

Dr. Beate Flatow

Der Erfüllungsanspruch der Mieter bei Mängeln

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Der Regelfall
 - 1. Zeitliche Begrenzung
 - 2. Inhalt des Anspruchs
 - 3. Durchsetzung des Anspruchs
 - a. Leistungsklage
 - b. Zurückbehaltungsrecht
- III. Einwendungen
 - 1. Unmöglichkeit
 - 2. Schuldhafte Mängelverursachung durch den Mieter
 - a. Alleinverschulden des Mieters
 - b. Mitverschulden des Mieters
 - 3. Verhinderung der Mängelbeseitigung durch den Mieter
 - 4. Mangelkenntnis bei Mietbeginn
- IV. Einreden
 - 1. Opfergrenze
 - 2. Verjährung
 - 3. Mietrückstände
 - a. Einrede des nicht erfüllten Vertrags
 - b. Allgemeines Zurückbehaltungsrecht
 - aa. Allgemeine Voraussetzungen
 - bb. Vereitelung des Vertragszwecks
 - cc. Geringere Auswirkungen
- V. Sonderfälle
 - 1. Vermieterwechsel durch Veräußerung
 - 2. Vermieterinsolvenz
 - 3. Zwangsverwaltung
- VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Mangel und Erfüllungsanspruch sind beim Mietvertrag über den Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs verknüpft. Der Erfüllungsanspruch wird im Gesetz nämlich so formuliert: „Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten“ (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB).

Auch Mangel der Mietsache wird am vertragsgemäßen Gebrauch gemessen: „Mangel ist jede dem Mieter nachteilige negative Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit, die die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache unmittelbar beeinträchtigt“.¹ Der Mangelbegriff ist umfassend. Es gibt Abstufungen von der

¹ BGH, Urt. v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715; BGH, Urt. v. 15.12.2010 – XII ZR 132/09 – NZM 2011, 153; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, § 536 BGB Rn. 3 m.w.N.; Häublein in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 536 BGB Rn. 3.

klassischen Substanzbeeinträchtigung, über Umfeldmängel wie Immissionen, bis hin zu Gefahren und – im Bereich der Gesundheit – sogar Besorgnissen.² Undichte Fenster, Schimmelbildung, nächtlicher Lärm aus der Nachbarwohnung, Asbest in der Raumluft, defekter Fahrstuhl, Ungezieferbefall sind nur Beispiele für Mängel. Der Gebrauch der Mietsache ist auch beeinträchtigt, wenn der Vermieter Versorgungsleistungen zurückhält. Eine kalte Wohnung ist mangelhaft, gleich ob die Heizung defekt ist oder ob der Vermieter das Gas abbestellt hat.

Ein Mangel, welcher Art auch immer, wird im Folgenden als gegeben vorausgesetzt. Der Beitrag gliedert sich in vier Abschnitte:

- Der Regelfall – weitere Anspruchsvoraussetzungen, Inhalt des Anspruchs, Durchsetzung des Anspruchs (II)
- Einwendungen, die den Anspruch möglicherweise zu Fall bringen – Unmöglichkeit, schuldhafte Mängelverursachung durch den Mieter (III)
- Einreden, die der Vermieter nach eigener Entscheidung erheben könnte - Opfergrenze, Verjährung, Zahlungsverzug des Mieters (IV)
- Sonderfälle. Vermieterwechsel, Zwangsverwaltung, Insolvenz (V)

II. Der Regelfall

Für den Regelfall soll vorausgesetzt sein, dass der Mieter vertragstreu ist. Es gibt weder auf Vermieter- noch auf Mieterseite Besonderheiten.

1. Zeitliche Begrenzung

Der Erfüllungsanspruch ist in diesem Fall nur noch zeitlich begrenzt. Er besteht nur „während der Mietzeit“. Die anfängliche Grenze ist der Beginn des Mietverhältnisses. Nicht selten überlässt der Vermieter dem Mieter die Räume vorzeitig, etwa zum Einlagern von Möbeln oder für Renovierungsarbeiten. Fraglich ist, ob der Mieter auch in dieser Zeit schon Mängelbeseitigung verlangen kann. Es gibt die Auffassung, dass schon mit der Überlassung das Mietverhältnis beginne.³ Jedenfalls seien diesem Zeitraum die mietrechtlichen Vorschriften schon entsprechend anzuwenden.⁴ Für den Mängelbeseitigungsanspruch erscheint mir das problematisch. Der Vermieter könnte bei einer entsprechenden Anwendung der Gewährleistungsvorschriften schon jetzt in Verzug kommen, der Mieter auf Kosten des Vermieters die Mängel selbst beseitigen. Das ist meines Erachtens aber mit der nur vorzeitigen Überlassung – ohne Mietzahlung – nicht gewollt. Der Vermieter muss erst zu dem im Vertrag festgehaltenen Mietbeginn den vertragsgemäßen Zustand der Räume hergestellt haben.⁵ Dagegen ist der Mieter gehalten, den Mangel schon vor Mietbeginn anzuzeigen, damit der Vermieter eine Chance zur vertragsgemäßen Herstellung hat.

Fraglich ist auch die Rechtslage nach Mietende. Wenn der Mieter nach Vertragsende nicht räumt, besteht nur noch ein Nutzungsverhältnis. Das gilt zunächst auch, wenn

² Grundlegend für Gesundheitsgefahren und „Befürchtung der Gefahrverwirklichung“ OLG Hamm, Beschl. vom 25.3.1987 - 30 ReMiet 1/86 – NJW-RR 1987, 968, 969; wiederholt in OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2002 - 30 U 20/01 - NZM 2003, 395, 396 (red. LS und Auszug aus den Gründen).

³ So Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 66.

⁴ Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 549; Eisele, WuM 1997, 533, 534.

⁵ Für Einzelfälle bejaht diese Einschränkung auch Eisele, WuM 1997, 533, 534.

das Gericht dem Mieter eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO bewilligt oder wenn der Vermieter zusagt, aus einem Anerkenntnisurteil nicht zu vollstrecken, solange der Mieter die laufende Nutzungsentschädigung und Raten auf die Rückstände zahlt. In allen Fällen wird der vormalige Mieter nur geduldet, hat aber keinen Anspruch mehr auf die Hauptvermieterleistung, die Gebrauchsgewährung. Vorhandene Mängel wie etwa den defekten Fahrstuhl oder die Schimmelbildung an den Wänden, muss er hinnehmen. Der vertragliche Hauptleistungsanspruch entfällt.

Kritisch wird diese Situation, wenn die Mängel dazu führen, dass die Räume nicht beschädigt aber faktisch doch unbenutzbar sind. Zu denken ist vor allem an die Versorgungssperre. Beispiel: Der Vermieter hat wegen Eigenbedarfs gekündigt. Als der Mieter nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht ausgezogen ist, stellt der Vermieter das Wasser ab.

Auch hier steht § 535 Abs. 1 S. 2 BGB als Anspruchsgrundlage nicht mehr zur Verfügung.⁶ Fraglich ist, ob ein Erfüllungsanspruch aus anderen Anspruchsgrundlagen folgen kann.

Bis vor einigen Jahren wurden diese Fälle über die Regelungen zum Besitzschutz gelöst. Das ist seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2009 für die Praxis Geschichte. Der Versorgungssperre nach Mietende stehen nach dieser Entscheidung die Vorschriften zum Besitzschutz nicht entgegen. Der Besitz, den der Vermieter nicht durch Selbstjustiz entziehen darf, umfasst nur die tatsächliche Sachherrschaft. Diese Sachherrschaft wird nicht beeinträchtigt,⁷ solange die Räume als solche nicht beschädigt werden und der Mieter nicht tatsächlich ausgesperrt wird. Der Mieter hat „nur“ keine Heizung oder kein Wasser mehr, bleibt aber Besitzer der kalten Wohnung.

