Rechnung tragen, den der Mieter bei Vertragsschluss nach der allgemeinen Verkehrsanschauung bei vergleichbaren Wohnungen erwarten durfte.²⁰ Es kommt nicht

¹⁰ *BGH* NZM 2010, 356 Rn. 24; dazu *Horst*, NZM 2010, 177.

¹¹ St. Rspr., *BGH* Urteil vom 13.3.2013 – VIII ZR 186/12 Rn. 21.

¹² *BGH* NZM 2012, 456 Rn. 4.

¹³ *BGH* NJW 2013, 680 Rn. 10 – vorübergehender Verkehrslärm.

¹⁴ *BGH* NJW 2010, 1133 Rn. 14 – Terrassennutzung.

¹⁵ *BGH* NJW-RR 2010, 737 Rn. 25.

¹⁶ Zum Kaufrecht: *BGH* NJW 2006, 434 Rn. 19; NJW 2008, 53 Rn. 19; NJW 2009, 1588 Rn. 13.

¹⁷ *BGH* NZM 2010, 356 Rn. 26.

¹⁸ *BGH* NJW-RR 2010, 737 Rn. 23; NJW-RR 2006, 1157 Rn. 13; NJW-RR 2006, 1158; NJW 2005, 218, 219; NJW 2004, 3174.

¹⁹ *BGH* NJW 2005, 218, 219; NJW 2010, 1133 Rn. 11; *Sternel*, Rn. VIII 43.

²⁰ *KG* KGR 2008, 682 f.

darauf an, ob aus baulicher Sicht ein höherer Standard zu erwarten gewesen wäre und technisch ohne Weiteres hätte verwirklicht werden können. Die dahin gehende Rechtsprechung zum Bauvertragsrecht²¹ ist auf das Recht der Wohnraummiete nicht übertragbar.²²

Der maßgebliche Standard ist häufig in technischen Normen niedergelegt, z. B. in der TA-Lärm oder in DIN-Normen.²³ Dann ist, sofern nichts anderes vereinbart ist, jedenfalls deren Einhaltung geschuldet.²⁴ Das gilt unbeschadet des Umstands, dass DIN-Normen keine Rechtsnormen sind, sondern nur private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter.²⁵ Die Mindestanforderungen an Schallschutz in Gebäuden regelt die DIN 4109.²⁶ Die DIN 4108 betrifft Wärmeschutz und Energieeinsparung in Gebäuden, die DIN 4102 den Brandschutz. Der Stand der Technik kann sich aber fortentwickelt haben, so dass die DIN-Norm dahinter zurückbleiben kann.²⁷ Dies ist bei entsprechendem Sachvortrag der Parteien durch Sachverständigen-gutachten festzustellen.

- 6 Vermietet der Vermieter eine Altbauwohnung als saniert, ist nicht der Standard bei Errichtung des Gebäudes maßgeblich. Die Sanierung begründet vielmehr nach dem Empfängerhorizont des Mieters die berechnete Erwartung, dass die Wohnung die gegenwärtigen Standards erfüllt. Das ist auch anzunehmen, wenn der Vermieter während der Mietzeit bauliche Veränderungen vornimmt, die zu Lärmimmissionen führen können. Dann kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen. Das hat der *BGH* für den erstmaligen Ausbau eines Dachgeschosses zur Wohnnutzung entschieden.²⁸

Anders ist es, wenn während der Mietzeit in der Wohnung oberhalb der gemieteten Wohnung nur der Fußbodenbelag ausgetauscht wird und sich dadurch der Schallschutz gegenüber dem Zustand bei Anmietung der Wohnung verschlechtert. Solche Arbeiten sind zum Zwecke der Instandhaltung der Wohnungsausstattung von Zeit zu Zeit ohnehin erforderlich; eine grundlegende Veränderung oder Modernisierung des Gebäudes als solchem geht damit nicht einher.²⁹

