

Das Zurückbehaltungsrecht bei mangelhafter Mietsache

Vorsitzender Richter am Landgericht Dr. Werner Hinz, Itzehoe

Überarbeitete Fassung
(veröffentlicht in ZMR 2016, 253 ff.)

Inhalt	Seite
I. Einleitung	4
II. Allgemeines	4
1. Terminologie	4
2. Sinn und Zweck des Leistungsverweigerungsrechts	5
III. Voraussetzungen des § 320 BGB	6
1. Überblick	6
2. Gegenseitiger Vertrag – Anwendbarkeit des § 320 BGB beim Mietvertrag?	7
a) Sichtweise des BGH	7
b) Gegenansicht von <i>Lammel</i>	8
aa) Argumentationslinie	8
bb) Stellungnahme	8
2. Synallagmatische Leistungspflichten	11
3. Fällige Gegenleistung	11
a) Vorleistungspflicht des Mieters?	12
b) (Fort-)Bestehen des Anspruchs auf die Gegenleistung	14
4. Mangelnde Bewirkung der Gegenleistung	14
5. Eigene Vertragstreue des Mieters	15
IV. Rechtsfolgen	16
1. Umfang des Leistungsverweigerungsrechts	16
a) Situation vor Überlassung der Mietsache	16
b) Situation nach Überlassung der Mietsache	17
c) Bisherige Ansätze zur Restriktion des Leistungsverweigerungsrechts	18
aa) Orientierung an den Mängelbeseitigungskosten	18
bb) Bemessung anhand der Mietminderungsquote	19
cc) Monatliche Limitierung des Einbehalts	20
d) Auffassung des BGH in dem Urteil vom 17.6.2015	20
e) Bewertung der BGH-Auffassung	22
aa) Gegenüberstellung der bisherigen Lösungsansätze	22

bb) Resistenz des Vermieters	24
cc) Risiko einer unrichtigen Bemessung des Einbehalts – Problemkreis Rechtsirrtum	25
f) Rezeption der Entscheidung	27
g) Überlegungen zur Umsetzung in der Praxis	29
aa) Ausübung des Zurückbehaltungsrechts	29
bb) Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch	32
2. Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts	33
a) Geltendmachung gegenüber dem Zahlungsanspruch	33
b) Auswirkungen auf den Zahlungsverzug	33
3. Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts	35
a) Mangelkenntnis	35
b) Ausschlussvereinbarung	36
aa) Individualvereinbarung	36
bb) Formularvertraglicher Ausschluss	37
4. Vorkehrungen für die Nachzahlung	38
V. Schluss	39

I. Einleitung

Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtete Schuldner die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist. Die Anwendung dieser Bestimmung bei der Miete hat seit jeher Kontroversen ausgelöst. Hier scheinen allgemeines und besonderes Schuldrecht – Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht – ungehindert aufeinanderzuprallen. Und doch gibt es zwischen dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB und der Mietminderung nach § 536 BGB eine gewisse Korrelation, wenngleich beide Institute völlig unterschiedlichen Prinzipien gehorchen.

In seinem Urteil vom 17.6.2015 (VIII ZR 19/14)¹ hat der Bundesgerichtshof (BGH) erstmals zum Umfang des Leistungsverweigerungsrechts bei der Miete dezidiert Stellung genommen. Dieses unterliege – so betont der VIII. Zivilsenat im dritten Leitsatz dieses Judikats – seinem Sinn und Zweck nach sowie angesichts des Ausgleichs der mangelbedingten Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses durch die Minderung grundsätzlich einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung. Damit hat der Senat wohl einen Paradigmenwechsel eingeleitet, denn die ganz überwiegende Ansicht in Fachliteratur und Praxis hat eine derartige Restriktion bislang nicht gekannt (s. dazu IV. 1. c). Es war daher abzusehen, dass diese Rechtsprechung – die der Senat in dem Beschluss vom 27.10.2015 (VIII ZR 288/14)² fortgeführt hat – im mietrechtlichen Schrifttum Kritik erfährt. So befürchtet *Blank*, dass dem Mieter das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechts damit praktisch genommen wird; nach Ansicht von *Börstinghaus* lässt das Judikat – jedenfalls in diesem Punkt³ – die Praxis weitgehend ratlos zurück⁴. Im Folgenden soll die BGH-Entscheidung vom 17.6.2015 vor dem Hintergrund der Intention des Leistungsverweigerungsrechts des § 320 BGB, sowie seiner Voraussetzungen und Rechtsfolgen genauer betrachtet werden.

II. Allgemeines

1. Terminologie

Das Gesetz spricht in § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB – anders als in § 273 Abs. 1 BGB – nicht von einem Zurückbehaltungsrecht, sondern von der Berechtigung des Schuldners, die „Leistung [...] zu verweigern“. Auch § 309 Nr. 2 BGB differenziert in den Buchstaben a) und b) zwi-

¹ BGHZ 206, 1 = DWW 2015, 377 = GE 2015, 1089 = MDR 2015, 876 = NJW 2015, 3087 = NZM 2015, 618 = WuM 2015, 568 = ZMR 2015, 868.

² BGH, WuM 2016, 98, 99.

³ Der andere Teil der Entscheidung betrifft die Frage, ob die Kündigungssperre des § 112 InsO nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO noch eingreift, was der Senat verneint hat; s. dazu *Jacoby*, Vortrag zum 18. Deutschen Mietgerichtstag (DMT) 2016, dokumentiert in ZMR 2016, 173 ff.

⁴ *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 17/2015 Anm. 1.

schen dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB und dem Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB – allerdings unter dem (in Klammern gesetzten) Oberbegriff der „Leistungsverweigerungsrechte“. Dass die Begrifflichkeiten letztlich verschwimmen, ergibt sich auch aus § 1000 BGB, der das Recht des Besitzers, die Herausgabepflicht zu *verweigern*, explizit als Zurückbehaltungsrecht bezeichnet. Auch in Rechtsprechung und Schrifttum werden beide Termini vielfach synonym verwandt; allerdings empfiehlt es sich bei der Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, bereits aus Transparenzgründen deutlich zwischen dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB und dem Zurückbehaltungsrecht im Übrigen zu differenzieren⁵.

Maßgebend ist vor allem, dass das Recht aus § 320 BGB – worauf bereits dessen Überschrift hinweist – als echte Einrede ausgestaltet ist. Sofern der Gläubiger die ihm versprochene Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag einfordert, soll er nicht gehalten sein, *von sich aus* die Anbieten der ihm obliegenden Gegenleistung vorzutragen. Hierzu ist er erst bei Erhebung einer entsprechenden Einrede seitens des Schuldners gehalten⁶; diese bringt den vertraglichen Anspruch nicht zu Fall, sondern bewirkt lediglich dessen Hemmung. Anders als die Verjährungseinrede (vgl. § 194 ff. BGB) hat das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB jedoch keinen rechtsbeendenden (peremptorischen), sondern lediglich einen rechtsverzögernden (dilatorischen) Charakter⁷.

2. Sinn und Zweck des Leistungsverweigerungsrechts

Intention des § 320 BGB ist es, den bei einem gegenseitigen Vertrag vorgesehenen gleichmäßigen Leistungsaustausch zu forcieren. Dieser soll – wie § 322 Abs. 1 BGB für die prozessuale Durchsetzung bestimmt – „Zug um Zug“, also (zumindest idealerweise) gleichzeitig erfolgen⁸. Daher beinhaltet das Leistungsverweigerungsrecht im Wesentlichen zwei Funktionen: die Sicherungsfunktion und die Druckfunktion⁹.

Die Sicherungsfunktion des § 320 BGB wird darin gesehen, dass die Vorschrift die wechselseitigen Leistungspflichten aus dem gegenseitigen Vertrag dergestalt miteinander verklam-

⁵ S. insbesondere OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 587 = MDR 1998, 588, das eine formularmäßig Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts allein auf das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB und nicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags gem. § 320 BGB bezieht; s. dazu auch *Streyl*, NZM 2015, 841 Fn. 1.

⁶ *Soergel/Gsell*, BGB, Bd. 5/2 (Schuldrecht 3/2), 13. Aufl. 2005, § 320 Rn. 8; *MüKo/Emmerich*, BGB, Bd. 2, 7. Auflage 2016 § 320 Rn. 35; *Prütting/Wegen/Weinreich/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2015 (zit.: *PWW/Bearbeiter*), § 320 Rn. 1.

⁷ *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 8; *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 1.

⁸ *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 2; *Staudinger/Schwarze*, BGB, Neubearbeitung 2015, § 320 Rn. 2 f.

⁹ S. insbes. BGHZ 116, 244, 249 = NJW 1992, 556, 558; *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 3 f.; *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 1; abw. *Staudinger/Schwarze* (Fn. 8), Rn. 3, der dem Leistungsverweigerungsrecht zusätzlich eine Bestimmungsfunktion im Hinblick auf die Leistungserbringung zuerkennen will.

merkt, dass jede Partei die ihr obliegende Leistung erst erbringen muss, wenn die andere Partei die Gegenleistung vollständig anbietet¹⁰. Dadurch soll – wie *Gsell* es sehr anschaulich beschreibt¹¹ – verhindert werden, dass sich die Sachleistung einerseits und das dafür zu entrichtende Entgelt andererseits in der Hand derselben Partei befinden, die andere Partei folglich mit „leeren Händen“ dasteht.

Bei der Anwendung des Leistungsverweigerungsrechts im Bereich der Miete hat die Rechtsprechung indes zuvörderst die diesem Institut immanente Druckfunktion betont, so auch der BGH in dem Urteil vom 17.6.2015 (Tz. 61)¹². Demgemäß soll das Recht aus § 320 BGB dazu dienen, auf den Schuldner Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Forderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben. Bezogen auf das Mietverhältnis bedeutet dies, dass der Einbehalt der Mietzahlungen den Vermieter dazu bewegen soll, seiner aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierenden Pflicht zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs, insbesondere auch zur Beseitigung von Mängeln, nachzukommen. Insofern verfolgt das Leistungsverweigerungsrecht eine gänzlich andere Intention als die Mietminderung gem. § 536 BGB. Während diese – gleichsam gegenwartsbezogen – dem Ausgleich des durch den Mangel des Mietobjekts gestörten vertraglichen Äquivalenzverhältnisses dient¹³, soll die Einrede aus § 320 BGB – zukunftsbezogen – dem Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB zur Durchsetzung verhelfen¹⁴.

III. Voraussetzungen des § 320 BGB

1. Überblick

Als Voraussetzungen für das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB werden herkömmlich meist genannt¹⁵:

- ein gegenseitiger Vertrag
- synallagmatische Leistungspflichten
- eine fällige Gegenleistung, insbes. keine Vorleistungspflicht des Schuldners
- die mangende Bewirkung der Gegenleistung
- die eigene Vertragstreue des Schuldners.

¹⁰ Vgl. BGHZ 116, 244, 249 = NJW 1992, 556, 558; *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 3; *Staudinger/Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 3; *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 1; *Bamberger/Roth/H. Schmidt*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 38. Edition (Stand: 1.2.2016), § 320 Rn. 8; *Joachim*, DB 1986, 2649, 2652.

¹¹ *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 3; s. auch *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 1.

¹² S. ferner BGH, NZM 2011, 197 = ZMR 2011, 275 mit Anm. *Schläger*, WuM 2006, 435, 436 = ZMR 2006, 761, 763; NJW 1981, 2801.

¹³ Vgl. BGHZ 176, 191, 196 = NZM 2008, 609, 610 = ZMR 2008, 776; BGHZ 195, 50, 61; BGH, NZM 2011, 153 = ZMR 2011, 372; BGH, WuM 2006, 435, 436 = ZMR 2006, 761, 763.

¹⁴ *Joachim*, DB 1986, 2649, 2651.

¹⁵ Vgl. etwa *Staudinger/Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 8 ff.; *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 22 ff.; leicht divergierend *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 45 ff.

2. Gegenseitiger Vertrag – Anwendbarkeit des § 320 BGB beim Mietvertrag?

Beim Mietvertrag handelt es sich fraglos um einen gegenseitigen Vertrag. Den Pflichten des Vermieters auf Überlassung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand und deren Erhaltung während der vertraglichen Laufzeit in einem solchen Zustand (§ 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) steht die Pflicht des Mieters zur Zahlung der Miete (§ 535 Abs. 2 BGB) gegenüber. Gleichwohl ist die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB hier angesichts des Dauerschuldcharakters dieses Vertragstyps verschiedentlich in Frage gestellt worden.

Unproblematisch ist die Geltung des § 320 BGB allerdings vor Überlassung der Mietsache. Solange der Vermieter dem Mieter den Besitz daran noch nicht überlassen hat, braucht dieser keine Miete zu entrichten, selbst dann nicht, wenn der vertraglich vereinbarte Beginn des Mietverhältnisses längst überschritten ist¹⁶. Schwierigkeiten – sowohl in der dogmatischen Begründung als auch in seiner praktischen Handhabung – bereitet das Zurückbehaltungsrecht während des laufenden Mietverhältnisses. Allein hier ist seine Anwendbarkeit kontrovers debattiert worden.

a) Sichtweise des BGH

Im Ausgangspunkt stellt der VIII. Zivilsenat in dem Urteil vom 17.6.2015 klar, dass dem Mieter neben der Minderung grundsätzlich auch ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht (Tz. 48). Das entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der V. Senat des BGH hat dies in dem Urteil vom 7.5.1982 (V ZR 90/81)¹⁷, das einen Vorgang aus dem Pachtrecht betraf, im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁸ entschieden. Das Zurückbehaltungsrecht – so betont der Senat im Leitsatz dieser Entscheidung – wird nicht durch die Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen¹⁹. Dies beruht darauf, dass der Mieter während der gesamten Mietzeit einen Anspruch auf Erfüllung, d.h. auf Erhaltung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands der Mietsache hat. Das bis zum 31.8.2001 geltende Mietrecht hatte dies in § 536 BGB a.F. besonders akzentuiert: Danach hatte der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Durch die Mietrechtsreform zum 1.9.2001²⁰ wurde die Bestimmung in den § 535 BGB integriert, inhaltlich aber nicht verändert. Seither findet sie sich in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Steht dem

¹⁶ Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 24.

¹⁷ BGHZ 84, 42 = NJW 1982, 2242.

¹⁸ RG, JW 1906, 333; RG Recht 1913 Nr. 1728.

¹⁹ BGHZ 84, 42 = NJW 1982, 2242.

²⁰ Mietrechtsreformgesetz vom 20.6.2001, BGBl I, 1149.

