

Mietminderung bei der Gewerberaummieta (Klauseln und Zurückbehaltungsrechte)

Vortrag, gehalten von Jürgen Herrlein am 27. September 2012 in Weimar

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	3
2.	Methodik der Mietminderung.....	3
2.1.	Mangel der Mietsache als Voraussetzung.....	3
2.1.1.	Mangelbegriff	3
2.1.2.	Sach- oder Rechtsmangel	4
2.1.3.	Fehlen zugesicherter Eigenschaft.....	5
2.2.	Kein Verschulden des Vermieters	5
2.3.	Berechnung der Mietminderung	5
2.3.1.	Höhe der Minderung	5
2.3.2.	Bruttomiete als Basis für die Ermittlung der Minderung	6
2.4.	Vorbehaltlose Zahlung.....	6
2.5.	Verjährung	7
2.6.	Beweislastverteilung	7
3.	Abdingbarkeit gesetzlicher Regelungen	7
4.	Mietminderungsklauseln.....	8
4.1.	System der Klauselkontrolle bei AGB	8
4.2.	Klauselkontrolle bei der Gewerberaummiete	9
4.3.	Beispiele aus der Rechtsprechung zu Mietminderungsklauseln	9
4.3.1.	Einschränkung des Minderungsrechts	9
4.3.2.	Verschuldensabhängige Minderung.....	12
4.3.3.	Minderung nur durch den vertragstreuen Mieter	13
4.3.4.	Minderung nur nach vorheriger Ankündigung.....	13
4.3.5.	Kritik an der Klauselrechtsprechung.....	14
5.	Zurückbehaltungsrechte.....	14
5.1.	Verhältnis Mietminderung und Zurückbehaltungsrecht.....	14
5.2.	Betragsmäßige Höhe des Zurückbehaltungsrechts.....	15
5.3.	Beispiele aus der Rechtsprechung zu mietrechtlichen Zurückbehaltungsrechten	16

Mietminderung bei der Gewerberaummiete (Klauseln und Zurückbehaltungsrechte)

1. Einleitung

Aus § 535 BGB ergeben sich die beiderseitigen Hauptpflichten der Vertragsparteien. Es sind dies die Gebrauchsgewährung und Gebrauchserhaltung durch den Vermieter (§ 535 Abs. 1 BGB) einerseits und die Zahlung der vereinbarten Miete (§ 535 Abs. 2 BGB) andererseits. Aus gesellschaftlicher Sicht idealerweise sind dabei Leistung und Gegenleistung einander äquivalent; es herrscht Preisgerechtigkeit.¹ Für bestimmte (nicht: alle) **Störungen der Äquivalenz** stellt das Bürgerliche Gesetzbuch Korrekturmechanismen zur Verfügung.

Das Mietrecht des BGB ist dabei – wie bspw. auch das Kaufrecht oder das Werkvertragsrecht – geprägt durch ein fein austariertes System zur Korrektur von Leistungsstörungen. Das in der Reihenfolge des Gesetzes erste Recht des Mieters ist der sich aus § 535 Abs. 1 BGB ergebende Erfüllungsanspruch, welcher neben der Gebrauchsgewährung auf dauerhaften Erhalt der Mietsache durch den Vermieter gerichtet ist. Daneben hat der Mieter nach § 536 a BGB die Möglichkeit Schadensersatz und Aufwendungsersatz zu verlangen oder nach § 543 BGB wegen Nichtgewährung des Gebrauchs zu kündigen. Diese Erfüllungsansprüche des Mieters werden ergänzt durch den gewährleistungsrechtlich komponierten § 536 Abs. 1 S. 1 BGB. Auf Basis der Vorstellung, dass ein Mangel der Mietsache die preisliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung beeinflusst, legt § 536 BGB fest, dass der Mieter von der Zahlung der Miete befreit ist, wenn durch einen Mangel der Mietsache deren Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufgehoben ist.

Mit der Mietminderung als nur ein Teil des mietrechtlichen Leistungsstörungsrechts und hier wiederum beschränkt auf Fragen der Gewerberaummiete befasst sich der folgende Beitrag.

2. Methodik der Mietminderung

2.1. Mangel der Mietsache als Voraussetzung

2.1.1. Mangelbegriff

Ob die Mietsache mangelhaft ist, entscheidet sich nach dem **subjektiven Fehlerbegriff**. Danach ist eine Sache mangelhaft, wenn die Ist-Beschaffenheit nachteilig von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Das Vorliegen eines Mangels hängt also davon ab, welchen Zustand der Mietsache die Parteien vereinbart haben (§ 536 Abs. 1 S. 1 BGB). Da der maßgebliche Zeitpunkt hierfür der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist, bleiben spätere technische Entwicklungen regelmäßig außer Betracht, es sei denn besondere neuere wissenschaftliche Erkenntnisse erforderten eine Vertragsanpassung.²

Haben sie eine solche Vereinbarung unterlassen, kommt es auf die **übliche Beschaffenheit** an. diese ist regelmäßig nach den bei Errichtung des Gebäudes geltenden technischen Standards zu bestimmen.³

¹ Ähnlich bereits RG, Recht 1908 Nr. 2311. Vgl. auch Bartholomeyczik, AcP 1966, 30.

² BGH, NZM 2006, 583.

³ BGH, GE 2012, 967 (zum Trittschall); 2010, 1110; NJW 2005, 218.

