

Dr. Beate Flatow

Urkundenverfahren – Prozessrisiken und Praktikabilität Gliederung

I. Einleitung

II. Stichworte zum Urkundenprozess

III. Anwendung auf die mietrechtlichen Zahlungsprozesse

1. Mietzahlung, Betriebskostenvorauszahlung

a. erforderliche Urkunden

b. Urkundenprozess bei Einwendungen aufgrund von Mängeln

aa. Minderung

bb. Einrede des nicht erfüllten Vertrags

cc. unstreitige Mängel

2. Nutzungsentschädigung

3. Ansprüche aus Betriebskostenabrechnungen oder wegen Fehlens einer Abrechnung

a. Nachforderungen des Vermieters

b. Forderungen des Mieters bei Guthaben

c. Forderungen des Mieters bei Fehlen einer Abrechnung

4. Kautions

a. Nach Abrechnung der Mietsicherheit

b. Keine Abrechnung trotz Abrechnungsreife

IV. Abkoppelungsklauseln

V. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Der Urkundenprozess bietet dem Kläger zwei wesentliche Vorteile. Erster Vorteil ist der Gewinn an Liquidität. Er wird durch die Beschleunigung des Verfahrens erreicht. Die Klagforderung wird wegen der Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten auf Beklagenseite schneller tituliert. Darüber hinaus gewinnt der Kläger Liquidität aber auch, weil stattgebende Urteile im Urkunden- und erneut im Nachverfahren ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar sind. Der zweite Vorteil des Urkundenprozess ist eine Verringerung des Risikos, bei Vermögensverschlechterung auf Beklagenseite mit der Forderung auszufallen. Der Beklagte kann die Vollstreckung aus Urteilen im Urkundenverfahren nämlich nur durch Sicherheitsleistung abwenden.

So gesehen scheint das Urkundenverfahren dem Kläger nur Vorteile zu bringen – entsprechende Nachteile, Liquiditätsabfluss und Verlagerung des Insolvenzrisikos – sind auf Beklagenseite zu verzeichnen. Es ergeben sich aber bei näherer Betrachtung dann doch deutliche Unterschiede in der Praktikabilität und im Prozessrisiko je nach dem Gegenstand des einzelnen Prozesses.

Hier werden zunächst neun Stichworte zum Urkundenprozess vorangestellt und kurz erläutert (II). Anhand dieser Aussagen lassen sich im Anschluss die Besonderheiten einzelner Klagen im Mietrecht untersuchen (III), gefolgt von einem kurzen Abschnitt über die Auswirkungen der so genannten „Abkoppelungsklauseln“ im Urkundenprozess (IV).

II. Stichworte zum Urkundenprozess

1. *Klagegegenstand.* Der Urkundenprozess ist im Wesentlichen nur für Zahlungsklagen statthaft.¹ Weder auf Zustimmung zur Mieterhöhung noch auf Duldung des Zutritts noch auf Räumung kann im Urkundenprozess geklagt werden. Ebenso kann der Mieter keine Klage auf Mängelbeseitigung oder auf Abrechnung der Betriebskosten im Urkundenprozess erheben.² Gerade im Mietrecht spielt diese Beschränkung eine Rolle. Nach einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs werden häufig die Räumungsklage und die Klage auf Zahlung der rückständigen Miete und Nutzungsentschädigung miteinander verbunden. Das geht im Urkundenprozess nicht.

2. *Urkunden zu den anspruchsbegründenden Tatsachen.* Der Urkundenprozess ist nur dann statthaft, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, so die Formulierung in § 592 ZPO. Relationstechnisch formuliert heißt das: für alle Umstände, die zur Schlüssigkeit gehören, muss es im Grundsatz auch Urkunden geben, also zur Aktivlegitimation, zur Passivlegitimation, zum Bestehen des Anspruchs nach Grund und Höhe sowie zur Fälligkeit. Die Urkunden müssen zumindest in Abschrift der Klage beigelegt werden (§ 593 ZPO), oder falls das Urkundenmahnverfahren vorausgeht, der Anspruchs begründung.³ Werden sie erst späteren Schriftsätzen beigelegt, gilt eine neue Einlassungsfrist (§ 593 Abs. 2 S. 2 ZPO).

3. *Urkundenbegriff.* Urkunde heißt für die Zulassung im Urkundenprozess nur, dass ein Text schriftlich fixiert ist.⁴ Es ist nicht erforderlich, dass es sich um öffentliche Urkunden (§§ 415, 417, 418 ZPO) oder um unterschriebene Privaturkunden (§ 416 ZPO) handelt, denen in bestimmten Grenzen eine alleinige Beweiskraft zukommt.⁵ Zulässig sind danach z.B. auch

¹ Sowie Klagen auf Leistung vertretbarer Sachen und Haftungsklagen aus Grundpfandrechten, vgl. ausführlich Münchener Kommentar/ Braun, 2. Aufl. 2000, § 592 ZPO Rn. 2-4.

² Näher Both, NZM 2007, 156 f.

³ Blank, NZM 2000, 1083, 1084; Both, NZM 2007, 156.

⁴ Münchener Kommentar/ Braun, 2. Aufl. 2000, § 592 ZPO Rn. 16 m.w.N.; Blank, NZM 2000, 1083.

⁵ Stein/Jonas-Schlösser § 592 ZPO Rn. 17.

Kontoauszüge. Die Beweiskraft und die Beweiswürdigung richtet sich aber nach den allgemeinen Beweisregeln. Also beweist etwa die schriftliche Erklärung eines Zeugen nur, dass der Zeuge diese Erklärung abgegeben hat, nicht aber, dass sie auch stimmt. Umgekehrt kann anhand der Urkunden auch ein Indizienbeweis geführt werden. Z.B. wird ein Gericht allein anhand von Kontoauszügen regelmäßig überzeugt sein, dass die entsprechenden Überweisungen auch erfolgt sind. Unzulässig ist es, Gerichtsprotokolle über Zeugenaussagen oder auch schriftliche Sachverständigengutachten aus vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren zu verwenden. Das widerspräche dem Sinn und Zweck des Urkundenprozesses, der gerade diese Beweismittel ausscheiden will.⁶

4. *Keine Urkunden für unstreitige Tatsachen.* Zu dem Grundsatz, dass alles urkundlich belegbar sein muss, gibt es eine wichtige Ausnahme. Sie greift ein, wenn bestimmte Tatsachen zwar nicht urkundlich beweisbar wären, eben diese Tatsachen aber auch gar nicht bestritten sind. Hier hat der BGH schon 1974 grundlegend entschieden: Einzelne Tatsachen, die nicht des Beweises bedürfen, müssen auch nicht durch Urkunden belegt sein.⁷ Das gilt nicht nur für offenkundige oder gerichtsbekannte Tatsachen, sondern eben auch für unstreitige Tatsachen. § 592 ZPO verlange nicht, dass die Möglichkeit eines Urkundenbeweises für jede Tatsache bestehe. Die Vorschrift verlange nur, dass erforderliche Beweise mit Urkunden bewiesen werden (§ 595 Abs. 2 ZPO).

