

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 537, 812;

AGBG §§ 9 Bb, Cl, 11 Nr. 3

Die in einem Mietvertrag über Wohnraum enthaltene Formularklausel:

Die Miete ist monatlich im voraus,
spätestens bis zum dritten Werktag
eines jeden Monats zu entrichten

ist unwirksam, wenn der Vertrag zugleich die folgende Klausel enthält:

Der Mieter kann gegen eine Mietzinsforderung mit einer Forderung wegen Schadensersatzes aufgrund eines Mangels der Mietsache (§ 538 BGB) nur aufrechnen oder wegen einer solchen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn er seine Absicht dem Wohnungsunternehmen mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses schriftlich angezeigt hat. Im übrigen ist die Aufrechnung gegen Mietzinsforderungen ausgeschlossen, soweit der Mieter nicht unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen geltend macht.

BGH, Beschluß vom 26. Oktober 1994 - VIII ARZ 3/94 - OLG Schleswig-Holstein
LG Itzehoe

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ARZ 3/94

vom

26. Oktober 1994

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch,
Groß, Dr. Hübsch und Ball

am 26. Oktober 1994

beschlossen:

Die in einem Mietvertrag über Wohnraum enthalte-
ne Formulklausel:

Die Miete ist monatlich im voraus,
spätestens bis zum dritten Werktag
eines jeden Monats zu entrichten

ist unwirksam, wenn der Vertrag zugleich die
folgende Klausel enthält:

Der Mieter kann gegen eine Mietzins-
forderung mit einer Forderung wegen
Schadensersatzes aufgrund eines Man-
gels der Mietsache (§ 538 BGB) nur
aufrechnen oder wegen einer solchen
Forderung ein Zurückbehaltungsrecht
ausüben, wenn er seine Absicht dem
Wohnungsunternehmen mindestens einen
Monat vor der Fälligkeit des Mietzin-
ses schriftlich angezeigt hat. Im üb-
rigen ist die Aufrechnung gegen Miet-
zinsforderungen ausgeschlossen, so-
weit der Mieter nicht unbestrittene



oder rechtskräftig festgestellte Forderungen geltend macht.

Gründe:

I. Mit Vertrag vom 14. März 1986 mieteten die Beklagten eine Wohnung bei der Rechtsvorgängerin des Klägers. Nr. 3 der "Allgemeinen Vertragsbestimmungen" (AVB), die Bestandteil des Mietvertrages sind, enthält u.a. folgende Klauseln:

Nr. 3 Mietzahlung

(1) Die Miete, die Nebenkosten und die sonstigen Entgelte sind monatlich im voraus, spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats kostenfrei nach näherer Bestimmung des Wohnungsunternehmens zu entrichten.

...

(5) Der Mieter kann gegen eine Mietzinsforderung mit einer Forderung wegen Schadensersatz aufgrund eines Mangels der Mietsache (§ 538 BGB) nur aufrechnen oder wegen einer solchen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn er

seine Absicht dem Wohnungsunternehmen mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses schriftlich angezeigt hat. Im übrigen ist die Aufrechnung gegen Mietzinsforderungen ausgeschlossen, soweit der Mieter nicht unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen geltend macht.

Der Kläger hat das Anwesen später erworben. Mit den Beklagten am 9. November 1992 zugewandtem Schreiben kündigte der Kläger fristlos, weil die Miete für Juli und November 1992 bis zum 6. November 1992 nicht bezahlt worden war. Die Beklagten haben die Wohnung nicht geräumt. Die vom Kläger erhobene Räumungsklage hat das Amtsgericht Elmshorn abgewiesen. Das auf die Berufung des Klägers mit der Sache befaßte Landgericht Itzehoe möchte die Klage ebenfalls abweisen. Es meint, die Kündigungsvoraussetzungen des § 554 BGB seien nicht gegeben. Die Vorauszahlungsklausel in Nr. 3 (1) AVB sei gemäß § 9 AGBG unwirksam, weil sie im Zusammenwirken mit dem in Nr. 3 (5) AVB enthaltenen Aufrechnungsverbot zu einer unzulässigen Einschränkung des Minderungsrechts gemäß § 537 BGB und damit zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führe. Da die Miete für November 1992 infolgedessen erst zum Monatsende fällig gewesen sei, hätten sich die Beklagten im Kündigungszeitpunkt nicht mit zwei Monatsmieten in Verzug befunden. An dieser Entscheidung sieht sich das Landgericht jedoch durch einen Rechtsentscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 6. Mai 1993 (WuM 1993, 335 = ZMR 1993, 371 = GE 1993, 705) gehindert. Es hat deshalb mit Beschluß vom 24. November