Infrage kommen damit nur noch nachvertragliche Ansprüche aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Damit geht es um eine Abwägung. Auf der einen Seite stehen Belange des bisherigen Mieters wie eine drohende Gesundheitsgefährdung. Auf der anderen Seite darf, so der BGH, die Fortsetzung der Versorgung dem Vermieter nicht unzumutbar sein. Das bedeutet, dass sicherlich die Bezahlung der weiteren Versorgung gewährleistet sein muss.⁸ Im Übrigen zählen alle Umstände des Einzelfalls⁹ und herrscht damit für die Betroffenen erhebliche Rechtsunsicherheit.

2. Inhalt des Anspruchs

Inhaltlich richtet sich der Anspruch auf Mängelbeseitigung, genauer: auf Herstellung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Der Weg dahin ist allein dem Vermieter

⁶ BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 137/07 – NJW 2009, 1947, 1948; Volker Emmerich in: Staudinger (2014), § 535 BGB Rn. 82b; Derleder, WuM 2011, 551, 552; Mummenhoff, WuM 2009, 437, 439.

⁷ BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 137/07 – NJW 2009, 1947, 1949; a.A. vor der BGH-Entscheidung etwa: OLG Köln, Beschl. v. 26.04.20014 – 1 U 67/03 – NJW-RR 2005, 99; LG Heilbronn, Urt. v. 18.12.2007 – 2 O 448/07 – ZMR 2008, 717; LG Hannover, Urt. v. 19.01.2005 – 11 O 467/04 – ZMR 2005, 615.

⁸ Vgl. Volker Emmerich in: Staudinger (2014), § 535 BGB Rn. 82b; BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 137/07 – NJW 2009, 1947, 1948.

⁹ Vgl. etwa den Fall KG, Beschl. v. 16.05.2011 – 8 U 2/11 – NZM 2011, 778; dazu Streyll NZM 2011, 765; näher zu den Kriterien Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 535 BGB Rn. 514-517.

überlassen. Leistung heißt nicht Leistungshandlung, sondern Leistungserfolg.¹⁰ Der Mieter hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme. Liegt der Mangel in der Substanz, kommen nach Wahl des Vermieters Reparatur oder Austausch der betroffenen Teile in Betracht. Bei einem Umfeldmangel ist jede Maßnahme zulässig, die den vertragsgemäßen Zustand wieder herstellt. Vertragswidrige Lärmimmissionen können durch bauliche Maßnahmen beseitigt werden, aber auch dadurch, dass die lärmenden Nachbarn ausziehen. Beides erfüllt den Herstellungsanspruch auf Mangelfreiheit, hier: Ruhe.

Zu prüfen ist, ob dem Mieter bei der Art der Mängelbeseitigung jedenfalls ein Mitspracherecht zukommt. Das betrifft vor allem Renovierungsarbeiten. Wenn die Schönheitsreparaturen nicht abgewälzt sind, oder auch wenn Reparaturen als Folge zu baulichen Maßnahmen erforderlich werden, schuldet Vermieter die Arbeiten als Teil der Gebrauchsgewährung. Die abgenutzte Wohnung wird mangelhaft.¹¹ Fraglich ist, ob der Vermieter jetzt die geschuldete Renovierung erbringen kann, indem er alle Wände neu tapezieren und beispielsweise himmelblau anstreichen lässt.¹²

Hier gilt zunächst das Gebot der Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB.¹³ Der Vermieter muss also dezente Anstriche und Tapeten wählen, also eine Dekoration, die er selbst bei Rückgabe vom Mieter erwarten würde.¹⁴ Alle Räume in hellblau zu streichen, verletzt das Gebot der Rücksichtnahme, der Vermieter erfüllt seine Instandhaltungspflicht damit nicht.¹⁵ Schwieriger ist die Frage, ob er aus dem Spektrum der dezenten Farben nun diejenigen auswählen muss, die der Mieter wünscht,¹⁶ also etwa einen hellgrauen Anstrich anstelle eines weißen Anstrichs vornehmen lassen muss. Ich würde das verneinen, solange der Vermieter einen Anstrich in weiß vornehmen möchte. Weiß ist immer noch die gängigste Farbgebung. Ein Anstrich in verschiedenen dezenten Farben – helles Lindgrün, dezentes Hellgelb, helles Grau – mag im Rahmen des noch Üblichen liegen, könnte aber bereits die Vermietbarkeit erschweren. Umgekehrt dürfte nahezu jede Wohnungseinrichtung zu einem weißen Anstrich passen. Danach verletzt der Vermieter das Rücksichtnahmegebot m.E. mit einem weißen Anstrich nicht. In den Grenzen des Schikaneverbots hat er ein Bestimmungsrecht.¹⁷ Etwas anderes gilt naturgemäß bei bloßen Ausbesserungsarbeiten, die sich am umgebenden Anstrich orientieren müssen.

3. Durchsetzung des Anspruchs

Der Mieter hat zwei Möglichkeiten, die Erfüllung der Gebrauchsgewährungspflicht durch den Vermieter durchzusetzen.

a. Leistungsklage

¹⁰ Fetzer in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 2; BGH, Urt. v. 28.10.1998 – VIII ZR 157/97 – NJW 1999, 210; BGH, Beschl. v. 29.01.2009 – III ZR 115/08 – NJW 2009, 1085, 1086 m.w.N.

¹¹ Näher dazu unten unter III.4.

¹² Vgl. den Fall, AG Berlin-Mitte, Urt. vom 08.08.2013 – 121 C 135/13 – ZMR 2014, 799.

¹³ AG Berlin-Mitte, Urt. vom 08.08.2013 – 121 C 135/13 – ZMR 2014, 799; Sternel, NZM 2007, 545, 547.

¹⁴ Vgl. Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 538 Rn. 204.

¹⁵ AG Berlin-Mitte, Urt. v. 08.08.2013 – 121 C 135/13 – ZMR 2014, 799.

¹⁶ so etwa Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 538 Rn. 204; Sternel, NZM 2007, 545, 547.

¹⁷ Vgl. AG Königswinter, Urt. v. 18.06.1980 – 3 C 533/79 – WuM 1980, 280.

Einerseits kann er schlicht auf Mängelbeseitigung klagen. Auch dabei gilt wieder, dass der Mieter im Klagantrag nur den Erfolg zu bezeichnen hat. Das Wie der Mängelbeseitigung hat er dem Vermieter zu überlassen.¹⁸ Der Klagantrag kann also gerichtet werden auf Beseitigung der Feuchtigkeitserscheinungen, nicht aber auf Durchführung einer bestimmten Sanierungsmaßnahme. Problematisch ist hier in der Regel nicht die Klage. Schwierig wird die Vollstreckung. Der Mieter kann die Arbeiten selbst vornehmen lassen, die Duldung des Vermieters und auch eine Vorschusszahlung erzwingen (§ 887 ZPO). Der Aufwand dafür ist aber kaum zu überschätzen.

b. Zurückbehaltungsrecht

Die zweite Möglichkeit, die in Frage kommt, ist die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts an der Miete nach § 320 BGB. § 320 BGB regelt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Jede Seite kann ihre Leistung zurückhalten, bis die Gegenleistung erbracht ist. Keine Einrede hat der Schuldner, wenn er selbst vorleistungspflichtig ist. Außerdem müssen Leistung und Gegenleistung miteinander verknüpft sein, also direkt im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Die Gebrauchsgewährung für den laufenden Monat ist mit der Mietzahlung für den laufenden Monat verknüpft. Fraglich ist allerdings, wer hier vorleistungspflichtig ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH entsteht der Mängelbeseitigungsanspruch ständig neu. Es handelt sich um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung.¹⁹ Zu jedem einzelnen Zeitpunkt, an jedem einzelnen Tag, ist m.E. der Vermieter damit vorleistungspflichtig. Er muss nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Mietsache nämlich jeweils mangelfrei überlassen.²⁰ Die Fälligkeitsregelung in § 556 b BGB regelt nur eine Vorfälligkeit²¹ oder eine sog. unbeständige Vorleistungspflicht²², beinhaltet aber keine Vorleistungspflicht des Mieters im Sinne von § 320 BGB.²³ Der BGH spricht ohne nähere Erörterung auch nach der Gesetzesänderung zur Fälligkeit der Miete dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu.²⁴

Das Zurückbehaltungsrecht verlangt allerdings, dass der Vermieter den Mangel kennt.²⁵ Dafür muss der Mieter einen neuen Mangel erst einmal anzeigen. Das

¹⁸ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 27.08.2010 – 65 S 89/10 – GE 2011, 616; LG Berlin, Urt. v. 07.10.2008 – 65 S 124/08 – „juris“; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2007 – 10 U 86/07 – „juris“ – Tz. 21; LG Hamburg, Urt. v. 25.03.2010 – 307 S 152/09 – ZMR 2010, 610, 611; AG Hannover, Urt. v. 16.04.2009 – 414 C 16262/08 – WuM 2009, 585; AG Charlottenburg, Urt. v. 13.02.2013 – 214 C 234/12 – juris (Tz. 26); Emmert, juris-PR MietR 20/2009 Anm. 1 m.w.N.