Der Begriff des Mangels ist dabei ein Oberbegriff, welcher sowohl Fehler als auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft umfasst.⁴

2.1.2. Sach- oder Rechtsmangel

Beispiele für Mängel der Mietsache sind:

- Behördliche Gebrauchshindernisse oder Gebrauchsbeschränkungen⁵
- Fehlen der Zweckentfremdungsgenehmigung⁶
- Beeinträchtigung der Lichtverhältnisse durch enge Nachbarschaftsbebauung, wenn der Mieter damit nicht zu rechnen brauchte⁷
- Altlasten von denen eine Gefahr ausgeht⁸
- Einbruchserie⁹
- mangelnde Einbruchssicherheit¹⁰
- vertragswidrige Konkurrenz¹¹
- Baustellenlärm¹²

Keine Mängel sind beispielsweise:

- Lage der Mietsache, wenn Mieter mögliche Probleme bei Vertragsschluss kannte¹³
- Werbemaßnahmen eines anderen Mieters¹⁴
- Überempfindlichkeiten des Mieters dar. Deshalb führt eine Überempfindlichkeit gegen Lärm¹⁵ ebenso wenig zu einer Mietminderung wie eine Abneigung gegen religiöse Gegenstände.¹⁶

Die gewährleistungsrechtlichen Folgen eines **Rechtsmangels** werden identisch behandelt wie die eines **Sachmangels** (§ 536 Abs. 1, Abs. 3 BGB). Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Vermieter dem Mieter den Gebrauch des Mietobjekts deshalb nicht oder nur zum Teil gewähren kann, weil das Recht eines Dritten entgegensteht.¹⁷ Typischer Fall eines Rechtsmangels ist die Doppelvermietung.

⁴ Vgl. Derleder, NZM 2002, 676; v. Westphalen, NZM 2002, 368.

⁵ Bspw. BGH NJW 1992, 3226: Verweigerung der Gaststättenkonzession wegen fehlender Kfz-Einstellplätze.

⁶ BGH, DWW 1994, 248; KG, GE 1989, 941.

⁷ OLG Hamm ZMR 1983, 273.

⁸ OLG Hamm, WuM 1987, 248.

⁹ OLG Naumburg, NZM 1998, 438; a. A. OLG Düsseldorf, NZM 2002, 737..

¹⁰ BGH, NZM 2006, 626.

¹¹ KG, MDR 2007, 1250; OLG Düsseldorf, NZM 1998, 307.

¹² BayObLG, NJW 1987, 1950.

¹³ BGH, NJW 1971, 424; OLG Koblenz, NJW-RR 1997, 331: Hochwassergefahr.

¹⁴ OLG München, GuT 2006, 71.

¹⁵ Vgl. aus der Wohnraummiete AG Charlottenburg, GE 2005, 1199.

¹⁶ Auch insoweit aus der Wohnraummiete: AG Münster, NZM 2004, 299, keine Mietminderung wegen einer Madonna im Treppenhaus.

¹⁷ Vgl. BGH, NJW 1991, 3280.

2.1.3. Fehlen zugesicherter Eigenschaft

Über die allgemeine Tauglichkeit des Mietobjekts für den beabsichtigten vertragsgemäßen Gebrauch hinaus kann der Vermieter dem Mieter noch besondere Eigenschaften zusichern. Fehlt eine solche zugesicherte Eigenschaft oder fällt sie später weg, so ist die Mietsache gemäß § 536 Abs. 2 BGB mangelhaft.

Wann eine zugesicherte Eigenschaft vorliegt, ist stets im Einzelfall zu entscheiden und problematisch zu entscheiden sein. So stellt beispielsweise allein die Angabe der **Mietfläche** des Mietobjekts im Mietvertrag keine zugesicherte Eigenschaft dar, sondern lediglich eine Beschaffenheitsangabe.

2.2. Kein Verschulden des Vermieters

Die mietrechtliche Gewährleistung ist eine **Garantiehftung**. Aus diesem Grund tritt die Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB des Vermieters (anders als bei der Haftung nach § 280 BGB, welche ein Vertreten müssen erfordert) unabhängig von seinem Verschulden ein.

Weitere Folge ist, dass es aus Sicht des Mieters gleichgültig ist, ob die Schadensursache überhaupt im Einflussbereich des Vermieters liegt und ob sie objektiv behebbar ist. Die Miete ist deshalb beispielsweise auch bei vom Vermieter unbeeinflussbarem Baulärm gemindert.¹⁸

2.3. Berechnung der Mietminderung

2.3.1. Höhe der Minderung

Um welchen Betrag die Miete im Falle eines Mangels gemindert ist, ist eine der umstrittensten Fragen des Mietrechts. Es hat deshalb bereits früh Bemühungen gegeben, eine Rechenformel zur Lösung dieses Problems zu finden. Das früheste Beispiel findet sich bereits in der 1900 erschienen ersten Auflage des BGB-Kommentars von Planck:¹⁹

„Der Theil des Miethzinses, auf welchen sich bei geminderter Tauglichkeit der Sache die Verpflichtung des Miethers beschränkt, bestimmt sich, wenn die Miethzinsbeträge, die zur Zeit des Vertragsschlusses für die Sache einerseits unter der Voraussetzung der Fehlerfreiheit, andererseits mit Berücksichtigung des vorhandenen Fehlers angemessen gewesen wären, mit w^1 und w^2 , der auf die Dauer des fehlerhaften Zustandes entfallende vertragsmäßige Zins mit z bezeichnet wird, nach der Gleichung: $x = \frac{w^2 \cdot z}{w^1}$. Ist z. B. $w^1 = 1000$, $w^2 = 600$, $z = 200$, so ist $x = \frac{600 \cdot 200}{1000} = 120$. Sind von mehreren zu einem Gesamtzinse vermieteten Sachen nur einzelne fehlerhaft oder sind neben dem in Geld festgesetzten Miethzins andere Leistungen bedungen, so ist die Herabsetzung des Miethzinses nach Maßgabe des § 472 Abs. 2 und des § 473 durchzuführen (vergl. die Erläuterungen dazu).

