

Kann die Minderung formularvertraglich eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden?

Hähnchen in Bad Reichenhall: Es geht um einen Mietvertrag in einem neuen Geschäftshaus in Bad Reichenhall. Schon einen Monat nach Bezug bemängelt der Mieter – ein Steuerberater – die Funktion der Klimaanlage. „Ich kann Ihnen versichern: Ich esse gerne Hähnchen. Aber das ist jetzt vorbei. Denn ab 11.00 Uhr riecht es unerträglich von unten. Ich weiß auch die Quelle: Es ist die Hähnchenbraterei im Erdgeschoss!“ Der Vermieter lässt die Klimaanlage zweimal prüfen und instandsetzen. Bei der zweiten Reparatur macht die beauftrag-

te Firma Vorschläge zur Verbesserung der Anlage. Der Vermieter beauftragt einen Gutachter. Bald darauf verlangt der Steuerberater eine Mietminderung in Höhe von 30 %. Der Vermieter widerspricht und weist auf seine Bemühungen. Nachdem der Steuerberater auch nach vier Monaten keinen Erfolg sieht, mindert der Mieter tatsächlich um 30 %. Der Vermieter verweist kühl auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen zum Mietvertrag. Dort heißt es: „Die Geltendmachung des Minderungsrechts ist ausgeschlossen.“ Wer setzt sich durch?

§ 307 BGB Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 536 BGB Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

(1) Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

Einschränkung des Mietminderungsrechts: Nach dem Gesetz greift die Minderung „automatisch“ ein. Der Mieter muss sie nicht förmlich geltend machen, vgl. Wortlaut von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Rechtsfolge kann in Geschäftsraummietverträgen allerdings auch formularvertraglich eingeschränkt werden. Der Grund: Das Minderungsrecht gehört nicht zu den „Grundprinzipien des Mietrechtes“, vgl. BGH, 20.6.1984 – VIII ZR 337/82 – BGHZ 91, 375; BGH, 27.1.1993 – XII ZR 141/91 – NJW RR 1993, 519.

Häufig: Formalmäßiger (vorläufiger) Minderungsausschluss! Besonders weit verbreitet ist der Ausschluss der sofortigen Mietkürzung, ohne dass die betreffende Klausel etwas zu Rückforderung der überzahlten Miete sagt. Hier zeigt die Rechtsprechung in jüngerer Zeit eine gesteigerte Empfindlichkeit:

- wirksam nach früher herrschender Rechtsprechung: Diese Einschränkung hatte der BGH zugelassen, vgl. BGH, 29.1.1993, a.a.O. betr. Klausel „Eine Mietminderung ist ausgeschlossen“; BGH, 27.1.1993 – XII ZR 141/91 – ZMR 1993, 320). Begründung: Nur der endgültige Minderungsausschluss ist unwirksam, weil dann die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung gestört, das Äquivalenzprinzip also verletzt ist. Nicht endgültig, sondern nur vorläufig ist die Minderung ausgeschlossen, wenn zwar die sofortige Mietkürzung ausgeschlossen ist, nicht aber auch der Anspruch auf Rückzahlung des zunächst unter Vorbehalt weitergezahlten Mietzinses;
- unwirksam nach BGH, 12.3.2008 – XII ZR 147/05 – Info M 2008, 226 (Wichert) betr. mangelhafte Klimaanlage. Begründung: Bei strenger, kundenfeindlichster Auslegung (nach § 305c Abs. 2 BGB, vgl. Baustein 12) ergibt sich folgender Klauselinhalt: Das Minderungsrecht ist ausgeschlossen, also auch nicht durch Rückforderung der überzahlten Beträge zu realisieren. Dieser Klauselinhalt enthält einen endgültigen Minderungsausschluss und damit eine treuwidrig unangemessene Benachteiligung i.S. von § 307 Abs. 1 BGB.

3 **BGH 12.3.2008: Aufgabe der früheren Rechtsprechung oder Einzelfallsentscheidung?** Es ist streitig, ob der BGH wenigstens de facto eine grundsätzliche Abkehr von der älteren Rechtsprechung vollzogen oder nur einen besonders unklaren Einzelfall anders entschieden und eine kritischere Lesart eingeleitet hat. Zum Vergleich: Klausel zu 12.3.2008:

„2. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ... wegen ... (Mängelrechten)... ist ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat. 3. Der Mieter kann ... kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten.“ Klausel zu 19.1.1993: „Auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtzinses) und Zurückbehaltung verzichtet der Pächter, soweit ... nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.“

- keine generelle Abkehr! Arg: Die verworfene Klausel regelt die Minderung in redaktionellem und inhaltlichem Zusammenhang mit bestimmten Mängelrechten, die sie vollständig ausschließt. Dieser „Gleichtakt“ drängt zu der Auslegung, dass auch die Minderung vollständig ausgeschlossen ist. Wenn – wie in der Klausel von 1993 – die Minderung ausgeschlossen ist, besteht keine Unklarheit. Dann bleibt es beim zulässigen, weil nur vorläufigen Minderungsausschluss, der die Rückforderung nicht ausschließt, vgl. OLG Düsseldorf, 6.5.2010 – 10 U 154/09 – Info M 2010, 484 (Seldeneck); ebenso Eckert/Fallak/Geldmacher, alle Info M 2008, 227.
- generelle Kehrtwende: Fritz, Info M 2008, 227: eine Klausel ohne Hinweis auf die Möglichkeit der Rückforderung ist chancenlos.