¹⁹ BGH, Urt. v. 15.06.2015 – VIII ZR 19/14 – „juris“ (Tz. 49); BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 104/09 – NJW 2010, 1292; ausführlich Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 548 BGB Rn. 66; ders. WuM 2009, 630.

²⁰ Vgl. Conrad, MDR 2013, 1381, 1382 unter II.2.b.

²¹ So etwa Conrad, MDR 2013, 1381, 1382.

²² So Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 412.

²³ Vgl. Weitemeyer in: Staudinger, BGB (2014), § 556b Rn. 15; LG Krefeld, Urt. v. 17.03.2004 – 2 S 68/03 – WuM 2004, 200; soweit BGH, Urt. v. 13.07.2010 – VIII ZR 129/09 – NZM 2010, 661, 663 von Vorleistungspflicht spricht, ist wohl nur Vorfälligkeit in diesem Sinne gemeint; näher Conrad, MDR 2013, 1381, 1382 unter II.2.b.; ausführlich Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 Rn. 412. ausdrücklich anders: Herrlein, NZM 2006, 527, 529; Herresthal, NZM 2011, 833, 838.

²⁴ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 26.02.2003 – XII ZR 66/01 – NJW-RR 2003, 727, 728 (unter 4.); BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – „juris“ (Tz. 49); BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 – NZM 2011, 197; dazu Börstinghaus, jurisPR-BGH ZivilR 19/2010 Anm. 2 unter E.

²⁵ BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 – NZM 2011, 197; Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 8.

Zurückbehaltungsrecht dient nämlich dazu, auf den Schuldner Druck auszuüben, damit er seine Verpflichtung erfüllt. Solange der Vermieter einen Mangel nicht kennt, kann das Zurückbehaltungsrecht ihn aber nicht dazu bewegen, den Mangel zu beseitigen.²⁶

Fraglich ist, in welcher Höhe der Mieter die laufenden Mieten zurückhalten darf.

Zwei Bemessungsgrundlagen kommen infrage, einerseits die Höhe der Mängelbeseitigungskosten, andererseits das Maß der Beeinträchtigung auf Seiten des Mieters, ausgedrückt in der Minderungsquote. In Rechtsprechung und Schrifttum finden sich Vertreter für beide Kriterien, wie auch für eine Kombination.

Es gibt eine Auffassung, die wohl dem Vermieter am günstigsten ist. Danach ist das Zurückbehaltungsrecht begrenzt durch die Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Mit einer dann angesparten Summe könne der Mieter nämlich im Wege der Ersatzvornahme den Mangel selbst reparieren lassen. Aus dem vorläufig einbehaltenen Betrag würde der endgültige Aufwendungsersatz.²⁷

Eine Variante, die sich auch in der Rechtsprechung findet, ist die Bemessung des Zurückbehaltungsrechtes anhand eines mehrfachen der Herstellungskosten. Der BGH hatte es in einer früheren Entscheidung als „revisionsrechtlich nicht zu beanstanden“ bezeichnet, wenn bei umfangreichen baulichen Arbeiten das Dreifache des Herstellungsbetrages zurückgehalten werde.²⁸

Eine verbreitete Auffassung wählt das zweite Kriterium. Es sei auf die Schwere der Beeinträchtigung abzustellen und das Zurückbehaltungsrecht nach dem Grad der Beeinträchtigung, etwa nach dem drei- bis fünffachen des Minderungsbetrags zu bemessen. Dieses Zurückbehaltungsrecht bestünde dann zunächst einmal jeden Monat, solange bis die Mängel beseitigt sind.²⁹

Die Kombination wäre es schließlich, einerseits auf die Minderungsquote abzustellen, andererseits eine Begrenzung der Höhe nach auf das Doppelte des Herstellungsaufwands vorzunehmen. Diese Lösung wird vorgeschlagen, weil das Werkvertragsrecht eine entsprechende Begrenzung vorsieht (§ 641 Abs.3 BGB).³⁰

In einer aktuellen Entscheidung aus dem Juni 2015 hat auch der BGH eine Kombination vorgegeben. Das Zurückbehaltungsrecht unterliege nach seinem Sinn und Zweck grundsätzlich einer zeitlichen und einer betragsmäßigen Begrenzung.³¹ Der einbehaltene Betrag müsse in einer Relation zur Bedeutung des Mangels stehen. Vor allem bei Mängeln, die die Gebrauchstauglichkeit nur in beschränktem Umfang mindern würden, sei es schonend auszuüben. Konkret komme ein Einbehalt geringerer Beträge für einen längeren Zeitraum ebenso infrage wie der Einbehalt der

²⁶ BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 - NZM 2011, 197; LG Berlin, Urt. v. 06.03.1998 – 65 S 386/97 – NZM 1998, 475.

²⁷ Kraemer/Paschke in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.B 3069.

²⁸ BGH, Urt. v. 26.03.2004 – XII ZR 167/01 – NJW-RR 2003, 873, 874.

²⁹ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 21.03.1995 – 64 S 290/94 – GE 1995, 821; LG Hamburg, Urt. v. 03.02.1984 – 11 S 87/83 – WuM 1989, 172; AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 31.08.2010 – 226 C 111/10 – „juris“; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, § 536 Rn. 189; Conrad, MDR 2013, 1381, 1383.

³⁰ Vgl. etwa Selk, NZM 2009, 142; Eisenschmid in: Schmid-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 536 BGB Rn. 426.

³¹ BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – MDR 2015, 876.

gesamten Miete für einen kurzen Zeitraum. Jedenfalls sei auch hier auf alle Umstände des Einzelfalls, etwa auch die Schwierigkeiten bei der Mangelbeseitigung oder das Verhalten der Vertragsparteien Rücksicht zu nehmen.³²

Mit dieser Entscheidung entsteht auch hier besondere Rechtsunsicherheit. In jedem Fall sollte künftig in der Beratung eine eher enge Begrenzung angeraten werden, weil dem Mieter bei einem unberechtigten Einbehalt die Kündigung wegen Zahlungsverzugs drohen kann. Er trägt das Risiko, dass das Zurückbehaltungsrecht nach Auffassung des Gerichts nur in geringerer Höhe bestand³³ und muss sich einen Beratungsfehler dann auch - nach der Rechtsprechung des BGH – zurechnen lassen.³⁴ Das Druckmittel Zurückbehaltungsrecht verliert voraussichtlich seine Stärke.

Der Mieter hat in keinem Fall ein Zurückbehaltungsrecht an der Kautions. Die Kautions soll gerade ohne Rücksicht auf Streit der Parteien um die Berechtigung von Gegenansprüchen bezahlt werden.³⁵

Ein dritter Weg zum Ziel der Mangelfreiheit wäre die Ersatzvornahme. Der Mieter darf den Mangel selbst beseitigen und Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Vermieter in Verzug ist, oder wenn eine besondere Dringlichkeit besteht (§ 536 a Abs. 2 BGB). Die Ersatzvornahme gehört nicht mehr zum Thema Erfüllungsanspruch, weil es sich schon um einen Anspruch handelt, der erst bei Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung entsteht.

III. Einwendungen

Es gibt Umstände, die den Mängelbeseitigungsanspruch zu Fall bringen. Hier sind verschiedene Fallgruppen daraufhin zu überprüfen.