Durchgesetzt haben sich solche Rechenversuche bis heute nicht.

¹⁸ BayObLG, NJW 1987, 1950; LG Hamburg, NZM 1999, 169

¹⁹ G. Planck, BGB, 1. Aufl. 1900, S. 298.

Nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB muss die Minderung „**angemessen**“ sein. Die erläuternde (Leer-) Formel der herrschenden Meinung ist, dass die Minderung „die Schwere des Mangels sowie den Grad und die Dauer der Beeinträchtigung angemessen abzubilden“ hat.²⁰

Aus dem Wort „angemessen“ im Gesetzeswortlauts entnimmt ein Teil der Literatur außerdem, dass **subjektive Kriterien** „wie z. B. der Grad des Verschuldens auf Seiten des Vermieters bzw. dessen Bemühungen zur Mängelbeseitigung gerichtlich in den Ansatz der Minderungsquote mit einbezogen werden müssen.“²¹ Eine ausdifferenzierte Rechtsprechung dazu fehlt jedoch.

2.3.2. Bruttomiete als Basis für die Ermittlung der Minderung

Die frühere²² Streitfrage, von welcher Ausgangsmiete die Minderung zu berechnen ist, hat der BGH²³ 2005 entschieden. Demnach ist **Berechnungsbasis** für die Minderung der Miete nicht die Nettomiete, sondern die **Bruttomiete** (als Miete einschließlich Betriebskosten). Dabei ist unerheblich, ob die Betriebskosten als Pauschale oder als Vorauszahlung geschuldet werden.

2.4. Vorbehaltlose Zahlung

Nach § 536b BGB stehen dem Mieter die Rechte aus §§ 536, 536a BGB nicht zu, wenn er den Mangel der Mietsache bei Vertragsschluss kannte. Die Rechtsprechung vor der Mietrechtsreform hatte diese Vorschrift analog auf während der Mietzeit auftretende Mängel ausgedehnt. Demnach war der Mieter mit dem Minderungsrecht ausgeschlossen, wenn er in Kenntnis des Mangels die Miete vorbehaltlos weiterzahlte.²⁴ Nach der Mietrechtsreform 2001 hat zunächst der VIII. Senat des BGH²⁵ und diesem dann folgend auch der XII. Senat des BGH²⁶ diese Rechtsprechung aufgegeben. Als Folge davon kann der Mieter sich auch rückwirkend auf die Minderung der Miete berufen.

Zu beachten ist allerdings, dass vom Vermieter im Einzelfall die Rückzahlung der vorbehaltlos gezahlten Beträge als Zahlung in Kenntnis der Nichtschuld nach § 814 BGB oder (ausnahmsweise) wegen Verwirkung²⁷ nach § 242 BGB verweigert werden kann. Außerdem kann der Mieter seine Gewährleistungsansprüche bei unterlassener Anzeige des Mangels nach § 536c BGB verlieren.

²⁰ Vgl. OLG Dresden, NZM 2002, 165.

²¹ Horst, ZAP, Fach 4, 1253.

²² Vgl. OLG Hamm NJWE-MietR 1996, 80, 82; LG Hamburg WuM 1988, 353 m. w. N.

²³ BGH, NZM 2005, 455; NZM 2005, 699.

²⁴ BGH, NZM 2000, 825; NJW 1997, 2674.

²⁵ BGH, NZM 2003, 679.

²⁶ BGH, NZM 2005, 303.

²⁷ Vgl. dazu BGH, NJW 2005, 1503 = NZM 2005, 303 bei 4-jähriger vorbehaltloser Zahlung (insoweit in NZM nicht abgedruckt).

2.5. Verjährung

Der Anspruch auf Mietzahlung mindert sich nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes, also automatisch. Es verjährt in Folge dessen nicht das landläufig so bezeichnete, tatsächlich aber nicht vorhandene „Minderungsrecht“ des Mieters. Der Verjährung unterliegt vielmehr der Bereicherungsanspruch des Mieters wegen der rechtsgrundlos gezahlten Miete.²⁸ Die Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195 BGB drei Jahre.²⁹

2.6. Beweislastverteilung

Macht der Mieter Gewährleistungsansprüche geltend, muss er diese darlegen und beweisen.³⁰ Nach Gebrauchsüberlassung ist deshalb grundsätzlich der Mieter für das Vorliegen eines Mangels und die Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache beweibelastet.³¹

Beruft der Vermieter sich auf eine Beschaffenheitsvereinbarung, ist dagegen er darlegungs- und beweispflichtig.³²

Da das Maß (der Prozentsatz) der Minderung nicht gesetzliches Tatbestandsmerkmal ist,³³ ist der Mieter insoweit nicht darlegungs- und beweispflichtig.³⁴ Den Umfang der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, also die Minderungsquote, muss vielmehr das Gericht ermitteln.³⁵

3. Abdingbarkeit gesetzlicher Regelungen

Nach § 536 Abs. 4 BGB – der in der Ursprungsfassung des BGB zum 1.1.1900 (damals § 537) noch nicht enthalten war – ist eine von den Minderungsregelungen in § 536 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB abweichende Vereinbarung bei Wohnraum unwirksam. In die Verweisungsregelungen des § 578 BGB sind die Rechte nach § 536 BGB nicht einbezogen. Rein systematisch gelesen lässt das Gesetz demnach bei der Gewerberaummieta einen vollständigen Ausschluss jeder Mietminderung zu; da das Gesetz nur hinsichtlich der Wohnraummieta geändert wurde, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber einen Schutz des Gewerberaummieters vor abweichenden Vereinbarungen nicht wollte.

