

## Neue Entwicklungen beim Zurückbehaltungsrecht

Dr. Jutta Hartmann, DMB Berlin

### I. Einführung

Der Vermieter schuldet dem Mieter nach § 535 Abs. 1 BGB die Gewährung des Gebrauchs an einer vertragsgemäßen Mietsache. Entspricht die Mietsache nicht dem vertragsgemäßen Zustand, kann der Mieter nach § 536 BGB die Miete mindern, wenn er den Mangel der Mietsache bei Vertragsschluss nicht kannte (§ 536b S. 1 BGB) oder er ihn grob fahrlässig verkannt und dem Vermieter der Vorwurf der Arglist zu machen ist (§ 536b S. 2 BGB). Um seinen Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB durchzusetzen, steht dem Mieter zusätzlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB zu, welche im Folgenden mit der üblichen Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht“ titulierte wird.

Schon das Reichsgericht urteilte am 13. März 1903, dass dem Mieter zur Durchsetzung seiner Rechte die Einrede aus § 320 BGB zusteht.<sup>1</sup> Dies ist in der Folge in Frage gestellt worden. So sollten die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eine Sonderregelung darstellen, aus der zu folgern sei, dass dem Mieter wegen Mängeln der Mietsache nur Gewährleistungsansprüche zustünden. Es sei mit dem Mietverhältnis unvereinbar, dass während der Vertragszeit ein Vertragsteil seine Leistung verweigern könne, obwohl er die Gegenleistung – wenn auch im verminderten Umfang – empfangen.<sup>2</sup> Dieser Meinung trat der BGH schließlich mit Urteil vom 7. Mai 1982 entgegen. Wenn der Mieter neben der Gewährleistung aus § 535 Abs. 1 BGB weiter Erfüllung verlangen könne, sei nicht einzusehen, warum ihm das Zurückbehaltungsrecht nicht zustehen solle.<sup>3</sup>

Dieses Urteil des BGH aus dem Jahre 1982 hat bis heute Gültigkeit. Es ist allgemein anerkannt, dass das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB neben die Gewährleistungsrechte des Mieters tritt. Dies hat der BGH erst unlängst in der näher zu betrachtenden Entscheidung vom 17. Juni 2015 bestätigt.<sup>4</sup>

Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtete Schuldner die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist. Durch das Mietrechtsmodernisierungsgesetz im Jahr 2001 ist die Pflicht des Mieters zur Vorleistung Gesetz geworden, § 556b Abs. 1 BGB. Daraufhin brach erneut eine Kontroverse aus, ob dem Mieter die Einrede des § 320 BGB immer noch zugebilligt werden kann. Dies ist jedoch zu befürworten, da § 556b Abs. 1 BGB lediglich der zur Verkehrssitte hochstilisierten Formularpraxis Rechnung tragen sollte, indem der Zahlungszeitpunkt der gängigen Praxis entsprechend des Rechtsfriedenswillens festgelegt wurde.<sup>5</sup> Zudem ergibt die Formulierung in § 556b Abs. 2 BGB nur Sinn, wenn auch die Einrede des § 320 BGB erfasst wird. Die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts in § 556b Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit der Fälligkeitsregel in § 556 Abs. 1 spricht für den Fortbestand des Zurückbehaltungsrechts.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> RG, Urt. v. 13.3.1903, JW 1906, 333.

<sup>2</sup> Roquette, Das Mietrecht des BGB 1966, Rn. 7 vor 537 BGB; LG Mannheim, Urt. v. 30.10.1975 – 4 S 102/75, MDR 1976, 316.

<sup>3</sup> V ZR 90/81, NJW 1982, 2242

<sup>4</sup> VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568.

<sup>5</sup> Sternel, WuM 2002, 244.

<sup>6</sup> Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 412.

Während der Fortbestand des Zurückbehaltungsrecht trotz Einführung des § 556b Abs. 1 BGB der überwiegenden Ansicht entspricht, wird die Frage nach der Höhe des dem Mieter zustehenden Zurückbehaltungsrechts bei gebrauchsbeeinträchtigender Leistung durch den Vermieter seit Jahren kontrovers diskutiert. Erachten manche Gerichte und Teile der Literatur eine Zurückbehaltung in Höhe des drei- bis fünffachen Betrages der Minderungsquote für angemessen<sup>7</sup>, stellt eine andere Ansicht auf die drei- bis fünffachen Mangelbeseitigungskosten ab<sup>8</sup>.

## **II. Auseinandersetzung mit den Argumenten des BGH - Urteils vom 17. Juni 2015 (VIII ZR 19/14)**

Der BGH trägt zur Klärung der Probleme rund um die Anwendung des § 320 BGB nichts bei, vielmehr verstärkt er die bisher schon bestehenden Unsicherheiten und schränkt die Mieterrechte weiter ein.<sup>9</sup>

Dem Urteil lag folgender Fall zu Grunde: Der Mietvertrag wurde im Jahr 1988 geschlossen, die monatliche Bruttowarmmiete betrug seit 2008 530,90 Euro. Von März 2009 bis Oktober 2012 zahlte der Mieter wegen Schimmels keine oder nur einen Teil der Miete. Der Vermieter hatte seit Juni 2009 wiederholt wegen Zahlungsrückstandes gekündigt. Die Kündigung im Oktober 2012 begründete er mit einem Rückstand i.H.v. insgesamt 14.806,36 Euro. Der Mieter berief sich auf Mietminderung iHv 20 % und machte im Übrigen die Einrede des § 320 BGB geltend. Laut BGH war die fristlose Kündigung des Vermieters begründet und der Mieter zur Räumung verpflichtet<sup>10</sup>.

