

Bianca Zentes\*

# Übungsfall zum Mietvertragsrecht

## „Neu ist immer besser?!“

*Der aus zwei Teilen bestehende Fall fragt klassische Probleme des Mietvertragsrechts ab. Es handelt sich um eine Zusammenstellung mehrerer Besprechungsfälle sowie einstündiger Klausuraufgaben. Das Niveau ist auf Studentinnen und Studenten im Hauptstudium zugeschnitten; die vorgeschlagene Bearbeitungszeit liegt bei drei Stunden.*

### Sachverhalt

Millie (M) hat von Verena (V) seit Anfang des Jahres 2018 eine kleine Studentenwohnung in zentraler Lage angemietet. Nach circa fünf Jahren Mietzeit beginnt M die Wohnung als zu klein zu empfinden und beschließt, sich nach etwas größerem umzusehen. Glücklicherweise wird sie schnell fündig und zieht nach ihrer wirksamen Kündigung aus der Innenstadtwohnung aus. Auch V will möglichst schnell neue Mieter finden und inspiziert deshalb noch am Tag des Auszugs die leerstehende Wohnung. Dabei bemerkt sie, dass die Wohnräume Abnutzungsspuren aufweisen. Diese entsprechen zwar noch dem gewöhnlichem Maß nach fünf Jahren Mietzeit, erfordern aber dennoch eine Renovierung, bevor die Wohnung neu vermietet werden kann. V ärgert sich, denn sie hat extra folgende Passage in den Mietvertrag eingefügt:

§ 4. Der Mieter ist verpflichtet, die während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen. Die Schönheitsreparaturen sind fachgerecht und wie folgt auszuführen [...].

Eine andere Klausel im Vertrag legt fest, innerhalb welcher Zeitperioden die Schönheitsreparaturen „im Allgemeinen“ erforderlich sind, beispielsweise in der Küche alle drei Jahre. V hatte online in einem Vermieterforum gelesen, dass solche Klauseln üblich sind. Deshalb hatte sie von dort den „Standardmietvertrag“ heruntergeladen und seitdem für alle ihre (fünf) vermieteten Wohnungen verwendet.

Sofort nach der Besichtigung fordert V die M auf, die Schönheitsreparaturen vorzunehmen. M weigert sich, denn (was zutrifft) die Wohnung sei schon bei

ihrem Einzug im Jahr 2018 keinesfalls frisch renoviert gewesen, sondern habe Abnutzungsspuren aufgewiesen. Deshalb hatte M mit ihrer Vermieterin vereinbart, die Renovierung selbst zu übernehmen, im Gegenzug aber die Küche der Vermieterin ohne Zahlung einer Ablösesumme übernehmen zu dürfen.

M sieht sich gleichwohl in keiner Weise zur Renovierung verpflichtet und verweigert jede Verhandlung mit V über die Schönheitsreparatur. Ein paar Tage später engagiert diese deshalb eine Handwerkerin, um die Abnutzungsspuren zu beseitigen, wobei Kosten in Höhe von 500 € anfallen. V fordert diese Kosten von M ein.

M entgegnet nur, dass sie sich in keiner Weise zur Zahlung verpflichtet sieht und in der Zwischenzeit eine schönere Wohnung mit obendrein viel freundlicherer Vermieterin gefunden hat.

Tatsächlich hat M nunmehr von Nina (N) ein modernes Loft für 1.000 € monatlich gemietet. Auf ihrer Housewarming-Party kurz nach ihrem Einzug erzählt M deshalb ihrer Freundin, der Architektin Anna (A), stolz, dass sie sich hier auf ihren 150 qm wohlfühlt. A fragt erstaunt nach, ob M sich mit den 150 qm wirklich sicher sei. Nach ihrem Augenmaß sei die Wohnung um einiges kleiner, sie könne das aber gerne kostenlos für sie vermessen. M entgegnet, was zutrifft, dass im schriftlichen Mietvertrag eine Wohnfläche von „circa 150 qm“ angegeben ist. Tatsächlich zweifelt M nun aber erstmals an der Größenangabe im Mietvertrag und nimmt As Angebot dankend an.

Wenige Tage später vermisst A die Wohnung fachkundig und es stellt sich heraus, dass die korrekt vermessene und berechnete Wohnfläche tatsächlich nur 120 qm beträgt. M ist außer sich und spricht N sofort darauf an. Zwar will M keinesfalls aus der Wohnung ausziehen, aber die Miete in voller Höhe zahlen möchte sie auch nicht.

N entgegnet, dass im Mietvertrag nur „circa“ 150 qm vereinbart sind, weshalb M mit Abweichungen rechnen müsse. Außerdem sei die Wohnung für M vollkommen ausreichend – die „fehlenden“ 30 qm würde man gar nicht wirklich merken. Immerhin habe M die Wohnung besichtigt und war hellauf begeistert. Sie dürfe nicht einfach „die Miete drücken“, nur weil die Wohnung „auf dem Papier zu klein ist“.

Außerdem verweist sie auf § 5 des Mietvertrags:

§ 5. Der Vermieter übernimmt keinerlei Haftung für eventuelle Mängel der Mietsache.

M entgegnet, dass sie bewusst nur nach Wohnungen gesucht habe, die größer als 130 qm sind. Zu Beginn des nächsten Monats zahlt M dennoch die vereinbarten 1.000 €. Ein paar Tage später fragt sie sich aber, ob N in den beiden Monaten seit ihrem Einzug überhaupt der volle Mietzins zustand. N wendet ein, für diese Diskussion sei es nunmehr ohnehin zu spät. M habe trotz ihrer Beschwerde freiwillig im Folgemonat die volle Miete gezahlt, weshalb die Angelegenheit sich erledigt habe.

