

Dr. Michael Selk\*

## Mängelstau: Mieters Reaktionen, namentlich sein Zurückbehaltungsrecht

„Aber wehe, wehe, wehe!  
Wenn ich auf das (Miet-)Ende sehe!“

### NZM-Übersicht

- |   |  |
|---|--|
| <p><b>I. Einleitung</b></p> <p><b>II. Der Schimmel-Fall</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Zahlungsurteil wegen Mietrückstands im verzugsbedingten Kündigungsprozess: Präjudizialität?</li> <li>2. Wegfall des mieterseitigen Druckmittels durch bloße Erklärung des Vermieters?             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Grundsatzurteil des BGH aus 2015 und kritische Gegenargumente</li> <li>b) Vom „Unterlaufen“ der Mieterposition (im Prozess): Das „Stopp-Schild“ des BGH</li> </ol> </li> <li>3. Neues zur „Deckelung“ des Zurückbehaltungsrechts</li> </ol> | <p><b>III. Vom „Harakiri“ des die angekündigte Mängelbeseitigung ablehnenden Mieters oder: Das anschließende „Kündigungsmassaker“</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Die (eingeschränkte) Rechtskraft des auf Mietrückstandsklage des Vermieters hin ergehenden Urteils oder: Die „Vorfragen“-Problematik</li> <li>2. In dubio pro Abhilfeduldungspflicht des Mieters             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Relevanz des Einwands, die Beweislage in einem anderen Rechtsstreit werde verändert</li> <li>b) Ein hochriskantes Prozessverhalten</li> </ol> </li> </ol> <p><b>IV. Resümee oder: Vom „wehe, wehe ...“ und vom umsichtigen anwaltlichen Rat</b></p> |
|---|--|

### I. Einleitung

Der für Wohnraummietsachen zuständige VIII. Zivilsenat des BGH<sup>1</sup> hat in zwei am 10.4.2019 verkündeten Urteilen seine restriktive Tendenz<sup>2</sup> im Umgang mit dem Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrecht<sup>3</sup> gem. § 320 BGB – konsequent – fortgeführt. Man kann es darüber, jedenfalls in Teilen, mit *Wilhelm Busch* und seinem Vorwort zu „Max und Moritz“ halten: Denn welcher Mieter – respektive sein rechtlicher Berater – diese Flanke zum Gewährleistungsrecht der Minderung ausreizt, kann unversehens vor dem Mietende stehen, nämlich wenn sich das stumpfe Zurückbehaltungsrecht mit dem scharfen Schwert der Zahlungsverzugskündigung

kreuzt, und sei es auch erst in der prozessualen Kündigungssalve des Vermieters.

\* Besprechung von BGH, Urt. v. 10.4.2019 – VIII ZR 39/18, NZM 2019, 401 und Urt. v. 10.4.2019 – VIII ZR 12/18, NZM 2019, 533 (in diesem Heft). – Der Autor ist Partner in der Sozietät WEILAND Rechtsanwälte, Hamburg; er ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Strafrecht.

1 BGH, NZM 2019, 533 (in diesem Heft); NZM 2019, 401.

2 Grundlegend BGHZ 206, 1 = NZM 2015, 618; dazu Drasdo, NJW-Spezial 2015, 610; Cymutta, NZI 2015, 815; V. Emmerich, JuS 2016, 169.

3 Zur unterschiedlichen Diktion s. nur Selk, Mietmängel u. Mängelrechte, 2. Aufl. 2018, Exkurs: Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrecht des Mieters (nach § 536) Rn. 1.

## II. Der Schimmel-Fall

Schimmelbildung war, das ist in der Praxis nun wirklich kein seltener Mangelfall,<sup>4</sup> in der Mietwohnung Auslöser allen Ärgers bis hinauf zum *BGH*.

