

Mängel und Mietminderung in der Gewerbe- und Wohnraummiete

VorsRiKG Hans-Joachim-Bieber

I. Mangel

1. Begriff

Nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Vermieter die Mietsache „in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch“ geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten. Hieran knüpft § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB an, der eine Mietminderung dann eintreten lässt, wenn ein Mangel die Tauglichkeit „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ beeinträchtigt. Der Begriff des Mangels steht somit in unmittelbarer Beziehung zum vertragsgemäßen = von den Parteien vertraglich vorgesehenen Gebrauchszweck. Das bedeutet zum Einen, dass vor der Annahme eines Mangels zunächst die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien hinsichtlich des Gebrauchszwecks festzustellen sind: diese bilden die sog. Sollbeschaffenheit oder Solltauglichkeit, die die Mietsache aufweisen muss. Erst nach deren Festlegung lässt sich dann entscheiden, ob ein bestimmter Umstand hierauf derart „einwirkt“, dass eine Abweichung vom gewollten und vereinbarten „Soll“ anzunehmen ist. Mit dieser Abgrenzung lassen sich zunächst ohne weiteres alle der Mietsache unmittelbar anhaftenden greifbaren, auch als Sachmangel zu bezeichnenden, Fehler feststellen.

Beispiel:

Der Mieter betreibt im Erdgeschoss vereinbarungsgemäß ein Ladengeschäft. In den darüber liegenden Räumen ereignet sich ein Wasserschaden, der zur Durchfeuchtung der Deckenkonstruktion im Laden führt, so dass objektiv die Gefahr des Herabfallens besteht. Der Mieter öffnet den Laden nicht mehr und behält die Miete zurück. Tatsächlich fällt jedoch die Deckenkonstruktion nicht herab.

Ein Mangel lag vor, weil die vertraglich – auch stillschweigend – vorausgesetzte Sollbeschaffenheit nicht vorlag: diese bestand (auch) in der Vereinbarung der Nutzung der Mieträume ohne die Befürchtung bzw. die Gefahr des Herabstürzens der Deckenkonstruktion¹ Gleiches gilt auch für außerhalb der Mieträume liegende „Gefahrenquellen“: So liegt ein Mangel dann vor, wenn durch die Gefahrenquelle eine Beeinträchtigung auch der Mietsache „droht“.

Beispiel:

In einem anderen Mietobjekt im selben Haus befindet sich eine fehlerhafte elektrische Anlage, die dort einen Brand auslösen kann;

¹ vgl. zur Gesundheitsgefährdung LG Lübeck, Urt. v. 15. 1. 2002 – 6 S 161/00, ZMR 2002, 431; zur Asbestbelastung OLG Hamm, Urt. v. 13. 2. 2002 – 30 U 20/01, NZM 2003, 395.

das Dach des Hauses ist undicht, so dass bei starkem Regenfall Wasser auf den Dachboden und von dort in die Mieträume gelangen kann².

Freilich muss die Annahme der „Drohung“ einer Beeinträchtigung objektiv nachvollziehbar sein, d. h., es kann zur Beurteilung nicht allein auf das persönliche Empfinden des Mieters abgestellt werden, vielmehr muss hier ein Maßstab angelegt werden, der auf den verständigen „Durchschnittsmieter“ abstellt. Insoweit wird letztendlich im Streitfall die Einschätzung dem Verständnis und der Beurteilung des Richters obliegen.

Ob in diesen Kontext auch die Fälle gestellt werden können, in denen öffentlich-rechtliche Beschränkungen oder Auflagen zur Rechtfertigung einer Minderung herangezogen werden, erscheint fraglich. Zwar soll hier nach allgemeiner Meinung ein zur Minderung berechtigender beachtlicher Mangel erst vorliegen, wenn die Behörde ein Einschreiten oder Tätigwerden konkret angekündigt hat³. Begründet wird dies damit, dass eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung solange nicht anzunehmen ist, wie die Behörde sich passiv verhält, m. a. W., die „Drohung“ einer Gebrauchsbeeinträchtigung soll erst bei Tätigwerden der Behörde eintreten, wobei allerdings keine Klarheit darüber besteht, wie denn dieses Tätigwerden der Behörde beschaffen sein muss (reicht die mündliche Äußerung eines Behördenmitarbeiters aus? Muss ein Bescheid ergangen sein?). Geht man von der Sollbeschaffenheit aus, die die Mieträume nach den vertraglichen Vereinbarungen haben müsste, dürfte im Falle des Vorliegens von öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen unabhängig vom Einschreiten der Behörde stets ein Mangel anzunehmen sein. Allerdings ist dieser in seinen Auswirkungen eben als unerheblich i. S. d. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB anzusehen, solange die Behörde nicht tätig wird⁴.