1. Unmöglichkeit

Dem Anspruch kann der Einwand der Unmöglichkeit gegenüber stehen. Eine anfängliche Unmöglichkeit steht schon der Entstehung des Anspruchs entgegen. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit führt zum Erlöschen. In jedem Fall entfällt der Anspruch.³⁶

Unmöglichkeit liegt einerseits vor, wenn niemand diesen Mangel beheben könnte, sog. objektive Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB). Häufigster Fall ist die Wohnflächenabweichung, die bei mehr als 10 % Differenz zur Mangelhaftigkeit führt.³⁷ Die Wohnfläche lässt sich nicht ändern. Infrage kommen auch Lärmimmissionen, für die der Vermieter einstehen muss, ohne sie abstellen zu können. Das kann z.B. geschehen, wenn in einer größeren Anlage zahlreiche

³² BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – MDR 2015, 876, 878.

³³ Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, § 536 Rn. 192.

³⁴ BGH, Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 – NZM 2007, 35.

³⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 21.03.2007 – XII ZR 255/04 – NZM 2007, 401; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.05.2006 – 9 U 204/05 – „juris“ (Tz. 23).

³⁶ Vgl. Formulierung in BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 – NJW 2014, 3365, 3367.

³⁷ So die Grundregel des BGH, Urt. v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03 – NJW 2004, 1947.

Wohnungen als Ferienwohnungen genutzt werden, mit Lärm von Partys, lauter Musik, Putzkolonnen.³⁸

Subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Mängelbeseitigung zwar objektiv möglich ist, aber der Vermieter in seiner Person daran gehindert ist, die geforderten Maßnahmen umzusetzen. Das betrifft insbesondere die Fälle, in denen der Vermieter selbst nicht Eigentümer oder nicht Alleineigentümer ist. Er kann dann möglicherweise Arbeiten oder Maßnahmen, die er seinem Mieter schuldet, gegenüber dem Eigentümer oder der Eigentümergemeinschaft selbst nicht durchsetzen. Der häufigste Fall ist die vermietete Eigentumswohnung, wenn die Mängelbeseitigung Arbeiten am Gemeinschaftseigentum verlangt.

Unmöglichkeit tritt allerdings erst ein, wenn der Vermieter alles Zumutbare versucht hat. In einer Wohnungseigentümergeinschaft muss er versuchen, einen Beschluss der Eigentümerversammlung für die Reparatur herbeizuführen.³⁹ Wenn die Versammlung das aber ablehnt, ohne dass dieser Beschluss anfechtbar wäre, hat der Vermieter keine weiteren Möglichkeiten.

In allen Fällen der Unmöglichkeit besteht kein Erfüllungsanspruch.⁴⁰ Der Mieter ist auf die Gewährleistungsrechte, im Wesentlichen Kündigung oder Minderung verwiesen.

2. Schuldhafte Mängelverursachung durch den Mieter

Es gibt Fälle, in denen der Mieter selbst schuldhaft den Mangel herbeigeführt hat. Dabei kann Alleinverschulden oder Mitverschulden vorliegen.

a) Alleinverschulden des Mieters

Ein Beispiel für ein Alleinverschulden des Mieters wäre der Wasserschaden, der entsteht, weil der Mieter vergessen hatte, den Zulauf zur Waschmaschine zu schließen. Fußboden und Wände erleiden Feuchtigkeitsschäden. Der Zustand der Wohnung ist damit mangelhaft. Hier steht dem Anspruch des Mieters auf Wiederherstellung, der Anspruch des Vermieters auf Schadensersatz gegenüber. Der Vermieter kann nach seiner Wahl ebenfalls Schadensersatz durch Herstellung, also Naturalrestitution oder Geldersatz verlangen (§ 249 Abs. 1 und 2 BGB).

Wenn der Vermieter vom Mieter verlangt, den Schaden selbst zu beseitigen, ist sein Anspruch vorrangig, der Mieter muss selbst reparieren.⁴¹ Der Grund liegt in der Wertung des Schadensersatzrechts (§ 249 BGB), der wirtschaftliche Schaden wird dem Mieter zugewiesen.

Wenn der Vermieter stattdessen Schadensersatz in Geld verlangt (§ 249 Abs. 2 BGB), greift wieder die vertragliche Pflicht zur Herstellung. Er muss also – anders als Geschädigte sonst – Fußboden und Wände reparieren und renovieren

³⁸ Vgl. den Fall BGH, Urt. v. 29.02.2012 – VIII ZR 155/11 – NZM 2012, 381.

³⁹ BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 342/03 – NJW 2005, 3284, 3285; Volker Emmerich in: Staudinger (2014), § 535 BGB Rn. 31; näher: Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196 f.

⁴⁰ Vgl. (für einen Werkvertrag) BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 – NJW 2014, 3365, 3367.

⁴¹ Vgl. Häublein in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 106.

lassen.⁴² Schwierig könnte die Abwicklung sein. Einerseits könnte der Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, d.h. die Reparatur solange verweigern, bis er das Geld bekommen hat. Andererseits könnte der Mieter die Zahlung so lange verweigern, bis die Reparaturarbeiten durchgeführt sind. Beide Ansprüche sind fällig und beruhen auf einem Lebenssachverhalt, so dass im Grundsatz beiden Parteien ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zustehen kann. Wenn es tatsächlich soweit kommt, wäre eine sog. „doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung“ auszusprechen.⁴³ Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn der Mieter den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat. Hier steht ihm entsprechend der gesetzlichen Wertung zum Herausgabeanspruch (§ 1000 S. 2 BGB) kein Zurückbehaltungsrecht zu. Der Vermieter darf den Schadensersatzbetrag verlangen, ohne die Reparatur der Mietsache zuvor auch nur anbieten zu müssen.

b) Mitverschulden des Mieters

Es bleibt der Fall des Mitverschuldens. Infrage kommt hier vor allem die Verletzung der Anzeigepflicht, die dazu führt, dass der Mangel sich noch vergrößert.⁴⁴ Ein Beispiel wären Feuchtigkeiterscheinungen infolge Undichtigkeiten, die der Mieter nicht anzeigt, bis sie schließlich massiv geworden sind. Dafür gibt es eine Regelung. Nach § 536 c BGB entfallen Minderungs- und Schadensersatzansprüche, ebenso das Kündigungsrecht des Mieters, solange der Vermieter mangels Anzeige auch keine Mängelbeseitigung vornehmen kann. Das bedeutet umgekehrt, dass der Herstellungsanspruch gerade fortbesteht,⁴⁵ und zwar auch dann, wenn sich die Mängelbeseitigungskosten jetzt erhöht haben. In gleicher Weise kann es einen Anspruch geben, wenn Vermieter und Mieter gleichermaßen ein Verschuldensvorwurf schon an der Entstehung des Mangels trifft.⁴⁶ Dazu gibt es Fälle über Feuchtigkeitsschäden, die in ihrem Ausmaß gleichermaßen auf Baumängel wie auf unzureichendes Lüften zurückzuführen sind.⁴⁷ Der Vermieter kann die Mehrkosten, die auf der Vertragsverletzung des Mieters beruhen, als Schadensersatz verlangen.⁴⁸

Auch hier kann der Vermieter wohl ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, bis ihm für die Zusatzkosten, die auf der Vertragsverletzung des Mieters beruhen, Sicherheit geleistet wird. Jedenfalls hat die Rechtsprechung das für ähnliche Fälle im Werkvertragsrecht so entschieden.⁴⁹ Zu den wechselseitigen Zurückbehaltungsrechten gilt daher das Gleiche wie beim Alleinverschulden.

3. Verhinderung der Mängelbeseitigung durch den Mieter

⁴² Vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 535 BGB Rn. 93; Kraemer/Paschke in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.B.3063.

⁴³ Vgl. zu einem entsprechenden Fall bei einem Anspruch auf Nachbesserung im Werkvertrag und Kostenbeteiligung BGH, Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 286/82 – NJW 1984, 1679.

⁴⁴ Vgl. etwa den Fall BGH, Urt. v. 4.4.1977 – VIII ZR 143/75 – NJW 1977, 1236.