Diese Konsequenz war jedoch bereits früh umstritten. So formulierte Niendorff bereits 1906:³⁶

„[...] Doch darf die Abrede nicht auf Mängel erstreckt werden, die den Gebrauch der Sache völlig aufheben [...].“

²⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, DWW 1995, 84.

²⁹ Dazu Börstinghaus, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Mietrecht, ZGS 2002, 102 ff.

³⁰ BGH, NJW 1985, 2328.

³¹ BGH, NJW 1999, 1408.

³² Fallak, Die rechtlichen Grenzen von Gewährleistungsausschlussabreden im Gewerberaummietrecht, 2008, 192 m. w. N.

³³ BGH, WuM 1991, 544.

³⁴ BGH, ZMR 1997, 567.

³⁵ BGH, WuM 1991, 544.

³⁶ Niendorff, Mietrecht, 7. Aufl., 1906, 95.

Mittelstein hielt noch 1932 in seinem Handbuch dagegen:³⁷

„Die Meinung, daß bei völliger Unbrauchbarkeit [...] der Ausschluß der Gewächtschaft unzulässig [...] sei, geht [...] zu weit.“

Die moderne Auslegung des Rechts differenziert dagegen nach Individualvereinbarungen und Formulklauseln.

Für individualvertragliche Abreden gilt:

„§ 536 BGB ist [...] im Gewerberaummietrecht dispositives Recht. Daher kann der Regelungsgehalt dieser Vorschrift [...] vertraglich eingeschränkt oder bis zur Grenze der §§ 138, 242, 536d BGB ausgeschlossen werden.“³⁸

Beim Formularvertrag ist dagegen zu prüfen, ob eine das Minderungsrecht beschränkende Klausel nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam ist. Einigkeit besteht dabei darüber, dass ein vollständiger Ausschluss der Mieterrechte auch beim Gewerberaum unzulässig ist.³⁹

4. Mietminderungsklauseln

4.1. System der Klauselkontrolle bei AGB

Die Inhaltskontrolle von AGB richtet sich nach den §§ 307 bis 309 BGB. Während § 307 BGB eine Generalklausel vorsieht, regeln die §§ 308 und 309 BGB Spezialverbote.

In der mietrechtlichen Literatur findet sich keine „**Bedienungsanleitung**“, wie Allgemeine Geschäftsbedingungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit zu prüfen sind. Die übliche **Prüfungsreihenfolge für Wirksamkeit von AGB** ist:

I. Anwendbarkeit der §§ 305ff.

1. sachlicher Anwendungsbereich (§ 310 II, IV)
2. persönlicher Anwendungsbereich (§ 310 I, III)
3. Vorliegen einer AGB (§ 305 I):
 - a) vorformulierte Vertragsbedingungen,
 - b) für Vielzahl von Verträgen,
 - c) Stellung durch den Verwender

II. Einbeziehung in Vertrag

1. wirksame Einbeziehung nach §§ 305 II, III, 305a Hinweispflicht, Möglichkeit der Kenntnisnahme, Einverständnis des Gegners
2. keine Einbeziehung bei überraschenden Klauseln (§ 305c I)

III. Auslegung der Klausel

1. Vorrang der Individualabrede (§ 305b)

³⁷ Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., 1932, 19.

³⁸ Zitat nach Fallak, Die rechtlichen Grenzen von Gewährleistungsausschlussabreden im Gewerberaummietrecht, 2008, 60. Zur Rechtslage BGHZ 91, 375; OLG Düsseldorf, MDR 1982, 850; OLG Hamm, ZMR 1982, 206.

³⁹ BGHZ 91, 375, 383 f. (mit Erläuterungen noch zu § 11 Nr. 3 AGBG); OLG München ZMR 1987, 16.

2. Unklarheitenregel (§ 305c II)
 3. allgemeine Auslegung (insb. §§ 133, 157)
- IV. Inhaltskontrolle
1. Schranken der Inhaltskontrolle (§ 307 III)
 2. generelle Unwirksamkeit (§ 309: keine Wertung möglich)
 3. regelmäßige Unwirksamkeit (§ 308: Wertung möglich)
 4. Verstoß gegen Treu und Glauben (*Generalklausel*: § 307 I, II)
- V. Rechtsfolge
1. Unwirksamkeit (§ 306 Abs. 1 BGB)
 2. Geltung des Gesetzes (§ 306 Abs. 2 BGB)

4.2. Klauselkontrolle bei der Gewerberaummieta

Die Kontrolle von zwischen Unternehmern vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eingeschränkt:⁴⁰ Die Spezialverbote aus § 308 BGB und § 309 BGB sind nach § 310 Abs. 1 BGB nicht auf den Rechtsverkehr zwischen Unternehmern anwendbar; dort erfolgt die Inhaltskontrolle ausschließlich auf Basis der Generalklausel des § 307 BGB.

Nach neuerer Rechtsprechung des BGH⁴¹ gilt jedoch, dass auch bei Rechtsgeschäften zwischen Unternehmern Klauseln, die bei Verbrauchergeschäften unter die Spezialverbote der §§ 308 und 309 BGB fallen würden, regelmäßig den anderen Teil unangemessen benachteiligen und deshalb wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam sein kann. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung im Leitsatz so formuliert:

- a) Fällt eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein **Indiz** dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.
- b) Eine umfassende Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 Buchst. a BGB) und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 Buchst. b BGB) ausgeschlossen ist, ist nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern ebenso im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders unwirksam.