Soweit übrigens die Auffassung vertreten wird, dass es für die Annahme eines Mangels im Falle der bloßen „Drohung“ oder „Befürchtung“ einer Gebrauchsbeeinträchtigung nicht darauf ankomme, ob der Mieter hiervon Kenntnis habe, so dass eine Minderung bei Nichtkenntnis eintrete⁵, ist das mit § 536 c Abs. 2 BGB nicht in Übereinstimmung zu bringen: Zeigt der Mieter aus welchen Gründen auch immer den Mangel nicht an, kann er sich auf eine Gebrauchsbeeinträchtigung nicht berufen, so dass eine Minderung ausgeschlossen ist.

² vgl. hierzu Kraemer, WuM 2000, 515 [519 I. Sp.]; Mü/Ko-Schilling, § 536 Rn. 12.

³ vgl. die Nachweise bei Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 536 Rn. 7; ferner Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rn. 1346; OLG Nürnberg, Urt. v. 16. 7. 1998 – 8 U 197/98, NZM 1999, 419.

⁴ Bieber; Anm. 2 jurisPR-MietR 22/2005 zu OLG München, Urt. v. 4. 7. 2005 – 21 U 1607/05 –

⁵ Emmerich, Miete, 8. Aufl., § 536 Rn 3.

2. Rechtsfolgen

a) Vollständige Aufhebung der Tauglichkeit

Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Mieter in diesem Fall bekanntlich in vollem Umfang von der Mietzahlung befreit; er hat daher weder die „Grundmiete“ noch Betriebs- und sonstige Nebenkosten zu entrichten.

b) Teilweise Aufhebung der Tauglichkeit

Vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes hat der Bundesgerichtshof⁶ die Auffassung vertreten, dass für die Bestimmung der Minderung des Mietzinses nach § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. auf § 287 ZPO nicht zurückgegriffen werden dürfe, weil die Minderung kraft Gesetzes eintrete; eine Schätzung komme nicht in Betracht, weil die Minderung nach §§ 472, 473 BGB a. F. zu berechnen sei, also nach der Formel

$$X = \frac{a \text{ (Mietwert der mangelhaften Mietsache)} \times P \text{ (vereinbarte Miete)}}{b \text{ (objektiver Mietwert der fehlerfreien Mietsache)}}^7.$$

Mit dieser Formel hat m. E. schon lange vor der Mietrechtsreform niemand gearbeitet; vielmehr ist in der Regel ein prozentualer Abschlag vorgenommen und dies auch deutlich als Schätzung bezeichnet worden⁸. Dem ist deshalb mit der Neufassung in § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB Rechnung getragen worden, so dass nunmehr frei von dogmatischen Erwägungen der angemessene Umfang der Mietherabsetzung in entsprechender Anwendung des § 287 BGB geschätzt werden kann. Erforderlich hierfür ist aber nach wie vor, dass der Mieter ausreichend zu den Tatsachen vorträgt, die die Minderung begründen sollen. Zwar tritt nach wie vor die Minderung sozusagen automatisch ein; sie lässt sich aber im Rechtsstreit mit Erfolg nur durchsetzen, wenn genügend Anhaltspunkte für deren Beurteilung durch das Gericht vorliegen. Insoweit trifft den Mieter, der sich auf die Minderung beruft, zunächst nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen die Darlegungslast für die von ihm geltend gemachte Gebrauchsbeeinträchtigung.

Was die Beweislast angeht, ist zu unterscheiden:

Ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Mangel durch den Mietgebrauch verursacht worden ist, hat der Mieter zu beweisen, dass er die Beeinträchtigung nicht

⁶ Urt. v. 27. 2. 1991 – XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779.

⁷ vgl. Mü/Ko-Westermann, 3. Aufl., § 472 Rn. 5.

⁸ vgl. z. B. die Übersicht von Isemann/Mersson, Mietminderung wegen Feuchtigkeitsmängeln, NZM 2005, 881 ff.: das älteste dort zitierte Urteil mit prozentualer Minderung stammt vom 7. 8. 1963 (LG Münster).

zu vertreten hat⁹. Ist allerdings streitig, ob die vermieteten Räume durch den Mietgebrauch beeinträchtigt worden sind, muss zunächst der Vermieter alle möglichen Ursachen für den Mangel, die in seinen Obhuts- und Verantwortungsbereich fallen könnten, ausräumen. Sodann hat der Mieter zu beweisen, dass er die Gebrauchsbeeinträchtigung nicht zu vertreten hat¹⁰.

c) Bemessungsgrundlage für die Minderung bei nur teilweiser Gebrauchsbeeinträchtigung

Denkbar und so vorgeschlagen etwa von *Fritz*¹¹ wäre es, die teilweise Herabsetzung der Miete unmittelbar in Bezug zu setzen zu der vom Vermieter in einem bestimmten Teilbereich geschuldete Leistung.

- funktioniert der Fahrstuhl nicht, könnte die Minderung den Betrag ausmachen, der den anteiligen monatlichen Fahrstuhlkosten entspricht;
- fällt der Fernsehempfang aus, könnte der monatlich umgelegte Betrag für den Anschluss an das Kabelfernsehen maßgeblich sein;
- versagt die Heizung während der Heizperiode, mag die Miete um den monatlichen Heizkostenvorschuss herabgesetzt sein.