**Frage 1:** Hat V gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 €?

**Frage 2:** Hatte N gegen M einen Anspruch auf Zahlung der Miete in Höhe von 1.000 € pro Monat?

## Lösungsvorschlag

**Frage 1:** Anspruch von V gegen M auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 €

### A. Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der Abnutzung

Ansprüche auf Ersatz der Renovierungskosten könnten V gegen M unter dem Gesichtspunkt zustehen, dass M die im Eigentum der V stehende Wohnung abgenutzt, also beschädigt, hat.

#### I. Anspruch aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB

V könnte gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass M schuldhaft eine (Neben-)Pflicht aus einem bestehenden Schuldverhältnis verletzt hat, sodass V ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

##### 1. Wirksamer Mietvertrag und Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB

M und V waren zur Zeit der angeblichen Pflichtverletzung durch einen wirksamen (Wohnraum-)Mietvertrag gemäß §§ 535; 549 Abs. 1 BGB verbunden. Für Schadensersatzansprüche des Vermieters gegen den Mieter enthalten die §§ 536 ff. BGB keine vorrangigen Spezialregeln, sodass das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung findet.

##### 2. Pflichtverletzung

Weiterhin müsste M durch die Abnutzung der Wohnräume eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt eine Verletzung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, wonach sich jede Partei bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten hat, dass die Rechtsgüter und Rechte des anderen Teils nicht verletzt werden.<sup>1</sup> Konkret bedeutet dies im

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht (Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille) an der Universität des Saarlandes.

<sup>1</sup> Grüneberg/*Grüneberg*, 82. Auflage 2023, § 241 Rn. 7; MüKoBGB/*Bachmann*, 9. Auflage 2022, § 241 Rn. 173; *Looschelders*, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 1 Rn. 20.

Mietverhältnis, dass der Mieter die Mietsache sorgsam zu behandeln, insbesondere vor möglichen Schäden zu bewahren hat.<sup>2</sup>

Allerdings ist zweifelhaft, ob eine gewöhnliche Abnutzung der angemieteten Wohnung als Eigentumsbeeinträchtigung eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht darstellt. Dagegen spricht, dass die vertragliche Hauptleistung des Vermieters gemäß § 535 Abs. 1 BGB gerade in der Gebrauchsüberlassung und -erhaltung, das heißt der Duldung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch den Mieter (Satz 1) und in der Instandhaltung der Mietsache (Satz 2) besteht.<sup>3</sup> Der vertragsgemäße – hier mangels spezieller Anhaltspunkte gewöhnliche – Gebrauch<sup>4</sup> ist gerade von der vertraglich begründeten Duldungspflicht ebenso wie von der Instandhaltungspflicht des Vermieters umfasst.<sup>5</sup> Darüber hinaus schließt § 538 BGB – insoweit lediglich deklaratorisch – das Vertretenmüssen des Mieters für Abnutzungen durch den vertragsgemäßen Gebrauch aus.<sup>6</sup> Tatsächlich fehlt es bei der Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs bereits an einer Pflichtverletzung.<sup>7</sup>

### 3. Ergebnis

M hat den vertragsgemäßen Gebrauch nicht überschritten, sodass ein Anspruch aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB mangels Pflichtverletzung ausscheidet.

## II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Aus demselben Grund ist die Eigentumsbeeinträchtigung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht als rechtswidrig einzustufen, sodass auch dieser Schadensersatzanspruch ausscheidet.

Aus der Abnutzung der Wohnung kann V keine Ansprüche gegen M herleiten.

<sup>2</sup> *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 61; *Emmerich*, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 30 f.

<sup>3</sup> *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 1 f.; *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 14.

<sup>4</sup> Ausführlich zum „vertragsgemäßen Gebrauch“ der Mietsache und den daraus resultierenden Pflichten von Vermieter und Mieter *Looschelders*, NZM 2022, 393.

<sup>5</sup> *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 14, 16.

<sup>6</sup> So wie hier BGH, NJW 2008, 2432 Rn. 12; BeckOGK/H. *Schmidt*, Stand: 1.7.2023, § 538 Rn. 3 f. m.w.N.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2008, 2432 Rn. 12; BeckOK MietR/*Bock/Brunns*, Stand: 1.8.2023, § 538 Rn. 3.

**B. Anspruch unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Renovierung:****§ 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB**

V könnte gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 € als Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB haben.

M könnte eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis dergestalt verletzt haben, dass sie ihrer fälligen und einredefreien Instandhaltungspflicht trotz Fristsetzung oder Entbehrlichkeit nicht nachkam. Fraglich ist, ob M eine solche Instandhaltungspflicht traf.

**I. Gesetzliche Instandhaltungspflicht**

Nach der gesetzlichen Konzeption des § 535 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 BGB fällt es in den Pflichtenkreis des Vermieters, die Mietsache in ihrem ursprünglichen Zustand zu erhalten. Kraft Gesetzes treffen den Mieter keinerlei Instandhaltungspflichten.

**II. Vertragliche Instandhaltungspflicht aus § 4 des Mietvertrags**

Möglicherweise wurde der M eine Instandhaltungspflicht aber durch § 4 des Mietvertrags auferlegt, wonach der Mieter verpflichtet ist, alle während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen durchzuführen.