Mieter somit gegen den Vermieter durchgehend ein Erfüllungsanspruch zu, kann er diesen auch – wie der BGH in der Entscheidung von 1982²¹, aber auch in dem aktuellen Urteil (Tz. 49) hervorhebt – mithilfe des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB forcieren.

b) Gegenansicht von *Lammel*

aa) Argumentationslinie

Der Sichtweise des BGH, der sich die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum angeschlossen hat²², ist allerdings *Lammel* entgegengetreten²³. Für ein Leistungsverweigerungsrecht neben der Mietminderung besteht nach seiner Ansicht kein Raum. Der dem § 320 BGB immanente Gedanke des unmittelbaren Leistungsaustauschs, der sog. Zug-um-Zug-Leistung, passe nicht bei Dauerschuldverhältnissen²⁴. Die Vorschrift sei auf den einmaligen Leistungsaustausch zugeschnitten, wie er etwa beim Kaufvertrag stattfindet. Das gelte schon deswegen, weil das Leistungsverweigerungsrecht zukunftsorientiert sei, seine Intention sich jedoch bei Dauerleistungen nicht entfalten könne. Sofern man die Leistung des Vermieters als Ganzes betrachte, sei diese erst am Ende der vertraglichen Laufzeit erfüllt; dann habe das Zurückbehaltungsrecht keinerlei Funktion mehr²⁵. Teile man hingegen die wechselseitigen vertraglichen Leistungspflichten zeitlich auf, so handele es sich bei der vermierterseitigen Gebrauchsüberlassungspflicht, bezogen auf den jeweiligen Monat, um ein absolutes Fixgeschäft. Nach Ablauf eines jeden Monats werde die für diesen geschuldete Leistung des Vermieters unmöglich, denn sie könne nicht mehr nachgeholt werden. Indes setze das Zurückbehaltungsrecht naturgemäß eine noch erbringbare Leistung voraus²⁶.

bb) Stellungnahme

Der VIII. Senat hat sich mit diesen Überlegungen in dem Urteil vom 17.6.2015 nicht befasst, wohl auch im Hinblick darauf, dass er seit seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1982 in ständiger Rechtsprechung von der Geltung des Leistungsverweigerungsrechts bei der Miete ausgeht. Im Rahmen einer dogmatischen Untersuchung dieses Instituts bedarf es aber einer Auseinandersetzung mit der These von *Lammel*.

²¹ BGHZ 84, 42, 46 = NJW 1982, 2242.

²² S. nur Staudinger/*Emmerich*, Mietrecht, Neubearbeitung 2014, § 536 Rn. 59; MüKo/*Häublein*, BGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 14; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Aufl. 2015, § 536 Rn. 409; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, Vor § 535 Rn. 7; *Joachim*, DB 1986, 2649, 2651.

²³ *Lammel*, Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, S. 275 ff.

²⁴ *Lammel* (Fn. 23), S. 282, 288.

²⁵ *Lammel* (Fn. 23), S. 285.

²⁶ *Lammel* (Fn. 23), S. 286.

Im Ausgangspunkt stellt *Lammel* nicht in Frage, dass dem Mieter der Erfüllungsanspruch parallel zu den Gewährleistungsrechten zusteht²⁷. Dies ergibt sich bereits aus den Materialien zum BGB; in den Motiven zu § 504 des ersten Entwurfs (heute § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, vormals § 536 BGB a.F.) heißt es:

„Obwohl die Bestimmung nur eine Konsequenz der in § 503 ausgesprochenen Verpflichtung des Vermiethers ist, den Miether den Gebrauch der vermieteten Sache während der Miethzeit zu gewähren, so ist sie doch aufgenommen, um angesichts der in den §§ 505, 506 nachfolgenden Bestimmungen klarzustellen, daß, wenn der Vermiether dem Miether die Sache nicht in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauche geeigneten Zustand überläßt oder während der Mietzeit nicht in diesem Zustand erhält, der Mieter, außer den in §§ 505, 506, 529 besonders hervorgehobenen Rechten, nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze aufgrund des Miethvertrages gegen den Vermiether auch einen Anspruch auf Erfüllung, d.h. auf Herstellung eines zu dem vertragsgemäßen Gebrauche geeigneten Zustandes, bezw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat.“²⁸

Allerdings meint *Lammel*, der historische Gesetzgeber habe den Erfüllungsanspruch mitsamt seinen Konsequenzen abschließend bei den mietrechtlichen Vorschriften geregelt, ohne auf die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze zu verweisen²⁹. Das mag für den Anspruch auf Schadensersatz zutreffen; dieser ist bezogen auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache in § 536a Abs. 1 BGB (vormals § 538 Abs. 1 BGB) umfassend ausgestaltet, ohne dass es eines Rückgriffs auf die allgemeinen, in § 280 ff. BGB statuierten Grundsätze bedarf. Andererseits nehmen die Motive zu § 504 des ersten Entwurfs in der oben zitierten Passage explizit Rekurs auf die „allgemeinen Grundsätze“, nach deren Maßgabe der Mieter „außer den in §§ 505, 506, 529 besonders hervorgehobenen Rechten“ (entsprechen den heutigen §§ 536, 536a, 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 BGB) einen Anspruch auf Erfüllung hat³⁰. Zu diesen allgemeinen Grundsätzen dürfte indes auch das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB (damals § 364 E) gehören.

Überdies lässt sich den Materialien zu § 320 BGB entnehmen, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch bei Mietverträgen Geltung erlangen sollte. So formulieren die Motive zu § 364 des ersten Entwurfs:

²⁷ *Lammel* (Fn. 23), S. 279 f.

²⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 373.

²⁹ *Lammel* (Fn. 23), S. 280.

³⁰ S. auch *Joachim*, DB 1986, 2649.

„Es bedarf im Gesetze keines besonderen Ausdruckes, daß das Recht, die Bewirkung der Leistung zu verweigern, den angeforderten Kontrahenten nicht blos für den Fall zusteht, daß die ganze Gegenleistung aussteht, sondern auch dann und so lange, als nicht die volle, ganze Gegenleistung bewirkt wird.“³¹

Ausdrücklich beziehen die Motive sodann auch den Fall des *nachträglichen Eintritts von Mängeln* und damit die typische Konstellation im laufenden Mietverhältnis in den Anwendungsbereich des Leistungsverweigerungsrechts ein, indem sie daraus resultierende Problematik mithilfe des § 367 E, der dem heutigen § 367 BGB entspricht, zu lösen suchen:

„Klar ist auch nach dem Entwurfe, daß das fragliche Recht gleichmäßig begründet ist, wenn die Gegenleistung quantitativ unvollständig, als wenn sie qualitativ nicht vertragsgemäß ist; auch letzterenfalls wäre nicht die geschuldete Gegenleistung bewirkt (sog. exc. non rite adimpleti contractus; vergl. Windscheid a.a.O. § 321 Noten 3a, 5). Ist letzterenfalls jedoch die als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, dann tritt die modifizierende Bestimmung des § 367 ein.“³²

Bezogen auf das Mietverhältnis bedeutet dies, dass dem Mieter nach Annahme der ihm überlassenen Mietsache als Erfüllung für einen später auftretenden Mangel zwar die Beweislast trägt (vgl. § 367 BGB), ihm aber gleichwohl das Leistungsverweigerungsrecht verbleibt.

Allerdings könnte man argumentieren, dass das Leistungsverweigerungsrecht seinem Sinn und Zweck nach während des laufenden Mietverhältnisses nicht mehr, jedenfalls nicht mehr in vollem Umfang einschlägig sei. Das mag für die Sicherungsfunktion der Einrede durchaus zutreffen. Dass sowohl die Sachleistung als auch das dafür zu entrichtende Entgelt vollständig in die Hände einer Vertragspartei geraten (s. dazu unter II. 2.), ist während des laufenden Mietverhältnisses nicht zu besorgen; der Mieter ist ja bereits im Besitz der Mietsache, mag diese auch mit Mängeln behaftet sein. Zudem ist die vom ihm geschuldete Gegenleistung bereits kraft Gesetzes auf ein dem unzureichenden Zustand entsprechendes Maß herabgesetzt (vgl. § 536 Abs. 1 BGB). Indes besteht die Druckfunktion des Leistungsverweigerungsrechts unvermindert fort; sie wird auch durch die Mietminderung nicht vollständig kompensiert, zumal diese bei weniger gravierenden Mängeln nur einen geringen Anteil des monatlichen Entgelts erfasst. Dass die Minderung ohnehin eine gänzlich andere Intention verfolgt als das Leistungsverweigerungsrecht, ist bereits hervorgehoben worden (s. oben unter II. 2).

³¹ Motive (Fn. 28), S. 202 f.

³² Motive (Fn. 28), S. 203.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber die Konstellation der partiellen Erbringung der Gegenleistung gesehen und dieser in § 320 Abs. 2 BGB explizit Rechnung getragen. Demgemäß darf der Schuldner die ihm obliegende (Gegen-)Leistung insoweit nicht verweigern, als dies nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (s. dazu unter IV. 1. b). Übertragen auf das Mietverhältnis bedeutet dies, dass sich ein vollständiger Einbehalt der Miete als treuwidrig erweisen kann, wenn der Vermieter einen Teil der ihm obliegenden Leistung erbracht hat. Dann aber gibt es keinen triftigen Grund, die mangelnde Erfüllung der vermietetseitigen Gebrauchserhaltungspflicht vom Anwendungsbereich des Leistungsverweigerungsrechts vollständig auszunehmen.

2. Synallagmatische Leistungspflichten

Weitere Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ist das Bestehen synallagmatischer Leistungspflichten. Diese sind dadurch charakterisiert, dass sie nach dem Willen der Vertragschließenden gegenseitig voneinander abhängen³³. Das ist bei den in § 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 BGB statuierten mietvertraglichen Hauptleistungspflichten ohne Weiteres der Fall. Der Mieter zahlt die Miete gerade deswegen an den Vermieter, damit dieser ihm die Mietsache zu dem vertraglich vereinbarten Gebrauch überlässt. Umgekehrt stellt der Vermieter dem Mieter die Mietsache regelmäßig gerade deswegen zur Verfügung, um Mieteinnahmen zu erzielen. Selbst wenn dies – wie etwa bei der Gefälligkeitsmiete³⁴ – nicht im Vordergrund steht, so prägt es doch das Wesen des Mietvertrags.

3. Fällige Gegenleistung

Das Erfordernis einer fälligen Gegenleistung, ergibt sich – anders als bei § 273 Abs. 1 BGB – nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut des § 320 BGB; es folgt aber aus dem Wesen des Leistungsverweigerungsrechts und dem diesem immanenten Zug-um-Zug-Prinzip (s. dazu unter II. 2.)³⁵. Im Übrigen fehlt es an der Fälligkeit der Gegenleistung insbesondere dann, wenn der Gläubiger vorleistungspflichtig ist³⁶, was als negatives Abgrenzungskriterium in § 320 Abs. 1 Satz 1 a.E. BGB ausdrücklich genannt ist. Teilweise wird die Vorleistungspflicht des Schuldners auch per se als Ausschlussgrund für Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts betrachtet³⁷; die Frage kann aber letztlich auf sich beruhen, da sie sich im Ergebnis

³³ BGHZ 161, 241, 251 = NJW 2005, 884, 887; MüKo/Emmerich (Fn.6), § 320 Rn. 22; Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 12; Joachim, DB 1986, 2649, 2651.

³⁴ S. dazu Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 22), Vor § 535 Rn. 12; MüKo/Häublein (Fn. 22), Vor § 535 Rn. 11.

³⁵ Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 52.

³⁶ Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 52.

³⁷ Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 6; MüKo/Emmerich (Fn. 6), § 320 Rn. 17.

nicht auswirkt. Sofern der Schuldner vorleistungspflichtig ist, steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nur unter den restriktiven Voraussetzungen des § 321 BGB zu.

a) Vorleistungspflicht des Mieters?

Eine Vorleistungspflicht des Mieters wird vielfach aus dem seit der Mietrechtsreform 2001 geltenden §§ 556b Abs. 1 BGB hergeleitet³⁸. Dem hat sich der VIII. Zivilsenat des BGH in dem Urteil vom 13.7.2010 (VIII ZR 129/09)³⁹ angeschlossen, ohne allerdings die Auswirkungen auf das Leistungsverweigerungsrecht des Mieters gem. § 320 BGB zu thematisieren. Nach § 556b Abs. 1 BGB hat der Mieter von Wohnraum (nach § 579 Abs. 2 BGB auch von anderen Räumen) die Miete zu Beginn, spätestens bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist, regelmäßig also bis zum dritten Werktag eines jeden Monats. Er müsse also – so argumentiert etwa *Lammel*⁴⁰ – die Miete bereits entrichten, bevor er den Gebrauch an der Mietsache erlange. Zeige sich im ersten Monat ein Mangel, sei die Miete zwar kraft Gesetzes sofort gemindert mit der Folge, dass der Mieter sie anteilig zurückfordern können; er könne jedoch wegen dieses fortbestehenden Mangels im zweiten Monat kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Denn infolge seiner gesetzlichen Vorleistungspflicht sei er gehalten, dem Vermieter die freiwillige Beseitigung des Mangels während des Folgemonats zu ermöglichen⁴¹.

Allerdings findet im Mietverhältnis – dies hat auch *Lammel* konzediert⁴² – anders als beim Kaufgeschäft ein punktueller Leistungsaustausch gerade nicht statt. Bei der Pflicht des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs handelt es sich vielmehr um eine Dauerverpflichtung, die während der Mietzeit ständig neu entsteht, auch soweit sie darauf gerichtet ist, bereits aufgetretene Mängel zu beseitigen. Der BGH hat dies in seiner grundlegenden Entscheidung zur Unverjährbarkeit des mieterseitigen Erfüllungsanspruchs vom 17.2.2010 (VIII ZR 104/09) betont⁴³; es wird aber auch in den Motiven zu § 503 des ersten BGB-Entwurfs, der dem heutigen § 535 BGB entsprechenden Vorschrift, hervorgehoben:

³⁸ So etwa *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 119; ders., WuM 2002, 244, 247 = Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, 293, 300; *Eisenschmid*, WuM 2001, 215, 218; *Bub/Treier/Kraemer/Ehlert*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, Kap. III.B Rn. 3283; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 320 Rn. 16; *Palandt/Weidenkaff*, § 556 Rn. 1; *PWW/Stürmer* (Fn. 6), § 320 Rn. 3.

³⁹ BGH, WuM 2010, 495, 499 f. = ZMR 2010, 948, 950 f.

⁴⁰ S. Fn. 22, S. 289.

⁴¹ *Lammel* (Fn. 23), S. 289.

⁴² *Lammel* (Fn. 23), S. 282 f.

⁴³ BGH, WuM 2010, 238, 239 f. = ZMR 2010, 520, 521.