Diese Betrachtungsweise scheidet aber schon dann aus, wenn das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit führt oder gar ein Rechtsmangel nach § 536 Abs. 3 BGB vorliegt: Dann kann auf einzelne Teilbereiche der Vermieterleistung nicht zurückgegriffen werden, genauso wenig wie dann, wenn der Mietgebrauch z. B. durch sog. Umweltmängel, durch Geräuschmissionen oder etwa gegen die Hausordnung verstoßenden Mietgebrauch der Nachbarwohnung beeinträchtigt wird. Deshalb war es wohl an der Zeit, sich von der Vorstellung zu trennen, dass es im Rahmen des Mietverhältnisses einzelne Leistungen des Vermieters gibt, die getrennt zu betrachten wären um danach festzustellen, ob und in welchem Bereich konkret eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, die nur insoweit auch eine Minderung rechtfertigt. Der Bundesgerichtshof hat deshalb mit seinen Entscheidungen vom 6. 4. 2005¹² und 20. 7. 2005¹³ diesen Überlegungen zu Recht eine Absage erteilt und die Leistungsverpflichtung des Vermieters als „komplexe Leistung“ und dementsprechend die vom Mieter zu erbringende Gegenleistung als „Gesamtentgelt“ bezeichnet. Diese Betrachtungsweise führt dann konsequenterweise dazu, dass jeder im Bereich der Mietsache auftretende Mangel unmittelbare Auswirkung auf die Gesamtmiete, also den Bruttomietzins, haben muss (Erstaunlicherweise wird in der Rechtsprechung immer noch eine abweichende Auffassung vertreten: so hat das OLG

⁹ BGH, Urt. v. 14. 4. 1976 – VIII ZR 288/74, BGHZ 66, 349 ff. = NJW 1976, 1315.

¹⁰ BGH in ständiger Rspr., zuletzt Urt. v. 10. 11. 2004 – XII ZR 71/01, GE 2005, 125 und Beschl. v. 25. 1. 2006 – VIII ZR 223/04-.

¹¹ jurisPR-Mietrecht 14/2000, Anm. 1.

¹² -XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 = GE 2005, 666.

¹³ -VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 = GE 2005, 1120.

Koblenz – Ur. v. 17. 10. 2005 – 12 U 1301/04 – unter Hinweis auf ein Urteil des OLG Sachsen-Anhalt vom 16. 6. 1999 (!) ohne weitere Begründung oder gar Auseinandersetzung mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entschieden, dass sich die Minderung nur auf die Grundmiete erstrecke; auf Nebenkosten habe sie nur einen Einfluss, „soweit diese vom Mangel betroffen sind“).

II. Minderung und Betriebskosten

Nach Erlass der BGH-Entscheidungen sind deren Auswirkungen auf die Nebenkosten und die Nebenkostenabrechnungen von zahlreichen Autoren – teils kontrovers – erörtert worden. Unterschiedliche Betrachtungsweisen führten zum Teil dazu, dass die Jahresabrechnung trotz Nichtzahlung von Vorschüssen Guthaben des (berechtigt) mindernden Mieters auswies¹⁴.

Die Lösung des Problems dürfte wohl einfacher sein, als vielfach angenommen wird, wenn man von Folgendem ausgeht:

Von der Feststellung, dass der Mangel zugleich eine Reduzierung von Grundmiete und Nebenkosten bewirkt, ist zunächst aber nur die zum Zeitpunkt des Auftretens der Beeinträchtigung vereinbarte Miete betroffen. Von dieser steht als konstante Rechengröße nur der „Grundmietzins“ fest; der genaue Nebenkostenanteil lässt sich erst nach der Abrechnung bestimmen, so dass der vertragsgemäß ausgewiesene monatliche Vorschuss nicht mehr als einen Abschlag auf die tatsächlichen Nebenkosten darstellt. Da die Nebenkostenvorschüsse Teil der Miete i. S. d. § 535 BGB sind, lässt sich der (tatsächlich) monatlich geschuldete Betrag somit auch erst später feststellen. Dies bedeutet, dass zwar die Quote der durch den Mangel geminderten Nebenkosten feststeht, nicht aber schon deren rechnerischer Umfang. Eine 10 %-ge Minderung mit der Folge eines von 100,- EUR auf 90,- EUR verminderten Nebenkostenvorschusses sagt also nichts darüber aus, wie hoch die Minderung der Nebenkosten tatsächlich anzusetzen ist¹⁵.