Der BGH urteilte, dass dem Vermieter ein Kündigungsgrund gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB zumindest zum Zeitpunkt der Kündigung während des Berufungsverfahrens zugestanden habe. Im zu beurteilenden Fall läge zwar unstreitig ein Mangel vor, der zu einer Minderung der Miete iHv 20 % führe. Zudem stehe dem Mieter darüber hinaus ein Erfüllungsanspruch auf Mangelbeseitigung gemäß § 535 Abs. 1 Satz. 2 BGB zu, zu dessen Durchsetzung der Mieter die Miete gemäß § 320 BGB zurückbehalten könne. Die Kündigung sei deshalb wirksam, weil der Mieter das Zurückbehaltungsrecht in unangemessener Höhe ausgeübt habe.

Der seit Jahren kontrovers diskutierten Frage, in welcher konkreten Höhe das Zurückbehaltungsrecht besteht, ist der BGH leider ausgewichen. Vielmehr hat er sich erneut für eine stärkere Einzelfallbetrachtung ausgesprochen und die Fragen des Zurückbehaltungsrechts über Treu und Glauben nach §§ 320 Abs. 2, 242 BGB gelöst.<sup>11</sup> Der Senat führt aus, dass § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der gesamten Gegenleistung gewähre. Hat allerdings eine Partei die von ihr geschuldete Leistung teilweise (d.h. mangelhaft) erbracht, so kann die Gegenleistung gemäß § 320 Abs. 2 BGB insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Nach Ansicht des BGH entzieht sich die Frage, in welcher Höhe das Zurückbehaltungsrecht bei einer mangelhaften Leistung ausgeübt werden kann einer allgemein gültigen Betrachtung. Die Beantwortung dieser Frage sei vielmehr Aufgabe des Tatrichters im Rahmen seines Beurteilungsermessens aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

<sup>7</sup> Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 424 mwN.

<sup>8</sup> Börstinghaus, NZM 2016, 417, 422; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 425 mwN.

<sup>9</sup> Blank, WuM 2015, 577.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568.

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht würde es aber, dem Mieter auf unabsehbare Zeit ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen, mit der Folge, dass er überhaupt keine Miete mehr zu zahlen hätte. Die Besonderheit, dass das Zurückbehaltungsrecht angesichts des Charakters der Miete als Dauerschuldverhältnis nur auf zukünftige Nutzungszeiträume abzielen kann, sei bei der Bemessung des Umfangs des Zurückbehaltungsrechts im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB zu beachten.<sup>12</sup> Es sei daher grundsätzlich verfehlt, das Leistungsverweigerungsrecht des Wohnraummieters aus § 320 BGB ohne zeitliche Begrenzung auf einen mehrfachen Betrag der monatlichen Minderung oder der Mangelbeseitigungskosten zu gewähren. Nach Ansicht des BGH ist bei der Bemessung des Zurückbehaltungsrechts zu berücksichtigen, dass der Vermieter bis zur Beseitigung des Mangels nur eine geminderte Miete erhält und er damit einem erheblichen Druck zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustandes ausgesetzt ist.<sup>13</sup>

Aus diesen Überlegungen folgert der BGH, dass bei der Miete von Wohnraum das Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich sowohl einer zeitlichen als auch einer betragsmäßigen Beschränkung unterliegt. Nach Auffassung des BGH ist die Grenze der Unverhältnismäßigkeit wohl überschritten, wenn der Mieter einen Einbehalt von mehr als drei oder vier Monatsmieten vornimmt.<sup>14</sup>

Eine Frage, die sich stellt, aber durch die Entscheidung des BGH nicht eindeutig geklärt wurde, ist, welcher Betrag auszukehren ist, wenn das Zurückbehaltungsrecht endet, da es seinen Zweck nicht erreichen kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man in der Entscheidung des BGH einen weiteren Grund für ein Entfallen des § 320 BGB sieht. Bislang lagen die Gründe im Wegfall des § 320 BGB in der Beseitigung des Mangels, der Beendigung des Mietverhältnisses und der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigungskosten.<sup>15</sup> Wenn das Zurückbehaltungsrecht entfällt, werden die gesamten zunächst zu Recht einbehaltenen Beträge grundsätzlich zur Zahlung fällig<sup>16</sup>. Will der BGH aber lediglich eine weitere Fortsetzung eines über die Minderung hinausgehenden Einhalts versagen, ohne ein Entfallen des Zurückbehaltungsrechts mit der Rechtsfolge der umgehenden Auskehrung der einbehaltenen Beträge zu generieren<sup>17</sup>, wäre der Mieter nicht verpflichtet, die bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit einbehaltenen Beträge umgehend zurückzuzahlen.

Vor dem Hintergrund des Vergleichs mit den Rechtsfolgen des Wegfalls des § 320 BGB bei Beendigung des Mietverhältnisses, spricht jedoch vieles für die sofortige Fälligkeit der gesamten einbehaltenen Beträgen im Falle der Leistungsverweigerung seitens des Vermieters bzw. der Überschreitung der zulässigen Grenze. Bei der Beendigung des Mietverhältnisses war bislang die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts rechtmäßig, solange das mangelbehaftete Mietverhältnis andauerte und werden die gesamten einbehaltenen Beträge zur Zahlung fällig, wenn das Mietverhältnis endet, da der Zweck der Einrede mangels Synallagma dann nicht mehr erreicht werden kann. Auch bei der Leistungsverweigerung seitens des Vermieters kann der Mieter das Zurückbehaltungsrecht mit dem BGH solange rechtmäßig ausüben, wie die Einrede theoretisch noch

---

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 577.