Allerdings muss die Klausel hierfür wirksam vereinbart sein, also sowohl die besonderen mietvertraglichen als auch die allgemeinen AGB-rechtlichen Grenzen entsprechender Vereinbarungen einhalten.

**1. Unwirksamkeit nach § 536 Abs. 4 BGB**

Vorrangig ist die Klausel an dem besonderen Unwirksamkeitsgrund des § 536 Abs. 4 BGB zu messen, wonach bei der Wohnraummiete eine Beschränkung der Mietminderung sowohl individualvertraglich als auch formularmäßig ausgeschlossen ist.

Ausdrücklich schränkt die Klausel nicht die Minderung im Fall eines Mangels ein. Bei weitester Auslegung könnte allenfalls die Pflicht, die Schönheitsreparatur „auf eigene Kosten“ durchzuführen so ausgelegt werden, dass dem Mieter Gewährleistungsrechte nicht zustehen, sofern und solange er den ihm übertragenen

Instandsetzungs- und Instandhaltungspflichten nicht nachkommt.<sup>8</sup> Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen, wenn sich die Klausel aus anderen Gründen als unwirksam erweist.

## 2. Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Klausel könnte sich als AGB-rechtlich unwirksam erweisen.

### a) Vorliegen von AGB

Anwendungsvoraussetzung der §§ 305 ff. BGB ist das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, also für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierter Vertragsbedingungen, die der Verwender stellt.

Bei dem „Standardmietvertrag“ handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die für mehr als drei<sup>9</sup>, also eine Vielzahl von Fällen verwendet werden.

Problematisch ist allein, ob diese vom Verwender, also der V, gestellt wurden. „Gestellt“ sind die Bedingungen von der Partei, die sie einseitig festlegt und der anderen Partei die Einbeziehung abverlangt.<sup>10</sup>

Bedenken bestehen insoweit, dass V die Vertragsbedingungen aus dem Internet kopiert, also möglicherweise nicht *selbst* einseitig festgelegt hat. Denn Bedingungen sind insbesondere dann nicht vom Verwender gestellt, wenn sie von einem neutralen Dritten in den Vertrag eingebracht wurden.<sup>11</sup>

Dieses Problem würde die Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB lösen<sup>12</sup>, was vorliegend jedoch daran scheitert, dass es für eine Unternehmereigenschaft (§ 14 Abs. 1 BGB) der V als Anwendungsvoraussetzung des § 310 Abs. 3 BGB an Anhaltspunkten fehlt.

<sup>8</sup> So LG Berlin, NZM 2017, 258 (258 f.); zustimmend BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 112 dort Fn. 478.

<sup>9</sup> BGH, NJW 2002, 138 (139); BGHZ 223, 1 (9, Rn. 31); BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 24.

<sup>10</sup> BGHZ 83, 56 (58); BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26; Looschelders, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 9.

<sup>11</sup> Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 305 Rn. 12; MüKoBGB/Fornasier, 9. Auflage 2022, § 305 Rn. 22.

<sup>12</sup> MüKoBGB/Fornasier, 9. Auflage 2022, § 310 Rn. 89; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 609; Looschelders, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 9.

Fraglich ist damit, ob die Herkunft der Klausel aus dem Internet einem „Stellen“ durch V entgegensteht. Dagegen spricht, dass als Gedanke hinter dem AGB-Recht das einseitige Inanspruchnehmen fremder Rechtsgestaltungsmacht steht<sup>13</sup>: Der Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB liegt darin, dass die Privatautonomie der einen Vertragspartei von der grundsätzlich gegebenen Inhalts- und Abschlussfreiheit durch das Einbringen vorformulierter Bedingungen durch die Verwenderpartei auf die bloße Abschlussfreiheit reduziert wird.<sup>14</sup> Deshalb ist es für das Merkmal des „Stellens“ entscheidend, ob der Vertragspartner *in der konkreten Vertragsschlusssituation* effektiven Einfluss auf den Inhalt der Klausel hat.<sup>15</sup> Woher diese ursprünglich stammt ist hingegen irrelevant, insbesondere muss die Klausel weder vom Verwender selbst noch in seinem Auftrag entworfen worden sein.<sup>16</sup>

Folglich spielt es keine Rolle, dass V den „Standardmietvertrag“ dem Internet entnommen hat. In der konkreten Vertragssituation war sie es, die M die Geltung des Bedingungswerks abverlangt hat, sodass sie als Verwenderin AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat.

#### **b) Einbeziehung in den Vertrag und Eröffnung der Inhaltskontrolle**

Die Klausel wurde nach § 305 Abs. 2; § 305c Abs. 1 BGB in den Vertrag einbezogen und weicht vom dispositiven § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ab, sodass die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB eröffnet ist, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.

#### **c) Inhaltskontrolle: unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB**

Vorrangige Klauselverbote nach §§ 309; 308 BGB sind nicht ersichtlich, sodass eine Unwirksamkeit des § 4 AGB nur aus einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB folgen könnte.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt danach im Zweifel vor, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

<sup>13</sup> BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26.

<sup>14</sup> Vgl. BGHZ 183, 220 (225, Rn. 14); Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, Überbl. v. § 305 Rn. 3.

<sup>15</sup> BGHZ 184, 259 (267 f., Rn. 18); Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 305 Rn. 10.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2016, 1230; BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26.

