

Friedemann Stornel

Minderung und Zurückbehaltung der Miete – Durchsetzung und Ausschluss im bestehenden Mietverhältnis

I. Einführung

Minderung der Miete und Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts hieran haben unterschiedliche Funktionen. Zwar dienen beide dem Gerechtigkeitsgebot: Die Minderung dem Äquivalenzgrundsatz „do ut des“, das Zurückbehaltungsrecht als Ausdruck der Arglistenrede: der Gläubiger, der selbst nicht leisten will, handelt arglistig, wenn er seinerseits die Leistung einfordern will. Die Minderung wirkt rückbezüglich: Sie schafft einen endgültigen Ausgleich des Leistungsgefüges dadurch, dass die Gegenleistung des Mieters als Gläubiger dem geminderten Wert der von ihm zu fordernden Leistung des Vermieters angepasst wird. Hingegen wirkt das Zurückbehaltungsrecht zukunftsgerichtet: Es dient als Druckmittel, um den Schuldner zur Gegenleistung zu veranlassen. Abgesehen davon, kommt beiden Instituten über ihre rechtliche Bedeutung hinaus ein erhebliches wirtschaftliches Gewicht zu; denn beide wirken spürbar auf die Liquidität des jeweiligen Vertragspartners ein. Der Mieter wird zumindest vorübergehend von Verbindlichkeiten freigestellt, wenn er sich auf eine Mietminderung oder ein Zurückbehaltungsrecht beruft: Bis zur gerichtlichen Klärung, ob ein Mangel vorliegt, wird er nichts zahlen und ist insbesondere keinen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt. Es ist keine Seltenheit, dass gerade ein zahlungsschwacher Mieter sich wegen eines Teils der Miete auf eine Mietminderung beruft und wegen des übrigen Teils ein Zurückbehaltungsrecht reklamiert. Andererseits verursacht ein solches Vorgehen, dass ein Vermieter in Schwierigkeiten gerät, die laufenden Bewirtschaftungs- und Kapitalkosten aufzubringen. Für ihn ist es daher wichtig, rechtliche Handhaben zu kennen, mit denen er in einem früheren Stadium Mietkürzungen oder Zurückbehaltung wirksam begegnen kann.

Zu fragen ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Mietrechtsreformgesetz vom 19.7.2001¹ die Position der einen oder anderen Vertragsseite beeinflusst hat. Anlass für eine solche Fragestellung ist, dass der Gesetzgeber die bisherige Fälligkeitsregelung für die Miete geändert hat. War sie bisher postnumerando zu entrichten (§ 551 BGB a.F.), so muss sie nunmehr praenumerando gezahlt werden (§ 556 b Abs. 1 BGB). Durch die jetzt gegebene Vorleistungspflicht des Mieters wird ein Zurückbehaltungsrecht problematisch (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB). Aus dem gleichen Grund kann die Automatik der Mietminderung in Frage gestellt werden, da an die Stelle der bisher gesetzlich vorgegebenen Kürzung der Leistungspflicht nunmehr die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung tritt. Dies konnte zwar schon bisher aufgrund vertraglicher Gestaltung (Vorleistungsklauseln) der Fall sein, war jedoch nicht systemimmanent. Hinzu kommt, dass die Bemessung der Minderungsquote nicht mehr mit den kaufrechtlichen Vorschriften in §§ 472, 473 BGB a.F. verknüpft ist, sondern die „Angemessenheit“ der Maßstab sein soll (§ 536 Abs. 1 BGB). Auch das kann Auswirkungen auf das Zurückbehaltungsrecht haben, was dessen Umfang angeht.

II. Durchsetzung von Minderung und Zurückbehaltung

1. Mietminderung

a) Wirkung der Minderung

Charakteristisch für die Mietminderung ist ihr automatischer Eintritt. Anders als bei sonstigen Schuldverhältnissen wie Kauf- oder Werkvertrag bewirkt das Vorliegen eines Mangels, dass sich das Entgelt reduziert, ohne dass der Mieter sich hierauf berufen müsste oder der Vermieter hieran mitwirken könnte.² Diese Automatik stand nach bisherigem Recht im Kontext zur Fälligkeitsregelung des § 551 BGB a.F. Aus ihr ergab sich im Falle eines Mangels der Mietsache der jeweilige Mietsoll. Auch wenn die Miete aufgrund einer Vereinbarung vor auszahlen war, änderte sich dadurch das gesetzliche Leitbild nicht: Die aus einer Vorauszahlungsabrede folgende Rückwirkung nach Bereicherungsvorschriften war lediglich Folgewirkung der Vereinbarung.

Das MRRG hat an der automatischen Wirkung der Minderung nichts ändern wollen.³ Allerdings erscheint es als ein dogmatischer Widerspruch, einerseits durch § 556 b Abs. 1 BGB eine gesetzliche Vorleistungspflicht des Mieters zu begründen und andererseits die Automatik beizubehalten, wobei die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei nach Fälligkeit eintretenden Mängeln von vornherein installiert ist. Dabei lässt sich nicht etwa die Parallele zum Rücktritt nach §§ 346 ff. BGB ziehen; denn dort treten die Wirkungen nicht automatisch, sondern aufgrund einer Willenserklärung (§ 349 BGB) ein. Sowohl aus Gründen der dogmatischen Vereinfachung als auch zur Vereinheitlichung der Vertragstypen wäre darüber nachzudenken, Abschied von der automatischen Wirkung der Minderung zu nehmen und die Minderung als Gestaltungsrecht zu normieren.

b) Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips: Eben dies sollte nach bisherigem Recht durch die Verweisung auf die kaufrechtlichen Regeln in §§ 472, 473 BGB ausgedrückt werden. Gleichwohl bereitet es der Praxis Schwierigkeiten, die Gleichung Ist-Zustand : Sollzustand = Minderungsquote : Sollmiete umzusetzen.⁴ Es handelt sich dabei um eine wertende Entscheidung, die das Gericht zu treffen hat und die nur hinsichtlich der technischen Vorfragen einem Sachverständigen überlassen werden kann.⁵ Sie betrifft nämlich die Bestimmung des vertraglich geschuldeten Entgelts und entfaltet somit unmittelbare Rechtswirkungen. Die Methoden, die zur Ermittlung der Minderungsquote entwickelt worden sind, können zur Transparenz des Wertungsvorganges beitragen, ohne indes für alle Fälle gleichermaßen geeignet zu sein.⁶

Die Neuregelung in § 536 Abs. 1 S. 2 BGB sieht nunmehr im Fall einer teilweisen Gebrauchsuntauglichkeit vor, dass der Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten hat. Diese Fassung geht bereits auf den Textvorschlag des Bund-Länder-Arbeitskreises „Mietrechts-Vereinfachung“ zurück⁷ und wurde mit gleichem Inhalt in den Regierungsentwurf zum MRRG übernommen⁸. Damit sollte der Rechtspraxis, die den Minderungsbetrag üblicherweise in Prozentsätzen ausweist⁹, Rechnung getragen werden.¹⁰ Allerdings legt es der Wortlaut der Bestimmung nahe, dass Kriterien in die Prüfung der Angemessenheit einbezogen werden, die nicht al-

lein auf die objektive Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bezogen sind.¹¹ So könnte das Maß des Verschuldens des Vermieters, die Beeinflussbarkeit oder Vermeidbarkeit des Mangels¹² ebenso in die Angemessenheits-Bewertung einfließen wie die unmittelbare Betroffenheit des Mieters vom Mangel¹³. Auch die Versicherbarkeit des Risikos könnte eine Rolle spielen.¹⁴ Vor einer solchen Interpretation ist der Gesetzgeber ausdrücklich gewarnt worden und es ist vorgeschlagen worden¹⁵, die Vorschrift wie folgt zu fassen: „Für die Zeit, während die Tauglichkeit gemindert ist, hat er (der Mieter) nur ein entsprechend dem Mietwert herabgesetzten Miete zu entrichten“.

Dass der Gesetzgeber dem nicht gefolgt ist, könnte darauf schließen lassen, dass er ein derart weites Gesetzesverständnis (zumindest) billigend in Kauf genommen hat, zumal der Bericht des Rechtsausschusses auf die Frage nicht (mehr) eingegangen ist.¹⁶

Gegen die durchaus mögliche weite Gesetzesauslegung ergeben sich allerdings Bedenken, die auf dem Wesen der Minderung fußen. Dieses liegt darin, einen Äquivalenzausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung herbeizuführen, wenn es zu einer Störung im Leistungsverhältnis gekommen ist. Setzt man zum einen das Gewicht der Störung ins Verhältnis zum Inhalt der geschuldeten Leistung, so kann es nicht auf die Betroffenheit des Mieters ankommen. Was zum anderen das Ausmaß der Entgeltminderung im Verhältnis zum vereinbarten Entgelt anbelangt, fallen weder äußerer Anlass noch Verschulden des Vermieters ins Gewicht. Daher wird weiter an die bisherigen Bewertungsmaßstäbe angeknüpft werden können, zumal eine Herabsetzung der Miete, die der objektiven Tauglichkeitsminderung proportional entspricht, ebenfalls den Begriff der Angemessenheit ausfüllt.¹⁷