<sup>15</sup> Blank, WuM 2015, 577.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681; AG Lüdenscheid, Urt. v. 7.12.2006 – 94 C 21/06, WuM 2007, 16.

<sup>17</sup> Hinz, ZMR 2016, 262.

die Erfüllung bewirken kann. Endet das Leistungsverweigerungsrecht nun mit dem BGH, wenn der Vermieter nicht erfüllen wird/will, ist der Zweck der Einrede, den Vermieter zur Erfüllung der Instandhaltungspflicht anzuhalten, aber ebenso wie bei der Beendigung des Mietverhältnisses, nicht mehr erreichbar. Konsequenterweise müsste dann aber auch die Rechtsfolge für beide Fallgruppen gleich sein, d.h. das Entfallen des Zurückbehaltungsrechts mit der Folge der Fälligkeit der gesamten einbehaltenen Beträge. Der BGH erfindet mit seiner Entscheidung also einen weiteren Grund für einen Wegfall des § 320 BGB.<sup>18</sup> Entfällt das Zurückbehaltungsrecht, werden die gesamten einbehaltenen Beträge sofort zur Zahlung fällig. Der zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Mietenrückstand wird in diesem Zeitpunkt in den meisten Fällen wohl schon erreicht sein.

Weitere (anerkannte) Fälle für das Entfallen des § 320 BGB sind die Mangelbeseitigung und die Opfergrenze, d.h. wenn die Kosten der Mangelbeseitigung in Abwägung zum Erfüllungsinteresse unverhältnismäßig hoch sind und die Einrede aus Gründen von Treu und Glauben, § 242 BGB, ausgeschlossen ist. Während die Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigungskosten allerdings objektiv überprüfbar und von keiner Vertragspartei beeinflussbar ist, ist das Entfallen des § 320 BGB aufgrund „Zweckverfehlung“ iSd der BGH Rechtsprechung objektiv nicht fassbar. Erstmals hängen nun das Entfallen der Einrede und damit die Möglichkeit der Kündigung wegen Zahlungsverzuges von einem (rechtmisbräuchlichen) Verhalten des Vermieters ab.

Die Zurückbehaltung von Miete führt also zum Schuldnerverzug, wenn damit die Grenze der Verhältnismäßigkeit überschritten wird, so dass der Vermieter grundsätzlich wegen Zahlungsverzuges kündigen kann<sup>19</sup>. Durch diese Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes wird dem vertragsuntreuen Vermieter eine „neue Kündigungsmöglichkeit“ an die Hand gegeben. Wartet er lange genug mit der Mangelbeseitigung, kann er den rechtsunerfahrenen Mieter als auch den rechtskundigen Berater zu dem Fehler veranlassen, zu viel von der Miete einzubehalten und damit einen kündigungsrelevanten Mietrückstand zu schaffen. Kündigt der Vermieter in diesen Fällen gem. § 573 Abs.2 Nr.1 BGB, ist der Mieter mangels Heilungsmöglichkeit dieser Kündigung schutzlos ausgeliefert.<sup>20</sup>

Der BGH führt für die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes drei Argumente an, welche im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

#### 1. Angemessene Berücksichtigung des Äquivalenzgrundsatzes durch die Mietminderung

Laut BGH dient das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB dazu, auf den Vermieter vorübergehend Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Mietforderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben. Anders als etwa beim Kauf- oder Werkvertrag, bei dem durch die Mängelbeseitigung die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung vollständig möglich sei, könne bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Miete das mangelbedingte Ungleichgewicht nur für die Zukunft beseitigt werden. Für die bereits abgelaufenen Zeitabschnitte verbleibe es zwangsläufig bei der mangelbedingt

---

<sup>18</sup> Blank, WuM 2015, 577.

<sup>19</sup> Blank, WuM 2015, 577.

<sup>20</sup> BGH Urt. v. 16.2.2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250.

eingeschränkter Gebrauchstauglichkeit.<sup>21</sup> Für diese abgelaufenen Zeitabschnitte sei dem Äquivalenzverhältnis aber bereits dadurch (abschließend) Rechnung getragen, dass der Mieter gemäß § 536 BGB nur eine geminderte Miete zu zahlen habe.<sup>22</sup> Auf dem Vermieter lastet durch den Erhalt einer geminderten Miete bereits ausreichend Druck, den vertragsgemäßen Gebrauch wiederherzustellen.<sup>23</sup>

Der BGH setzt also die Funktion des § 320 BGB mit der des § 536 BGB gleich, weshalb die Geltendmachung des einen Rechts wegen Vorhandenseins des anderen, funktionsgleichen „Rechts“ versagt werden dürfte.

Die Funktionsgleichheit von Minderung und Zurückbehaltungsrecht betrifft aber nur den Äquivalenzgrundsatz, also dem Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>24</sup>

Die synallagmatischen Leistungspflichten im Mietverhältnis (Mietzahlung gegen Mietgebrauch) sind ausgewogen, wenn sich die Wohnung im vertragsgemäßen Zustand befindet und der Mieter den dafür vereinbarten Mietzins entrichtet. Eine Äquivalenzstörung liegt vor, wenn die Wohnung nicht mehr dem vereinbarten Zustand entspricht, also mangelhaft ist.

In ihrer Ausprägung verfolgen beide Rechte aber unterschiedliche Zielrichtungen.