### aa) Schönheitsreparaturklauseln im Allgemeinen

Tatsächlich stehen Schönheitsreparaturklauseln zum Grundgedanken des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in Widerspruch. Während danach die Instandhaltungspflicht den Vermieter trifft, verlagern die Schönheitsreparaturklauseln sie auf den Mieter.

Allerdings verlangt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mehr als einen Widerspruch zum Gedanken der gesetzlichen Regel; die Bestimmung muss damit *unvereinbar* sein. Trotz der weitgehenden Abweichung vom Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB kann die Indizwirkung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB also widerlegt werden.<sup>17</sup>

Speziell für Schönheitsreparaturen hat der BGH als solche Widerlegung das Entgeltargument entwickelt: Dieses basiert darauf, dass die vom Mieter übernommene Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen von Vermietern regelmäßig in der Kalkulation des Mietzinses berücksichtigt wird. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erfüllt der Mieter, indem er die durch sich selbst verursachte Abnutzung beseitigt, einen Teil seiner Pflicht zur Entgeltzahlung.<sup>18</sup>

Aus diesem Grund dient die Belastung des Mieters mit der Renovierungspflicht nicht allein den Vermieterinteressen, sodass Schönheitsreparaturklauseln nicht per se eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen.

### bb) Schönheitsreparaturklausel bei unrenoviert bezogener Wohnung

Anders könnte sich die Situation aber darstellen, wenn die Wohnung in unrenoviertem Zustand bezogen wurde.

Dies hängt zum einen davon ab, in welchem Umfang die Entgeltthese als Rechtfertigung für die Pflicht zur Schönheitsreparatur dienen kann. So wird der für § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Vorteil auf Seiten des Mieters damit begründet, dass er durch die Vornahme der Schönheitsreparaturen einen Teil des Mietzinses einspart. Einen solchen schuldet er aber nur als Kompensation für die eigene (Ab-)Nutzung der Mietsache. Folglich schuldet er auch nur insoweit Leistungen, die wirtschaftlich an die Stelle des Mietzinses treten. Die Entgeltthese

<sup>17</sup> Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 307 Rn. 28.

<sup>18</sup> BGHZ 77, 301 (305) [zur Pacht]; 92, 363 (371); 101, 253 (262); Looschelders, SchuldR BT, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16; Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (249). Kritisch aber MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 150; Staudinger/V. Emmerich (2021), § 535, Rn. 111.; ders., SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 37; Looschelders, NZM 2022, 393 (398).

greift also nur hinsichtlich solcher Abnutzungen ein, die der gegenwärtige Mieter verursacht hat.

Auch der Aspekt der Reziprozität als zweites regelmäßig wiederkehrendes Argumentationsmuster im Bereich der Schönheitsreparaturen streitet für diese Begrenzung: Danach darf dem Mieter die Schönheitsreparatur im Allgemeinen nicht weitergehend auferlegt werden, als auch den Vermieter die Pflicht aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB trafe.<sup>19</sup> Diese Pflicht begrenzt sich auf die Dauer der Mietzeit, sodass für den Mieter entsprechendes gelten muss.<sup>20</sup>

Wird dem Mieter für die Beseitigung eventueller durch den Vermieter entstandener Abnutzungen kein anderer angemessener Ausgleich zugestanden, dient die Reparatur einseitig dem Interesse des Vermieters und benachteiligt den Mieter unangemessen im Sinne des § 307 BGB.<sup>21</sup>

Die Klausel wäre folglich unwirksam, wenn sie die M ohne Gewährung eines angemessenen Ausgleichs zur Renovierung einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig bezogenen Wohnung verpflichtet.

#### *(1) Unrenovierte oder renovierungsbedürftige Wohnung*

Hierfür müsste das Mietobjekt im konkreten Fall<sup>22</sup> zur Zeit der Überlassung unrenoviert oder renovierungsbedürftig gewesen sein.

Unstreitig wies die Wohnung beim Einzug der M Abnutzungsspuren auf, hat also tatsächlich nicht den Eindruck einer frisch renovierten Wohnung<sup>23</sup> vermittelt.

Etwas anderes könnte aber aus Ms Vereinbarung mit ihrer Vermieterin folgen. M hat sich gegenüber ihrer Vermieterin vertraglich dazu verpflichtet, die Renovierung zu

<sup>19</sup> BGH, NJW 2004, 2586 (2587) zu starren Fristenplänen; MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 148; Schrader, JA 2015, 341 (343).

<sup>20</sup> Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250).

<sup>21</sup> St. Rspr. vgl. BGH, NJW 2015, 1594 (1595); MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 157; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 4a; Hirsch, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 855; Looschelders, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 16; Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250) jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Zwar sind allgemeine Geschäftsbedingungen auf Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise auszulegen. Das verbietet jedoch nicht, den konkreten Vertragsgegenstand in den Blick zu nehmen, BGHZ 101, 253 (265); 204, 302 (312, Rn. 28); Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250).

<sup>23</sup> BGHZ 204, 302 (313, Rn. 31); Hirsch, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 854.

übernehmen. Folgte daraus, dass M sich behandeln lassen müsste als sei die Wohnung frisch renoviert, bestünden gegen die Klausel keine Wirksamkeitsbedenken mehr.