Im Zusammenhang mit der Bemessung der Minderungsquote ist umstritten, welches Mietentgelt zugrunde zu legen ist. Zu fragen ist, ob Nebenkosten mit einzubeziehen sind und bejahendenfalls in welchem Umfang und welche. In der bisherigen Rechtspraxis hat sich bislang keine einhellige Meinung herausgebildet. Zum Teil wird die Bruttomiete einschließlich der Heizkosten oder ohne diese¹⁸, zum Teil nur die Nettokaltmiete als das „eigentliche Entgelt“ für die Gebrauchsüberlassung zugrunde gelegt.¹⁹ Nach einer im Vordringen befindlichen Meinung sollen diejenigen Betriebskosten in die Berechnung des Minderungsbetrages einbezogen werden, die die Vermieterleistungen abdecken, auf die sich der Mangel bezieht.²⁰ Es hätte nicht viel gefehlt und der Gesetzgeber hätte die Rechtsfrage verbindlich geklärt: Noch im Regierungsentwurf²¹ lautete § 556 Abs. 1: „Die Miete umfasst die Grundmiete und den Betrag für Betriebskosten im Sinne des § 27 II. BV“. Dies entsprach bereits dem Textvorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe.²² Wenn noch im Regierungsentwurf (§ 536 BGB) ebenso wie in den Vorentwürfen²³ von der Herabsetzung „der Miete“ die Rede war, so konnte dies nur in dem Sinne zu verstehen sein, dass auch die Betriebskosten an der Miete partizipierten.²⁴ Der Gesetzgeber hatte jedoch erkennbar Bedenken, ein derart heißes Eisen anzufassen: Der Rechtsausschuss gab dem § 556 Abs. 1 die jetzt geltende Fassung; in der Begründung führte er aus, dass eine Legaldefinition der Miete zwar viele Vorteile habe, da dadurch bisher bestehende Streitfragen z.B. über die Berechnungsgröße bei der Mietminderung geklärt würden.²⁵ Er befürchtete jedoch, dass die Regelung dafür in anderen Bereichen wie etwa dem Mieterhöhungsverfahren neu Streitfragen aufwerfen würde.

Danach lässt das Gesetz – wie bisher – alle Interpretationsmöglichkeiten zu. Der richtige Lösungsansatz hängt von der Bewertung ab, was als Mietentgelt einerseits und was als Gegenleistung der Gebrauchsgewähr andererseits anzusehen ist. Begreift man die Miete als die gesamte Gegenleistung, die der Mieter aufbringen muss, um die Leistung des Vermieters zu erhalten, so rechnen hierzu auch die Betriebs- und Heizkosten²⁶. Das wird evident bei Vereinbarung einer Brutto-Miete. Daran ändert die Aufspaltung in einzelne Kalkulationsfaktoren, wie sie insbesondere bei Bildung der Kostenmiete ausgeprägt ist, nichts. Die Gewährung des Mietgebrauchs etwa zu Wohnzwecken hat zum Inhalt, dass der Mieter die Räume als existenziellen Lebensmittelpunkt zu seiner Lebensführung mit allen ihren Ausgestaltungen und ihren Bedürfnissen nutzen kann.²⁷ Dazu gehört mangels abweichender Vereinbarung die Versorgung mit Energie, Wasser und Heizung sowie die Entsorgung etwa von Müll. Die Vermieterleistung lässt sich nicht in eine Fülle von isolierten Einzelleistungen zerlegen, die gleichsam um die Raumüberlassung herum gruppiert sind. Vielmehr sind sie mit dieser unlösbar vernetzt; es handelt sich um eine komplexe Leistung. Auch dienen die vom Mieter erbrachten Leistungsentgelte für die Bewirtschaftung (z.B. Betriebskostenvorauszahlung) der Gewährung des Mietgebrauchs und lassen sich von dieser Gewährpflicht nicht ablösen. Gewährleistungsrechtlich ist daher von einer Bruttomiete auszugehen, so dass die Betriebskostenvorauszahlungen ungekürzt in die Berechnung der Mietminderung einzubeziehen sind. Dass nicht von der Nettokaltmiete auszugehen ist, zeigt sich im Falle vollständiger Gebrauchsuntauglichkeit: Hier müsste man folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, dass der Mieter zwar nicht mehr das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, wohl aber die Betriebskostenvorauszahlungen schuldet.

c) Auch wenn die Minderung automatisch eintritt, muss der Mieter sich auf diese Rechtsfolge berufen, sofern sie sich nicht schon aus dem Vorbringen des Vermieters ergibt. Seine Darlegungslast soll sich aber darauf beschränken, dass die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch in nicht nur unerheblicher Weise beeinträchtigt wird.²⁸ Allerdings wird zu fordern sein, dass der Mieter auch diejenigen Anknüpfungstatsachen darlegt, die Grundlage für die Ermittlung der Minderungsquote sind - welche Anforderungen man auch immer hieran stellen mag.²⁹ Die Mietrechtsreform hat hieran nichts geändert. Allerdings wird das Gericht den Mieter aufgrund der durch die ZPO-Reform ausgeweiteten Hinweispflicht nach § 139 ZPO n.F. auf Bedenken aufmerksam machen müssen, die sich aufgrund eines unzureichenden Vortrages ergeben können.

d) Die Unabdingbarkeit der Mietminderung war bisher in § 537 Abs. 3 BGB a.F. geregelt; die Bestimmung ist in § 536 Abs. 4 BGB wörtlich übernommen worden. Daher kann davon ausgegangen werden, dass ihr der gleiche Bedeutungsgehalt zukommt wie bisher. Danach können Minderungsausschluss oder –einschränkungen wie etwa eine Ankündigung oder die Wahrung einer Wirkungsfrist bei der Wohnraummiete nicht vereinbart werden, und zwar auch nicht bezüglich einzelner Teile des Mietgegenstandes³⁰. Bei der Miete von Gewerberaum verbietet es das Äquivalenzprinzip, die Minderung gänzlich aus zuschließen. Zugelassen wird allerdings, die automatische Wirkung abzubedingen, so dass der Mieter die Miete zwar (zunächst) ungekürzt zahlen muss, ihm jedoch ein Rückforderungsanspruch verbleibt.³¹ Dagegen bestehen Bedenken, denn erfasst würden auch diejenigen Fälle,

gen bestehen Bedenken, denn erfasst würden auch diejenigen Fälle, in denen die Mietminderung nach Grund und Umfang unstreitig, gerichtlich festgestellt oder entscheidungsreif wäre. Die Voraussetzungen des § 309 Nr. 3 BGB (bisher § 11 Nr. 3 AGBG) wären hier als Ausdruck des allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips über die Generalklausel in § 307 Abs. 1, 2 BGB (§ 9 AGBG) zu beachten. Zweifelhaft erscheint auch, ob eine Klausel, nach der eine Minderung nur bei vom Vermieter verschuldeten Mängeln in Betracht kommt, einer Inhaltskontrolle nach der Generalklausel standhalten kann³²; denn hierdurch wird das allgemeine Leistungsrisiko auf den Mieter abgewälzt, der zahlungspflichtig bleibt, auch wenn er keine Gegenleistung erhält. Das widerspricht nicht nur dem Äquivalenzprinzip, sondern bewirkt eine unangemessene Risikoverlagerung.

Die Unabdingbarkeit der Mietminderung bei der Wohnraummiete greift weit über das Gewährleistungsrecht hinaus. Soll sie nicht ausgehöhlt werden, so muss sie sich auch auf die vertragliche Überbürdung von Pflichten des Vermieters auf den Mieter auswirken, sofern der Mieter nach der gesetzlichen Pflichtenverteilung im Falle eines Mangels mindern könnte. Dies ist etwa für die Übertragung kleiner Reparaturen auf den Mieter selbst bei betragsmäßiger Begrenzung dieser Pflicht bejaht worden.³³ Gleiches ist für die Übertragung von Verkehrssicherungspflichten wie etwa der Treppenreinigung oder der Schnee- und Eisbeseitigung angenommen worden.³⁴ Dieser Pflichtenkatalog ließe sich noch erheblich erweitern. Insofern birgt die Unabdingbarkeitsregel eine Dynamik, die in der Praxis unterschätzt wird und noch nicht ausgelotet ist. Auch die Überbürdung von laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter wäre unter diesem Aspekt zu überprüfen.

Eine Folge der Unabdingbarkeit der Minderung ist schließlich, dass Vorauszahlungsklauseln dann unwirksam sind, wenn der Mietvertrag gleichzeitig einen Aufrechnungsausschluss enthält, der sich auf Rückforderungsansprüche wegen geminderter Miete bezieht.³⁵ Dies ist damit begründet worden, dass der Mieter bei einer solchen Gestaltung gezwungen werden würde, die Mietminderung entgegen ihrer automatischen Wirkung im Klagewege geltend zu machen. Ob das auch für Klauseln gilt, nach denen die Aufrechnung lediglich von einer befristeten Ankündigung abhängt, ist umstritten³⁶. Das MRRG hat die Aufrechnungsbeschränkungen in § 556 b Abs. 2 auf Rückforderungsansprüche von überzahlter Miete aus ungerechtfertigter Bereicherung erstreckt. Damit hat sich das Problem für Neuabschlüsse seit dem 1.9.2001 erledigt, bleibt jedoch im Hinblick auf die Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 3 Nr. 7 EGBGB für Altverträge weiterhin bedeutsam³⁷.