- 7 Weist das Gebäude im Zeitpunkt der Begründung des Mietverhältnisses tatsächlich einen Standard auf, der besser ist als derjenige, den der Mieter nach den maßgeblichen technischen Normen vom Vermieter verlangen kann, kann der Mieter im Allgemeinen nicht davon ausgehen, dass der Vermieter ihm gegenüber dafür einstehen will, dass dieser Zustand während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses erhalten bleibt.³⁰

Auch wenn es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, können Veränderungen der Anschauungen über den vertragsgemäßen Standard oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Einzelfall zu einer Vertragsanpassung führen.³¹ Bei einer von der Mietsache ausgehenden Gesundheitsgefährdung des Mieters

²¹ BGHZ 181, 225 = NJW 2009, 2439; BGHZ 172, 346 = NJW 2007, 2983.

²² BGH NJW 2010, 3088 Rn. 11, 16.

²³ BGH NJW 2005, 218; *Sternel*, Rn. VIII 41; zur Lüftungsnorm (DIN 1946-6) siehe *Breiholdt/Nierhaus*, NZM 2012, 329.

²⁴ BGH NJW 2010, 1133 Rn. 11, 15.

²⁵ BGH NJW 2010, 3088 Rn. 14.

²⁶ BGHZ 172, 346 = NJW 2007, 2983 Rn. 25; *OLG Frankfurt/M.* NJW-RR 2010, 26; *Schmid*, MDR 2009, 1024; *Frank*, BauR 2009, 248; *Rodegra*, WuM 2009, 151; *Behr/Pause/Vogel*, NJW 2009, 1385.

²⁷ BGHZ 172, 346 = NJW 2007, 2983 Rn. 32; *BGH* NJW 2010, 3088 Rn. 14.

²⁸ BGH NJW 2005, 218, 219; *Sternel*, Rn. VIII 6.

²⁹ BGH NJW 2009, 2441 – *Trittschall II*; Urteil vom 5.6.2013 – VIII ZR 287/12 (Abschleifen und Teilerneuerung des Estrichs); vgl. auch *Elzer*, NZM 2009, 580.

³⁰ BGH NJW 2010, 1133 Rn. 17; NJW 2009, 2441 Rn. 12 f.

³¹ BGH NJW-RR 2006, 1158 Rn. 10.

kommt es daher auf den Zeitpunkt an, der für die jeweilige Rechtsfolge maßgeblich ist.³² Auch verfassungsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, das unveränderte Fehlen gesundheitlicher Unbedenklichkeit zu verlangen.³³

c) Unmittelbare Beeinträchtigung

Bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände können einen Fehler des Mietobjekts begründen. Um zu vermeiden, dass der Fehlerbegriff ausufert, ist insoweit stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erforderlich. Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, sind nicht als Mängel zu qualifizieren.³⁴ Dieses Kriterium dient insbesondere zur Abgrenzung von Umfeld- bzw. Umweltmängeln.

Baulärm in der Nachbarschaft kann unter engen Voraussetzungen einen Mangel der Mietwohnung begründen.³⁵ Zwar werden solche Baumaßnahmen gerade in Altbaubeständen zu erwarten sein.³⁶ Anders ist es aber bei kompletter Entkernung eines Nachbargebäudes, sofern der Vermieter nicht darlegt, dass im Hinblick auf den erkennbaren Sanierungsbedarf mit Bautätigkeit in der Umgebung des Mietobjekts zu rechnen war.³⁷ Für eine vorübergehende Verkehrslärmbelastung hat der *BGH* entschieden, dass dies unter Umständen Gegenstand einer (konkludenten) Beschaffensvereinbarung sein kann, nämlich wenn der Vermieter erkennen musste, dass der Mieter dies als maßgeblich ansieht und der Vermieter sich darauf einlässt.³⁸

2. Darlegungs- und Beweislast

Nach Überlassung der Mietsache trägt gemäß § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat. Wer eine Leistung als Erfüllung annimmt, trägt die Beweislast, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will.³⁹