4 **Wohl zulässig: Formulärmäßiger Ausschluss der Minderung mit ausdrücklicher Zulassung der Rückforderung!** Ein vorläufiger Minderungsausschluss sollte formulärmäßig wenigstens dann zulässig sein, wenn die Rückforderungsmöglichkeit des Mieters ausdrück-

lich erwähnt wird, ebenso Bieber/Ingendoh (Bieber), § 5, Rdn. 177: „unmissverständlich“, vgl. auch Klauselempfehlung unten. Allerdings kann man auch hier Zweifel haben; denn die kundenfeindlichste Auslegung würde den Mieter auch dann zur Vorleistung zwingen, wenn sich der Vermieter in der Krise befindet. Da die Rückforderung in diesem Fall nicht gesichert ist, droht eine treuwidrige, unangemessene Benachteiligung, vgl. OLG Rostock, 1.11.2004 – 3 U 166/03 – GuT 2005, 17 betr. eröffnetes Inso.-Verfahren; Leo/Ghassemi-Tabar, Mietgerichtstag 2010, 13.

Vertragsgestaltung: Hinweis auf Rückforderung! Aufgrund der neuen, strengeren Rechtsprechung des BGH (12.3.2008, a.a.O) empfiehlt es sich, die Vorauszahlungspflicht künftig so deutlich zu regeln, dass der Leser erkennt, wie die Mechanik von vorläufiger Vorauszahlung und endgültiger Mietkürzung „funktioniert“ (siehe Formulierungsbeispiel unten).

Häufig: Formular-Minderungsausschluss bei nicht zu vertretenden Umweltmängeln! Weit verbreitet ist der Ausschluss von Minderungen bei externen, vom Vermieter nicht beeinflussbare Störungen (Baulärm, Gerüche in der Nachbarschaft, Stromschwankungen, Unterbrechungen der Energielieferung u.ä.). Früher waren solche Ausschlüsse unbedenklich (und deshalb sehr häufig), vgl. BGH, 17.3 1976 – VIII ZR 274/74 – WuM 1976, 152 „Die Mietminderung wegen Störungen der Versorgung mit Wärmeenergie, Gas, Strom oder Wasser oder Störung technischer Einrichtungen ist ausgeschlossen“; OLG Hamburg, 2.4.2003 – 4 U 57/01 – GUT 2004, 168 (keine Minderung wegen nutzungs hindernder Umstände mit der Folge von Umsatzrückgängen, wenn sie vom Vermieter nicht zu vertreten sind, wie etwa Verkehrsumleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft. Nach neuerer Rechtsprechung sind solche partiellen Ausschlüsse aber unwirksam, BGH, 23.4.2008 – XII ZR 62/06 – Info M 2008, 275 (Leo) betr. Abrissarbeiten in der Nachbarschaft: Die Klausel lautet: „Eine Minderung der Miete ist ausgeschlossen, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z.B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z.B. Umsatz- und Geschäftsrückgang).“ Der BGH kritisiert, dass der Ausschluss als endgültig verstanden werden kann, weil er – bei kundenfeindlichster Auslegung – die Möglichkeit der Rückforderung des Mieters nicht vorsieht, KG, 12.11.2007 – 8 U 194/06 – Info M 2008, 16 (Hörndler) betr. intensive Störung des Ladengeschäfts durch U-Bahn-Neubau.

Vertragsgestaltung partielle Ausschlüsse von „extern“ Mängeln: Der formularmäßige Ausschluss ist nicht mehr AGB-konform.

