

Beck'sches Formularbuch Mietrecht

Bearbeitet von

Dr. Richard Gies, Dr. Günter Nies, Hartmut Bister, Werner Borzutzki-Pasing, Michael Dahl, Wolfgang Flintrop, Thomas Hannemann, Petra Hütte, Yvonne Lange, Dr. Günter Mersson, Dr. Henrik Over, Bernd Paltzer, Prof. Dr. Heinz Vallender, Peter Weber, Axel Wetekamp

5. Auflage 2016. Buch. XXX, 1080 S. Mit Formularen zum Download. In Leinen

ISBN 978 3 406 67977 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Mietrecht, Immobilienrecht > Mietrecht, Pachtrecht, Leasing, Immobilienverwaltung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Standardvertrag

A. VI. 1

unterlagen einsehen und auswerten (vgl. *von Seldeneck* NZM 2002, 545). Schlichtes Bestreiten der Preisangemessenheit reicht nicht aus. Es reicht auch nicht aus, wenn der Mieter sich darauf beschränkt, den Rahmen des Ortsüblichen im Groben abzuschätzen (vgl. aber BGH Urt. v. 3.8.2011 – XII ZR 205/09 mwN – m. Anm. *Emmert* jurisPR-MietR 3/2012 Anm. 4). Er muss Umstände vortragen und unter Beweis stellen, die den vielfältigen, je nach Region beziehungsweise Kommune unterschiedlichen Bedingungen des Vermietungsmarkts sowie den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten des jeweils in Rede stehenden Anwesens hinreichend Rechnung tragen (BGH Urt. v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10 – m. Anm. *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 22/2010 Anm. 3; BGH Urt. v. 6.7.2011 – VIII ZR 340/10 – m. Anm. *Schach* jurisPR-MietR 19/2011 Anm. 1). Diese Hürden können selten genommen werden, weshalb das Wirtschaftlichkeitsgebot praktisch kein effektives Mieterrecht umschreibt.

Begrenzungen bei der Betriebskostenumlage ergeben sich bei den Kosten für **gemeinschaftlich genutzte Flächen in Großobjekten** (Einkaufszentrum). Der BGH (vgl. VU v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NZM 2014, 830; Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; auf der gleichen Linie auch: BGH Urt. v. 26.9.2012 – XII ZR 112/10, NZM 2013, 85) sieht in der Abwälzung von der Höhe nach unbegrenzten Kosten für Gemeinschaftsflächen eine unangemessene Benachteiligung des Mieters. Mit solchen Klauseln werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so dass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten übertragen werden. Die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist allenfalls wirksam, wenn sie in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen erfolgt. In der Literatur und Rechtsprechung wird hierzu beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete vorgeschlagen (vgl. KG Urt. v. 23.5.2002 – 20 U 233/01, NJW-RR 2003, 586; *Bub* NZM 1998, 789; *Wodicka* NZM 1999, 1081). Es wäre auch daran zu denken, einen neuen Mieter nur sukzessive ansteigend zu solchen Kosten heranzuziehen.

Bei sog. **Mehrbelastungsklauseln**, mit denen die Geltendmachung neu entstehender Betriebskosten ermöglicht werden soll, ist zu differenzieren. Klauseln, wonach der Mieter neue Betriebskosten ab deren Entstehung zu tragen hat, ohne dass näher bestimmt oder eingegrenzt wird, welche Kosten darunter fallen könnten, verstoßen gegen das Transparenzgebot und sind nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam (BGH Urt. v. 20.1.1993 – VIII ZR 10/92, NJW 1993, 1061 für Wohnraum; OLG Düsseldorf Urt. v. 25.7.1991 – 10 U 1/91, MDR 1991, 964). Eine solche Klausel ist aber wirksam, wenn im Mietvertrag die Kostenart als umlagefähig bezeichnet ist und dem Vermieter (ggf. nach § 315 BGB) das Recht eingeräumt ist, auch solche neu entstehende Betriebskosten auf den Mieter umzulegen (BGH Urt. v. 27.9.2006 – VIII ZR 80/06; BGH Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09, nebst Anm. *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm. 4).

Anstelle der Umlage abzurechnender Betriebskostenvorauszahlungen oder vom Mieter unmittelbar zu tragender Kosten werden sich andere Vertragsgestaltungen nur ausnahmsweise anbieten. Sowohl die **Nebenkostenpauschale** (zur Abgrenzung gegenüber der Betriebskostenvorauszahlung vgl. *Geldmacher* DWW 1994, 333) als auch die (Teil-) Inklusivmiete bergen erhebliche Risiken für den Vermieter, wenn es zu unvorhergesehenen Kostensteigerungen kommt (zur konkludenten Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale aufgrund jahrelanger unwidersprochener Handhabung vgl. OLG Koblenz Urt. v. 8.8.2012 – 5 U 116/12, MDR 2013, 269; zur Geltung einer Pauschale mangels vorhandener Mess-