„Außerdem deutet die Hervorhebung der Miethzeit in § 503 darauf hin, daß die Verpflichtung des Vermiethers nicht in einer einmaligen Leistung besteht, sondern sich während der Miethzeit fort und fort erneuert.“⁴⁴

Demgemäß liegt die Erfüllung der Gebrauchserhaltungspflicht gem. § 535 Abs. 1 Satz 2, 2. Var. BGB nicht erst in der Erbringung der gesamten Leistung bis zum Vertragsende, sondern in der fortwährenden Erhaltung eines vertragsgemäßen Zustands, beginnend mit dem ersten Augenblick nach Überlassung der Mietsache. Das hat der BGH auch in dem hier besprochenen Urteil vom 17.6.2013 (Tz. 49) noch einmal wiederholt:

„Diese aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierende Hauptleistungspflicht des Vermieters stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar [...]. Sie erschöpft sich nicht in der einmaligen Handlung des Überlassens, sondern geht dahin, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten [...].“

Richtig ist zwar, dass die Vertragsparteien die Gegenleistung, also das vom Mieter zu entrichtende Entgelt, regelmäßig portionieren und bestimmten Zeitabschnitten – im Zweifel den einzelnen Monaten der Mietzeit – zuordnen. Das beruht aber – wie *Hubert Schmidt* in seinem Referat zum 15. Deutschen Mietgerichtstag (DMT) 2013⁴⁵ eingehend erklärt hat – lediglich auf Praktikabilitätserwägungen. Zum einen ist die Vertragsdauer zu Beginn des Mietverhältnisses meist nicht festgelegt; zum anderen wäre es dem Mieter auch kaum zumutbar, eine Einmalzahlung für die gesamte geplante Laufzeit zu erbringen⁴⁶. Damit sprechen die besseren Argumente dafür, dem § 556b Abs. 1 BGB keine echte Vorleistungspflicht des Mieters zu entnehmen⁴⁷. Im Übrigen verwendet auch die amtliche Begründung der Vorschrift diesen Terminus nicht; es sollte lediglich der Fälligkeitszeitpunkt für die Mietzahlung an den Beginn des jeweiligen Zahlungsintervalls vorverlegt werden⁴⁸. Jedenfalls hat der Reformgesetzgeber von 2001 allein die bis dahin geltende Vertragspraxis kodifizieren, am Leistungsverweigerungsrecht des Mieters jedoch nichts ändern wollen⁴⁹, so dass § 556b Abs. 1 BGB zumindest dahingehend teleologisch zu reduzieren wäre, dass er keine Vorleistungspflicht i. S. des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB generiert⁵⁰.

⁴⁴ Motive (Fn. 28), S. 370.

⁴⁵ *Schmidt*, NZM 2013, 705.

⁴⁶ *Schmidt*, NZM 2013, 705, 713 f.; ähnlich *Franke*, ZMR 2010, 663, 666.

⁴⁷ In diesem Sinne auch *Schmidt*, NZM 2013, 705, 714; *Flatow*, Vortrag Weimarer Immobilienrechtstage 2015, WImmoT 2015 (erscheint demnächst).

⁴⁸ BT-Drs. 14/4553, S. 52 (li. Sp.).

⁴⁹ *Bub/Treier/Kraemer/Ehlert* (Fn. 38), Kap. III.B Rn. 3283; *Eisenschmid*, WuM 2001, 215, 218.

⁵⁰ So auch *Sternel*, WuM 2002, 244, 247 = Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, 293, 301 f.; ähnlich *Blank/Börstinghaus/Blank*, *Miete*, 4. Aufl. 2014, § 556b Rn. 8.

b) (Fort-)Bestehen des Anspruchs auf die Gegenleistung

Der Anspruch auf die Gegenleistung in Gestalt der fortwährenden Gebrauchsüberlassung darf im Übrigen nicht erloschen sein. Sofern das Mietverhältnis – aus welchem Grunde auch immer – beendet ist, entfällt der Erfüllungsanspruch des Mieters und damit auch sein Leistungsverweigerungsrecht; auch das hat der BGH in dem Urteil vom 17.6.2015 nochmals klargestellt (Tz. 61)⁵¹. Allein der Auszug des Mieters aus den Räumlichkeiten führt allerdings noch nicht zu einem Wegfall der Einrede⁵².

Der Mieter verliert sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Vermieter auch dann, wenn dieser das Mietobjekt veräußert hat und der Erwerber mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch nach § 566 Abs. 1 BGB in die Vermieterstellung einrückt. Der BGH hat dies mit Urteil vom 19.6.2006 (VIII ZR 284/05)⁵³ entschieden; die Frage war vorher sehr Streitig⁵⁴. Mit dem Eigentumsübergang geht auch die Pflicht zur Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs auf den Erwerber über. Ist der Vermieter damit nicht mehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet, fehlt es bereits an einem synallagmatisch verbundenen Gegenanspruch des Mieters, den dieser mithilfe des Leistungsverweigerungsrechts forcieren könnte⁵⁵. Das bedeutet, dass der Mieter nach dem Eigentumswechsel gehalten ist, dem bisherigen Vermieter die nach § 320 BGB einbehaltenen Mietbeträge auszukehren (s. dazu unter IV. 4.)⁵⁶. Sofern die Mängel fortbestehen, kann er gegenüber dem Erwerber nach dessen Eintritt in die Vermieterstellung das Leistungsverweigerungsrecht ausüben. Allerdings muss er auch diesem die Mängel zunächst anzeigen (s. dazu III. 5.).

4. Mangelnde Bewirkung der Gegenleistung

Die Gegenleistung ist nicht bewirkt, solange der Vermieter (als Gläubiger des Zahlungsanspruchs) die ihm obliegenden Leistungshandlung noch nicht vorgenommen hat⁵⁷. Haben sich bei der Mietsache während des laufenden Mietverhältnisses Mängel eingestellt, so hat er die erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchzuführen oder durchführen zu lassen.

⁵¹ S. auch BGH, NZM 2011, 197.

⁵² Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 22), § 536 Rn. 413; Bub/Treier/*Kraemer/Ehlert* (Fn. 38), Kap. III.B Rn. 3287; *Franke*, ZMR 2010, 663, 665.

⁵³ BGH, WuM 2006, 435 = ZMR 2006, 761.

⁵⁴ Zur Kontroverse s. einerseits *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 17; 2006, 126; andererseits *Schenkel*, NZM 1998, 502, 504.

⁵⁵ BGH, WuM 2006, 435, 436 = ZMR 2006, 761, 763.

⁵⁶ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 22), § 536 Rn. 413.

⁵⁷ Staudinger/*Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 33; Soergel/*Gsell* (Fn. 8), § 320 Rn. 53.

5. Eigene Vertragstreue des Mieters

Weitere, allerdings ungeschriebene Voraussetzung für die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist die eigene Vertragstreue des Schuldners⁵⁸. Demgemäß kann der Mieter die Einrede nicht erheben, wenn er sich seinerseits vertragswidrig verhält. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn er vor Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts beträchtliche Mietrückstände, insbesondere aus einem längeren Zeitraum, hat auflaufen lassen⁵⁹. Hingegen genügen leichtere Vertragsverletzungen noch nicht, um dem Mieter seinen Rechtsbehelf aus § 320 BGB zu nehmen⁶⁰. Zahlt er den Saldo aus der Betriebskostenabrechnung nicht, nachdem er substantielle Einwände gegen diese erhoben hat, liegt darin selbst dann noch kein Verstoß gegen die Treueobliegenheit, wenn die gegen das Rechenwerk erhobene Kritik im Ergebnis nicht verfangen konnte. Die Verfehlung des Mieters ist nicht hinreichend schwerwiegend.

Über einen Fall mangelnder Vertragstreue des Mieters hatte der VIII. Zivilsenat des BGH letztlich auch in dem Urteil vom 3.11.2010 (VIII ZR 330/09)⁶¹ zu entscheiden. Darin hat er klargestellt, dass der Mieter das Leistungsverweigerungsrecht wegen eines dem Vermieter bislang unbekanntem Mangels erst an den Mieten ausüben kann, die nach Anzeige des Mangels fällig werden.

Fall 1:

Das Mietobjekt weist erhebliche Mängel auf, von denen Vermieter V allerdings keine Kenntnis hat. Mieter M zahlt im Zeitraum von Mai bis Juli 2015 nur die Hälfte der vereinbarten Miete. Anfang August 2015 teilt er dem V die Mängel mit und behält in diesem und im folgenden Monat wiederum die Hälfte der Miete ein.

Der Senat begründet dies damit, dass das Leistungsverweigerungsrecht die ihm zugewiesene Druckfunktion nicht erfüllen kann, solange der Vermieter den Mangel überhaupt nicht kennt. Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts sei in solchen Fällen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar. Denn eine Zuerkennung des Leistungsverweigerungsrechts würde dazu führen, dass der Mieter mittels einer Vertragsverletzung, nämlich der unterlassenen Mängelanzeige gem. § 536c Abs. 1 BGB, eine Kündigung des Vermieters wegen ausbleibender Mietzahlungen verhindern oder zumindest hinauszögern könnte⁶². Indes dürfte das Leistungsverweigerungsrecht hier bereits an der

⁵⁸ OLG Düsseldorf, GE 2001, 691; LG München I, NZM 2000, 87; Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 37; Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 76; Bamberger/Roth/H. Schmidt (Fn. 10), § 320 Rn. 12; a.A. Palandt/Grüneberg (Fn. 38), § 320 Rn. 6.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, GE 2001, 691; LG München I, NZM 2000, 87; Stornel, WuM 2002, 244, 251 = Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, 293, 310.

⁶⁰ S Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 3.

⁶¹ BGH, NZM 2011, 197 = ZMR 2011, 275 mit Anm. Schläger.

⁶² BGH, NZM 2011, 197 = ZMR 2011, 275 mit Anm. Schläger.

mangelnden Vertragstreue des Mieters scheitern⁶³. Sein Fehlverhalten muss nicht zwingend in einer Verletzung der (auf Mietzahlung gerichteten) Hauptleistungspflicht liegen, es genügt auch die Verletzung einer vertragspezifischen Nebenpflicht. Eine solche ist in der Mängelanzeigepflicht nach § 536c Abs. 1 BGB zu sehen.

Lösung Fall 1:

M kann sein Leistungsverweigerungsrecht wegen der zunächst unterbliebenen Mängelanzeige nicht auf die Monate Mai bis Juli 2015 stützen. Anfang August 2015 ist die Anzeige zwar erfolgt, allerdings dürfte es angesichts der Mietrückstände aus dem vorangegangenen Zeitraum an der erforderlichen Vertragstreue des M fehlen, selbst wenn diese noch keine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen. M könnte sein Leistungsverweigerungsrecht erst ausüben, nachdem er (eine Mängelanzeige vorausgesetzt) die Mietrückstände aus den Monaten Mai bis Juli 2015 beglichen hat.

IV. Rechtsfolgen

Unmittelbare Rechtsfolge des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, dass der Schuldner die ihm obliegende Leistung verweigern darf, solange die Gegenleistung nicht bewirkt ist. Die Vorschrift gewährt ihm mithin eine dilatorische Einrede (s oben unter II. 1). Bei der Anwendung des Leistungsverweigerungsrechts im Rahmen des Mietverhältnisses steht die Frage nach seinem Umfang im Vordergrund.

Fall 2 (nach BGH, Urt. v. 17.6.2015 – VIII ZR 19/14):

Vermieter V und Mieter M schließen Ende der 1980er Jahre einen Mietvertrag über eine Eigentumswohnung. Die monatliche Miete beträgt 530 €. Seit Anfang 2009 zeigen sich in mehreren Räumen Schimmelpilzerscheinungen, deren Ursache zwischen den Parteien streitig ist. Nachdem M dem V diesen Zustand angezeigt hat, zahlt er von März 2009 bis Oktober 2012 keine oder nur einen geringen Teil der monatlichen Miete. V kündigt das Mietverhältnis im Juni 2009 außerordentlich fristlos und klagt anschließend auf Zahlung und Räumung. Während des laufenden Rechtsstreits kündigt er erneut außerordentlich fristlos. Ende Oktober 2012 beläuft sich der Mietrückstand auf knapp 15.000 €. M macht wegen der Schimmelpilzerscheinungen in seiner Wohnung eine Mietminderung von 20% und hinsichtlich des Restbetrags die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend.

1. Umfang des Leistungsverweigerungsrechts

a) Situation vor Überlassung der Mietsache

Solange der Vermieter dem Mieter den Besitz an der Mietsache noch nicht verschafft hat, braucht dieser keinerlei Mietzahlungen zu erbringen. Das gilt regelmäßig auch dann, wenn der Vermieter ihm die Mietsache zum vereinbarten Übergabezeitpunkt anbietet, diese sich jedoch nicht in einem vertragsgemäßen Zustand befindet, sondern Mängel aufweist. In diesem Fall kann der Mieter die Annahme der Mietsache grundsätzlich komplett verweigern⁶⁴. Zur Begründung wird teilweise auf § 266 BGB rekurriert, wonach der Gläubiger Teilleistun-

⁶³ So auch *Schmidt*, NZM 2013, 705, 714; *Joachim*, DB 1986, 2649, 2654.

⁶⁴ *Soergel/Gsell* (Rn. 6), § 320 Rn. 64; *Schmidt*, NZM 2013, 705, 714.

gen nicht anzunehmen braucht. Seit der Schuldrechtsmodernisierung zum 1.1.2002⁶⁵ soll die Vorschrift auch die Schlechtleistung als qualitative Minderleistung erfassen⁶⁶. Jedenfalls ergibt sich aus § 294 BGB, dass der Gläubiger nicht gehalten ist, eine mangelhafte Sache als Erfüllung anzunehmen⁶⁷. Ausnahmsweise darf der Mieter jedoch die Entgegennahme der Mietsache nicht verweigern, wenn diese nur äußerst geringfügige und unschwer behebbare Mängel aufweist, so dass ihm deren Annahme bei verständiger Würdigung seiner Lage und seiner schutzwürdigen Interessen zuzumuten ist⁶⁸. Das ergibt sich allerdings direkt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB und nicht etwa aus § 320 Abs. 2 BGB. Denn diese Vorschrift betrifft allein die Situation *nach* Überlassung des Mietobjekts an den Mieter, nämlich nachdem „von der einen Seite [hier dem Vermieter – Anm. des Verf.] teilweise geleistet worden“⁶⁹.