Die Entscheidung wurde vom BGH zwar zu einem Fall des Gebrauchtwagenkaufs getroffen, ist jedoch verallgemeinerungsfähig. Dies gilt für das Mietrecht insbesondere deshalb, weil die Entscheidung vom VIII. Senat des BGH stammt, der auch für die Wohnraummieta zuständig ist.

4.3. Beispiele aus der Rechtsprechung zu Mietminderungsklauseln

4.3.1. Einschränkung des Minderungsrechts

⁴⁰ Aktuell Stomps, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2011.

⁴¹ NJW 2007, 3774.

Dem BGH⁴² lag 1984 folgende Klausel zur Entscheidung vor:

„Der Mieter kann gegenüber dem Mietzins und den Nebenkosten nicht aufrechnen und auch kein Minderungs- und Zurückbehaltungsrecht geltend machen.“

Der BGH hat geurteilt, die Klausel sei wirksam, weil die Klausel zwar die Aufrechnung und die Geltendmachung von Minderung und Zurückbehaltungsrecht verhindere, aber den Mieter nicht rechtlos stelle. Der Mieter könne nämlich zuerst den ungeminderten Betrag zahlen und sein Recht auf Zahlung der geminderten Miete durch eine bereicherungsrechtlich begründete Klage auf Rückzahlung der Minderungsbeträge durchsetzen. Dadurch werde der Mieter zwar auf eine gesonderte Klage verwiesen, was eine Benachteiligung sei; diese sei im kaufmännischen Verkehr aber nicht unangemessen.

Einige Jahre später hatte der BGH⁴³ über einen inhaltlich identischen Fall zu urteilen, in welchem die Formulklausel folgendermaßen lautete:

„Auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtzinses) und Zurückbehaltung verzichtet der Pächter, soweit dies gesetzlich zulässig ist und soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.“

Der BGH hat diese Klausel für **wirksam** erachtet, weil sie zwar dem Mieter (im damaligen Fall: Pächter) das Recht zur Aufrechnung, Minderung und Zurückbehaltung nehme, soweit dies gesetzlich zulässig sei und soweit nicht mit rechtskräftig festgesetzten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht würden, aber weil dennoch auch nach dieser Klausel das Minderungsrecht zwar nicht durch Abzug vom Pachtzins verwirklicht werde, es dem Mieter aber unbenommen bleibe, eine gesonderte Klage aufgrund von § 812 BGB zu erheben. Die in der Klausel nicht erwähnten möglicherweise **unstreitigen Gegenforderungen** des Mieters hat der BGH als von der Klausel sinngemäß miterfasst und damit unproblematisch gesehen.

Da der Entscheidung des BGH im Jahr 1984 ein Mietvertrag aus der Zeit vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zu Grunde lag, nutzte das OLG Hamm⁴⁴ 1998 eine fast wortgleiche Klausel, um die Sache erneut zu beurteilen und wiederum für zulässig zu halten:

„Der Mieter kann weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungs- oder Minderungsrecht gegenüber dem Vermieter geltend machen“.

Da es in diesem Fall nur um die Frage der Minderung ging, stellte das OLG fest, die mögliche Unwirksamkeit einer solchen Klausel hinsichtlich der Beschränkung von Aufrechnung und Zurückbehaltung müsse nicht geprüft werden, da die Klausel inhaltlich teilbar sei. Die Begründung zur Wirksamkeit hinsichtlich der Minderung war sodann auf der Linie des BGH von 1984: Die Klausel schließe nicht das Minderungsrecht an sich, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug von der Miete aus. Der Mieter könne noch immer erst die volle Miete zahlen und denn den

⁴² BGH, BGHZ 91, 375 = NJW 1984, 2404.

⁴³ BGH, NJW-RR 1993, 519.

⁴⁴ OLG Hamm, NZM 1998, 438.

Minderungsbetrag bereicherungsrechtlich vom Vermieter zurückverlangen, wodurch er ausreichend geschützt sei.⁴⁵

Krasser formuliert war 1998 eine Düsseldorfer Klausel, über die das dortige OLG⁴⁶ entschied:

„Eine Minderung, mit der sich der Verpächter nicht einverstanden erklärt hat, ist ausgeschlossen.“

Das Gericht kam zum Ergebnis, der Mieter werde durch die Klausel nicht unangemessen benachteiligt, weil sie so auszulegen sei, dass die Gewährleistung nur eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen werde.

Wiederum das OLG Düsseldorf⁴⁷ hat sich 2005 dieser Entscheidung mit ebenfalls bereicherungsrechtlicher Argumentation jedenfalls für den Fall angeschlossen, dass unstreitige und rechtskräftige Gegenforderungen vom Ausschluss nicht erfasst sind. Über das OLG Hamm hinaus, das die Frage noch offenlies, hat Düsseldorf dabei die Klausel auch hinsichtlich der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts für wirksam erklärt.

Eine Kombination der beiden vorgenannten Fälle lag 2002 dem Kammergericht⁴⁸ vor. Dort lautete die Klausel:

„Der Mieter kann gegenüber dem Mietzins oder sonstigen Forderungen des Vermieters aus diesem Vertrag weder ein Minderungsrecht oder Zurückbehaltungs- (Leistungsverweigerung-) Recht ausüben noch mit einer bestrittenen oder nicht rechtskräftig festgestellten Gegenforderung aufrechnen.“

Unter ausdrücklichem Hinweis auf das OLG Hamm hat das KG auch diese Klausel als wirksam beurteilt. Dieser Ansicht hat sich 2005 das OLG Karlsruhe⁴⁹ angeschlossen.