Dieses Vorgehen widerspricht allerdings dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, wonach die Wirkungen eines Schuldverhältnisses auf die daran beteiligten Parteien beschränkt sind. Denn selbst, falls Alt- und Neumieter eine Wirkung der Vereinbarung auch im Verhältnis zum Vermieter herbeiführen *wollten*, wäre dies nur unter Mitwirkung des Vermieters möglich (§ 415 Abs. 1 BGB). Erst recht kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass Alt- und Neumieter den Vermieter in dieses Schuldverhältnis einbeziehen wollen.<sup>24</sup>

Aus der schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Vormieterin kann V keine Rechtsfolgen herleiten. Es wird weder fingiert, dass die Wohnung frisch renoviert gewesen sei, noch kann die von der Vormieterin übernommene Küche im Verhältnis zwischen M und V ohne Weiteres als angemessener Ausgleich für die Belastung durch die Klausel betrachtet werden<sup>25</sup>. Eine unrenovierte Wohnung liegt vor.

## (2) Auslegung des § 4: Pflicht zur Beseitigung vorgefundener Abnutzungsspuren

Problematisch ist weiterhin, dass § 4 AGB dem Mieter nicht ausdrücklich abverlangt, auch Abnutzungen durch den Vormieter zu beseitigen. Das hängt vielmehr davon ab, wann eine Reparatur im Sinne der Klausel „anfällt“.

Nach der früheren Rechtsprechung wurden Klauseln wie § 4 in Kombination mit sog. flexiblen Fristenplänen wie im hiesigen Fall<sup>26</sup> so ausgelegt, dass die Fristen erst

<sup>24</sup> Zum Ganzen BGH, NJW 2018, 3302 (3303); *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (254); detailliert zur rechtlichen Qualifikation solcher Ablösekláuseln *Kappus*, NZM 2020, 1092 (1095).

<sup>25</sup> Der BGH (NJW 2018, 3302 (3304)) hat allerdings den Weg dahin geebnet, den Ausgleich im Verhältnis von Vor- und Neumieter als angemessenen Ausgleich des Vermieters zu sehen, wenn verbunden mit einer Schuldübernahme nach § 415 BGB die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung das Ergebnis ergibt, als habe der Vermieter den Ausgleich für die unrenoviert übergebene Wohnung selbst gewährt. Bislang leidet dieses Kriterium an seiner Konturlosigkeit (so auch *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (254)) und wird letztlich erfordern, dass der Vermieter schuldrechtlich an der Vereinbarung beteiligt ist, (*Pielsticker*, NJW 2018, 3304 (3305); *Looschelders*, JA 2018, 945 (947)).

<sup>26</sup> Die weitere Klausel des Vertrags verpflichtet den Mieter nur „im Allgemeinen“ nach einer bestimmten Zeitdauer die Renovierung vorzunehmen und ist daher grundsätzlich zulässig. Unwirksam sind hingegen so genannte starre Fristenpläne, die den Mieter nach dem Ablauf einer Zeitperiode die Renovierung in jedem Fall auferlegen, also unabhängig davon, ob tatsächlich Renovierungsbedarf besteht, BGH, NJW 2004, 2586; *Hirsch*, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 858 f.

mit dem Einzug des Mieters beginnen, er also nur zur Beseitigung seiner eigenen Abnutzung verpflichtet ist.<sup>27</sup>

Nach heutigem Verständnis – wie auch der BGH in seiner Grundsatzentscheidung ausdrücklich festgestellt hat<sup>28</sup> – widerspricht diese Auslegung aber zwei zentralen Grundsätzen des AGB-Rechts. Zum einen verlangt § 305c Abs. 2 BGB, für die Wirksamkeitsprüfung die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen.<sup>29</sup> Danach *kann* die Klausel zumindest so verstanden werden, dass Schönheitsreparaturen dann „anfallen“, wenn sich der Reparaturbedarf zeigt – unabhängig davon, von wem er verursacht wurde.<sup>30</sup> Abhängig vom dekorativen Zustand der Wohnung kann diese schon unmittelbar nach dem Einzug derart abgenutzt sein, dass Reparaturen im Sinne der Klausel „anfallen“.<sup>31</sup> Das kompensiert auch der Fristenplan nicht, denn aufgrund seiner flexiblen Ausgestaltung („im Allgemeinen“) bleibt maßgeblicher Auslöser der laufenden Renovierungspflicht das tatsächliche Anfallen von Dekorationsmängeln.<sup>32</sup>

Wollte man von diesem weiten Verständnis der Norm eine Ausnahme machen, um die Unwirksamkeit der Klausel zu verhindern, verstieße dies zudem gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Nach diesem Grundsatz darf eine zu weit oder ohne Ausnahme formulierte Klausel nicht auf den gerade noch nach dem AGB-Recht zulässigen Inhalt zurückgeführt werden.<sup>33</sup>

Diese beiden Grundsätze bewirken, dass § 4 so verstanden werden muss, dass der Mieter bei Befolgung seiner Pflicht sämtliche Abnutzungen beseitigen muss, die sich während seiner Mietdauer *zeigen*.

War wie im vorliegenden Fall die Wohnung bei Einzug nicht frisch renoviert, können unter die Klausel auch Abnutzungen durch den Vormieter fallen, sodass der

<sup>27</sup> BGHZ 101, 253 (265); NJW 2005, 425 (426).

<sup>28</sup> BGHZ 204, 302 als Fall dargestellt beispielsweise bei *Hirsch*, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 811 f.

<sup>29</sup> *Looschelders*, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 16; *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (250).

<sup>30</sup> BGHZ 204, 302 (310, Rn. 22 ff.).

<sup>31</sup> BGHZ 204, 302 (311, Rn. 25 f.).