A. VI. 1

VI. Allgemeine Regelungsinhalte des Gewerberaummietvertrags

vorrichtungen und unergiebigere Vertragsbestimmungen vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 7.6.2011 – I-24 U 149/10, 24 U 149/10, MDR 2012, 20). ZT wird auf die Vorteile einer Pauschale abgestellt, weil etwa das Abrechnungsverfahren entbehrlich wird (vgl. *Schmid* GuT 2010, 324). **Kalkulationsrisiken gehen aber insoweit grundsätzlich zu Lasten des Vermieters.** Sichert sich der Vermieter bei solchen Vertragskonstruktionen von vorneherein ab und verlangt schon anfänglich Zahlungen in jedenfalls ausreichender Höhe, kann ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vorliegen. Außerdem kann sich die Miete der Wuchergrenze annähern. Zudem wird der Vermieter auf dem Markt eher Schwierigkeiten bei der wirtschaftlichen Durchsetzung seiner Preisvorstellungen haben.

Zwar kann der Vermieter sich ein vertragliches Bestimmungs- und Erhöhungsrecht für eine Pauschale ausbedingen (zur Verteilung von Mietnebenkosten im Rahmen von §§ 315 f. BGB vgl. MAH MietR/*Gies* § 62 Rn. 57). Ein Erhöhungsverlangen indiziert aber den Streit darüber, ob es vor dem Hintergrund der zunächst geltenden Pauschale und der von ihr abgedeckten Kostenspanne überhaupt zu Veränderungen gekommen ist, die eine Erhöhung rechtfertigen. Die Ermessensgrenzen für den Vermieter sind nur schwer objektivierbar. Weitere Gestaltungsformen für die Betriebskostenumlage behandelt *Schmidt* (MDR 1999, 1293).

Die Höhe der vereinbarten Vorauszahlungen schafft auch bei der Gewerberaummiete grundsätzlich **keinen Vertrauenstatbestand für die Gesamthöhe der Betriebskosten**, denn der Vermieter ist nicht verpflichtet, überhaupt oder in einer gewissen Mindesthöhe Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zu erheben (vgl. für die Wohnraummiete: BGH Urt. v. 11.2.2004 – VIII ZR 195/03, NJW 2004, 1102; zur Gewerberaummiete: OLG Rostock Urt. v. 23.10.2008 – 3 U 123/07, ZMR 2009, 527). Wenn ein Vermieter Vorauszahlungen verlangt, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten deutlich unterschreiten, ohne den Mieter vor oder während des Mietvertragsabschlusses hierauf hinzuweisen, so liegt auch keine Aufklärungspflichtverletzung vor (vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 8.3.2012 – I-24 U 162/11, 24 U 162/11, MDR 2012, 834). Der Mieter darf daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, der Vermieter habe sich bei Vereinbarung der Betriebskostenvorauszahlungen ungefähr am erwarteten Abrechnungsergebnis orientiert. Diese Rechtsprechung kann man kritisch sehen. Das Argument, der Vermieter müsse sich ja überhaupt keine Vorauszahlungen ausbedingen, weshalb eine zu niedrige Vorauszahlung keine dem Mieter nachteiligen Rechtsfolgen bewirke (vgl. BGH Urt. v. 11.2.2004 – VIII ZR 195/03, NJW 2004, 1102), verfängt nach diesseitiger Auffassung eher nicht, denn die Ausbedingung eines bestimmten Vorauszahlungsbetrags hat nach der Verkehrsanschauung auch den Erklärungsgehalt, dass dem eine entsprechende Kalkulation zugrunde liegt und eine zumindest annähernde Kostendeckung erstrebt wird (vgl. *Erman/Lützenkirchen* § 556 BGB Rn. 111). Schuldhaft vertragswidrig handelt der Vermieter jedenfalls dann, wenn er gegenüber dem Mieter gegen besseres Wissen **falsche oder irreführende Angaben zu den tatsächlich zu erwartenden Kosten** macht. Bei der Erstvermietung durch einen Vermieter, der sich nach den gesamten Umständen keine abschließenden Vorstellungen von der Gesamtkostenlast macht bzw. machen kann, wird dem vom BGH entwickelten Grundsätzen beizutreten sein.

15. Macht der Vermieter von der USt.-Option Gebrauch (→ Form. A. VII. 4 Anm. 13) und vereinbaren die Parteien ausdrücklich, dass der Mieter neben der Nettomiete auch auf die Betriebskosten Mehrwertsteuer zu zahlen hat, ist die vertragliche Grundlage eindeutig. Ob der Mieter auch ohne ausdrückliche vertragliche Festlegung zur Zahlung von **Mehrwertsteuer auf die Betriebskosten** heranzuziehen ist, wird unterschiedlich beurteilt (→ Form. A. VII. 4 zu Ziff. 2). Das Formular stellt den zusätzlichen Steueranfall auf die Betriebskosten und die hierfür geregelten Vorauszahlungen ausdrücklich klar.

