

Minderungsausschlussklauseln in der Gewerberaummieta

- oder: Über zinslose Mieterdarlehen und eine Miete auf erstes Anfordern

von Elmar Streyll, Vorsitzender Richter am Landgericht in Krefeld

I. Kundenfeindlichste Auslegung

1. Klauselbeispiele
2. Beabsichtigter Regelungsgehalt
3. Eindeutigkeit

II. Transparenzgebot

1. Inhalt des Transparenzgebots
2. Grenzziehung beim Rückforderungsanspruch
3. Verhältnis zu § 305c Abs. 2 BGB
4. Vorschlag für eine transparente Klausel

III. Dolo agit ...

IV. Unangemessene Benachteiligung

1. Angemessenheitsbegründung der h. M.
2. Kritische Auseinandersetzung
 - a. Bedeutung des Sofortabzuges
 - b. Vorleistungspflicht auf erstes Anfordern
 - c. „Übliche“ Vorleistungspflichten
 - d. Endgültige Störung des Äquivalenzverhältnisses
 - e. Besonderheiten des Mietvertrages
 - aa. Kein Streit über die Mangelhaftigkeit
 - bb. Streit über einen tatsächlich bestehenden Mangel
 - (a) Kündigungsgefahr
 - (b) Liquidität des Mieters
 - (c) Mieterdarlehen und Insolvenzrisiko
 - (d) Rückforderungsprozess
 - (e) Zusammenfassung
 - cc. Streit über einen tatsächlich nicht bestehenden Mangel
 - dd. Interessenabwägung
 - (a) Gesetzlicher Ausgangspunkt
 - (b) § 556b Abs. 1 BGB
 - (c) Pflicht zur Ankündigung von Aufrechnungen
 - (d) Redlichkeitsvermutungen
 - (e) § 283a ZPO
 - (f) Effektivität von Minderungsausschlussklauseln
 - (g) Urkundenklage

3. Ergebnis

V. Wirksame Minderungsausschlussklauseln

VI. Selbstständige Einschränkungen bei Aufrechnung und Zurückbehaltung

1. Blue pencil
2. Aufrechnungsbeschränkungen
3. Beschränkungen bei Leistungsverweigerungsrechten

Ein fast wahrer Fall: Der Gewerbemieter des Vermieters betreibt ein kleines Ladengeschäft. Eines Tages kommt der Vermieter in den Laden und bittet den Mieter um ein Darlehen in Höhe von einer halben Bruttomiete, jeden Monat neu, auf unbestimmte Zeit. Die Augenbrauen des Mieters strecken sich in die Höhe, aber er bleibt freundlich und erteilt der Bitte des Vermieters ebenso freundlich eine Absage. Dieser erwidert, ein solches Darlehen sei aber im Mietvertrag verabredet. Der vertragstreue Mieter ist nach diesem Hinweis zur Darlehensgewährung bereit, möchte aber gerne eine Verzinsung und Sicherheiten. Das lehnt der Vermieter ab, wiederum unter Verweis auf den Mietvertrag. Der Mieter gibt seinen Widerstand auf und fragt nach der Rückzahlung des Darlehens. Darauf der Vermieter: Bitte klagen Sie das Darlehen zu einem Zeitpunkt Ihres Beliebens ein, auf ein Urteil werde ich zahlen, falls ich kann.

Absurd? Nein. Es ist ein Vergleich. Und er hinkt wie jeder Vergleich. Aber er spiegelt sehr gut die Situation des redlichen Mieters, gegenüber dem der unredliche Vermieter einen tatsächlich bestehenden Mangel nicht anerkennt, sondern sich vielmehr auf eine vereinbarte Minderungsausschlussklausel beruft. Den umgekehrten Fall gibt es natürlich genauso: Der unredliche Mieter zahlt unter Berufung auf einen tatsächlich nicht bestehenden Mangel die Miete nicht. Vor einem solchen Fall soll die Minderungsausschlussklausel - aus Sicht des redlichen Vermieters - schützen.

Welcher Fall ist häufiger? Statistische Untersuchungen dazu sind mir nicht bekannt. Meine gerichtliche (!) Praxis sagt mir, das beides etwa gleich häufig vorkommt, was natürlich nicht dem wirklichen Leben entsprechen muss. Aber es ist doch wohl jedenfalls so, dass eine Minderungsausschlussklausel Ausdruck der Vertragsgestaltungsmacht des Vermieters ist, der einseitig seine Interessen abweichend von dem für den Gewährleistungsfall geltenden gesetzlichen Regelungsgefüge durchsetzt.

Muss man mehr sagen zur Unwirksamkeit von Minderungsausschlussklauseln? Eigentlich nicht, möchte ich fast meinen. Um aber auch die Skeptiker zu überzeugen, versuche ich, das Ganze im Folgenden auf ein dogmatisches Gleis zu setzen. Außerdem sind (kurz) die mit Minderungsausschlussklauseln regelmäßig einhergehenden Bestimmungen über Leistungsverweigerungsrechte und Aufrechnungsmöglichkeiten

des Mieters in den Blick zu nehmen, ohne die ein Minderungsausschluss weniger effektiv wäre.

Schwerpunkt der Untersuchung ist die Klauselkontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Abweichung vom wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung). Bevor dies geschieht, ist auf die Folgen des Gebots der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) und die Transparenzanforderungen des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einzugehen, an denen viele gebräuchliche Minderungsausschlussklauseln schon scheitern dürften.

I. Kundenfeindlichste Auslegung

1. Klauselbeispiele

Minderungsausschlussklauseln tauchen in ganz unterschiedlichen Formulierungen auf, haben aber immer denselben Kern und sind meist mit Regelungen über Zurückbehaltungsrechte¹ und Aufrechnungsmöglichkeiten des Mieters kombiniert. Beispiele aus der Rechtsprechung sind etwa:

„Der Mieter ist zur Minderung der Miete nicht berechtigt.“²

„Der Mieter kann weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungs- oder Minderungsrecht gegenüber dem Vermieter geltend machen.“³

„Auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtpreises) und Zurückbehaltung verzichtet der Pächter, soweit dies gesetzlich zulässig ist

¹ Die Klauseln verwenden in aller Regel den Begriff „Zurückbehaltungsrecht“, obwohl der Begriff „Leistungsverweigerungsrechte“ nach der Diktion des § 309 Nr. 2 BGB richtiger wäre. Denn dort wird klar zwischen dem Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB (Einrede des nichterfüllten Vertrages) und den sonstigen Zurückbehaltungsrechten unterschieden; Oberbegriff ist nach der gesetzlichen Überschrift „Leistungsverweigerungsrechte“. Das Abweichen von der gesetzlichen Begrifflichkeit kann Transparenzprobleme aufwerfen; allerdings wird die Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht“ auch in der Rechtssprache vielfach synonym für Leistungsverweigerungsrecht verwendet. Das OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 587 ist der Ansicht, dass sich eine Klausel, die nur das Zurückbehaltungsrecht erwähnt, allein § 273 BGB und nicht auf § 320 BGB bezieht.

² OLG Karlsruhe, MDR 2006, 745.

³ OLG Hamm, NZM 1998, 438.

und soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.“⁴

„Der Mieter kann gegenüber dem Mietzins und den Nebenkosten [nicht aufrechnen und auch] kein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht geltend machen.“⁵

„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).“⁶

„1. Der Mieter kann gegenüber dem Mietzinsanspruch und anderen Forderungen der Vermieterin aus diesem Vertrag nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufrechnen bzw. ein Rückbehaltsrecht ausüben.

2. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Mieter wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ist ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

3. 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.“⁷

⁴ BGH, NJW-RR 1993, 519.

⁵ BGH, NJW 1984, 2404. Das Aufrechnungsverbot wäre nach dem jetzigen Gesetzesstand unwirksam. Es handelte sich aber um einer Klausel aus der Zeit vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, was auch zur Folge hatte, dass das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht galt.

⁶ BGH, NJW 2008, 2497.

⁷ BGH, NJW 2008, 2254.

2. Beabsichtigter Regelungsgehalt

Der Kern jeder Minderungsausschlussklausel besteht darin, den Mieter im (behaupteten) Mangelfall zu veranlassen, die Miete in der vereinbarten Höhe zu entrichten. Das soll aber - so meist die Intention der Klauselverfasser - nicht dazu führen, dass der Vermieter trotz der mangelbedingten Störung des Äquivalenzverhältnisses die Miete endgültig behalten darf; er soll die Miete vielmehr nur vorläufig erhalten, dem Mieter soll ein Bereicherungsanspruch auf Erstattung des „Minderungsbetrages“ zustehen. Damit der Mieter mit dem Bereicherungsanspruch nicht aufrechnen kann, ist zusätzlich ein Aufrechnungsverbot vonnöten; damit der Mieter nicht Druck durch Einbehalt in drei- bis fünffacher Höhe des Minderungsbetrages ausüben kann, ist der Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB notwendig.

3. Eindeutigkeit

Sollte eine Klausel entgegen der vorstehend erwähnten Intention den endgültigen Verlust des Minderungsrechts und damit eine dauerhafte Störung des Äquivalenzverhältnisses vorsehen, wäre dies - ohne dass man noch Transparenzüberlegungen anstellen müsste - wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam, weil die Kardinalpflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung eingeschränkt würde und der Mieter eine Leistung bezahlen müsste, die er nicht erhalten hat⁸.

Dasselbe gilt, wenn sich aus der Klausel *nicht eindeutig* ergibt, dass nur der automatische Abzug des Minderungsbetrages von der Miete geregelt werden soll, wenn also vertretbar⁹ auch die Auslegung möglich ist, das Minderungsrecht gehe dauerhaft verloren. Dann ist nämlich für die Klauselkontrolle gem. § 305c Abs. 2 BGB die kundenfeindlichste Variante maßgeblich¹⁰, also hier die wegen dauerhaften Minderungsausschlusses unwirksame Variante.

⁸ BGH, NJW 2008, 2254; BGH, NJW 2008, 2497.

⁹ Das ist nach BGH, NZM 2015, 79 dann der Fall, wenn nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten noch Zweifel über das Ergebnis bestehen; Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen, bleiben außer Betracht.

¹⁰ BGH, NJW 2011, 2122 Rdn. 10.

Wann aber sind Klauseln in diesem Sinne eindeutig bzw. nicht eindeutig?

Nach einer neueren Entscheidung des BGH vom 23.4.2008 ist der wohl häufig verwendete Begriff „ausschließen“ („Die Minderung ist ausgeschlossen.“) mehrdeutig und kann ohne erklärende oder einschränkende Zusätze auch im Sinne eines dauerhaften Ausschlusses des Minderungsrechts verstanden werden¹¹. In diesem Urteil bezieht sich der BGH ausdrücklich auf zwei ältere Entscheidungen, in denen er Minderungsausschlussklauseln für wirksam gehalten hatte. Der BGH scheint diese Urteile auch zu bestätigen, wenn er darauf verweist, die damaligen Klauseln hätten den Ausschluss einschränkende Konkretisierungen enthalten¹². Letzteres allerdings kann den damaligen Klauseln kaum oder allenfalls formal entnommen werden: Wenn es im Urteil vom 20.6.1984¹³ heißt, der Mieter könne „gegenüber dem Mietzins kein Minderungsrecht“ geltend machen, dann soll die einschränkende Konkretisierung wohl darin bestehen, dass das Minderungsrecht nicht *gegenüber dem Mietzins* greift. Es drängt sich aber gleich die Frage auf: Wogegen denn sonst? Sind die Worte „gegenüber dem Mietzins“, selbst wenn sie fehlen, nicht immer stillschweigend mitzulesen? Und wenn der Mietzins nicht gemindert ist, wie soll dann ein Bereicherungsanspruch bestehen können? Beide Formulierungen, die aus 1984 und aus 2008, unterscheiden sich also in ihrem Sinngehalt nicht wesentlich. Es kommt hinzu, dass in der Entscheidung vom 23.4.2008 zwar nicht das Minderungsrecht gegenüber dem Mietzinsanspruch erwähnt ist, wohl aber die Minderung der Miete. All diese Begriffe werden selbst in Fachkreisen synonym verwendet: Die (automatisch kraft Gesetzes eintretende) Minderung wird auch als Minderungsrecht oder -anspruch bezeichnet; mit der Mietrechtsreform ist der Begriff des Mietzinses im Gesetz (aber nicht im allgemeinen Sprachgebrauch) durch den Begriff der Miete ersetzt worden. Die Klausel in dem Urteil vom 27.1.1993¹⁴ enthält ebenfalls keine wirkliche Einschränkung. Wenn es dort heißt, der Pächter verzichte auf das „Recht zur Minderung (Herabsetzung des Pachtzinses)“, soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht würden, dann

¹¹ BGH, NJW 2008, 2497.

¹² BGH, NJW 2008, 2497 Rdn. 13.