2. Zurückbehaltungsrecht

Im Folgenden ist allein vom Zurückbehaltungsrecht des Mieters wegen seines Anspruchs auf Gebrauchsgewähr – nämlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 BGB – die Rede.

a) Das Reichsgericht hatte bereits in einer frühen Entscheidung herausgestellt, dass dem Mieter zur Durchsetzung seiner Erfüllungsansprüche die Einrede nach § 320 BGB zusteht.³⁸ Das ist in späterer Zeit in Frage gestellt worden³⁹: Die Gewährleistungsvorschriften der §§ 537 ff. BGB a.F. stellten eine Sonderregelung dar, aus der zu folgern sei, dass dem Mieter wegen Mängeln der Mieträume nur Gewährleistungsansprüche zustünden. Mit dem Mietverhältnis sei es unvereinbar, dass während

der Vertragszeit ein Vertragsteil seine Leistung verweigern könne, obwohl er die Gegenleistung – wenn auch u.U. in vermindertem Umfang – empfangen. Dem ist der BGH⁴⁰ durch Urteil vom 7.5.1982 in Übereinstimmung mit der damals und heute herrschenden Meinung⁴¹ entgegengetreten. Wenn der Mieter neben den Gewährleistungsansprüchen Erfüllungsanspruch behalte, sei nicht einzusehen, dass ihm das Zurückbehaltungsrecht deswegen nicht zustehen solle. Dieses Ergebnis trifft zu: Schon die unterschiedliche Funktion von Zurückbehaltungsrecht und Minderung spricht gegen eine Spezialität der Gewährleistungsvorschriften. Die Minderung dient dem Äquivalenzausgleich und ist vergangenheitsbezogen. Das Zurückbehaltungsrecht dient als Pressionsmittel zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs und ist mithin zukunftsgerichtet.

b) Ein Zurückbehaltungsrecht kommt nach § 320 Abs. 1 S. 1 für diejenige Vertragspartei nicht zum Zuge, die vorleistungspflichtig ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Vorleistungspflicht auf Gesetz oder auf Vertrag beruht.⁴² War zwischen den Mietparteien eine Vorauszahlungsklausel abweichend von § 551 BGB a.F. vereinbart, so konnte sich dies als Hinderungsgrund für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erweisen. Unter diesem Aspekt schienen die Vorauszahlungsklauseln in Konflikt mit § 11 Nr. 2 AGBG (jetzt: § 309 Nr. 2 a BGB) zu stehen⁴³. Nach Auffassung des BGH sollen Vorauszahlungsklauseln dahin ausgelegt werden, dass sie nur den Zahlungszeitpunkt festlegen, ohne eine Aussage darüber zu treffen, dass der Mieter vorleistungspflichtig im Verhältnis zu seinem Anspruch auf Herstellung einer mangelfreien Mietsache sein soll⁴⁴. Dem hat sich die herrschende Meinung angeschlossen⁴⁵.

Durch das MRRG ist nunmehr die gesetzliche Pflicht des Mieters zur Vorleistung der Miete begründet worden (§ 556 b Abs. 1 BGB). Schon in einem frühen Stadium der Reform war diese Änderung vorgesehen.⁴⁶ Trotz hiergegen erhobener Bedenken⁴⁷ hat sich der Reformgesetzgeber hiervon nicht abbringen lassen. Damit sollte einer zur Verkehrssitte hochstilisierten Formularpraxis Rechnung getragen werden.⁴⁸ Wie abzusehen, ist erneut die Kontroverse aufgebrochen, ob dem Mieter im Hinblick auf die nunmehr gesetzlich normierte Vorleistungspflicht noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zugebilligt werden kann⁴⁹. Dagegen wird unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 7.5.1982 geltend gemacht, dass durch die Neuregelung lediglich der Zahlungszeitpunkt festgelegt werden sollen.⁵⁰ Auch spreche die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts in § 556 b Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit der Fälligkeitsregelung in § 556 b Abs. 1 BGB für den Fortbestand des Zurückbehaltungsrechts; die Formulierung in § 556 b Abs. 2 BGB mache nur Sinn, wenn auch die Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB erfasst werde.⁵¹

Dagegen lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber trotz der ausdrücklich erhobenen Bedenken an der Vorleistungspflicht des Mieters festgehalten und von einer geforderten Klarstellung abgesehen hat. Auf der anderen Seite können – wie auch in anderem Zusammenhang ersichtlich – Zweifel bestehen, ob der Gesetzgeber die dogmatischen Folgen seiner Regelung abgesehen hat. Die Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 7.5.1982 ist deshalb problematisch, weil diese auf der Auslegung einer Vertragsklausel beruhte, die ohne weiteres auf das gesetzliche Leitbild der früheren Fälligkeitsregelung in § 551 BGB a.F. „aufgefropft“ werden konnte. Der Hin-

weis auf die Regelung in § 556 b Abs. 2 BGB gibt ebenfalls nicht viel her: Sie bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf Geldforderungen des Mieters auf Schadens- oder Verwendungsersatz nach §§ 536 a, 539 BGB oder aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen zuviel gezahlter Miete, nicht aber auf die hier in Rede stehenden Erfüllungsansprüche und die Einrede aus § 320 BGB. Aus der Gewährung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB lässt sich nicht auf die genannte Einrede schließen – das Gegenteil läge nach der Gesetzesgeschichte näher.

Die daraus folgende Versagung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist nicht nur unbefriedigend; sie bewirkt gegenüber der bisherigen Rechtslage eine Schlechterstellung des Mieters, ohne das Anzeichen dafür bestehen, dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis gewollt hat. Beachtet man den Anlass für die Regelung der Vorleistungspflicht des Mieters, nämlich der gängigen Formularpraxis Rechnung zu tragen, so könnte man an ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers denken – wären da nicht die kritischen Stimmen der Experten anlässlich der Anhörung im Rechtsausschuss. Es bleibt die Vermutung, dass der Gesetzgeber die Tragweite seiner Entscheidung nicht übersehen hat. Legt man zugrunde, dass weder das Synallagma angetastet noch die Position der Vertragsparteien über die gängige Formularpraxis hinaus verändert werden sollte, bleibt angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift nur die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion. Danach ist § 556 b Abs. 1 BGB nicht als Vorleistungspflicht des Mieters im Sinne von § 320 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen, sondern beschränkt sich darauf, den Zahlungszeitpunkt zu regeln. Insoweit wird in der Tat das gleiche Ergebnis erzielt, das der BGH in seiner Entscheidung vom 7.5.1982 für Vorleistungsklauseln vorgegeben hat.⁵² Damit wird im Hinblick auf die Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB auch die Rechtskontinuität zwischen Bestandsmietverhältnissen und Neuabschlüssen seit dem 1.9.2001 gewahrt.

c) Die Wirkung des mietrechtlichen Zurückbehaltungsrechts ist in zeitlicher Hinsicht und nach seinem Umfang umstritten. Nach einer neueren Entscheidung des OLG Frankfurt vom 23.4.1999 soll sich das Zurückbehaltungsrecht nur für den jeweiligen Zahlungsmonat auswirken.⁵³ Es könne seinen Zweck, Druck auf den Vermieter auszuüben nur so lange gerecht werden, wie es eine Verwirklichung des Erfüllungsanspruchs tatsächlich fördern könne. Sei dies durch Zeitablauf unmöglich geworden, so könne ein im Ansatz begründetes Zurückbehaltungsrecht nicht mehr durchgreifen. Andernfalls würde sich sein Charakter von einer aufschiebenden zu einer faktisch rechtsvernichtenden Einrede umwandeln.⁵⁴ Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass der Erfüllungsanspruch des Mieters nicht periodisch mit dem jeweiligen Mietzahlungsabschnitt entsteht und mit dessen Ablauf untergeht, sondern – einmal entstanden – bis zu seiner Erfüllung fortbesteht.⁵⁵ Daran ändert nichts, dass eine Erfüllung für die Vergangenheit infolge Zeitablaufs nicht mehr möglich ist. Es entspricht vielmehr bei Dauerschuldverhältnissen der Pressionswirkung des Zurückbehaltungsrechts, auch das Zeitmoment einzusetzen, um den Druck auf den säumigen Schuldner zu erhöhen. Die Verstärkung dieses Drucks ändert nichts an der Rechtsnatur des Zurückbehaltungsrechts als eines einstweiligen Leistungsverweigerungsrechts: Die Ansprüche des Vermieters auf die Gegenleistung für die Vergangenheit werden nicht vernichtet, sondern sind durchsetzbar, insbesondere sobald er erfüllt hat. Der Ver-

mieter kann zudem seine Ansprüche Zug um Zug gegen das Angebot auf Erfüllung verfolgen (s. § 322 BGB).

Umstritten ist ferner, ob sich die Höhe des Zurückbehaltungsrechts in Anlehnung an der jeweiligen Minderungsquote oder an der Höhe der voraussichtlichen Kosten für die Mängelbeseitigung orientiert. Zum Teil wird von ersterem ausgegangen⁵⁶. Andererseits wird darauf hingewiesen, dass der Erfüllungsanspruch in keinem hinreichenden Zusammenhang mit dem Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung stehe, während ein Sachbezug zu den Kosten der Mängelbeseitigung zu bejahen sei.⁵⁷ Das überzeugt nicht; vielmehr ist der ersteren Meinung zu folgen. Für sie spricht, dass sich das Zurückbehaltungsrecht auf die Gegenleistung bezieht, nämlich auf denjenigen Teil, der nicht geleistet ist. Damit ist die Verbindung zur Mietminderung gegeben⁵⁸. Auch kommt es für die Bewertung des Zurückbehaltungsrechts auf das Leistungsinteresse des Mieters an. Dieses Interesse wird prozessrechtlich nach dem Betrag der Minderungsquote (für 42 Monate) berechnet.⁵⁹ Das Ergebnis entspricht auch der Rechtssicherheit. Die Höhe der Mängelbeseitigungskosten lässt sich nur individuell und gegebenenfalls unter Einschaltung eines Sachverständigen feststellen. Demgegenüber bietet der drei- bis fünffache Minderungsbetrag einen Rahmen, der – bei aller Ungenauigkeit der Ermittlung von Minderungsquoten – insbesondere für den Mieter leichter abzuschätzen ist. Das MRRG trägt zur Klärung der hier erörterten Streitfragen nicht bei; sie werden weiterhin die Praxis befassen.