Häufig: Minderung nur für anerkannte Mängel! Mindestens die ältere Rechtsprechung zeigt sich großzügig, OLG Düsseldorf, 4.6.1998 – 10 U 107/97 – ZMR 1999, 23 betr. Klausel „Eine Mietminderung, der der Vermieter nicht zugestimmt hat, ist ausgeschlossen“; ähnlich jetzt auch OLG Köln, 22.12.2009 – 22 U 9/09 – BeckRS 2010, 02458. Vorsicht ist aber bei neueren Vertragsgestaltungen angezeigt, vgl. Kritik von Voß, Info M 2010, 69. Denn die Beschränkung der Aufrechnung auf unbestrittene Forderungen hat der BGH als unwirksam angesehen, weil es der Vermieter dann in der Hand hat, die Rechtsverteidigung des Mieters

durch einfaches Bestreiten zu Fall zu bringen, BGH 27.6.2007 – XII ZR 54/05 – Info M 2007, 263 (Meyer-Harport). Eine Übertragung dieses Grundsatzes auf die Minderung drängt sich geradezu auf, vgl. Leo, Info M 2010, 73. Zudem kann man auch gegen diese Klausel ins Feld führen, dass sie die Rückzahlung der (wegen Nichtzustimmung des Vermieters) überzahlten Miete nicht ausdrücklich vorsieht.

- 9 **Vertragsgestaltung Ausschluss bei nicht-anerkannten Mängeln:** Der formularmäßige Ausschluss ist riskant.
- 10 **Häufig: Formular-Einschränkung der Minderung durch Verfahrenshürden!** Auch wenn die Minderung kraft Gesetzes „automatisch“ zu einer angemessenen Reduzierung der Mietforderung führt, versuchen viele Vermieter, gerade diese Rechtsfolge zu verhindern, um den für den Kapitaldienst des Vermieters notwendigen Zahlungsfluss nicht zu gefährden. Folgende Klauseln sind verbreitet und wurden bisher auch akzeptiert:
- Ankündigung erforderlich: „Die Minderung ist nur zulässig, wenn der Mieter sie einen Monat vorher schriftlich angekündigt hat.“ Arg.: Wenn der Mieter auf die Rückforderung verwiesen werden darf, ist die geringere Einschränkung durch Ankündigungspflicht erst recht zulässig. Die zuviel gezahlte Miete darf der Mieter auch in diesem Fall zurückfordern, Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Hübner/Griesbach/Fuerst), Geschäftsraummieta, 2. Aufl. 2008, Kap. 14 Rdn. 312 a.E.; KG, 21.3.2002 – 8 U 9082/00 – GE 2002, 800; OLG Düsseldorf, 8.10.2009 – 10 U 62/09 – Info M 2010, 483 (Seldeneck) Tz 13 (unklar, ob Individual- oder Formularvertrag);
 - vergebliche Mangelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung erforderlich: OLG Celle, 23.4.1997 – 2 U 118/96 – NZM 1998, 265.
- 11 **Vertragsgestaltung „Ankündigungsklauseln“:** Auch Minderungseinschränkungen durch Verfahrenshürden können im Lichte der strengeren, neuen BGH-Rechtsprechung unwirksam sein. Denn sie könnten so auszulegen sein, dass der Mieter die zunächst weiterzuzahlende Miete nicht zurückfordern darf. Dann liegt eine mindestens unklare, im Zweifel zu Lasten des Verwenders auszulegende, mithin unzulässige endgültige Minderungseinschränkung vor. Eine Entscheidung des BGH liegt allerdings noch nicht vor.
- 12 **Selten: Formularmäßige Pflicht zur Hinterlegung!** Solche Klauseln sehen vor, dass der Mieter den Minderungsbetrag hinterlegen muss. Der Streit zwischen den Parteien geht dann darum, wem der hinterlegte Betrag zusteht. Bei einer solchen Klausel handelt es sich offenkundig um einen nur vorläufigen Minderungsausschluss. Insofern dürfte die neue strenge BGH-Rechtsprechung nicht entgegenstehen. Aber: Diese Klausel ist ungewöhnlich und könnte daher als überraschend im Sinne des § 305c BGB gewertet werden. Außerdem ist eine Hinterlegung kompliziert und zeitaufwändig; insofern liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters zumindest nicht fern (kritisch auch Leo, Info M 2010, 73). Eine neuere Entscheidung hat diese Klauseln aber nicht beanstandet: KG, 16.3.2009 – 8 U 112/09 – GE 2009, 1555 – Info M 2010, 73 (Leo).

Selten: Abwehr von missbräuchlicher Minderung! Die „Minderungswaffe“ wird gerne von solchen Mietern extensiv genutzt, die es mit der Verpflichtung zur pünktlichen Zahlung nicht so genau nehmen. Um Missbrauchsfälle zu verhindern, wurde deshalb schon folgende Klausel aufgestellt und im Einzelfall für wirksam erachtet: „Die Ausübung des Minderungsrechts setzt voraus, dass sich der Mieter nicht in Zahlungsrückstand befindet“, vgl. OLG Düsseldorf, 8.10.2009, a.a.O. Aber auch solche Klauseln könnten auf Basis der neuen BGH-Rechtsprechung unwirksam sein, weil sie eine Rückforderung der überzahlten Miete nicht vorsehen und weil sie auch geringfügige und unverschuldete Zahlungsrückstände pönalisieren, vgl. Seldeneck, Anm. zu OLG Düsseldorf, a.a.O.; grundsätzlich zur „Miete auf erstes Anfordern“ Feldhahn, ZMR 2008, 89; Leo/Ghassemi-Tabar, Mietgerichtstag, 2010, 12.