1993 dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht folgende Frage zum Rechtsentscheid vorgelegt:

Ist eine AGB-Klausel im Mietvertrag, wonach die Miete spätestens am 3. Werktag eines jeden Monats im voraus zu zahlen ist, wirksam, wenn sie mit einer Klausel zusammentrifft, nach der der Mieter gegen eine Mietzinsforderung nur aufrechnen kann, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wird, entweder auf § 538 BGB beruht oder unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist und eine Aufrechnung oder das Geltendmachen eines Rückbehaltungsrechts nur wirksam ist, wenn der Mieter dem Vermieter die Absicht der Aufrechnung oder der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts einen Monat vor Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hat?

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat die ihm vorgelegte Rechtsfrage mit Beschluß vom 24. Februar 1994 (GE 1994, 516) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Unter Bezugnahme auf die Begründung des Vorlagebeschlusses des Landgerichts hat das Oberlandesgericht ausgeführt, durch das Zusammentreffen der Vorauszahlungs- mit einer Aufrechnungsverbotsklausel werde das Minderungsrecht des Mieters, zumindest für den Monat, in dem der zur Minderung berechtigende Mangel auftritt, in erheblichem, unzulässigem Umfang eingeschränkt. Habe der Mieter die Miete

für diesen Zeitraum im voraus entrichtet, so könne er die Mietzahlung wegen eines in diesem Monat auftretenden Mangels nicht mehr mindern. Er könne den Minderungsbetrag aber auch im Folgemonat nicht von der Miete abziehen, weil dies eine Aufrechnung mit einem anderen als auf § 538 BGB beruhenden Anspruch wäre, der das Aufrechnungsverbot in Nr. 3 (5) AVB entgegenstünde, sofern die Forderung nicht rechtskräftig oder unbestritten sei. Daß dem Mieter vom Folgemonat an die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB zustehe, schaffe keinen Ausgleich, weil diese ihm nur die Zurückbehaltung der Miete bis zur Beseitigung des Mangels ermögliche. Den Minderungsbetrag für den vorangegangenen Monat erhalte der Mieter über § 320 BGB aber nicht zurück. Die Aufrechnungsklausel verstoße für sich nicht gegen §§ 9, 11 AGBG und ebensowenig gegen § 552a BGB. Sie halte die Anforderungen des § 11 Nr. 2 und 3 AGBG ein. Letztlich verstoße die Klausel allein auch nicht gegen § 9 AGBG, wie schon aus ihrer Wirksamkeit nach § 11 Nr. 2 und 3 AGBG zu vermuten sei. Eine isolierte Verwerfung der Aufrechnungsklausel komme nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seien AGF-Klauseln insgesamt unwirksam, wenn mehrere für sich unbedenkliche Klauseln im Zusammenwirken zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führten. Nichts anderes könne gelten, wenn eine unwirksame mit einer an sich unbedenklichen Klausel zusammentreffe, wie es der Fall wäre, wenn die Aufrechnungsklausel schon für sich bedenklich wäre. Entgegen der Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts komme deshalb beim Zusammenwirken beider Klauseln eine Verwerfung nur des Aufrechnungsverbots nicht in Betracht. Selbst wenn man der Ansicht folgen wollte, daß

jeweils nur die belastende Klausel zu verwerfen sei, müsse dies zur Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel führen, weil sie die gesetzliche Regelung in § 551 BGB abändere und wesentlich bedenklicher als die Aufrechnungsklausel sei.

II. Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof sind gegeben (§ 541 Abs. 1 ZPO).

1. Die Vorlagefrage, die sich in einem Rechtsstreit über den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum stellt, den das Landgericht als Berufungsgericht zu entscheiden hat (§ 541 Abs. 1 Satz 1 ZPO), ist erheblich.