⁴⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 – NZM 2011, 197; BGH, Urt. v. 18.04.2007 – XII ZR 139/05 – NZM 2007, 484, 485; Derleder, NZM 2002, 676, 680; Conrad, MDR 2013, 1381, 1383.

⁴⁶ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 05.12.1990 – VIII ZR 331/89 – NJW-RR 1991, 970.

⁴⁷ LG Berlin, Urt. v. 15.06.2009 – 67 S 279/08 – GE 2009, 1125; AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 24.04.2012 – 7 C 326/10 – GE 2012, 835 (dort im konkreten Fall verneint).

⁴⁸ Vgl. Kraemer/Paschke, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.B.3063.

⁴⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 50/82 – NJW 1984, 1676, 1679; OLG Koblenz, Urt. v. 20.04.2004 – 3 U 1139/03 – „juris“ (Tz. 32).

Dem Erfüllungsanspruch kann schließlich im Einzelfall der Einwand des treuwidrigen Verhaltens entgegenstehen. Vereinzelt gibt es Fälle, in denen der Mieter selbst die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nachhaltig verhindert.⁵⁰ Dadurch erlischt der Anspruch auf Erfüllung zunächst nicht. Grundsätzlich gerät der Mieter nur in Annahmeverzug, wenn er die Arbeiten nicht ermöglicht. Erklärt er sich später mit der angebotenen Mängelbeseitigung einverstanden, fällt der Annahmeverzug weg, der Vermieter muss reparieren.⁵¹

Es gibt aber Ausnahmefälle, in denen das Verhalten des Mieters in einem Ausmaß treuwidrig ist, dass der Herstellungsanspruch endgültig erlischt. Das Amtsgericht Münster hat einen solchen Fall bejaht, als der Mieter noch im Rechtsstreit drei Reparaturtermine nacheinander missachtete.⁵²

4. Mangelkenntnis bei Mietbeginn

Fraglich ist schließlich, ob der Mieter mit dem Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn er Mängel schon bei Vertragsschluss kennt. Die gleiche Frage stellt sich, wenn der Mieter jedenfalls bei Mietbeginn einen Mangel feststellt, die Räume aber widerspruchlos annimmt.

Nach § 536 b BGB sind in den genannten Fällen Ansprüche auf Minderung und Schadensersatz ausgeschlossen. Daraus ergibt sich umgekehrt, dass das Gesetz den Erfüllungsanspruch gerade unberührt lassen will.⁵³ Eine Analogie scheidet aus. Der Mieter kann also weiterhin Erfüllung verlangen.

Zu beachten ist aber die Abgrenzung. Die Hinnahme einer Negativabweichung vom Standard kann im Einzelfall dazu führen, dass in diesem Punkt stillschweigend eine Beschaffenheitsvereinbarung erfolgt. Dann fehlt es schon an einem Mangel.⁵⁴ Ein Beispiel ist das Fehlen einer Zimmertür zwischen verbundenen Räumen. Hier wird, wenn nichts anderes vereinbart ist, eben eine Wohnung ohne diese Zimmertür als vertragsgemäß vermietet.⁵⁵ Das Gleiche gilt bei Rissen im Terrazzoboden, knarrenden Dielen und ähnlichen Umständen. Fraglich geworden ist die Rechtslage bei der Vermietung unrenovierter Wohnungen, wenn die Abwälzungsklausel für die Schönheitsreparaturen unwirksam ist. Hier bleibt es m.E. beim Mangel. Die Parteien haben den unrenovierten Zustand gerade nicht für vertragsgemäß gehalten.⁵⁶ Es sollte nämlich laufend renoviert werden, nur eben durch den Mieter. Damit bleibt jetzt die Renovierungspflicht, jetzt eben auf Seiten des Vermieters, bestehen. Sie setzt ggf. auch unmittelbar zum Mietbeginn ein, wenn schon bei Mietbeginn ein

⁵⁰ Vgl. für bauliche Mängelbeseitigungsarbeiten AG Münster, Urt. v. 12.06.2007 – 3 C 4552/06 – NZM 2008, 481.

⁵¹ Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1201.

⁵² Vgl. AG Münster, Urt. v. 12.06.2007 – 3 C 4552/06 – NZM 2008, 481.

⁵³ BGH, Urt. v. 18.04.2007 – XII ZR 139/05 – NZM 2007, 484, 485; LG Bonn, Urt. v. 13.09.2012 – 6 S 69/12 – ZMR 2013, 534, 535; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Auflage 2014, § 536 b BGB Rn. 18.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 18.04.2007 – XII ZR 139/05 – NZM 2007, 484, 485; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 535 Rn. 357; näher Kraemer/Paschke in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.B.3062

⁵⁵ Zehelein, WuM 2014, 579, 583

⁵⁶ Vgl. Stornel, NZM 2007, 545, 547.

Renovierungsbedarf besteht.⁵⁷ Allenfalls kommt der schlüssige Verzicht auf eine Anfangsrenovierung in Betracht.⁵⁸

IV. Einreden

Einreden muss der Vermieter geltend machen, damit sie zum Tragen kommen. Von Amts wegen werden sie nicht berücksichtigt, auch nicht wenn die entsprechenden Tatsachen außer Streit sind.

Infrage kommen im Wesentlichen drei Einreden, die zu prüfen wären:

- Überschreitung einer Opfergrenze
- Verjährung
- Mietrückstände

1. Opfergrenze

Die sog. Opfergrenze ist in den Vorschriften zur Unmöglichkeit mit geregelt, obwohl die Leistung streng genommen nicht unmöglich wäre. Der Schuldner kann eine Leistung verweigern, soweit der Aufwand für ihn so groß wäre, dass ein grobes Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse des Gläubigers besteht. Mit zu beachten sind die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 275 Abs.2 BGB).

In die Bewertung sind auf der einen Seite die Reparatur- oder sogar Sanierungskosten einzustellen, auf der anderen Seite der Verkehrswert der Immobilie und die zu erzielenden Einnahmen aber auch die Beeinträchtigungen des Mieters.⁵⁹ Beispielhaft ist ein Fall, den der BGH 2005 zu entscheiden hatte.⁶⁰ Es gab Feuchtigkeit in einem Durchgang zu Keller und Tiefgarage, weil dort bei Regen Wasser eindrang. Für den Mieter keine nennenswerte Beeinträchtigung, aber beim Vermieter ein Sanierungsaufwand von 100.000 €. Dem Vermieter kann aber auch trotz hoher Kosten die Einrede verwehrt sein, wenn er selbst bei Vermietung treuwidrig Zusagen gemacht hat, deren Einhaltung nun extrem teuer wird.⁶¹ Auch wenn der Vermieter den Mangel selbst erst schuldhaft herbeigeführt hat, kann er sich möglicherweise nicht mehr auf eine Opfergrenze berufen.⁶² Wie immer, wenn alle Umstände des Einzelfalls und die Grundsätze von Treu und Glauben einzubeziehen sind, besteht Rechtsunsicherheit.

2. Verjährung

Fraglich ist, ob der Erfüllungsanspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung verjähren kann. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre. Sie beginnt nicht vor der Entstehung des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Damit stellt sich die Frage, wann der Anspruch auf Mängelbeseitigung in einem Dauerschuldverhältnis wie dem Mietvertrag entsteht.

⁵⁷ Vgl. Stornel, NZM 2007, 545, 547.

⁵⁸ Näher Flatow, WuM 2009, 208, 209 f.

⁵⁹ Näher: Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 557; Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1197; Kraemer/Paschke in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.B.3066; AG Köpenick, Urt. v. 28.11.2012 – 6 C 258/12 – „juris“.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 342/03 – NZM 2005, 820.

⁶¹ Vgl. AG Hamburg-Blankenese, Urt. v. 06.06.2012 – 531 C 49/11 – ZMR 2012, 631.

⁶² Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 13.10.2009 – 9 U 459/09 – NZM 2011, 35.