Die Mietminderung behebt diese Störung des Gleichgewichtes zwischen Leistung und Gegenleistung vergangenheitsbezogen, indem der Mieter für die verminderte Leistung eine entsprechend geminderte Gegenleistung erbringt, also solange weniger Miete zahlt, bis der Vermieter ihm wieder eine mangelfreie Mietsache zur Verfügung stellt. Das einbehaltene Geld verbleibt beim Mieter, denn er konnte in dieser Zeit auch nur eine vermindert gebrauchsfähige Mietsache nutzen, für welche der vertragliche Mietzins nicht vereinbart worden ist und er diesen daher auch nicht leisten muss(te). Natürlich erfährt der Vermieter durch den Erhalt einer geminderten Miete auch einen gewissen Druck, den Mangel zu beseitigen, um wieder die vollständige Gegenleistung zu erhalten. Vorrangiges Ziel der Mietminderung ist aber eine Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung zu schaffen, indem der Mieter nur die Miete zahlt, die der Leistung entspricht.

Das Leistungsstörungsrecht des § 320 BGB bedient den Äquivalenzausgleich quasi von der anderen „Leistungsseite“. Durch diese Einrede soll der Vermieter unter Druck gesetzt werden, die Störung des Gebrauchs für die Zukunft zu beseitigen, also seine Leistungspflicht wieder vertragsgemäß zu erfüllen<sup>25</sup>, und seine vertraglich geschuldete Leistung dem Mieter zur Verfügung stellen. Die Einrede des § 320 BGB zielt daher nicht wie die Minderung nach § 536 BGB auf ein Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung während der mangelbehafteten Mietzeit, sondern baut Druck für den Vermieter auf, den Mangel für die Zukunft zu beseitigen. Erfüllt der Vermieter seine Leistungspflicht, muss der Mieter die bis dahin durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts eingesparte Miete an den Vermieter ausbezahlen. In diesem Moment verliert das Zurückbehaltungsrecht nämlich seine Funktion, eine Störung des Synallagmas liegt nicht mehr vor. Neben dem Äquivalenzgrundsatz ist das Zurückbehaltungsrecht ein Ausdruck der Arglistenrede. Der Gläubiger, der selbst nicht leisten will, handelt arglistig, wenn er seinerseits die Leistung einfordern will.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>24</sup> Hinz, ZMR 2016, 254.

<sup>25</sup> Schmid, NZM 2013, 709.

<sup>26</sup> Stornel, WuM 2002, 244.

Minderung und Zurückbehaltungsrecht haben demnach verschiedene Zielrichtungen, indem sie die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung quasi „spiegelbildlich“ abbilden. Die Minderung zielt auf eine vergangenheitsbezogene Verringerung der Gegenleistung für eine mangelhafte Leistung, das Zurückbehaltungsrecht beabsichtigt die zukünftige Wiederherstellung der vollumfänglichen Leistung. Die unterschiedlichen Zielrichtungen rechtfertigen es, selbst wenn man mit dem BGH davon ausgeht, dass die Minderung und das Zurückbehaltungsrechts die gleichen Funktionen (Behebung der Äquivalenzstörung) haben, das Zurückbehaltungsrecht nicht mit Hinweis auf ein funktionsgleiches „Recht“, nämlich die Mietminderung, zu versagen.

## 2. Redlichkeit

Laut BGH kann der Mieter das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen redlicherweise nur so lange ausüben, als es noch seinen Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung anzuhalten. Sei aber nicht mehr zu erwarten, dass der Vermieter seiner Vertragspflicht nachkommen werde, habe das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck verfehlt. Die weitere Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Mieter ist dann unredlich.<sup>27</sup>

Der Senat stellt in seinen Entscheidungsgründen allein auf die Redlichkeit iSd § 242 BGB des Mieters ab. Es ist bereits anzuzweifeln, ob der Mieter sich allein dadurch unredlich verhält, indem er seinen Anspruch auf Erfüllung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB durchzusetzen versucht, und zwar solange, bis er vom Verpflichteten, dem Vermieter, erfüllt wird. Den Mieter treffen zwar Rücksichtnahmepflichten bezogen auf die Interessen und Rechtsgüter des Vermieters aus §§ 535, 242 BGB. Dass diese Pflichten jedoch soweit führen, dass der Mieter seinen Gegenleistungsanspruch, die vertragsgemäße Erfüllung durch den Vermieter, verliert, leuchtet nicht ein. Endet das Zurückbehaltungsrecht des Mieters, hat er außer der Minderung keine Handhabe mehr, den Vermieter, ohne selbst aktiv werden zu müssen, zur Vertragserfüllung zu bewegen. Lässt der Vermieter sich durch das verhältnismäßig geringe Zurückbehaltungsrecht sowie durch die Minderung nicht beeindrucken, muss der Mieter, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, den Mangel selbst beseitigen und kann anschließend Aufwendungsersatz vom Vermieter verlangen, auf Mängelbeseitigung klagen oder Vorschussklage erheben. Dies widerspricht jedoch dem Leitbild des § 535 Abs. 1 BGB, wonach die Ausführungspflicht grundsätzlich den Vermieter trifft<sup>28</sup> und der Vermieter für die Instandhaltung zuständig ist. Die gegenteilige Praxis, zumindest die Durchführung der Schönheitsreparaturen entgegen der Pflichtenzuweisung in § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Mieter abzuwälzen, entwickelte sich erst durch die Rechtspraxis und entsprach daher lange Zeit der Verkehrssitte. Diese Verkehrung der Pflichtenverteilung des gesetzlichen Leitbildes wurde aber in jüngster Zeit durch den BGH zumindest im Rahmen der AGB-rechtlichen Prüfung für unwirksam erklärt.<sup>29</sup>

Die Redlichkeit des Vermieters spielt laut BGH für den Wohnungsverlust des Mieters keine Rolle. Der Mieter soll seine Rücksichtnahmepflichten aus §§ 535, 242 BGB dergestalt ausüben, dass der Vermieter nicht „über Gebühr“ wirtschaftlich belastet wird. Die Rücksichtnahmepflichten des Vermieters, dem Mieter in seinen Gebrauchsrechten nicht zu beeinträchtigen<sup>30</sup>, wird dagegen nicht