¹³ BGH, NJW 1984, 2404.

¹⁴ BGH, NJW-RR 1993, 519.

könnte man daraus im Gegenteil folgern, alles, was nicht rechtskräftig festgestellt sei, sei endgültig verloren.

Jedenfalls waren auch schon die Klauseln, über die der BGH in den genannten älteren Entscheidungen zu befinden hatte, entgegen der Behauptung im Urteil vom 23.4.2008 alles andere als eindeutig. Mir scheint es, als habe der BGH im Jahre 2008 einen Rechtsprechungswechsel andeuten, aber nicht allzu radikal vollziehen wollen. Jedenfalls sollte sich die Beratungspraxis nicht darauf verlassen, dass bisher gebräuchliche und „abgesegnete“ Klauseln bei einer erneuten Prüfung Bestand haben werden.

II. Transparenzgebot

Wenn man - ungeachtet der noch folgenden Ausführungen zur Unangemessenheit gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB - dennoch Minderungsausschlussklauseln verwenden will, dann sollte man sie jedenfalls so eindeutig wie möglich fassen und ausdrücklich beschreiben, dass es keinen (dauerhaften) Minderungsausschluss gibt, sondern dass sich nur der rechtstechnische Vorgang ändert, auf welche Art eine Minderung abgewickelt wird. In der Literatur¹⁵, gelegentlich auch in Mietverträgen, findet sich hierzu etwa folgender Vorschlag:

„Der Mieter ist auch bei einem Mangel der Mietsache zur vollständigen Entrichtung der laufenden Miete in vereinbarter Höhe verpflichtet, falls das Minderungsrecht nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist.“

Die h. M. dürfte gegen eine solche Klausel keine Bedenken haben. M. E. reicht aber auch dieses gesteigerte Maß an Klarheit nicht aus, es muss der Klausel vielmehr ausdrücklich zu entnehmen sein, dass dem Mieter ein Anspruch auf Rückforderung überzahlter Miete zusteht. Das ergibt sich jedenfalls aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, vielleicht auch aus der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB.

1. Inhalt des Transparenzgebots

¹⁵ So die ähnliche Formulierung von *Lehmann-Richter*, PiG 97 (2014), S. 21 (32).

Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verwender von AGB nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen; dazu gehört auch, dass AGB wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann¹⁶. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners¹⁷, was bedeutet, dass die Anforderungen im kaufmännischen Verkehr (also auch bei der Anmietung von Gewerberäumen durch einen Kaufmann) mit Rücksicht auf die kaufmännische Erfahrung und die Maßgeblichkeit der Handelsbräuche niedriger als im sonstigen Rechtsverkehr anzusetzen sind - ohne dass aber ein umfassendes juristisches Verständnis unterstellt werden kann¹⁸. Eine Intransparenz führt nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit einer Klausel, sie muss vielmehr zusätzlich die Gefahr einer Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Vertragspartners begründen; erst dann liegt eine unangemessene Benachteiligung wegen der Intransparenz vor¹⁹. Der Mieter ist, selbst wenn er marktmächtig ist, nicht verpflichtet, bereits vor Vertragsschluss auf die Konkretisierung oder Beseitigung intransparenter Klauseln zu dringen, da die Verantwortung für den Inhalt von AGB im rechtlichen Ausgangspunkt immer der Klauselverwender trägt²⁰.

2. Grenzziehung beim Rückforderungsanspruch

Die Anforderungen an die Transparenz einer AGB-Klausel dürften in den letzten Jahren gestiegen sein. Dieser Wandel der Anschauung erschwert es, die Grenze zwischen Transparenz und Intransparenz zuverlässig und vorhersehbar zu ziehen. Bei einer Minderungsausschlussklausel, die den Rückforderungsanspruch nicht erwähnt, scheint sie mir aber (inzwischen) recht sicher überschritten zu sein.

Schon als junger Proberichter hatte ich Anfang der 1990er Jahre erstmals mit einer solchen Klausel zu tun. Und ich stand wie der Ochs vorm Berg: Ich dachte zunächst,

¹⁶ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 22; BGH, NJW 2012, 54 Rdn. 12.

¹⁷ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 22; BGH, NJW 2012, 54 Rdn. 12.

¹⁸ BGH, NJW 1999, 942; BGH, NJW 2010, 3152 Rdn. 30; *Schmidt*, NZM 2012, 495 (496).

¹⁹ BGH, NJW-RR 2011, 1144.

²⁰ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 11.

wie praktisch, um die behaupteten Mängel brauche ich mich nicht zu kümmern; auf den Gedanken, dass der Mieter das zuviel Geleistete zurück verlangen könne, kam ich nicht von selbst, darauf brachte mich vielmehr erst die Kommentarlektüre, die ich wegen der von mir gemutmaßten Unangemessenheit der Klausel zu Rate zog. Darf es wie mir einem mietenden Kaufmann gehen? Oder muss man (als Kaufmann) die rechtlichen Folgen eines (vorläufigen) Minderungsausschlusses ohne Weiteres erkennen? Warum schweigen sich Minderungsausschlussklauseln überhaupt zu den Folgen aus? Warum regeln sie nicht eindeutig, dass dem Mieter ein Rückforderungsanspruch zusteht? Wollen sie etwas verschleiern?

Wie erwähnt, erfordert es das Transparenzgebot, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Die Pflicht des Mieters zur vorläufig vollständigen Mietzahlung im Fall der Mangelhaftigkeit ist in Minderungsausschlussklauseln immer enthalten, in den meisten mir bekannten Minderungsausschlussklauseln aber nicht das sich aus der Pflichtbefolgung ergebende Recht auf Rückforderung des Überzahlten. Das widerspricht zunächst dem Gebot, Pflichten *und* Rechte in einer Klausel wiederzugeben. Ausgenommen von diesem Gebot sind allenfalls bloße Selbstverständlichkeiten, die jedem (mietenden Kaufmann) offenbar sein müssen. Gehört der Rückforderungsanspruch vielleicht dazu? Das dürfte zu verneinen sein. Wenn ein Jurist wie ich damals, selbst wenn er noch über fast keinerlei Berufserfahrung verfügt, den Rückforderungsanspruch nicht einmal durch mäßig angestregtes Nachdenken erkennt, dann handelt es sich nicht um eine Selbstverständlichkeit. Ein einmaliger Blackout wird es auch nicht gewesen sein, wie die obigen Überlegungen zur Auslegung von bestehenden Minderungsausschlussklauseln zeigten: Selbst beim BGH gab es Erkenntnisfortschritt darüber, ob ein Minderungsausschluss dauerhaft oder nur vorläufig sein sollte. Was man früher ohne Weiteres für eindeutig gehalten hätte („Selbstverständlich bleibt dem Mieter die Rückforderung vorbehalten.“), erlaubt heute ein mehrdeutiges Auslegungsergebnis.

Die Anforderungen an die Erkenntnis des Rückforderungsanspruchs mögen nicht hoch sein. Aber noch geringer ist der Aufwand, diesen Anspruch in der Klausel zu formulieren. Wäre das anders, könnte sich daraus ein Argument dafür ergeben, dieses Recht

unerwähnt lassen zu dürfen. Dem ist aber nicht so. Auch andere Gegenargumente sind nicht ersichtlich.

Insbesondere kann gegen eine Erwähnung des Rückforderungsanspruchs nicht ins Feld geführt werden, dabei handele es sich um einen Bereicherungsanspruch, also um ein gesetzliches Recht, und über gesetzliche Rechte müsse nicht aufgeklärt werden²¹. Die rechtliche Einordnung des Rückforderungsanspruchs ist nämlich höchst zweifelhaft. Denn auf Grund der Klausel hat der Mieter mit Rechtsgrund gezahlt, wenn auch nur vorläufig, da die Klausel allein den Geldeingang beim Vermieter sicherstellen soll, nicht aber das endgültige Behaltendürfen²². Bereicherungsrechtlich wäre das ein Fall der *condictio ob causam finitam* (Wegfall des Rechtsgrundes) gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB²³. Allein schon um den Einwand der Entreicherung auszuschließen, scheint es mir aber naheliegender zu sein, wie in ähnlichen Konstellationen (etwa bei Sicherungsabreden für die Rückgewähr einer Grundschuld²⁴, beim Kautionsrückzahlungsanspruch, bei einem Vorschussanspruch²⁵ oder - vielleicht am ehesten vergleichbar - bei der Rückzahlung des Minderungsbetrages nach vorausbezahltem Reisepreis²⁶) einen der Klausel immanenten vertraglichen Rückzahlungsanspruch anzunehmen. Dann aber gäbe es keinen Grund, in einer Klausel nur den einen Teil der vertraglichen Pflichten, nämlich die des Mieters zur vorläufig vollen Mietzahlung, zu regeln, nicht aber die gleichfalls vertragliche Pflicht des Vermieters zur Rückzahlung des Überzahlten.

Es bleibt nach alledem nur der bereits angesprochene Gedanke, der Rückforderungsanspruch solle verschleiert werden, damit der Mieter ihn möglichst nicht geltend mache. Das wird vom Transparenzgedanken nicht getragen - im Gegenteil, diese unnö-

²¹ So aber *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 105.

²² *Lehmann-Richter*, PiG 97 (2014), S. 21 (32).

²³ *Lehmann-Richter*, PiG 97 (2014), S. 21 (32); *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (73f.), der auch in Betracht zieht, die Rückforderung als Anspruch entsprechend den Rücktrittsregeln in Anlehnung an §§ 638 Abs. 4, 441 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB zu konstruieren.

²⁴ BGH, NJW 1986, 2108.

²⁵ BGH **VII ZR 6/14** Rdn. 13.

²⁶ MünchKommBGB/*Tonner*, 6. Aufl., § 651d Rdn. 22.

tige Verschleierung bewirkt gerade, dass ein Mieter durch die Intransparenz unangemessen benachteiligt wird, weil sie geeignet ist, bei ihm den Irrtum hervorzurufen, die Minderung sei endgültig verloren²⁷.

3. Verhältnis zu § 305c Abs. 2 BGB

Wenn man dies nicht bloß für einen Irrtum halten würde, sondern für eine vertretbare Auslegung einer Klausel, die den Rückforderungsanspruch nicht ausdrücklich klarstellt, dann würde die Unwirksamkeit schon aus § 305c Abs. 2 BGB folgen²⁸. Ob es einen Vorrang der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB vor der Transparenzregelung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gibt²⁹ oder einen umgekehrten Vorrang³⁰ oder ob beide Regelungen wegen ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung nebeneinander anwendbar sind, kann vorliegend dahinstehen, weil sie mit ähnlicher Argumentation zum gleichen Ergebnis kommen, nämlich der Unwirksamkeit einer Minderungsausschlussklauseln, wenn sie den Rückforderungsanspruch nicht regelt.

4. Vorschlag für eine transparente Klausel

Eine transparente und der Unklarheitenregel genügende Klausel muss also eindeutig besagen, dass nur der automatische Abzug des Minderungsbetrages (Sofortabzug) von der Miete geregelt wird *und* die Rückforderung des überzahlten Betrages dem Mieter vorbehalten bleiben soll. Eine solche Klausel könnte lauten³¹:

²⁷ Ähnlich LG Hamburg, NZM 2004, 948. A. A. *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 105.

²⁸ Bei einem Transparenzverstoß kommt grundsätzlich auch eine fehlenden Einbeziehung der Klausel wegen Verstoßes gegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Vorliegend dürfte das aber ausscheiden, da es an einer Einbeziehung nicht schon bei jeder Unklarheit fehlt, sondern erst bei groben Unklarheiten, die zur Unverständlichkeit führen (Staudinger/*Schloesser*, Neubearbeitung 2013, § 307 Rdn. 171).

²⁹ So BAG, NZA-RR 2009, 576; *von Westphalen*, NZM 2015, 112, 115.

³⁰ So Staudinger/*Schloesser*, Neubearbeitung 2013, § 307 Rdn. 172.

³¹ In leichter Modifizierung der Formulierung von *Lehmann-Richter*, PiG 97 (2014), S. 21 (32). In der Praxis wird etwa vom Haus & Grund Rheinland Verlag und Service GmbH ein Mustermietvertrag für die Gewerbemiete mit folgender Klausel angeboten: „Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadensersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind. Dem Mieter bleibt ausdrücklich vorbehalten, ein Rückforderungsrecht bezüglich zunächst voll gezahlter Mieten geltend zu machen. Die Erstattung etwaiger im Wege der Aufrechnung oder Minderung geltend gemachter Gegenforderungen des

„Der Mieter ist auch bei einem Mangel der Mietsache zur vollständigen Entrichtung der laufenden Miete in vereinbarter Höhe verpflichtet, falls das Minderungsrecht nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Im Übrigen bleiben ihm seine Rechte vorbehalten³², insbesondere das Recht, einen wegen Minderung überzahlten Betrag der Miete vom Vermieter zurückzufordern³³.“

III. Dolo agit ...

Den Rückforderungsanspruch in der Klausel offen auszusprechen macht sofort die Absurdität des Ganzen deutlich: Man stelle sich vor, der Mieter bringt dem Vermieter am Anfang des Monats die vereinbarten 2000 € Miete und verlangt, als er die Geldscheine gerade losgelassen hat, 500 € zurück, weil einer der vier angemieteten Räume unbenutzbar ist.