Wenn dagegen *Schach*¹⁶ argumentiert, dass sich die Minderung (nur) auf die monatlich geschuldete Miete bezieht, ist das eben vom Mietbegriff i. S. d. § 535 BGB nur insoweit gedeckt, als die monatlich eintretende Minderung quotal feststeht. Dagegen steht deren Umfang zum Zeitpunkt der Minderungsmaßnahme gerade noch nicht fest. Weshalb die Berücksichtigung des Nebenkostenabrechnungsbetrages der Regelung in § 536 Abs. 1 BGB widersprechen würde, erschließt sich nicht. Insbesondere kann *Schach* nicht damit argumentieren, dass im Falle einer durch Mietrückstände veranlassten Kündigung eine spätere Nebenkostenabrechnung wegen der Erstreckung der Minderung auf die monatlichen Nebenkostenvorschüsse möglicherweise einen kündigungsrelevanten Rückstand gerade nicht ergeben habe. § 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB ist ein vom Gesetz beispielhaft erwähnter Fall des wichtigen Grundes nach Abs. 1 Satz 1 der Bestimmung, der dem Vermieter die Fortsetzung

¹⁴ vgl. die Rechenbeispiele bei Becker, GE 2005, 1335, 1336 I. Sp.; ferner Bongard, GE 2005, 1338, beide jeweils gegen Kinne, GE 2005, 1160 ff.; vgl. ferner die Darstellungen von Eisenschmid, WuM 2005, 491 ff.; Leo/Schmitz, NZM 2005, 858 ff., Lützenkirchen, NZM 2006, 8 ff.; Schach, GE 2005, 645 ff. und GE 2005, 1462 ff.

¹⁵ so auch Eisenschmid, WuM 2005, 491.

¹⁶ GE 2005, 1464.

des Mietverhältnisses unzumutbar macht¹⁷. Die Bestimmung stellt auf das vertragswidrige Verhalten des Mieters ab, das sich in der Nichteinhaltung bzw. teilweisen Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Zahlungen dokumentiert. Damit allein begründet sich die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Vermieter.

Zur nachträglichen Berechnung der vom Mieter tatsächlich geschuldeten Miete ist deshalb zunächst ein Jahresabrechnungsbetrag festzustellen. Dieser setzt sich zusammen aus der Jahresgrundmiete und dem (Gesamt-) Abrechnungsbetrag der Nebenkosten. Die jeweiligen Beträge sind sodann um die Minderungsquote zu verringern. Der sich dann ergebende Betrag ist dem vom Mieter gezahlten Gesamtbetrag gegenüberzustellen, um ein Guthaben oder einen Nachzahlungsbetrag für den Mieter zu ermitteln. Bei dieser Berechnungsweise können (jedenfalls für den Fall der Minderung) Grundlage für die Abrechnung nur die tatsächlich gezahlten Nebenkostenvorschüsse sein; eine Berücksichtigung fiktiver Beträge scheidet aus¹⁸.

Nachfolgende Rechenbeispiele mögen die Richtigkeit der vorstehenden These belegen:

1. Beispiel Miete: 800,- + 200,-
 Nebenkosten insgesamt 3.000,-
 Mangel während des ganzen Jahres; Quote 10%

Berechnung des Nebenkostensaldos:

Soll	Ist
<u>a) Betriebskosten:</u> 3.000,- minus 10% = 300,- <u>300,-</u> 2.700,- : 12= 225,-	(1.000,- minus 10 % = 900,-) 900,- x 12= 10.800,- (gezahlt)
<u>b) Grundmiete:</u> 800,- x 12= 9.600,- minus 10%=960,- <u>960,-</u> 8.640,- : 12= <u>720,-</u> 945,- 945,- x 12 = 11.340,- (geschuldet)	
Also: 11.340,- - <u>10.800,-</u> 540,- Nachzahlung	

¹⁷ Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 543 Rn. 3 ff.; Mü-Ko/Schilling, 4. Aufl., § 543 Rn. 1.

¹⁸ so aber Kinne, GE 2005, 1160(1163, 1164).

2. Beispiel: Miete 900,- + 300,-
 Nebenkosten insgesamt 3.000,-
 Minderung ganzjährlich 10 %

Berechnung des Nebenkostensaldos:

Soll	Ist
<u>a) Betriebskosten:</u> wie oben: 225,- <u>b) Grundmiete:</u> 900,- x 12 = 10.800,- minus 10 % = 1.080,- <u>1.080,-</u> 9.720,- : 12 = <u>810,-</u> 1.035,- 1.035,- x 12 = 12.420,- (geschuldet)	(1.200,- minus 10 % = 1.080,-) 1.080,- x 12 = 12.960,- (gezahlt)
Also: 12.960,- <u>12.420,-</u> 540,- Guthaben	