Nicht ganz klar ist im Übrigen, unter welchen Umständen der Mieter die Entgegennahme einer mangelhaften Mietsache ausnahmsweise nicht verweigern darf. Auf den Maßstab des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB wird man schwerlich abstellen können; allein die Geringfügigkeit des Mangels lässt eine Zurückweisung der Mietsache nicht als treuwidrig erscheinen. Grundsätzlich darf der Mieter auf die Behebung eines Mangels drängen, zumal dann, wenn dem Vermieter dies unschwer möglich ist. Nur wenn ein nachvollziehbares Interesse an der sofortigen Mängelbeseitigung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt besteht und diese dem Vermieter ad hoc nicht möglich ist, erscheint eine Zurückweisung der Mietsache zum vereinbarten Übergabezeitpunkt treuwidrig. Das bedeutet aber nicht, dass der Mieter den Mangel auf Dauer hinnehmen muss. Der Erfüllungsanspruch des Mieters besteht in jedem Falle fort, solange nicht ausnahmsweise für den Vermieter die Obergrenze überschritten ist⁷⁰.

b) Situation nach Überlassung der Mietsache

Erst nach Überlassung der Mietsache an den Mieter ist der Anwendungsbereich des § 320 Abs. 2 BGB eröffnet. Nach dem Wortlaut der Bestimmung scheint eine Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts keineswegs einen Automatismus darzustellen. Insbesondere ist eine Proportionierung der Leistungspflicht entsprechend dem erbrachten Umfang der Gegenleistung nicht vorgesehen⁷¹. Auch bei teilweiser Erbringung der Gegenleistung – so lässt

⁶⁵ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I, 3138.

⁶⁶ MüKo/Krüger (Fn. 6), § 266 Rn. 4; PWW /Zöchling-Jud (Fn. 6), § 266 Rn. 6; Erman/Artz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 266 Rn. 2.

⁶⁷ Staudinger/Bittner, BGB, Neubearbeitung 2014, § 266 Rn. 5; Staudinger/Feldmann, Neubearbeitung 2014, § 294 Rn. 7; juris-PK/Kerwer, 7. Aufl. 2014, § 266 Rn. 8.

⁶⁸ In diesem Sinne MüKo/Krüger (Fn. 6), § 266 Rn. 13; Staudinger/Bittner (Fn. 67), § 266 Rn. 30; wohl auch Schmidt, NZM 2013, 705, 714.

⁶⁹ Schmidt, NZM 2013, 705, 714.

⁷⁰ S. dazu BGH, WuM 2010, 348; 2005, 713.

⁷¹ Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 50; MüKo/Emmerich (Fn. 6), § 320 Rn. 42 mit Hinweis auf die Intention des historischen Gesetzgebers in Rn. 41.

sich § 320 Abs. 2 BGB bei unbefangener Lesart interpretieren – kann der Schuldner die ihm obliegende Leistung grundsätzlich nach Maßgabe des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB in vollem Umfang verweigern. Selbst wenn es sich bei der „verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils“ lediglich um einen Aspekt im Rahmen der nach § 320 Abs. 2 BGB gebotenen Gesamtabwägung handelt⁷², liegt aufgrund der besonderen Hervorhebung dieses Kriteriums durchaus der Umkehrschluss nahe, dass bei essenziellen Leistungsdefiziten – also bei schwerwiegenden Mängeln der Mietsache – die komplette Mietzahlung einbehalten werden könnte.

c) Bisherige Ansätze zur Restriktion des Leistungsverweigerungsrechts

Allerdings sind sich Rechtsprechung und Schrifttum seit jeher einig gewesen, dass dem Mieter bei Eintritt von Mängeln *nach* Überlassung der Mietsache das Zurückbehaltungsrecht nicht uneingeschränkt zusteht, er somit nicht prinzipiell die komplette Mietzahlung bis zur Behebung des Mangels einstellen kann. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 17.6.2015 die hierzu vertretenen Positionen in allen Facetten dargestellt (Tz. 51 bis 58). Deshalb sollen an dieser Stelle nur noch einmal die wesentlichen Ansätze zur Restriktion des Zurückbehaltungsrechts betrachtet werden.

aa) Orientierung an den Mängelbeseitigungskosten

Eine verbreitete Auffassung hat sich bei der Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts gem. § 320 Abs. 2 BGB an der Höhe der Mängelbeseitigungskosten orientiert⁷³, so auch der XII. Zivilsenat des BGH in einer am 26.03.2003 ergangenen Einzelfallentscheidung (XII ZR 167/01)⁷⁴. Dabei wurde auf die Praxis des Werkvertragsrechts zurückgegriffen, diese aber teilweise modifiziert. Die dortige Rechtsprechung hatte dem Besteller nach Abnahme des Werks durchaus den dreifachen Mängelbeseitigungsbetrag als Einbehalt zuerkannt⁷⁵. Diese Übung hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 641 BGB zum 1.5.2000, insbesondere der Aufnahme einer Bestimmung zum Zurückbehaltungsrecht in einem neuen Absatz 3, kodifiziert⁷⁶. Nach § 641 Abs. 3 BGB a.F. konnte der Besteller nach Abnahme des Werks bei Vorliegen von Mängeln die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten.

⁷² BGHZ 54, 244, 249 = NJW 1970, 2019, 2021; MüKo/*Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 42.

⁷³ So insbes. OLG Naumburg, NZM 2001, 100, 102; Soergel/*Gsell* (Rn. 6), § 320 Rn. 64; Bamberger/*Roth/H. Schmidt* (Rn. 10), § 320 Rn. 8; Lützenkirchen/*Lützenkirchen* (Fn. 22), § 535 Rn. 892; *Derleder*, NZM 2002, 676, 680; *Schenkel*, NZM 1998, 502, 503; wohl auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 22), § 536 Rn. 426.

⁷⁴ BGH, WuM 2003, 439 = ZMR 2003, 416.

⁷⁵ S. etwa BGH, NJW 1981, 1448, 1449 a.E.; s. auch BGH, NJW 1981, 2801; 1982, 2494: das Zweifache der Nachbesserungskosten neben dem Sicherungseinhalt.

⁷⁶ Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000, BGBl. I, 330.

Die mietrechtliche Instanzjudikatur hat sich bei ihrer Anleihe an das werkvertragsrechtliche Zurückbehaltungsrecht mitunter recht großzügig gezeigt, indem sie den Einbehalt auf das Drei- bis Fünffache des Mängelbeseitigungskosten bemessen hat⁷⁷. Dem hat sich die Literatur teilweise angeschlossen⁷⁸. Nach dem Inkrafttreten des § 641 Abs. 3 BGB a.F. hat sie sich dann aber vielfach an der dortigen Wertung orientiert und die dreifache Höhe des Instandsetzungsaufwands als regelmäßig angemessenen Einbehalt betrachtet⁷⁹.

Seit der Änderung des § 641 Abs. 3 BGB durch das Forderungssicherungsgesetz zum 1.1.2009⁸⁰ und der dadurch erfolgten Reduzierung des dem Werkbesteller zuerkannten Einbehalts auf „in der Regel das Doppelte“ der Mängelbeseitigungskosten wird teilweise auch dieser Maßstab in das Mietrecht transferiert⁸¹. Vereinzelt ist die Höhe des zurückbehaltungs-fähigen Betrags aber auch auf den bloßen Mängelbehebungsaufwand begrenzt worden⁸².

bb) Bemessung anhand der Mietminderungsquote

Nach anderer Ansicht ist die Höhe des Einbehalts nach dem Umfang der Mietminderung zu bemessen⁸³. In der Regel wird auf das Drei- bis Fünffache der Minderungsquote abgestellt⁸⁴; teilweise wird aber auch der dreifache⁸⁵ oder der zweifache Minderungsbetrag⁸⁶ als ausreichend erachtet. Zur Begründung wird angeführt, dass die Mängelbeseitigungskosten als Bemessungsgrundlage für den Einbehalt schon deswegen ungeeignet seien, weil deren Höhe für den Mieter ohne fachkundige Beratung kaum einschätzbar sei, insbesondere nicht bei Mängeln, die ihre Ursache außerhalb der Mietsache hätten. Demgegenüber könne er die Minderungsquote infolge der in seiner Sphäre wahrgenommenen Gebrauchsbeeinträchtigung relativ leicht bemessen⁸⁷.

⁷⁷ So insbesondere LG Bonn, WuM 1991, 262 unter Hinweis auf BGH NJW 1982, 2494, allerdings ohne nähere Begründung; ebenso OLG Naumburg, NZM 2001, 100, 102.

⁷⁸ So etwa *Schenkel*, NZM 1998, 502, 503.

⁷⁹ So etwa *Soergel/Gsell* (Rn. 6), § 320 Rn. 64, restriktiver aber bei Rn. 88 a.E.; *Bamberger/Roth/H. Schmidt* (Rn. 10), § 320 Rn. 8; *Derleder*, NZM 2002, 676, 680.

⁸⁰ Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen vom 28.10.2008, BGBl. I, 2022.

⁸¹ *Selk*, NZM 2009, 142; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* (Fn. 22), § 536 Rn. 426.

⁸² So insbes. *Fritz*, *Gewerberaummietrechts*, 4. Aufl. 2005; Kap. IV Rn. 279; *Schubert*, JR 1983, 17, 19.

⁸³ OLG Naumburg, GuT 2002, 15, 18; LG Hamburg, MDR 1984, 494; AG München, WuM 1987, 216; *Schmidt-Futterer/Blank* (Fn. 22), § 543 Rn. 99; *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 50), § 536 Rn. 189; *Sternel* (Fn. 38), Rn. III 124; *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 14 f.

⁸⁴ OLG Naumburg, GuT 2002, 15, 18; LG Hamburg, MDR 1984, 494; AG München, WuM 1987, 216; *Sternel* (Fn. 38), Rn. III 124; *Schmidt-Futterer/Blank* (Fn. 22), § 543 Rn. 99; *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 14 f.; *Franke*, ZMR 2010, 663, 666; *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 14; *Joachim*, DB 1986, 2649, 2651.

⁸⁵ AG Bergheim, WuM 2012, 580, 581.

⁸⁶ *Selk*, NZM 2009, 142.

⁸⁷ So *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 15.

cc) Monatliche Limitierung des Einbehalts

Einen völlig anderen Ansatz hat der OLG Frankfurt in einem Urteil vom 23.4.1999 (24 U 110/97)⁸⁸ vertreten; dieser findet in der Literatur nach wie vor Befürworter⁸⁹. Danach entfaltet das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB seine Wirkung nur in dem jeweiligen Zahlungsmonat. Nach dessen Ablauf soll es erlöschen, weil dem Vermieter die Leistungserbringung für diesen Zeitabschnitt unmöglich geworden sei; das Zurückbehaltungsrecht könne dann eine Druckfunktion nicht mehr ausüben⁹⁰. Im Folgenden Monat soll es dann wieder neu entstehen und mit dessen Ablauf enden.

d) Auffassung des BGH in dem Urteil vom 17.6.2015

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat indes sämtlichen Versuchen einer Restriktion des Leistungsverweigerungsrechts anhand von starren Prinzipien eine Absage erteilt. Der quantitative und temporale Umfang dieses Rechtsbehelfs lasse sich nicht allgemeingültig, sondern nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§§ 320 Abs. 2, 242 BGB) bestimmen (Tz. 59). Allerdings sei das dem Tatgericht eingeräumte Beurteilungsermessen überschritten, wenn das Zurückbehaltungsrecht so dimensioniert werde, dass der Mieter auf unabsehbare Zeit überhaupt keine Miete mehr zahlen müsse. Das wäre weder mit dem das Wohnraummietverhältnis prägenden dauernden Leistungsaustausch noch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar (Tz. 60).

Anders als beim Kauf- oder Werkvertrag könne bei der Miete die durch einen Mangel bedingte Störung des Äquivalenzverhältnisses nur für die Zukunft beseitigt werden. Für die bereits abgelaufenen Zeitabschnitte müsse es naturgemäß bei der mangelbedingten Reduzierung der Gebrauchstauglichkeit bleiben, dieser werde aber durch die (gesetzliche) Mietminderung nach § 536 Abs. 1 Rechnung getragen. Die Besonderheit, dass das Zurückbehaltungsrecht bei der Miete angesichts ihres Dauerschuldcharakters nur auf künftige Nutzungszeiträume abzielen könne, sei bei der Bemessung seines Umfangs im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB zu beachten (Tz. 62). Damit scheint der VIII. Senat davon auszugehen, dass das Zurückbehaltungsrecht während des laufenden Mietverhältnisses angesichts seiner hier allein zukunftsbezogenen Wirkung stets nur in einem nach § 320 Abs. 2 BGB reduzierten Umfang geltend gemacht werden kann. Dazu stellt er folgende Kriterien auf:

⁸⁸ NZM 2000, 186, 187 f. = ZMR 1999, 628, 629 f.

⁸⁹ So namentlich MüKo/Häublein (Rn. 22), vor § 536 Rn. 15; Lehmann-Richter, NJW 2008, 1096, 1099; jetzt auch Schach, GE 2015, 1058, 1059.

⁹⁰ OLG Frankfurt, NZM 2000, 186, 188 = ZMR 1999, 628, 629; MüKo/Häublein (Rn. 22), Vor § 536 Rn. 15.

(1) Es sei grundsätzlich verfehlt, das Leistungsverweigerungsrecht des Wohnraummieters ohne zeitliche Begrenzung auf einen mehrfachen Betrag der monatlichen Minderung oder der Mängelbeseitigungskosten zu bemessen (Tz. 62 a.E.).

(2) Der Mieter könne das Leistungsverweigerungsrecht an den laufenden Mieten nur so lange ausüben, wie es seine Druckfunktion überhaupt noch erfüllen könne. Sofern aufgrund der Höhe und der Dauer des Einbehalts nicht mehr zu erwarten sei, dass der Vermieter seiner Mängelbeseitigungspflicht nachkomme, habe das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck verfehlt. Eine weitere Fortsetzung des Einbehalts hätte zur Folge, dass der Mieter bei einem die Gebrauchstauglichkeit lediglich einschränkenden Mangel selbst die geminderte Miete nicht zu entrichten brauchte (Tz. 63).

(3) Schließlich müsse der Einbehalt in einer angemessenen Relation zur Bedeutung des Mangels stehen. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Miete bis zur Beseitigung des Mangels ohnehin gemindert sei; bereits hierdurch verspüre der Vermieter einen erheblichen Druck im Hinblick auf die Mängelbeseitigung. Anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht trete das Leistungsverweigerungsrecht hier neben die Minderung. Deshalb sei es – namentlich bei Mängeln, welche die Gebrauchstauglichkeit nur in beschränktem Umfang mindern – schonend auszuüben. Dabei komme sowohl ein Teileinbehalt für einen „gewissen, etwas längeren Zeitraum“ als auch ein Gesamteinbehalt für kurze Zeit in Betracht. Maßgebend seien sämtliche Umstände des Einzelfalls, insbesondere

- die Bedeutung des Mangels,
- die Frage, ob dieser mit geringem Aufwand oder nur unter größeren Schwierigkeiten zu beseitigen sei,
- gegebenenfalls auch das Verhalten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel (Tz. 64 f.).

Lösung Fall 2:

Bei einer monatlichen Gesamtmiete von 530 € hätte sich das von März 2009 bis Oktober 2012 geschuldete Gesamtvolumen auf 23.320 € belaufen. Bträgt die Minderungsquote 20%, so errechnet sich für diesen Zeitraum ein Minderungsbetrag von 4.660 € zzgl. einer Minderung an etwaigen Betriebskostennachforderungen⁹¹. Hat M jedoch in dem genannten Zeitraum weitere 10.000 € einbehalten, so ist dieser Betrag unter dem Gesichtspunkt des Leistungsverweigerungsrecht deutlich überhöht.