Das erscheint aber nicht nur tatsächlich absurd, es lenkt den Blick auch direkt auf den rechtlichen Unwertgehalt der Klausel, nämlich den Verstoß gegen Treu und Glauben: „Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est.“ Das scheint zunächst ein vernichtendes Verdikt zu sein: Nicht nur eine Unangemessenheit der Regelung, sondern eine Treuwidrigkeit wegen Verstoßes gegen eine der höchsten Korrektornormen, die das Zivilrecht kennt!

Mieters aus dem Mietverhältnis erfolgt in monatlichen Teilbeträgen, die 30 % der jeweiligen Monatsmiete nicht übersteigen dürfen [Dieser Satz ist jedenfalls für einen juristischen Laien kaum verständlich; die Beschränkung auf monatlich 30 % eines unstreitigen Gegenrechts erscheint bedenklich]. Der Mieter muss auf jeden Fall die Aufrechnung oder Mietminderung oder die Ausübung des Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrechts einen Monat vorher ankündigen. Das Klagerecht des Mieters zur Geltendmachung von Gegenforderungen, Mietminderungen oder Aufrechnungen, bzw. die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung bleibt durch diese Bestimmung unberührt. Die Ankündigungsfrist entfällt für die Zeit nach dem Mietende.“

³² Wenn man nur das Recht zur Rückforderung erwähnen würde, könnte das unter Transparenzgesichtspunkten die Frage aufwerfen, ob andere Rechte ausgeschlossen sein sollen.

³³ Der Rückforderungsanspruch sollte nicht als Bereicherungsanspruch bezeichnet werden, da er möglicherweise dann ausgeschlossen wäre, wenn man für ihn entsprechend dem oben Gesagten eine vertragliche Grundlage annimmt.

Ist es immer (!) gem. § 242 BGB treuwidrig, wenn der Vermieter die Zahlung der Miete verlangt, die er dann sofort zurückzahlen hat? Das muss man in dieser Allgemeinheit verneinen³⁴, weil eine Treuwidrigkeit ausgeschlossen sein kann, wenn der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an dem „zwischenzeitlichen Innehaben“ hat³⁵. Das sind aber seltene Ausnahmen³⁶, es spricht vielmehr eine starke Vermutung für die Treuwidrigkeit, so dass der Gläubiger (hier: der Vermieter) bei der anzustellenden Interessenabwägung³⁷ die - m. E. ganz erhebliche - Begründungslast trägt.

Ausgangspunkt einer Interessabwägung muss hierbei § 536 BGB sein, der einen Sofortabzug des Minderungsbetrages von der Miete (also eine automatische Minderung)³⁸ vorsieht. Es ist anerkannt, dass Abweichungen hiervon durch Individualvereinbarung möglich sind und weder gegen §§ 134, 138 BGB noch gegen § 242 BGB verstoßen; die Regelung ist nämlich für den Gewerbemieter - anders als gem. § 536 Abs. 4 BGB für den Wohnraumm Mieter - gerade nicht zwingend ausgestaltet. Das bedeutet, dass Abweichungen von § 536 BGB nicht ausnahmslos treuwidrig sind und dass die Wertungen bei der im Rahmen des § 242 BGB anzustellenden Interessenabwägung letztlich denen der Angemessenheitskontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu entnehmen sind, einer Vorschrift, die ausdrücklich auf die Gebote von Treu und Glauben Bezug nimmt³⁹. M. E. hat aber das vordergründige Eingreifen der dolo-agit-Einrede zur Folge, dass Ausgangspunkt die Treuwidrigkeit des Minderungsausschlusses ist, die evtl. wegen besonderer Interessen des Vermieters kompensiert wird und so den Minderungsausschluss ausnahmsweise zulässig macht.

IV. Unangemessene Benachteiligung

³⁴ A. A. *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (73).

³⁵ *Staudinger/Olzen/Looschelders*, Neubearbeitung 2015, § 242 Rdn. 279.

³⁶ Für eine ausnahmslose AGB-Resistenz der dolo-agit-Einrede *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (73). Auch *MünchKommBGB/Roth/Schubert*, 6. Aufl., § 242 Rdn. 408 scheint Ausnahmen gar nicht für möglich zu halten, wenn dort lapidar festgestellt wird: „ohne dem Gläubiger legitime Vorteile zu bringen“.

³⁷ *Staudinger/Olzen/Looschelders*, Neubearbeitung 2015, § 242 Rdn. 280.

³⁸ BGH, NJW 1995, 254.

³⁹ So auch *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (70/71). *Staudinger/Olzen/Looschelders*, Neubearbeitung 2015, § 242 Rdn. 281 vergleicht die dolo-agit-Situation mit derjenigen bei einer Aufrechnungslage oder dem Bestehen von Leistungsverweigerungsrechten (allerdings ohne fällige Gegenleistung), weshalb auf die Wertungen zu Aufrechnungsverboten und Beschränkungen von Leistungsverweigerungsrechten zurückgegriffen werden könne.

Es kommt deshalb letztlich auf eine Klauselkontrolle gem. § 307 BGB an. Minderungsausschlussklauseln sind ein fast klassischer Anwendungsfall der Klauselkontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Abweichung vom wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung). Hierzu heißt es in der ständigen BGH-Rechtsprechung⁴⁰:

„Allerdings begründet die klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung. Diese Vermutung ist indes widerlegt, wenn die Klausel auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung den Kunden gleichwohl nicht unangemessen benachteiligt ... Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild sachlich gerechtfertigt und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist.“

Weil Minderungsausschlussklauseln das Grundgefüge des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts zu Lasten des Mieters ändern, stellen sie „im Zweifel“ (so das Gesetz) eine unangemessene Benachteiligung dar. Das ist ein ähnlicher Ansatz wie bei der *dolo-agit*-Einrede. Eine Widerlegung der Zweifelsregel des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, also eine sachliche Rechtfertigung des (vorübergehenden) Minderungsausschlusses bzw. eine anderweitige Sicherstellung des gesetzlichen Schutzzwecks, sind m. E. nicht ersichtlich. Die bisherigen Begründungen tragen nicht.

1. Angemessenheitsbegründung der h. M.

Der BGH⁴¹ (und ihm folgend die Literatur⁴²) hat seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln in Form des Verbots der Einbehaltung des Mindestbetrages von der laufenden Miete mehrfach wie folgt gerechtfertigt: Das Minde-

⁴⁰ BGH, NJW 2014, 924 Rdn. 45.

⁴¹ BGH, NJW 1984, 2404; BGH, NJW-RR 1993, 519; BGH, NJW 2008, 2254; BGH, NJW 2008, 2497.

⁴² S. etwa die sehr eingehende Abhandlung von *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 70ff. (Nachweisen auf die weitere Literatur S. 68); *Derleder*, WuM 2007, 599.

rungsrecht werde nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom „geschuldeten Mietzins“⁴³; dem Mieter stehe ein Bereicherungsanspruch zu, außerdem könne er ggf. außerordentlich kündigen oder gegenüber dem Vermieter Schadensersatz geltend machen. Dem geschäftserfahrenen Mieter werde nichts Unbilliges zugemutet und die alsbaldige Klärung der Mängelfrage werde gefördert⁴⁴. Minderungsausschlussklauseln trügen dem berechtigten Sicherungsinteresse des Vermieters an der fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete Rechnung; um seine Immobilie ohne Liquiditätsprobleme bewirtschaften und finanzieren zu können, sei er auf den vollständigen pünktlichen Eingang der laufenden Mietzahlungen angewiesen⁴⁵; ein direkter Abzug (Sofortabzug) des Minderungsbetrags auf Grund vom Mieter behaupteter umstrittener Mängel könne dazu führen, dass der Vermieter bis zu ihrer gerichtlichen Klärung die laufenden Bewirtschaftungs- und Kapitalkosten nicht mehr aufzubringen vermöge⁴⁶.

2. Kritische Auseinandersetzung

Mit diesen Argumenten, die schwer wiegen, gilt es sich auseinanderzusetzen. Hierbei ist von vornherein zu betonen, dass es nicht ausreicht, wenn ein vorübergehender Minderungsausschluss für den Mieter keine allzu gravierenden Folgen hat. Wegen der Zweifelsregelung des § 307 Abs. 2 BGB und der Treuwidrigkeitsvermutung der *dolo agit*-Einrede muss es vielmehr schützenswerte Vermieterinteressen geben, die die Mieterinteressen deutlich überwiegen.

a. Bedeutung des Sofortabzuges

Es ist zunächst richtig, dass das Minderungsrecht des Mieters nicht vollständig ausgeschlossen ist, wenn ihm „nur“ der Abzug des Minderungsbetrages von der laufenden Miete verboten wird. Fraglich ist deshalb zunächst, ob dieser „Sofortabzug“ im Sinne

⁴³ Diese Wortwahl in BGH, NJW 1984, 2404 ist unglücklich, da der Mieter nach der gesetzlichen Regelung nichts abziehen muss, die Miete mindert sich vielmehr automatisch kraft Gesetzes, so dass die geschuldete Miete eigentlich die geminderte Miete ist; besser ist es, von der vereinbarten Miete zu sprechen.

⁴⁴ BGH, NJW-RR 1993, 519.

⁴⁵ Anschaulich dazu *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 89f.

⁴⁶ BGH, NJW 2008, 2497.

einer automatischen Minderung zu den wesentlichen Grundgedanken bzw. Strukturprinzipien des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts gehört. Das dürfte zu verneinen sein. Denn auch wenn der historische Gesetzgeber des BGB davon ausging, dass eine automatische Minderung, wie sie sich aus § 536 BGB ergibt, die Regel ist⁴⁷, hat sich dieses Regelungsmodell nicht durchgesetzt. Das Minderungsrecht ist vielmehr in den wesentlichen Rechtsbereichen des Kauf- und Werkvertragsrechts, die der Gesetzgeber durch die Schuldrechtsreform 2002 grundlegend neu geregelt hat, zu einem Gestaltungsrecht geworden. Für das Kaufrecht begründete der Gesetzgeber das damit, dass so die Probleme des § 465 BGB a.F. vermieden würden⁴⁸, die sich insbesondere daraus ergäben, dass die Minderung (wie die Wandlung) als Anspruch ausgestaltet gewesen und der Käufer deshalb vor Durchsetzung der Minderung (bzw. Wandlung) auf ein Einverständnis des Verkäufers angewiesen gewesen sei⁴⁹.

Daraus wird deutlich, dass der Sofortabzug zwar kein wesentliches Strukturprinzip darstellt, sondern dass die Verwirklichung des Minderungsrechts im Gesetz unterschiedlich geregelt ist. Allen Regelungen über Gewährleistungsrechte ist aber gemeinsam, dass die Minderung - wie im Miet- und Reiserecht⁵⁰ - entweder selbstvollziehend durch automatisches Erlöschen des vereinbarten Entgelts in Höhe des Minderungsbetrages ist, oder aber, dass sie - wie im Kauf- und Werkvertragsrecht - vom Inhaber des Minderungsrechts durch Gestaltungserklärung selbst vollstreckt werden kann. Minderungsrechte sind damit für ihren Gläubiger einseitig durchsetzbar und insofern dürfte es sich um ein wesentliches Strukturprinzip des gesamten Gewährleistungsrechts handeln.

Das zeigt sich auch an § 309 Nr. 2 BGB, der formularvertragliche Einschränkungen des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB ausschließt und der trotz § 310 Abs. 1 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gem. § 307 BGB hat⁵¹. Die Ausübung bzw. schon das Bestehen

⁴⁷ Dazu *Strey/WuM* 2008, 7 (8) m.w.N.

⁴⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 235.

⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 220/221.

⁵⁰ *Staudinger/Staudinger*, Neubearbeitung 2011, § 651d Rdn. 1.