2. Mit der beabsichtigten Entscheidung würde das Oberlandesgericht auch vom Rechtsentscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts (aaO) abweichen (§ 541 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Jenem Rechtsentscheid liegt eine Klauselkombination zugrunde, die mit der hier zu beurteilenden inhaltlich übereinstimmt. Das Bayerische Oberste Landesgericht ist der Auffassung, daß in den Fällen, in denen sich die Unangemessenheit einer allgemein üblichen und für sich nicht zu beanstandenden Vorauszahlungsklausel erst aus dem Zusammentreffen mit einer die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Mieters einschränkenden Vertragsklausel ergibt, der Vorauszahlungsklausel der Vorrang gebühre, so daß die darin enthaltene vertragliche Regelung weiterhin gültig bleibe. Offengelassen hat es dabei, ob der Konflikt aus dem Zusammentreffen beider Klauseln durch eine einschränkende Auslegung der Aufrechnungsklausel (so LG Berlin WuM 1993, 190) oder dadurch zu lösen sei, daß die Aufrechnungsklausel

als unwirksam behandelt werden müsse. Zu dieser Ansicht würde sich das vorliegende Oberlandesgericht in Widerspruch setzen, weil es die Aufrechnungsklausel für wirksam und deren einschränkende Auslegung nicht für möglich hält, sondern davon ausgeht, daß der Einbehalt eines der Minderung für den ersten Monat entsprechenden Betrages in der Folgezeit wegen des Aufrechnungsverbots ausgeschlossen wäre. Weiterhin möchte es die Vorauszahlungsklausel selbst dann verwerfen, wenn schon die Aufrechnungsklausel allein unwirksam wäre.

III. Der Senat beantwortet die Frage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich. Sie entspricht nicht wörtlich der Fragestellung, ohne diese im Kern zu berühren. Gegenstand der Vorlage kann nur die Wirksamkeit der Vorauszahlungsklausel in Verbindung mit der im streitgegenständlichen Mietvertrag konkret verwendeten Aufrechnungsklausel sein. Dem hat der Senat durch Aufnahme der im Vertrag verwendeten Aufrechnungsklausel in die Entscheidungsformel Rechnung getragen (vgl. Senatsbeschluß vom 24. November 1993 - VIII ARZ 3/93 = WuM 1994, 54 = ZMR 1994, 104).

1. Nach in Rechtsprechung und Schrifttum einhellig vertretener Auffassung begegnet eine auch formularmäßige Bestimmung in Wohnraummietverträgen, nach der der Mietzins abweichend von § 551 Abs. 1 BGB monatlich im voraus zu zahlen ist, keinen Bedenken (z.B. Palandt/Putzo, BGB, 53. Aufl., Rdnr. 1; MünchKomm-Voelskow, BGB, 2. Aufl., Rdnr. 2; Staudinger/Emmerich, BGB, 12. Aufl., 2. Bearbeitung 1981, Rdnr. 9; Soergel/Kummer, BGB, 11. Aufl.,

Rdnr. 1; Erman/Jendrek, BGB, 9. Aufl., Rdnr. 2; jeweils zu § 551; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., Kap. III Rdnr. 113; v. Brunn in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraum-miete, 2. Aufl., Kap. III Rdnr. 121; Wolf in Wolf/Horn/Lin-dacher, AGBG, 3. Aufl., § 9 M 56; Hensen in Ulmer/Brand-ner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., Anh. zu §§ 9-11, Rdnr. 503; Lö-we/von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBG, 2. Aufl., Bd. III Miet-AGB, Rdnr. 7; OLG Hamm, WuM 1993, 176 = ZMR 1993, 217; BayObLG aaO). Der Senat sieht zu einer hiervon abweichenden Beurteilung jedenfalls für den Regel-fall, in dem die Miete um nicht mehr als einen Monat im voraus zu zahlen ist, keinen Anlaß (vgl. auch Wolf aaO). Denn die Klausel hindert den Mieter nicht, seinen Erfül-lungsanspruch im Wege des § 320 BGB geltend zu machen (BGHZ 84, 42, 46) und mit einem Anspruch, der ihm wegen Überzah-lung der kraft Gesetzes geminderten Miete (§ 537 BGB) aus zurückliegenden Zahlungsperioden zusteht, gegen Mietforde-rungen späterer Monate aufzurechnen. Daß sich die Verwirk-lichung des Minderungsanspruches dadurch um ein oder zwei Monate verschiebt, führt noch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung (vgl. Sternel aaO Rdnr. 131).