16. Das Formular enthält eine **Preisindexklausel** als Wertsicherungsklausel. Der **Preisindex für die Lebenshaltung** bezieht sich in der weitesten Ausgestaltung auf alle

1. Standardvertrag

A. VI. 1

privaten Haushalte der Bundesrepublik Deutschland. Daneben wurden bis zum 1.1.2003 getrennte Preisindizes für das frühere Bundesgebiet und die neuen Bundesländer einschließlich Berlin-Ost sowie für spezielle Haushaltstypen ausgewiesen. Da diese speziellen Haushaltstypen die Zusammensetzung der privaten Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich ihrer sozialen und ökonomischen Merkmale nicht mehr repräsentativ abbildeten, hat das Statistische Bundesamt deren Veröffentlichung ab dem bezeichneten Zeitpunkt eingestellt. Im September 2007 haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Wertsicherungsklauseln durch Aufhebung der Preisklauselverordnung und Neueinführung des **Preisklauselgesetzes** erneut geändert (→ Anm. 17).

Haben die Parteien eines Gewerberaummietvertrags vereinbart, dass bei einer bestimmten Veränderung eines nicht mehr fortgeführten alten Index auch die Miete zu ändern ist, entsteht durch den Wegfall dieses Index eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden muss (vgl. BGH Urt. v. 4.3.2009 – XII ZR 141/07, NZM 2009, 398). Es entspricht dann dem Interesse der Vertragsparteien, für die automatische Anpassung der Miethöhe ab der Einstellung der Fortschreibung des Altindex auf den allgemeinen **Verbraucherpreisindex** abzustellen (vgl. BGH Urt. v. 4.3.2009 – XII ZR 141/07, NZM 2009, 398; zur Umrechnung und zur Durchsetzung der Vertragsänderung vgl. *Lützenkirchen* OLGR Köln 2001, K 41 ff.). Im Folgenden ist der BGH zu einer recht komplizierten Handhabung der zeitlichen Anpassungsmodalitäten gelangt. Er hat aufgrund sehr spezieller Differenzberechnungen angenommen, dass jedenfalls dann, wenn der der Anpassung zugrunde liegende Zeitraum ab dem 1.1.2000 beginnt, es dem Interesse der Vertragsparteien entspreche, für die automatische Anpassung der Miethöhe auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex bereits ab dem Basisjahr 2000 abzustellen (vgl. Urt. v. 7.11.2012 – XII ZR 41/11 – nebst krit. Anm. *Borzutzki-Pasing* jurisPR-MietR 4/2013 Anm. 3).

Grundsätzlich ändert sich der Mietzins automatisch mit den Indexänderungen, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren. Die Parteien können aber auch eine Mietzinsanpassung regeln, die nur in bestimmten zeitlichen Abständen (etwa alle 12 Monate) wirksam wird (zur Berechnung und Bekanntgabe einer solchen Mieterhöhung → Form. A. VII. 9; zur Verwirkung von Mietzinsnachforderungen bei Wertsicherungsklauseln vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 25.8.1994 – 10 U 216/93, WuM 1995, 580).

17. Das **Preisklauselgesetz** (PrKG) in der Fassung von Art. 2 des Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse, das zum 13.9.2007 in Kraft getreten ist, hat den **Genehmigungszwang** für Indexklauseln insgesamt **aufgehoben**. Nach § 4 Abs. 1 der bis dahin geltenden Preisklauselverordnung (PrKV) bestand gegenüber § 3 WährG ohnehin nur noch ein beschränkter Genehmigungszwang. Nunmehr gilt nur noch ein allgemeines Klauselverbot für eine Preisbestimmung durch den Wert solcher Güter oder Leistungen, die mit den vereinbarten Leistungen nicht vergleichbar sind. Ausnahmen von diesem Verbot gelten nach §§ 2 bis 4 PrKG, wobei es für Mietverträge maßgeblich auf folgende Kriterien ankommt:

Es muss sich um einen **langfristigen Vertrag** im Sinne von § 3 PrKG handeln, und zwar entweder mit einer von vornherein vereinbarten Vertragsdauer von mindestens 10 Jahren (§ 3 Abs. 1 Nr. 1d PrKG) oder mit einem für die Dauer von mindestens 10 Jahren vereinbarten Kündigungsverzicht des Gläubigers/Vermieters bzw. mit dem zugunsten des Schuldners/Mieters vereinbarten Recht, die Vertragsdauer (namentlich durch Optionsausübung) auf mindestens 10 Jahre zu verlängern (§ 3 Abs. 1 Nr. 1e PrKG). Mit vorstehender Maßgabe sind Preisklauseln gemäß § 3 Abs. 1 PrKG zulässig, wenn die Preisanpassung aufgrund der Änderung des Preisindex des Statistischen Bundesamt für die Gesamtlebenshaltung oder eines von der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex erfolgt.