---

<sup>27</sup> BGH, Urte. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>28</sup> Palandt/Weidenkaff § 535 BGB Rn. 42

<sup>29</sup> BGH, Urte. v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

<sup>30</sup> Palandt/Grüneberg, § 242 BGB Rn. 1.

thematisiert. Vielmehr soll die Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch dann rechtmäßig sein, wenn dem Vermieter eine Vertragswidrigkeit, nämlich die Nichterfüllung seiner Hauptleistungspflicht, der Instandhaltung, vorgeworfen kann, und er aufgrund dieser Vertragsverletzung überhaupt erst den Kündigungstatbestand geschaffen hat. Die Pflichtverletzung des Vermieters führt daher absurderweise zum Rechtsverlust des Mieters.<sup>31</sup>

Warum die ausdauernde Vertragsuntreue des Vermieters zum Verlust der Wohnung für den Mieter führen kann, erschließt sich weder aus den Entscheidungsgründen noch aus dogmatischen Überlegungen.

Grundsätzlich gilt zwar, dass es keinen allgemeinen Grundsatz gibt, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat.<sup>32</sup> Vielmehr begründen Rechtsverstöße unter den gesetzlichen Voraussetzungen Schadensersatzansprüche, führen aber nur ausnahmsweise zu einem Wegfall des Gläubigeranspruchs.<sup>33</sup> Es fragt sich aber, ob hier nicht ein solcher Ausnahmetatbestand vorliegt. Nach der Rechtsprechung des BGH kann die Ausübung eines Rechts nach Treu und Glauben im Einzelfall unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt.<sup>34</sup> Die Ausübung eines Rechts ist regelmäßig dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch gesetzes-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erworben hat.<sup>35</sup> Es ist daher von einem Ausnahmetatbestand iSd Rechtsprechung auszugehen, wenn der kündigungsrelevante Mietrückstand aus einem Zurückbehaltungsrecht resultiert, dass deswegen langfristig ausgeübt wurde, weil der Vermieter den Mangel der Wohnung vertragswidrig nicht behoben hat. Der Vermieter darf sich in diesem Fall nicht auf das Recht zur Kündigung berufen, da er das Kündigungsrecht unredlich, nämlich durch vertragswidriges Verhalten, erworben hat. Er ist daher an der Geltendmachung der Kündigung nach Treu und Glauben gehindert, weil er seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters verletzt hat und sein Interesse an der Geltendmachung des Anspruchs daher nicht schützenswert ist.

Weiterhin drängt sich die Frage auf, warum es unredlich ist, wenn „mit einer weiteren Fortsetzung eines über die Minderung hinausgehenden Einbehaltes der Zustand (eintritt), dass der Mieter einen Mangel, der die Gebrauchstauglichkeit lediglich einschränkt, aber nicht aufhebt, hinnimmt, aber für einen längeren Zeitraum (...) nicht die geschuldete (geminderte) Miete entrichtet“.<sup>36</sup> Führt das Zurückbehaltungsrecht dazu, dass der Mieter im mangelbehafteten Zeitraum keine Miete mehr entrichten muss, ist dies laut BGH rechtsfehlerhaft und unverhältnismäßig.<sup>37</sup>

Sieht man sich die Fälle an, in denen das Zurückbehaltungsrecht zu einem (zeitweiligen) vollständigen Einbehalt der Miete führt, rückt die Frage der Verhältnismäßigkeit in ein anderes Licht. Denn diese Fälle, in denen der Schuldnerverzug durch Einrede ausgeschlossen ist, also der Vermieter bis zur Mangelbeseitigung vollständig auf die Miete verzichten muss, liegen nur bei gravierenden Mängeln der Mietsache vor. Fälle in denen eine zwanzigprozentige Mietminderung und mehr als berechtigt

---

<sup>31</sup> Blank WuM 2015, 577.

<sup>32</sup> Palandt/Grüneberg § 242 BGB Rn. 46.

<sup>33</sup> BGH Urt. 26. 11.2004 – V ZR 90/04, NJW-RR 05, 743.

<sup>34</sup> BGH Urt. 26. 11.2004 – V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743.

<sup>35</sup> BGHZ 57, 108, 111; MüKo-BGB/Roth, § 242 Rn. 219 ff.; Palandt/Heinrichs, § 242 Rn. 43.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 576.

anerkannt wurden sind beispielsweise der Ausfall der Wasserversorgung<sup>38</sup>; erheblicher Schimmelpilzbefall in Schlafzimmer, Bad und Wohnzimmer<sup>39</sup>; Befall der Wohnung mit Wanzen<sup>40</sup>; rostiges<sup>41</sup> oder bräunlich verfärbtes Leitungswasser<sup>42</sup>; Leitungswasser, das wegen einer Rohrrinnensanierung mit Epoxidharz nicht mehr als Trinkwasser geeignet ist<sup>43</sup>; geringer Wasserdruck, so dass die Toilette mit Eimern nachgespült werden muss und das Füllen der Badewanne 45 Minuten dauert<sup>44</sup>; Wasserschaden mit Herabstürzen von Deckenteilen<sup>45</sup> oder bei veralteten Elektroanlagen, durchgebrannten Verteilerdosen und Steckdosen sowie defekten Lichtschaltern<sup>46</sup>; Nichtbenutzbarkeit des Wohnzimmers wegen Wasserschadens und Einsturzgefahr der Decke<sup>47</sup>; Schadstoffbelastung durch Parkettkleber<sup>48</sup> oder die Überschreitung des Nitratgehalts im Trinkwasser über den zulässigen Grenzwert hinaus.<sup>49</sup>