### 1. Zahlungsurteil wegen Mietrückstands im verzugsbedingten Kündigungsprozess: Präjudizialität?

Zunächst äußert der *VIII. Zivilsenat* des *BGH* – in meinen Augen Selbstverständliches – zur Frage der materiellen Rechtskraft: Die Verurteilung des Mieters wegen eines auch für die spätere Kündigung relevanten Mietrückstands, die vor Ausspruch der der Zahlungsverzugskündigung ergeht und alsdann Rechtskraft erlangt, bewirkt keineswegs, dass die Voraussetzungen des Verzugs mit der Mietzahlung bezogen auf den Zeitpunkt der fristlosen Kündigung nach § 543 II Nr. 3 Buchst. b BGB bindend feststellt wären: Man hat es insofern, allerdings abhängig von den Einzelfallumständen, mit unterschiedlichen Streitgegenständen zu tun, was der Blick auf den Kalender bestätigt: Das Zahlungsurteil von April 2017 betraf die Monatsmieten für April bis August 2015, die Zahlungsverzugskündigung erging unter dem 1. Juli 2017 und Rechtskraft des Zahlungsurteils trat im November 2017 ein.

**Für die Praxis bedeutet dies, dass sich auch derjenige Mieter, der rechtskräftig zur Zahlung von Mietrückständen verurteilt wurde, durchaus noch mit Erfolg gegen eine Zahlungsverzugskündigung wehren kann, wobei selbst die Mängelargumente erneut geprüft werden müssen.**

### 2. Wegfall des mieterseitigen Druckmittels durch bloße Erklärung des Vermieters?

Das neue *BGH*-Urteil hat klarstellende Bedeutung. Danach sind Ausführungen im Grundsatzurteil des *VIII. Senats* vom 17.6.2015, worin das Zurückbehaltungsrecht spürbar eingeschränkt worden ist, missverstanden worden.

a) *Grundsatzurteil des BGH aus 2015 und kritische Gegenargumente*. Der *Senat* hatte in der Grundsatzentscheidung formuliert:

„Darüber hinaus kann das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen redlicherweise nur so lange ausgeübt werden, als es noch seinen Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung anzuhalten. Ist es auf Grund der Höhe des Mieteinhalts und/oder der verstrichenen Zeit seit dem erstmaligen Einbehalt der Miete nicht mehr zu erwarten, dass der Vermieter seiner Verpflichtung auf Beseitigung des Mangels unter dem Druck der Leistungsverweigerung nachkommen wird, hat das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck verfehlt, den Vermieter zur eigenen Vertrags-treue anzuhalten.“<sup>5</sup>

Diesen Ausführungen wurde entnommen, dass das Zurückbehaltungsrecht uU schon dann seinen Zweck verliere, wenn etwa klar sei, dass der Vermieter die Mängel ohnehin nicht beheben werde. Bei einer entsprechend un-zweideutigen Erklärung des Vermieters des Inhalts, „er werde nichts mehr tun“, gebe es keinen „Druck“ mehr, der ausgeübt werden könne – der Vermieter sei ja offenbar ohnehin nicht zu „erweichen“. Dann aber greife das Leistungsverweigerungsrecht ins Leere und werde zwecklos ausgeübt.<sup>6</sup> Aber auch in dem Fall, dass der Vermieter erklärt, er werde die geltend gemachten Mängel beseitigen, um alsdann tatenlos zu bleiben, könnte man erwägen, sein Zurückbehaltungsrecht wegen „Zweckverfehlung“ entfallen zu lassen.

Im Ergebnis einer jeden Variante hätte es der Vermieter in der Hand, durch „Abducken“ oder über eine von Tatenlo-

sigkeit gefolgte Absichtserklärung das Recht des Mieters auf Einbehalt eines Teils der Miete erfolgreich zu beschneiden,<sup>7</sup> ja schlimmer noch: Der Mieter müsste das Einbehaltene sofort auskehren, sobald sein auf den Vermieter ausgeübter Druck – welchen Zeitraum auch immer man insofern für angemessen hält – tatsächlich „verpufft“ ist.

b) *Vom „Unterlaufen“ der Mieterposition (im Prozess): Das „Stopp-Schild“ des BGH*. Vor dem *AG Neuss* hatte die Vermieterin schriftsätzlich vortragen lassen, sie habe den allein durch das Wohnverhalten der beklagten Mieter verursachten Schimmelpilzbefall beseitigen lassen, ein Mangel liege nicht länger vor. Das *LG* zog daraus den Schluss, dass der Zweck des Zurückbehaltungsrechts entfallen sei.