A. VI. 1

VI. Allgemeine Regelungsinhalte des Gewerberaummietvertrags

Die **Unwirksamkeit einer Preisklausel** tritt nach § 8 PrKG mit dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen das PrKG ein, wenn nicht eine frühere Unwirksamkeit (vertraglich) vereinbart ist. Dabei handelt es sich um eine dogmatisch kaum einzuordnende und eher systemwidrige gesetzliche Regelung, soweit in § 8 S. 2 PrKG ausdrücklich festgelegt ist, dass die Rechtswirkungen einer Klausel bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt bleiben. Ein Gesetzesverstoß bewirkt danach nicht per se die Unwirksamkeit, sondern erst das rechtskräftige gerichtliche Erkenntnis über die Unwirksamkeit. Bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche für einen Zeitraum vor Eintritt der Unwirksamkeit nach § 8 PrKG können deshalb nicht aus einem Verstoß gegen das Preisklauselgesetz hergeleitet werden (vgl. BGH Urt. v. 14.5.2014 – VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 = NZM 2014, 876; jurisPK-BGB/Toussaint, 6. Aufl., § 8 PrKG Rn. 13; *Reul* MittBayNot 2007, 445).

Eine unwirksame – weil nicht genehmigte bzw. nicht genehmigungsfähige – Klausel führt im Regelfall zur Anpassung des Vertrags im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. BGH Urt. v. 4.3.2009 – XII ZR 141/07, NZM 2009, 398 mwN). Ist eine solche Anpassung nicht möglich, kommt ein Anspruch des Vermieters auf Zustimmung zu einer nicht genehmigungsbedürftigen Wertsicherungsklausel in Betracht. Ein Anspruch auf Zustimmung zu einer Ersetzungsbestimmung darf aber nicht das Äquivalenzverhältnis erschüttern. Das OLG München (Urt. v. 19.11.2010 – 27 U 624/10, GuT 2011, 46) hat daher angenommen, dass bei einer rechtskräftig für unwirksam erklärten Klausel („Mieterhöhung alle vier Jahre, wenn Index 4 % übersteigt“) kein Anspruch darauf besteht, dass der Mieter folgender Klausel zustimmt: „Erhöht oder ermäßigt sich der Verbraucherindex um 4 %, so erhöht oder ermäßigt sich der Mietzins entsprechend und ab dem Monat, in dem die Veränderung des Verbraucherindex 4 % erreicht, frühestens aber nach jeweils vier Jahren“.

18. Durch § 560 Abs. 4 BGB ist für die Wohnraummiete geklärt, dass Vermieter und Mieter nach einer Betriebskostenabrechnung eine **Anpassung der Vorauszahlungen** entsprechend dem Abrechnungsergebnis verlangen können. Diese Vorschrift gilt für die Geschäftsraummiete allerdings nicht (vgl. § 578 BGB). Man wird aber zumindest in den Fällen auch ohne ausdrückliche Ermächtigung ein Bestimmungsrecht des Vermieters im Sinne von §§ 315, 316 BGB annehmen müssen, in denen zwar Vorauszahlungen ausbedungen, aber nicht der Höhe nach festgelegt wurden (vgl. *Geldmacher* DWW 1997, 7 mwN). Es begegnet jedenfalls keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Vertragsparteien bei der Gewerberaumiete durch AGB vereinbaren, dass der Vermieter im Anschluss an Nebenkostenabrechnungen die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung anpassen darf (vgl. BGH Urt. v. 5.2.2014 – XII ZR 65/13, NZM 2014, 308, im Anschluss an BGH Urt. vom 26.9.2012 – XII ZR 112/10, NJW 2013, 41). Das Formular enthält eine entsprechende Vereinbarung.

Zahlt der Mieter auf ein Anpassungsverlangen des Vermieters, kann eine **stillschweigende Vereinbarung einer Änderung der Betriebskostenumlage** vorliegen (vgl. BGH Urt. v. 9.7.2014 – VIII ZR 36/14, NZM 2014, 748). Sind bestimmte Vorauszahlungen geregelt, es fehlt aber eine Erhöhungsklausel oder es liegt nur eine solche Klausel vor, in der die näheren Modalitäten nicht geregelt sind, ist eine Erhöhungserklärung grundsätzlich nur wirksam, wenn Grund und Höhe der Anhebung nachvollziehbar erläutert sind. Das wird der Fall sein, wenn die Erklärung sich auf eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung stützt, aus der sich der Erhebungsbedarf ergibt. Die in einem gewerblichen Mietvertrag enthaltene Klausel, wonach der Vermieter die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen nach „Kostenanfall des Vorjahres“ anpassen darf, ist daher wirksam. Das OLG Dresden (Urt. v. 12.3.2002 – 5/23 U 2557/01, ZMR 2002, 416) verlangt dann ebenfalls eine prüffähige Abrechnung, mangels derer der Mieter die Leistung erhöhter Vorauszahlungen verweigern kann.