Der Mieter, der sich auf einen Mangel der Mietsache beruft, muss konkretisiert Sachmängel darlegen, die die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen.⁴⁰ Die Mangelerscheinungen (Mangelsymptome) muss er hinreichend beschreiben. Der Grad der Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltschilderung ist für den Umfang der Darlegungslast regelmäßig ohne Bedeutung.⁴¹ Das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung durch den Mangel muss der Mieter nicht darlegen.⁴² Die ihm oft nicht bekannte Ursache der Mängel muss er nicht erforschen. Der Mieter muss auch keine Beseitigungsmöglichkeiten aufzeigen.⁴³

³² *BayOblG* NZM 1999, 899; *Sternel*, Rn. VIII 104.

³³ *BVerfG* NZM 1999, 302, 303 – Holzschutzmittel.

³⁴ *BGH* NJW 2009, 664 Rn. 34; NJW 2006, 899 Rn. 19; NJW 2000, 1714, 1715; NJW 1981, 2405; *OLG Düsseldorf* OLGR 2008, 622, 623; *KG KGR* 2008, 323, 324; *OLG Rostock* NJW-RR 2009, 1023; *Sternel*, Rn. VIII 9.

³⁵ *Blank*, WuM 2012, 175; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849 ff.; *Flatow*, AnwZert MietR 15/2012; zu Fluglärm: *Füglein/Krafzik*, WuM 2013, 337.

³⁶ *KG KGR* 2003, 98; *Sternel*, Rn. VIII 4, 97.

³⁷ *LG Berlin* GE 2007, 1188.

³⁸ *BGH* NJW 2013, 680 Rn. 10.

³⁹ *BGH* NJW 2009, 3099 Rn. 11; WuM 2010, 761 Rn. 10.

⁴⁰ *BGH* NJW-RR 2012, 382 Rn. 16 – Fäkalgeruch; *Schneider*, WuM 2013, 209; *Streyll*, NZM 2012, 104.

⁴¹ *BGH* NJW-RR 2012, 382 Rn. 23

⁴² *BGH* NJW-RR 2012, 382 Rn. 16.

⁴³ *BVerfG* NJW 2007, 3118, 3130; *BGH* NJW-RR 1991, 779, 780; NJW-RR 2004, 1450, 1452; NJW-RR 2012, 382 Rn. 16; ebenso zu Baumängeln: *BGH* NJW 1999, 1330

- 10 Der *BGH* hat es ausreichen lassen, wenn der Mieter mitteilt, dass ein Heizkörper „nicht funktioniert“. Das bedeutet bei verständiger Würdigung, dass er keine Heizwärme abgibt. Der Mieter muss prozessual keinen Vortrag dazu halten, ob ein Totalausfall des Heizkörpers vorgelegen habe oder ob und in welchem Umfang und über welchen Zeitraum hinweg die Heizleistung reduziert gewesen sei.⁴⁴ Das gilt auch dann, wenn der Vermieter den Vortrag bestreitet. Eine Partei, die ein Recht beansprucht, ist nicht schon deshalb, weil der Gegner ihr Vorbringen bestreitet, gezwungen, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben, weil der Gegner ihn bestritten hat.⁴⁵

Bei wiederkehrenden Mängeln, wie z. B. Lärm- oder Schmutzbelästigungen, muss der Mieter kein Mängelprotokoll vorliegen, um die Anforderungen an eine substantiierte Darlegung zu erfüllen. Erforderlich ist aber grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten.⁴⁶ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es dem Mieter aus praktischen Gründen zu empfehlen ist, ein solches Protokoll zu führen. Dies ist in der Regel zu befürworten.⁴⁷ Auch der anwaltliche Berater des Mieters wird mit Rücksicht auf den Grundsatz des sichersten Weges und zur Vermeidung eigener Haftungsgefahren dazu raten.⁴⁸