Diese Beispiele vergegenwärtigen, dass der Mietgebrauch in Fällen, in denen das Zurückbehaltungsrecht zu einem vorübergehenden vollständigen Einbehalt der Miete führt, erheblich eingeschränkt ist und nicht in wenigen Fällen auch zu einer Gesundheitsgefährdung des Mieters führt. Von dem Mieter, der nur rostiges Leitungswasser aus der Leitung zapfen kann oder von dem Mieter, der Gefahr läuft, bald von seiner eigenen Zimmerdecke begraben zu werden, nach Ablauf bestimmter Zeit die weitere vollständige Zahlung der lediglich geminderten Miete zu verlangen, mutet befremdlich an. Es drängt sich die Frage auf, warum es in solchen Fällen nicht gerechtfertigt sein soll, dauerhaft erheblichen Druck auf den Vermieter auszuüben, damit dieser seiner gesetzlichen Pflicht der Instandhaltung der Mietsache nachkommt. Führt man sich anhand der genannten Beispiele vor Augen, warum der Vermieter dem Druck des § 320 BGB nicht nachkommt, wird offensichtlich, dass es ihm neben der Möglichkeit der Kündigung auch und insbesondere darauf ankommen wird, keine Mangelbeseitigung leisten zu müssen. Denn die Kosten der Mangelbeseitigung werden in den Fällen, in denen eine Minderung von 20 % und mehr rechtmäßig ist, erheblich sein. Der Vermieter spart durch seine Sturheit also erst einmal massive Kosten, wofür er nach Ablauf gewisser Zeit durch den Mieter auch noch mit der Rückzahlung der bislang einbehaltenen Beträge und der Zahlung der wieder nur geminderten Miete belohnt wird.

Den Mieter auf Selbstbeseitigung zu verweisen, ist nur ein geringerer Trost für den Mieter, zumal er die handwerklichen Leistungen in den Fällen erheblicher Mängel bspw. am Dach des Mietshauses sicher nicht erbringen kann. Lässt er den Mangel von einem Dritten beseitigen, klagt er auf Mangelbeseitigung oder auf Vorschusszahlung, muss er zunächst in Vorleistung gehen, was gerade finanzschwächeren Mietern nicht immer gelingen wird und ihnen entgegen des Leitbildes des § 535 Abs. 1 BGB die Initiativlast aufbürdet.

---

<sup>38</sup> LG Berlin Bechl. V. 18.8.2002 - 67 T 70/02, MM 2002, 427.

<sup>39</sup> LG Osnabrück, Urt. v. 2.12.1988 - 11 S 277/88, WuM 1989, 370.

<sup>40</sup> AG Spandau, Urt. v. 28.1.1999 - 2b C 688/98, MM 1999, 355.

<sup>41</sup> AG Köln, Urt. v. 27.2.1980 - 211 (154) C 3195/79.

<sup>42</sup> AG Görlitz, Urt. v. 15.5.1997 - 3 C 1347/96, WuM 1998, 315.

<sup>43</sup> AG Köln, Urt. v. 20.4.2011 - 201 C 546/10, NZM 2011, 629.

<sup>44</sup> LG Berlin, Urt. v. 26.8.2005 - 63 S 98/05, MM 2005, 299.

<sup>45</sup> OLG München, Urt. v. 20.12.2006 - 20 U 4428/06.

<sup>46</sup> LG Potsdam, Urt. v. 4.8.1997 - 6 S 192/96, WuM 1997, 677.

<sup>47</sup> AG Bochum, Urt. v. 28.11.1978 - 5 C 668/78, WuM 1979, 74.

<sup>48</sup> BGH, Beschl. v. 15.1.2013 - VIII ZR 411/12, WuM 2013, 253.

<sup>49</sup> AG Brühl, Urt. v. 7.3.1990 - 2b C 831/89, WuM 1990, 382.

### 3. Kein Rechteverlust beim Mieter

Als weiteres Argument für die betragsmäßige und zeitliche Begrenzung des § 320 BGB führt der BGH an, dass diese den Mieter nicht rechtlos stelle. Er könne unbeschadet der Minderung (§ 536 BGB) auf Mangelbeseitigung nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB klagen, im Falle des Verzuges des Vermieters mit der Mangelbeseitigung Schadensersatz geltend machen (§ 536a Abs. 1 BGB), sowie in geeigneten Fällen von der Befugnis Gebrauch machen, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der Aufwendungen zu verlangen (§ 536a Abs. 2 BGB). Außerdem habe der Mieter im Falle eines bestehenden Selbstbeseitigungsrechts Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten, mit dem er gegen die Miete aufrechnen könne. Schließlich käme auch eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht.<sup>50</sup>

Auch dieses Argument des BGH überzeugt nicht. Zunächst verwundert, warum das Zurückbehaltungsrechts zurücktreten soll, da es grundsätzlich alternative Rechte gibt, die der Mieter neben dem Recht aus § 320 BGB geltend machen kann. Dieser Ansatz widerspricht bereits der Anspruchskonkurrenz des geltenden Rechts.<sup>51</sup> Weiterhin hat der Gesetzgeber dem Zurückbehaltungsrecht eine vorrangige Bedeutung eingeräumt, was sich aus § 309 Nr. 2 BGB ergibt, wonach eine formularmäßige Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts bei Wohnraum unzulässig ist. Dass dem Zurückbehaltungsrecht eine normativ höhere Wertung zuzusprechen sein könnte als der Minderung, ergibt sich auch aus § 536b BGB: Die Minderung entfällt bei Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels, das Zurückbehaltungsrecht nicht.<sup>52</sup> Die restriktive Anwendung des § 320 BGB durch den BGH widerspricht somit der gesetzgeberischen Wertung. Die zeitliche Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts findet keine gesetzliche Grundlage. Vielmehr muss aus dem Charakter des Dauerschuldverhältnisses der Miete folgen, dass dem Mieter bei mangelhafter Leistung des Vermieters solange das Zurückbehaltungsrecht zusteht, wie der Mangel nicht behoben ist.<sup>53</sup> Schon in den Motiven des BGB ist zu lesen, dass der Mieter neben den Gewährleistungsrechten „nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze auf Grund des Miethvertrages gegen den Vermiether auch einen Anspruch auf Erfüllung, d.h. auf Herstellung eines zu dem vertragsgemäßen Gebrauche geeigneten Zustandes hat.“<sup>54</sup>