2. Unterschiedliche Auffassungen bestehen in Rechtspre-chung und Schrifttum dagegen zu der Frage, ob die Voraus-zahlungsklausel in Wohnraummietverträgen dann unwirksam ist, wenn sie mit einer Klausel zusammentrifft, die die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Mieters beschränkt.

a) Daß die Kombination beider Klauseln zu einer unzu-lässigen Einschränkung des Minderungsrechts führe, hat u.a. das Oberlandesgericht München (ZMR 1992, 297 = WuM 1992,

232 mit zust. Anmerkung von Geldmacher in WuM 1992, 585) angenommen, dem sich mehrere Instanzgerichte angeschlossen haben (LG Köln WuM 1992, 541; LG Berlin WuM 1992, 605; LG Hamburg WuM 1992, 606; dasselbe WuM 1993, 338; LG Bremen WuM 1993, 181).

b) Nach anderer Ansicht soll das Zusammentreffen beider Klauseln keine unangemessene Benachteiligung des Mieters bewirken. Zur Begründung wird angeführt, die Aufrechnungsklausel sei schon für sich allein unwirksam oder einschränkend dahin auszulegen, daß sie eine Aufrechnung des Mieters mit einem auf Mietminderung beruhenden Bereicherungsanspruch nicht erfasse (LG Berlin WuM 1993, 190; BayObLG aaO; Wolf aaO; Drettmann in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Geschäftsraummiete, Rdnr. 119; Bub in: Bub/Treier aaO Kap. II Rdnr. 424). Ferner wird darauf verwiesen, der Mieter könne seine Rechte in den Folgemonaten gemäß § 320 BGB geltend machen (Hensen aaO; Wetekamp, Mietsachen, 2. Aufl., Rdnr. 174; Gerauer ZMR 1992, 298 in seiner Anm. zu OLG München aaO; Zoller, BB 1992, 1750; Eckert EWiR 1993, 23 Anm. zu OLG München aaO).

3. Der Senat teilt die Auffassung des vorlegenden Gerichts. Die Aufrechnungsklausel in Nr. 3 (5) Satz 2 AVB begegnet zwar für sich genommen keinen Bedenken im Hinblick auf § 11 Nr. 3 AGBG, weil sie die Aufrechnung nicht über das nach dieser Vorschrift zulässige Maß hinaus ausschließt. Sie führt aber jedenfalls in Verbindung mit der Vorauszahlungsklausel zu einer unzulässigen Einschränkung des Minderungsrechts.

a) Zutreffend geht das Oberlandesgericht davon aus, daß sich die Miete automatisch kraft Gesetzes mindert (§ 537 Abs. 1 BGB), wenn im Laufe eines Monats ein Mangel am Mietgegenstand eintritt. Hat der Mieter den Mietzins im voraus bezahlt oder zahlt er gleichwohl die Miete in Unkenntnis des Mangels unverändert weiter, so hat er in Höhe der überzahlten Miete einen Bereicherungsanspruch, mit dem er gegen die Mietforderungen in den folgenden Monaten von Gesetzes wegen aufrechnen kann (Senatsurteile vom 12. Juni 1985 - VIII ZR 142/84 = ZMR 1985, 403; vom 16. Dezember 1987 - VIII ZR 48/87 = ZMR 1988, 135 unter II 1 a).

b) Diese Möglichkeit wird durch die Aufrechnungsklausel ausgeschlossen, sofern nicht die Berechtigung zur Minderung unstreitig ist.

aa) Um einen Anspruch aus § 538 BGB, mit dem nach der Klausel die Aufrechnung zulässig wäre, handelt es sich bei einem auf Minderung beruhenden Bereicherungsanspruch nicht.

bb) Eine einschränkende Auslegung der Formularklausel ist nicht möglich. Nach ihrem Wortlaut gilt das Aufrechnungsverbot gegen Mietzinsforderungen uneingeschränkt und erfaßt mithin auch Ansprüche aus §§ 537, 812 BGB. Anhaltspunkte dafür, daß nach dem Willen der Parteien Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, soweit sie aus einem Recht zur Minderung hervorgehen, ausgenommen sein sollen (so OLG Hamm aaO unter III 3 a), sind nicht ersichtlich. Schließlich betrifft die Anwendung der Klausel insoweit auch keine nach dem Regelungszweck vereinzelte, entferntliegende Fallgestaltung (so LG Berlin WuM 1993, 190), weil

der Mieter bei einer entsprechenden Klauselkombination die Minderung zumindest für den ersten Monat, in welchem ein Mangel aufgetreten ist, stets nachträglich als Bereicherungsanspruch geltend machen muß.