Allerdings weicht der Fall von den bereits angesprochenen Konstellationen – der Vermieter erklärt, er werde den Mangel nicht beheben bzw. äußert zwar Abhilfebereitschaft, bleibt aber tatenlos – ab, da die Vermieterin das Vorliegen eines Mangels *prozessual bestritt*. Der *Senat* nimmt diese Prozesssituation richtigerweise zum Anlass einer praktisch bedeutsamen Einschränkung:

„Aus einem derartigen Bestreiten des Bestehens oder Fortbestehens des behaupteten Mangels durch den Vermieter lässt sich aber angesichts des fortlaufenden Prozesses ... gerade nicht der Schluss ziehen, das Zurückbehaltungsrecht verfehle nunmehr seinen Zweck. Insbesondere ist die Schlussfolgerung nicht gerechtfertigt, dass ein Vermieter, der im Prozess das Bestehen oder das Fortbestehen des vom Mieter behaupteten Mangels bestreitet, unabhängig vom Ausgang des Prozesses eine Beseitigung des Mangels nicht vornehmen werde.“<sup>8</sup>

Damit hat der *VIII. Senat* knapp vier Jahre nach seiner Grundsatzentscheidung zum Umfang des Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechts entstandene Missverständnisse, zumindest teilweise, ausgeräumt. Aus dem Prozess- bzw. Erklärungsverhalten des Vermieters insbesondere während eines laufenden Zivilprozesses wird man regelmäßig kaum Schlüsse auf eine Zweckverfehlung des Zurückbehaltungsrechts ziehen können. Denn der *Senat* sieht die Gefahr, dass das Zurückbehaltungsrecht „völlig entwertet würde“, weil es widrigenfalls im Belieben des Vermieters stünde, durch Abgabe von (wertlosen) Erklärungen das Druckmittel des Mieters „zu unterlaufen“.<sup>9</sup>

**Stärkung der Drohkulisse des Mieters:** Deutlicher, als es der *VIII. Senat* in seiner neuen Entscheidung formuliert hat, geht es kaum. Dieses klare Bekenntnis zu Aufgabe und Wirkungsweise einer Leistungsverweigerung ist erfreulich und es darf, weitergehend, gefolgert werden, dass diese Position auch auf den Fall des tatenlos bleibenden Vermieters zurückstrahlt: Niemand kann wissen, ob er sich angesichts fehlender Einnahmen nicht doch dazu entschließt, die versäumte Mangelabhilfe nachzuholen und die zurückbehaltenen Beträge auszulösen. Die Fälle endgültiger Abhilfeverweigerung oder der Unmöglichkeit der Abhilfe allerdings sind, das mag man im Gefolge der 2015er Entscheidung bedauern, ebenso klare Fälle eines „stumpfen Schwerts“ in Mieterhand: Hier muss der Mieter bzw.

4 Vgl. ausf. W. Lorenz, NZM 2019, 394; Streyll, NZM 2019, 153; Selk, NZM 2018, 593.

5 BGHZ 206, 1 = NZM 2015, 618 Rn. 63.

6 Blank, WuM 2015, 577 („Das Ergebnis verblüfft, weil die Pflichtverletzung des Vermieters [Anm. d. Red.: Nichterfüllung der ihm obliegenden Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht] einen Rechtsverlust des Mieters [Anm. d. Red.: Verlust des Leistungsverweigerungsrechts, sofortige Fälligkeit zurückgehaltener Beträge] zur Folge hat. Kann dies richtig sein?“; Hinz, ZMR 2016, 253 (262); Selk (o. Fn. 3), Anh. § 536 Rn. 22.

7 Mit einer sehr restriktiven Tendenz vgl. *LG Saarbrücken*, BeckRS 2016, 17358; dazu *Th. Wagner*, IMR 2016, 458.

8 *BGH*, NZM 2019, 401 Rn. 33.