III. Minderung und § 366 BGB

Zahlt der Mieter wegen einer Gebrauchsbeeinträchtigung die Miete nur teilweise und gibt er nicht an, wie eine Verrechnung zu erfolgen hat, ist nach bisheriger Rechtsprechung jedenfalls im Bezirk des Kammergerichts¹⁹, im Bereich des OLG Düsseldorf²⁰ und wohl auch im Bereich des OLG Rostock²¹ so verfahren worden, dass die Zahlungen zunächst auf die Nebenkostenvorschüsse verrechnet worden sind. Hierfür ist § 366 Abs. 2 BGB herangezogen worden, wobei die Nebenkostenforderung des Vermieters als diejenige angesehen wurde, die dem Vermieter die geringere Sicherheit bot²². Diese Verfahrensweise erschien problemlos, weil ohne weiteres offenbar von zwei unterschiedlichen Forderungen des Vermieters, nämlich zum Einen derjenigen auf die Grundmiete und zum Anderen derjenigen auf die Nebenkostenvorschüsse, ausgegangen worden ist. Diese Betrachtungsweise dürfte aber schon damals nicht mit dem Wortlaut der Bestimmung und der einschlägigen Kommentierung in Einklang zu bringen gewesen sein. Zwar ist § 366 Abs. 2 BGB auch bei einer Mehrheit von Forderungen aus demselben Schuldverhältnis anwendbar, also auch bei mehreren Mietforderungen für verschiedene Zeiträume. Aber schon dann, wenn eine Forderung aus mehreren Einzelpositionen besteht, kommt eine Anwendung der Bestimmung nicht (mehr) in Betracht²³. So ist es aber, wenn man die Mietforderung betrachtet: diese setzt sich eben aus zwei Positionen zusammen, nämlich aus der Grundmiete und – wenn vereinbart – dem Nebenkostenvorschuss. Nachdem der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 6. 4. 2005²⁴ ausgeführt hat, dass der Mieter „nicht etwa isoliert jede Nebenleistung, sondern ein Gesamtentgelt“ zahlt, lässt sich (so man der Auffassung des BGH folgt) eine Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB überhaupt nicht mehr rechtfertigen: es gibt danach dann nicht einmal mehr Bestandteile, in die sich die Forderung des Vermieters zerlegen lässt, sondern eben nur noch eine einheitliche, nicht mehr teilbare Mietforderung.

Damit ist allerdings nicht die Frage beantwortet, wie denn zu verfahren ist, um den Umfang der durch die Teilleistung eingetretenen Erfüllung festzustellen. Angenommen, die Miete beträgt (800,- + 200,- =) 1.000,- EUR und der Mieter zahlt z. B. für das ganze Jahr monatlich (zu Recht) nur 900,- EUR. Dann ergibt sich folgender Saldo:

$$\begin{array}{r} 12 \times 1000,- \text{ EUR} = 12.000,- \text{ EUR} \\ \text{abzgl. } 12 \times 900,- \text{ EUR} = \underline{10.800,- \text{ EUR}} \end{array}$$

¹⁹ LG Berlin, Urt. v. 22. 5. 2001 – 29 O 259/99, GE 2001, 929; Urt. v. 10. 6. 2002 – 62 S 556/01, GE 2002, 1336.

²⁰ Urt. v. 10. 3. 2005 – I – 10 U 73/04, GE 2006, 255.

²¹ Urt. v. 18. 12. 2000 – 3 U 153/99, OLGReport Rostock 2001, 440.

²² vgl. zur Zulässigkeit von Tilgungsklauseln auch *Fritz*, aaO., Rn. 186; *Kinne*, aaO., § 535 Rn. 68.

²³ MüKo/Wenzel, § 366 Rn. 2.

²⁴ s. Fn. 11

1.200,- EUR

Dieser Saldo lässt sich erst „auflösen“, wenn der Vermieter über die Nebenkosten abgerechnet hat. Ergibt sich dann etwa eine Nachzahlung des Mieters in Höhe von 1.200,- EUR, entfällt ein Mietrückstand (durch Aufrechnung). Ergibt sich ein Guthaben von 600,- EUR, beträgt die Restforderung des Vermieters ebenfalls 600,- EUR, wobei allerdings nicht feststellbar ist, in welchem Umfang es sich hier um Grundmiete und Nebenkosten handelt. Dies könnte zu einem weiteren Problem führen: Rechnet der Vermieter erst nach Ablauf der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ab, steht ihm hinsichtlich der Betriebskosten ein etwaiger Nachforderungsbetrag nicht mehr zu. Lässt sich aber nicht klären, wie sich der Saldo zusammensetzt, also in welchem Umfang Grundmiete und Betriebskosten enthalten sind, müsste die Ausschlussfrist in einem solchen Fall auch die noch offene Grundmietenforderung erfassen. Dem Vermieter verbleibt in diesen Fällen dann nur ein Zinsanspruch auf jeweils 100,- EUR der monatlich nicht gezahlten Beträge. § 389 BGB ändert hieran zugunsten des Mieters nichts, weil die Guthaben aus den Nebenkostenabrechnungen erst (und sogleich) mit dem Übersenden der Abrechnung durch den Vermieter fällig werden²⁵.