1. Standardvertrag

A. VI. 1

Das Formular regelt zugunsten des Vermieters ein **Bestimmungsrecht** (vgl. §§ 315 f. BGB), das ihm eine Anpassung der laufenden Betriebskostenvorauszahlungen auch im Verlaufe einer Abrechnungsperiode ermöglicht. Für die Gewerberaummieter sind solche Klauseln möglich (vgl. BGH Urt. v. 26.9.2012 – XII ZR 112/10, WuM 2012, 662). Der Vermieter ist ohne entsprechende Vereinbarungen grundsätzlich an die vertraglichen Vorgaben gebunden. Durch ein vertragliches Bestimmungsrecht kann der Vermieter seine Vorleistungspflichten begrenzen (vgl. *Sonnenschein NJW* 1992, 265).

Eine Anpassung des **Umlagemaßstabs**, dh der Kriterien zur Kostenverteilung (ggf. auf mehrere Mieter), ist nur im Ausnahmefall möglich (vgl. *Blank DWW* 1992, 65). Das kann der Fall sein, wenn sich das Verhältnis der abzurechnenden Nutzflächen – etwa durch Umbauten – verändert.

19. Die Regelung entspricht § 556b Abs. 1 BGB. Die Fälligkeitsregelung in § 556 Abs. 1 BGB gilt für Wohnraummietverhältnisse und gemäß § 579 Abs. 2 BGB für Mietverhältnisse über andere Räume, also insbesondere Geschäftsräume. Die Fälligkeit der Miete bei Grundstücken und beweglichen Sachen richtet sich nach § 579 Abs. 1 BGB. § 556b Abs. 2 gilt nur für Wohnraummietverhältnisse, weshalb Beschränkungen der Aufrechnung und der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts bei der Gewerberaummieter/Pacht grds. zulässig sind (vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer* § 556b Rn. 3).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschl. v. 10.3.1999 – XII ZR 321/97, *NJW* 1999, 1408) können Mietforderungen aus einem gewerblichen Mietverhältnis im **Urkundenprozess** nach §§ 592 ff. ZPO eingeklagt werden, wenn die Leistungspflicht – wie im Formular – urkundlich belegbar ist. Für die Wohnraummieter ist dies (seit BGH Urt. v. 1.6.2005 – VIII ZR 216/04, *NZM* 2005, 661) ebenfalls anerkannt. Voraussetzung für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nach § 592 S. 1 ZPO ist, dass sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht nicht entgegen, dass der Mieter als beklagte Partei Mängel der Mietsache behauptet hat und – diesen Vortrag als richtig unterstellt – der Anspruch auf die Miete daher gemäß § 536 Abs. 1 BGB von Gesetzes wegen ganz oder teilweise erloschen ist. Das behauptete Vorliegen eines Sachmangels hat nicht zur Folge, dass deshalb die Höhe der Miete vom Vermieter nicht mehr im Sinne von § 592 S. 1 ZPO durch Urkunden bewiesen werden könnte. Die Mangelfreiheit der Mietsache gehört nicht zu den zur Begründung des Anspruchs auf Miete erforderlichen Tatsachen (BGH Urt. v. 1.6.2005 – VIII ZR 216/04, *NZM* 2005, 661). Vielmehr begründet die infolge der Mangelhaftigkeit eintretende Mietminderung eine materiell-rechtliche Einwendung des Mieters gegen die Forderung auf Mietzahlung, die im Prozess von dem Mieter darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen ist (vgl. dazu eingehend: KG Urt. v. 5.4.2012 – 12 U 49/11, *DWW* 2012, 174; zT aA: OLG Düsseldorf *NZM* 2009, 435; vgl. auch OLG Köln Urt. v. 30.3.2012 – I-1 U 77/11, *ZMR* 2012, 701). Ein Mietrückstand wegen behauptet unberechtigter Mietminderung kann nicht im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn der Mieter die anhand eines Übergabeprotokolls aufgelisteten Mängel bei Wohnungsübergabe und die Zusage einer Mängelbeseitigungen nachweisen kann und der Vermieter eine erfolgte Mängelbeseitigung nicht durch Urkunden belegen kann (vgl. BGH Urt. v. 20.10.2010 – VIII ZR 111/09, *ZMR* 2011, 204; zum Mietereinwand der Anfechtbarkeit des Vertrags vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 14.5.2013 – 3 U 112/10, *ZMR* 2013, 879).

Auch die Geltendmachung von **Nebenkostennachforderungen im Urkundenprozess** ist statthaft (vgl. KG Urt. v. 28.6.2010 – 8 U 167/09, *ZMR* 2011, 116).