Allerdings sei, so der BGH, der Urkundenprozess nicht mehr statthaft, wenn gar keine Tatsachen mehr durch Urkunden belegt seien⁸ – den Urkundenprozess ohne Urkunde gibt es also auch dann nicht, wenn der gesamte Sachverhalt unstreitig ist. Nur „Lücken“ können geschlossen werden. Das ist eine für die Praxis kaum zu lösende Abgrenzung. Wie viele und welche Tatsachen müssen belegt sein, wie viele und welche Tatsachen ließen sich noch unter dem Begriff „Lücke“ fassen? In dem Ausgangsfall des BGH war ein Kaufvertrag in einer Urkunde enthalten, der – dann unstreitige – Kaufpreis ließ sich aber durch diese Urkunde nicht belegen.

Welche Abgrenzung die Gerichte im Einzelfall treffen, ist bisher schwer vorherzusagen. Hier besteht immer ein Prozessrisiko, wenn nicht doch alle Tatsachen urkundlich beweisbar sind. Dieses Risiko besteht auch in mietrechtlichen Prozessen, wie aufzuzeigen sein wird.

5. *Besonderheiten bei Säumnis.* Unstreitige Tatsachen müssen also nicht urkundlich beweisbar sein. Damit verbunden ist aber eine Vorschrift, die eine systematische Durchbrechung darstellt. Ist der Beklagte säumig, wird nicht nach § 331 ZPO das Klagvorbringen als zugestanden angesehen. Vielmehr muss der Kläger gerade dann, wenn der Beklagte säumig ist, alle Tatsachen urkundlich beweisen. Sonst ergeht kein Versäumnisurteil im Urkundenprozess gegen den Beklagten. Die Klage wird stattdessen als „im Urkundenprozess unstatthaft“ abgewiesen.

Dabei zu beachten ist natürlich der Sach- und Streitstand im Termin. Tatsachen können bereits im Schriftwechsel vor einem Termin unstreitig werden. Sie können nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig gelten, weil Behauptungen des Klägers nicht substantiiert bestritten sind. Diese Tatsachen bleiben auch bei Säumnis des Beklagten im Termin „unstreitig.“ Nur soweit der Beklagte sich noch gar nicht eingelassen hat oder soweit er Tatsachen wirksam bestritten hat, gelten sie bei seiner Säumnis im Urkundenprozess nicht als zugestanden. Nur in diesem Bereich ist § 597 Abs. 2 ZPO eine Ausnahmegvorschrift zu § 331 ZPO. Wichtig ist: der Beklagte braucht im Urkundenprozess nicht sachlich zu erwidern. Es reicht, wenn er

⁶ Vgl. ausführlich BGH NZM 2008,49,50.

⁷ BGH NJW 1974,1199.

⁸ BGH NJW 1974,1199,1200.

dem Anspruch – im Termin⁹ – widerspricht, damit ihm seine Rechte im Nachverfahren vorbehalten bleiben.¹⁰

Daraus ergibt sich für den Kläger: wenn relativ sicher mit einer Säumnisentscheidung zu rechnen ist, ist das reguläre Verfahren günstiger. Dann gelten alle Tatsachen als zugestanden.

6. *Endgültige Abweisung bei unschlüssiger Klage.* Wichtiger Hinweis für den Kläger schließlich ist: wenn das Klagvorbringen für den Anspruch nicht schlüssig ist, wird die Klage endgültig abgewiesen. Das gilt auch dann, wenn die Klage zugleich nicht statthaft wäre, weil schon Urkunden fehlen. Das Erfordernis der Urkundenvorlage soll den Beklagten vor einer Verurteilung im abgekürzten Verfahren schützen – nicht aber den Kläger vor einer schon aus Sachgründen fälligen Klagabweisung.¹¹

7. *Beweismittel auf Beklagtenseite und für Gegenvortrag des Klägers.* Für den Beklagten gelten in seiner Verteidigung fast die gleichen Beschränkungen wie für die Klage. Wenn seine Einwendungen erheblich gegenüber dem Klaganspruch sind, können sie den Anspruch schon im Urkundenprozess zu Fall bringen, wenn sie

- entweder unstreitig sind,¹²
- oder urkundlich beweisbar sind
- oder, und hier gibt es eine Erweiterung, wenn sie im Wege der Parteivernehmung zu beweisen sind.

Andernfalls ist dem Beklagten nur die Ausführung seiner Rechte im Nachverfahren vorzubehalten. Es ergeht also Vorbehaltsurteil.

Auch auf Klägerseite gilt: für Tatsachen, mit denen er erhebliche Einwendungen wieder ausräumt (Gegenvortrag), steht ihm das Beweismittel der Parteivernehmung ebenfalls Verfügung.¹³

Für beide Seiten gilt: Neues Vorbringen ist im Nachverfahren noch uneingeschränkt zulässig.¹⁴

8. *Widerklage und Aufrechnung.* Im Urkundenprozess ist die Widerklage unstatthaft (§ 595 ZPO). Diese Vorschrift ist aber nicht analog auf Aufrechnungen anzuwenden.¹⁵ Die Aufrechnung, auch die Hilfsaufrechnung bleibt zulässig. Das gibt in geeigneten Fällen dem Beklagten eine gute Handhabe. Wenn er mehrere Gegenforderungen zur Aufrechnung stellen kann, davon aber nur eine im Urkundenbeweis belegbar wäre, ist es sinnvoll, gerade diese Forderung nur hilfsweise zur Aufrechnung zu stellen. Dann kann nämlich kein Urteil im Urkundenprozess mehr ergehen. Über die Hilfsaufrechnung dürfte nicht entschieden werden, ehe nicht alle vorrangigen Einwendungen des Beklagten erledigt sind – das dürfte aber wieder nicht im Urkundenprozess erfolgen. Damit wird über eine urkundlich belegbare Hilfsaufrechnung der gesamte Urkundenprozess unstatthaft.¹⁶

⁹ Sonst ergeht bei Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nach h.M. ein vorbehaltloses Versäumnisurteil, vgl. Braun in: Münchener Kommentar, § 597 Rn. 7.

¹⁰ Münchener Kommentar/Braun § 600 ZPO Rn. 8; BGH Z 82,115,119.

¹¹ Münchener Kommentar/ Braun, 2. Aufl., § 592 Rn. 18;

¹² Hier gibt es kein „Lücken“-Problem; der Beklagte kann sich mit unstreitigen Tatsachen auch ohne eine einzige Urkunde erfolgreich verteidigen.

¹³ vgl. Münchener Kommentar/ Braun, § 595 Rn. 6.

¹⁴ BGH NJW 1982,183,184; BGH NJW-RR 1992,254,256, jeweils mit zahlreichen Nachweisen; Zöller-Greger, 26. Aufl. § 600 Rn. 5.

¹⁵ Münchener Kommentar/Braun, § 595 ZPO Rn. 1; BGHZ 80,97 – für eine Hilfsaufrechnung.

¹⁶ Vgl. BGHZ 80,97; OLG Braunschweig WM 2001,186,189.