IV. Minderung und Leistungsverweigerungsrecht

1. des Mieters

Liegt ein Mangel vor, ist die Miete (teilweise) gemindert. Daneben besteht der Erfüllungsanspruch des Mieters aus § 535 BGB, der dem restlichen Mietzinsanspruch des Vermieters nach § 320 Abs. 1 BGB entgegen gehalten werden kann²⁶. Unterschiedlich wird aber schon die Frage nach dem Umfang des Zurückbehaltungsrechts beantwortet. Hierbei wird einerseits auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten²⁷ und andererseits auf die Höhe der Mietminderung²⁸ abgestellt, wobei ein „Druckzuschlag“ in Höhe des drei bis fünffachen des maßgeblichen Betrages hinzukommen soll. Auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten dürfte schon deshalb nicht abgestellt werden können, weil es eine dem § 641 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung im Mietrecht nicht gibt (wobei diese nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Forderungen – FoSiG – künftig auch nur auf den doppelten Mangelbeseitigungsbetrag begrenzt sein soll). Für eine analoge Anwendung wäre Voraussetzung, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält, also gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht

²⁵ Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rn. 428.

²⁶ allg. Meinung., vgl. z. B. BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 – XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873; Palandt-Weidenkaff, aaO., § 536 Rn. 6.

²⁷ z. B. LG Saarbrücken, Urt. v. 26. 3. 1999 – 13 B S 233/98, NZM 1999, 757; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rn. 1289; Staudinger/Emmerich (1995), 3 537 Rn. 81.

²⁸ z. B. LG Hamburg, Urt. v. 30. 3. 1989 – 7 S 330/88, WuM 1989, 566; Kinne/Schach/Bieber, aaO., § 536 Rn. 13; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO., § 536 Rn. 359 m. w. N.

unvollständig ist²⁹ und eine Rechtsähnlichkeit der Tatbestände vorliegt. Diese wäre dann anzunehmen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen³⁰. An diesen Voraussetzungen fehlt es schon deswegen, weil eine Rechtsähnlichkeit in dem genannten Sinn nicht vorliegt. Gegenstand des Mietverhältnisses ist eben nicht die Herstellung einer bestimmten Sache, sondern deren Überlassung. Im Übrigen würde die Übertragung dieses für den Bereich des Werkvertragsrechts entwickelten Grundsatzes im Mietrecht zu nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen. Beispiele:

- Zum Mietshaus gehört ein Fahrstuhl; dessen Betriebskosten in der Miete von 800,- EUR für die im zweiten Obergeschoß gelegene Wohnung enthalten sind. Der Fahrstuhl fällt aus, die Minderung mag 20 %, mithin 160,- EUR monatlich betragen. Der Fahrstuhl muss von Grund auf saniert werden; die Kosten hierfür betragen 10.000,- EUR. Soll das Zurückbehaltungsrecht des Mieters hier etwa einen Umfang von mindestens 30.000,- EUR haben?
- Die Kosten für das Kabelfernsehen der Wohnung im vorigen Beispiel sind in der Miet enthalten. Von den 32 Programmen fallen drei aus, so dass eine Minderung von vielleicht 5 %, also 40,- EUR monatlich, denkbar wäre. Die Kosten für die Reparatur betragen allerdings 3.000,- EUR. Weshalb soll es gerechtfertigt sein, hier ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von wenigstens 9.000,- EUR anzusetzen?

Deshalb ist auf die konkrete Minderungsquote und den daraus folgende Minderungsbetrag abzustellen, was in den Beispielfällen zu folgender Berechnung führen würde:

- | | |
|---------------------------------------|------------------|
| • Fall 1: | 800,- EUR |
| abzgl. 20 % Minderung | <u>160,- EUR</u> |
| | 640,- EUR |
| abzgl. ZB 3 x 160,- EUR | <u>480,- EUR</u> |
| | 160,- EUR |
| monatlich bis der Mangel behoben ist; | |
| • Fall 2: | 800,- EUR |
| abzgl. 5 % Minderung | <u>40,- EUR</u> |
| | 760,- EUR |

²⁹ BGHZ 149, 165, 174.

³⁰ BGH, Urt. v. 13. 3. 2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933 I. Sp. m. w. N.

Die bisherigen Überlegungen gehen von Wohnraummietverhältnissen aus; ob und inwieweit eine Übertragbarkeit auf Geschäftsraummietverhältnisse möglich ist, soll nachfolgend kurz erörtert werden.

1. Gesetzliche Regelung

Der erste Untertitel der gesetzlichen Regelungen enthält in §§ 535 bis 548 BGB allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse, der zweite Untertitel enthält in §§ 549 bis 577a BGB Regelungen speziell für Wohnraummietverhältnisse, der dritte Untertitel befasst sich mit den Mietverhältnissen über „andere Sachen“, zu denen nach § 578 Abs. 2 BGB „Räume, die keine Wohnräume sind“, gehören. Auf diese Mietverhältnisse sind die für alle Arten von Mietverträgen geltenden allgemeinen Vorschriften der §§ 535 bis 548 BGB anwendbar und wegen der Verweisung in § 578 BGB zusätzlich bestimmte dort aufgeführte Regelungen aus dem Wohnraummietrecht. Unterschiedliche (besser: besondere) Regelungen bestehen dort, wo es die Eigenart des Wohnraummietverhältnisses verlangt, wo es also um die „sozial-, wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitische Bedeutung des privaten Mietrechts“ geht³⁵.