20. Grundsätzlich steht dem Schuldner zur **Anrechnung von Leistungen** das **Bestimmungsrecht** aus § 366 Abs. 1 BGB zu. Fehlt eine Bestimmung des Schuldners, folgt die Reihenfolge für die Tilgung aus § 366 Abs. 2 BGB. **Teilzahlungen** sind dann gemäß § 366 Abs. 2 BGB **vorrangig auf die Nebenkostenvorauszahlungen** zu verrechnen, denn der Vorschussanspruch ist weniger gesichert als der Anspruch auf die Grundmiete, weil der

A. VI. 1

VI. Allgemeine Regelungsinhalte des Gewerberaummietvertrags

Vermieter ihn nach Abrechnungsreife nicht mehr geltend machen kann (vgl. OLG Brandenburg Urt. v. 3.3.2010 – 3 U 108/08, ZMR 2010, 753).

Formularmäßige Klauseln, die dem Gläubiger ein abweichendes Bestimmungsrecht einräumen, müssen die Schuldnerinteressen angemessen berücksichtigen (vgl. BGH Urt. v. 27.4.1993 – XI ZR 120/92, NJW 1993, 2043). Das Formular sieht hier eine freie Verrechnungsbefugnis des Vermieters nur dann vor, wenn der Mieter keine Bestimmung trifft.

21. Ein unbeschränktes **Aufrechnungsverbot** kann selbst im kaufmännischen/unternehmerischen Rechtsverkehr mit Rücksicht auf §§ 307, 309 Nr. 3 BGB formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden (vgl. BGH Urt. v. 20.6.1984 – VIII ZR 337/82, BGHZ 91, 375 = NJW 1984, 2405). Anerkannt ist aber die Zulässigkeit von Klauseln, welche die Aufrechnung davon abhängig machen, dass die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung **unstreitig, rechtskräftig feststehend oder entscheidungsreif** ist (vgl. BGH RE v. 26.10.1994 – VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245 = NJW 1995, 255; *Törnig* NZM 2009, 847). „Unstreitig“ muss eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht in der rechtlichen Beurteilung beider Vertragsparteien sein, sondern nur in Bezug auf den anspruchsbegründenden Sachverhalt. Der Bundesgerichtshof hat Klauseln, nach denen die Aufrechnung nur mit solchen Forderungen zulässig sein sollte, die von dem Verwender anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden sind, wiederholt für unwirksam erklärt, weil sie dahin auszulegen sind, dass sie die Zulässigkeit der Aufrechnung mit unbestrittenen Gegenforderungen von deren Anerkennung durch den Verwender abhängig machen (vgl. BGH Urt. v. 27.6.2007 – XII ZR 54/05, NZM 2007, 684; BGH Urt. v. 1.12.1993 – VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657; BGH Urt. v. 16.3.2006 – I ZR 65/03, NJW-RR 2006, 1350).

Ein wirksam begründetes Aufrechnungsverbot gilt auch ohne besondere Vereinbarung über die Beendigung des Mietverhältnisses hinaus fort (vgl. BGH Beschl. v. 12.1.2000 – XII ZA 21/99, NJW-RR 2000, 530). Das Formular stellt diese Wirkung ausdrücklich klar und regelt zusätzlich, dass selbst nach Rückgabe der Mietsache nur gegenüber anderen Ansprüchen als Ansprüchen auf Zahlung von Mietzins und Nutzungsentschädigung aufgerechnet werden kann.

Das Formular sieht davon ab, für die Aufrechnung zusätzlich eine **Ankündigungsfrist** zu regeln, nach deren Ablauf eine Aufrechnungserklärung erst zulässig sein soll. Solche Klauseln werden zwar im Allgemeinen für zulässig gehalten (vgl. BGH RE v. 26.10.1994 – VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, NJW 1995, 255). Bei der hier zugrunde liegenden Regelung dürfte ein praktisches Bedürfnis, auch für unstreitige und rechtskräftig festgestellte Forderungen zusätzlich eine Ankündigungsfrist niederzulegen, kaum bestehen, denn der Vermieter hat bei schon rechtskräftig ausgeurteilten Gegenforderungen ohnehin Kenntnis von der Rechtsverfolgung des Mieters und wird sich auch bei unstrittigen Sachverhalten in der Regel über das Bestehen etwaiger Gegenrechte im Klaren sein. Eine Ankündigungsklausel verliert ihren Sinn ohnehin mit der Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe des Mietobjektes (vgl. BGH Beschl. v. 12.1.2000 – XII ZA 21/99, NZM 2000, 336 = NJW-RR 2000, 530).