<sup>32</sup> BGHZ 204, 302 (311, Rn. 27).

<sup>33</sup> Grundlegend BGHZ 84, 109, 109 (115); seitdem st. Rspr. und h.M., vgl. BeckOGK/*Bonin*, Stand: 1.9.2023, § 306 Rn. 31 m.w.N.; konkret zum Fall BGHZ 204, 302 (308, Rn. 19); *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (250).

Mieter einseitig im Interesse des Vermieters die Wohnung in einen besseren Zustand versetzt, als er sie erhalten hat.

Der Mieter wäre danach kompensationslos zur Renovierung einer unrenoviert übernommenen Wohnung verpflichtet, sodass die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. Nach § 306 Abs. 2 BGB bleibt es bei der Grundregel des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die Instandhaltung dem Vermieter obliegt.

### **III. Ergebnis**

Mangels Pflichtverletzung scheidet ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB aus.

#### **C. Gesamtergebnis zu Frage 1**

Mangels einer M wirksam auferlegten Instandhaltungspflicht scheiden auch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag aus. M hat keine Ansprüche gegen V.

#### **Frage 2: Anspruch N gegen M auf Mietzahlung für zwei Monate**

N könnte gegen M einen Anspruch auf Mietzahlung für zwei Monate aus § 535 Abs. 2; § 549 Abs. 1 BGB haben, wenn zwischen M und N ein wirksamer Mietvertrag besteht und der Anspruch nicht erloschen sowie durchsetzbar ist.

##### **A. Anspruch entstanden**

M und N haben einen wirksamen Wohnraummietvertrag (§ 535; 549 Abs. 1 BGB) geschlossen, sodass der Anspruch entstanden ist.

##### **B. Erlöschen des Anspruchs durch Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB**

Dieser Anspruch könnte jedoch ipso iure durch Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB ganz oder zum Teil erloschen sein. Dies ist der Fall, wenn die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche (120 qm) von der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche („circa 150 qm“) einen Mangel nach § 536 Abs. 1 bis 3 BGB darstellt und die Mängelrechte nicht ausgeschlossen sind.

## I. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 536 Abs. 2, Abs. 1 Sätze 1, 2)

Die Minderung könnte gemäß § 536 Abs. 2, Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB aus dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft folgen. Danach ist es der Mangelhaftigkeit nach Abs. 1 gleichgestellt, wenn der Vermieter eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zugesichert hat und diese fehlt oder später wegfällt. Aus dem fehlenden Verweis auf § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB folgt, dass hierbei eine erhebliche Tauglichkeitsminderung nicht erforderlich ist.<sup>34</sup>

Die Flächenabweichung würde folglich ohne Weiteres die Rechtsfolge der § 536 Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB auslösen, wenn die Wohnfläche von „circa 150 qm“ als zugesichert betrachtet werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Vermieter ausdrücklich oder konkludent erklärt für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Mietsache unbedingt, das heißt verschuldensunabhängig, eintreten zu wollen, also eine Erklärung in Qualität einer Garantie abgibt.<sup>35</sup>

Das liegt bei einer Angabe, die mit „circa“ eingeleitet wird, gerade fern. Dadurch gibt der Vermieter zu erkennen, dass er Abweichungen für möglich betrachtet und gerade nicht für diese exakte Eigenschaft eintreten möchte. § 536 Abs. 2 BGB greift folglich nicht ein.

## II. Sachmangel nach § 536 Abs. 1 BGB

Die Minderung könnte aber aus einem Sachmangel nach § 536 Abs. 1 BGB folgen.

Dies setzt voraus, dass das Mietobjekt zur Zeit der Überlassung einen Mangel aufweist, der die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht nur unerheblich (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) mindert.

### 1. Negatives Abweichen der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

Ein Sachmangel setzt nach § 536 Abs. 1 BGB zunächst voraus, dass die Ist-Beschaffenheit der überlassenen Sache negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Letztere wird dabei vorrangig durch Parteivereinbarung bestimmt.

<sup>34</sup> Grüneberg/Weidenkaff, 82. Auflage 2023, § 536 Rn. 24.

<sup>35</sup> BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 74; Looschelders, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 29.

### a) Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung könnten N und M im Mietvertrag getroffen haben, wonach die Wohnung eine Fläche von „circa 150 qm“ aufweist.

Problematisch ist, ob diese Angabe als vertraglich verbindliche Vereinbarung einer Beschaffenheit – in Abgrenzung zur bloß unverbindlichen Beschreibung oder Bewerbung der Mietsache – verstanden werden kann.<sup>36</sup> Im Ausgangspunkt hat N durch den Zusatz „circa“ zu erkennen gegeben, dass sie nicht für eine exakt bestimmte Wohnungsgröße eintreten will.

Für die Einordnung als verbindlicher Vertragsbestandteil spricht aber, dass die Parteien die Flächenangabe zum Bestandteil des Vertragsdokuments gemacht haben. Dies dokumentiert für den Vermieter erkennbar das auf Seiten des Mieters bestehende Interesse an der grundsätzlichen Geltung dieser Angaben. Indem auch der Vermieter seine Erklärung ohne einen weiteren relativierenden Zusatz wiederholt, trägt er seine Erklärung bis ins vertraglich Verbindliche fort. Die Relativierung „circa“ bezieht sich allenfalls darauf, dass nicht exakt 150 qm geschuldet sind, schließt jedoch nicht das Vorliegen einer vertraglichen Bindung dem Grunde nach aus. Folglich handelt es sich bei der Angabe von „circa 150 qm“ um eine Beschaffenheitsvereinbarung.<sup>37</sup>

### b) Negatives Abweichen der Ist-Beschaffenheit in Form erheblicher Tauglichkeitsminderung

Weiterhin müsste die Ist-Beschaffenheit (120 qm) von dieser vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit in erheblichem Maße (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) negativ abweichen.