Dies betrifft insbesondere die Regelungen über Mieterhöhungen, über die Vereinbarung und Abrechnung von Betriebskosten und über die Beendigung des Mietvertrages. Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass eine unterschiedliche Betrachtungsweise von Wohnraummietrecht und Geschäftsraummietrecht dann nicht geboten ist, wenn es um allgemeine Grundsätze und Regelungen innerhalb der für alle Mietverhältnisse geltenden allgemeinen Bestimmungen geht. Soweit es den Regelungsgehalt der §§ 535, 536 BGB angeht, hat der Bundesgerichtshof diese Betrachtungsweise inzwischen konsequent umgesetzt. Während *Ahlt*³⁶ anlässlich des vorigen Mietgerichtstages noch zweifelte, ob die Rechtsprechung des 8. Zivilsenats zum sog. Summierungseffekt bei Schönheitsreparaturklauseln³⁷ auf Geschäftsraummietverhältnisse übertragen werden könne, hat der 12. Senat deren Anwendbarkeit unter Hinweis darauf, dass gerade in diesem Bereich keine unterschiedliche Betrachtungsweise gerechtfertigt sei, kurz danach bejaht³⁸.

Gleiche Betrachtungsweisen der beiden Senate des Bundesgerichtshofs gelten nunmehr auch im Bereich des durch eine Flächenabweichung verursachten Mangels³⁹. Deshalb kann es nicht weiter verwunderlich sein, wenn auch zur Frage der Berechnung der Minderung von der Bruttomiete übereinstimmende Entscheidungen der Mietsenate des Bundesgerichtshofs vorliegen⁴⁰. Dieser „Gleichklang“ ist schon im Interesse der Rechtssicherheit sehr zu begrüßen.

³⁵ Entwurf der Bundesregierung zum Mietrechtsreformgesetz; BT-Drs. 14/4553 v. 9. 11. 2000.

³⁶ GuT 2005, 47, 50.

³⁷ z. B. Urt. v. 14. 5. 2003 – VIII ZR 308/02, GE 2003, 944.

³⁸ Urt. v. 6. 4. 2005 – XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006 = GE 2005, 667.

³⁹ Urt. v. 24. 3. 2004 – VIII ZR 295/03, MDR 2004, 336 = WuM 2004, 336 für

Wohnraummietverhältnisse; Urt. v. 4. 5. 2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 = GE 2005, 861 für Geschäftsraummietverhältnisse.

⁴⁰ s. o. Fn. 11 und 12.

2. Unterschiede

Gleichwohl lassen sich unterschiedliche Ergebnisse erreichen, wenn von den gesetzlichen Möglichkeiten in zulässiger Weise Gebrauch gemacht wird.

a) Flächenabweichung

Soweit es Wohnraummietverhältnisse angeht, lässt sich wegen § 536 Abs. 4 BGB eine Minderung nicht ausschließen, wenn die tatsächliche Wohnfläche die im Vertrag auch nur annähernd⁴¹ beschriebene Fläche um mehr als 10 % unterschreitet. Will man als Vermieter das Risiko einer hierauf gestützten Minderung oder gar einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Ziff. 1 BGB vermeiden, müsste der Mietvertrag überhaupt keine Angaben zur Größe der Wohnung enthalten.

Bei Geschäftsraummietverhältnissen können hingegen Mietminderungen wegen Flächenabweichungen ausgeschlossen werden. Soweit dies durch Individualvereinbarungen erfolgt, bestehen keine Bedenken an deren Wirksamkeit. Gleiches dürfte aber auch im Falle eines formularmäßigen hierauf bezogenen Minderungsausschlusses (etwa lautend: „Abweichungen zwischen tatsächlicher und vertraglich angegebener Fläche begründen keine Gewährleistungsrechte zugunsten des Mieters“) gelten. Zu berücksichtigen ist, dass sich der Minderungsausschluss nicht auf einen unbekanntem, erst in der Zukunft möglicherweise auftretenden ungewissen Umstand bezieht, sondern auf ganz konkrete Tatsachen, die der Mieter schon vor Abschluss des Vertrages überprüfen kann und dessen Auswirkungen für ihn klar kalkulierbar sind. Schließt der Mieter in Kenntnis der Klausel den Vertrag ohne Überprüfung der Größenangaben ab, verliert er für diesen Teilbereich der Gewährleistung die ihm zustehenden Rechte, so dass von einer bloßen und deshalb insoweit zulässigen Einschränkung des Minderungsrechtes ausgegangen werden kann.

b) Bemessungsgrundlage Bruttomiete

Wenn eine Minderung der Miete in Betracht kommt, wird der Vermieter Wert darauf legen, dass hiervon der Betriebskostenanteil nicht betroffen ist. Soweit es Wohnraummietverträge angeht, lässt sich auch hier wegen § 536 Abs. 4 BGB eine entsprechende Vereinbarung nicht treffen. Die Nebenkosten sind Bestandteil der Miete und deshalb einer Sonderregelung nicht zugänglich⁴².