Weiterhin darf nicht verkannt werden, dass alle weiteren vom BGH aufgeführten Rechte andere Zielrichtungen und Voraussetzungen als die Einrede nach § 320 BGB haben.<sup>55</sup> So benötigt der Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter einen Verschuldensvorwurf bzw. eine Garantiehaftung und ist auf Ersatz des positiven Interesses gerichtet. Ein Druckmittel iSd § 320 BGB stellt der Schadensersatzanspruch gerade nicht da.<sup>56</sup> Der Verweis des BGH auf die Befugnis des Mieters den Mangel selbst zu beseitigen, wird bei größeren Schäden aufgrund der finanziellen Situation vieler Mieter ins Leere laufen. Der Hinweis, der Mieter könne anschließend Ersatz der Aufwendungen verlangen, auf Mangelbeseitigung klagen oder klageweise einen Vorschuss in Höhe der zu

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, WuM 2015, 568, 577.

<sup>51</sup> Im deutschen Zivilrecht bedeutet Anspruchskonkurrenz, dass ein und dieselbe Rechtsfolge aus ein und demselben Lebenssachverhalt und zugleich aus mehreren Normen des materiellen Rechts hergeleitet werden kann, BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 317/06.

<sup>52</sup> Selk, NZM 2016, 434, 436; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 423.

<sup>53</sup> Selk, NZM 2016, 434, 436; Schmid, NZM 2013, 715.

<sup>54</sup> s. Motive zu § 504 E I, S. 373

<sup>55</sup> ausführlich Selk, NZM 2016, 436.

<sup>56</sup> Schmid, NZM 2013, 710.

erwartenden Mangelbeseitigungskosten verlangen, verträgt sich nicht mit der Intention des Gesetzgebers, dem Mieter durch die ex lege eintretende Mietminderung die Initiativlast zu nehmen. Der Mieter muss die Minderung nicht „erklären“, er darf mindern – klagen soll der Vermieter.<sup>57</sup>

### III. Folgeentscheidungen und -überlegungen

#### 1. Rechtsprechung

Der BGH hält in seinem Beschluss vom 27.10.2015 an seiner Rechtsprechung fest. Er bestätigt, dass das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich betragsmäßig begrenzt ist.<sup>58</sup>

Das Amtsgericht Gießen führt in seinem Urteil vom 5.11.2015<sup>59</sup> aus, dass die Mieter zusätzlich zur Minderung ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des zweifachen Minderungsbetrages hätten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könne die Rechtsprechung, wonach ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des dreifachen bis fünffachen Minderungsbetrages bejaht wurde so nicht aufrechterhalten werden. Anmerkungen zu der laut BGH zeitlichen Beschränkung des § 320 BGB macht das Gericht nicht.

Weiter aus dem Fenster lehnte sich das Landgericht Berlin, als es am 15.4.2016 urteilte<sup>60</sup>, dass dem Mieter aufgrund der neuen BGH-Rechtsprechung ein Leistungsverweigerungsrecht vom höchstens dreifachen Mietminderungssatz und von insgesamt nicht mehr als drei Monatsmieten zustehe. Ob dem BGH darin zu folgen ist, dass immer dann, wenn der Vermieter ernsthaft und endgültig eine Mängelbeseitigung verweigert, auch ein Leistungsverweigerungsrecht als (unwirksames) Druckmittel ausscheide, scheint das Gericht zwar in Frage zu stellen, bezieht jedoch leider keine Stellung. Es zieht sich vielmehr darauf zurück, dass die Frage des Ausscheidens des Leistungsverweigerungsrechts als (unwirksames) Druckmittel in dem der Fragestellung zugrundeliegenden Fall nicht entschieden werden müsse, da das Verhalten der Vermieterin keinen Anlass für die Annahme einer dauerhaften Verweigerung ihrer Instandhaltungspflicht zeige. Vielmehr habe diese sowohl vor der Klageerhebung als auch noch innerhalb des Rechtsstreits Schimmelschäden beseitigt.

#### 2. „Schätzirrtum“ und Plausibilitätsrechtsprechung

Besteht Streit zwischen den Mietvertragsparteien über die Berechtigung des Mieters die Miete zurückzubehalten, oder ist der Vermieter beraten und wartet eine Zeit mit der Mängelbeseitigung, besteht ein hohes Risiko für den Mieter, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzuges außerordentlich und / oder ordentlich kündigt, §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr 3; 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die kontrovers diskutierte Frage der Berechtigung des ausgeübten Zurückbehaltungsrechts verläuft parallel zur Diskussion bei der vermeintlich berechtigten Mietminderung.<sup>61</sup> Da Messlatte des Zurückbehaltungsrechts die Mietminderung ist, kann der Mieter bei der Höhe des Zurückbehaltungsrechts ebenso irren, wie bei der berechtigten Minderungsquote. Laut jüngerer BGH Rechtsprechung trägt der Mieter sowohl das Risiko des Rechts- als auch des

---

<sup>57</sup> Schmid, NZM 2013, 717.