#### aa) Erheblichkeitsschwelle bei Flächenabweichungen von mehr als 10 %

In ständiger Rechtsprechung wird die Erheblichkeitsschwelle im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB parallel zum Kauf- und Werkvertragsrecht bei einer

<sup>36</sup> Vgl. BeckOGK/*Bieder*, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 74; Grüneberg/*Weidenkaff*, 82. Auflage 2023, § 536 Rn. 16.

<sup>37</sup> Vgl. BGH, NZM 2005, 861; NJW 2007, 2626.

Flächenabweichung von zehn Prozent als überschritten angesehen.<sup>38</sup> Fraglich ist allein, ob der Zusatz „circa“ im Vertrag diese Grenze noch weiter anhebt.

Dafür spricht der allgemeine Sprachgebrauch wonach der dem „circa“ nachgestellte Wert nicht exakt gelten muss. Allerdings entspricht es ebenso dem Sprachverständnis, dass „circa“ keine willkürlich weite Abweichung erlaubt. Der Zusatz „circa“ hat deshalb neben der Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB keine eigenständige Bedeutung für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit und die Erheblichkeit einer Abweichung.<sup>39</sup> Die Flächenabweichung von 30/150 (20%) stellt ein erhebliches negatives Abweichen von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit dar.

*bb) Erforderlichkeit einer darüberhinausgehenden Tauglichkeitsaufhebung oder -minderung?*

Für das Vorliegen eines relevanten Mangels verlangt § 536 Abs. 1 BGB aber weiterhin, dass die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch, im Fall der Wohnraummiete das Wohnen, aufgehoben oder mehr als unerheblich (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) gemindert ist. Problematisch ist insoweit, dass M zunächst keine Beeinträchtigung durch die abweichende Wohnungsgröße verspürte, sie gar zunächst nicht bemerkte. Umstritten ist, ob *allein* die Flächenabweichung die Gebrauchstauglichkeit in einem die Minderungsfolge auslösenden Maß beeinträchtigt.

Eine erste Ansicht verneint eine Tauglichkeitsminderung nur aufgrund der Flächenminderung. Der Mieter müsse vielmehr eine konkrete Herabsetzung der Tauglichkeit nachweisen.<sup>40</sup> Hierfür wird angeführt, dass der bei der Wohnungsbesichtigung gewonnene Eindruck vorrangig vor den Angaben im Mietvertrag sei. Der Mieter könne die Wohnung in dem Umfang nutzen, in dem er sie wahrgenommen hat.

<sup>38</sup> Grundlegend BGH, NJW 2004, 1947 (1949); seitdem st. Rspr. und h.M. vgl. BGH, NJW 2010, 1745; Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43; MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 536 Rn. 32 m.w.N.; Emmerich, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 46; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 11.

<sup>39</sup> BGH, NZM 2004, 456; 2010, 313 (314); Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43; Staudinger/V. Emmerich (2021) § 536 Rn. 75.

<sup>40</sup> OLG Dresden, NJW-RR 1998, 512 (513); LG Berlin, NZM 1999, 412; sowie die weiteren Nachweise bei BGH, NJW 2004, 1947.

Überwiegend wird hingegen allein in der erheblichen Flächenabweichung eine Tauglichkeitsbeeinträchtigung im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB gesehen.<sup>41</sup>

Dafür spricht, dass die Wohnungsgröße als Berechnungsfaktor etwa im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) und der Verteilung der Betriebskosten (§ 556a Abs. 1 Satz 1 BGB) eine Rolle spielt.<sup>42</sup> Aus diesem Grund führt allein die falsche Angabe zu tatsächlichen Nachteilen des Mieters. Weiterhin ist die Größe ein wertbildender Faktor am Mietmarkt: Sind mehrere vergleichbare Wohnungen zu ähnlichen Preisen am Markt verfügbar, wird der Mieter im Zweifel diejenige mit der größeren Flächenangabe anmieten.<sup>43</sup> Das zeigt sich auch im konkreten Fall, in dem M lediglich Wohnungen mit einer Mindestfläche von 130 qm suchte.

Aus den dargelegten Gründen ist mit der überwiegenden Meinung schon in der Abweichung der Fläche auch eine erhebliche Tauglichkeitsminderung im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB zu sehen. Folglich sind die Voraussetzungen des § 536 Abs. 1 BGB gegeben.

### III. Ausschluss der Mietmängelrechte

Die Mietmängelrechte könnten allerdings ausgeschlossen sein.

#### 1. Vertraglicher Ausschluss in § 5 des Mietvertrags

Ein ausdrücklicher Ausschluss der Mängelrechte findet sich zwar in § 5 des Mietvertrags zwischen M und N. Dieser beschneidet allerdings bei einem Wohnraummietverhältnis die Rechte des Mieters aus § 536 BGB und ist aus diesem Grund nach § 536 Abs. 4 BGB unwirksam.