⁵¹ So BGH, NJW 2007, 3774 Rdn. 12 allgemein zu den strikten Klauselverboten des § 309 BGB; zu Zahlungsklauseln s. unten VI.3.

eines Leistungsverweigerungsrechts hat zwar anders als eine Minderung keine *endgültigen* Auswirkungen auf die wechselseitigen Leistungspflichten, aber es stellt doch - selbstvollziehend - sicher, dass das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung bereits im Zeitpunkt des Leistungsaustauschs gewahrt wird und nicht erst später herzustellen ist. Die Gleichzeitigkeit des do-ut-des durch Zug um Zug Erfüllung ist ein grundlegendes Gebot vertraglicher Abwicklungsgerechtigkeit, das durch § 309 Nr. 2 BGB gesichert wird⁵².

b. Vorleistungspflicht auf erstes Anfordern

Allerdings schließt § 309 Nr. 2 BGB nicht per se aus, abweichend vom dispositiven Recht formularvertraglich eine Vorleistungspflicht zu vereinbaren⁵³, was dann naturgemäß Leistungsverweigerungsrechte gem. § 320 BGB gar nicht erst entstehen lässt und Vereinbarungen über deren Beschränkung unnötig macht. Minderungsausschlussklauseln führen im Ergebnis zumindest zu einer Vorleistungspflicht des Mieters: Er muss die Miete bezahlen, ohne die Gegenleistung vollständig erhalten zu haben, wenn das Mietobjekt mangelhaft ist. Ergibt sich hieraus vielleicht entgegen dem Vorstehenden etwas für die Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln?

Das ist zu verneinen. Denn trotz der Ähnlichkeit zur Vorleistungspflicht ist der Minderungsausschluss⁵⁴ mit ihr nicht vollständig vergleichbar, er geht vielmehr weit darüber hinaus. Der Mieter zahlt nämlich - anders als bei der „üblichen“ Vorleistungspflicht - gerade nicht in Erwartung der Mangelfreiheit, sondern vielmehr in Kenntnis des Mangels. Deshalb geht es bei der späteren Korrektur nicht darum, dass der Vermieter nacherfüllt, sondern darum, dass der Mieter einen Teil des Geleisteten zurück erhält.

⁵² BGH, NJW 1987, 1931 unter II.1.c.; BGH, NJW 2010, 1449 Rdn. 12; MünchKommBGB/*Wurmnest*, 6. Aufl., § 309 Nr. 2 Rdn. 1; BT-Drucks. 7/3919 S. 28 zu der Vorgängervorschrift im AGB-Gesetz.

⁵³ BGH, NJW 1987, 1931; BGH, NJW 2006, 3134 Rdn. 6; Staudinger/*Coester-Waltjen*, Neubearbeitung 2013, § 309 Nr. 2 Rdn. 7. A. A. MünchKommBGB/*Wurmnest*, 6. Aufl., § 309 Nr. 2 Rdn. 12, der einen Widerspruch zwischen dem starken Schutz sieht, den § 309 Nr. 2a BGB gewähre, der aber durch Vereinbarung einer Vorleistungspflicht ausgehöhlt werden könne; er will die Vorschrift deshalb dahingehend auslegen, dass Vorleistungspflichten nicht vereinbart werden dürfen, wenn der Verwender mit ihnen bei Streit mit dem Kunden über dessen Gegenansprüche die unbehinderte Durchsetzung seiner Rechte ermöglichen wolle; dagegen Staudinger/*Coester-Waltjen*, Neubearbeitung 2013, § 309 Nr. 2 Rdn. 7.

⁵⁴ Mit Minderungsausschluss wird im Folgenden abkürzend der Ausschluss des Sofortabzuges mit der Möglichkeit der Rückforderung bezeichnet.

Das ist nach der Terminologie des BGH⁵⁵ eine endgültige (wenn auch nicht unumkehrbare) Störung des Äquivalenzverhältnisses. Das wird noch genauer darzulegen sein⁵⁶. Die Situation ähnelt einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, so dass man auch von einer Miete auf erstes Anfordern oder von einer Vorleistung auf erstes Anfordern sprechen könnte.

Würde man Minderungsausschlussklauseln an den Anforderungen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern messen, wären sie ohne Weiteres unwirksam. Durch Übernahme einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verpflichtet sich der Bürge, auf einfaches Verlangen des Gläubigers unter einstweiligem Verzicht auf Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis zu leisten; über den tatsächlichen Eintritt des materiellen Bürgschaftsfalls ist in einem Rückforderungsprozess zu befinden⁵⁷. Die Parallelen zu Minderungsausschlussklauseln drängen sich förmlich auf. Formularmäßige Bürgschaften auf erstes Anfordern sind meist wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Es handelt es sich nämlich um ein für den Sicherungsgeber besonders risikoreiches Rechtsgeschäft, weil der Bürge nicht nur das Missbrauchsrisiko, sondern auch das Risiko der Insolvenz des Gläubigers bei der Durchsetzung seiner Rückforderungsansprüche zu tragen hat; das Streben des Gläubigers, sich mit Hilfe der nur durch den Rechtsmissbrauchseinwand begrenzten Vorleistungspflicht des Bürgen liquide Mittel zu verschaffen, ist daher allenfalls ausnahmsweise anzuerkennen, nämlich bei unternehmerischen Bürgen, zu deren Geschäftsbetrieb solche Erklärungen typischerweise gehören (Banken etwa)⁵⁸. Man ersetze Gläubiger durch Vermieter und Bürge durch Mieter. Ein Gewerbemieter gibt Bürgschaftserklärungen auf erstes Anfordern nicht typischerweise ab. Soll er sich aber zu einer Vorleistung auf erstes Anfordern verpflichten dürfen?

c. „Übliche“ Vorleistungspflichten

⁵⁵ BGH, NJW 2011, 1729.

⁵⁶ S. unten IV.2.d.

⁵⁷ MünchKommBGB/Habersack, 6. Aufl., § 765 Rdn. 98; BGH, NJW 2002, 3627.

⁵⁸ MünchKommBGB/Habersack, 6. Aufl., § 765 Rdn. 100; BGH, NJW 2002, 3627; BGH, NJW 2001, 1857.

Trotz der Ähnlichkeit zur Bürgschaft auf erstes Anfordern gibt es natürlich einen nicht zu leugnenden Unterschied: Der Mieter ist, anders als der Bürge, eine am (durch Bürgschaft gesicherten) Vertrag selbst beteiligte Person und trägt deshalb nicht nur, wie der Bürge, die Vertragsrisiken, ihm obliegen vielmehr alle vertraglichen Verpflichtungen; außerdem stehen ihm auch die mit dem Vertrag verbundenen Leistungen und Chancen zu. Mit einer Minderungsausschlussklausel nähert sich die Mietzahlungsverpflichtung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern also nur an, ist aber mit ihr wertungsmäßig nicht vollständig vergleichbar. Aus diesem Grund sollen Minderungsausschlussklauseln im Folgenden (auch) an dem Maßstab „üblicher“ Vorleistungspflichten gemessen werden, obwohl dieser Maßstab angesichts der Unterschiede zu „üblichen“ Vorleistungsklauseln und der Nähe zu einer Bürgschaft auf erstes Anfordern eigentlich erheblich zu günstig ist. Aber selbst hieran gemessen sind Minderungsausschlussklauseln unangemessen.

„Übliche“ Vorleistungspflichten bewirken faktisch eine Aushebelung des § 309 Nr. 2 BGB. Das führt jedoch nicht dazu, dass der Leistungsaustausch Zug um Zug seinen Charakter als grundlegendes Abwicklungsmodell verliert. Er bleibt vielmehr, wie dargelegt, der vom Gesetz gewollte Regelfall, sein wesentlicher Grundgedanke. Das gilt auch im unternehmerischen Rechtsverkehr⁵⁹. Kann ihm aus gewichtigen Gründen nicht voll entsprochen werden, dann muss - so der BGH⁶⁰ - eine Lösung gefunden werden, die ihm zeitlich und wertmäßig möglichst nahe kommt.

Vorleistungspflichten, die den Leistungsaustausch Zug um Zug beschränken, dürfen deshalb nicht grenzenlos vereinbart werden, sie unterliegen der Angemessenheitskontrolle des § 307 BGB und sind, wenn sie vom dispositiven Recht abweichen, nur zulässig, wenn es nach einer umfassenden Interessenabwägung einen sachlichen Grund für die Vorleistung gibt und den berechtigten Interessen des Vertragspartners hinreichend Rechnung getragen wird, insbesondere keine überwiegenden Belange des Vertragspartners entgegenstehen⁶¹. Das gilt wiederum auch im unternehmerischen

⁵⁹ BGH, NJW 2010, 1449 Rdn. 12.

⁶⁰ BGH, NJW 1987, 1931 unter II.1.c.

⁶¹ BGH, NJW 2010, 1449 Rdn. 12; BGH, NJW 1987, 1931.

Rechtsverkehr, dort kann allerdings bei der Interessenabwägung dessen Besonderheiten Rechnung getragen werden⁶².

Ist das Liquiditätsinteresse des Vermieters der vom BGH geforderte sachliche Grund für die Vorleistungspflicht des Mieters?

Bei einem Vertrag über einen einmaligen Leistungsaustausch, einem Kauf etwa, weiß der vorleistungspflichtige Zahlungsschuldner meist nichts über die Leistungsbereitschaft und die Leistungsfähigkeit des Gläubigers und er weiß nichts darüber, ob dieser die Sachleistung ordnungsgemäß und pünktlich erbringen wird. Die Vorleistung, die ihm die Sicherung durch die Zug um Zug Abwicklung nimmt, ist ihm deshalb nur aus besonderem (sachlichen) Grund zuzumuten, etwa weil der Gläubiger vor Fälligkeit hohe Investitionen zu tätigen hat oder weil die praktische Abwicklung solches gebietet (Bezahlung von Konzertkarten oder Fahrkarten⁶³). Das ist die Konstellation bei „üblichen“ Vorleistungsklauseln.

In der hier zu betrachtenden Konstellation des Dauerschuldverhältnisses Miete ist die Lage anders. Der Mieter hat immer wieder (monatlich) Zahlungen zu leisten und dabei kennt er den Zustand der Gegenleistung (des Mietobjekts). Bei einer (dauerhaften) Mangelhaftigkeit des Mietobjektes weiß er im Zeitpunkt der Leistung oder kann es zumindest wissen, dass das Äquivalenzverhältnis gestört ist. Dann aber gibt es keinen sachlichen Grund, warum der Vermieter Anspruch auf die volle (Vor-) Leistung haben sollte; erhielte er sie, müsste er sie im Umfang der Minderung sofort wieder zurückgewähren⁶⁴.

Die bloße Sicherung des Rückforderungsanspruchs, die der BGH⁶⁵ im Reisevertragsrecht schon vor Schaffung des § 651k BGB als Ausgleich für die Vorleistungspflicht des Reisenden für ausreichend hält, ist es im Mietrecht nicht. Denn diese Rechtsprechung betrifft die Situation vor der noch ordnungsgemäß möglichen Leistungserbrin-

⁶² BGH, NJW 2010, 1449 Rdn. 12.

⁶³ Beispiele von MünchKommBGB/*Wurmnest*, 6. Aufl., § 309 Nr. 2 Rdn. 12.

⁶⁴ Ähnlich *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (72).

⁶⁵ BGH, NJW 1987, 1931 unter II.2.d.

gung durch den Reiseveranstalter; im Falle der Minderung hingegen ist das Äquivalenzverhältnis - wie erwähnt - schon endgültig gestört, weil die Leistungsstörung (der Mangel) schon eingetreten ist⁶⁶. Die Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses durch den Rückforderungsanspruch ist zwar möglich und auch sicherbar (wenn auch eine solche Sicherung in den bisher üblichen Klauseln nicht vorgesehen ist), es gibt aber zumindest bei tatsächlich klaren Verhältnissen keinen berechtigten Anlass für ein solches Vorgehen.

d. Endgültige Störung des Äquivalenzverhältnisses

Bei einer endgültigen Störung des Äquivalenzverhältnisses hat der VII. Zivilsenat des BGH⁶⁷ ein Aufrechnungsverbot in einem Architektenvertrag gem. § 307 Abs. 1 BGB für unwirksam gehalten, obwohl dort - wie vom Gesetz in § 309 Nr. 3 BGB gefordert - unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen ausgenommen waren. Der Architekt hatte sein Honorar eingeklagt, der Bauherr rechnete mit Schadensersatzforderungen wegen mangelhafter Planung und Bauüberwachung auf. Der BGH stellte recht lapidar fest, dass durch das Aufrechnungsverbot in unzumutbarer Weise in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung eingegriffen werde; der starke Schutz des § 320 BGB dürfe nicht nur deshalb entfallen, weil aus einem Leistungsverweigerungsrecht ein (unter § 309 Nr. 3 statt Nr. 2 BGB fallender) Zahlungsanspruch geworden sei⁶⁸. Der BGH bezeichnet die Störung des Äquivalenzverhältnisses als endgültig⁶⁹, obwohl die Schadensersatzforderung des Bauherrn nicht verloren gegangen ist.

Kann dieses Urteil Bedeutung für die Angemessenheitsprüfung von Minderungsausschlussklauseln haben? Ein Unterschied ist zunächst offensichtlich. Der Bauherr hatte nicht ein Minderungsrecht geltend gemacht, er hatte aufgerechnet. Dieser Unterschied ist der Dogmatik der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte beim Architektenvertrag geschuldet; der Bauherr konnte die Äquivalenzstörung nur durch Aufrechnung,

⁶⁶ Schwab, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (72).