Im Schrifttum wird vertreten, dass es auf das Auftreten des konkreten Mangels und die Kenntnis des Mieters davon ankomme.⁶³ Der Gebrauchsgewährungsanspruch sei im Dauerschuldverhältnis zwar ein „Stammrecht“, das nicht verjähren könne. Wenn sich ein bestimmter Mangel zeige, bilde sich daraus aber ein konkretisierter Herstellungsanspruch als rechtlicher Einzelanspruch heraus. Dieser Anspruch verjähre drei Jahre ab Entstehung und Kenntnis.⁶⁴

Für die Praxis kann die Frage mit der wohl herrschenden Gegenauffassung und der Rechtsprechung verneint werden. Der Anspruch auf Gebrauchsgewährung, damit auch auf Instandhaltung und Instandsetzung entsteht laufend neu. Damit beginnt auch die Verjährungsfrist jeden Tag aufs Neue, solange das Mietverhältnis besteht. Es handelt sich im Ergebnis um eine Dauerverpflichtung, die nicht verjähren kann.⁶⁵

3. Mietrückstände

Es ist nicht entschieden, ob dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, wenn der Mieter mit seinen Zahlungen im Verzug ist.

Diskutiert wird diese Frage weniger bei Reparaturmaßnahmen als bei den Versorgungssperren. Das ist aber rechtlich das Gleiche. Eine kalte Wohnung ist, wie schon eingangs gesagt, mangelhaft. Die Wiederherstellung der Beheizung ist Erfüllung der Gebrauchsgewährungspflicht nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es kommt nicht darauf an, ob der Vermieter die Heizung reparieren oder das Gas beim Versorger wieder anmelden müsste. Das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters wird an Bedeutung gewinnen, weil der Mieter mit Anträgen auf Besitzschutz keinen Erfolg mehr haben wird.⁶⁶ Er kann nur den vertraglichen Erfüllungsanspruch geltend machen.

Die Frage ist also, ob der Vermieter Mängelbeseitigung verweigern kann, bis Mietrückstände bezahlt sind. Dabei soll es um Rückstände gehen, die so hoch sind, dass sie ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters in jedem Fall übersteigen.

a. Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB)

Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist auf das Oben – zum Zurückbehaltungsrecht des Mieters - Gesagte⁶⁷ zu verweisen. Der Vermieter ist immer wieder aufs Neue vorleistungspflichtig. Damit kann er seine Gebrauchsgewährung nicht zurückhalten, bis die laufende Miete gezahlt ist.

⁶³ Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1998; im Ergebnis ebenso LG Berlin, Urt. v. 09.06.2008 – 62 S 250/07 – BeckRS 2008, 21372.

⁶⁴ So Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1198.

⁶⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 104/09 – NJW 2010, 1292; Häublein in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 535 BGB Rn. 107; ausführlich Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 548 BGB Rn. 66.

⁶⁶ Vgl. Herrlein, NZM 2006, 527.

⁶⁷ Unter II.3.b.

Da laufende Miete und laufende Gebrauchsgewährung jeweils das Gegenseitigkeitsverhältnis bestimmen, eröffnen auch die Mietrückstände aus der Vergangenheit nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.⁶⁸

b. Allgemeines Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB)

Damit ist aber noch keine endgültige Lösung gefunden. Es bleibt das allgemeine Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB, das keine Gegenseitigkeit der Forderungen verlangt, sondern nur einen einheitliches Lebensverhältnis.⁶⁹

aa. Allgemeine Voraussetzungen

Das ist hier bei den Altschulden in jedem Fall gegeben. Die Altschulden des Mieters und die laufend geschuldete Gebrauchsgewährung haben ihren Grund in einem einheitlichen Lebensverhältnis. Beide Forderungen sind – offene Mieten aus der Vergangenheit einerseits und Gebrauchsgewährung aktuell andererseits – sind fällig. Eine Vorleistungspflicht besteht für keine Seite. Die Parallele findet sich im Arbeitsrecht. Wenn der Arbeitgeber mit der Lohnzahlung im Verzug ist, kann der Arbeitnehmer die laufende Arbeit nicht nach § 320 BGB, wohl aber nach § 273 BGB verweigern, um die bereits fällig gewordenen Lohnansprüche aus der Vergangenheit zu realisieren.⁷⁰

Aus den gleichen Gründen wäre hier dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht an Versorgungsleistungen oder sonst fälligen Mängelbeseitigungsarbeiten zusprechen, wenn Mietforderungen aus der Vergangenheit offen geblieben sind.⁷¹

Zu prüfen ist ein weiterer systematischer Einwand. Das Zurückbehaltungsrecht soll im Allgemeinen seiner Natur nach verzögerlichen Charakter haben.⁷² Der Schuldner darf Druck ausüben, indem er seine Leistung zurückhält. Er muss sie aber nachholen, wenn die Gegenleistung erfolgt ist. So muss auch der Mieter zurückgehaltene Mieten nachzahlen, wenn die Mängel beseitigt sind.

Hier kann der Vermieter seine Leistung nicht nachholen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht um Mängelbeseitigung im Sinne eines einmaligen Erfolgs geht, wie etwa bei einem Werkvertrag, sondern um laufende Gebrauchsgewährung. Das ist Gegenstand des Anspruchs aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Leistung wird jeden Tag mit Zeitablauf unmöglich. Der Vermieter schafft, solange er beispielsweise die Wohnung nicht mit Wärme versorgt, endgültige Zustände. Mit dieser systematischen Erwägung wird vertreten, ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters mit Mängelbeseitigung, vor allem die

⁶⁸ Vgl. AG Ludwigslust, Urt. v. 31.05.2013 – 5 C 324/13, DWW 2013, 375,378.

⁶⁹ Vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 273 Rn. 9 ff.

⁷⁰ Grundlegend: BAG, Urt. v. 25.10.1984 – 2 AZR 417/83 – NZA 1985, 355; LAG Hamm, Urt. v. 15.11.2012 – 15 Sa 239/12 – BeckRS 2013, 67312; ArbG Cottbus, Urt. v. 21.02.2012 – 6 Ca 1376/11 – „juris“

⁷¹ Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 81; Herrlein, NZM 2006, 527, 529; Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1200 (für § 273 BGB); Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl. 2015, § 535 BGB Rn. 65.

⁷² Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 BGB Rn. 1; speziell für das Mietrecht: Rädler, NJW 1993, 689, 690.

Versorgungssperre, im laufenden Mietverhältnis scheide mangels Nachholbarkeit der Leistung aus.⁷³

Auch dagegen hat sich aber in den Parallelfällen aus dem Arbeitsrecht bereits 1984 das Bundesarbeitsgericht gewandt. Es hat dazu ausgeführt, das Gesetz kenne keine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts auf nachholbare Leistungen. Auch wenn der Arbeitnehmer mit der laufenden Arbeit vorleistungspflichtig sei, sei es doch unzumutbar, von ihm weitere Arbeitsleistungen zu erwarten und den als Gegenleistung für die Vergangenheit schon geschuldeten Lohn weiter zu kreditieren.⁷⁴

Die Parallele zum Mietrecht bedeutet hier: Es ist dem Vermieter unzumutbar, die mangelfreie Gebrauchsgewährung für die Zukunft zu leisten, aber gleichzeitig die offenen Mieten weiter zu kreditieren. Der Einwand der fehlenden Nachholbarkeit greift also nicht durch.⁷⁵

Verbleibender Einwand: Nach § 273 BGB ist ein Zurückbehaltungsrecht nur gegeben, sofern sich nicht aus der Natur des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt. Das können nicht nur systematische Erwägungen sein.⁷⁶ Hier ist auch der Grundsatz von Treu und Glauben bereits einzubeziehen.⁷⁷

Hier muss m.E. differenziert werden. Das Kriterium müsste sein, ob die konkrete Zurückhaltung das Wohnen oder die vereinbarte gewerbliche Nutzung als den eigentlichen Vertragszweck gänzlich unmöglich macht oder nicht.

bb. Vereitelung des Vertragszwecks

In der ersten Gruppe geht es um Fälle, in denen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Vertragszweck vereitelt. Ein Extremfall wäre der Vermieter die Wasserversorgung oder im Winter die Heizung abstellen lässt. In diesen Fällen, also bei einer sogenannten „sibirischen Räumung“⁷⁸, ist das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts streitig. Im Schrifttum wird es teilweise bejaht, mit der Einschränkung, dass die Mietrückstände nicht nur gering sein dürften und dass die Einstellung der Versorgung rechtzeitig angekündigt werden müsse.⁷⁹ Jedenfalls wenn ein Rückstand bestehe, der schon die Kündigung rechtfertigen würde, dürfe der Vermieter als ein „Weniger“ die Versorgungsleistungen zurückhalten.⁸⁰

Daran bestehen m.E. Bedenken. Es lässt sich in den Fällen der Unbewohnbarkeit nämlich nicht sagen, dass die Einstellung der Versorgung ein „Weniger“ im Verhältnis

⁷³ Vgl. etwa Staudinger/Emmerich, BGB (2014), § 535 Rn. 82a; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VII 215; OLG Hamburg, Beschl. v. 03.11.1977 – 4 W 48/77 – WuM 1978, 169, 170.