Nur konsequent ist dann die 2003 ergangene Folgeentscheidung des Kammergerichts.⁵⁰ Danach ist eine gewerberaumrechtliche Formulklausel wirksam, wonach der Mieter bei einem Streit über die Berechtigung zur Minderung zunächst die volle Miete zu zahlen habe und zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf eine Bereicherungsklage verwiesen wird.

Die jüngste Entscheidung zu diesem Thema hat das 2012 das LG Köln⁵¹ getroffen. Anlass dazu war eine Entscheidung des BGH⁵² zum Architektenrecht im Jahr 2011. In dieser Entscheidung hatte der VII. Senat des BGH folgende Klausel in einem Architektenvertrag für unwirksam erklärt:

"Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch [des Architekten]⁵³ ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig"

⁴⁵ Vgl. zum bereicherungsrechtlichen Argument bereits BGH, BGGHZ 91, 375 = NJW 1984, 2402.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, ZMR 1999, 23.

⁴⁷ OLG Düsseldorf, Grundeigentum 2005, 799.

⁴⁸ KG, NZM 2002, 666.

⁴⁹ OLG Karlsruhe, MDR 2006, 745.

⁵⁰ KG, GE 2003, 952, ohne wörtliche Angabe der Klausel in der veröffentlichten Fassung des Urteils.

⁵¹ LG Köln, NZM 2012, 460-461.

⁵² BGH, NJW 2011, 1729.

⁵³ Klammerzusatz durch den Verfasser.

Eine vereinzelte Literaturstimme⁵⁴ hatte in einer Anmerkung zu dem Urteil des BGH – allerdings ohne Begründung warum – die Ansicht vertreten, die Entscheidung sei auf die Gewerberaummiete anzuwenden. Das LG Köln hat dies zum Anlass genommen, die Übertragung der Rechtsprechung zum Architektenrecht auf das Mietrecht mit ausführlicher Begründung auf die unterschiedliche Interessenlage von Architekt und Mieter abzulehnen.

4.3.2. Verschuldensabhängige Minderung

Dem LG Hamburg⁵⁵ lag 2004 eine Klausel vor, die unter anderem folgendes enthielt:⁵⁶

„Eine Minderung der Miete ist ausgeschlossen, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Aufgrabungen für den U-Bahntunnel usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- und Geschäftsrückgang).“

Das LG Hamburg hat hier in Anlehnung an das vorstehend bereits zitierte Urteil des OLG Hamm keine unangemessene Benachteiligung des Mieters gesehen, weil die Klausel so auszulegen sei, dass bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche des Mieters nicht betroffenen seien.

2008 lag die Hamburger Klausel dem BGH⁵⁷ in sprachlich unbedeutend abgeänderter Form vor:

„Eine Minderung der Miete ist ausgeschlossen, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- und Geschäftsrückgang).“

Der BGH hat bei seiner Klauselprüfung zunächst auf die bereicherungsrechtliche Argumentation in seiner Rechtsprechung seit seiner Entscheidung 1984 hingewiesen und sie ausdrücklich als weiter geltend bestätigt. Dann hat er – erstmals – die Frage gestellt, ob die Klausel unwirksam sein könnte, weil sie so gelesen werden könnte, dass der Mieter keinerlei Rechte haben sollte. Die Frage hat der BGH dann dahin beantwortet, dass die Klausel sowohl so gelesen werden könne, dass bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche ausgeschlossen seien, als auch gegenteilig, die Klausel lasse beide Lesarten zu, sie sei nicht zweifelsfrei. Bei nach § 305c Abs. 2 BGB kundenfeindlichster Auslegung sei durch die Klausel auch die bereicherungsrechtliche Rückforderung ausgeschlossen. Das wiederum macht die vorstehende Formulklausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam**.

Konsequenterweise und mit gleicher sprachlicher Auslegung hat der BGH⁵⁸ fast zeitgleich auch die folgende Klausel für **unwirksam** beurteilt:

⁵⁴ Niebling, ZMR 2011, 620.

⁵⁵ LG Hamburg, NZM 2004, 948.

⁵⁶ Eine wohl ähnliche Klausel hat das KG, GE 2001, 345 für wirksam gehalten. Der veröffentlichten Entscheidung fehlt der Wortlaut der Klausel. Eine dogmatische Begründung enthält das Urteil scheinbar nicht.

⁵⁷ BGH, NZM 2008, 609.

⁵⁸ BGH, NZM 2008, 522.

„Der Mieter kann gegenüber den Ansprüchen der Vermieterin auf Zahlung des Mietzinses und der Nebenkosten kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten. Dies gilt auch für Störungen des Mietgebrauchs durch Einwirkungen von außen.“

In der Begründung hat der BGH zudem darauf hingewiesen, dass die Klausel gegen das Äquivalenzprinzip verstößt und den auch gewerblichen Mieter unangemessen benachteiligt. Dieser hätte nach der Klausel nämlich den vollen Mietzins zu zahlen, obwohl ihm der Vermieter den Mietgebrauch nicht vertragsgemäß gewährt und obwohl sich wegen des Mangels die nach § 535 Abs. 2 BGB geschuldete Miete nach § 536 BGB automatisch gemindert hätte. In diesem Falle wäre das Austauschverhältnis empfindlich gestört. Dies widerspräche nicht nur dem Äquivalenzprinzip, sondern bewirkte auch eine unangemessene Risikoverlagerung zu Ungunsten des Mieters.