d) Das Zurückbehaltungsrecht ist jedenfalls bei der Wohnraummiete formularmäßig nicht abdingbar und kann auch nicht eingeschränkt werden (s. § 11 Nr. 2 a AGBG, jetzt § 309 Nr. 2 a BGB)⁶⁰. Das gilt etwa für Klauseln, die eine fristgebundene Ankündigung des Zurückbehaltungsrechts vorsehen⁶¹ oder das Zurückbehaltungsrecht auf die Netto-Kaltmiete beschränken. Dagegen soll dieses Recht bei einem Mietverhältnis unter Kaufleuten unter den gleichen Voraussetzungen wie die Aufrechnung eingeschränkt werden können.⁶² Die Schranken für Individualvereinbarungen ergaben sich bei der Wohnraummiete bisher aus § 552 a BGB a.F.; sie betrafen allerdings nur die dort genannten Zahlungsansprüche, nicht dagegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch des Mieters.⁶³ Die Regelung ist in § 556 b Abs. 2 BGB übernommen und auf alle Ansprüche des Mieters wegen überzahlten Mietzinses erweitert worden. Damit sollen im Hinblick auf die in § 556 b Abs. 1 geregelte Vorfälligkeit der Miete Ansprüche auf Rückforderungen geminderter Miete erfasst werden.⁶⁴ Indes reicht die Vorschrift weiter und erfasst z.B. auch Rückforderungsansprüche des Mieters aus §§ 812, 134 BGB, § 5 WiStG. Die Regelung führt – möglicherweise ungewollt – dazu, die Position des Mieters zu verschlechtern; denn seine Rückforderungsansprüche wegen geminderter Miete unterliegen nunmehr in jedem Fall der Ankündigungspflicht.⁶⁵

Begreift man den in § 556 b Abs. 2 BGB aufgestellten Katalog von Gegenforderungen des Mieters als abschließend, so wäre hiervon die Einrede des nicht erfüllten Vertrages - wie bisher – nicht erfasst. Eine teleologische Auslegung sollte allerdings zu einem gegenteiligen Ergebnis führen, da Zurückbehaltungsrechte wegen Geldforderungen eher bedeutungslos sind, während die Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB zentrale Bedeutung hat.

III. Ausschluss von Minderung und Zurückbehaltungsrechten

1. Ausschluss der Minderung

Der Reformgesetzgeber hat den bisherigen Ausschlussbestand des § 539 BGB a.F. in Gestalt des § 536 b BGB übernommen. Er hat ihn jedoch erweitert, soweit er den Haftungsausschluss für Rechtsmängel anbelangt. War nach früherem Recht die Gewährleistung wegen solcher Mängel nur ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel bei Vertragsabschluss kannte (§§ 541, 539 S. 1 BGB), so hat der Ausschluss nunmehr den gleichen Umfang wie bei Sachmängeln, nämlich auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel und bei Annahme einer mangelhaften Sache, obwohl der Mieter den Mangel kannte (§ 536 b S. 2, 3 BGB, § 539 S. 2, 3 BGB a.F.).

a) Problematisch ist nach wie vor, wann von einer Kenntnis des Mieters ausgegangen werden kann bzw. worauf diese sich zu beziehen hat. Einerseits soll es ausreichen, dass der Mieter das Gefährdungspotential kennt und mit dem Eintritt von Störungen rechnen muss⁶⁶. Darauf, ob er von der Art und dem konkreten Umfang Kenntnis hat, soll es nicht ankommen. Andererseits wird gerade auf eine solche Kenntnis abgestellt: Der Gewährleistungsausschluss (nach § 539 BGB a.F.) soll nicht zum tragen kommen, wenn der Mieter bei Abschluss des Vertrages zwar weiß, dass in unmittelbarer Nähe der Wohnung alsbald eine Großbaustelle errichtet wird, er aber Dauer und Ausmaß der Beeinträchtigung nicht überschauen kann⁶⁷. Der letzteren Meinung ist zu folgen. Der Gewährleistungsausschluss ist das Pendant zu den Gewährleistungsrechten des Mieters: Sie greifen nur ein, wenn eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt und er diese konkret darzulegen vermag. Für die strengen Anforderungen an die Kenntnis des Mieters spricht auch der Normzweck: Sieht man ihn darin, dass der Mieter, der eine mangelhafte Sache annimmt, sich unzulässig mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen würde, wenn er sich später auf Gewährleistungsrechte beriefe,⁶⁸ so lässt sich ein solcher Vorwurf nur rechtfertigen, wenn sich die Kenntnis gerade auf die Auswirkungen des Mangels bezieht. Allerdings wird auch zu fragen sein, ob nicht der Mieter den vorgefundenen Zustand als vertragsgemäß akzeptiert hat, so dass ihm darüber hinaus auch der Erfüllungsanspruch zu versagen wäre.⁶⁹ Dies ist durch Auslegung zu ermitteln; eine diesbezügliche Vermutung besteht nicht.

Umstritten ist des weiteren, ob der Mieter mit Gewährleistungsrechten dann ausgeschlossen ist, wenn er vor oder bei Abschluss des Mietvertrages vom Vermieter eine bauliche Veränderung der Mietsache verlangt hat und sich daraus eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit ergibt.⁷⁰ Die Frage ist zu verneinen; denn wenn sich der Vermieter auf das Verlangen des Mieters einlässt, schafft er durch sein Verhalten den vertragsgemäßen Zustand, für den er einzustehen hat. Will er das Risiko nicht eingehen, so kann er dem Mieter gestatten, die gewünschte Maßnahme selbst durchzuführen, was für ihn den Vorteil hat, dass er bei Beendigung des Mietverhältnisses den Rückbau verlangen kann. Ihm steht in diesem Zusammenhang auch frei, für den Mieter unternehmerisch tätig zu werden, so dass er nur das Risiko eines Werkunternehmers, nicht aber das Vermieterrisiko trägt.

b) Es entsprach bis zur Mietrechtsreform einer lang tradierten, gesicherten Rechtsmeinung, dass der Mieter seine Gewährleistungsansprüche verliert, wenn er bei Auftreten von Mängeln nach Abschluss des Mietvertrages die Miete längere Zeit vorbehaltlos gezahlt hatte⁷¹. Dies wurde aus einer analogen Anwendung des § 539 BGB abgeleitet. Seit der Entscheidung des BGH vom 18.6.1997⁷² schien geklärt, dass ein Zeitraum von 6 Monaten in der Regel ausreicht, um das Tatbestandsmerkmal „längere Zeit“ auszufüllen⁷³. Der Vorbehalt brauchte nicht ausdrücklich erklärt zu werden; es sollte jedes Verhalten genügen, aus dem der Vermieter ersehen konnte, dass der Mieter die Leistung nicht als vertragsgemäß anerkenne. An dieser Rechtsprechung hat der BGH trotz zwischenzeitlicher Kritik⁷⁴ bis in die jüngste Zeit festgehalten⁷⁵.

Der Referentenentwurf des BMJ vom 20.3.2000⁷⁶ sah ebenso wenig wie die Vorentwürfe für diese in der Praxis so wichtige Frage eine Regelung vor. Dies war Anlass zur Kritik: Aus dem Schweigen des Gesetzes könne gefolgert werden, dass eine Regelungslücke nicht bestehe und deshalb kein Raum mehr für eine Analogie zu § 539 BGB a.F. sei⁷⁷. Daher wurde angeregt, der Mängelkenntnis des Mieters bei Vertragsabschluss die Kenntnis späterer Mängel und gleichzeitig vorbehaltloser Zahlung gleichzustellen. Im Regierungsentwurf vom 19.7.2000 „entdeckte“ der Reformgesetzgeber nunmehr, dass die bisherige Rechtsauffassung und jahrzehntelange höchstrichterliche Spruchpraxis unrichtig sei⁷⁸: Für eine analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. sei kein Raum, weil keine planwidrige Regelungslücke vorliege. Der Gesetzgeber des BGB habe nämlich den Fall nachträglich erkennbar gewordener Mängel geregelt, indem er dem Mieter eine Anzeigepflicht auferlegt habe, bei deren Verletzung er seine Gewährleistungsrechte nicht geltend machen könne. Auch biete der Ausschluss von Rückforderungsansprüchen nach § 814 BGB eine Handhabe, um das Problem zu lösen. Schließlich könne in besonders gelagerten Fällen der Einwand der Verwirkung Platz greifen. Im Gesetzestext hat diese Auffassung allerdings keinen Niederschlag gefunden; jedoch enthält die Regelung über die Anzeigepflicht in § 536 c BGB, die inhaltlich mit dem bisherigen § 545 BGB a.F. übereinstimmt, die amtliche Überschrift „Während der Mietzeit auftretende Mängel, Mängelanzeige durch den Mieter“. Auch ist die Vorschrift über die Anzeigepflicht nunmehr unmittelbar hinter der Regelung über den Gewährleistungsausschluss platziert. Beide Umstände sollen deutlich machen, dass allein die Mängelkenntnis bei gleichzeitiger vorbehaltloser Zahlung der Miete noch nicht zu einem Gewährleistungsausschluss führt, es sei denn, dass der Mieter seine Anzeigepflicht verletzt hat. Die Vorschrift wurde noch im Entwurfstadium begrüßt⁷⁹; die neuen Kommentierungen zu ihr schwenkten fast ausnahmslos auf die Linie des Gesetzgebers ein; sie halten die bisherige Auffassung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. für überholt⁸⁰. In der Rechtsprechung ist die Auffassung vertreten worden, dass jedenfalls bis zum Inkrafttreten des MRRG an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei.⁸¹