⁹¹ S. dazu BGH, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625; dazu *Günter*, WuM 2012, 299; *Bieber*, NZM 2006, 683, 685 f.

e) Bewertung der BGH-Auffassung

Die Sichtweise des VIII. Zivilsenats ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen. So moniert *Blank*, der alleinige Hinweis auf das tatrichterliche Beurteilungsermessen helfe der Praxis nicht weiter; es werde lediglich eine nützliche Berechnungsmethode durch eine Leerformel ohne materiellen Gehalt ersetzt⁹².

aa) Gegenüberstellung der bisherigen Lösungsansätze

Allerdings nennt § 320 Abs. 2 BGB als Maßstab für eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts letztlich nur die Umstände des Einzelfalls sowie den Grundsatz von Treu und Glauben; einen Richtwert oder gar einen Regeleinbehalt wie § 641 Abs. 3 BGB kennt die Vorschrift gerade nicht. Schon deshalb musste der vielfach erfolgte Rekurs auf die Konturen dieser Vorschrift fragwürdig erscheinen. Jedenfalls kann von einer planwidrigen Regelungslücke nicht ausgegangen werden⁹³.

Im Übrigen fragt es sich, ob eine Orientierung an den Mängelbeseitigungskosten, wie § 641 Abs. 3 BGB sie vornimmt, im Bereich des Mietvertrags überhaupt zu sachgerechten Ergebnissen führen kann. Beim Werkvertrag ist die Hauptleistung des Unternehmers dadurch gekennzeichnet, dass dieser den vertraglich geschuldeten Gegenstand herzustellen hat und die dafür erforderlichen Aufwendungen kalkuliert. Regelmäßig stehen diese in Relation zu der vereinbarten oder als vereinbart geltenden üblichen Vergütung (vgl. §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 2 und 3 BGB). Indes hat der Vermieter die vertraglich geschuldete Mietsache lediglich zu überlassen. Natürlich muss er sie auch in den vertragsgemäßen Zustand versetzen, sofern sie sich darin noch nicht befindet. Doch ist dies nicht zwingend auch Gegenstand seiner Kalkulation. Und die vom Mieter monatlich zu entrichtende Miete korreliert nicht mit den Herstellungskosten des Mietobjekts, sondern allein mit dessen Wert auf dem Mietmarkt.

So kommt es beim Mietvertrag nicht selten vor, dass ein vorhandener Mangel zu einer eher geringfügigen Gebrauchsbeeinträchtigung führt, die Kosten für die Mängelbeseitigung jedoch gravierend sind. Exemplarisch hat *Bieber* in seinem auf dem 8. DMT 2006 gehaltenen Vortrag den defekten Fahrstuhl in einem Mehrfamilienhaus angeführt⁹⁴. Das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung mag für den im zweiten Obergeschoss wohnenden Mieter bei maximal 20% liegen, wohingegen sich die Reparaturkosten unter Umständen auf 10.000 € belaufen könnten⁹⁵. Würde man hier auch nur auf das Zweifache der Mängelbeseitigungskosten abstellen, würde sich der zulässige Einbehalt auf insgesamt 20.000 € belaufen. Dann

⁹² *Blank*, WuM 2015, 577.

⁹³ *Bieber*, NZM 2006, 683, 686; *Schmidt*, NZM 2013, 705, 715.

⁹⁴ *Bieber*, NZM 2006, 683, 687.

⁹⁵ S. auch *Sternel* (Fn. 38), Rn. III 125.

könnte der Mieter eine lange Zeit gleichsam mietfrei wohnen, bevor er die (geminderte) Miete – spätestens bei Beendigung des Mietverhältnisses – nachentrichten müsste.

Aber auch eine Bemessung des Einbehalts mithilfe der Minderungsquote erscheint bei genauerer Betrachtung nicht überzeugend. Das gilt zunächst einmal für die dogmatische Begründung; denn dem Leistungsverweigerungsrecht und der Minderung liegen – wie bereits oben dargestellt wurde (s. unter II. 2.) – gänzlich unterschiedliche Intentionen zugrunde. Natürlich kann auch die konsequent ausgeübte Mietminderung beim Vermieter Druck im Hinblick auf die Beseitigung von reklamierten Mängeln erzeugen, nur ist dies eben nicht ihre originäre Aufgabe, sondern lediglich ein dem Mieter günstiger Rechtsreflex. Somit kann ein Rückgriff auf die Grundsätze der Mietminderung – wenn überhaupt – nur mit großer Zurückhaltung in Betracht kommen.

Von Interesse ist im Übrigen die Genese dieser Auffassung. Im älteren Schrifttum⁹⁶ werden meist zwei Entscheidungen aus den mittleren 1980er Jahren zitiert, und zwar die Urteile des LG Hamburg vom 3.2.1984 (11 S 87/83)⁹⁷ und des AG München vom 30.1.1986 (26 C 3848/85)⁹⁸. Diese verweisen übereinstimmend auf eine Faustregel, nach der davon auszugehen sei, dass etwa der drei- bis fünffache Betrag der „ausstehenden mangelhaften Leistung“ verweigert werden dürfe. Das ist jedoch nicht der Minderungsbetrag, sondern wiederum der Kostenaufwand für die Mängelbeseitigung⁹⁹. Beide Entscheidungen rekurrieren auf ein Urteil des OLG Hamburg vom 12.1.1970¹⁰⁰. Jedoch geht es in diesem überhaupt nicht um ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber Mietforderungen, sondern einer Restwerklohnforderung. Diese belief sich auf knapp 173.000 DM, wohingegen die Mängelbeseitigungskosten ca. 1.200 DM betragen. Nach Auffassung des OLG Hamburg hat dem Besteller ein vollständiger Einbehalt der Restvergütung nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB angesichts der geringen Höhe der Nachbesserungskosten nicht zugestanden; dies folge aus § 320 Abs. 2 BGB. Der Besteller dürfe mithin nur den Teil der Restvergütung zurückhalten, der in einem nach Treu und Glauben angemessenen Verhältnis zu dem noch unerfüllt gebliebenen Nachbesserungsanspruch stehe und:

„Als angemessen ist der dreifache Betrag des Werts der ausstehenden Gegenleistung anzusehen. Mit einer Zurückhaltung wird ein hinreichender Druck auf den Unternehmer ausgeübt, die vorhandenen Mängel tatsächlich abzustellen.“¹⁰¹

⁹⁶ So etwa *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, Kap. II. Rn. 536 Fn. 21.

⁹⁷ MDR 1984, 494 = WuM 1984, 172.

⁹⁸ WuM 1987, 216.

⁹⁹ So auch LG Saarbrücken, Urt. v. 17.7.2015 – 10 S 203/14, Tz. 52.

¹⁰⁰ MDR 1970, 676.

¹⁰¹ OLG Hamburg, MDR 1970, 676.

Wie man überhaupt auf die in der Praxis bis zuletzt herangezogene Faustformel des drei- bis fünffachen Minderungsbetrags gekommen ist, lässt sich schwer rekonstruieren. Jedenfalls erscheint es zweifelhaft, ob sie dem Wesen des Leistungsverweigerungsrechts und seiner in § 320 Abs. 2 BGB formulierten Restriktion gerecht wird.

bb) Resistenz des Vermieters

Weiterhin hat *Blank* kritisiert, der VIII. Senat habe einen weiteren Fall des Verlustes des Zurückbehaltungsrechts geschaffen, nämlich wenn „nicht mehr zu erwarten [sei], dass der Vermieter seiner Verpflichtung auf Beseitigung des Mangels unter dem Druck der Leistungsverweigerung nachkommen wird“ (Rn. 63)¹⁰². In der Tat mutet dieser Gedanke befremdlich an. Warum darf der auf den Vermieter ausgeübte Druck nicht potenziert werden, wenn dieser die ihm obliegende Mängelbeseitigung, die ihm möglich und zumutbar ist, geradezu hartnäckig verweigert? Im Übrigen fragt es sich, welche Rechtsfolge die vom VIII. Senat propagierte Zweckverfehlung auslösen soll. Sofern das Zurückbehaltungsrecht nunmehr komplett entfallen soll, müsste der Mieter die einbehaltenen Beträge umgehend auskehren. Doch will der Senat dem Mieter wohl nur eine „weitere[] Fortsetzung eines über die Minderung hinausgehenden Einbehalts“ versagen (Tz. 63), was auch seiner in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Tendenz, das Leistungsverweigerungsrecht in der bislang praktizierten Dimension einzuhegen, entspricht. Demgemäß hat der Senat hier keinen weiteren Beendigungsgrund geschaffen, wohl aber das Zurückhaltungsrecht zeitlich eingegrenzt mit dem Argument, nach einer gewissen Dauer seiner Ausübung werde es weiteren Druck auf den Vermieter nicht mehr erzeugen.

Davon losgelöst ist die Frage zu betrachten, ob die Argumentation des Senats an dieser Stelle überzeugen kann. Natürlich wird auch eine äußerst rigide Sanktion ihren Adressaten nicht beeindrucken können, wenn dieser gegen jedwede Ansprache resistent ist. Das mag im Mietrecht nicht anders sein als im Strafrecht; doch führt dies die Sanktion keineswegs ad absurdum. Denn diese konfrontiert ihren Empfänger zumindest in eindringlicher Weise mit seinem Fehlverhalten und lässt ihn Einbußen spüren, sofern er nicht bereit ist, dieses abzustellen. Die Sichtweise des VIII. Senat hat die seltsame Konsequenz, dass eine Intensivierung der Pflichtverletzung auf Seiten des Vermieters zu einem Rechtsverlust beim Mieter führen würde. Und das kann sicher nicht richtig sein, um die von *Blank* aufgeworfene Frage¹⁰³ direkt zu beantworten.

¹⁰² *Blank*, WuM 2015, 577; in diesem Sinne auch *Selk*, NZM 2016 (im Erscheinen).

¹⁰³ WuM 2015, 577.

cc) Risiko einer unrichtigen Bemessung des Einbehalts – Problemkreis Rechtsirrtum

Eine weitere von *Blank*¹⁰⁴, aber auch von *Börstinghaus*¹⁰⁵ und *Selk*¹⁰⁶ thematisierte Problematik der BGH-Entscheidung liegt in den Konsequenzen für den Mieter bei unrichtiger Bemessung des Einbehalts. Zu Recht befürchten die Autoren, dass der Mieter, der sein Leistungsverweigerungsrecht zu Unrecht oder im Übermaß geltend macht, in Zahlungsverzug gerät mit der Folge einer außerordentlichen fristlosen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB), zumindest aber einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB)¹⁰⁷. Nach Auffassung des BGH sind an einen exkulpierenden Rechtsirrtum strenge Anforderungen zu stellen¹⁰⁸. Der Mieter muss die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sorgfältig prüfen, eine Fehleinschätzung vermag ihn nur dann zu entschuldigen, wenn er mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte¹⁰⁹. Diese Grundsätze gelten nach dem Urteil vom 11.7.2012 (VIII ZR 138/11)¹¹⁰ auch für den Tatsachenirrtum, sofern der Mieter die Ursache eines Mangels unrichtig eingeschätzt hat.

Daran gemessen wäre selbst eine geringfügige Überschreitung des vom Tatgericht im Rahmen seines Ermessensspielraums judizierten Umfangs des Zurückbehaltungsrechts, sofern sie zu einem kündigungsrelevanten Rückstand führt, riskant. Allerdings hat ein gewisses Risiko auch schon unter der Herrschaft der bisherigen Rechtsprechung zu § 320 BGB bestanden. Vor allem bei der Höhe der Mängelbeseitigungskosten konnte sich der Mieter durchaus sehr leicht vergreifen; doch wäre hier ein Rekurs auf die Rechtsprechung zu § 641 Abs. 3 BGB möglich gewesen, der zufolge der Unternehmer für die Höhe dieser Kosten darlegungs- und beweispflichtig ist¹¹¹. Sofern das Gericht allerdings geneigt war, den Einbehalt nach der Minderungsquote zu bemessen, war es für den Mieter kaum absehbar, ob es im Zweifel auf das Doppelte oder das Dreifache des Minderungsbetrags abstellte und ob es bei erheblichen Mängeln auch einem Einbehalt in der fünffachen Höhe des Minderungsbetrags billigten würde.

Im Übrigen fragt es sich, ob bei einem Irrtum des Mieters über den (vom Tatgericht zu bemessenden) Umfang des Leistungsverweigerungsrechts die bisherigen Grundsätze des

¹⁰⁴ WuM 2015, 577 f.

¹⁰⁵ jurisPR-MietR 17/2015 Anm. 1.

¹⁰⁶ NZM 2016 (im Erscheinen).

¹⁰⁷ So namentlich *Blank*, WuM 2015, 577, 578; s. auch *Selk*, NZM 2016 (im Erscheinen).

¹⁰⁸ Grdl. BGH NZM 2007, 35 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103: „Mieterverein-Urteil“; ferner BGH WuM 2014, 562, 565 = ZMR 2014, 710, 712; WuM 2014, 489, 494.

¹⁰⁹ BGH, NZM 2007, 35, 37 = WuM 2007, 24, 26 = ZMR 2007, 103, 106; ferner BGH WuM 2014, 562, 565 = ZMR 2014, 710, 712; WuM 2014, 489, 494.

¹¹⁰ BGH WuM 2012, 499 mit Anm. *Blank* = ZMR 2013, 177 mit Anm. *Schläger*, s. dazu auch *Selk*, NZM 2012, 797; *Hinz*, NJW 2013, 337.

¹¹¹ BGH, NJW-RR 2008, 401, 402; 1997, 18.

Rechtsirrtums überhaupt eins zu eins zur Anwendung kommen können. Das hätte zur Folge, dass der Mieter selbst dann nicht exkulpiert wäre, wenn er sich mit der Höhe seines Einbehalts noch im Bereich des Vertretbaren bewegen, das Gericht aber im Rahmen seines Beurteilungsermessens zu einer divergierenden Höhe gelangen würde. Denn mit einer anderen Beurteilung durch das Gericht muss er gerade auch dann rechnen, wenn eine Ermessensentscheidung ansteht. Die Besonderheit des Ermessens liegt eben darin, dass es mehrere vertretbare und damit zutreffende Entscheidungen gibt. Insofern erscheint es aber bereits zweifelhaft, ob sich der Mieter, der den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts anders eingeschätzt hat als das (später) mit der Sache befasste Gericht, überhaupt in einem *Rechtsirrtum* befindet, soweit seine Wertung noch im Bereich des Vertretbaren liegt.