<sup>58</sup> VIII ZR 288/14, WuM 2016, 98.

<sup>59</sup> 48 C 48/15, WuM 2016, 26.

<sup>60</sup> 65 S 400/15, WuM 2016, 416.

<sup>61</sup> Schmid, NZM 2013, 717.

Tatsachenirrtums.<sup>62</sup> Laut BGH sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Der Mieter müsse die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Entschuldigt sei ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Diese Beurteilung hat der BGH auf den Tatsachenirrtum übertragen.<sup>63</sup> Der Mieter komme nach § 286 Abs. 4 BGB nur dann nicht in Verzug, solange die Mietzahlung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er selbst nicht zu vertreten hat. Nach § 276 BGB hat der Mieter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.<sup>64</sup> Da es aber niemals einen festen konkreten Minderungsbetrag gibt, der auf einen bestimmten Mangel passt und sich auch bei einem unstreitigen Mangel unterschiedliche Vorstellungen über die Bewertung der Gebrauchsbeeinträchtigung zeigen, der Mieter daher auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt immer mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte rechnen muss, schlägt Börstinghaus vor, einen „Schätzirrtum“ bei der Mietminderung zuzulassen<sup>65</sup>. Der Minderungsbetrag bewege sich innerhalb einer bestimmten Bandbreite, die je nach Bewertung zu einem Minderungsbetrag innerhalb dieser Spanne führe. Der Mieter dürfe daher nur für ein „Verschätzen“ verantwortlich gemacht werden, wenn die Abweichung der vom Gericht als berechtigt angesehenen Minderungsquote nicht mehr vertretbar erscheint.<sup>66</sup>

Da das Zurückbehaltungsrecht sich an der Minderung orientiert, muss dieser Irrtum, der sich entweder auf der Ebene des tatsächlichen oder des rechtlichen befindet<sup>67</sup>, aber auch bei der Einrede des § 320 BGB zum Tragen kommen – und zwar in doppelter Hinsicht: Einmal hinsichtlich der Höhe der berechtigten Mietminderung und damit auch der Höhe des Einbehalts nach § 320 BGB, und ein zweites Mal hinsichtlich der Dauer der Geltendmachung der Einrede bzw. hinsichtlich des vermeintlichen Willens des Vermieters, sich vertragstreu zu verhalten.

Neben dieser Möglichkeit der Entlastung des Mieters über die Einführung einer weiteren Irrtums(unter)kategorie, kann auch der Gedanke der „Plausibilitätsrechtsprechung“ geltend gemacht werden. Danach handelt der Gläubiger eines geltend gemachten Anspruches dann nicht fahrlässig, wenn er seine Forderung darauf überprüft, „ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen ist, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist“. Der Mieter könnte demnach seine Mängelrechte geltend machen, wenn er seinen Standpunkt aufgrund sorgfältiger Überprüfung erlangt hat und sein Verhalten plausibel erscheint.<sup>68</sup> Wenn die vom Mieter durchgeführte Minderung plausibel erscheint, darf es darauf, ob das Gericht denselben Minderungsbetrag als angemessen anerkennt, aber nicht ankommen. Der BGH hat eine die Geltendmachung der Mängelrechte ausschließende Fahrlässigkeit für den Käufer verneint, wenn dieser „im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüft hat, ob die Mangelsymptome auf eine Ursache zurückzuführen sind, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist.“<sup>69</sup>

---

<sup>62</sup> Schmid, NZM 2013, 717 mwN.

<sup>63</sup> BGH, Urte. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, WuM 2012, 499; BGH, Urte. 12.7.2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271; BGH Urte. v. 4.7.2011 – VIII ZR 279/00, NJW 2001, 3114.

<sup>64</sup> BGH, Urte. 11.7.2012 - VIII ZR 138/11, WuM 2012, 499.

<sup>65</sup> Börstinghaus, MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 26.

<sup>66</sup> Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 4.

<sup>67</sup> Hinz, ZMR 2016, 263.

<sup>68</sup> Schmid, NZM 2013, 717.

<sup>69</sup> BGH, Urte. v. 23.1.2008 - VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147, Rn. 12

Wieso der Mieter und der Käufer, die ja beide Gläubiger einer Sachleistung sind, so unterschiedlich behandelt werden, dass der Irrtum (trotz sorgfältiger Prüfung) des Käufers diesen nicht hindert, seine Mängelrechte geltend zu machen, der Mieter aber jeden fahrlässigen Rechts- und Tatsachenirrtum verantworten soll, leuchtet nicht ein. Dies wird verstärkt vor dem Hintergrund der lauernden Gefahr des Wohnungsverlustes, falls der Mieter doch die Wahrnehmung seiner Rechte „riskieren“ sollte.

#### **IV. Fazit**

Die aktuelle Entwicklung des Zurückbehaltungsrechts führt zu einer weiteren bedenklichen Reduzierung der Mieterrechte. Das Zurückbehaltungsrecht sollte aufgrund des massiv gestiegenen Risikos des Mieters wegen Zahlungsverzuges gekündigt zu werden, zurzeit sehr zurückhaltend ausgeübt werden. Um das Kündigungsrisiko zu vermeiden, sollte der Mieter aufgrund der neuesten Rechtsprechung besser gänzlich auf das Zurückbehaltungsrecht verzichten bzw. kurz nachdem der zurückbehaltende Betrag die Summe von vier Monatsmieten erreicht hat, die einbehaltenen Beträge an den Vermieter auskehren, um eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges auszuschließen.