Dem Meinungsumschwung nach der neuen Literatur zum MRRG kann man nicht folgen. Der Gesetzgeber hat zwar in der ministeriellen Begründung, nicht aber im Gesetz seinen Willen zum Ausdruck gebracht. Dass § 536 c BGB inhaltlich dem bisherigen § 545 BGB a.F. entspricht, räumt der Gesetzgeber selbst ein⁸². Es findet sich dort keine Regelung zu während der Mietzeit auftretenden Mängeln, die über die bisherige in § 545 BGB a.F. hinausgeht. Auch fehlt eine Klarstellung, wie sie von *Derleder*⁸³ vorgeschlagen worden ist. Insofern verspricht die Überschrift mehr, als

der Inhalt der Bestimmung hergibt. Es bleibt die Anbindung an die Regelung des Gewährleistungsausschlusses nach § 536 b BGB. Sie ist allein schon um der Regelung der Ankündigungspflicht und deren gewährleistungsrechtliche Folgen bei Nichtbeachtung sachgerecht, für sich gesehen jedoch genau so sehr oder genau so wenig aussagekräftig wie die systematische Stellung des § 545 BGB a.F. zu § 539 BGB a.F. Nimmt man die erst später systemwidrig eingefügten §§ 541 a, b BGB a.F. aus, so lässt die frühere Gesetzeslage nach §§ 537 ff. BGB a.F. den nachstehenden Aufbau erkennen:

- Sachmängel und ihre Folgen: §§ 537, 538 BGB a.F.,
- Gewährleistungsausschluss bei Sachmängeln: §§ 539, 540 BGB a.F.,
- Rechtsmängel und Gewährleistungsausschluss: § 541 BGB a.F.,
- Kündigung wegen Gebrauchshindernissen: §§ 542 bis 544 BGB a.F.,
- Anzeigepflicht bei „nachträglichen“ Mängeln: § 545 BGB a.F.

Diese formalen Aspekte können also nicht als zwingend zum Ausdruck gekommener Wille des Gesetzgebers, sondern nur als subjektive Vorstellung aus dem BMJ gewertet werden. Selbst wenn man zugrundelegt, dass der Gesetzgeber das hier in Rede stehende Problem nicht geregelt hat, bliebe noch das Argument, dass keine planwidrige Gesetzeslücke vorliegt, weil der Gesetzgeber die Rechtsfrage nicht übersehen hat und dieser (negative) gesetzgeberische Wille nicht durch eine Analogie übergangen werden kann⁸⁴.

Eine solche Betrachtungsweise greift zu kurz; denn die analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. war nur die sekundäre Rechtsfolge aus dem Verhalten eines Mieters, der trotz Kenntnis eines Mangels die Miete längere Zeit vorbehaltlos zahlte, sowie aus dem Verständnis des Vermieters von einem solchen Verhalten. Primär greift hier der übergeordnete Gedanke von Treu und Glauben ein, nämlich entweder unter dem Aspekt des widersprüchlichen Verhaltens oder dem Einwand der Verwirkung⁸⁵. Widersprüchlich verhält sich der Mieter, wenn er über längere Zeit einen Mangel hingenommen hat, ohne von seinem Gewährleistungsrecht Gebrauch zu machen, dann aber doch sich auf diese Rechte beruft. Er hat damit zunächst zu erkennen gegeben, dass ihm die Mietsache trotz ihres Mangels den vereinbarten Preis wert ist.⁸⁶ Damit begründet er zugunsten des Vermieters einen Vertrauenstatbestand dahingehend, dass er sich mit dem Mangel abgefunden habe und jener auch in Zukunft auf der Grundlage der ungekürzten Miete disponieren könne. Eine ähnliche Wertung lag auch dem § 539 BGB a.F. zugrunde, was sicher zu der Verkürzung geführt hat, diese Bestimmung analog anzuwenden. Dass eine solche Anwendung nur über die aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgeleiteten Institute möglich ist, rückte dabei in den Hintergrund. Stets war auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen, insbesondere ob der Mieter auch ohne Vorbehalt Anlass hatte, darauf zu vertrauen, dass der Vermieter Abhilfe schaffen werde⁸⁷. Auch ist zu Recht danach differenziert worden, ob die Zahlung auf eigenem Verhalten des Mieters oder durch Lastschriftinzug seitens des Vermieters erfolgte⁸⁸. Die vom BGH als Regelfrist angesehene Spanne von sechs Monaten, die dem Mieter eine angemessene Überlegungsfrist gewähre⁸⁹, war nicht starr zu handhaben, sondern konnte insbesondere bei „wachsenden“ Mängeln großzügiger bemessen sein⁹⁰. Es ist nicht nur überzogen, sie gleichsam als kurze sechsmonatige Verjährungsfrist zu qualifizieren⁹¹, sondern deutet auf ein Missverständnis über die Grundlagen des Gewährleistungsausschlusses bei „nachträglichen“ Mängeln hin.

Dem letztlich aus Treu und Glauben abgeleiteten Gewährleistungsausschluss kann nicht entgegengehalten werden, dass hierfür kein rechtliches Bedürfnis bestehe, weil das Problem durch die speziellere Regelung der Ankündigungspflicht und den Ausschluss eines Rückforderungsanspruchs nach § 814 BGB, ganz abgesehen von dem Einwand der Verwirkung, befriedigend gelöst werden könne⁹². Das ist indes nur eingeschränkt der Fall. Die Anzeigepflicht des Mieters gilt nicht für Mängel jeder Art sondern nur für solche, die sich in seinem Wahrnehmungsbereich befinden und nicht außerhalb seines Einflussbereichs liegen. Auch besteht diese Pflicht nicht, wenn der Vermieter den Mangel kennt oder seine Pflicht zur Inspektion des allgemeinen Gebäudezustandes nicht wahrnimmt⁹³. Es bleibt jedenfalls ein wesentlicher Teil von Mängeln, die der Mieter nicht anzuzeigen braucht oder sich die unterlassene Anzeige allenfalls bei einem Schadensersatzanspruch als Mitverschulden im Sinne von § 254 BGB niederschlägt. Auch bewirkt die Verletzung der Anzeigepflicht nur einen partiellen Verlust der Gewährleistungsrechte, nämlich insoweit, als der Vermieter außerstande gesetzt wird, den Mangel zu beheben⁹⁴. Der Gewährleistungsausschluss bleibt also in mehrfacher Hinsicht hinter demjenigen, der Folge einer Verwirkung von Gewährleistungsrechten ist, zurück. Zudem erfasst er auch nicht den Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a Abs. 2 BGB. Das Argument aus § 814 BGB erfasst nur diejenigen Fälle, in denen ein Mieter zuviel gezahlte Miete zurückfordert, weil er hätte mindern können. In der Praxis ist allerdings folgender Fall häufiger: Der Mieter, der Mietrückstände hat, begründet diese damit, zur Minderung berechtigt zu sein, und macht zur Bestärkung seines Rechts geltend, die Mängel bestünden schon seit langem, insbesondere auch schon zu der Zeit, als er noch Miete zahlte. In solchen Fällen geht es um die Zukunftswirkung des Gewährleistungsausschlusses.

Auch in der Gesetzesbegründung wird nicht verkannt, dass die Verwirkung als übergeordnetes Institut aus Treu und Glauben beachtlich bleibt⁹⁵. Dass hierunter auch der Tatbestand fallen kann, dass ein Mieter längere Zeit die Miete vorbehaltlos zahlt, dürfte außer Streit sein. Die Frage kann nur lauten, ob und unter welchen weiteren Modalitäten der Verwirkungstatbestand zu definieren sein wird. Danach steht eher zu erwarten, dass sich die Gerichtspraxis an der bisherigen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. orientieren wird⁹⁶, mag dies nun offen ausgesprochen werden oder nicht.

Es überzeugt nicht, dass durch die bisherige Praxis der Mieter, der es nicht zum Streit mit dem Vermieter kommen lassen wollte, benachteiligt worden sei⁹⁷ und dass demgegenüber die folgenlose Mietzahlung ohne Vorbehalt trotz Mängelkenntnis streitvermeidend wirken würde, weil den Parteien ein längerer Zeitraum zur Verfügung stünde, in dem sie sich über den Mangel und seine Ursachen austauschen könnten⁹⁸. Benachteiligt wird nur der zögerliche Mieter. Kommt es zu einem Meinungsaustausch über die Mängel und kann der Vermieter deshalb nicht davon ausgehen, dass der Mieter sich hiermit abfinden will, so stand das schon nach bisherigem Recht einer Verwirkung entgegen. Auch wäre mit einer Vergrößerung des Streitpotentials zu rechnen, wenn es dem Mieter möglich wäre, vermehrt auf Mängel aus zurückliegender Zeit zurückzugreifen. Das braucht aber nicht – da spekulativ - weiter vertieft zu werden, weil Ergebnisse einer hierauf bezogenen Rechtstatsachenforschung nicht vorliegen.

c) Auch die Verletzung der Anzeigepflicht nach § 536 c BGB kann zum Ausschluss der Minderung führen. Da der Reformgesetzgeber den Inhalt des § 545 BGB a.F. ohne sachliche Abweichungen in § 536 c BGB übernommen hat, ergeben sich gegenüber dem bisherigen Rechtszustand keine Änderungen. Die Anforderungen an die Anzeigepflicht sind mithin die gleichen wie zuvor. Sie soll sich nicht nur auf Mängel beziehen, die die Gebrauchstauglichkeit betreffen, sondern auch auf andere Umstände, die dem Vermieter Anlass zum Einschreiten geben⁹⁹. Damit wird der Kreis der Obliegenheit des Mieters erweitert, insbesondere was das Risiko anbelangt, die Gefahrverwirklichung abschätzen zu können. Andererseits trifft den Mieter kein Prüfungs- oder Nachforschungspflicht. Aber auch in diesem Zusammenhang ergibt sich eine Einbruchstelle; denn der Mieter verletzt die Anzeigepflicht schon dann, wenn er nahe liegende Feststellungen unterlässt, sich jedem aufdrängende Mängel nicht wahrnimmt¹⁰⁰. Die Wertungen, was nahe liegt oder sich aufdrängt, können durchaus unterschiedlich sein. Problematisch ist auch die Wiederholung der Anzeigepflicht, wenn die Beseitigungsbemühungen des Vermieters keinen dauerhaften Erfolg gebracht haben¹⁰¹: Hier kann eine Kollision mit der Pflicht des Vermieters bestehen, das Ergebnis seiner Bemühungen von sich aus zu überprüfen.