9. *Gebührenrechtliche Folgen für beide Seiten.* Der Urkundenprozess ist teurer als der reguläre Zivilprozess. Der Rechtsanwalt erhält im Urkundenprozess ggf. die Terminsgebühr (Ziff. 3104 VV RVG) zweimal, einmal für das Vorverfahren und einmal für das Nachverfahren, weil gebührenrechtlich zwei Angelegenheiten vorliegen (§ 17 Nr. 5 RVG).¹⁷ Anders als bei der Verfahrensgebühr¹⁸ erfolgt bei der Terminsgebühr auch keine Anrechnung.¹⁹ Darauf sollte der Mandant hingewiesen werden. Er trägt zusätzliche Gebühren, wenn der Prozess verloren wird oder auch, wenn der Prozess gewonnen wird die Realisierung der Kostenerstattungsforderung auf Beklagtenseite aber scheitert.²⁰

Erst recht wird es teurer, wenn eine sonst mit der Zahlung verbundene Räumungsklage jetzt getrennt erhoben werden muss, weil dann wiederum Prozessgebühren doppelt entstehen, wenn auch nach niedrigeren Einzelwerten. Der Urkundenprozess ist also häufig allein aus Kostengründen nicht zu empfehlen.

10. *Zusammenfassung.* Im Wesentlichen gibt es vier Prüfungspunkte auf Klägerseite:

1. Ist der Urkundenprozess vom Klagegegenstand her möglich?
2. Bei anwaltlicher Vertretung: Ist damit zu rechnen, dass die Mehrkosten beim Beklagten begetrieben werden können – oder ist der Kläger mit der Kostenerhöhung einverstanden?
3. Können alle Tatsachen, für die Darlegungslast besteht, urkundlich bewiesen werden?²¹
4. Falls nicht:
 - a. Handelt es sich bei den offenen Punkten nur um eine „Lücke“ im Sinne der BGH Rechtsprechung?
 - und b. ist damit zu rechnen, dass die Tatsachen ohne Urkundenbeleg unstreitig werden?

Für den Beklagten gelten drei Fragen, wenn er im Urkundenprozess in Anspruch genommen wird:

1. Sind die Tatsachen zur Schlüssigkeit im Urkundenprozess belegt oder unstreitig?
2. Gibt es erheblichen Sachvortrag (Einwendungen, Einreden), den der Beklagte seinerseits urkundlich belegen oder durch Parteivernehmung beweisen kann oder der unstreitig werden müsste?
3. Gibt es Aufrechnungsforderungen, deren Tatsachengrundlage urkundlich beweisbar oder unstreitig ist (Achtung: ggf. nur Hilfsaufrechnung erklären)?

Bietet keiner dieser Punkte Erfolgsaussichten, sollte der Beklagte im Urkundenprozess anerkennen unter dem Vorbehalt der Rechte für das Nachverfahren. Der Beklagte hat dann nämlich ein Interesse an der beschleunigten Durchführung des Nachverfahrens.

III. Anwendung auf die mietrechtlichen Zahlungsprozesse

Die allgemeinen Aussagen zum Risiko und zur Praktikabilität gelten bei jedem Urkundenprozess. Zu untersuchen ist, welche Folgerungen sich daraus für die häufigen

¹⁷ Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl. 2006, Ziff. 3100 VV Rn. 229.

¹⁸ Siehe Anmerkung 2 zu Nr. 3100 VV.

¹⁹ Vgl. näher Schach (Hrsg)/ Stangl, Mietrecht, 2007, Rn. 4-558.

²⁰ Vgl. näher Enders, JurBüro 2006,57.

²¹ Soweit nach § 595 Abs. 2 ZPO zulässig auch: Parteivernehmung.

Gegenstände der mietrechtlichen Zahlungsklagen ergeben und ob im Mietrecht Besonderheiten gelten.

1. Mietzahlung, Betriebskostenvorauszahlung

Der wohl häufigste mietrechtliche Streitgegenstand im Urkundenprozess ist die Klage auf Mietzahlung.

a. erforderliche Urkunden

Grundsätzlich hat es der Vermieter hier relativ einfach. Wenn die verlangte Miete noch derjenigen aus dem Mietvertrag entspricht, und die Vertragsparteien noch die gleichen sind, reicht die Vorlage eben dieses Vertrags. Damit sind alle anspruchsbegründenden Tatsachen für den Anspruch aus § 535 Abs. 2 BGB nach Grund und Höhe belegt. Etwas komplizierter wird es, wenn es einen Wechsel etwa durch Erwerb oder Rechtsnachfolge auf Vermieterseite gegeben hat. Hier helfen aber in der Regel der Kaufvertrag und ein Grundbuchauszug.²²

Noch etwas schwieriger ist es, wenn die Miete zwischenzeitlich durch Erklärung erhöht worden ist, also bei einer Modernisierungsmieterhöhung oder – häufiger – bei einer Erhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete.

Der Vermieter kann seine Mieterhöhungserklärung vorlegen. Außerdem muss er dann aber urkundlich belegen, dass der Mieter zugestimmt hat. Das gilt ohnehin bei einer Erhöhung auf die Vergleichsmiete, die nur durch Zustimmung wirksam wird. Im Urkundenprozess gilt es aus den Besonderheiten des Verfahrens heraus aber auch bei einer Modernisierungsmieterhöhung. Sie wirkt zwar materiell-rechtlich unmittelbar vertragsgestaltend – der Vermieter müsste aber dann alle Tatbestandsvoraussetzungen zur Berechtigung der Erhöhung durch Urkunden belegen, also alle Voraussetzungen des § 559 BGB.²³ Das ist von vornherein ausgeschlossen.

Die Zustimmungserklärung des Mieters kann schriftlich vorliegen, dann ist es unproblematisch. Andernfalls aber kann aus mehreren Zahlungen der erhöhten Mieten auf eine schlüssige Zustimmung geschlossen werden. Die Zahlungen wiederum können durch Kontoauszüge belegt werden.²⁴ Keine Chance hat der Vermieter allerdings, wenn eine schriftliche Zustimmungserklärung fehlt und wenn die Zahlungen zugleich nicht den geforderten Beträgen entsprechen, etwa weil der Mieter zugleich gemindert hat.

Sind in dem eingeklagten Betrag auch Betriebskostenvorauszahlungen enthalten, reicht zunächst ebenfalls der Mietvertrag. Wenn die Vorauszahlungen danach erhöht worden sind, müssen allerdings auch hier alle Umstände für den Erhöhungstatbestand dargelegt und urkundlich belegt werden. Das sind dann meist die gleichen Voraussetzungen wie bei Klagen aus Betriebskostenabrechnungen.²⁵

Die Klage im Urkundenprozess wird um so unpraktikabler, je mehr Unterlagen zu nachträglichen Änderungen – sei es zu Parteien, zur Miete oder zu Nebenkostenvorauszahlungen – beigefügt werden müssen. Es entsteht ein erhöhtes Prozessrisiko, wenn die Urkunden nur im Wege des Indizienbeweises die Tatsachen zur Schlüssigkeit beweisen – also etwa nur aus einem oder zwei Zahlungsbelegen wohl auf eine schlüssige Zustimmung zur Mieterhöhung geschlossen werden soll.

²² Wolst, Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2006 (www.mietgerichtstag.de/downloads/vortragwolst.pdf.)

²³ Vgl. Blank, NZM 2000, 1083.

²⁴ Vgl. Blank, NZM 2000, 1083.