22. Die formularmäßige Beschränkbarkeit von **Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechten** in dem hier vorgeschlagenen Sinne ist für den kaufmännischen Verkehr nach altem Recht anerkannt (vgl. BGH Urt. v. 16.10.1984 – X ZR 97/83, BGHZ 92, 312 = NJW 1985, 319 mwN). Die Vorschrift des § 556b Abs. 2 BGB reglementiert das Zurückbehaltungsrecht nur für die Wohnraummiete in verbindlicher Weise, da § 579 Abs. 2 BGB nur auf die Geltung von § 556 b Abs. 1 BGB verweist. Das Zurückbehaltungsrecht ist daher auch nach neuem Recht abdingbar (vgl. *Erman/Roloff* § 309 BGB Rn. 24; *Hein* Mietrecht kompakt 2002, 45). Ein **völliger Ausschluss von Leistungsverweigerungsrechten** wird jedenfalls dann scheitern, wenn der Gegenanspruch, auf den das Zurückbehaltungsrecht gestützt ist, unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entschei-

1. Standardvertrag

A. VI. 1

dungsreif ist (vgl. BGH Urt. v. 16.10.1984 – X ZR 97/83, BGHZ 92, 312 = NJW 1985, 319; BGH Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519). Daher sieht das Formular wegen der weitreichenden Unwägbarkeiten von einem weitergehenden Verbot von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ab. Auch die zusätzliche Regelung einer Ankündigungsfrist für die Ausübung von Leistungsverweigerungsrechten erscheint aus den Gründen von → Anm. 21 als entbehrlich.

Wenn der Mieter ein **Zurückbehaltungsrecht** geltend machen kann, erstreckt es sich im Rahmen von § 320 BGB grundsätzlich auf den gesamten Mietzinsanspruch (vgl. BGH Urt. v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, NZM 2003, 437 mwN). Dieser Grundsatz wird in der Praxis oft dadurch vernachlässigt, dass in der Berechnung des gerechtfertigten Einbehalts eine kleinliche Pseudogenauigkeit verfolgt wird. Allerdings kann der Mieter gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht in vollem Umfang geltend macht. Was als angemessen zu gelten hat, ist in erster Linie eine Frage des tatrichterlichen Ermessens und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Von den Instanzgerichten wird üblicherweise auf das Drei- bis Fünffache eines zu veranschlagenden Minderungsbetrages oder des zur Reparatur erforderlichen Betrages abgestellt. **Verbindliche Bemessungskriterien** fehlen dazu (vgl. *Eisenschmid* jurisPR-MietR 6/2011 Anm. 1 mwN). Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts in dreifacher Höhe der Herstellungskosten ist aber nach der Rechtsprechung des BGH im Zweifel nicht übersetzt (vgl. BGH Urt. v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, NZM 2003, 437 mwN.).

Wenn der Mieter irrig vom Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts ausgeht, legt der VIII. Senat des BGH für das Verschulden im Rahmen von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB wenig überzeugend einen großzügigen Maßstab (zugunsten des Mieters) zugrunde (vgl. Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, WuM 2007, 24 – mit krit. Anm. *Blank* WuM 2007, 655; Urt. v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, NZM 2012, 637 mit krit. Anm. *Blank* WuM 2012, 499).

23. Auf dem Gebiet der Gewerberaummieta hält eine Formulklausel, mit der die Verwirklichung des **Minderungsrechts** mittels Abzugs vom geschuldeten Mietzins ausgeschlossen und der Mieter insoweit auf eine Bereicherungsklage verwiesen wird, einer Inhaltskontrolle nach den AGB-Vorschriften stand (vgl. BGH Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 mwN; OLG Düsseldorf Beschl. v. 31.5.2005 – I-24 U 12/05, 24 U 12/05, OLGR 2005, 591). Nach der recht großzügigen Rechtsprechung ist sogar eine Klausel, wonach der Mieter „kein Minderungsrecht geltend machen darf“, dahin auszulegen, dass nicht das Minderungsrecht schlechthin, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom geschuldeten Mietzins ausgeschlossen ist. Der Mieter muss also zunächst die volle Miete zahlen und kann in Höhe des Minderungsbetrags die zu viel gezahlte Miete vom Vermieter zurückverlangen (vgl. BGH Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519). Eine vom Vermieter verwendete formularmäßige Klausel, wonach der Mieter von Gewerberaum gegenüber den Ansprüchen des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses ein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache nur dann geltend machen kann, wenn der Vermieter die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat, ist im Zweifel dahin auszulegen, dass sie die Minderung wegen sonstiger Mängel vollständig ausschließt und dem Mieter insoweit auch nicht die Möglichkeit der Rückforderung der Miete nach § 812 BGB verbleibt. Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter dann aber unangemessen (§ 307 BGB) und ist deswegen unwirksam (vgl. BGH Urt. v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06, NZM 2008, 609).

Ein absoluter Ausschluss der Mietminderung inklusive etwaiger Rückerstattungsansprüche benachteiligt den Mieter danach unangemessen (§ 307 BGB) und ist unwirksam. Nach allgemeiner Meinung mindert sich die Miete bei Vorliegen der Voraussetzungen in § 536 BGB von Gesetzes wegen, ohne dass der Mieter sich hierauf berufen muss (vgl. nur BGH Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12, NZM 2013, 184). Vor diesem Hintergrund unterliegt die Mietminderung nur eingeschränkt den Dispositionen der Vertragsparteien.