Der Verlust der Minderungsbefugnis (s. jetzt § 536 c Abs. 2 Nr. 1 BGB) greift nur und auch lediglich in dem Umfang, als dem Vermieter bei rechtzeitiger Anzeige ein Abhilfe möglich gewesen wäre. Das muss er beweisen.¹⁰² In diesem Zusammenhang verfängt sich mancher Vermieter in seiner eigenen Argumentation: Bestreitet er das Vorliegen eines Mangels oder seiner Verantwortlichkeit hierfür (z.B. bei Feuchtigkeitsschäden, indem er sich auf das Wohnverhalten des Mieters als Ursache bezieht), und beruft er sich nur in zweiter Linie auf die unterlassene Anzeige, so wird er schon besonders begründen müssen, weshalb er gleichwohl für Abhilfe gesorgt hätte.

2. Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts

a) Das Zurückbehaltungsrecht – hier in seiner Ausgestaltung als Einrede des nicht erfüllten Vertrages – ist insoweit ausgeschlossen, als dem Mieter ein Erfüllungsanspruch nicht zusteht. Vereinbaren die Vertragsparteien einen mangelhaften Zustand als vertragsgemäß, so hat der Mieter von vornherein keinen Erfüllungsanspruch.¹⁰³ Eine solche Vereinbarung kann auch nachträglich getroffen werden. Es ist dann nur ein kleiner Schritt zur Annahme einer schlüssigen Vereinbarung, gemäß der Mieter durch die jahrelange Nutzung in Kenntnis des Bauzustandes des Mietgegenstandes zum Ausdruck bringt, dass dieser Zustand als vertragsgemäß akzeptiert wird¹⁰⁴. Damit wird die bisherige Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. überhöht: Der Mieter verliert nicht nur Gewährleistungsansprüche, sondern auch den Erfüllungsanspruch. Diese Folge wird allerdings nicht aus Treu und Glauben (Verwirkung oder widersprüchliches Verhalten) abgeleitet, sondern über rechtsgeschäftliche Voraussetzungen begründet. Das kann indes nur eingeschränkt zum Tragen kommen; denn auch die schlüssige Vereinbarung setzt einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen voraus. Das gilt selbst dann, wenn man das Verhalten des Mieters vom Empfängerhorizont – nämlich des Vermieters – wertet; denn (zumindest) dieser muss das Verhalten des Mieters als Angebot zur Vertragsänderung verstanden haben. Hinzu kommt, dass der sich äußernde Mieter, wenn er schon kein Erklärungsbe-

wusstsein hatte, wenigstens fahrlässig das Vertrauen des Vermieters auf einen bestimmten Erklärungsinhalt geweckt haben muss¹⁰⁵.

Die hier erörterte Rechtsfrage wird vom MRRG nicht behandelt. Im Zusammenhang mit der einschränkenden Auffassung zu Gewährleistungsausschlüssen bei sog. nachträglichen Mängeln ist mit einer eher restriktiven Handhabung zu rechnen, soweit es die Annahme von schlüssigen Vereinbarungen anbelangt. Das ist der Sache nach zu begrüßen; denn hier geht es nicht um Wertungsspielräume wie beim Verwirkungseinwand, sondern um Auslegungsgrenzen für rechtsgeschäftlich zurechenbares Verhalten.

b) Es entspricht allgemeiner Meinung, dass das Zurückbehaltungsrecht in gleicher Weise wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur dem vertragstreuen Vertragspartner zusteht. Der Mieter, der sich selbst vertragswidrig verhält, indem er etwa erhebliche Mietrückstände hat auflaufen lassen, kann sich auf die Einrede nicht berufen¹⁰⁶. Allerdings erscheint es überzogen, von ihm zu verlangen, substantiiert darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die zurückgehaltenen Mieten tatsächlich zurückgelegt zu haben, um Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit oder –willigkeit zu beheben¹⁰⁷. In der Regel wird sich der Mieter auf Mängel berufen, deren Beseitigung er beansprucht. Deren Vorliegen muss geprüft werden, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht ankommt. Steht dem Mieter ein solches Recht zu, so bedeutet das, dass er einstweilen nicht zu leisten braucht. Ob er die Mittel besitzt, um in dem Fall, dass der Vermieter erfüllt, leisten zu können, ist nicht erheblich; denn die von ihm zu erbringende Gegenleistung gehört bis zur Leistungsvornahme zu seinem Vermögen, über das er disponieren kann. Die Rechtsfolgen bei Bedenken des Vermieters gegen seine Zahlungsfähigkeit richten sich nach § 321 BGB. Voraussetzung dafür wäre, dass der Vermieter vorleistungspflichtig ist. Schon an dieser Voraussetzung fehlt es. Darüber hinaus trafe den Vermieter die Beweislast für die Gefahr mangelnder Leistungsfähigkeit.¹⁰⁸

c) Der Verlust von Gewährleistungsrechten – sei es wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von Mängeln bei Vertragsabschluss, sei es infolge von Verwirkung bei späteren Mängeln – führte nach bisherigem Recht grundsätzlich nicht zum Verlust des Erfüllungsanspruchs und damit auch nicht der Einrede des nicht erfüllten Vertrages¹⁰⁹. Auch die Verletzung der Anzeigepflicht bewirkte nur einen eingeschränkten Verlust der Gewährleistungsrechte nach Maßgabe des § 545 Abs. 2 BGB a.F. und ließ neben dem Erfüllungsanspruch des Mieters insbesondere den Anspruch auf Verwendungsersatz nach § 538 Abs. 2 BGB a.F. unberührt.¹¹⁰ Die Bestrebungen, die Rechtsfolgen für den Erfüllungsanspruch und die Gewährleistungsrechte – hier speziell die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Mietminderung - bei Kenntnis des Mangels und längerer, vorbehaltloser Mietzahlung zu harmonisieren, wurden wie folgt begründet: Zum einen ist aus der Kenntnis des Mangels – ggfs. in Verbindung mit vorbehaltloser Mietzahlung über einen längeren Zeitraum – auf eine Vereinbarung geschlossen worden, die entweder auf eine Änderung des Vertragsgegenstandes in einen nunmehr mangelhaften gerichtet war¹¹¹, oder einen Verzicht von Gewährleistungsansprüchen beinhaltete¹¹². Das bewirkte (auch) den Ausschluss des Erfüllungsanspruchs und damit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zum anderen ist der Verlust dieser Einrede aus § 320

ren ist der Verlust dieser Einrede aus § 320 Abs. 2 BGB unter Heranziehung des Grundgedankens aus § 539 BGB abgeleitet worden¹¹³.

Der Reformgesetzgeber ist auf die aufgezeigte Divergenz hingewiesen worden¹¹⁴. Er hat jedoch offenbar keinen Handlungsbedarf gesehen. Wertete er die Materie durch § 536c Abs. 2 BGB als abgeschlossen geregelt, soweit es den Gewährleistungsausschluss für nach Vertragsschluss aufgetretene Mängel anbelangt¹¹⁵, so bleibt es immer noch dabei, dass der Mieter zwar den Aufwendungsersatzanspruch nach § 536a Abs. 2 BGB über § 536b BGB verlieren kann, jedoch den Erfüllungsanspruch behält. Diese unterschiedliche Rechtsfolge wirkt sich verstärkt aus, wenn man die Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen wegen nachträglicher Mangelhaftigkeit bejaht, die auch der Reformgesetzgeber nicht gänzlich ausschließen will. Daher werden die bisherigen Lösungsansätze erneut herangezogen und auf ihre Eignung zu überprüfen sein. Rechtsgeschäftliche Lösungsansätze (vertragsändernde Vereinbarung, Gewährleistungsverzicht) erscheinen fragwürdig, weil sie eine rechtsgeschäftliche Willenslage der Parteien voraussetzen, an der es mangels eines Erklärungsbewusstseins in der Regel fehlen wird. Das gilt auch vom Empfängerhorizont des Vermieters her, der möglicherweise nicht einmal Kenntnis von den Mängeln hat. Es bleibt der Rückgriff auf Treu und Glauben¹¹⁶. Im Hinblick darauf, dass der Verlust des Erfüllungsanspruchs ungleich schwerer wiegt als der Verlust von Gewährleistungsrechten, da ersterer im Ergebnis vertragsändernde Wirkungen zeitigt, werden die Anforderungen hieran höher als beim Verlust von Gewährleistungsrechten sein müssen. In diesem Zusammenhang ist es geboten, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages über § 320 Abs. 2 BGB vom Erfüllungsanspruch abzukoppeln. Nur auf diese Weise ließe sich eine Harmonisierung mit Gewährleistungsausschlüssen erreichen. Es bliebe dem Mieter noch der einrede-unbewehrte Erfüllungsanspruch, den er mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen könnte. Hat der Mieter (lediglich) seine Anzeigepflicht verletzt, so behält er nach der eindeutigen Regelung in § 536c Abs. 2 BGB (entsprechend wie nach § 545 Abs. 2 BGB a.F.) den Anspruch auf Aufwendungsersatz, was nur Sinn macht, wenn er auch den Erfüllungsanspruch und damit die Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB behält.