⁶⁷ BGH, NJW 2011, 1729.

⁶⁸ BGH, NJW 2011, 1729 Rdn. 16/17.

⁶⁹ BGH, NJW 2011, 1729 Rdn. 19.

nicht durch Minderung verfolgen. Der Kern der Argumentation kann aber bei aller Unterschiedlichkeit für die Angemessenheitsprüfung von Minderungsausschlussklauseln fruchtbar gemacht werden. Es geht gleichermaßen um die Reaktion auf eine Leistungsstörung, nämlich das Verbot, den synallagmatischen Zusammenhang von Erfüllungsanspruch und Gewährleistungsanspruch zu verändern, wenn die Äquivalenzstörung schon endgültig ist⁷⁰. Eine endgültige Störung ist hier wie dort eingetreten: Sowohl Bauherr als auch Mieter sollen die Entgeltleistung erbringen, obwohl die Gegenleistung bereits mangelhaft ist.

Hieran zeigt sich erneut, dass die bereits eingetretene Mangelhaftigkeit der - ganz erhebliche - Unterschied zu sonst „üblichen“ Vorleistungsklauseln ist: Dort hat die Zahlung vor Erbringung der Gegenleistung zu erfolgen, also in der Hoffnung auf deren Mangelfreiheit. Wenn das schon nur mit sachlichem Grund in AGB vereinbart werden kann, dann muss der Grund noch stärker sein, wenn die Mangelhaftigkeit zum Zahlungszeitpunkt bereits eingetreten ist. Schon insofern gehen die Urteile⁷¹ fehl, die trotz der zum Architektenvertrag ergangenen BGH-Entscheidung - zum Teil unkritisch - an Minderungsausschlussklauseln festhalten wollen; sie blenden aus, dass es sich um eine Vorleistungspflicht auf erstes Anfordern handelt.

Die Notwendigkeit eines erheblich stärkeren sachlichen Grundes als bei „üblichen“ Vorleistungsklauseln passt zu der ebenfalls sehr starken dolo-agit-Vermutung, die es zu entkräften gilt. Außerdem passt sie zu dem hohen Stellenwert, dem die Möglichkeit der Selbstvollstreckung des Minderungsrechts als einem grundlegenden Gebot vertraglicher Abwicklungsgerechtigkeit zukommt.

e. Besonderheiten des Mietvertrages

Können aber evtl. die Besonderheiten des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis so starke sachliche Gründe liefern, dass ausnahmsweise eine Vorleistungspflicht des

⁷⁰ So wohl auch *Schmidt*, NZM 2013, 705 (716). Noch weitergehend *Niebling*, ZMR 2011, 620, der bloß konnexe Ansprüche mit synallagmatisch verknüpften Ansprüchen gleichsetzt.

⁷¹ S. etwa OLG Köln, Urteil v. 25.10.2013 (Az.: 1 U 19/13), BeckRS 2013, 21123; OLG Frankfurt, Urteil v. 13.12.2013 (Az.: 2 U 285/13), BeckRS 2014, 04516 (Nichtzulassungsbeschwerde zu Az.: XII ZR 9/14); LG Köln, NZM 2012, 460;

Mieters trotz Mangelhaftigkeit des Mietobjekts erlaubt ist? Das erscheint nicht per se ausgeschlossen. Denn bei einer Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind auf der Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des jeweiligen Vertrags zu berücksichtigen, weshalb die daraus folgenden unterschiedlichen Interessen zu Differenzierungen in der Beurteilung der Angemessenheit führen können⁷². Bei der Prüfung des sachlichen Grundes für eine Vorleistungspflicht nimmt der BGH dementsprechend eine umfassende Interessenabwägung und Analyse der Risiken bei der konkreten Vertragsabwicklung vor und prüft hierbei, wer wann was zu leisten hat und bis wann Gegenrechte noch effektiv sind⁷³.

aa. Kein Streit über die Mangelhaftigkeit

Es gibt nur zwei Zustände des Mietobjekts, nämlich mangelhaft bzw. nicht mangelhaft. Ist das Mietobjekt tatsächlich nicht mangelhaft, dann ist der Mieter auch ohne eine Minderungsausschlussklausel zur vollen Mietzahlung verpflichtet; die Klausel geht ins Leere. Besteht hingegen tatsächlich ein Mangel, ist eine Vorleistungspflicht des Mieters bzw. ein vorläufiger Minderungsausschluss nicht sachgerecht und führt zu einer unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 BGB. Die Äquivalenzstörung ist endgültig eingetreten. Zwar kann der Mieter eine zuviel geleistete Miete zurückverlangen; das ist aber wegen der noch darzustellenden Folgen für den Mieter kein angemessener Ausgleich. Er ist so wenig angemessen, dass der BGH⁷⁴ ihn für die vergleichbare Situation des Architektenvertrages gar nicht erst erwähnt, sondern die Störung trotzdem und ohne Weiteres für endgültig hält.

bb. Streit über einen tatsächlich bestehenden Mangel

Dennoch ist eine dritte Konstellation zu berücksichtigen. Sie betrifft ein Zwischenstadium, nämlich den Zeitraum, in dem Streit zwischen den Vertragspartnern über die Mangelhaftigkeit oder die angemessene Höhe einer Minderung besteht. Bestätigt sich

⁷² BGH, MDR 2015, 144 Rdn. 37.

⁷³ BGH, NJW 1987, 1931 unter II.2.c.; BGH, NJW 2010, 1449 Rdn. 28ff.

⁷⁴ BGH, NJW 2011, 1729.

die Mangelhaftigkeit nicht, hat der Mieter zu Recht gezahlt. Bestätigt sich aber der Mangel, hat der Vermieter die Miete jedenfalls eine Zeitlang zu Unrecht erhalten. Es stellt sich die Frage, welche Nachteile für den Mieter mit dieser Pflicht zur vorläufigen Leistung *bei tatsächlich bestehendem Mangel* verbunden sind. Diese Nachteile sind abzuwägen mit den Vorteilen, die eine Minderungsausschlussklausel dem Vermieter bringt.

Bei Letzterem dreht man sich im Kreise: Die Miete im Fall der tatsächlichen Mangelhaftigkeit zu erhalten, ist zwar ein Vorteil, er ist aber nicht aner kennenswert. Ist das Mietobjekt hingegen mangelfrei, bekommt der Vermieter das, was ihm zusteht. Dadurch wird der wahre Kern von Minderungsausschlussklauseln deutlich: Die unredlichen, zahlungsunwilligen oder zahlungsunfähigen und auch die (tatsächlich oder rechtlich) irrenden Mieter sollen abgehalten werden, sich unter Berufung auf fälschlich behauptete oder übertriebene Mängel der Mietzahlungspflicht ganz oder teilweise zu entziehen. Das soll die Liquidität des Vermieters sichern, auf die dieser oftmals schon allein deshalb angewiesen ist, um das Mietobjekts finanzieren zu können.

Ob Minderungsausschlussklauseln geeignet sind, dieses Ziel zu verwirklichen, wird noch zu behandeln sein. Zunächst ist noch zu betrachten, welche Konsequenzen ein Minderungsausschluss für einen Mieter hat, der berechtigt Mängel geltend macht.

(a) Kündigungsgefahr

In den erwähnten Urteilen des BGH zur Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln wird nicht nur betont, dass das Minderungsrecht nicht vollständig ausgeschlossen sei, die Entscheidungen stellen auch darauf ab, dass der Mieter wegen der Mangelhaftigkeit kündigen könne. Das ist für sich genommen richtig, da der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch nicht mehr gewährt. Außerdem kann der Mieter den Vermieter auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands in Anspruch nehmen und ggf. Vorschuss zur Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz gem. § 536a BGB verlangen.

Das ist aber nur die halbe Wahrheit, da der Mieter auch seinerseits einem erheblichen Kündigungsrisiko ausgesetzt ist. Auf Grund der Minderungsausschlussklausel schuldet der Mieter nämlich die volle vereinbarte Miete. Zahlt er sie (trotz der Klausel) nicht bzw. nur um den angemessenen Minderungsbetrag reduziert, entsteht irgendwann ein kündigungsrelevanter Rückstand. Der Vermieter könnte sich also vom Vertrag lösen, obwohl der Mieter die äquivalent angemessene Miete gezahlt hat. Er könnte sich - noch schwerwiegender - vom Vertrag lösen auf Grund einer eigenen Pflichtwidrigkeit, weil er nämlich seiner Pflicht zur mangelfreien Gebrauchsgewährung nicht nachgekommen ist. Dem Mieter wäre nur vorzuwerfen, die vorläufig (!) geschuldete Miete nicht zunächst gezahlt und dann wieder zurückgefordert zu haben.

Über eine hierzu vergleichbare Situation hat der BGH vor nicht allzu langer Zeit mit einem oft geforderten Rechtsprechungswechsel entschieden: Gem. § 560 Abs. 4 BGB kann ein Vermieter nach einer Betriebskostenabrechnung die Höhe einer vereinbarten monatlichen Vorauszahlung (und damit die Höhe der geschuldeten Miete) entsprechend dem Ergebnis der Abrechnung anpassen, also auch erhöhen; ausreichend ist eine Erklärung in Textform, einer Zustimmung des Mieters bedarf es nicht. Nach der älteren Rechtsprechung des BGH kam es auf die materielle Richtigkeit der Abrechnung nicht an, sie musste nur formell ordnungsgemäß sein⁷⁵. Diese Sicht, die für schnelle Klarheit über die Vorauszahlungshöhe nach einer Abrechnung sorgen sollte, gab der BGH u. a. mit folgender Begründung auf⁷⁶:

„In letzter Konsequenz könnte dies bedeuten, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietrückständen beenden könnte, zu denen es überhaupt nur kommen konnte, weil er selbst eine fehlerhafte Abrechnung erstellt hatte, die den Mieter unberechtigt mit zu hohen Betriebskosten belastete. Ein solches Ergebnis wäre mit dem durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Besitzrecht des Mieters an der von ihm gemieteten Wohnung als dem Mittelpunkt seiner privaten Existenz ... nicht vereinbar.“

⁷⁵ Nachweise in BGH, NJW 2012, 2186 Rdn. 13.

⁷⁶ BGH, NJW 2012, 2186 Rdn. 16.

Das dahinterstehende Argument, dem Vermieter dürfe aus einer eigenen Pflichtwidrigkeit kein Kündigungsrecht erwachsen, ist auch im Rahmen des Minderungsausschlusses tragfähig, weil sich der Mieter hier wie dort entsprechend seiner „wirklichen“ Zahlungspflicht verhält, also zwar weniger als das vorläufig formell Geschuldete zahlt, aber doch das letztlich „Richtige“.

Wenn man daraus nicht den Schluss zieht, die Minderungsausschlussklausel sei unwirksam, dann müsste man den Mangel aber jedenfalls bei der Überprüfung einer etwaigen Kündigung berücksichtigen. Eine solche Folge wäre unter Transparenzgesichtspunkten wohl ausdrücklich in der Klausel auszusprechen. Abgesehen davon würde sie eine Minderungsausschlussklausel aber weitgehend ineffektiv machen, weil der Mieter im Fall der Nichtbefolgung eine Kündigung nicht mehr fürchten müsste, sondern nur noch die Entstehung von Verzugszinsen.

(b) Liquidität des Mieters

Es ist das Verdienst von *Schwab*⁷⁷, den Blick von den Vermieterinteressen auf die Mieterinteressen gelenkt zu haben⁷⁸.

So hat er darauf hingewiesen⁷⁹, dass bei Mangelhaftigkeit des Mietobjektes nicht nur die Vermieterliquidität betroffen ist, sondern gleichermaßen die Mieterliquidität, wenn er die Miete trotz Mangelhaftigkeit vorläufig vollständig weiterzahlen muss. Er bildet etwa den Fall der zeitweisen Schließung eines Geschäftslokals wegen Asbestsanierung oder der zeitweisen Unbrauchbarkeit von Musikschulräumen wegen Baulärms im Haus. Der Mieter muss nicht nur seine weiteren Verpflichtungen (insbesondere Arbeitskosten) weiter bedienen, ohne zu verdienen, er muss auch den Mietzins vollständig zahlen. Will oder muss er, um Schadensersatzansprüche seiner Kunden abzuwen-

⁷⁷ *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65.

⁷⁸ Das Liquiditätsinteresse des Mieters hat auch schon *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 91f. und 94 gesehen, aber daraus andere Schlüsse gezogen, indem er das Liquiditätsinteresse mit dem Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko verbunden und - wie diese - auch bei schweren Mängeln dem Mieter zugeordnet hat; wegen der Möglichkeit der fristlosen Kündigung bestehe nicht die Gefahr, dass sich der Mieter auf eine schwer gebrauchsbeeinträchtigte Mietsache verweisen lassen müsse.