⁷⁴ BAG, Urt. v. 25.10.1984 – 2 AZR 417/83 – NZA 1985, 355 f.

⁷⁵ Vgl. KG, Urt. v. 08.07.20004 – NZM 2005, 65, 66 unter 2.b.

⁷⁶ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.03.2007 – XII ZR 255/04 – NZM 2007, 401 – kein Zurückbehaltungsrecht an der noch nicht geleisteten Kautions bei Mängeln – die Kautions soll gerade im Streitfall als Sicherheit dienen.

⁷⁷ Palandt/Grüneberg, 74. Aufl. 2015, § 273 BGB Rn. 16.

⁷⁸ Begriff nach LG Koblenz, Urt. v. 24.05.2011 – 6 S 8/11 – WuM 2012, 140, 141 und Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 535 BGB Rn. 522.

⁷⁹ So etwa Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 81; Herrlein, NZM 2006, 527, 529; Lehmann-Richter, NJW 2008, 1196, 1200.

⁸⁰ Herrlein, NZM 2006, 527, 529; Streyll DWW 2009, 82, 85.

zur Kündigung ist.⁸¹ Vielmehr ist es das Herbeiführen der Kündigungswirkung nur ohne Kündigung. In der Abwägung des § 242 BGB steht das Vermögensinteresse des Vermieters am Ausgleich seiner Forderungen dem Interesse des Mieters gegenüber, in der Mietwohnung während der Mietzeit auch weiter wohnen zu können. Für den Vermieter geht es um Geld, für den Mieter um den Mittelpunkt seiner Existenz. Hier ergibt sich bereits ein strukturelles Ungleichgewicht.

Nun könnte sich daran bei extrem hohen Mietrückständen etwas ändern. Sehr hohe Mietausfälle können immerhin auch für einen privaten Vermieter existenzbedrohend werden. Der BGH hat in einer Wohnungseigentümergeinschaft die Versorgungssperre bei einem Rückstand mit dem Hausgeld für sechs Monate zugelassen.⁸² Dennoch bleibt es m.E. auch bei hohen Mietforderungen an der Unverhältnismäßigkeit der Versorgungssperre im Mietrecht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Vermieter – anders als der Wohnungseigentümergeinschaft – der vorgesehene Weg der Kündigung offen steht. Schon bei einem Verzug von mehr als zwei Monatsmieten kann in jedem Fall die fristlose Kündigung erfolgen (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB). Der Vermieter muss also nicht ohnmächtig zusehen, wie immer höhere Rückstände auflaufen, während er laufend die Versorger bezahlt. Er kann seine Verluste begrenzen.

Der BGH hat in seiner Entscheidung zur Versorgungssperre nach Mietende ausgeführt, dem Wohnraummietler könne sogar in der Zeit nach Vertragsende aus § 242 BGB ein nachvertraglicher Anspruch zustehen, wenn ihm im Räumungsprozess durch das Gericht eine Räumungsfrist gewährt sei (§ 721 ZPO) und wenn dem Vermieter bei einer regelmäßig gezahlten Nutzungsentschädigung kein (weiterer) Schaden entstehe.⁸³ Diese Abwägung muss im laufenden Mietverhältnis wohl erst Recht gelten. Der Vermieter würde schon die bloße Möglichkeit einer gerichtlichen Räumungsfrist – mit nachvertraglicher Versorgungspflicht – unterlaufen, wenn er ohne Kündigung die Erfüllung seiner vertraglichen Versorgungspflicht zurückhalten könnte.

Generell gilt wohl, dass es um die Kündigung eines Wohnraummietvertrags und um die nachfolgende Räumung ein Geflecht aus Schutzvorschriften gibt, in denen das Gesetz eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Das beginnt beim Fortsetzungsverlangen nach einer ordentlichen Kündigung (§ 574 BGB), setzt sich fort beim Räumungsschutz nach der ZPO (§§ 721, 765a ZPO) und endet bei der Räumungsmittelteilung durch den Gerichtsvollzieher an die Behörden, die für die Unterbringung von Obdachlosen zuständig sind (§ 130 Abs. 3 GVGA). Lässt man die Zurückbehaltung von Leistungen zu, die das Wohnen erst ermöglichen, wäre die Gesamtheit aller dieser Vorschriften hinfällig.

Die sibirische Räumung einer Wohnung vor Mietende – ohne Kündigung – ist also von § 273 BGB in keinem Fall gedeckt.

Schwieriger wird es in der Gewerbemiete. Auch hier kann das Zurückhalten von Versorgungsleistungen den Vertragszweck und damit die berufliche Existenz des Gewerbemietlers vernichten, so etwa die Wassersperre in einer Zahnarztpraxis. Jedenfalls nach der Rechtsprechung des BGH zur Eigenbedarfskündigung ist das

⁸¹ So Streyll DWW 2009, 82, 85.

⁸² BGH, Urt. v. 10.06.2005 – V ZR 235/04 – NZM 2005, 626, 627.

⁸³ BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 137/07 – NJW 2009, 1947, 1948.

Grundrecht auf freie Berufsausübung in Art 12 dem Grundrecht auf Wohnen in Art 14 GG als gleichgewichtig anzusehen.⁸⁴ Diese Wertung könnte auch bei der Prüfung eines Zurückbehaltungsrechts im laufenden Mietverhältnis gelten. Auch hier ist in der Wertung nach § 242 BGB zu berücksichtigen, dass dem Vermieter das Instrument der fristlosen Kündigung zur Schadensbegrenzung offen steht. Die gesetzliche Wertung ist nicht so eindeutig. Räumungsschutz gibt es für den Gewerbemieter nur ganz ausnahmsweise bei einer sittenwidrigen Härte (§ 765 a ZPO). Es gibt kein Fortsetzungsverlangen und keine gerichtliche Räumungsfrist im Urteil. Dennoch bleibt es m.E. auch hier dabei, dass im laufenden Vertrag die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch die Natur des Mietvertrags ausgeschlossen ist, wenn dadurch der Vertragszweck insgesamt nicht mehr erreicht werden kann.

cc. Geringere Auswirkungen

In Abgrenzung zu erzwungenen Räumungen gibt es allerdings auch fällige Mängelbeseitigungsarbeiten, deren Ausfall den Zweck des Wohnens oder der gewerblichen Nutzung nicht gefährdet. Beispiel: Der Mieter hat in der Vergangenheit kommentarlos⁸⁵ mehrere Mieten nicht gezahlt. Nunmehr verlangt er die Durchführung fälliger Schönheitsreparaturen, die mangels wirksamer Abwälzung der Vermieter ihm schulde. In einem solchen Fall ist m.E. der Vermieter ohne Weiteres berechtigt, die Renovierung solange zurückzuhalten, bis die Mietrückstände bezahlt sind. Es ist kein Wertungsargument ersichtlich, dass nach der Natur des Mietverhältnisses hier einem Zurückbehaltungsrecht entgegenstünde. Ein Missverhältnis zwischen der zurückgehaltenen Leistung und den Mietschulden ist auch strukturell nicht gegeben. Das Geflecht aus den Vorschriften zum Schutz vor Obdachlosigkeit ist nicht einschlägig. Das führt dazu, dass m.E. der Vermieter auch schon relativ geringe Rückstände zum Anlass einer Leistungsverweigerung nehmen kann.