IV. Abschließende Würdigung

Durch die Mietrechtsreform sind die Mietminderung und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Kern nicht verändert worden. Die nunmehr in § 556b Abs. 1 BGB geregelte Vorauszahlungspflicht des Mieters berührt weder die Automatik der Mietminderung noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, auch wenn dieses Ergebnis sich nicht mehr mit der bisherigen Stringenz rechtfertigen lässt. Die Probleme, die sich bei der Bemessung des geminderten oder zurückzubehaltenden Betrages ergeben, werden die Praxis weiter befassen. Ob in diesem Zusammenhang die Prüfung der Angemessenheit dazu führen wird, die maßgeblichen Kriterien auszuweiten, bleibt abzuwarten. Auf jeden Fall wird der Äquivalenzausgleich maßgebliches Gewicht behalten. Der Reformgesetzgeber hat das für die Praxis wichtige Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen der Mieter Gewährleistungsansprüche wegen nach Vertragsabschluss aufgetretener Mängel verliert, nur unzureichend geregelt. Die sich hieraus ergebende Rechtsunsicherheit wirkt sich auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus. Gründe der Rechtskontinuität und damit der Rechtssi-

cherheit sprechen dafür, die bisherigen Lösungsansätze hierzu beizubehalten und weiter zu entwickeln.

-
- ¹ Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19.7.2001, BGBl. I 1149, im folgenden: MRRG.
- ² S. etwa § 108 Abs. 1 ZGB-DDR
- ³ S. jeweils zu § 536 BGB: Blank/Börstinghaus Neues Mietrecht, Kommentar, 2001, Rn 5, Herrlein/Kandelhard Mietrecht, Kommentar, 2002, Rn 37, Lammel Wohnraummietrecht, 2. Aufl., 2002, Rn 50.
- ⁴ Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht, 7. Aufl., 1999, BGB § 537 Rn 254, 255.
- ⁵ Anders für das selbständige Beweisverfahren: KG NJW-RR 2000, 513, Scholl NZM 1999, 108 mwN, ferner Kamphausen ZMR 1994, 448.
- ⁶ Lützenkirchen Neue Mietrechtspraxis, 2001, Rn 557. Das gilt sowohl für die von Kamphausen (WuM 1982, 3, ferner OLG Hamm WuM 2000, 151) vertretene Zielbaummethode als auch insbesondere für das von Isenmann (DWW 1990, 361) entwickelte Kurzverfahren.
- ⁷ Bericht zur Neugliederung und Vereinfachung des Mietrechts, Bundesanzeigerverlag, 1997, S. 53.
- ⁸ S. Begründung zum Regierungsentwurf S. 104.
- ⁹ S. dazu Franke ZMR 1996, 297, Wenger ZMR 1997, 269.
- ¹⁰ S. Bericht zur Neugliederung (wie Fn 7) S. 53
- ¹¹ Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar Neues Mietrecht, 2001, S. 45 zu § 536 BGB, Hamann/Wiek Handbuch des Mietrechts, 2001, Teil 1 Rn 48, Börstinghaus NZM 2000, 583, 585.
- ¹² Z.B. bei baubedingten Lärmstörungen durch Eigen- oder Fremdverursachung.
- ¹³ Z.B. bei Ausfall der Beheizung, ob der Mieter in der Wohnung frieren muss oder wegen Urlaubs in der Sonne von der Kälte nicht betroffen wird.
- ¹⁴ Börstinghaus NZM 2000, 583, 585.
- ¹⁵ Derleder NZM 2001, 170 (Anhörung im Rechtsausschuss).
- ¹⁶ Bundestags-Drucks. 14/5663 S. 75.
- ¹⁷ Ebenso Kraemer WuM 2000, 515, im Ergebnis auch Blank/Börstinghaus Neues Mietrecht, BGB § 536 Rn 6, Lammel BGB § 536 Rn 56, Palandt/Weidenkaff BGB, 61. Aufl., § 536 Rn 33.
- ¹⁸ Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 46 zu § 536 BGB, Lützenkirchen (Fn 6) Rn 559; zum bisherigen Recht: Schmidt-Futterer/Eisenschmid BGB § 537 Rn 259, Staudinger/Emmerich BGB, 12. Bearb., 1995, § 537 Rn 71, OLG Hamm NJWE-MietR 1996, 80, LG Saarbrücken NZM 1999, 757; für Brutto-Kaltmiete: LG Hamburg WuM 1990, 148, WuM 1991, 90.
- ¹⁹ Lammel BGB § 536 Rn 58, LG Berlin WuM 1998, 28.

-
- 20 Blank/Börstinghaus Neues Mietrecht, BGB § 536 Rn 6, Bub/Treier/Kraemer Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rn III B 1365, Erman/Jendrek BGB, 10. Aufl., § 537 Rn 21, Herrlein/Kandelhard (Fn 3) BGB § 536 Rn 39, MünchKomm-Voelskow BGB, 3. Aufl., § 537 Rn 12, Palandt/Weidenkaff BGB § 536 Rn 33, Soergel/Heintzmann BGB, 12. Bearb., 1997, § 537 Rn 40, OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 399.
- 21 Regierungsentwurf S. 19
- 22 Bericht zur Neugliederung (Fn 7) S. 106, 107.
- 23 S. dazu Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 43 f.
- 24 Abweichend Kraemer WuM 2000, 515.
- 25 Bundestags-Drucks. 14/5663 S. 79. Der Gesetzgeber hätte das Problem unschwer dadurch lösen können, dass er für die Mieterhöhung nach § 558 BGB die Nettokaltmiete zu Grunde gelegt hätte, so wie dies für die Bemessung der Kautions in § 551 BGB geschehen ist.
- 26 Bub/Treier/v. Brunn Rn III A 1.
- 27 BayObLG – RE v. 19.1.1981 – NJW 1981, 1275 = WuM 1981, 80.
- 28 BGH NJW 1991, 779 = WuM 1991, 544, VerfGH Berlin ZMR 2001, 691.
- 29 Einerseits KG NZM 2000, 40 für Klopfgeräusche und Baulärm, LG Berlin WM 1994, 391 für Lärm- und Schmutzbeeinträchtigungen, andererseits AG Neuss ZMR 1997, 303 für Heizungsängel.
- 30 Bub/Treier Rn II 464 für den bautechnischen Zustand beschreibende Klauseln.
- 31 BGH DWW 1993, 170 = ZMR 1993, 320, OLG Düsseldorf DWW 1990, 85, OLG Hamm NZM 1998, 438.
- 32 KG GE 2001, 345, einschränkend OLG Naumburg NZM 2000, 1183 = WuM 2000, 241 bezüglich solcher Mängel, deren Vermeidung nach dem Vertragszweck unbedingt geboten ist, wie Dichtigkeit des Daches und Beheizbarkeit der Räume.
- 33 BGHZ 108, 1 = NJW 1989, 2247.
- 34 OLG Dresden WuM 1996, 583: Übertragung von Verkehrssicherungspflichten als verhüllter Haftungsausschluss nach § 11 Nr. 7 AGBG.
- 35 BGH – RE v. 26.10.1994 – BGHZ 127, 245 = NJW 1995, 254.
- 36 Für Wirksamkeit: OLG Hamm – RE v. 15.3.1993 – WuM 1993, 176 = ZMR 1993, 217, LG Berlin WuM 1996, 541, LG Lüneburg ZMR 1999, 175; gegen Wirksamkeit: LG Oldenburg ZMR 1995, 597, LG Berlin ZMR 1996, 144, NZM 2001, 1030, LG München I WuM 1996, 329, LG Heidelberg WuM 1997, 43, LG Trier WuM 2001, 194.
- 37 S. Gellwitzki WuM 2001, 373, 382.
- 38 RG – Urt. v. 13.3.1903 – JW 1906, 333.
- 39 Roquette Das Mietrecht des BGB, 1966, Rn 7 vor § 537 BGB, LG Mannheim MDR 1976, 317 mwN, neuerdings Lammel BGB § 536 Rn 6.