⁷⁹ *Schwab*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (68).

den oder eine Insolvenz zu vermeiden, sein Geschäft vorübergehend anderswo betreiben, entstehen ihm zusätzliche Anmietkosten. Gerade Kleingewerbetreibende, die regelmäßig von Minderungsausschlussklauseln betroffen sind, können das wirtschaftlich kaum verkraften. Sicher sind derartig gravierende Auswirkungen nicht in jedem Mangelfall zu befürchten, aber es sind auch keine exotischen Sonderfälle.

Es ist deshalb festzustellen, dass nicht nur das von der h. M. einseitig herausgestellte Liquiditätsinteresse des Vermieters betroffen sein kann, wenn der Mieter fälschlich oder sogar unredlich wegen eines bloß behaupteten Mangels mindert, sondern auch das Liquiditätsinteresse des redlichen, berechtigt mindernden Mieters, wenn der Vermieter fälschlich oder sogar unredlich auf einer vorläufig vollständigen Mietzahlung beharrt und der Mieter einer Minderungsausschlussklausel vertragstreu nachkommt.

(c) Mieterdarlehen und Insolvenzrisiko

Kommt der Mieter trotz Mangelhaftigkeit des Mietobjekts der Verpflichtung auf Zahlung der vollständigen vereinbarten Miete nach, trägt er hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs nicht nur das Risiko der Insolvenz des Vermieters, er bevorschusst obendrein die dem Vermieter ureigen obliegende Instandhaltung des Mietobjekts⁸⁰. Er gibt dem Vermieter praktisch das eingangs erwähnte Mieterdarlehen - und zwar (bis zu einem Verzug) zinslos. Das kehrt die Verhältnisse um, da eigentlich der Mieter im Falle des Verzuges mit der Mängelbeseitigung gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Vorschussanspruch für eine Selbstvornahme hat⁸¹.

Das Insolvenzrisiko ist ebenfalls nicht gering zu schätzen. Es ist gerade dann besonders hoch, wenn der Vermieter eine Absicherung seiner Liquidität benötigt. Insolvenzforderungen sind meist wertlos. Zwar kann potenziell in das Mietobjekt zur Realisierung des Rückforderungsanspruchs vollstreckt werden. Oftmals gibt es aber vorgehende dingliche Belastungen, was dieses Haftungsobjekt wertlos macht. Das wird in besonderem Maß bei einem Streit um die Mangelhaftigkeit der Fall sein. Denn ge-

⁸⁰ Schwab, in: DMT-Bilanz 2011, S. 65 (70).

⁸¹ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 536a Rdn. 146.

nauso, wie die Nichtzahlung der Miete unter Berufung auf Mängel ein ernsthafter Anhaltspunkt für Zahlungsschwierigkeiten des Mieters sein kann, kann die Nichtbehebung von Mängeln ein ernsthafter Anhaltspunkt für Zahlungsschwierigkeiten des Vermieters sein.

(d) Rückforderungsprozess

Wenn der Mieter eine Minderungsausschlussklausel befolgt und den Minderungsbetrag zunächst bezahlt, dann muss er diesen Betrag (eine tatsächlich nicht geschuldete Miete) später ggf. im Wege der Klage zurückfordern. Der Mieter wird in die Rolle des Angreifers gedrängt. Dieser erhebliche psychologische Unterschied wird von der h. M. in Kauf genommen bzw. sogar im Sinne einer schnellen Klärung leichthin befürwortet⁸².

So leicht kann man es sich aber nicht machen. Es werden nicht nur die üblichen Verhältnisse, in denen der Gläubiger (Vermieter) Kläger ist, umgekehrt, weshalb der oben schon erwähnte Begriff der Miete auf erstes Anfordern naheliegt. Der Mieter trägt vielmehr auch die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken eines Rückforderungsprozesses. Eine Klage belastet die Liquidität des berechtigt mindernden Mieters zusätzlich und nicht unerheblich, weil er für die Gerichtskosten gem. § 12 GKG vorschusspflichtig ist. Als Kläger muss er den Rechtsstreit vorfinanzieren, also Geld dafür aufwenden, um das zurückzuerlangen, was er nach richtiger Rechts- und Tatsachenlage gar nicht hätte zahlen müssen. Wiederum eine Absurdität!

Außerdem kann er sich dem Risiko ausgesetzt sehen, dass das Gericht die Klage wegen § 814 BGB (Zahlung bei Kenntnis der Nichtschuld) abweist, falls der Mieter der Minderungsausschlussklausel freiwillig nachgekommen ist. Oder er ist dem Risiko ausgesetzt, dass das Gericht des Rückforderungsprozesses ihm die Rechtskraft des Urteils entgegenhält, mit dem er zur (vorläufigen) Mietzahlung verurteilt wurde. Beides wäre zwar falsch⁸³, derartige Fehlurteile erscheinen aber nicht gänzlich fernliegend.

⁸² BGH, NJW-RR 1993, 519. Bei der Wohnraummiete hält der BGH es hingegen für unangemessen, den Mieter in eine aktive Klagerolle zu drängen (BGH, NJW 1995, 254).

⁸³ Für vergleichbare Konstellationen s. KG, NZM 2014, 909 (zu § 814 BGB) und BGH, NZM 2005, 373 (für eine nur vorläufig begründete Forderung).

Schließlich trägt der Mieter gem. §§ 29, 31 GKG auch im Falle des Obsiegens das Insolvenzrisiko des Vermieters, wenn dieser zur Kostenerstattung nicht in der Lage ist.

(e) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Vermieter bis zur endgültigen Klärung eines *tatsächlich bestehenden*, aber bestrittenen Mangels einen letztlich ungerechtfertigten Liquiditätsvorteil erhält, wenn der Mieter wegen einer Minderungsausschlussklausel vorläufig zahlt. Der Mieter hingegen muss nicht nur das Risiko der Insolvenz des Vermieters tragen und ein mangelhaftes Mietobjekt hinnehmen, bis zur Klärung der Mangelhaftigkeit verliert auch noch unberechtigt an Liquidität. All das kann sein im Mietobjekt betriebenes Geschäft erheblich, bis hin zur Insolvenz, beeinträchtigen. Beachtet der Mieter (ggf. wegen dieser Gefahren) die Minderungsausschlussklausel nicht und zahlt wegen des tatsächlich bestehenden Mangels die Miete (teilweise) nicht, droht ihm eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs, die sich ihrerseits wiederum erheblich negativ auf sein Geschäft auswirken kann.

Bei dieser Analyse scheint es mir auf der Hand zu liegen, dass das nicht hinnehmbar ist⁸⁴: Ein letztlich ungerechtfertigter Vorteil zu Gunsten des Vermieters ist mit erheblichen, potenziell existenzbedrohenden Nachteilen zu Lasten des Mieters verbunden. Erst recht gilt das, wie durch die Wertung des § 323 Abs. 4 BGB bestätigt wird, bei offensichtlichen Mängeln. Nach dieser Vorschrift kann ein Gläubiger bereits vor Fälligkeit vom Vertrag zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass es zu einer zum Rücktritt berechtigenden Pflichtverletzung des Schuldners kommen wird.

cc. Streit über einen tatsächlich nicht bestehenden Mangel

So eindeutig das alles klingen mag, es ist eine einseitige Betrachtung. Es muss noch der Fall in den Blick genommen werden, dass ein behaupteter Mangel sich nicht bestätigt, eine Minderung also letztlich nicht gerechtfertigt wäre. Würde der Mieter dennoch mindern, dann würde sich der Spieß sozusagen umdrehen und der Vermieter

⁸⁴ A. A. Horst, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 102.

dem Mieter praktisch ein Zwangsdarlehen gewähren, nämlich ein Sachdarlehen in Form der vorübergehend kostenlosen Überlassung des Mietobjekts. Das würde die Liquidität des Vermieters belasten und evtl. auch seine Existenz bedrohen.

dd. Interessenabwägung

Wessen Interessen wiegen nun stärker? Die des Vermieters im Fall der unberechtigten Minderung oder die des Mieters im Fall der berechtigten Minderung?

(a) Gesetzlicher Ausgangspunkt

Das Ergebnis dieser Wertung steht recht deutlich im Gesetz. Das Gesetz nämlich weist das Risiko dem Vermieter als Sachleistungsschuldner zu und zwar auch dann, wenn er - wie nicht selten bei der Gewerbemiete - zu Beginn erhebliche Investitionen in die Herrichtung oder gar Errichtung des Mietobjekts erbringen muss: Der Vermieter hat dem Mieter die Mietsache zu überlassen und die Miete wird erst pro rata temporis im Verlauf des Mietverhältnisses fällig. Dem Mieter spricht das Gesetz das selbstvollstreckbare Recht zur Minderung zu. Diese gesetzliche Risikoverteilung darf nicht zu Lasten eines Mieters abgeändert werden, der einem *tatsächlich bestehenden* Mangel ausgesetzt ist. Eine Belastung des berechtigt mindernden Mieters mag zwar von Minderungsausschlussklauseln nicht beabsichtigt sein. Ein redlicher Vermieter wird dann vielmehr seinem Mieter sagen, er müsse selbstverständlich nur die geminderte Miete bezahlen. Aber, und das ist entscheidend: Er könnte volle Zahlung fordern. Und ein unredlicher oder sich irrender Vermieter wird das auch tun. Wäre das möglich, dann würden die Mieter, denen tatsächlich ein Minderungsrecht zusteht, die Folgen dafür tragen, dass es Mieter gibt, die unredlich oder irrtümlich mindern.

(b) § 556b Abs. 1 BGB

Aus § 556b Abs. 1, 579 Abs. 2 BGB ergibt sich nichts für die Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln, eher im Gegenteil. Die Vorschrift regelt nicht eine Vorleistungspflicht des Mieters, sondern nach der h. M., die den Wortlaut der gesetzlichen

Überschrift auf ihrer Seite hat, nur den Zeitpunkt der Fälligkeit der Miete⁸⁵, die bis zum dritten Werktag eines Monats zu leisten ist. Zu diesem Zeitpunkt muss der Vermieter den Gebrauch schon längst mangelfrei zur Verfügung gestellt haben.

(c) Pflicht zur Ankündigung von Aufrechnungen

Allerdings hält der BGH Klauseln für wirksam, die die Möglichkeit einer Aufrechnung von einer Ankündigung abhängig machen⁸⁶. Kann man hieraus etwas für die Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln herleiten, weil die Ankündigungspflicht auch einen Rückforderungsanspruch wegen überzahlter Miete erfasst? Ist das vielleicht vergleichbar einer Vorleistung? Das dürfte zu verneinen sein. Denn der Rückforderungsanspruch, mit dem die Aufrechnung erklärt wird, resultiert aus einem anderen Leistungszeitraum als der Mietanspruch, gegenüber dem aufgerechnet wird. Ansonsten käme es, sofern es keine Minderungsausschlussklausel gäbe, nicht zur Aufrechnung, der Mieter würde vielmehr die laufende Miete einfach wegen eines bekannten Mangels nicht bezahlen. Es handelt sich in diesen Fällen der Aufrechnung mit dem Rückforderungsanspruch wegen überzahlter Miete gegen den Mietanspruch zwar um synallagmatisch verbundene Ansprüche, sie betreffen aber eben unterschiedliche Leistungszeiträume, was die Verbindung lockerer macht und insbesondere nicht bewirkt, dass durch ihre Verrechnung das Äquivalenzverhältnis erst hergestellt würde⁸⁷. Das ist der entscheidende Unterschied zu Minderungsausschlussklauseln, die das Äquivalenzverhältnis unmittelbar betreffen.

Und selbst für nicht in diesem Sinne unmittelbar verknüpfte Forderungen erlaubt der BGH im Wohnraummietrecht lediglich einen mäßigen Aufschub der Aufrechnungs-

⁸⁵ *Timme/Raue*, NZM 2011, 846 (847); *Derleder*, WuM 2007, 599; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl., § 556b Rdn. 4.

⁸⁶ BGH, NJW 2011, 2201; BGH, WuM 2008, 152.