3. Besondere Fallgestaltungen

a) Feuchtigkeitsschäden

- 11 Feuchtigkeitserscheinungen, namentlich Schimmelpilzbefall und Stockflecken, treten in der Praxis häufig auf. Der Mieter muss darlegen, wo und in welchem Umfang die Feuchtigkeit vorhanden ist, denn davon hängt die Beurteilung der Frage einer Beeinträchtigung und der Einstufung als erheblich ab.⁴⁹ Die Frage, ob darin ein Sachmangel zu sehen ist, hängt von der vereinbarten Beschaffenheit ab.
- 12 Zur Frage der Zurechenbarkeit wird nicht selten ein Sachverständigengutachten einzuholen sein.⁵⁰ Feuchtigkeitsschäden sind dem Vermieter nicht zurechenbar, wenn sie vom Mieter verursacht wurden, z. B. durch falsches Wohnverhalten. Das folgt auch aus dem Rechtsgedanken des § 326 II BGB. Auch das sogenannte „Fogging“ (Ablagerung von Schwarzstaub) ist nicht ohne weiteres der Vermietersphäre zuzuordnen.⁵¹

Oft kommt es im Rahmen der Zurechnung eines Mangels darauf an, ob nutzerbedingtes Fehlverhalten durch unzureichendes Lüften oder Heizen die Ursache der Feuchtigkeit ist oder ob bauseits bedingte Mängel vorliegen. Ursache können auch Wärmebrücken sein, umgangssprachlich auch Kältebrücken genannt.⁵² Freilich muss die Mietsache nicht ohne weiteres mangelhaft sein, wenn eine Wärmedämmung nach dem Stand der Technik bei Errichtung nicht geboten war.⁵³ Insbesondere nach dem Einbau neuer, hochdichter und wärmeisolierter Fenster muss der Mieter vermehrt lüften und heizen. Darauf muss der Vermieter nicht gesondert hinweisen, weil er dieses Wissen als allgemein bekannt voraussetzen darf.⁵⁴ Ist das Nutzerverhalten nicht

⁴⁴ *BGH* NJW-RR 2012, 382 Rn. 20.

⁴⁵ *BGH* NJW-RR 2012, 382 Rn. 20; Beschluss vom 12.6.2008 – V ZR 223/07 Rn. 8.

⁴⁶ *BGH* NJW 2012, 1647 Rn. 17 – „Touristengenerve“, dazu *Wetekamp*, NZM 2012, 441, 443.

⁴⁷ *Boos*, LMK 2012, 335715.

⁴⁸ *Harsch*, WuM 2012, 63, 66.

⁴⁹ *KG* KGR 2007, 256 f.

⁵⁰ Vgl. *Sternel*, Rn. VIII 38, 57.

⁵¹ *Sternel*, Rn. VIII 112.

⁵² *Schulz*, GE 2008, 42; zur richtigen Fensterlüftung: *Künzel*, WuM 2012, 652.

⁵³ *AG Nürtingen* NZM 2011, 547.

⁵⁴ *AG Nürtingen* NZM 2011, 547; zu Lüft- und Heizanforderungen: *Lucenti/Westfeld*, NZM 2009, 422.

als Ursache festzustellen, ist der betroffene Bauteil energetisch zu verbessern bzw. zu sanieren, zum Beispiel durch Wärmedämmung.⁵⁵

Der BVS (Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e. V.) hat eine umfangreiche Richtlinie zum sachgerechten Umfang mit Schimmelpilzschäden in Gebäuden aufgestellt.⁵⁶ In einem Rechtsstreit wird häufig die gebotene Lüftungsfrequenz aufzuklären sein. Festzustellen ist, wie oft der Mieter – je nach Mietobjekt im Rahmen üblichen Wohnverhaltens – täglich lüften muss, um Feuchtigkeitsschäden zu verhindern. Zu übermäßigem Lüften der Wohnung ist der Mieter freilich nicht verpflichtet.⁵⁷ Siebenmaliges tägliches Lüften hat die Rechtsprechung als unzumutbar erachtet.⁵⁸ 13