Aus diesem Grunde hat *Börstinghaus* in seinen Anmerkungen zu dem Urteil des BGH vom 11.7.2012¹¹² eine weitere Kategorie des schuldrelevanten Irrtums ins Leben gerufen: den sog. Schätzirrtum¹¹³. Ein solcher komme in Betracht, wenn ein Mangel der Mietsache sowie die Mietminderung feststünden, Mieter, Vermieter und Gericht aber unterschiedliche Vorstellungen über die Bewertung der Gebrauchsbeeinträchtigung hätten. Indes dürfte es sich bei einem derartigen Schätzirrtum entweder um einen Rechtsirrtum oder einen Tatsachenirrtum handeln. Ein Rechtsirrtum wäre anzunehmen, wenn der Mieter die Minderung für die (zutreffend erfasste) Gebrauchsbeeinträchtigung zu hoch bemessen hat; ein Tatsachenirrtum läge vor, wenn er das Ausmaß der Gebrauchsbeeinträchtigung überschätzt hat. Ein Wertungsspielraum dürfte nur in der ersten Konstellation bestehen.

Eine derartige Situation kann aber auch beim Leistungsverweigerungsrecht eintreten; auch hier können Mieter, Vermieter und Gericht unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich der Angemessenheit des Einhalts im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB haben, die jedoch – und das ist entscheidend – allesamt im Bereich des Vertretbaren liegen. *Börstinghaus* erwägt, zugunsten des Mieters hier auf die „magische“ 10%-Grenze zu rekurrieren¹¹⁴. Das mag bei der Mietminderung ansatzweise passen; ob es hingegen dem weiten Beurteilungsspielraum gerecht wird, den § 320 Abs. 2 BGB dem Gericht gewährt, könnte fraglich sein. Eher wäre daran zu denken, die 10%-Marge als Richtwert für eine Abweichung von der gerichtlichen Einschätzung zu betrachten, im Einzelfall aber auch weitergehende Divergenzen zu tolerieren – immer vorausgesetzt, dass sich die Entscheidung des Mieters unter Berücksichtigung der konkreten Situation noch als vertretbar erweist¹¹⁵.

¹¹² BGH, WuM 2012, 499 mit Anm. *Blank* = ZMR 2013, 177 mit Anm. *Schläger*.

¹¹³ *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 4; *ders.*, MietPrax-AK, § 543 BGB, Anm. zu E 26.

¹¹⁴ *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 4; *ders.*, MietPrax-AK, § 543 BGB, Anm. zu E 26.

¹¹⁵ In diesem Sinne auch die folgende Passage in der Anmerkung von *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 4: „Ein ‚Verschätzen‘ darf deshalb nur bei Abweichungen, die nicht mehr vertretbar sind, als schuldhaft angesehen werden.“

In diesem Sinne hat sich auch *Milger* in ihrem Überblick zur Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats aus dem Jahre 2012¹¹⁶ geäußert. Da es sich bei der Bemessung einer Mietminderung um eine Schätzung handelt, die naturgemäß einen gewissen Spielraum zulässt, will sie bei der Beurteilung eines etwaigen Mieterverschuldens darauf abstellen, ob sich die vorgenommene Minderung in der richtigen Größenordnung bewegt. Überträgt man diese Grundsätze auf das Zurückbehaltungsrecht, wäre der Mieter jedenfalls solange exkulpiert, wie er in dem nach § 320 Abs. 2 BGB eröffneten Spielraum bleibt, selbst wenn das Gericht zu einer anderen Wertung gelangen sollte. Allerdings steht eine Entscheidung des BGH zu den Auswirkungen des Schätzirrtums auf das Verschulden des Mieters noch aus.

f) Rezeption der Entscheidung

Mittlerweile gibt es auch erste Reaktionen in der Instanzrechtsprechung auf die neue Linie des BGH. Nach einem Urteil des AG Gießen vom 6.11.2015 (48 C 48/15)¹¹⁷ ist ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des drei- bis fünffachen Minderungsbetrags nicht mehr vertretbar; der Mieter dürfe aber grundsätzlich den zweifachen Minderungsbetrag einbehalten. Die 63. Zivilkammer des LG Berlin zieht in einem Urteil vom 06.10.2015 (63 S 51/15)¹¹⁸ jedenfalls die Konsequenz, dass der Mieter sein Leistungsverweigerungsrecht nicht in solchen Monaten geltend machen könne, in denen gar kein Mangel bestehe.

Auch im Schrifttum sind Überlegungen zur Umsetzung des BGH-Urteils vom 17.6.2015 angestellt worden. Nach Ansicht von *Schach*¹¹⁹ folgt aus dem vom Senat geäußerten Gedanken, für bereits abgelaufene Zeitabschnitte werde dem Äquivalenzprinzip allein durch die Mietminderung Rechnung getragen, dass das Zurückbehaltungsrecht jeweils für den abgelaufenen Monat entfällt, für den nächsten Monat aber neu entsteht, sofern der Vermieter den Mangel noch nicht beseitigt hat. Das entspricht der insbesondere vom OLG Frankfurt¹²⁰ vertretenen Auffassung (s. dazu unter IV. 1. c. cc).

Der Hinweis des LG Berlin (ZK 63) trifft sicher zu, beinhaltet aber letztlich nichts Neues. Hingegen werden weder die Entscheidung des AG Gießen noch die Ansicht von *Schach* den vom VIII. Zivilsenat aufgestellten Grundsätzen gerecht. Für die Sichtweise des AG Gießen gilt dies bereits deswegen, weil sie bei einer Minderungsquote ab einem Drittel der monatlichen Bruttomiete zur Folge hätte, dass der Mieter überhaupt keine Miete zu entrichten brauchte. Zieht das AG Gießen indes keinerlei zeitliche Begrenzung des Leistungsverweige-

¹¹⁶ *Milger*, MDR 2013, 385.

¹¹⁷ AG Gießen, WuM 2016, 26.

¹¹⁸ LG Berlin, GE 2015, 1532.

¹¹⁹ GE 2015, 1058, 1059.

¹²⁰ NZM 2000, 186 = ZMR 1999, 628.

rungsrechts in Betracht, so könnte der Mieter nach wie vor auf unabsehbare Zeit die Zahlung der kompletten Miete verweigern. Gerade dem ist der VIII. Senat in dem Urteil vom 17.6.2015 jedoch entgegengetreten.

Aber auch die Ansicht von *Schach* steht mit der aktuellen BGH-Rechtsprechung nicht im Einklang. Natürlich kann das Zurückbehaltungsrecht die mangelbedingte Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses nicht rückwirkend beheben. Der Vermieter kann ja – wie *Hubert Schmidt* in seinem Referat zum 15. DMT 2013 lakonisch anmerkt¹²¹ – für die Vergangenheit keine Mängel mehr beseitigen. Allerdings kann er dies für die Zukunft und dazu ist er auch verpflichtet. Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter das Mietobjekt während der gesamten Vertragsdauer in einem vereinbarungsgemäßen Zustand zu erhalten. Dabei handelt es sich um eine Pflicht, die sich während der Mietzeit laufend – oder wie die Motive zum BGB es formulieren: „fort und fort“ – erneuert (s. oben unter III. 3. a), nicht jedoch um eine solche, die periodisch entsteht. Die Portionierung der Gegenleistung auf bestimmte Zeitabschnitte erfolgt allein aus Gründen der Praktikabilität; sie soll das Mietverhältnis nicht in bestimmte Zeitabschnitte unterteilen, zu deren Beginn der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache jeweils erneut anzudienen hat¹²².

Dem hat *Häublein* entgegengehalten, die Parteien hätten die pauschale Zuweisung der Gegenleistung zu bestimmten Perioden selbst vereinbart, deshalb könne sich der Mieter nicht darauf berufen, die monatliche Mietzahlung sei auch eine Gegenleistung für künftige Vermieterleistungen¹²³. Allerdings ist dies auf der Grundlage der tradierten Handhabung des Leistungsverweigerungsrechts auch nicht zu besorgen. Sobald der Mangel auftritt, zeigt der Mieter diesen dem Vermieter an und behält beginnend mit dem nächsten Fälligkeitstermin die Miete in einer bestimmten Höhe ein. Je länger der Vermieter seiner Pflicht zur Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands der Mietsache nicht nachkommt, desto höher wird der Einbehalt, der sich im Laufe der Monate aufbaut – aber eben, wie der BGH in dem hier besprochenen Urteil dekretiert, nicht zeitlich unbegrenzt.

Im Übrigen führt die von *Schach* aus der BGH-Entscheidung gezogene Konsequenz einer nur noch abschnittsweise möglichen Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts im Ergebnis dazu, dass der Mieter die geschuldete Miete zwar nicht zum Fälligkeitstermin, allerdings am Ende des Monats zu entrichten hat. Der Vermieter würde also die vereinbarte Gegenleistung lediglich einen knappen Monat später erhalten. Das wird ihn aber kaum dazu

¹²¹ *Schmidt*, NZM 2013, 705, 716.

¹²² So auch *Schmidt*, NZM 2013, 705, 714; ähnlich *Sternel* (Fn. 38), Rn. III 126; *Bub/Treier/Kraemer/Ehlert* (Fn. 38), Kap. III.B Rn. 3286.

¹²³ *MüKo/Häublein* (Fn. 22), vor § 536 Rn. 15.

motivieren, einen Mangel, zumal wenn dessen Behebung einiges an Aufwand erfordert, zeitnah zu beseitigen¹²⁴. Liegt aber die primäre Intention des Zurückbehaltungsrechts auch nach dem BGH-Urteil vom 17.6.2015 darin, Druck auf den Vermieter auszuüben, um ihn zur Erfüllung seiner primären Leistungspflicht anzuhalten, so dürfte auch die von *Schach* vertretene Sichtweise diesem Anliegen schwerlich gerecht werden.

g) Überlegungen zur Umsetzung in der Praxis

aa) Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

Möglicherweise findet sich in den Urteil vom 17.6.2015 aber doch ein gewisser Anhaltspunkt, an dem sich die Praxis bei der künftigen Handhabung des Leistungsverweigerungsrechts orientieren kann. So heißt es am Schluss der Entscheidung bei Tz. 68:

„Jedenfalls war ein Einbehalt, der etwa drei oder vier Monatsmieten deutlich überstieg, unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.“

Und im Folgesatz stellt der Senat klar, dass ein Einbehalt von „mehr als eine[r] Jahresmiete [...] weit über einen noch als angemessen anzusehenden Betrag hinaus[geht]“. Demgemäß scheint er einen Einbehalt von drei bis vier Monatsmieten wohl nicht als Obergrenze¹²⁵, aber als einen gewissen Regelwert zu betrachten, während er einen solchen von einer Jahresmiete unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für vertretbar hält.

Nicht ganz klar mag auf den ersten Blick erscheinen, ob die als unbedenklich erachteten drei bis vier Monatsmieten inklusive oder exklusive der gesetzlichen Mietminderung gemeint sind.

Beispiel 1:

Die gesetzliche Mietminderung beträgt 50%. Dürfte der Mieter die vertraglich vereinbarte Gegenleistung lediglich für vier Monate auf Null stellen, stünde ihm ein Leistungsverweigerungsrecht unter dem Strich nur in Höhe von zwei kompletten Monatsmieten zu.

Das hätte jedoch zur Folge, dass sich der zulässige Einbehalt durch eine höhere Minderungsquote reduzieren würde; je höher die gesetzliche Minderung ausfiele, desto weniger Raum bestünde für das Leistungsverweigerungsrecht. Das würde mit dem vom VIII. Senat aufgestellten Grundsatz kollidieren, dass der Einbehalt in angemessener Relation zur Bedeutung des Mangels stehen muss (Tz. 64). Demgemäß besteht das Leistungsverweigerungsrecht – jedenfalls im Regelfall – in Höhe von drei bis vier monatliche Gesamtmieten.

¹²⁴ So treffend *Schmidt*, NZM 2013, 706, 716 mit der rhetorischen Frage, welcher Druck auf den Vermieter denn überhaupt aufgebaut werde, wenn dieser die Miete wenige Wochen später doch erhalte.

¹²⁵ In diesem Sinne aber *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 17/2015 Anm. 1, allerdings mit Blick auf die für den beratenden Rechtsanwalt gebotene Vorsicht.

Beispiel 2:

Die monatliche Gesamtmiete in Höhe von 1.000 € ist wegen Feuchtigkeiterscheinungen in den Haupträumen um 50% gemindert. Geht man von einem Einbehalt in Höhe der vierfachen Monatsmiete aus, beläuft sich dieser auf insgesamt 4.000 €. Diesen Betrag kann der Mieter von der auf 500 € geminderten monatlichen Miete in Abzug bringen. Bei einem Einbehalt von 500 € würde er acht Monate lang keine Miete zahlen ($8 \times 500 \text{ €} = 4.000 \text{ €}$). Allerdings muss er die aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts einbehaltenen Mietbeträge nach Beseitigung des Mangels nachzahlen (s. dazu unter IV. 4.).

Korreliert die Höhe des Einbehalts mit der Bedeutung des Mangels, so lässt es sich wohl vertreten, dass bei besonders gravierenden Mängeln durchaus auch fünf Monatsmieten zurückbehalten werden dürfen. Denn auch das wäre wohl nicht „deutlich“ mehr als drei bis vier Monatsbeträge, allerdings deutlich weniger als ein Jahresentgelt. Bei sechs Monatsbeträgen könnte es allmählich schon etwas riskanter werden.

Beispiel 3:

Die monatliche Gesamtmiete in Höhe von 1.000 € ist wegen gravierender Feuchtigkeiterscheinungen in den Haupträumen um 75% gemindert und beträgt demgemäß lediglich 250 €. Ein Einbehalt in Höhe der fünffachen (ungeminderten) Monatsmiete würde sich auf 5.000 € belaufen. Der Mieter könnte die geminderte Restmiete 20 Monate lang einbehalten, um diese Größenordnung zu erreichen ($20 \times 250 \text{ €} = 5.000 \text{ €}$). Für einen Einbehalt in Höhe der vierfachen Monatsmiete könnte der Mieter immerhin über 16 Monate die Zahlung der geminderten Miete einstellen ($16 \times 250 \text{ €} = 4.000 \text{ €}$).

Der Mieter wird aber auch berechtigt sein, den Einbehalt zu strecken, um einen möglichst permanenten Druck zu erzeugen.

Beispiel 4:

Die monatliche Gesamtmiete in Höhe von 1.000 € ist um 25% gemindert. Geht man von einem Einbehalt in Höhe der dreifachen Nominalmiete aus, beläuft sich dieser wiederum auf 3.000 €. Diesen Betrag kann der Mieter auch aufsummieren, indem er von der bereits gesetzlich geminderten Miete weitere 25% (= 250 €) abzieht. In dieser Größenordnung könnte er das Leistungsverweigerungsrecht 12 Monate lang ausüben ($12 \times 250 \text{ €} = 3.000 \text{ €}$).