9 *BGH*, NZM 2019, 401 Rn. 24

sein anwaltlicher Berater auch andere Wege als die Minderung – etwa Selbsthilfe/Aufwendungsersatz, Kündigung – bedenken.

### 3. Neues zur „Deckelung“ des Zurückbehaltungsrechts

Zur Höhe des Zurückbehaltungsrechts – Stichwort: Deckelung – macht der *Senat* zumindest am Rand interessante Ausführungen. Zur Erinnerung: Im Urteil vom 17.6.2015 kreierte der *BGH* insofern Neues, als das Zurückbehaltungsrecht nun insgesamt auf ein Mehrfaches der Bruttomiete beschränkt wurde. Damit wurde die Praxis – jäh – beendet, wonach Mieter zuweilen über Jahre neben des Minderungsbetrags auch noch etwas – ggf. ein Mehrfaches – einbehielten. Im 2015er Urteil war „Schluss“ beim Drei- bis Vierfachen der Monatsmiete insgesamt, eine „schematische Betrachtung“<sup>10</sup> wurde aber auch bereits damals schon abgelehnt unter Bezugnahme auf „Treu und Glauben“, s. § 320 II BGB.<sup>11</sup> Die Praxis hat sich darauf eingerichtet.<sup>12</sup>

Im neuen *BGH*-Fall belief sich die Bruttomiete auf 767 Euro – der Mieter hatte das Dreifache einbehalten, genau („gedeckelte“) 2301 Euro. Der *VIII. Senat* hält diesen Betrag vor dem Hintergrund der geltend gemachten Mängel – „erheblicher, durch bauseitige Ursachen zumindest mitverursachter Schimmelbefall in der Küche und im Schlafzimmer“, mithin besonders wohnsensitiven Räumen – für „betragsmäßig noch angemessen.“<sup>13</sup> Dies ist der zweite bedeutsame Teil der Entscheidung: Der *Senat* hält an der „Deckelung“ des Zurückbehaltungsrechts fest. Wer die Hoffnung auf eine gewisse Lockerung der Zügel hatte, wird enttäuscht: Im Fall war allein das Dreifache angesetzt, die maßvolle Zurückhaltung der Mieter und ihrer rechtlichen Berater hat der *Senat* offenbar goutiert.

**Praxistipp:** Im Regelfall riskiert der anwaltliche Berater, der dem Mieter nicht dazu rät, vom Zurückbehaltungsrecht nur „schonend“ Gebrauch zu machen, viel, ja alles, auch seine eigene Haftung, wobei sich schonend auf die zeitliche wie die betragsmäßige Dimension des Rechtsausübung bezieht.<sup>14</sup> Wer das Fünf- bis Sechsfache der Bruttomiete insgesamt, ggf. über einen langen Zeitraum, einbehält, unternimmt einen Grenzgang und braucht schon sehr erhebliche Motive bzw. eine multiple Mangellage.<sup>15</sup>

### III. Vom „Harakiri“ des die angekündigte Mängelbeseitigung ablehnenden Mieters oder: Das anschließende „Kündigungsmassaker“

Es verwundert nicht, dass der *VIII. Zivilsenat* beide Fälle zeitgleich behandelte, weisen sie doch Parallelen in puncto Rechtskraft und Zurückbehaltungsrecht auf. Während allerdings der Sachverhalt im „Schimmel“-Verfahren (s. II) noch recht überschaubar war, ging es in der zweiten *BGH*-Entscheidung um ein wahres „Kündigungsmassaker“, kündigte doch die (neue) Vermieterin wegen des ansteigenden Zahlungsrückstands insgesamt sieben Mal außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich fristgemäß! Die Fallumstände insgesamt sind ebenso kurios wie singular: Mit Voreigentümern – insgesamt waren die Beklagten mit sechs Vermietern konfrontiert – stritten sich die Mieter, die seit Anbeginn des Mietverhältnisses und nunmehr über zwei Jahrzehnte hinweg wegen multipler Mängel ihrer Dachgeschosswohnung Mängelrechte wahrnehmen, auch schon vor Gericht: Die Vorinstanz zur *BGH*-Entscheidung, das *LG Dresden*, hat zu früheren Zeiträumen bereits 2010 und 2017 rechtskräftig geurteilt, dass die Miete – entsprechend den geltend gemachten Mängeln und abhängig von den konkreten Zeiträumen – zwischen 10 % und 35 % gemindert ist.