13

Anwaltsfalle: Minderungskonflikte sind häufig. Überraschend häufig wird dabei übersehen, dass ein vorläufiger Minderungsausschluss wirksam vereinbart ist! In diesen Fällen muss der Anwalt raten, die Miete zunächst weiterzuzahlen, und die Zuvielzahlungen möglichst schnell anzufordern und ggfs. einzuklagen – auch im Wege der Widerklage –, damit keine Zinsnachteile entstehen. Rät der Anwalt dagegen zur unmittelbaren Mietkürzung, riskiert der Mieter eine fristlose Kündigung des Mietvertrags.

14

Repetitorium: Das Minderungsrecht ist formularvertraglich nicht vollständig ausschließbar, aber einschränkbar. Nach bisheriger Rechtsprechung war eine Klausel zumutbar, die das Mietminderungsrecht ausschließt, weil generell kundenfreundlich ausgelegt wurde: Einerseits darf der Mieter die Miete nicht sofort kürzen, sondern muss unverkürzt weiterzahlen, andererseits hat er das Recht, die Zuvielzahlung im Nachhinein zurückzuverlangen. Nach neuerer Rechtsprechung gilt das mindestens dann nicht mehr, wenn die Auslegung der Klausel einen vollständigen Ausschluss der Minderung nahelegt. Eine Mindermeinung sieht die neuere Rechtsprechung als grundsätzliche Aufgabe der früheren Rechtsprechung. Dann ist ein Minderungsausschluss nur noch dann wirksam, wenn er die Möglichkeit der Rückforderung von zuviel bezahlter Miete ausdrücklich hervorhebt. Das gilt auch für „Ankündigungs-Klauseln“, nach denen eine Minderung nur dann zulässig ist, wenn der Mieter sie (beispielsweise) einen Monat vorher angekündigt hat, und für Klauseln, die die Minderung bei nicht zu vertretenden, „externen“ Störungen (Versorgungsstörungen, Verkehrsumleitung, Bauärm etc.) ausschließen.

R

Falllösung: Das Minderungsrecht könnte wirksam ausgeschlossen sein. Dann darf sie den Mieter nicht unangemessen benachteiligen, vgl. § 307 Abs. 1 BGB. Würde die Klausel den endgültigen Ausschluss jeder Mietminderung bedeuten, träte dies zu. Die Klausel ist nach der früher herrschenden Rechtsprechung aber folgendermaßen auszulegen: Der Mieter muss zwar zunächst den vollen Mietzins zahlen, darf den von der Mietminderung umfassten Betrag aber anschließend zurückfordern. Im ersten Schritt zahlt der Mieter also den vollen Mietzins weiter, allerdings unter Vorbehalt. Im zweiten Schritt verlangt er den zuviel bezahlten Teil der Mietzahlung wieder zurück. Nach der Lösung der früher herrschenden Rechtsprechung ist die sofortige Mietkürzung des Steuerberaters also unberechtigt.

Wenn die neuere Rechtsprechung des BGH vom 12.3.2008 eine grundsätzliche Abkehr von der älteren

vollzogen hat, ist die Vertragsklausel aber unklar (§ 305 Abs. 2 BGB) und führt bei kundenfeindlichster Auslegung zu einer unangemessen Benachteiligung des Mieters (§§ 305c Abs. 2 BGB, 307 Abs. 2 BGB). Dann ist die Formulklausel unwirksam. Es bleibt bei der gesetzlichen Regelung. Nach dieser tritt bei einem Mangel eine sofortige, „automatische“ Minderung ein, vgl. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das bedeutet: Der Steuerberater darf unmittelbar mindern. Wenn die neuere Rechtsprechung keine grundsätzliche Abkehr bedeutet, sondern nur solche Klauseln betrifft, die den endgültigen Ausschluss durch Diktion und redaktionellen Zusammenhang besonders nahelegen, bleibt der hier besonders klar gefasste Ausschluss wirksam. Der Steuerberater muss dann weiter die volle Miete bezahlen und muss sein Recht durch Rückforderung der überzahlten Miete realisieren.

F

Formulierungsvorschlag Minderungsausschluss:

Liegt ein erheblicher Mangel vor, ist nur eine angemessen reduzierte Miete geschuldet. Trotzdem bleibt der Mieter vorleistungspflichtig. Er zahlt also zunächst die ungekürzte Miete weiter, darf allerdings den – wegen der angemessenen Herabsetzung – zuviel bezahlten Teil der Miete anschließend zurückfordern.