-
- 40 BGHZ 84, 42 = NJW 1982, 2242 mit ablehnender Anmerkung Kubis MDR 1983, 285, die sem zustimmend MünchKomm-Voelskow Rn 7 vor § 537 BGB.
- 41 S. zu § 537 BGB: Fischer-Dieskau/Pergande/Franke Wohnungsbaurecht, Loseblatt-Kommentar, Anm. 28 Nr. 4, Schmidt-Futterer/Eisenschmid Rn 276, Staudinger/Emmerich Rn 79. ferner Schmidt-Futterer/Langenberg BGB § 551 Rn 9.
- 42 MünchKomm-Emmerich BGB, 4. Aufl., 2001, § 320 Rn. 22 f., Soergel/Wiedemann BGB, 12. Aufl., § 320 Rn 19 f.
- 43 S. dazu Schmidt-Futterer/Langenberg BGB § 551 Rn 9, Staudinger/Emmerich BGB § 551 Rn 5
- 44 BGHZ 84, 42 = BGH NJW 1982, 2242 = MDR 1982, 836.
- 45 S. die Nachweise zu Fn 41.
- 46 S. Bericht zur Neugliederung (Fn 7) S. 116, 117 zu § 559b, Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S 234 zu § 556b BGB.
- 47 Blank NZM 2001, 167, 168, Hinz NZM 2001, 264, 268, Langenberg NZM 2001, 212, 215, jeweils anlässlich der Anhörung vor dem Rechtsausschuss.
- 48 Bericht zur Neugliederung (Fn 7) S. 117, Begründung zum Regierungsentwurf S. 124.
- 49 Hamann/Wiek (Fn 11) Teil 1 Rn 70, Lützenkirchen (Fn 6) Rn102, ferner Lammel BGB § 536 Rn. 6.
- 50 Blank/Börstinghaus Neues Mietrecht BGB § 556b Rn 5.
- 51 Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 232 zu § 556b BGB, Eisenschmid WuM 2001, 215, 218.
- 52 BGHZ 84, 42 = NJW 1982, 2242.
- 53 NZM 2000, 186 = ZMR 1999, 628.
- 54 Ähnlich Lammel BGB § 536 Rn 6.
- 55 S. auch Gellwitzki WuM 1999, 10, 12.
- 56 Blank/Börstinghaus Miete, 2000, BGB § 537 Rn 69, Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 537 Anm. 28.2 Nr. 2, Sternel Mietrecht, 3. Aufl., Rn II 536, Gellwitzki WuM 1999, 10, 15, LG Berlin NZM 1998, 475, LG Hamburg MDR 1984, 494, LG Saarbrücken NZM 1999, 757.
- 57 Bub/Treier/Kraemer Rn III B 1289, Herrlein/Kandelhard BGB § 536 Rn 42, Palandt/Heinrichs BGB § 320 Rn. 11, Soergel/Heintzmann BGB § 537 Rn 15, Staudinger/Emmerich BGB § 537 Rn 81, Schenkel NZM 1999, 502, LG Bonn ZMR 1990, 59, LG München II NZM 2000, 87.
- 58 Im Ergebnis auch Gellwitzki WuM 1999, 10, 15.

-
- 59 BGH NZM 2000, 713 = WuM 2000, 427, LG Hamburg WuM 1995, 595.
- 60 Eingehend Gellwitzki WuM 1999, 10, 18.
- 61 LG Berlin ZMR 1998, 33.
- 62 BGH ZMR 1993, 320, OLG Hamburg NZM 1998, 264 für fristgebundene Vorankündigung, ebenso OLG Celle NZM 1998, 265.
- 63 Gellwitzki WuM 1999, 10, 19, s. zu § 552a BGB a.F. auch Soergel/Heintzmann Rn 5, Staudinger/Emmerich Rn 5.
- 64 Begründung zum Regierungsentwurf S. 134.
- 65 Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 232 zu § 556b BGB.
- 66 OLG München NJW-RR 1994, 654 = WuM 1993, 607, LG Lübeck WuM 1998, 690 jeweils für Anmietung in der Nähe von (künftigen) Großbaustellen.
- 67 OLG Naumburg ZMR 2001, 617: Die Kenntnis des Mieters muss sich auf den konkreten Mangel und dessen aktuelle Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auswirken; ebenso LG Mannheim WuM 1996, 338 für Restbelastung mit Asbest, LG Mannheim WuM 2000, 185 für Baulärm, LG Wiesbaden WuM 2000, 184 für Baulärm an einer ICE-Strecke. S. auch Bub/Treier/Kraemer Rn III B 1405, Soergel/Heintzmann BGB § 539 Rn 4, Staudinger/Emmerich BGB § 539 Rn 13.
- 68 S. zu § 539 BGB a.F.: MünchKomm-Voelskow Rn 2, Soergel/Heintzmann Rn 1, Bub/Treier/Kraemer Rn III B 1400.
- 69 OLG Hamm ZMR 2000, 93, Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 539 Anm. 4, Lamme BGB § 536b Rn 2.
- 70 So OLG München ZMR 1996, 434 für Einbau einer Trennwand, anders KG GE 2001, 620.
- 71 S. zu § 539 BGB a.F.: Erman/Jendrek Rn 6, Schmidt-Futterer/Eisenschmid Rn. 29 f., ferner Staudinger/Emmerich BGB § 537 Rn. 95 f.
- 72 NJW 1997, 1674 = ZMR 1997, 505.
- 73 OLG Frankfurt a.M. WuM 2000, 116, OLG Köln ZMR 2001, 532, OLG Naumburg NZM 2000, 1183, NZM 2001, 617.
- 74 Riesenhuber ZMR 1994, 393, Wichert ZMR 2000, 65.
- 75 Urt. v. 30.5.2000 – MDR 2000, 1004 = NZM 2000, 825.
- 76 NZM 2000, 415.
- 77 Börstinghaus NZM 2000, 583, 585.
- 78 Begründung zum Regierungsentwurf S. 107
- 79 Derleder NZM 2001, 170, Langenberg NZM 2001, 212, 213.

-
- 80 Blank/Börstinghaus Neues Mietrecht, BGB § 536 Rn 8, Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 64, 65 zu § 536 c BGB, Hannemann/Wiek § 21 Rn 73, Herrlein/Kandelhard BGB § 536b Rn 12, 13, Eisenschmid WuM 2001, 215, Wichert ZMR 2001, 262, offengelassen von Palandt/Wiedenkauff BGB § 536b Rn 8, kritisch Lützenkirchen Rn 582, 584, ablehnend Lammel BGB § 536b Rn 19 f., Eckert WuM 2001, 409, 411.
- 81 KG GE 2001, 1195.
- 82 Begründung zum Regierungsentwurf S. 108.
- 83 NZM 2001, 170: „Eine vorbehaltlose Zahlung der Miete führt, auch wenn sie für einen längeren Zeitraum erfolgt ist, für die Zukunft nicht zum Verlust des Minderungsrechts auf Grund eines Mangels der Mietsache, sofern sich zusätzliche Nachteile des Mieters aus dem Mangel der Mietsache ergeben.“
- 84 Riesenhuber ZMR 1994, 393, Wichert ZMR 2000, 65.
- 85 KG GE 2001, 1195.
- 86 OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 399.
- 87 BGH NJW 1984, 2233, BGH NJW 1997, 1674, OLG Düsseldorf ZMR 1995, 400 = WuM 1995, 435, einschränkend OLG Stuttgart WuM 1997, 619.
- 88 Lammel BGB § 536b Rn 22, LG Essen ZMR 1997, 28; abweichend: LG Frankfurt a.M. NZM 2001, 130, AG Frankfurt a.M. ZMR 1999, 718 mit zust. Anmerkung Stapel/Kaden, kritisch auch Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 539 Anm. 9.
- 89 BGH NJW 1997, 1674 = WuM 1997, 488 = ZMR 1997, 505.
- 90 OLG Hamm NJWE-MietR 1996, 80.
- 91 So aber Herrlein/Kandelhard BGB § 536b Rn 13.
- 92 So die Begründung zum Regierungsentwurf S. 107, Hannemann/Wiek § 47 Rn 7, Wichers ZMR 2000, 65, 66.
- 93 Zu den Ausnahmen der Ankündigungspflicht s. Bub/Treier/Kraemer Rn III A 971, 976, Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 545 Anm. 10, 11, einschränkend Staudinger/Emmerich BGB § 5445 Rn 22 f.
- 94 BGH WuM 1987, 215.
- 95 Begründung zum Regierungsentwurf S. 107.
- 96 Im Ergebnis auch Eckert NZM 2001, 409, 412.
- 97 So aber Hannemann/Wiek/Wolters § 21 Rn 73, Langenberg NZM 2001, 213, Wichert ZMR 2000, 65, 67.
- 98 So aber Börstinghaus/Eisenschmid Arbeitskommentar S. 252 zu § 536c BGB, Eisenschmid WuM 2001, 215.
- 99 BGHZ 68, 281 = NJW 1977, 1236.

-
- ¹⁰⁰ OLG Hamburg – RE v. 26.4.1991 – WuM 1991, 328 = ZMR 1991, 262.
- ¹⁰¹ OLG Düsseldorf DWW 1991, 17 = ZMR 1991, 24.
- ¹⁰² BGH NJW 1987, 1072 = WuM 1987, 215.
- ¹⁰³ BGH NJW-RR 1993, 522 = WuM 1994, 201, LG Mannheim ZMR 1990, 220, LG Berlin ZMR 1990, 420.
- ¹⁰⁴ OLG Hamm ZMR 2000, 93, zustimmend Lammel BGB § 536b Rn 2.
- ¹⁰⁵ BGH NJW 1995, 953.
- ¹⁰⁶ OLG Düsseldorf GE 2001, 692, LG München I NZM 2000, 87.
- ¹⁰⁷ So aber LG Braunschweig ZMR 1999, 827.
- ¹⁰⁸ Erman/Battes BGB § 321 Rn 10.
- ¹⁰⁹ Bub/Treier/Kraemer Rn III B 1401, Schmidt-Futterer/Eisenschmid BGB § 539 Rn 49 mwN, Staudinger/Emmerich BGB § 537 Rn 97.
- ¹¹⁰ S. zu § 545 BGB: Schmidt-Futterer/Eisenschmid Rn 35, Staudinger/Emmerich Rn 31, anders Schenkel NZM 1998, 504, Kraemer WuM 2000, 515, 518.
- ¹¹¹ BGH WuM 1994, 201, LG Berlin ZMR 1990, 420 für bei Vertragsabschluss vorhandene Mängel, OLG Hamm ZMR 2000, 93 für spätere Mängel.
- ¹¹² BGHZ 101, 253 = WuM 1987, 306, 310 bei Anmietung einer unrenovierten Wohnung.
- ¹¹³ BGH MDR 1990, 147, NJW 1997, 1674, BayObLG NZM 1999, 660, LG München I NZM 2001, 620.
- ¹¹⁴ Börstinghaus NZM 2000, 583, 585, Eckert NZM 2001, 409, 412.
- ¹¹⁵ Begründung zum Regierungsentwurf S. 107.
- ¹¹⁶ S. die Nachweise zu Fn 113.