c) Infolge der Kombination von Vorauszahlungs- und Aufrechnungsverbotsklausel kann der Mieter die Minderung - zumindest für den ersten Monat, in dem der Mangel auftritt - weder durch Abzug vom geschuldeten Mietzins noch durch Aufrechnung mit einem auf der Überzahlung der Miete in diesem Monat beruhenden Bereicherungsanspruch gegenüber der Mietzinsforderung in den Folgemonaten durchsetzen. Im Streitfall müßte er die Minderung stattdessen gerichtlich geltend machen. Jedenfalls in ihrer Gesamtwirkung führen die Klauseln deshalb zu einer gemäß § 537 Abs. 3 BGB unzulässigen Beschränkung des Minderungsrechts aus § 537 Abs. 1 und 2 BGB und zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters.

aa) § 537 Abs. 3 BGB verbietet bei einem Mietverhältnis über Wohnraum jede zum Nachteil des Mieters von seinen Rechten aus § 537 Abs. 1 und 2 BGB abweichende Vereinbarung. Dazu zählen nicht nur der völlige Ausschluß, sondern auch Einschränkungen und Beschränkungen der Minderung (Ermann/Jendrek aaO Rdnr. 27; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 6. Aufl. Rdnr. 19 jeweils zu § 537 BGB). Da nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts in § 537 Abs. 1 BGB die Minderung im Regelfall durch schlichten Abzug von der Miete durchgesetzt werden kann, stellt auch eine vertragliche Bestimmung, nach der der Mieter die Minderung im Klagewege durchsetzen muß, eine unzulässige Be-

schränkung des Minderungsrechts im Wohnraummietverhältnis dar (Sternel aaO Kap. II Rdnr. 682; Staudinger/Sonnenschein aaO Rdnr. 58 a; Soergel/Kummer aaO Rdnr. 38 jeweils zu § 537 BGB; Graf von Westphalen aaO, Miet-AGB, Rdnr. 38; a.A. RGRK-Gelhaar, BGB, 12. Aufl., § 537 Rdnr. 26).

bb) Gleiches muß von einer vertraglichen Regelung gelten, die - wie hier - im Ergebnis dieselbe Wirkung erzielt und den Mieter zur Durchsetzung seines Minderungsanspruches oder eines aufgrund eingetretener Minderung ihm zustehenden Bereicherungsanspruches in die aktive Klagerolle zwingt (vgl. Geldmacher aaO; OLG Hamm, LG Hamburg aaO). Daß sich die Vertragsklauseln regelmäßig nur auf die Minderung einer oder weniger Monatsmieten auswirken werden, vermag daran nichts zu ändern.

d) Die damit verbundene unangemessene Benachteiligung des Mieters wird auch nicht ausgeglichen, weil er sich im Folgemonat auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB berufen kann, sofern der Mangel fortbesteht. Das dem Mieter dann zustehende Zurückbehaltungsrecht dient als Druckmittel zur Mängelbeseitigung. Sobald diese erfolgt ist, muß die nach § 320 BGB einbehaltene Miete aber an den Vermieter nachbezahlt werden (Geldmacher aaO; Joachim DB 1986, 2649, 2652).

e) Aus alldem folgt die Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel. Offenbleiben kann, ob schon die Aufrechnungsklausel für sich allein zu beanstanden wäre, weil sie Minderungsansprüche nicht generell und ausdrücklich vom Aufrechnungsverbot ausnimmt, oder ob sich eine unangemessene

Benachteiligung des Mieters erst aus der Gesamtwirkung beider, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Klauseln ergibt. In diesem Fall wären beide Klauseln unwirksam, weil es nicht Sache des Gerichts ist auszusuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben soll (Wolf aaO, § 9 Rdnr. 133; Palandt/Heinrichs aaO, AGBG § 9 Rdnr. 9). Zu Recht geht das vorlegende Oberlandesgericht aber auch davon aus, daß sich an der Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel nichts ändern würde, wenn schon die Aufrechnungsklausel für sich allein unwirksam wäre. Denn der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist, kann sich wegen des Gebotes der Transparenz vorformulierter Vertragsbedingungen nicht auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen (Senatsurteil vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 231/90 = WM 1991, 1591 unter II 5). Nichts anderes kann bei äußerlich getrennten Klauseln gelten, die sich zumindest in einem bestimmten Anwendungsbereich wechselseitig ausschließen (LG Köln WuM 1992, 541; Geldmacher aaO).

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch

Ball