<sup>41</sup> BGH, NJW 2004, 1947; NZM 2010, 313; BeckOK BGB/Wiederhold, Stand: 1.8.2023, § 536 Rn. 93; Staudinger/V. Emmerich (2021), § 536 Rn. 75. Bei einer Abweichung von weniger als 10 % muss der Mieter hingegen eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung gesondert vortragen, KG, MDR 2009, 499; Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43.

<sup>42</sup> BGH, NJW 2004, 1947.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2004, 1947.

## 2. Gesetzliche Ausschlussgründe

Die Ausschlussgründe der §§ 536b; 536c BGB greifen nicht ein, insbesondere kannte M den Mangel zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht.

Ein Ausschluss könnte lediglich aus einer Analogie zu § 536b BGB folgen. Grundsätzlich betrifft der Ausschluss Konstellationen, in denen der Mieter in Kenntnis des Mangels die Sache annimmt und später Mängelrechte daraus herleiten will. Ein ähnlich widersprüchliches Verhalten könnte darin gesehen werden, dass M den (ungeminderten) Mietzins im zweiten Monat auch nach Anzeige des Mangels vorbehaltlos zahlte und sich nun auf die kraft Gesetzes eingetretene Mietminderung für diesen Zeitraum beruft.<sup>44</sup> § 536b BGB könnte insoweit analog angewendet werden, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und die Interessenlage hinreichend vergleichbar ist.

Bereits gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke bestehen Bedenken. Der Mangel zeigte sich der M nicht bei Vertragsschluss, sondern offenbarte sich erst später; dieser Fall ist soweit es um die Zahlung künftiger Monatsmieten geht in § 536c BGB geregelt.<sup>45</sup> Im Hinblick auf die Rückforderung gezahlter Monatsmieten bleibt der Vermieter durch § 814 BGB und das Institut der Verwirkung geschützt.<sup>46</sup>

Zudem fehlt es an der hinreichenden Vergleichbarkeit. Der Widerspruch im Verhalten ist in dem geregelten Fall, nämlich, dass der Mieter die mangelhafte Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit annimmt und sodann versucht, aus der Mangelhaftigkeit Rechte herzuleiten, ungleich größer als im vorliegenden. Bei einer vorbehaltlosen Zahlung einer Monatsmiete kann es sich auch um ein vorsichtiges Abwarten halten, um nicht durch unberechtigtes Zurückbehalten der Miete den Verzugs- oder Kündigungsfolgen ausgesetzt zu sein.<sup>47</sup> Aus diesem Grund wurde bei den Befürwortern einer analogen Anwendung eine hinreichend zu § 536b BGB vergleichbare Interessenlage frühestens dann angenommen, wenn der Mieter nach

<sup>44</sup> So noch BGH, NJW 1974, 2233 (2234); 1997, 2674.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

<sup>46</sup> Zum Ganzen BeckOGK/*Bieder*, Stand: 1.7.2022, § 536b Rn. 32 m.w.N; BT-Drucks. 14/4553, S. 41. *Weller*, JZ 2012, 881 (890); *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 44 weisen insofern darauf hin, dass eine Verwirkung des „Minderungsrechts“ ebenfalls nicht in die Zukunft wirken kann. Eine künftige Verwirkung der Minderungsfolge muss daran scheitern, dass es sich nicht um ein subjektives Recht, sondern um eine ipso iure eintretende Rechtsfolge handelt. Verwirkt werden können nur Rückzahlungsansprüche.

<sup>47</sup> BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

der Mangelanzeige den Mietzins mehr als sechs Monate vorbehaltlos weiterzahlte.<sup>48</sup>

Der Ausschluss analog § 536b BGB scheidet folglich aus mehreren Gründen aus. Andere Ausschlüsse sind nicht ersichtlich, insbesondere fehlt es für eine Verwirkung an Anhaltspunkten<sup>49</sup>.

#### IV. Rechtsfolge

Gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Miete kraft Gesetzes entsprechend der Tauglichkeitsminderung herabgesetzt. Bei Flächenabweichungen berechnet sich das grundsätzlich nach dem Verhältnis zwischen angegebener und tatsächlicher Fläche – im vorliegenden Fall also 120 zu 150.

Etwas anderes könnte nur aus der „circa“-Angabe folgen. Würde das die Soll-Beschaffenheit als einen Toleranzbereich (im Sinne von 150 qm +/- 10%) definieren, könnte die Abweichung von der äußersten Grenze des Vertragsgemäßen und damit der Minderungsbetrag geringer sein. Allerdings widerspräche das dem Zweck des § 536 Abs. 1 BGB, das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.<sup>50</sup> Die circa-Angabe hat neben der gesetzlichen Regelung des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB keine eigenständige Bedeutung, führt also nicht dazu, dass bei der Bemessung des Minderungsbetrags ein anderer Maßstab anzulegen wäre.<sup>51</sup>

Die Wohnung ist 20% kleiner als angegeben, sodass die Miete ebenfalls um 20% kraft Gesetzes gemindert ist.

#### C. Ergebnis

N hat gegen M einen Anspruch nur in Höhe von 800 € monatlich.

<sup>48</sup> BGHZ 155, 380 (385).

<sup>49</sup> Auch § 814 BGB würde im Fall eines Rückforderungsverlangens nicht eingreifen: Erforderlich ist positive (Rechts)Kenntnis der Nichtschuld (BeckOK BGB/Wendehorst, Stand: 1.8.2023, § 814 Rn. 8), wofür es an Anhaltspunkten fehlt.

<sup>50</sup> Emmerich, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 49; BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 2.

<sup>51</sup> BGH, NZM 2010, 313 (314); Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43.