### 1. Die (eingeschränkte) Rechtskraft des auf Mietrückstandsklage des Vermieters hin ergehenden Urteils oder: Die „Vorfragen“-Problematik

Das *LG Dresden* legte als Vorinstanz bei der Frage der Minderungshöhe, recht schlank, die Minderungsquoten der früheren Entscheidungen zu früheren Zeiträume zugrunde, was der *Senat* unter Hinweis auf die fehlende materielle Rechtskraft und auf ein fehlendes Zwischenfeststellungsurteil zu Recht beanstandete: Denn in den früheren Verfahren ging es jeweils um Zahlung rückständiger Mieten an die jeweiligen frühere Vermieterin und nicht um eine *Feststellungsklage* der Mieter wegen Mängeln und Minderung, die – allein! – gem. §§ 265, 325 I ZPO in Rechtskraft hätte erwachsen können. Insofern waren die Mängel für jeden Zeitraum erneut zu prüfen, zumal eine materielle Rechtskraftwirkung von den früheren Urteilen für die Zukunft mangels Feststellungswirkung gem. § 256 ZPO (ggf. mit Wirkung für den Rechtsnachfolger) nicht ausgeht. Dem *Senat* ist zuzustimmen, wenn er ausführt, weder die Ausführungen zum Bestehen von Mängeln noch die vom *LG Dresden* angesetzten Minderungsquoten, weil Vorfragen zur Mietzahlungsklage, in Rechtskraft erwachsen.

### 2. In dubio pro Abhilfeduldungspflicht des Mieters

Letztlich konnte der *VIII. Zivilsenat* die Rechtskraftproblematik dahinstehen lassen, weil aus der (prozessualen) Kündigungssalve der aktuellen Vermieterin eine „verfing“: Das Ablehnen der Mängelbeseitigung, wie im Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten an das AG enthalten und in der mündlichen Verhandlung bestätigt, bewirkte das Entstehen eines kündigungsrelevanten Mietrückstands, weil mit der Erklärung das von den Mietern zugleich geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB entfiel und mithin auch sämtlich zuvor einbehaltene Beträge sofort zur Zahlung fällig waren.

a) *Relevanz des Einwands, die Beweislage in einem anderen Rechtsstreit werde verändert.* Die – möglicherweise auf anwaltlichem Rat fußende Weigerungshaltung – machte also ins Fiasko der Mieter: Sie hatten geltend machen lassen, eine Mängelbeseitigung gefährde ihre Beweissituation in dem seinerzeit noch anhängigen Prozess mit einer früheren Vermieterin („Beweisvereitelung“) bzw. werde eine Mängelbeseitigung nur mit deren Zustimmung erlaubt.

**Von einer „Beweisvereitelung“ will der VIII. Senat nichts wissen:** Er hält den ihre Mitwirkung verweigernden Mietern vor, die Mängelsituation habe auf andere Weise, zB über eine Lichtbilddokumentation, gesichert werden können; auch sei das Zeugnis der mit der Mängelbeseitigung befassten Handwerker oder sonstiger Dritter in Betracht gekommen.<sup>16</sup>

b) *Ein hochriskantes Prozessverhalten.* Im Ergebnis ist der Entscheidung des *Senats* zuzustimmen. Zweifelhaft allerdings ist der Ansatz, die Mieter hätten die Beweislage auf andere Weise sichern können als durch Verweigern ihrer Mitwirkung. Die Begründung des *Senats* greift, neben dem „wacklig“ erscheinenden Verweis auf das Zeug-

10 Man lese Ls. 4 zu *BGHZ* 206, 1 = *NZM* 2015, 618.

11 Zu diesem (flexiblen) Ansatz passt es kaum, de lege ferenda das Vierfache vorzuschlagen; so *Raabe*, *WuM* 2017, 65 (72).