A. VI. 1

VI. Allgemeine Regelungsinhalte des Gewerberaummietvertrags

Nunmehr herrscht im Grundsatz Klarheit darüber, ob die **Minderung nach der Bruttomiete oder nach der Nettomiete** zu berechnen ist. Bemessungsgrundlage ist die Bruttomiete. Der BGH (Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1 = NJW 2005, 1713) legt die Bruttomiete als Minderungsmaßstab zugrunde, weil die vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte (Grundmiete u. Nebenkosten) die Gegenleistung für die vom Vermieter geschuldete Gesamtleistung seien. Auch der Mieter zahlt danach ein Gesamtentgelt, unabhängig davon, wie die Nebenkosten im Einzelnen gemäß der vertraglichen Vereinbarung zu bezahlen sind. Daraus ergibt sich nach der Einschätzung des BGH (aaO), dass ein Mangel der Haupt- oder einer Nebenleistung stets ein Mangel der geschuldeten Gesamtleistung ist mit der Folge, dass die dafür geschuldete gesamte Gegenleistung gemindert werden muss, um die Äquivalenz wieder herzustellen. Die Minderung nach der Bruttomiete schafft indessen ihrerseits erhebliche **Probleme bei den zu berücksichtigenden Betriebskosten**.

Dazu hat der BGH (Urt. v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, NZM 2011, 453) klarzustellen versucht, seinem Urt. v. 20.7.2005 (XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1 = NJW 2005, 2773) sei nicht zu entnehmen, dass ein Betrag, den der Mieter wegen einer von ihm beanspruchten Minderung von der monatlichen Miete einbehält, anteilig sowohl auf die Nettomiete als auch auf die geschuldete Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden müsse. Der Anschluss an die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats besage, dass die Bruttomiete Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB sei und dies unabhängig davon gelte, ob die Nebenkosten als Pauschale oder als Vorauszahlung geschuldet werden. Daraus sei aber nichts herzuleiten für die Frage, ob ein monatlicher Minderungsbetrag anteilig auf die Nettomiete und die monatliche Betriebskostenvorauszahlung anzurechnen sei. Einer solchen Aufteilung des Minderungsbetrages bedürfe es auch nicht, um im Falle vereinbarter Betriebskostenvorauszahlungen etwaige Nachforderungen des Vermieters oder Guthaben des Mieters in der Jahresabrechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der Minderung korrekt zu berechnen. Da sich eine berechtigte Minderung auf die Gesamtmiete einschließlich aller Nebenkosten beziehe, könne erst aufgrund der Jahresabrechnung der Betriebskosten abschließend ermittelt werden, ob hinsichtlich der Gesamtmiete unter Berücksichtigung der gerechtfertigten Minderung noch eine Nachforderung des Vermieters oder ein Guthaben des Mieters besteht. Damit hat der BGH jedoch nicht im Ansatz alle Probleme mit der neuen Minderungsberechnung ausgeräumt (zur kaum noch überschaubaren Lit. zum „Betriebskostendilemma“ vgl. die Darstellung bei Bamberger/Roth/Ehlert § 536 Rn. 87 f.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid § 536 Rn. 350 ff.).

Nach früherem Recht stellte sich bei **vorbehaltloser Fortentrichtung der Miete trotz Kenntnis von Mängeln** der Mietsache die Frage, ob ein Mieter hierdurch seiner Minderungsbefugnis verlustig ging (§ 539 BGB aF analog). Der VIII. Zivilsenat des BGH (BGH Urt. v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380 = NJW 2003, 2601) hat zunächst für die Wohnraummiete zu §§ 536b und c) BGB entschieden, dass die Minderungsbefugnis sich nunmehr ausschließlich nach § 536c BGB richtet. Für nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten scheidet danach eine analoge Anwendung des § 536b BGB, der an die Stelle des § 539 BGB aF getreten ist, aus. Insoweit beurteilt sich die Frage, ob und in welchem Umfang ein Mieter wegen eines Mangels der Wohnung die Miete mindern kann, ausschließlich nach § 536c BGB. Dies gilt auch für Mietverträge, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen worden sind. Soweit das Minderungsrecht des Mieters nach dem 1.9.2001 nicht entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB aF erloschen ist, bleibt jedoch zu prüfen, ob der Mieter dieses Recht unter den strengeren Voraussetzungen der **Verwirkung** (§ 242 BGB) oder des stillschweigenden **Verzichts** verloren hat.

Der XII. Zivilsenat hat sich der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats angeschlossen (vgl. Beschl. v. 16.2.2005 – XII ZR 24/02, NZM 2005, 303). Inzwischen steht wohl fest,