²⁵ Siehe dazu näher unten unter III.3.; vgl. Schmid, DWW 2007, 324 unter B.I.

b. Urkundenprozess bei Einwendungen aufgrund von Mängeln

Längere Zeit war umstritten, ob Mietzahlungen im Urkundenprozess eingeklagt werden können, wenn der Mieter Mängel einwandte.

aa. Minderung

Der Streit betraf zunächst Minderungsverlangen. Das Problem war für alle Mietverträge, dass bei Mängeln die Miete von Gesetzes wegen gemindert ist. Daraus leitete eine Auffassung ab, dass der Vermieter die Mangelfreiheit des Objekts darlegen und ggf. mit Urkunden belegen müsse.²⁶ Das entspricht aber gerade nicht der Darlegungslast. Mängel, die die Miete – gesetzlich – herabsetzen, sind Tatsachen, die der Mieter darlegen und beweisen muss.²⁷ Die Darlegungslast hängt nicht daran, ob ein Umstand erst im Wege der Einrede geltend gemacht werden muss oder den Anspruch auch ohne Einrede beseitigt. Es gilt vielmehr, dass im Grundsatz jede Seite die ihr günstigen Tatsachen darlegen und beweisen muss.

Für das Wohnraummietrecht gab es außerdem den Einwand, der Sinn und Zweck des § 536 Abs. 4 BGB – Unabdingbarkeit des Minderungsrechts – und generell das gesetzlich geschützte soziale Mietrecht werde im Ergebnis umgangen, wenn der Vermieter trotz Mängeln zunächst einen Zahlungstitel erlangen könne.²⁸ Auch dagegen hat sich der BGH gewandt. Die Vorschrift verbiete nur rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die zu Lasten des Mieters von den Minderungsvorschriften abweichen würden. Das gebe aber keine Rechtfertigung, die Vorschrift des § 592 ZPO als eine Vorschrift des Prozessrechts einschränkend auszulegen. Der Mieter könne, wenn er durch den Urkundenprozess in eine sozial nicht hinzunehmende Situation gebracht werde, auch einen Schutzantrag nach § 712 ZPO stellen. Ggf. könne dann die Vollstreckung auch ohne Sicherheitsleistung eingestellt werden, vor allem wenn die Geltendmachung der Rechte im Nachverfahren erkennbar Aussicht auf Erfolg habe.²⁹ Es erscheint zweifelhaft, ob das Instrument des § 712 ZPO als einer ganz begrenzten Ausnahmenvorschrift in allen Fällen einen wirksamen Schutz bietet. Richtig ist aber, dass das materielle Recht nur in Ausnahmefällen zu einer Einschränkung prozessualer Rechte im Wege der Auslegung der ZPO führen sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade im Bereich des Prozessrechts der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit besondere Bedeutung zukommt.

bb. Einrede des nicht erfüllten Vertrags

Der BGH hat diese Aussagen 2005 zunächst für den Fall getroffen, dass der Mieter Minderung einwendet.³⁰ Ende 2006 hat er ergänzend entschieden, das gleiche gelte, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) wegen nachträglich eingetretener Mängel erhebe.³¹ Das entspricht wiederum der Darlegungs- und Beweislast. Der Mieter muss von ihm behauptete nachträglich eingetretene Mängel darlegen und beweisen.

²⁶ LG Berlin, NZM 1998,909; KG NZM 1998,402; LG Augsburg, WM 1993,416; Stornel, Mietrecht Aktuell, 3. Aufl., 1996, Rn. 1470.

²⁷ BGH WM 2005,526,527 = NJW 2005,2701; BGH NZM 1999,401; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 11.5.2007 – 14 O 853/07 – aufzufinden auch über „beck-online“; Beierlein in: Mietprozess, 9. Kap. Rn. 31; Kraemer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, Rn. III 1368; Sturhahn, NZM 2004,441,442.

²⁸ AG Brandenburg NZM 2002,382,383; AG Göttingen, NZM 2000,236.

²⁹ BGH WM 2005,526,527 = NJW 2005,2701,2702.

³⁰ BGH WM 2005,526,527 = NJW 2005,2701.

³¹ BGH NJW 2007,1061 = WM 2007,82.

Immer noch ausdrücklich offen gelassen hat der BGH die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Mieter die Einrede des § 320 BGB aufgrund der Behauptung anfänglicher Mängel erhebt.³² Damit stellt sich die Frage, ob hier Besonderheiten – wiederum in der Darlegungs- und Beweislast - eine abweichende Behandlung verlangen.

Zu denken wäre an die Regelungen im allgemeinen Schuldrecht. Die Überlassung einer mangelhaften Mietsache stellt zugleich eine Schlechterfüllung nach § 281 BGB dar. Im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts besteht aber wohl Einigkeit darüber, dass der Schuldner die Beweislast für die ordnungsgemäße, heißt: mängelfreie Leistung hat.³³ Der Schuldner hat auch die Beweislast für seine Erfüllung, wenn der Gläubiger sich auf § 320 BGB beruft.³⁴ Fraglich ist, ob danach der Vermieter die Beweislast für die mängelfreie Überlassung der Räume bei Mietbeginn hat, wenn der Mieter sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen anfänglicher Mängel beruft. Dem stehen die Regelungen der §§ 536 und 536 a BGB zunächst nicht entgegen. Das Zurückbehaltungsrecht wird dadurch nicht ausgeschlossen. Der Umstand, dass der Mieter für seine weitergehenden Ansprüche nach § 536 a BGB³⁵ oder für eine Kündigung wegen Nichtgewährung des vertraglichen Gebrauchs (§ 542 Abs. 2 Nr. 1 BGB)³⁶ den anfänglichen Mangel beweisen muss, besagt nichts darüber, dass die Beweislast parallel laufen muss, wenn der Mieter nur seinen Erfüllungsanspruch einredeweise geltend macht. Für verschiedene Rechtsfolgen kann die Beweislast unterschiedlich geregelt sein.

Die Lösung findet sich aber ihrerseits im allgemeinen Schuldrecht, nämlich in § 363 BGB. Derjenige, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, trägt die Beweislast, wenn er sie später nicht mehr als die geschuldete Leistung geltend lassen will. Diese Regelung gilt auch im Mietrecht.³⁷ Der Mieter, der die Räume angenommen hat, muss danach einen Mangel zu diesem Zeitpunkt in jedem Fall darlegen und beweisen. Das gilt dann auch für die Einrede des § 320 BGB.

Das bedeutet: wenn der Mieter bestreitet, dass ihm die Räume überhaupt überlassen worden sind, muss der Vermieter darlegen – und mit den Mitteln des Urkundenbeweises nachweisen – dass der Mieter den Besitz erhalten hat.³⁸ Wenn aber die Überlassung selbst unstrittig ist, der Mieter nur als Einschränkung dazu bestimmte Mängel behauptet, muss er diese Mängel beweisen.³⁹ Für den Vermieter ist deswegen auch bei der Einrede des § 320 BGB aufgrund anfänglicher Mängel der Urkundenbeweis statthaft.⁴⁰ Wenn der Mieter anfängliche Mängel nicht mit den Mitteln des Urkundenbeweises nachweisen kann, ist er auf das Nachverfahren zu verweisen.

cc. unstrittige Mängel

Zur Klarstellung: die vorstehenden Erörterungen betreffen streitige Mängelbehauptungen. Nicht jeder Minderungseinwand ist im Urkundenprozess unbeachtlich. Unstrittige Mängel berechtigen auch ohne Urkundenbeweis zur Wahrnehmung von Gewährleistungsrechten;⁴¹

³² BGH NJW 2007,1061= WM 2007,82,83.