⁸⁷ Wegen dieser fehlenden Unmittelbarkeit wird teilweise vertreten, § 320 BGB erlösche mit Ablauf des Monats, für den die einbehaltene Miete zu zahlen gewesen sei (OLG Frankfurt, NZM 2000, 186; Münch-KommBGB/*Häublein*, 6. Aufl., vor § 536 Rdn. 15). Dagegen zurecht *Lehmann-Richter*, NJW 2008, 1196 (1199) und *Schmidt*, NZM 2013, 705 (716). Auch der BGH (s. etwa BGH, NZM 2007, 484) geht ohne Begründung wie selbstverständlich davon aus, dass alle nach Mangleintritt fällig werdenden Mieten über § 320 BGB mit dem Mangelbeseitigungsanspruch verknüpft sind. Das verkennt *Niebling*, ZMR 2011, 620.

möglichkeit; die Aufrechnung erst mit der übernächsten Miete hält er für noch vertretbar⁸⁸. Bei Minderungsausschlussklauseln hingegen ist der Zeitpunkt der Rückzahlung völlig unklar. Es bleibt nicht nur vollständig der Eigeninitiative des Mieters überlassen, wann er seinen Anspruch ggf. klageweise geltend macht; es wird auch kein frühester Zeitpunkt festgelegt, zu dem das möglich ist. Das begegnet nicht nur Transparenzbedenken, es macht den ganzen Vorgang auch sinnlos: Wenn der Vermieter die volle Miete nur für eine juristische Sekunde behalten dürfte und dann der Rechtsgrund für die Zahlung entfiere bzw. ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch entstünde, dann wäre gegenüber der dolo-agit-Einrede nichts gewonnen.

(d) Redlichkeitsvermutungen

Die vermutete Unredlichkeit des Mieters, nämlich die bloße Möglichkeit der vertrags- und tatsachenwidrigen Behauptung eines Mangels, dient als Rechtfertigung für eine Abkehr vom gesetzlichen Gewährleistungssystem. Eine solche Vertragsgestaltung kann aus Sicht des redlichen Mieters gerade die Vermutung der Unredlichkeit des Vermieters nahe legen. Wären Minderungsausschlussklauseln zulässig, könnte man auch einem Werkunternehmer das Recht einräumen, formularvertraglich die Fälligkeit des Werklohns von der Abnahme und/oder der Mangelfreiheit des Werks zu lösen aufgrund des empirisch nicht belegbaren, aber immerhin denkbaren Erfahrungswerts, dass viele Besteller angebliche Mängel vorschieben, um die Zahlung zu verzögern. Eine derartige Argumentation wird in der erwähnten Entscheidung zum Architektenvertrag, also im Werkvertragsrecht, vom BGH⁸⁹ aber nicht einmal ansatzweise erwähnt.

(e) § 283a ZPO

Das möglicherweise gesetzeswidrige Verhalten anderer ist demnach kein sachlicher Grund für eine Vorleistungspflicht. Das ergibt sich mittelbar auch aus § 283a ZPO. Zwar ist es nach dieser auch im Gewerberaummietrecht geltenden Vorschrift - den

⁸⁸ BGH, NJW 2011, 2201.

⁸⁹ BGH, NJW 2011, 1729.

Minderungsausschlussklauseln nicht unähnlich - möglich, dass ein Mieter trotz streitiger Mängel noch vor deren endgültiger Aufklärung zur Zahlung verpflichtet wird. Aber es gibt ganz gewichtige Unterschiede zu Minderungsausschlussklauseln, die eher dafür sprechen, dass der Gesetzgeber die Risikoverteilung zu Lasten des Vermieters für grundsätzlich angemessen hält und allenfalls mäßig lockern wollte. Zunächst bewirkt die Regelung keinen Liquiditätszufluss beim Vermieter, der Mieter kann nach § 283a ZPO - ähnlich wie der Bauherr in § 648a BGB - vielmehr nur zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden. Das nimmt dem Mieter das Insolvenzrisiko des Vermieters. Es kann zwar seine Liquidität belasten, nach dem Gesetz darf das aber nur geschehen, wenn er mit hoher Aussicht verliert, was eine fortgeschrittene gerichtliche (!) Klärung des Streits um die Mangelhaftigkeit voraussetzt. Und schließlich ist eine Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO nur für solche Forderungen zulässig, die nach Rechtshängigkeit bei einem beendeten Mietverhältnis entstehen. Das Gesetz hält also einen Vermieter, der gerichtliche Hilfe zur Durchsetzung seiner Forderungen nicht in Anspruch nimmt und der am Vertrag festhalten will oder muss, weil ein kündigungsrelevanter Rückstand noch nicht entstanden ist, für nicht so schutzwürdig, dass eine Aufweichung der Gewährleistungsansprüche erlaubt wäre.

Und in der Tat: Die Klage ist der Königsweg zur Durchsetzung von Forderungen. Das schließt zwar nicht aus, dass die Vertragsparteien Regelungen vereinbaren, die einen Prozess vermeiden sollen. Das darf aber eben nur in Grenzen geschehen und insbesondere nicht zu ungebührlichen Nachteilen auf Seiten des redlich Handelnden führen bzw. der Möglichkeit eines Missbrauchs Vorschub leisten.

Es mag erwägenswert sein, die Grenze des Zulässigen anders zu ziehen, wenn das Gesetz die Vertragspraxis zu wenig berücksichtigt, sprich, wenn zu viele Mieter die Möglichkeit der Selbstvollstreckung der Gewährleistungsrechte missbrauchen würden. Wie eingangs erwähnt sind mir statistische Untersuchungen hierzu nicht bekannt. Die ganz große Masse der Mietverhältnisse dürfte problemlos abgewickelt werden. In der gerichtlichen Praxis ist die Zahl der „schwarzen Schafe“ recht gleichmäßig auf Mieter und Vermieter verteilt.

(f) Effektivität von Minderungsausschlussklauseln

Wenn es aber doch anders wäre, wenn es also eine hinreichend große Zahl von Missbrauchsfällen gäbe, denen angemessen nicht durch Inanspruchnahme von gerichtlicher Hilfe begegnet werden könnte, dann dürften die geschilderten Gefahren für den berechtigt mindernden Mieter nur hinnehmbar sein, wenn Minderungsausschlussklauseln effektiv wären, wenn sie also den unberechtigt mindernden Mieter tatsächlich veranlassen würden, die Miete vorläufig vollständig zu bezahlen. Hierzu sind verschiedene Szenarien auseinanderzuhalten.

Irrt der Mieter sich über das Bestehen des Mangels, will er sich aber vertragstreu verhalten, dann wird er wegen der Minderungsausschlussklausel zahlen. Selbst wenn er es nicht tun würde, würde das Risiko des Vermieters nicht über Gebühr steigen, da er einen endgültigen Zahlungsausfall nach Klärung des Mangels meist nicht fürchten muss.

Behauptet der Mieter hingegen fälschlich einen Mangel oder bauscht er einen geringfügigen Mangel auf, verhält er sich schon vertragswidrig. Dann aber ist - was die gerichtliche Erfahrung bestätigt - kaum zu erwarten, dass er sich hinsichtlich der aus der Minderungsausschlussklausel folgenden Vorleistungspflicht vertragstreu verhält. Und wichtiger noch: Die bloße Existenz einer Minderungsausschlussklausel macht einen zahlungsunfähigen Mieter nicht zahlungsfähig.

Ernsthaft relevant werden Minderungsausschlussklauseln deshalb erst im Prozess, da der Mieter dann ohne Aufklärung der Mängel zur Zahlung verurteilt werden kann. Dieser Folge kann der unredliche Mieter leicht dadurch entgehen, dass er Widerklage auf Mängelbeseitigung oder Feststellung der Mangelhaftigkeit stellt. Zwar kommt im Ansatz ein Teilurteil gem. § 301 BGB über die Mietzahlungsklage in Betracht; es ist aber schon dann unzulässig, wenn Klage und Widerklage von denselben Vorfragen abhängen und so die Gefahr des Widerspruchs zwischen Teil- und Schlussurteil⁹⁰ besteht. Diese Gefahr ist meist auch real vorhanden. So ist es etwa nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht die Minderungsausschlussklausel für unwirksam hält, so dass

⁹⁰ Zur Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit und Unabhängigkeit des Teilurteils vom Schlussurteil s. BGH, NJW 2012, 844 Rdn. 19.

es theoretisch schon bei der Zahlungsklage des Vermieters auf das Bestehen der behaupteten Mängel ankommen kann. Dem Mieter ist es also ohne Weiteres möglich, durch bloßes Erheben einer Widerklage, die die behaupteten Mängel zum Gegenstand hat, die Entscheidungsreife der Zahlungsklage zu beseitigen und so die Minderungsausschlussklausel zu torpedieren. Eine Widerklage ist ohne gerichtlichen Kostenvorschuss möglich und kann auch noch in einem späten Verfahrensstadium, nämlich in der letzten mündlichen Verhandlung, rechtshängig gemacht werden. Die Verspätungsvorschriften greifen nicht⁹¹, eine Abtrennung der Widerklage ist gem. § 145 ZPO nicht möglich.

Alldem ist zu entnehmen, dass Minderungsausschlussklauseln nicht nur dem Mieter erheblich schaden können, dessen Mietobjekts tatsächlich mangelhaft ist, sie nützen auch gegenüber dem unredlichen Mieter wenig bis gar nichts. Das marginalisiert den sachlichen Grund für die Vorleistungspflicht des Mieters, die mit einer Minderungsausschlussklausel faktisch vereinbart wird, und lässt die dolo-agit-Einrede des Mieters als unüberwindbar erscheinen.

(g) Urkundenklage

Dies zumal, als dem Vermieter zur Wahrung seiner Interessen die Urkundenklage zur Verfügung steht. Da die Gewerbemiete von Zeitmietverträgen geprägt ist, die gem. § 550 BGB für die Wirksamkeit der Laufzeitregelung in Schriftform vereinbart sein müssen, steht dem Vermieter zum Beweis seines Mietanspruchs durchweg eine Urkunde (der Mietvertrag) zur Verfügung, wohingegen sich der Mieter zum Beweis eines behaupteten Mangels kaum einmal auf eine Urkunde beziehen kann.

Gem. § 595 Abs. 2 ZPO sind im Urkundenprozess nur der Urkundenbeweis und die Parteivernehmung als Beweismittel zugelassen. Eine Widerklage ist gem. § 595 Abs. 1 ZPO nicht statthaft. Beides macht den Urkundenprozess schnell, da das Vorbehaltsurteil in aller Regel nach der ersten mündlichen Verhandlung ohne Beweisaufnahme über die Mängel ergehen kann.

⁹¹ BGH, NJW 2995, 1223.

Mit einer Minderungsausschlussklausel soll durch Vereinbarung in etwa das erreicht werden, was der Vermieter durch Erhebung der Urkundenklage erreichen kann. Lässt das nicht den Rückschluss zu, dass im Vertragsrecht das erlaubt sein muss, was prozessual möglich ist? Das ist zu verneinen, denn es gibt zunächst erhebliche Unterschiede zwischen Urkundenklage und Minderungsausschlussklausel: Die Urkundenklage ist effektiv, die Minderungsausschlussklausel ist es nicht; beim unredlichen Mieter, gegen den sie vor allem wirken soll, braucht sie zur Durchsetzung das Prozessrecht, insbesondere in Gestalt der Urkundenklage. Wichtiger noch ist bei der Urkundenklage der Vermieter als Gläubiger wie üblich Kläger, wohingegen eine Minderungsausschlussklausel den Mieter als Schuldner in diese (vorschusspflichtige) Rolle drängt. Das kehrt die Verhältnisse um und belastet die Liquidität des berechtigt mindernden Mieters zusätzlich⁹². Im Unterschied zur Minderungsausschlussklausel ist der Mieter bei einer unberechtigten Vollstreckung aus dem Urkundenurteil durch die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung gem. §§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 ZPO geschützt.

Überdies können aus der Möglichkeit eines Vorbehaltsurteils im Urkundenprozess schon im Ansatz keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln gezogen werden. Denn der Urkundenprozess ist nicht auf die Durchsetzung von Mietansprüchen im Falle der behaupteten Mangelhaftigkeit zugeschnitten, sondern er hat seine Berechtigung wegen der üblicherweise hohen Beweiskraft von Urkunden. Dass diese Beweiskraft im Mietanspruchsprozess wegen der dauerhaften Überlassung der Mietsache und der deswegen größeren Möglichkeit von tatsächlichen Veränderungen tatsächlich begrenzt ist, ist hinzunehmen. Genauso ist hinzunehmen, dass im Urkundenprozess wichtige materielle Rechte des (Wohnraum-) Mieters (vorläufig) wertlos werden können⁹³. Das führt aber keinesfalls dazu, dass das Prozessrecht seinerseits Auswirkungen auf die Auslegung des materiellen Rechts hat. Denn ansonsten könnte man fast jegliche Abweichung von nichtzwingenden Normen mit einem Verweis auf die Möglichkeit des Urkundenprozesses sanktionieren.

⁹² S. dazu schon oben IV.2.e.bb.(d).

⁹³ BGH, NJW 2005, 2701. A. A. insbesondere Blank, NZM 2000, 1083.