Dabei kann er sich an der Höhe der Minderungsquote orientieren, muss dies aber nicht. Sachgerecht erscheint es, dem Mieter zumindest hinsichtlich der Bemessung des monatlichen Abzugs sowie der Dauer der Ausübung gleichsam ein negatives Bestimmungsrecht analog § 315 BGB zuzuerkennen. Dann dürfte der Mieter die Intensität seiner Leistungsverweigerung nach billigem Ermessen bestimmen, wobei er natürlich das vom VIII. Senat postulierte Limit von regelmäßig drei bis vier Monatsmieten zu respektieren hätte¹²⁶.

Allerdings könnte sich der Mieter in Kündigungsgefahr begeben, wenn er sich sowohl bei der Höhe der Minderungsquote als auch bei der Höhe des Einbehalts vergreifen sollte. Nach

¹²⁶ S. auch *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 17/2015 Anm. 1.

dem Urteil des BGH vom 10.10.2012 (VIII ZR 107/12)¹²⁷ genügt für eine ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bereits eine Rückstandshöhe von mehr als eine Monatsmiete *und* eine Verzugsdauer von mindestens einem Monat. Gewiss würde dem Mieter die hier vertretene Auffassung zum Schätzirrtum helfen (s. dazu unter IV. 1. e. cc), doch kann diese noch nicht als gesichert gelten. Gerade wenn er sich über die Höhe der Mietminderung im Unklaren ist, sollte er die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts möglichst strecken, um im Falle eines übermäßigen Abzugs noch ein „weiches Polster“ zu erlangen. Im Übrigen sollte er die vom VIII. Senat für den Regelfall angenommene Dimension von vier Monatsmieten keinesfalls überschreiten.

Beispiel 6:

Der Mieter „mindert“ nach ordnungsgemäßer Mängelanzeige die monatliche Gesamtmiete im Höhe von 1.000 € um 20%. Das Berufungsgericht kommt zu dem Schluss, dass die gesetzliche Mietminderung lediglich 10% beträgt. Geht man – unter Wahrung besonderer Vorsicht – von einem Einbehalt in Höhe von drei Monatsmieten (= 3.000 €) aus, so könnte der Mieter die weiteren 10% (= 100 €) unter dem Gesichtspunkt der Leistungsverweigerung einbehalten (s. dazu unter IV. 2. b), und zwar über einen Zeitraum von 30 Monaten (30 x 100 € = 3.000 €). Und ein kündigungsrelevanter Rückstand würde dann frühestens nach 11 weiteren Monaten (wohl zuzüglich einer einmonatigen Verzugsdauer) auflaufen.

Will der Mieter größeren Druck auf den Vermieter ausüben, kann er auch (nach Mängelanzeige) 30% der monatlichen Miete einbehalten und davon 20% primär auf die Minderung sowie 10%, hilfsweise auch einen größeren Anteil, auf das Zurückhaltungsrecht stützen. Geht das Gericht lediglich von einer zehnpromzentigen Minderung aus, so wären die weiteren 20% als Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zu bewerten. Bei einer Monats(gesamt)miete von 1.000 € – wie im Beispiel 6 – könnte er dieses immerhin 15 Monate lang geltend machen, um einen Einbehalt in unbedenklicher Höhe von drei Monatsmieten aufzubauen (15 x 200 € = 3.000 €). In Kündigungsgefahr würde er sich erst nach weiteren fünf Monaten begeben.

Im Übrigen könnte der Mieter einer ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter Vertragspflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch dadurch die Wirkung nehmen, dass er den Mietrückstand nachträglich begleicht¹²⁸. Insbesondere eine Zahlung alsbald nach Zugang der Kündigung könnte das vorangegangene

¹²⁷ BGH, WuM 2012, 682; daran anschließend LG Bonn, GE 2015, 383, 384; LG Berlin, GE 2014, 60; AG Mitte/LG Berlin, GE 2015, 386, 387; AG Lichtenberg/LG Berlin, GE 2014, 1590, 1591, *Herrlein*, NJW 2013, 2944, 2945; krit. nur BGH-Entscheidung *Hinz*, ZMR 2013, 96; *ders.*, JR 2014, 74.

¹²⁸ Grdl. BGH, WuM 2005, 250, 251 mit krit. Anm. *Blank* = ZMR 2005, 356 mit Anm. *Schläger*; ferner BGH, WuM 2008, 31, 32 = ZMR 2008, 196, 198; ausdrücklich gegen die BGH-Rspr. jetzt AG Tempelhof-Kreuzberg, GE 2015, 1105.

Fehlverhalten des Mieters in ein milderes Licht rücken¹²⁹, jedenfalls aber ein Festhalten des Vermieters an der Vertragsbeendigung als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen¹³⁰.

bb) Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch

Sofern der Mieter gleichwohl einen höheren Betrag als die vom BGH als Richtwert angenommenen drei bis vier Monatsmieten neben der gesetzlichen Minderung in Abzug bringen will, bleibt es ihm unbenommen, mit einem Anspruch auf Vorschuss in Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten gegen die (geminderten) Mietforderungen aufzurechnen¹³¹. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Mieter vom Vermieter die Zahlung eines solchen Vorschusses verlangen, wenn dieser sich mit seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung im Verzug befindet¹³². Es müssen somit die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Erforderlich ist ein Verzug i. S. des § 286 BGB; dieser wird grundsätzlich durch eine Mahnung eingeleitet (vgl. § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei muss der Mieter beachten, dass die vor Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts erforderliche Mängelanzeige noch keine verzugsbegründende Mahnung darstellt; diese verlangt eine eindeutige und bestimmte Aufforderung zur Leistung¹³³. Der Vorschussanspruch ist auf die voraussichtlichen, zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erforderlichen Aufwendungen gerichtet¹³⁴. Diese muss der Mieter dem Vermieter in einem detaillierten Kostenvoranschlag oder einem entsprechenden Leistungsverzeichnis mitteilen¹³⁵.

Der Vorschuss ist zweckgebunden; der Mieter muss diesen zeitnah für die betreffenden Mängelbeseitigungsarbeiten verwenden und nach deren Abschluss darüber abrechnen¹³⁶. Hat der Mieter bereits durch die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts einen Geldbetrag angespart, muss er auch diesen für die Mängelbeseitigung verwenden, sofern er sich zur deren Durchführung nach Maßgabe des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entschlossen hat. Im Übrigen kann er den Kostenvorschuss nicht über den bereits nach § 320 BGB zurückbehaltenen Betrag hinaus einfordern, zumal der Rechtsgrund für diesen mit der Mängelbeseitigung ohnehin entfällt.

¹²⁹ S. etwa KG, WuM 2008, 411 = GE 2008, 925; *Sternel*, PiG 90 (2011), 175, 183, der einen Zeitraum von zwei Monaten ab Kündigungsausspruch als Richtlinie betrachten will.

¹³⁰ BGH, WuM 2012, 682, 684; LG Bonn, GE 2015, 383, 384 f.; LG Berlin, GE 2014, 60; AG Lichtenberg, GE 2014, 256; *Milger*, NZM 2013, 553, 555.

¹³¹ *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* (Fn. 22), § 536a Rn. 149; *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 50), § 536a Rn. 69; *MüKo/Häublein* (Fn. 22), Vor § 536 Rn. 15, § 536a Rn. 24.

¹³² BGH, WuM 2008, 476 = ZMR 2008, 869; WuM 2010, 348, 349 f.

¹³³ S. nur BGH, NJW 1998, 2132.

¹³⁴ BGH, WuM 2008, 476 = ZMR 2008, 869 Tz. 8.

¹³⁵ Ausf. dazu *Lützenkirchen/Lützenkirchen* (Fn. 22), § 536a Rn. 172.

¹³⁶ Einzelheiten bei *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 50), § 536a Rn. 69; *Lützenkirchen/Lützenkirchen* (Fn. 22), § 536a Rn. 178 ff.

2. Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts

a) Geltendmachung gegenüber dem Zahlungsanspruch

Handelt es sich bei dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB um eine echte Einrede, muss der Mieter diese gegenüber dem Zahlungsanspruch des Vermieters erheben. Das kann auch konkludent geschehen, etwa durch die Stellung eines Klageabweisungsantrags gegenüber einer Zahlungsklage, sofern der Mieter dabei verdeutlicht, die geschuldete Miete gerade wegen der vorhandenen Mängel nicht vollständig zu entrichten¹³⁷. Ist die Einrede begründet, bewirkt sie lediglich, dass der Mieter zur Erbringung der von ihm geschuldeten Mietzahlung nur Zug um Zug gegen Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, also gegen Beseitigung der Mängel zu verurteilt ist (vgl. § 322 Abs. 1 BGB).

b) Auswirkungen auf den Zahlungsverzug

Von besonderer Praxisrelevanz sind die Auswirkungen des Leistungsverweigerungsrechts auf den Zahlungsverzug des Mieters.

Fall 3:

Die monatliche Gesamtmiete beträgt 1.000 €. M „mindert“ dieser wegen verschiedener Mängel nach ordnungsgemäßer Anzeige um 30%. Nach Ablauf von zwölf Monaten kündigt V das Mietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzugs in Höhe von 3.600 €. Während des anschließenden Räumungsrechtsstreits beruft sich M auf diverse Mängel des Mietobjekts. Das Gericht geht von einer Mietminderung in Höhe von 10% aus. Ist die Kündigung wirksam?

Nach ganz h.M. schließt bereits das Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB den Zahlungsverzug aus¹³⁸. Der Schuldner braucht dieses, anders als das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB, nicht geltend zu machen, um die Verzugsfolgen zu vermeiden. Der Grund liegt zum einen in der durch § 320 BGB bewirkten besonderen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (s. dazu oben unter III. 2.), die es gebietet, den Schuldner nicht in Verzug geraten zu lassen, solange ihm der Gläubiger die fällige Gegenleistung nicht anboten hat¹³⁹. Im Übrigen eröffnet § 273 Abs. 3 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Von dieser Option kann er jedoch keinen Gebrauch machen, solange die Einrede ihm gegenüber nicht erhoben wird¹⁴⁰. § 273 Abs. 3 BGB ist indes beim Leistungsverweigerungs-

¹³⁷ Vgl. BGH, NJW 1999, 53 f.; zur Problematik auch *Hinz*, Festschrift für Blank, 2006, 533, 555.

¹³⁸ BGHZ 84, 42, 44 = NJW 1982 2242; BGH, NJW 1966, 200; 1992, 556, 557; 1999, 53; NJW-RR 2003, 1318; NZM 2011, 197 = ZMR 2011, 275 mit Anm. *Schläger*, *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 80; *Staudinger/Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 44; *MüKo/Emmerich* (Fn. 6), § 320 Rn. 37; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 38), § 320 Rn. 12; *PWW/Stürner* (Fn. 6), § 320 Rn. 14; *Schenkel*, NZM 1998, 502; a.A. *Adler*, Festschrift für Zitelmann, 1913, 2. Abt., S. 1, 11.

¹³⁹ BGH, NJW 2002, 3541; 1966, 200, 201; NJW-RR 2003, 1318.

¹⁴⁰ Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1041, 1042; s. auch BGH, NJW 2007, 1269, 1272; *MüKo/Ernst* (Fn. 6), § 286 Rn. 29.

recht nach § 320 BGB – wie Absatz 1 Satz 3 der Vorschrift ausdrücklich klarstellt – nicht anwendbar.

Unklar erscheint, ob es zur Verhinderung der Verzugsfolgen zumindest einer späteren Erhebung der Einrede, etwa im Rahmen des Räumungsprozesses bedarf. Das wird im Schrifttum vielfach angenommen¹⁴¹. Die Einrede müsse erhoben werden, um Wirkung entfalten zu können; allerdings wirke sie mit ihrer Erhebung ex tunc und schließe somit den Schuldnerverzug ab dem Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts aus¹⁴². Die Gegenansicht hält es für ausreichend, wenn sich aus dem entscheidungserheblichen Sachverhalt die materiellen Voraussetzungen für das Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts ergeben¹⁴³.

Der BGH hat die Frage in dem Urteil vom 3.11.2010 (VIII ZR 330/09) ausdrücklich offengelassen¹⁴⁴. In älteren Entscheidungen hat er teilweise eine nachträgliche Geltendmachung im Prozess gefordert¹⁴⁵, teilweise hat er auch das bloße Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts als ausreichend erachtet¹⁴⁶.

Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass die Bestimmungen über den Schuldnerverzug (§§ 286 ff. BGB) den Vorwurf gegenüber dem Schuldner implizieren, dieser erbringe die ihm obliegende Leistung nicht, obgleich ihm dies möglich wäre. Einen solchen Vorwurf kann der Gläubiger jedoch nur formulieren, wenn er seinerseits in der Lage ist, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen. Ist er dies nicht, kann er seinen Vertragspartner auch nicht wegen mangelnder Leistung in die Verantwortung nehmen. Das würde der in § 320 BGB angeordneten engen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung schon per se widersprechen, unabhängig davon, ob der Schuldner die Einrede erhoben hat oder nicht. Deshalb hindert bereits das bestehende Leistungsverweigerungsrecht den Verzugseintritt.

Davon losgelöst ist die Frage zu betrachten, was der Mieter im Rechtsstreit vortragen muss, um einen Ausschluss des Verzugs infolge des Leistungsverweigerungsrechts geltend zu machen. Vieles spricht dafür, dass es genügt, wenn er das Vorhandensein eines Mangels behauptet. Sofern dieser tatsächlich besteht, ist der Vermieter nicht in der Lage, dem in An-

¹⁴¹ Staudinger/Schwarze (Fn. 6), § 320 Rn. 44; NK-BGB/Schulte-Nölke, 3. Aufl. 2016 (im Erscheinen), § 286 Rn. 15; Palandt/Grüneberg (Fn. 38), § 286 Rn. 10; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 22), § 543 Rn. 99; tendenziell auch PWW/Stürner (Fn. 6), § 320 Rn. 14.

¹⁴² So namentlich Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 44.

¹⁴³ Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 80; MüKo/Emmerich (Fn. 6), § 320 Rn. 37; Staudinger/Löwisch/Feldmann, Neubearbeitung 2014, § 286 Rn. 25; Bamberger/Roth/H. Schmidt (Fn. 10), § 320 Rn. 21; PWW/Schmidt-Kessel (Rn. 6), § 286 Rn. 7; Schenkel, NZM 1998, 502.

¹⁴⁴ BGH, NZM 2011, 197 = ZMR 2011, 275 mit Anm. Schläger, unter II. 3.