³³ Vgl. Münchener Kommentar/ Ernst, 5. Aufl. 2007, § 281 BGB Rn. 181.

³⁴ Münchener Kommentar/ Emmerich, 5. Aufl. 2007, § 281 BGB Rn. 58.

³⁵ Vgl. OLG Hamburg, NJR-RR 1990,1484,1485; Emmerich in: Emmerich/ Sonnenschein, 8. Aufl. 2003, § 536 a Rn. 24.

³⁶ Vgl. dazu BGH NJW 1985,2328,2329.

³⁷ BGH NJW 2007,2394,2395; BGH NJW 1985,2328,2329; Palandt-Heinrichs, § 363 Rn. 1; ohne ausdrückliche Nennung des § 363 BGB aber mit Hinweis auf die Annahme „als Erfüllung“ auch BGH NZM 1999,401 = WM 1999,345,346.

³⁸ OLG Düsseldorf NJW-RR 2005,97,98.

³⁹ Vgl. Fischer, WM 2005,554,555; a.A. Greiner, NJW 2000,1314,1315, der aber nicht auf § 363 BGB eingeht.

⁴⁰ Vgl. Sturhahn, NZM 2004,441,443; Fischer, WM 2005,554,556.

⁴¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 2005,97,99.

der Vermieter muss auf entsprechendes Vorbringen ggf. nach § 138 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO wahrheitsgemäß erwidern.⁴² Auch im Urkundenprozess gilt, dass auf substantiiertes Vorbringen zunächst substantiiert zu erwidern ist – sonst gilt das Vorbringen als unbestritten und ist auch im Urkundenprozess zu berücksichtigen.⁴³

Der Urkundenprozess wird auch unstatthaft, wenn Mängel unstreitig sind, aber der Vermieter seinerseits (ohne Urkundenbeleg) Tatsachen vorträgt, die ausnahmsweise das Minderungsrecht zu Fall bringen.⁴⁴ Der häufigste Fall ist die behauptete Verursachung der Mängel durch den Mieter. Das muss der Vermieter beweisen⁴⁵, und zwar auch im Urkundenprozess.⁴⁶ Beispiel: Der Mieter wendet feuchte Wände mit Schimmelpilzbefall ein. Der Vermieter bestätigt das, behauptet aber seinerseits, das beruhe auf falschem Heiz- und Lüftungsverhalten. In einem derartigen Fall hat nun zunächst der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass keine Baumängel vorliegen, erst danach müsste sich der Mieter entlasten.⁴⁷ Der Beweis der „Baumängelfreiheit“ ist regelmäßig mit den Mitteln des Urkundenbeweises nicht zu führen. Abweichend hat das OLG Rostock bei unstreitig feuchten Wänden ein Vorbehaltsurteil zugunsten des Vermieters für zulässig gehalten, weil die Frage der Verursachung des Mangels – so wörtlich – „mit Urkunden nicht zu klären“ sei.⁴⁸ Das halte ich für problematisch. Nicht jede Beweisfähigkeit geht im Mietprozess zu Lasten des Mieters. Das Gericht hätte hier nach der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Höhe einer denkbaren Minderungsquote den Vermieteranspruch als im Urkundenprozess nicht statthaft abweisen müssen. Das Gleiche gilt etwa wenn bei unstreitigen Mängeln der Vermieter sich auf Kenntnis des Mieters bei Vertragsschluss beruft (§ 536 b) oder auch, wenn er behauptet, die zunächst unstreitig vorhandenen Mängel bereits wieder beseitigt zu haben. Mietrechtlich reicht es nicht, den Fortbestand eines Mangels zu bestreiten, vielmehr muss die Abhilfe dargelegt und bewiesen werden.⁴⁹

Für die Verfahrensbevollmächtigten ist es hier auf beiden Seiten also von zentraler Bedeutung, die jeweilige Darlegungslast nicht nur zu kennen, sondern auch das Gericht auf die entsprechenden Punkte aufmerksam zu machen.

2. Nutzungsentschädigung

Für die Geltendmachung von Nutzungsentschädigung muss der Vermieter m.E. nur den Mietvertrag und die Voraussetzungen für eine Beendigung des Mietvertrags darlegen und urkundlich beweisen, außerdem m.E. die anfängliche Überlassung der Mietsache an den Mieter – für letzteres dürften aber in der Regel schon Schreiben des Mieters unter Verwendung der Anschrift dieser Räume reichen. Da sonst die Geltendmachung von Nutzungsentschädigung nach § 546 a BGB keinen Sinn ergibt, wird der klagenden Vermieter naturgemäß auch darlegen, die Räume vom Mieter nicht zurückerhalten zu haben. Fraglich ist, ob er das auch mit Urkunden beweisen muss. Das OLG Braunschweig hat in einem negativen Rechtsentscheid ausgesprochen, der Vermieter müsse die „andauernde Vorenthaltung“ beweisen, wenn sie nicht unstreitig sei.⁵⁰ Das erscheint allerdings problematisch. Wenn in einem regulären Prozess um Nutzungsentschädigung die Dauer der Vorenthaltung streitig ist, muss der Mieter beweisen, dass und wann er erfüllt hat. Die

⁴² OLG Braunschweig, WM 2001,186,189 Fischer, WM 2005,554,555.

⁴³ Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2005,97,99.

⁴⁴ Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 536 Rn. 474.

⁴⁵ Vgl. BGH NZM 2000,549,550.

⁴⁶ Vgl. OLG München, Beschluss vom 25.9.2007 – 19 U 3454/07 – aufzufinden über „juris“.

⁴⁷ vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Rn. 454; LG Kiel WM 1982,187; LG Freiburg WM 1989,559; LG Osnabrück WM 1989,370.

⁴⁸ OLG Rostock, Urt. v. 21.11.2003 – OLGR Rostock 2004,85 – aufzufinden auch über „juris“.

⁴⁹ BGH NZM 2000,549, 550; OLG Hamm, NJW-RR 1995,585; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, Rn. 464

⁵⁰ OLG Braunschweig WM 2001,186,187.

Rückgabepflicht wiederum beginnt sofort mit Mietende. Insoweit korrespondiert auch die Vorschrift des § 546 a BGB mit derjenigen des § 546 BGB. Das bedeutet, dass der Mieter seinerseits im Grundsatz darlegen und mit Urkunden beweisen muss, die Räume zurückgegeben zu haben.⁵¹

Für den Vermieter hat das die angenehme Konsequenz, dass ihm auch dann der Urkundenprozess für seine Zahlungsansprüche offen steht, wenn die Wirksamkeit einer Kündigung streitig ist. Soweit man mit dem OLG Braunschweig annimmt, für den Anspruch auf Nutzungsentschädigung müsse die Vorenthaltung bewiesen werden, kommt in Betracht, bei fehlendem schriftlichen Beleg über die „Nichtrückgabe“ hier die Vorgaben des BGH zur zulässigen Lücke anzuwenden, wenn das Vorenthalten jedenfalls unstrittig ist.⁵² Für den Vermieter gilt in jedem Fall, dass angesichts der Rechtsunsicherheit in diesem Punkt die Klage auf Nutzungsentschädigung im Urkundenprozess mit einem deutlich erhöhten Prozessrisiko verbunden ist.