4.3.3. Minderung nur durch den vertragstreuen Mieter

Mit Hinweis auf das vom BGH anerkannte Äquivalenzprinzip hat das OLG Koblenz⁵⁹ 2005 folgende Klausel unter Bezugnahme auf die vorstehend dargestellte Entscheidung des KG für wirksam beurteilt:

"Die Mieterin kann ein Minderungsrecht am Mietzins und den Nebenkosten nur ausüben, wenn er dies mindestens einen Monat vor Fälligkeit den Vermietern schriftlich angekündigt hat und sich mit seinen Zahlungsverpflichtungen nicht im Rückstand befindet.“

4.3.4. Minderung nur nach vorheriger Ankündigung

Dem OLG Köln⁶⁰ lag 1997 ein Fall vor, in welchem die Formulklausel die Minderung der Miete nicht ausschloss, aber von vorheriger Ankündigung abhängig machte:

„Der Mieter kann mit einer Gegenforderung nur aufrechnen oder ein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht nur ausüben, wenn er dies dem Vermieter mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete unter schriftlicher Begründung angekündigt hat.“

Das OLG hat sich in seinem Urteil damit auseinandergesetzt, ob es sich dabei um eine entsprechend der Wohnraumrechtsprechung des BGH⁶¹ im Formularvertrag unzulässige Vorleistungsklausel handelt, diese Frage jedoch verneint, weil sich aus der Klausel keine Vorleistungspflicht, sondern nur eine Ankündigungspflicht des Mieters ergebe. Die Klausel wurde sodann ohne weitere dogmatische Erörterungen für **wirksam** erachtet.

Die bereits erwähnten Klauseln des KG 2002⁶² und des OLG Koblenz 2005⁶³ enthalten wie viele andere eine Regelung, wonach eine Minderung nur nach vorheriger Ankündigung zulässig ist, in Kombination mit anderen Einschränkungen. Eine solche Ausübungsbedingung der – einmonatigen oder zweimonatigen – Vorankündigung wird dabei unter Abwägung der beidseitigen Interessen als **zulässig** erachtet, weil die Vorankündigungspflicht das schützenswerte Interesse des Vermieters

⁵⁹ OLG Koblenz, Urte. v. 08.12.2005, Az. 2 U 163/05. Zum Äquivalenzprinzip vgl. hierbei bereits KG, NZM 2002, 387.

⁶⁰ OLG Köln, ZMR 1998, 763-768; vgl. auch OLG Hamburg, NJW-RR 1998, 586.

⁶¹ BGH, NJW 1995, 254.

⁶² KG, NZM 2002, 2002, 387.

⁶³ OLG Koblenz, Urte. v. 08.12.2005, Az. 2 U 163/05.

gegen das überraschende Ausbleiben der Einkünfte unter Berücksichtigung eigener laufender Kapital- und Bewirtschaftungskosten sicherstelle. Dies solle Insbesondere auch im Hinblick auf die begrenzte Zeit der Wartefrist darin keine missbräuchliche Wahrung eigener Interessen des Vermieters darstellen.

4.3.5. Kritik an der Klauselrechtsprechung

Hinsichtlich der Mietminderung ist die Rechtsprechung mit der Zulassung von einschränkenden Klauseln großzügig. Der unbefangene, insbesondere juristisch nicht vorgebildete Leser wird bei einer Klausel, die „die Ausübung des Mietminderungsrechts“ ausschließt, regelmäßig davon ausgehen, dass er kein Minderungsrecht hat. Auf die Idee, dass er über die Hintertür des Bereicherungsrechts die nicht geltend zu machende Minderung finanziell verwirklichen kann, wird kein Laie verfallen. Im Vergleich dazu erscheint die strenge Auslegung der verschuldensabhängigen Haftungsklausel, die wohl vorwiegend am Wort „ausgeschlossen“ hängt, geradezu kleinlich, wenn auch im wertenden Ergebnis richtig.

Die Begründung, dass die – ein- oder zweimonatige – Vorankündigung wegen des Liquiditätsinteresses des Vermieters erforderlich und deshalb zulässig sei, erscheint mir als völlig realitätsfremd. Wer als Vermieter nämlich darauf angewiesen ist, dass der Mieter jeden Monat pünktlich zahlt und wen schon ein Monat Zurückbehaltung in Schwierigkeiten bringt, dem hilft auch die Vorankündigung nicht das Geringste; denn worauf soll der Vermieter seine Liquidität hier einstellen?

Die Rechtsprechung bietet damit zu formularvertraglichen den Mietminderungsklauseln kein in sich „rundes“ Bild. Eine Neuausrichtung ist deshalb geboten.⁶⁴

5. Zurückbehaltungsrechte

5.1. Verhältnis Mietminderung und Zurückbehaltungsrecht

Die Mietminderung ist im besonderen Schuldrecht des BGB (§ 536 BGB) geregelt. Vorschriften über die Zurückbehaltung der mieterseitigen Leistung befinden sich in diesem Teil des Gesetzes nicht. Allerdings gibt es das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB und ein allgemeines schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht als Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB). Die Rechtsprechung⁶⁵ und die ganz herrschende Meinung in der Literatur⁶⁶ gehen davon aus, dass Mietminderung und Zurückbehaltungsrecht als Leistungsverweigerungsrecht gleichberechtigt nebeneinander stehen.

Dem Mieter stehen damit zwei verschiedene Ansprüche zur Verfügung: Er kann sich einerseits darauf berufen, dass die Miete bis zur Beseitigung des Mangels der Mietsache gemindert ist. Der

⁶⁴ Detailliert dazu Fallak, Die rechtlichen Grenzen von Gewährleistungsausschlussabreden im Gewerberaummietrecht, 2008, 65-69.

⁶⁵ BGH, NZM 2007, 484; NJW 1997, 2674.