12 Für einen grundsätzlich zweifachen Minderungsbetrag s. *AG Gießen*, *WuM* 2016, 26 = *ZMR* 2016, 44 = *BeckRS* 2016, 671; dazu *H.-J. Binder*, *IMR* 2016, 107.

13 *BGH*, *NZM* 2019, 401 Rn. 29.

14 *BGHZ* 206, 1 = *NZM* 2015, 618 Rn. 65.

15 Dazu *Selk* (o. Fn. 3), *Anh.* § 536 Rn. 26 mwN.

16 *BGH*, *NZM* 2019, 533 Rn. 52 (in diesem Heft). Ähnl. *Lützenkirchen* in *Lützenkirchen*, *Mietrecht*, 2. Aufl. 2015, § 535 Rn. 716.

nis von bei späterer Gelegenheit nicht mehr greifbaren (ausländischen) Handwerkern oder Dritten, die sich zudem auch – nach Jahr und Tag – nicht mehr recht zu erinnern brauchen – auch in einer weiteren Konstellation ein wenig kurz: Wird nämlich vom gerichtlich bestellten Sachverständigen ein Ortstermin anberaumt, will so mancher Vermieter, wie in der Praxis zu beobachten, im Eindruck dessen die Mängel, die ggf. schon über Jahre bestehen, noch schnell beseitigen (lassen). Dann wird man sehr wohl von einer Beweisvereitelung ausgehen dürfen, namentlich wenn der Ortstermin kurz bevorsteht, es also auf wenige Tage oder Wochen „auch nicht mehr ankommt“. Insofern sind die Einzelfallumstände entscheidend. Immerhin hat das *OLG Naumburg* – insofern mietergünstig – „Farbe bekannt“:

„Soweit die Kläger mit Schreiben vom 3.6.1997 und ein weiteres Mal mit Schreiben vom 7.8.1997 der Beklagten die Beseitigung der Wandrisse und einen Neuanstrich der vorhandenen abgetrockneten Flecken angeboten haben, konnte die Beklagte nunmehr im Hinblick auf den anstehenden Prozess und die bevorstehende Beweiserhebung über die Mängel zu Recht eine Beseitigung der Mängel verweigern, da sie ansonsten ihrer Beweisgrundlage verlustig gegangen wäre.“<sup>17</sup>

Zugegeben, ein dogmatische Begründung für diese Auffassung lässt das *OLG Naumburg* vermissen, ebenso wie alternative Wege zur Dokumentation der Mangellage, wie nun beim *VIII. Senat* nachzulesen, nicht ausgeleuchtet werden.

Nach zutreffender Auffassung muss vor jeder generellen Lösung gewarnt werden. Auch wenn der *BGH* dazu nichts weiter ausführt, macht es einen Unterschied, ob der Ortstermin mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen unmittelbar bevorsteht oder ob er erst in einem halben Jahr stattfindet. Bietet der Vermieter in einer Weise, die Annahmeverzug auslöst, Mängelbeseitigung zeitlich weit – ggf. Monate – vor dem Ortstermin an, so erscheint es als riskant, den Vermieter bzw. seine Handwerker nicht einzulassen, nur um den Termin mit dem Sachverständigen abzuwarten.<sup>18</sup> Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Rechtsprechung des *BGH* in eher seltenen Fällen eine Beweisvereitelung annimmt. Insbesondere verlangt der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung ein vorwerfbares, zu missbilligendes Verhalten zum Nachteil der beweispflichtigen Partei, wobei das Verschulden gerade auch darauf gerichtet sein muss, die Beweislage des Gegners im gegenwärtigen oder in einem künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen.<sup>19</sup> Diesen Nachweis wird die beweispflichtige Partei nur in extremen Fällen führen können.

**Praxistipp für den Mieteranwalt:** Der den Mieter beratende Anwalt sollte unverzüglich Kontakt mit dem gerichtlichen Sachverständigen aufnehmen und versuchen, den Ortstermin – wenn irgend möglich – so schnell wie möglich vorzuziehen bzw. abzustimmen, um zu verhindern, dass der Gutachter vor Ort keine Mängel mehr vorfindet.