Dem Mieter bleiben selbstverständlich auch andere urkundlich belegbare Einwände offen; etwa eine schriftlich erfolgte umfassende Geltendmachung des Vermieterpfandrechts, die den Anspruch auf Nutzungsentschädigung zu Fall bringen kann.⁵³

3. Ansprüche aus Betriebskostenabrechnungen oder wegen Fehlens einer Abrechnung

a. Nachforderungen des Vermieters

Fraglich ist, welche Urkunden ein Vermieter benötigt, um die Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung einzuklagen. Diese Frage wird in der Rechtsprechung teilweise sehr großzügig gehandhabt.

So hat das AG Berlin-Mitte im Urkundenprozess eine Betriebskostennachforderung ausgeurteilt, obwohl der Klage nicht einmal diese Betriebskostenabrechnung beigelegt war. Es hat den Mietvertrag, der Vorauszahlungen und Abrechnung vorsah, ausreichen lassen, weil die laut Klage in der Abrechnung genannten Beträge nicht bestritten worden waren.⁵⁴ Das erscheint einerseits als Überdehnung des Grundsatzes, dass auf Klägerseite Lücken im Urkundenbeweis bei unstrittigen Tatsachen hinzunehmen sind. Eher entspricht es wohl dem Urkundenprozess ohne Urkunde. Darüber hinaus gehört zur Schlüssigkeit einer Nachforderung auch die Prüffähigkeit der Abrechnung, also ihre formelle Richtigkeit. Das ist im Rahmen der Schlüssigkeit vom Gericht zu prüfen, auch wenn der Mieter sich dazu – rechtlich – gar nicht äußert, evtl. die Vorgaben des BGH dazu gar nicht kennt. Ohne Kenntnis der Abrechnung kann aber nicht geprüft werden, ob sie formell korrekt ist. Die Mitteilung eines Saldos reicht auch im regulären Klagverfahren nicht aus.⁵⁵ Die formelle Richtigkeit muss der Vermieter zunächst durch Vorlage der Abrechnung darlegen und damit zugleich urkundlich belegen.⁵⁶ Erst für die materielle Richtigkeit gilt, dass der Mieter sie unstrittig stellen kann. Für die Zulässigkeit des Bestreitens gelten hier wiederum keine Besonderheiten. Das pauschale Bestreiten mit Nichtwissen ohne vorherige Belegprüfung ist

⁵¹ Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl. 2004, § 546 a BGB Rn. 44; Münchener Kommentar/Bieber, 5. Aufl. 2008, § 546 a BGB Rn. 17.

⁵² Das schlägt auch – ohne abschließende Entscheidung – das OLG Braunschweig, WM 2001,186,187 vor.

⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.9.2006 — 10 U 30/06, NJOZ 2006, 4058; KG, NZM 2005, 422 = GE 2005, 613; OLG Hamburg WM 1990, 77 = NJW-RR 1990, 86; OLG Rostock WM 2007,509; Emmerich/Sonnenschein-Rolfs, 8. Aufl. 2003, § 546 a Rn. 15; Schmidt-Futterer/ Gather, § 546 a Rn. 19.

⁵⁴ AG Berlin-Mitte, NZM 2007,642 = NJW-RR 2007,1167.

⁵⁵ Langenberg in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, § 556 Rn. 536 m.w.N.

⁵⁶ Both, NZM 2007,156,159.

unbeachtlich.⁵⁷ Das gilt genau so im Urkundenprozess. Wenn der Mieter sich auf das schlichte Nichtbestreiten zurückzieht, ergeht also gegen ihn Vorbehaltsurteil – nach dem oben Gesagten hindert ihn das selbstverständlich nicht, das substantiierte Bestreiten im Nachverfahren noch nachzuholen. Zu beachten ist immer die Besonderheit im Urkundenprozess: lässt sich der Mieter gar nicht ein und ist säumig, muss der Vermieter alle Umstände auch zur materiellen Richtigkeit darlegen und beweisen.

Wenn der Mieter einzelne Positionen zulässig bestreitet, kann der Vermieter durch seine Belege ggf. im Urkundenbeweis den Nachweis führen – soweit denn die Beweiskraft reicht. Das dürfte bei weitergereichten Beträgen (Grundsteuer, Versicherung u.ä.) einfach sein. Wenn Aufteilungen enthalten sind – etwa beim Hausmeister, der auch Verwaltungsarbeiten durchführt – kann es problematisch werden.

b. Forderungen des Mieters bei Guthaben

Der umgekehrte Fall, dass der Mieter die Zahlung eines ausgewiesenen Betriebskostenguthabens verlangt, ist dagegen relativ einfach. Allein durch die Zusendung der Abrechnung wird das ausgewiesene Guthaben fällig.⁵⁸ Der Mieter muss also überhaupt nur die Abrechnung als Urkunde vorlegen, soweit sich daraus auch die Mietparteien ergeben – andernfalls eben Abrechnung und Mietvertrag.

c. Forderungen des Mieters bei Fehlen einer Abrechnung

Problematisch ist dagegen der Anspruch eines Mieters auf Rückzahlung seiner Vorauszahlungen, wenn das Mietverhältnis beendet ist und der Vermieter binnen der Ausschlussfrist (§ 556 Abs. 3 S. 2 und 3 BGB) und auch bis zum Prozess nicht abgerechnet hat. Dieser Anspruch ist nach der Rechtsprechung des BGH materiell-rechtlich gegeben.⁵⁹ Hierfür ist m.E. der Urkundenprozess auch statthaft. Es ist ausreichend, dass der Mieter den Mietvertrag mit der Abrechnungspflicht, und die Leistung seiner Vorauszahlungen – z.B. durch Kontoauszüge – und schließlich das Mietende darlegt und beweist. Die „Nichtabrechnung“ der Betriebskosten muss er nicht darlegen und beweisen.⁶⁰ Auch im regulären Prozess müsste der Vermieter gegenüber der Rückzahlungsklage seine Abrechnung darlegen. Nichts anderes gilt im Urkundenprozess. Für den Vermieter ergibt sich damit kein besonderes Problem: Er muss nur die Abrechnung als solche belegen. Die Abrechnung bringt nämlich den Rückforderungsanspruch auch noch nach Ablauf der Ausschlussfrist zu Fall.⁶¹ Also ist es – im Urkundenprozess wie im regulären Verfahren – erforderlich aber auch ausreichend, wenn der Vermieter eine schon erteilte formell ordnungsgemäße Abrechnung vorlegt oder die Abrechnung jedenfalls jetzt nachholt. Den Zugang braucht er nicht zu beweisen.