⁶⁶ Vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futter, MietR, 10. Aufl., § 536 Rdnr. 392; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdnr. 2033. Erörterung möglicher (im Ergebnis dann aber abgelehnter) anderer Ansichten bei Horst, ZAP Fach 4, 1256. Insgesamt ablehnend wohl Medicus/Stürner, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 320 Rdnr. 20.

entsprechende Geldbetrag wird von der Miete abgezogen und verbleibt dauerhaft beim Mieter. Andererseits kann der Mieter einen gewissen Betrag von der Miete abziehen und als Druckzuschlag bis zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands zurückbehalten; dieser Betrag verbleibt nur vorübergehend beim Mieter ist nach Mängelbeseitigung an den Vermieter auszukehren.⁶⁷

Da Mietminderung und Zurückbehaltungsrecht nebeneinander stehen, kann der Mieter wahlweise agieren. Er kann

- sich nur auf die Mietminderung berufen
- nur das Zurückbehaltungsrecht ausüben
- die geminderte Miete zahlen und zusätzlich das Zurückbehaltungsrecht ausüben

Probleme können sich für den Mieter im Fall der **Grundstücksveräußerung** ergeben. Ist der Vermieter, wie zumeist der Fall, auch Grundstückseigentümer, tritt der Erwerber nach §§ 566 Abs. 1, 578 BGB tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten ein. In diesem Fall verliert der Mieter gegenüber dem Veräußerer sein Zurückbehaltungsrecht an der rückständigen Miete wegen eines vor der Veräußerung entstandenen Mangels, weil vom Zeitpunkt der Veräußerung an nur noch der Erwerber zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist. Der Mieter muss sein Zurückbehaltungsrecht dann dem Erwerber gegenüber neu ausüben.⁶⁸

5.2. Betragsmäßige Höhe des Zurückbehaltungsrechts

Aus § 320 BGB ergibt sich keine Formel, nach der die betragsmäßige Höhe eines Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Mietsache zu berechnen wäre.

Der BGH⁶⁹ hat dazu entschieden, die Höhe müsse „angemessen“ sein und sei in jedem Einzelfall anhand der jeweils konkreten Umstände zu ermitteln. Mit einer solchen Leerformel kann die Praxis naturgemäß wenig anfangen. Vor allem für den Mieter ist sie problematisch, weil er sich durch ein zu hoch bemessenes Zurückbehaltungsrecht der Gefahr der Kündigung wegen Zahlungsverzugs aussetzt.

Ein Teil der Rechtsprechung hat sich bei der Bemessung des einzubehaltenden Betrags an der Mietminderung orientiert. Demnach soll der 3- bis 5-fache Betrag der Mietminderung zurückbehalten werden dürfen.⁷⁰ Die neuere Literatur orientiert sich dagegen am Werkvertragsrecht und nimmt entsprechend § 643 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des 2-fachen Betrags der Mängelbeseitigungskosten an.⁷¹ Eine dogmatische Begründung lassen beide Seiten vermessen. Bis zu einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung kann deshalb dem Mieter zur Vermeidung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs durch übermäßige Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nur empfohlen werden, vom geringsten Betrag, also dem 3-fachen der Minderungsquote auszugehen.

⁶⁷ Dazu BGH, NZM 2003, 437.

⁶⁸ Zu Einzelheiten vgl. BGH, NZM 2006, 696.

⁶⁹ BGH, NZM 2003, 437.

⁷⁰ LG Berlin, GE 1995, 821; LG München, WuM 1987, 216; LG Hamburg, ZMR 1984, 128.

⁷¹ Selk, NZM 2009, 142; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdnr. 2035.

5.3. Beispiele aus der Rechtsprechung zu mietrechtlichen Zurückbehaltungsrechten

Noch vor Integration des AGBG in das BGB hat das OLG Düsseldorf⁷² nach § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) eine Klausel für wirksam erachtet, nach der die Aufrechnung und das Zurückbehaltungsrecht erst nach mindestens einen Monat zuvor erfolgter Ankündigung geltend gemacht werden dürfe. Zur Begründung hat das OLG angeführt, dass der Mieter durch eine solche Regelung nur „in unwesentlichem Umfang in seinen Rechten eingeschränkt“ würde. Demnach wäre folgende Klausel zulässig:

„Der Mieter darf ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete erst ausüben, wenn er dies dem Vermieter mit einer Frist von wenigstens einem Monat vorher angezeigt hat.“

Die folgende Vertragsklausel ist nach Ansicht der BGH⁷³ als unangemessene Benachteiligung gemäß § 309 Nr.3 BGB unwirksam:

„Der Mieter kann nur mit solchen Zahlungen aus dem Mietverhältnis aufrechnen oder die Zurückbehaltung erklären, die entweder rechtskräftig festgestellt sind oder zu denen die Vermieterin im Einzelfall jeweils ihre Zustimmung erklärt.“

Der BGH erklärt dies damit, dass es nach dem Wortlaut der Klausel in das Belieben des Vermieters gestellt sei, auch bei zwar nicht rechtskräftig festgestellter, aber unstreitiger Gegenforderung die Aufrechnung oder das Zurückbehaltungsrecht zu verhindern.

Werden die beiden vorstehenden Entscheidungen zusammengefasst, ist folgende Klausel zulässig:

„Der Mieter kann nur mit solchen Zahlungen aus dem Mietverhältnis aufrechnen oder die Zurückbehaltung erklären, die entweder rechtskräftig festgestellt sind oder unbestritten sind. Der Mieter darf die Aufrechnung erst erklären oder ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete erst ausüben, wenn er dies dem Vermieter mit einer Frist von wenigstens einem Monat vorher angezeigt hat.“

⁷² OLG Düsseldorf, NZM 2002, 953; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 1998, 264.

⁷³ BGH, Urt. v. 27.06.2007 (XII ZR 54/05), NZM 2007, 684.