Vorliegend kam es allerdings – insofern ist die Entscheidung des *VIII. Senats* auch im Ergebnis richtig – schon deshalb auf Detailfragen der Beweisvereitelung nicht an, weil die Grundsätze der Beweisvereitelung nur inter partes wirken können, nicht aber im Verhältnis zu anderen Prozessparteien, mag es sich auch wie hier um Rechtsvorgänger handeln. Veräußert ein Vermieter die vermietete Wohnung noch während eines laufenden Rechtsstreits mit dem Mieter und ist noch ein Prozess bzw. ein selbstständiges Beweisverfahren zwischen den Parteien anhängig, so beginnt mithin mit der Eigentumsumschreibung auf den neuen Eigentümer und Vermieter das „Spiel“ uU von Neuem. Insbesondere muss sich ein Prozessgegner nicht zurechnen lassen, dass Beweise im Vorprozess – mit ande-

ren Verfahrensbeteiligten – zerstört werden könnten. Denn nur derjenige kann schuldhaft Beweise vereiteln, der überhaupt Prozesspartei ist.

Für den Mieter bedeutet dies, dass eine etwaige Bindung an für ihn günstige Umstände insbesondere bei anderen Streitgegenständen (etwa Zahlungsklage einer- und Räumungsklage andererseits) nur über eine Zwischenfeststellungsklage erreicht werden kann. Vor allem aber kann er dem neuen Vermieter nicht entgegenhalten, dass man die vom Sachverständigen zu treffenden Feststellungen aus der Begutachtung aus einem Beweisverfahren oder Hauptsacheprozess mit dem alten Vermieter nicht zerstören lassen will.

#### IV. Resümee oder: Vom „wehe, wehe ...“ und vom umsichtigen anwaltlichen Rat

1. Nach wie vor ist bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts aus § 320 BGB aus Mietersicht höchste Vorsicht geboten: Der den Mieter beratende Rechtsanwalt sollte, vergleichbar der Problematik des richtigen Minderungsprozentsatzes, zu defensiver Ausübung raten und stets die nach der *BGH*-Rechtsprechung gebotene „Deckelung“ – das Zwei- bis Dreifache der Bruttomiete – im Blick behalten.

2. Den Mietvertragsparteien muss bewusst sein, dass Folgerungen aus Vorprozessen mit anderen Beteiligten, aber auch selbst zwischen denselben Prozessbeteiligten mangels Rechtskrafterstreckung nicht wirklich gezogen werden können; zu denken ist im Einzelfall an eine Zwischenfeststellungsklage.

3. Eine Beweisvereitelung wird man nur in seltenen Fällen annehmen können. Aus diesem Grund sollte der Mieter stets eine Mängelbeseitigung des Vermieters selbst noch im laufenden Verfahren hinnehmen, weil ihm nicht nur der sofortige Verlust seiner Mängelrechte in Form von Minderung und Zurückbehaltungsrecht droht, sondern – und diese Dynamik mündet nach *BGH*-Lesart rasant in eine begründete Zahlungsverzugskündigung – auch die einbehaltenen Beträge sofort – und zwar ohne weitere Mahnung<sup>20</sup> – zu fließen haben. Bestenfalls am zu vereinbarenden Terminkalender wird der Mieter „drehen“ können, um Zeit für ein anderweitiges Sichern von Beweisen – etwa über Privatgutachten – zu gewinnen. Auch empfiehlt es sich mit Blick auf die Tücken von gerichtlichen Erkenntnisverfahren, während der Mängelbeseitigungsarbeiten regelmäßig vor Ort zu sein, um eine Fotodokumentation zu Art und Umfang der geleisteten Arbeiten und der konkret ausführenden Arbeitnehmer anlegen zu können. Bei dieser Gelegenheit sollte Wert darauf gelegt werden, deren Identität festzuhalten, was mit der Bemerkung bemäntelt werden kann, man wolle ja schließlich wissen, wen man in die Wohnung lasse.