4. Kautions

Unproblematisch für den Vermieter ist regelmäßig die Klage auf Einzahlung einer fälligen Kautions. Auch hier reicht der schriftliche Mietvertrag mit einer entsprechenden Klausel. Weitere Anspruchsvoraussetzungen bestehen nicht.

⁵⁷ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, § 556 Rn. 539 m.w.N.

⁵⁸ Schmid, DWW 2007,324; AG Wedding MM 2006,209 (9 C 630/04 – aufzufinden auch über „juris“); BGH NZM 2005,373,374 = NJW 2005,1499,1501 m.w.N.; BGH NZM 2003,196; BGH NZM 2004,188,189.

⁵⁹ BGH NZM 2005,1499 = NZM 2005,373

⁶⁰ A.A. Schmid, DWW 2007,324,325.

⁶¹ BGH NZM 2005,373,376 = NJW 2005,1499,1503 (unter II.5.c.).

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob der Mieter die Rückzahlung der Kautions im Urkundenprozess einklagen kann.

Hier sind m.E. zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

a. Nach Abrechnung der Mietsicherheit

Wenn der Vermieter über die Mietsicherheit abgerechnet hat und Gegenansprüche in mindestens gleicher Höhe abgezogen hat, ist der Urkundenprozess m.E. nicht mehr statthaft. Zwar müsste im regulären Prozess der Vermieter letztlich seine Gegenansprüche – etwa auf Schadensersatz wegen unterlassener Renovierung – darlegen und beweisen. Das „Nichtbestehen“ von Gegenansprüchen ist zwar Anspruchsvoraussetzung für die Forderung auf Kautionsrückzahlung, gleichwohl bleibt die Darlegungs- und Beweislast aber für derartige Gegenansprüche beim Vermieter.⁶² Daraus ergäbe sich nach dem allgemeinen Schema die Möglichkeit des Mieters, einen schnellen Titel im Urkundenprozess zu erlangen und den Vermieter für seine Gegenansprüche auf das Nachverfahren zu verweisen.

Genau dieser Ablauf würde aber die Funktion der Mietsicherheit beseitigen. Die Kautions soll nämlich gerade den Vermieter gegen das Insolvenzrisiko auf Mieterseite absichern. Das ist ihr Zweck. Wenn jetzt der Mieter einen Titel auf Rückzahlung der Kautions – vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung – hätte, bekäme er zunächst den Betrag zurück. Wenn der Mieter insolvent ist oder es anschließend wird, fällt der Vermieter wegen der dann im Nachverfahren etwa bestätigten Ansprüche doch aus. Er hat zwar einen Schadensersatzanspruch (§ 600 Abs. 2 ZPO), der ist aber im Insolvenzfall wirtschaftlich wertlos. Daher beinhaltet die Kautionsabrede bei Auslegung nach ihrem Sinn und Zweck, dass sie nicht im Urkundenprozess eingeklagt werden kann, wenn der Vermieter darüber überhaupt abgerechnet hat.⁶³

b. Keine Abrechnung trotz Abrechnungsreife

Hat der Vermieter dagegen binnen der Abrechnungsfrist nicht über die Kautions abgerechnet, erwirbt der Mieter einen unbedingten und fälligen Rückzahlungsanspruch.⁶⁴ In dieser Situation ist m.E. der Urkundenprozess für den Mieter statthaft.⁶⁵ Die Kautions soll den Vermieter nämlich nach ihrem Sinn und Zweck nicht für unbestimmte Zeit zur Verfügung stehen, erst recht nicht vertragswidrig seine eigene Liquidität aufbessern. Daher endet der mit dem Sicherungszweck verbundene Schutz m.E. mit Ablauf der Abrechnungsfrist. Jetzt könnte der Mieter nämlich auch seinerseits die Aufrechnung gegenüber etwaigen Vermieterforderungen erklären,⁶⁶ also sich jetzt etwa die ohnehin unstreitigen Mietforderungen „herausgreifen“.⁶⁷ Damit muss es dann auch bei den allgemeinen Grundsätzen bleiben, wenn der Vermieter nunmehr im Urkundenprozess die Abrechnung nachholt, seine Gegenansprüche aber nicht urkundlich belegen kann. Dies ist dann nach dem Fälligwerden und der Rechtshängigkeit des Mieteranspruchs nur noch wie eine reguläre

⁶² LG Flensburg, Beschl. v.8.2.2006 – 1 T 2/06 – m.w.N. (aufzufinden über „juris“); a.A. Schmidt-Futterer/Blank § 551 BGB Rn. 103 – der Mieter müsse den Wegfall des Sicherungsbedürfnisses beweisen.

⁶³ Insoweit ebenso Staudinger/Emmerich, Bearbeitung 2006, § 551 BGB Rn. 30 m.w.N.; Blank, NZM 2000,1083,1084; Wolst, Referat auf dem Mietgerichtstag 2006 unter II.2.b. – aufzurufen über www.mietgerichtstag.de/downloads/vortragwolst.pdf.

⁶⁴ Staudinger/Emmerich, Bearbeitung 2006, § 551 BGB Rn. 30 m.w.N.

⁶⁵ Vgl. Both, NZM 2007,156,159; Fischer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete VIII.41 – wohl sogar noch weitergehend für jede Klage auf Kautionsrückzahlung; a.A. möglicherweise die in Fn. 63 genannten – dort ist aber keine weitergehende Differenzierung enthalten.

⁶⁶ Staudinger/Emmerich, Bearbeitung 2006, § 551 BGB Rn. 30 m.w.N.

⁶⁷ Vgl. dazu in zident BGH MDR 1972,598 unter II.4.a. – der ausdrücklich nur für die Überlegungszeit dem Vermieter einräumt, auszuwählen, welche Forderungen er mit der Mietsicherheit verrechnet.

Aufrechnung zu werten, die erst im Nachverfahren zu berücksichtigen ist. Insoweit liegt hier m.E. ein erhebliches Risiko des Vermieters, der nicht fristgerecht über die Kautionsabrechnung.

Entschieden ist das bisher allerdings nicht. Vorzulegen wären Mietvertrag, Belege zum Mietende zur Abrechnungsreife und zur Einzahlung der Kautions.

Die weiteren denkbaren Zahlungsklagen, vor allem aus Schadensersatzforderungen, werden hier nicht näher behandelt. Sie werden nur in ganz seltenen Fällen im Urkundenprozess einzuklagen sein.