Im Bereich der Geschäftsraummiete dürften jedoch (auch formularmäßige) Regelungen, die eine Minderung nur in Bezug auf die Grundmiete ermöglichen, zulässig sein. Dies gilt aber nur, wenn die Gebrauchsfähigkeit nur eingeschränkt

⁴¹ BGH, Urt. v. 24. 3. 2004 – VIII ZR 133/03, GE 2004, 583 = NZM 2004, 456: „ca“-Angabe.

⁴² Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., II Rn. 556.

ist; bei völliger Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit würde eine Regelung dieser Art gegen § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB verstoßen und unwirksam sein.

c) Minderungsausschluss

Wegen der Nichtanwendbarkeit des § 536 Abs. 4 BGB im Bereich der Geschäftsraummiete wird allgemein die Auffassung vertreten, dass hiervon abweichende Regelungen auch formularmäßig vereinbart werden können. Begründet wird dies damit, dass die Minderung „nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört“⁴³ und deshalb von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht erfasst werde. Überzeugend erscheint diese Betrachtungsweise allerdings nicht. Zwar wird die Minderung als solche in der die Hauptpflichten der Parteien regelnden Bestimmung des § 535 BGB nicht erwähnt. Sie ist aber gleichwohl jedenfalls latent in der Ausgangsnorm enthalten, weil die „vereinbarte Miete“ i. S. d. § 535 Abs. 2 BGB in ihrem Umfang „automatisch“ eben vom Vorliegen eines Mangels abhängig ist. Jedenfalls sollen Regelungen, die die bloße Geltendmachung der Minderung im laufenden Mietverhältnis ausschließen, dann wirksam sein, wenn für den Mieter der Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Miete nach § 812 Abs. 1 BGB verbleibt⁴⁴. Erforderlich ist hierfür, dass der entsprechenden Regelung im Vertrag unmissverständlich entnommen werden kann, dass ein Rückforderungsanspruch des Mieters erhalten bleibt. Enthält der Vertrag lediglich etwa eine Regelung wie „Minderung und Schadensersatzansprüche des Mieters sind ausgeschlossen“, kann nicht etwa eine Auslegung dahingehend erfolgen, dass gerade wegen deren Nichterwähnung Rückforderungsansprüche nach § 812 BGB erhalten bleiben sollen.

Hält man die Minderung für den Mietvertrag nicht wesensbestimmend, wäre es an sich konsequent, deren Wirkungen auch erst ab einem bestimmten Umfang, einer Quote oder einem Betrag eintreten zu lassen. Das Gesetz sieht in §§ 536 b und c BGB die Beschränkung oder den Verlust der Minderung in den dort genannten Fällen vor und geht insoweit selbst davon aus, dass ein bestimmtes Verhalten des Mieters zu einer für ihn nachteiligen Veränderung der Äquivalenz führen kann. Es spricht deshalb wohl nichts dagegen, die Äquivalenzstörung auch durch eine vertragliche Vereinbarung herbeizuführen. Sollte man sich hier für eine Grenze entscheiden müssen, erschiene in Anlehnung an die vom Bundesgerichtshof zur Flächenunterschreitung vertretenen Auffassung⁴⁵ ein Ausschluss der Minderung bis zu einem Betrag von 10 % für vertretbar.

VI. Zusammenfassung

⁴³ Bub in Bub/Treier, aaO., II Rn. 518.

⁴⁴ vgl. ausführlich LG Hamburg, Urt. v. 16. 6. 2004 – 311 O 291/03, WuM 2004, 601 = ZMR 2005, 50; jurisPR-Mietrecht 8/2005, Anm. 1, Eisenschmid.

⁴⁵ Urt. v. 24. 3. 2004 – VIII ZR 295/03, GE 2004, 682 = NJW 2004, 1947.

- Grundmiete und Betriebskostenvorschuss bilden die Miete i. S. d. § 535 Abs. 2 BGB
- Der Miete als Gesamtleistung des Mieters steht die Gebrauchsüberlassung des Vermieters gegenüber, die sich ebenfalls als Gesamtleistung darstellt
- Ein Mangel führt zur Minderung der (Gesamt-)Miete; eine Berücksichtigung der Minderung nur in einem Teilbereich der Mietzahlungsverpflichtung kommt nicht in Betracht
- Die wegen einer Minderung reduzierte Miete lässt sich exakt erst nach Abrechnung der Betriebskosten ermitteln
- Teilzahlungen des Mieters können nicht (zunächst) auf die Betriebskostenvorschüsse verrechnet werden
- Der Umfang eines Zurückbehaltungsrechts des Mieters wegen Mängeln richtet sich nach dem Minderungsbetrag und nicht nach dem Umfang der Mangelbeseitigungskosten
- Im Bereich der Geschäftsraummiere kann die Minderung grundsätzlich auf die Grundmiete beschränkt werden
- Im Bereich der Geschäftsraummiere kann die Minderung bis zu einem bestimmten Betrag – auch formularmäßig – ausgeschlossen werden.