¹⁴⁵ S. etwa BGH, NJW 1992, 556, 557: „Denn schon das Bestehen *des im Prozeß geltend gemachten* Leistungsverweigerungsrechts schloss einen Zahlungsverzug der Bekl. aus [...]“

¹⁴⁶ BGH, NJW 1992, 556, 557; 1999, 53; NJW-RR 2003, 1318.

spruch genommenen Mieter die geschuldete Gegenleistung anzubieten. Dann aber kann er diesen auch nicht in Verzug setzen und die daraus resultierenden Rechte beanspruchen.

Allerdings kann der Vermieter im Prozess behaupten, er habe von dem Mangel keine Kenntnis gehabt, so dass ihm eine Beseitigung schon aus diesem Grunde nicht möglich gewesen sei. Dann wiederum wäre es Sache des Mieters, darzulegen und zu beweisen, dass er den Vermieter über den Mangel informiert hat; die für die Anzeigepflicht nach § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelten Beweisgrundsätze¹⁴⁷ werden auch hier zu gelten haben. Das erscheint insbesondere dann sachgerecht, wenn man die Mängelanzeige als Ausfluss der für die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts erforderlichen eigenen Vertragstreue als ungeschriebene Voraussetzung des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB betrachten will. Denn für die Voraussetzungen der Einrede trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast¹⁴⁸.

Lösung Fall 3:

Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB schließt hier den Zahlungsverzug aus, ohne dass es explizit geltend gemacht werden müsste. Damit fehlt es auch an einem Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB. Eine ausdrückliche Erhebung der Einrede ist auch im Prozess nicht erforderlich. M muss zunächst lediglich vortragen, dass Mängel aufgetreten sind. Erst wenn V geltend macht, er habe keine Kenntnis von derartigen Mängeln, muss M deren Mitteilung an V darlegen und beweisen.

Natürlich sollte der Mieter rein vorsorglich die Einrede des § 320 BGB so früh wie möglich explizit erheben.

3. Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts

a) Mangelkenntnis

Nach § 536b Satz 1 BGB (auch i. V. mit § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB) sind die Gewährleistungsrechte des Mieters ausgeschlossen, wenn dieser bei Abschluss des Vertrags Kenntnis von dem Mangel hatte. Gleiches gilt unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 536b Satz 2 und 3 BGB auch bei grob fahrlässiger Mangelkenntnis sowie bei Mangelkenntnis im Zeitpunkt der Abnahme. Diese Bestimmungen gelten – wie der XII. Zivilsenat des BGH in dem Urteil vom 18.4.2007 (XII ZR 139/05)¹⁴⁹ klargestellt hat – nicht für den Erfüllungsanspruch und damit auch nicht für das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB. Mit der Thematik haben sich *Gsell* auf dem 18. DMT 2016¹⁵⁰ sowie *Hubert Schmidt* in seinem Referat zum 15. DMT 2013¹⁵¹ sehr ausführlich befasst; auf die dortigen Ausführungen soll zu-

¹⁴⁷ S. BGH, NZM 2002, 217, 218; MüKo/Häublein (Rn. 22), § 536c Rn. 14.

¹⁴⁸ Soergel/Gsell (Fn. 6), § 320 Rn. 106; Staudinger/Schwarze (Fn. 8), § 320 Rn. 88; Bamberger/Roth/H. Schmidt (Fn. 10), § 320 Rn. 23.

¹⁴⁹ BGH, NZM 2007, 484, 485 f. = ZMR 2007, 605, 607.

¹⁵⁰ Gsell, Vortrag zum 18. DMT 2016, S. 8 ff., abrufbar bei www.mietgerichtstag.de, NZM 2016 (erscheint demnächst).

¹⁵¹ Schmidt, NZM 2013, 705.

nächst verwiesen werden. Hinsichtlich des Leistungsverweigerungsrechts hat der XII. Senat in der erwähnten Entscheidung allerdings darauf hingewiesen, dass im Rahmen des tatgerichtlichen Ermessens nach § 320 Abs. 2 BGB auch der Rechtsgedanke des § 536b BGB herangezogen werden kann. Dabei nimmt er Rekurs auf ein Urteil des VIII. Senats zum Leasingrecht vom 5.7.1989 (VIII ZR 334/88)¹⁵². In dem dortigen Fall war dem Leasingnehmer der geleaste Computer überlassen worden, nicht jedoch das dazugehörige Handbuch. Demgemäß ist bei einer Heranziehung des aus § 539 BGB a.F. (entspricht § 536b BGB) resultierenden Rechtsgedankens im Rahmen der Abwägung nach § 320 Abs. 2 BGB insbesondere zu berücksichtigen, welches Vertrauen der Leasingnehmer in die Nachlieferung des Handbuchs setzen durfte. Sofern der Schuldner – also der Mieter – trotz anfänglicher Mangelkenntnis davon ausgehen konnte, der Vermieter werde den Mangel noch beheben, steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich zu, mag es auch nur in einem eingeschränkten Umfang sein. Zu denken wäre an einen Einbehalt lediglich in Höhe des zweifachen monatlichen Mietbetrags.

War dem Mieter hingegen von Anfang an klar, dass der Vermieter die bei Übergabe vorhandenen Mängel nicht beseitigen, hierzu womöglich auch gar nicht in der Lage sein werde, dürfte ein Vertrauen auf die Herstellung des vertragsgemäßen Zustand auch nicht bestanden haben. Dann mag der dem § 536b BGB immanente Rechtsgedanke in solchen Fällen (ausnahmsweise) auf das Leistungsverweigerungsrecht ausstrahlen, mit der Folge, dass dieses gänzlich entfällt.

b) Ausschlussvereinbarung

aa) Individualvereinbarung

Nach ganz überwiegender Ansicht ist das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB durch Individualvereinbarung ausschließbar, und zwar auch bei der Wohnraummiete. Im Schrifttum – insbesondere auch von *Hubert Schmidt* in seinem Referat zum 15. DMT 2013¹⁵³ – ist allerdings eine analoge Anwendung des § 556b Abs. 2 BGB erwogen worden. Danach kann der Mieter entgegen einer (wirksamen) vertraglichen Vereinbarung gegenüber einer Mietforderung u.a. ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung aus §§ 536a, 539 BGB oder ungerechtfertigter Bereicherung wegen überzahlter Miete ausüben, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete in Textform angezeigt hat. Eine entsprechende Anwendung auf den Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts hätte zur Folge, dass ein solcher mit Ablauf eines Monats nach textförmiger Ankündigung der Zurückbehaltungsabsicht zu Fall gebracht werden könnte.

¹⁵² BGH, NJW 1989, 3222.

¹⁵³ *Schmidt*, NZM 2013, 706, 716; ähnlich *Sternel*, WuM 2002, 244, 248 = Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, 293, 303.

Doch erscheint bereits fraglich, ob überhaupt eine für die Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke besteht. Der Reformgesetzgeber von 2001 hatte der ursprünglich in § 552a BGB a.F. statuierten Erhaltung des Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechts in § 556b Abs. 2 BGB einen neuen Standort gegeben und sie zudem um die in § 539 BGB integrierten Ansprüche sowie um den Bereicherungsausgleich wegen überzahlter Mieten erweitert¹⁵⁴. Dass er es aber infolge eines Versehens versäumt hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in den neu gestalteten § 556b Abs. 2 BGB aufzunehmen, ist kaum vorstellbar.

Auch fragt es sich, ob das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB überhaupt eine mit den in § 556b Abs. 2 BGB privilegierten Konstellationen vergleichbare Interessenlage aufweist. Während dieses die enge Verknüpfung der wechselseitigen Vertragspflichten bewirken will, liegt die Intention des § 556b Abs. 2 BGB vor allem darin, dem Mieter die zügige Durchsetzung seiner Gewährleistungsrechte im Wege der *Aufrechnung* zu ermöglichen; das Zurückbehaltungsrecht ist hier allein für die Erhaltung des Wegnahmerechts gem. § 539 Abs. 2 BGB relevant. Letztlich dürfte diese Frage in der Praxis des Wohnraummietvertrags jedoch wenig Bedeutung haben, weil eine Individualvereinbarung hier kaum jemals gelingen wird¹⁵⁵.

bb) Formularvertraglicher Ausschluss

Bei der Wohnraummiete ist ein formularvertraglicher Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 309 Nr. 2 lit. a BGB unwirksam. Streitig ist indes, ob die Vorschrift auch auf solche Formulklauseln anwendbar ist, die dem Schuldner zwar nicht explizit das Leistungsverweigerungsrecht nehmen, zu seinen Lasten jedoch eine Vorleistungspflicht anordnen¹⁵⁶. Denn der Gesetzgeber des AGB-Gesetzes – dem Vorläufer der §§ 305 bis 310 BGB – wollte formularmäßige Vereinbarungen einer Vorleistungspflicht gerade nicht mit einem Klauselverbot belegen¹⁵⁷. Deshalb unterwirft die wohl überwiegende Ansicht Vorleistungsklauseln lediglich dem Kontrollregime des § 307 BGB¹⁵⁸. Allerdings dürfte die Frage für das hier allein interessierenden Mietverhältnis im Hinblick auf die Ausgestaltung der vermietetseitigen Gebrauchsgewährungspflicht als Dauerverpflichtung, die sich während der gesamten Vertragsdauer permanent fortsetzt, keine Relevanz erlangen. Eine Formularvereinbarung dergestalt, dass der Mieter das komplette Mietentgelt vor Überlassung der Mietsache zu entrichten hätte, wird in der Praxis nicht vorkommen.

¹⁵⁴ S. BT-Drs. 14/4553, S. 52 (li. Sp.).

¹⁵⁵ Vgl. nur *Kappus*, NZM 2010, 529, 534 ff.

¹⁵⁶ Ausf. dazu *Soergel/Gsell* (Rn. 6), § 320 Rn. 108 ff.; *Staudiger/Schwarze* (Fn.8), § 320 Rn. 86.

¹⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 7/3919, S. 28.

¹⁵⁸ S. etwa BGHZ 141, 108, 114; 145, 203, 211; NJW 1998, 3119; *Soergel/Gsell* (Rn. 6), § 320 Rn. 110 ff.; *Staudiger/Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 86.

Keine unmittelbare Geltung erlangt § 309 Nr. 2 lit. a BGB gemeinhin bei der Gewerberaum- miete; denn nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB findet die Bestimmung im Rechtsverkehr mit Un- ternehmern keine Anwendung. Der Mieter von Gewerberaum ist jedoch in aller Regel Unter- nehmer¹⁵⁹. Maßgebend ist dann die Wertung des § 307 BGB, wobei die Regelungen der §§ 308, 309 BGB hier eine Indizwirkung entfalten¹⁶⁰. Allerdings kann das Leistungsverweige- rungsrechts des § 320 BGB nach der Rechtsprechung des BGH im Geschäftsverkehr zwi- schen Kaufleuten grundsätzlich durch Formulklausel abbedungen werden. Das gilt nur dann nicht, wenn die der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts zugrundeliegenden Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist¹⁶¹. Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts bei der Gewerberaum- miete hat sich im Übrigen *Steyl* in seinem Vortrag zum 17. DMT 2015 sehr kritisch auseinandergesetzt; auf seine Aus- führungen soll deshalb ergänzend Bezug genommen werden¹⁶².

4. Vorkehrungen für die Nachzahlung

Hat der Vermieter nach Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts den Mangel beseitigt und den Mieter hierüber in Kenntnis gesetzt, muss dieser die einbehaltenen Beträge unver- züglich nachentrichten. Anderenfalls gerät er in Zahlungsverzug. Einer gesonderten Mah- nung (vgl. § 286 Abs. 1 BGB) bedarf es dazu nicht; denn bereits durch die Beseitigung des Mangels bietet er die geschuldete Leistung in Annahmeverzug begründender Weise an (vgl. §§ 293, 294 BGB), so dass das Leistungsverweigerungsrecht entfällt¹⁶³. Eine besondere Prüfungsfrist hinsichtlich der Höhe der nunmehr vom Vermieter geltend gemachten Forde- rung steht ihm ebenso wenig zu wie eine Karenzzeit zum Zwecke der Kreditaufnahme. An- gesichts des erheblichen Drucks, den der Mieter durch den Einbehalt der Mietbeträge aufge- baut hat, muss er jederzeit mit einer Mängelbeseitigung durch den Vermieter rechnen. Deshalb hat er eine umgehende Nachzahlung sicherzustellen¹⁶⁴. Wie er dies praktiziert, ist allerdings seine Sache; zu einer Anlage der zurückbehaltenen Mietbeträge ist er nicht ver- pflichtet¹⁶⁵, er kann auch unmittelbar nach Mängelbeseitigung einen Kredit aufnehmen und das Kapital sogleich an den Vermieter auskehren.

Ob dem Mieter eine gewisse Prüfungsfrist zu gewähren ist, wenn der Vermieter seine Forde- rung auf Zahlung des einbehaltenen Betrags in ein kompliziertes Rechenwerk mit weiteren

¹⁵⁹ Zur Problematik *Hinz*, WuM 2016, 76. 82.

¹⁶⁰ *Steyl*, NZM 2015, 841, 854.

¹⁶¹ BGHZ 115, 324, 327 = NJW 1992, 575, 577; BGH NZM 2011, 153, 164 = ZMR 2011, 372, 373.

¹⁶² *Steyl*, NZM 2015, 841, 854.

¹⁶³ Vgl. BGHZ 116, 244, 249 = NJW 1992, 556, 558; *Staudinger/Schwarze* (Fn. 8), § 320 Rn. 37; *Soergel/Gsell* (Fn. 6), § 320 Rn. 81.

¹⁶⁴ *Schach*, GE 2014, 1491; *Börstinghaus*, in: *MietPrax-AK*, § 543 BGB, Anm. zu E 33.

¹⁶⁵ *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* (Fn. 22), § 536 Rn. 414.

Forderungen und Verrechnungen geleisteter Zahlungen einstellt, ist – wie der BGH in dem Beschluss vom 16.9.2014 (VIII ZR 221/14)¹⁶⁶ klargestellt hat – eine Frage des Einzelfalls.

V. Schluss

Die Darstellung zeigt, dass sich die Praxis mit Blick auf das Urteil des BGH vom 17.6.2015 von dem drei- bis fünffachen Minderungsbetrag als Druck-Einbehalt verabschieden muss. Das bedeutet aber nicht, dass das Leistungsverweigerungsrecht in den Händen des Mieters fortan leerlaufen wird. Nach wie vor kann der Mieter mit Hilfe dieses Instruments Druck auf den Vermieter ausüben, um diesen zur Erfüllung seiner Gebrauchsgewährungspflicht anzuhalten. In Kumulation mit der Mietminderung ist das Leistungsverweigerungsrecht nach wie vor ein effizienter Rechtsbehelf. Es ist eben nur nicht mehr das „ganz scharfe Schwert“ im Bereich des Mietrechts. Doch vielleicht wird so etwas auch gar nicht benötigt!

¹⁶⁶ BGH, WuM 2014, 187.