IV. Abkoppelungsklauseln

Materiell-rechtlich stellt sich eine Sonderfrage für das Nachverfahren in Verträgen mit so genannten Abkoppelungsklauseln. Im Wohnraummietrecht spielt das wegen der gesetzlichen Begrenzungen kaum eine Rolle. Im Gewerbemietrecht sind Abkoppelungsklauseln dagegen häufig. Der Mieter muss danach, auch wenn er Mängel einwendet, zunächst einmal ohne ein Zurückbehaltungsrecht die volle Miete zahlen. Er wird mit sämtlichen Gegenrechten – Aufrechnung, Minderung - wenn sie nicht tituliert oder unstrittig bzw. entscheidungsreif sind, auf einen Rückforderungsprozess verwiesen.⁶⁸ Formularvertragliche Aufrechnungsverbote können wirksam vereinbart, solange rechtskräftig ausgeurteilte oder unstrittige Gegenforderungen ausgenommen sind (§ 309 Nr. 3 BGB).⁶⁹ Bei Beachtung dieser Grenzen sind auch die noch weitergehenden Abkoppelungsklauseln in AGB gegenüber Unternehmern wirksam.⁷⁰

Nun verfolgen die Abkoppelungsklausel materiell-rechtlich und der Urkundenprozess prozessual den gleichen Zweck: dem Vermieter soll eine schnelle Durchsetzung ermöglicht werden, gerade auch bei drohender Vermögensverschlechterung des Mieters. Damit könnte sich die Frage stellen, ob hier entweder die Abkoppelungsklausel zugleich einen schlüssigen Verzicht des Vermieters auf den Urkundenprozess beinhaltet – oder ob umgekehrt jedenfalls im Nachverfahren die Abkoppelungsklausel fällt, weil der Vermieter doch seinen ohne Sicherheitsleistung vollstreckbaren Titel schon hat.

Die erste Frage – schlüssiger Verzicht auf Urkundsklagen – ist unproblematisch zu verneinen. Zwar sind vertragliche Abreden über einen Verzicht auf den Urkundenprozess möglich.⁷¹ Der Urkundenprozess wird durch eine Abkoppelungsklausel aber nicht ausgeschlossen. Einwände des Mieters können schließlich auch den Anspruch in weiteren Bereichen betreffen und nicht gerade Gegenstand einer Minderung, Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts sein. So könnte der Mieter etwa Erfüllung einwenden, ohne eine Quittung vorlegen zu können. Die Abkoppelungsklausel beinhaltet nach ihrem Sinn und Zweck gerade nicht, dass der Vermieter auf schnelle Durchsetzung seiner Ansprüche an anderer Stelle selbst schlüssig verzichten würde.

Die umgekehrte Frage nach einer Weitergeltung der Abkoppelungsklausel im Nachverfahren ist schwieriger zu beantworten. Die Berufung auf ein AGB-rechtlich wirksames Aufrechnungsverbot kann im Einzelfall treuwidrig sein, etwa bei eigener Insolvenz des

⁶⁸ Vgl. Bub in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete Rn. II 429 ff.; Horst, ZMR 2006,172.

⁶⁹ Das gleiche gilt über § 307 BGB auch bei AGB gegenüber Unternehmern – vgl. BGH NZM 2007,684; vgl. näher Derleder, WM 2007,599,604.

⁷⁰ BGH NJW 1993,519.

⁷¹ Münchener Kommentar/ Braun, § 592 ZPO Rn. 8; BGH WPM 1973,144; RGZ 160,241,243.

Vermieters.⁷² Nun könnte hier ein entsprechender Fall vorliegen. Das wirtschaftliche Ziel des Vermieters scheint mit dem Vorbehaltsurteil vollständig erreicht zu sein. Er kann, gerade bei drohender Mieterinsolvenz, schnell und ohne Sicherheitsleistung vollstrecken. Den Mieter mit seiner Gegenforderung jetzt noch auf einen späteren Rückforderungsprozess zu verweisen, erscheint als bloße Schikane. Es erscheint auch prozessökonomisch unsinnig: die Parteien streiten ggf. in drei Instanzen um das Vorbehaltsurteil, dann in drei Instanzen im Nachverfahren – noch ohne Berücksichtigung der Gegenforderungen – und schließlich noch einmal in drei Instanzen mit umgekehrtem Rubrum um eben diese Gegenforderungen. Diese Verfahren können teilweise parallel laufen und prozessual viel Verwirrung stiften.⁷³ Dennoch ist es m.E. in der Regel nicht treuwidrig, wenn der Vermieter sich auch im Nachverfahren noch auf die Abkoppelungsklausel beruft. Erst recht ist ein Vertrag wohl nicht von vornherein nach §§ 133, 157 BGB dahin gehend auszulegen, dass Abkoppelungsklauseln im Nachverfahren nach einem Vorbehaltsurteil nicht mehr wirksam sein sollen.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Mieter im Nachverfahren – auch nach Rechtskraft des Vorbehaltsurteils – Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 707 Abs. 1 S. 1 ZPO stellen kann. Bei der Beschlussfassung über diese Anträge wird das Gericht regelmäßig die Erfolgsaussichten mit bewerten. Wenn die Abkoppelungsklausel jetzt entfielen und damit über Gegenrechte Beweis zu erheben wäre, liegt es nahe, dass die Einstellung gegen Sicherheitsleistung des Mieters angeordnet wird (§ 707 Abs. 1 S. 2 ZPO). Der Vermieter könnte sich dagegen nicht wehren, Beschlüsse nach § 707 ZPO sind nicht anfechtbar (§ 707 Abs. 2 S. 2 ZPO). Es bliebe zwar eine Sicherheit bei drohender Mieterinsolvenz. Der mit der Abkoppelungsklausel auch verbundene Vorteil schneller Liquidität wäre aber dahin. Das ist m.E. nach Treu und Glauben vom Vermieter nicht zu verlangen. Der BGH geht, ohne das überhaupt zu problematisieren, von der Wirksamkeit vertraglicher Aufrechnungsverbote auch im Nachverfahren aus. 1998 hat er entschieden, dass sogar eine Vollstreckungsgegenklage oder eine negative Feststellungsklage bezogen auf den titulierten Vermieteranspruch noch unzulässig ist, soweit sie das Aufrechnungsverbot unterlaufen würde.⁷⁴ Es gibt nur den Rückforderungsprozess. Nichts anderes kann für die Abkoppelungsklauseln gelten.

Das Schreckensszenario der vervielfachten Prozesse tritt im Übrigen auch nur in seltenen Fällen ein. Regelmäßig wird der Rechtsanwalt des Mieters relativ schnell überblicken, ob im Urkundenprozess überhaupt Verteidigungsaussichten bestehen. Andernfalls bietet es sich an, den Anspruch nur im Urkundenprozess anzuerkennen, damit das Nachverfahren um so schneller durchgeführt werden kann.

V. Schlussbemerkung

Abschließend lässt sich sagen, dass das Urkundenverfahren sich vor allem anbietet, wenn die Beitreibung der Ansprüche – einschließlich der Kostenerstattung – noch aussichtsreich erscheint und wenn nicht ohnehin sicher mit einer Säumnisentscheidung zu rechnen ist. Fast immer zu empfehlen ist der Urkundenprozess, wenn im Gewerbemietrecht Mietrückstände im laufenden Mietverhältnis eingeklagt werden. In allen anderen Fällen gilt es, die Kostenerhöhung und die besonderen Prozessrisiken in die Abwägung mit einzubeziehen. Die Entscheidung für eine Klage im Urkundenprozess sollte daher nur nach Prüfung der konkreten Prozesslage in jedem Einzelfall getroffen werden.

⁷² BGH NJW 1984,357; BGH NJW-RR 1989,124,125; BGH NJW-RR 1991,971,972; Horst, ZMR 2006,172,173.

⁷³ Vgl. Derleder, WM 2007,599,605.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 20.5.1998 – XII ZR 293/96 – BGHR ZPO § 256 Abs. 1 Negative Feststellung 15 – aufzufinden auch über „juris“.