3. Ergebnis

Das Ergebnis scheint mir naheliegend. Auch wenn der Instinkt, den wir auch als Judiz bezeichnen, nahelegen mag, der Vermieter müsse sich vor unberechtigten Minderungen schützen können, so kann das doch nicht durch Minderungsausschlussklauseln geschehen. Sie benachteiligen den Mieter bei tatsächlich bestehendem Mangel ganz erheblich, nämlich durch den potenziell unternehmensgefährdenden Verlust eigener Liquidität, Kündigungsrisiken, Aufbüdung von Prozesslasten und Übernahme von Insolvenzrisiken. Der Vermieter hingegen erhält gegenüber einem unredlichen Mieter ein kaum effizientes Mittel zur Anspruchsdurchsetzung. Minderungsausschlussklauseln nützen also wenig bis nichts, können aber beim redlichen Mieter erhebliche Probleme verursachen bzw. Schäden anrichten.

Damit ist ein sachlicher Grund für eine Vorleistungspflicht des Mieters, der *Mindestvoraussetzung* jeder „üblichen“ Vorleistungsklausel im Rahmen der Angemessenheitskontrolle des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist, nicht gegeben. Dies in besonderer Weise auch deswegen, weil nicht ausgeschlossen ist, dass der Mieter - anders als ansonsten bei Vorleistungspflichten - seine Leistung trotz bereits eingetretener Leistungsstörung (Mangelhaftigkeit) erbringen muss. Erst recht sind damit die deutlich höheren Anforderungen nicht erfüllt, die für ein Absehen von der *dolo-agit*-Einrede notwendig wären.

Wen das noch nicht überzeugt, möge sich noch einmal den Eingangsfall vor Augen halten und die zugespitzte Darstellung der praktischen Abwicklung: Die eine Hand des Vermieters nimmt die ungekürzte Miete entgegen, während die andere Hand dem Mieter den Minderungsbetrag zurückgibt. Oder man möge sich folgenden Fall vor Augen halten: Der Vermieter leugnet grob fahrlässig einen Mangel und verlangt die Miete. Der Mieter zahlt sie wegen der Minderungsausschlussklausel vollständig und muss wegen des Mangels ein Ersatzobjekt anmieten. Das überfordert ihn finanziell, er fällt in Insolvenz. Kann er (bzw. der Insolvenzverwalter) Ersatz für die durch den Liquiditätsverlust bedingten Schäden verlangen? Oder scheitert das daran, dass der Vermieter sich auf eine wirksam vereinbarte Klausel berufen konnte?

Und schließlich:

Es ist unbillig, wenn im Mangelfall die Rechte des Mieters nur deswegen verkürzt werden (dürfen), weil es andere, vertragsfremde Mieter gibt, die die gesetzlichen Möglichkeiten unredlich ausnutzen, um sich der Zahlungspflicht zu entziehen.

V. Wirksame Minderungsausschlussklauseln

Kann man Minderungsausschlussklauseln vielleicht in anderer Form retten? Etwa dadurch, dass der Mieter die Miete in irgendeiner Form hinterlegt oder Sicherheit leistet und vielleicht sogar ein Verfahren zur schnellen, jedenfalls vorläufigen Klärung der Mangelhaftigkeit installiert wird? Oder dadurch, dass man dem Vermieter gestattet, Sicherheit für den einredebehafteten Anteil der Miete zu leisten, um den Mieter zur Zahlung zu bewegen? Letzteres dürfte schon an § 320 Abs. 1 S. 3 BGB scheitern, der in den Fällen des hier in Rede stehenden Leistungsverweigerungsrechts durch die Ausschließung des Verweises auf § 273 Abs. 3 BGB die Abwendung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung untersagt⁹⁴. Hinterlegung⁹⁵ oder Sicherheitsleistung durch den Mieter nehmen diesem zwar das Insolvenzrisiko des Vermieters; aber abgesehen davon, dass dieser „Vorteil“ stark vom Einzelfall, d. h., von den wirtschaftlichen Verhältnissen des konkreten Vermieters abhängig ist, entwertet eine solche Regelung das eigentliche Anliegen von Minderungsausschlussklauseln, nämlich die Liquidität des Vermieters zu sichern.

Unabhängig davon gilt aber auch für solche mieterfreundlicheren, vermeintlich ausgewogeneren Klauselgestaltungen, dass es unbillig ist, wenn im Mangelfall die Rechte des Mieters nur deswegen verkürzt werden (dürfen), weil es andere, vertragsfremde Mieter gibt, die die gesetzlichen Möglichkeiten unredlich ausnutzen, um sich der Zahlungspflicht zu entziehen. § 648a BGB führt für die Sicherheitsleistung nicht zu einer anderen Wertung, da es sich um eine auf den Besonderheiten des Bauvertrages beruhende Ausnahmvorschrift handelt, die die ansonsten geltenden Grundsätze des

⁹⁴ Schmidt, NZM 2013, 705, 716.

⁹⁵ S. etwa die Klauselgestaltungen in KG, MDR 2013, 1338 oder KG, DWW 2010, 198.

Gewährleistungsrechts in anderen Rechtsbereichen, die die Selbstvollstreckung des Minderungsrechts beinhalten, nicht ändern kann.

VI. Selbstständige Einschränkungen bei Aufrechnung und Zurückbehaltung

Minderungsausschlussklauseln sind regelmäßig mit Beschränkungen bezüglich der Ausübung von Leistungsverweigerungsrechten und der Aufrechnung mit Gegenforderungen kombiniert, um sie effektiv zu machen. Was bleibt davon, wenn der Minderungsausschluss unwirksam ist?

1. Blue pencil

Beide Beschränkungen sind mit dem Minderungsausschluss unwirksam, wenn sie den blue-pencil-Test nicht bestehen, wenn die Regelungen über Aufrechnung und Leistungsverweigerung also sprachlich und inhaltlich nicht von der Minderungsausschlussklausel trennbar sind⁹⁶. Eine inhaltliche Trennbarkeit dürfte meist möglich sein, weil die Klauselteile unterschiedliche Rechtsinstitute bzw. unterschiedliche gesetzliche Folgen und Reaktionsmöglichkeiten auf eine Leistungsstörung betreffen⁹⁷. An der sprachlichen Teilbarkeit fehlt es aber immer dann, wenn sie in einem Satz etwa wie folgt zusammengefasst sind: „Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern.“ Man kann nicht einige Satzteile streichen, ohne einen sprachlichen Torso zu hinterlassen.

2. Aufrechnungsbeschränkungen

Aufrechnungsverbote zu vereinbaren ist möglich, wenn die Beschränkungen des § 309 Nr. 3 BGB beachtet werden (Vorbehalt für unstrittige und rechtskräftig festgestellte Forderungen). Denn diese Beschränkungen gelten über § 307 BGB trotz § 310 Abs. 1 BGB faktisch auch im Unternehmerverkehr⁹⁸.

⁹⁶ BGH, MDR 2015, 273 Rdn. 23f.; BGH, NJW 1989, 831 unter I.2.b.

⁹⁷ S. zu einer vergleichbaren Konstellation BGH, MDR 2015, 273 Rdn. 24.

⁹⁸ BGH, NJW 1994, 657.

Ein darüber hinausgehende Vorbehalt für Ansprüche wegen überzahlter Miete, die auf einer Mangelhaftigkeit des Mietobjekts beruhen, ist nicht zu machen⁹⁹, denn anders als bei der vom BGH zum Architektenrecht entschiedenen Konstellation, kann es bei der Rückforderung von Miete nicht um die Herstellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung der sich gegenüber stehenden Forderungen gehen. Die Miete, gegenüber der der Mieter aufrechnen will, betrifft nämlich immer einen anderen Leistungszeitraum (einen anderen Monat) als die Miete, deren Überzahlung er zurückfordert¹⁰⁰.

3. Beschränkungen bei Leistungsverweigerungsrechten

Auch bezüglich des Ausschlusses oder der Beschränkung von Leistungsverweigerungsrechten gilt im Unternehmerverkehr im Ansatz die Indizwirkung des § 309 Nr. 2 BGB. Allerdings ist gleichfalls anerkannt, dass Zahlungsklauseln im Handelsverkehr eine hohe Bedeutung haben und deshalb bei der Reichweite der Indizwirkung Zurückhaltung zu üben ist¹⁰¹ und dass §§ 273, 320 BGB grundsätzlich abbedungen werden können, soweit ein Vorbehalt wegen unstreitiger und rechtskräftiger Forderungen gemacht wird¹⁰². Zwischen diesen beiden Polen hat sich die Interessenabwägung zu vollziehen, die im Rahmen dieser Untersuchung zum Minderungsausschluss allerdings nicht abschließend vorgenommen werden kann. Folgende Gesichtspunkte seien angeführt:

Bei einem formularmäßigen Minderungsausschluss im Fall der Mangelhaftigkeit des Mietobjekts ist das Äquivalenzverhältnis von Miete und Gebrauchsüberlassung schon endgültig gestört. Das Leistungsverweigerungsrecht wirkt hingegen „nur“ als Druck- (und Sicherungs-) Mittel zur Durchsetzung des Mieteranspruchs auf Verschaffung des vertragsgemäßen Gebrauchs, es dient - anders als die Minderung - nicht der Herstellung des Äquivalenzverhältnisses. Das ist einerseits ein wichtiger Unterschied, auf der

⁹⁹ A. A. *Niebling*, ZMR 2011, 620.

¹⁰⁰ S. oben IV.2.e.dd.(c).

¹⁰¹ MünchKommBGB/*Wurmnest*, 6. Aufl., § 309 Nr. 2 Rdn. 21; *Staudinger/Coester-Waltjen*, Neubearbeitung 2013, § 309 Nr. 2 Rdn. 10.

¹⁰² BGH, NJW 1992, 575.

anderen Seite sind Leistungsverweigerungsrecht und Minderungsrecht wesensverwandt und dienen vor allem demselben Zweck, nämlich den Leistungsaustausch Zug um Zug sicherzustellen. Das könnte dafür sprechen, auch bei der Frage der Zulässigkeit eines Ausschlusses des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB (und erst recht des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB) den Wunsch des Vermieters nach Liquiditätssicherung als sachlichen Grund nicht ausreichen zu lassen¹⁰³.

Einer solchen Wertung, d. h. der Annahme der Unwirksamkeit, steht wohl nicht die erwähnte weitgehende Anerkennung von Zahlungsklauseln im Handelsverkehr entgegen. Denn bei Zahlungsklauseln geht es vornehmlich um die schnelle Abwicklung des einmaligen Leistungsaustauschs im Handelsverkehr. Die Miete hingegen ist eine Dauerbeziehung, bei der nicht nur die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten stärker ausgeprägt sind, sondern auch bedacht werden muss, dass eine mangelbedingte Leistungsstörung nicht nur im Moment wirkt, sondern bis zur - regelmäßig nicht von selbst eintretenden - Mangelbeseitigung. Deshalb hat die Interessenabwägung differenzierter zu erfolgen. Weiter ist man an einer solchen Wertung wohl nicht gehindert, weil der BGH in den Urteilen, in denen er sich mit Minderungsausschlüssen befasst hat, Beschränkungen des Zurückbehaltungsrechts gebilligt hat¹⁰⁴. Denn das geschah entweder ohne oder mit nur oberflächlicher Begründung und ersichtlich wegen des Zusammenhangs mit den Minderungsausschlussklauseln. Der von BGH ohne Begründung angenommene Gleichlauf von Minderungsausschlussklausel und Ausschluss von Leistungsverweigerungsrechten spricht möglicherweise im Gegenteil dafür, Letzteren wie einen Minderungsausschluss für unzulässig zu halten.

Dennoch könnte man einen weitgehenden Ausschluss von Leistungsverweigerungsrechten damit begründen, dass hiermit ein Mittelweg zwischen vollständiger Zulässigkeit von Minderungsausschlussklauseln und vollständiger Übertragung der Wertungen des § 309 Abs. 2 BGB auf die Minderungssituation möglich wäre: Das Liquiditätsinteresse des Mieters und sein Interesse an der Herstellung des Äquivalenzverhältnisses würde über die Minderung gem. § 536 BGB geschützt, lediglich der nach § 320 BGB

¹⁰³ S. auch *Horst*, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, Diss. Bremen 2005, S. 96.

¹⁰⁴ BGH, NZM 2011, 153 Rdn. 21 m.w.N.

mögliche (allerdings erhebliche) Zusatzdruck würde entfallen, was wiederum dem Liquiditätsinteresse des Vermieters zu Gute kommt. Der Mieter wird auch - anders als bei einer Minderungsausschlussklausel - nicht zwangsläufig in die Klagerolle gedrängt. Wenn der Mangel streitig ist, wird vielmehr der Vermieter auf Zahlung klagen, der Mieter kann dann Widerklage auf Mangelbeseitigung erheben.

Vom Ausschluss von Leistungsverweigerungsrechten sind zu unterscheiden bloße Ausübungsbeschränkungen. Sie dürften in weiterem Maß zulässig sein, so etwa die Pflicht zur Ausübungsankündigung mit einmonatiger Frist¹⁰⁵ oder eine moderate Begrenzung bei der Höhe des Zurückzuhaltenden.

¹⁰⁵ OLG Hamburg, NZM 1998, 264.