4. Wenn und weil dem zaudernden Vermieter nach der *BGH*-Rechtsprechung über das Zurückbehaltungsrecht nur bedingt „Beine zu machen“ ist und der Mieter von

<sup>17</sup> *OLG Naumburg*, BeckRS 2000, 8362.

<sup>18</sup> vgl. *Selk* (o. Fn. 3) § 535 Rn. 88 ff.

<sup>19</sup> *BGH*, NJW-RR 1996, 1534 – Maklerlohn (bei Verflechtung); NJW 2004, 222 – Bewusste Gestaltung der Unterschriften in einer Variationsbreite, dass der Fälschungseinwand selbst schriftsachverständig unterstützt nicht widerlegt werden kann, als „Beweisvereitelung“.

<sup>20</sup> AA – und deshalb das *BGH*-Ergebnis ablehnend, auch dogmatisch zutreffend – *Streyll*, NJW 2019, 2312; danach setzt ein insoweit eintretender Verzug stets eine Mahnung voraus, weil das zeitlich definierte Leistungsprogramm infolge der gesetzlich eintretenden Minderung gestört worden sei.

den zurückbehaltenen Beträgen auf Dauer keinen eigenen Ertrag hat, muss der Mieterrechtsanwalt die alternativen Reaktionsmöglichkeiten mit dem Mandanten ausloten: Hat sich der Mieter, wie im Dresdner Anlassfall (o. III), über Jahrzehnte auf eine multiple Mängelsituation einzurichten gelernt und zeigt sich der Vermieter – im dortigen Anlassfall sechs (!) in der Folge von 20 Jahren Mietverhältnis – wenig bis gar nicht kooperativ, könnte eine einvernehmliche Herabsetzung der Miete eine Lösung bringen. Das hätte auch den Vorteil, dass die einvernehmlich herabgesetzte, nicht aber die geminderte Miete die „Ausgangsmiete“ für die Berechnung der Kappungsgrenze nach § 558 III BGB bildet.<sup>21</sup> Um das Kündigungsszenario effektiv zu bannen, kommt nach der ersten Daumenschraube Minderung/Zurückbehaltung das Zahlen der vereinbarten Miete unter Vorbehalt der Rückforderung in Betracht: Weniger merklich für den Vermieter zwar, aber immerhin nagend, weil jener nicht abschätzen kann, wie prozessgeneigt sein – möglicherweise einschlägig rechtsschutzversicherter – Mieter tatsächlich ist bzw. im weiteren Verlauf des Mietverhältnisses wird. Schließlich sind die Perspektiven Schadensersatz (auch neben Minderung, § 536 a I BGB) und Selbstvornahme gegen Aufwendungsersatz (§ 536 a II BGB) durchzugehen. Die letztere Vari-

ante flankiert die Rechtsprechung<sup>22</sup> mit einem Vorschussanspruch des Mieters in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten, wenn nicht, wie selbstverständlich, ein tatsächliches Angebot zur Mängelbeseitigung seitens des Vermieters vorliegt.<sup>23</sup>

5. Es bleibt dabei: Das Mietmängelmandat ist beileibe nicht anspruchlos, und zwar im doppelten Wortsinn wie auf beiden Seiten des Mietverhältnisses. Dass es immer noch Standard zu sein scheint, in der Mängelsituation „nur“ zu mindern und ggf. etwas zusätzlich zurückzubehalten, mag an der Neigung so mancher Mieter liegen, „etwas zu sparen“. Dass es am Ende sehr teuer wird, wenn eine neue Wohnung gesucht werden muss, bedenken viele nicht. Und gerade der beratende Rechtsanwalt muss, schon um seiner ersatzweisen Haftung zu entgehen, vollumfänglich denken und beraten. Insofern sind seine Aufgaben durch die *BGH*-Rechtsprechung nicht geringer oder leichter geworden.

<sup>21</sup> *BGH*, NZM 2019, 536 (ebenfalls in diesem Heft).

<sup>22</sup> Vgl. *KG* (RE), NJW-RR 1988, 1039.

<sup>23</sup> Unter Berufung (ua) auf *BerlVerfGH*, GE 2005, 982 s. *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 536 a Rn. 146.