Ein Augenmerk ist darauf zu legen, dass der Mieter sein Lüftungsverhalten ändern muss, wenn Feuchtigkeiterscheinungen nach Modernisierungsmaßnahmen auftreten. Anlass wird namentlich der Austausch von einfach verglasten Fenstern gegen Isolierfenster sein.⁵⁹ Auch in einen ansonsten nicht wärmedämmten Altbau kann in einer solchen Lage durch entsprechendes Lüften der Entstehung von Schimmelpilz entgegengewirkt werden. Der Vermieter muss den Mieter allerdings sachgerecht und präzise über die veränderten Anforderungen unterrichten. Andernfalls ist das Unterlassen des Vermieters jedenfalls mitursächlich für Feuchtigkeitsschäden.⁶⁰

Bei mehreren Ursachen müssen die jeweiligen Verursachungsanteile festgestellt werden. Sind nämlich sowohl bauliche Mängel als auch fehlerhafte Nutzung des Mieters mitursächlich für Feuchtigkeitsschäden, mindert sich die Miete anteilig im Verhältnis der Verursachungsanteile.

Die Darlegungs- und Beweislast richtet sich nach Verantwortungsbereichen.⁶¹ Dies wird auch als **Sphärentheorie** bezeichnet.⁶² Ist streitig, ob Wasserschäden ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Vermieters oder des Mieters haben, muss der Vermieter sämtliche Ursachen ausräumen, die aus seinem Gefahrenbereich herrühren können. Falsches Lüftungs- und Heizverhalten des Mieters steht zur Beweislast des Vermieters.⁶³ Der Vermieter muss mithin darlegen und beweisen, dass der Feuchtigkeitsschaden nicht auf einem Baumangel beruht. Erst dann, wenn dem Vermieter dieser Beweis gelungen ist und er sämtliche Ursachen ausräumt, die in seinen Verantwortungsbereich fallen, muss der Mieter beweisen, dass die Feuchtigkeitsschäden nicht aus seinem Verantwortungsbereich stammen.⁶⁴ 14

Ein medizinisches Gutachten kann notwendig werden, sofern es auf die Frage ankommt, ob Schimmelpilz die Gesundheit gefährdet.⁶⁵ Dies kann z. B. für den Umfang der Minderung erheblich sein.⁶⁶ Freilich kann bereits die – durch wissenschaftliche Erkenntnisse – begründete Besorgnis einer Gesundheitsgefahr die Gebrauchstauglichkeit von Mieträumen zu Wohnzwe-

⁵⁵ Zimmer, GE 2008, 1482.

⁵⁶ NZM 2011, 13 ff.

⁵⁷ OLG Frankfurt/M. NZM 2001, 39: Querlüften zweimal morgens und einmal abends; siehe auch Sternel, Rn. VII 271: im Allgemeinen einmal morgens und abends jeweils 15 Minuten.

⁵⁸ LG Dortmund WuM 2008, 333; siehe auch LG Hamburg NZM 1998, 571; Sternel, Rn. VI 269 f.

⁵⁹ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 230.

⁶⁰ LG München I NZM 2007, 642; LG Gießen ZMR 2000, 537; Sternel, Rn. VII 24 f.

⁶¹ BGH NJW 2006, 1061 Rn. 2; NJW-RR 2005, 381.

⁶² Sternel, Rn. VIII 152, 168; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 494.

⁶³ AG Regensburg WuM 2010, 738, 739.

⁶⁴ BGH NJW-RR 2005, 235 unter Hinweis auf BGHZ 126, 124, 127 f. = NJW 1994, 2019, 2020; AG Regensburg WuM 2010, 738.

⁶⁵ BGH NJW 2007, 2177 Rn. 30.