V. Sonderfälle

Es bleiben noch abschließend einige Sonderfälle anzusprechen.

1. Vermieterwechsel durch Veräußerung

Besonderheiten sind zunächst beim Vermieterwechsel durch Veräußerung zu beachten. Der Erwerber tritt in die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag mit dem Stichtag des Erwerbs ein. Der vormalige Vermieter wird in diesem Moment von dem Erfüllungsanspruch frei. Das bedeutet für den Mieter, dass er sich nur noch an den Erwerber halten kann. Hatte er Mieten nach § 320 BGB einbehalten, um die Mängelbeseitigung durchzusetzen, muss er sie dem alten Vermieter jetzt nachzahlen.⁸⁶ Der Mängelbeseitigungsanspruch ihm gegenüber geht unter, die Einrede damit auch.⁸⁷

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 05.10.2005 – VIII ZR 127/05 – NZM 2005, 943; BGH, Urt. v. 26.09.2012 – VIII ZR 330/11 – NZM 2013, 22, 23; ebenso Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. XI 56a.

⁸⁵ Daran besteht dann kein Zurückbehaltungsrecht, vgl. oben unter II.3.b; BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 – NZM 2011, 197.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 19.06.2006 – VIII ZR 284/05 – NZM 2006, 696; vgl. dazu Krapf, jurisPR-MietR 22/2006 Anm. 3.

⁸⁷ BGH, Urt. v. 19.06.2006 – VIII ZR 284/05 – NZM 2006, 696, 697; Conrad, MDR 2013, 1381, 1384.

2. Vermieterinsolvenz

In der Vermieterinsolvenz setzt sich der Mietvertrag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Wirkung für und gegen die Masse fort (§ 108 Abs. 1 S. 1 InsO). Weder der Verwalter noch der Mieter haben ein Sonderkündigungsrecht.⁸⁸ Verbindlichkeiten des Vermieters für die Zeit ab Eröffnung sind Masseforderungen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Entsprechendes gilt im Eröffnungsverfahren, wenn und sobald ein vorläufiger starker Insolvenzverwalter eingesetzt wird, also gegen den Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot verhängt wird (§ 55 Abs. 2 InsO). Nach herrschender Meinung wird damit auch die Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht ab Eröffnung Masseverbindlichkeit.⁸⁹ Hier kommt es nicht darauf an, wann der zu beseitigende Mangel entstanden ist. Vielmehr besteht die Erhaltungspflicht laufend als Gegenleistungspflicht zu der gegenwärtigen Mietzahlung. Die Erhaltungspflicht ist, wie schon erörtert,⁹⁰ eine „Dauerverpflichtung“. Das wirkt sich hier auch im Insolvenzrecht aus. Der Mieter kann und muss sich jetzt direkt an den Insolvenzverwalter halten.⁹¹ Auch Mängelbeseitigungsklagen müssen ab diesem Zeitpunkt gegen den Verwalter gerichtet werden. Schon vorher anhängige Prozesse werden nach § 240 ZPO unterbrochen. Den Prozess können sowohl der Verwalter als auch der Mieter nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufnehmen.

Problematisch für den Mieter wird es nur, wenn die verwaltete Masse nicht ausreicht, alle Masseforderungen auch zu erfüllen. Der Insolvenzverwalter wird dann Masseunzulänglichkeit anzeigen (§ 208 InsO). Danach sind aber die Forderungen des Mieters grundsätzlich Altmasseforderungen, es sei denn, der Verwalter nimmt die Gegenleistung für die Masse in Anspruch. Das ist der Fall, wenn der Insolvenzverwalter als Vermieter die Leistung nutzt, obwohl er das pflichtgemäß hätte verhindern können.⁹² Es ist noch ungeklärt, was geschieht, wenn der Insolvenzverwalter den Wohnraummietvertrag nicht kündigen kann. Streng genommen müsste er die Entgegennahme der Mietzahlungen ablehnen, um keine Mängelgewährleistung zu schulden.

3. Zwangsverwaltung

Der dritte Sonderfall ist die Zwangsverwaltung. Der Zwangsverwalter tritt nach § 152 Abs. 2 ZVG in bestehende Mietverträge ein und muss sie erfüllen, wenn die Mietsache schon an den Mieter überlassen war. Er kann umgekehrt alle Rechte aus dem Vertrag geltend machen.⁹³ Es handelt sich nicht um einen Vermieterwechsel entsprechend § 566 BGB, sondern nur um eine Änderung der Verwaltungszuständigkeit. Daher kann der Mieter nach § 152 Abs. 2 ZVG alle Mängelbeseitigungsansprüche gegen den Zwangsverwalter geltend machen. Der Zwangsverwalter kann dem Mieter gegenüber nicht geltend machen, dass die von ihm verwaltete Masse aus Mieteinnahmen nicht ausreicht, die geschuldeten Arbeiten durchzuführen. In diesem Fall muss er stattdessen Vorschüsse bei den Gläubigern

⁸⁸ BGH, Urt. v. 23.1.2002 – XII ZR 5/00 – NZM 2002, 524 (zur Mieterkündigung).

⁸⁹ Vgl. Jacoby in: Jaeger, Kommentar zur Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2014, § 108 Rn. 109f.

⁹⁰ Unter IV.2.

⁹¹ BGH, Urt. v. 3.4.2003 – IX ZR 163/02 – NZM 2003, 472; Pape, NZM 2004, 401, 408; Eckert in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2013, § 108 InsO Rn 71; Jacoby in: Jaeger, Kommentar zur Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2014, § 108 Rn. 109f.

⁹² BGH, Urt. v. 03.04.2003 – IX ZR 101/02 – NJW 2003, 2454, 2455 f.

⁹³ Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 20. Aufl. 2012, § 152 ZVG Anm. 12.3.

einfordern. Werden diese nicht gezahlt, ist das Zwangsverwaltungsverfahren allerdings nach § 161 Abs. 3 ZVG im Regelfall einzustellen.

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergeben sich folgende Thesen

1. Der Erfüllungsanspruch bei Mängeln ist auf die Mietzeit begrenzt. Weder vorvertraglich noch nachvertraglich gibt es Erfüllungsansprüche. Infrage kommt lediglich der Grundsatz von Treu und Glauben.
2. Der Vermieter ist in der Art und Weise der Mängelbeseitigung frei.
3. Der Mieter kann seinen Anspruch mit der Leistungsklage und mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durchsetzen. Ihm steht das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mieten zu, weil der Vermieter vorleistungspflichtig ist. Der Einbehalt ist zu begrenzen.
4. Ist die Mängelbeseitigung unmöglich, besteht kein Anspruch. Das Gleiche gilt bei schuldhafter Mängelverursachung durch den Mieter, es sei denn er hat seinerseits Schadensersatz in Geld geleistet.
5. Der Anspruch verjährt im laufenden Mietverhältnis nicht.
6. Dem Vermieter kann seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht bei Mietrückständen zustehen. Das gilt nach hiesiger Auffassung aber nicht, wenn durch die Mängel der Vertragszweck ganz vereitelt wird. Die Versorgungssperre im laufenden Mietverhältnis ist unzulässig.
7. Beim Vermieterwechsel wird der bisherige Vermieter frei. Der Insolvenzverwalter hat Mängelbeseitigungsansprüche zu erfüllen, solange ausreichend Masse vorhanden ist, der Zwangsverwalter muss ggf. sogar Vorschüsse bei den Gläubigern einfordern.

Schlussbemerkung. Schnelle Mängelbeseitigung sollte ebenso selbstverständlich sein wie pünktliche Mietzahlungen. Der rechtliche Bestand des Erfüllungsanspruchs ist relativ schnell zu klären und meist unproblematisch. Gleichwohl ist die Durchsetzung in der Praxis häufig schwierig und zeitaufwändig. Prozesse und Zwangsvollstreckungsverfahren dauern. Zurückbehaltungsrechte sind mit hoher Rechtsunsicherheit behaftet. Wenn das Hindernis tatsächlich eher in finanziellen Engpässen der einen oder anderen Seite liegt, hilft ohnehin das Recht kaum weiter.