⁶⁶ AG Düsseldorf WuM 2009, 664 – Fogging.

cken beeinträchtigen und die Annahme eines Mangels der Mietsache rechtfertigen.⁶⁷ Jedoch sind Anzeichen notwendig, dass sich die abstrakte Gefahr konkret verwirklicht.⁶⁸

b) Wohnflächenabweichung

aa) Beschaffenheitsvereinbarung

- 15 In der Regel geben die Mietvertragsparteien die Größe der Wohnfläche im schriftlichen Mietvertrag an (Soll-Beschaffenheit). Was die Parteien unter dem von ihnen verwendeten Begriff der Wohnfläche verstehen, hängt grundsätzlich von ihrer Vereinbarung ab. Vorrangig sind ausdrückliche Vereinbarungen zu beachten.⁶⁹ Vereinbaren die Parteien etwa, dass die Größe des Wohnraums nicht zur Festlegung des Mietgegenstands dient, liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung vor.⁷⁰

Haben die Parteien ausdrücklich nichts vereinbart, richtet sich die Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche (Ist-Beschaffenheit) auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich nach den für preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags geltenden Bestimmungen.⁷¹ Maßgeblich ist bei Mietverträgen, die ab dem 1.1.2004 geschlossen wurden, die seitdem geltende WohnflächenVO. Für Mietverträge aus der Zeit bis zum 31.12.2003 sind die §§ 42–44 der II. BerechnungsVO anwendbar.⁷²

- 16 Besonderes gilt, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen haben oder ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender ist.⁷³ Auch bei der Wohnraummiete ist eine vereinbarte Berechnung anhand der – bei Gewerbeobjekten häufigeren⁷⁴ – DIN 277 denkbar. Das hat der *BGH* im Fall einer Maisonette-Wohnung in einem ausgebauten Spitzboden mit Dachschrägen entschieden.⁷⁵ Daraus können sich gewisse Unterschiede ergeben. Nach der DIN 277 sind z. B. Schrägen nach der reinen Grundfläche anzurechnen, während die Anrechnung von Schrägen auf der Grundlage von § 4 I Nr. 2 WohnflächenVO mit einer lichten Höhe unter zwei Meter auf die Hälfte des Raumteils beschränkt ist.

Der Begriff der „Mietraumfläche“ ist nicht ohne weiteres mit der Grundfläche gleichzusetzen. Der Begriff ist nicht eindeutig. Im Rahmen eines vom Vermieter verwendeten Formularvertrags kommt daher die Unklarheitenregel des § 305c II BGB zur Anwendung; danach gelten die oben genannten Maßstäbe, die auch sonst für Flächenangaben maßgeblich sind.⁷⁶

- 17 Eine bestimmte Wohnungsgröße kann auch stillschweigend vereinbart sein, ohne dass der Mietvertrag Angaben zur Wohnfläche vorsieht. Das kann sich aus Geschehnissen im Vorfeld ergeben. Der *BGH* hat dies in einem Fall angenommen, indem bereits eine Annonce eine Wohnflächenangabe enthielt und dem Mietinteressenten vor Vertragsabschluss eine detaillierte Grundrisszeichnung nebst Wohnflächenberechnung übergeben worden war.⁷⁷

⁶⁷ *BGH NJW-RR* 2006, 879 Rn. 12 (verneint im Fall einer Mobilfunkanlage); *Sternel*, Rn. VIII 13; zu Gesundheitsgefahren durch Mobilfunkanlagen: *Kniep/Gratzel*, WuM 2009, 383.

⁶⁸ *LG Berlin NZM* 2011, 481, 482.

⁶⁹ *BGH NJW* 2009, 2818 Rn. 11 (hier: §§ 42 ff. II BV).

⁷⁰ *BGH NJW* 2011, 220.

⁷¹ *BGH NJW* 2009, 3421 Rn. 10; *NJW* 2010, 1064 Rn. 17.

⁷² *BGH NJW* 2010, 292 Rn. 17; *NJW* 2010, 1745 Rn. 9.

⁷³ *BGH NJW* 2009, 2295 Rn. 19; *NJW* 2007, 2624 Rn. 13; *Sternel*, Rn. VIII 118, 118a.

⁷⁴ *Sternel*, Rn. VIII 118b.

⁷⁵ *BGH NJW* 2004, 2230.

⁷⁶ *BGH NJW* 2010, 293; vgl. *Langenberg*, NZM 2009, 76.

⁷⁷ *BGH NJW* 2010, 2648.