

## Zurückbehaltungsrecht des Mieters wegen eines Mangels und Kündigung wegen Zahlungsverzug (1): Möglichkeiten, Grenzen und Risiken

BGH, Urteil vom 10. April 2019 – VIII ZR 39/18<sup>1</sup>

Macht der Mieter einen Mangel der Wohnung geltend, kann er zunächst einmal bei der Miete dadurch reagieren, dass er nur die seiner Meinung nach geminderte Miete zahlt. Als weitere rechtliche Möglichkeit steht ihm aber darüber hinaus ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der an sich fälligen Miete zur Verfügung (§ 320 BGB). Beide Alternativen enthalten allerdings für den Mieter das Risiko einer Kündigung wegen Zahlungsverzug, insbesondere wenn der Vermieter das Vorliegen eines Mangels bestreitet. Das Zurückbehaltungsrecht ist zwar ein u. U. sehr wirksames Druckmittel, aber „doppelt“ riskant, weil es an bestimmte zusätzliche Voraussetzungen gebunden ist. Dazu hat der VIII. Senat des BGH bereits in einem Grundsatzurteil vom 17. Juni 2015<sup>2</sup> sehr wichtige Aussagen getroffen; an jene Entscheidung knüpft er in dem aktuellen Urteil vom 10. April 2019 an, führt sie fort und präzisiert sie.

### Der Fall:<sup>3</sup>

Das Mietverhältnis besteht seit April 2013. Bereits wenige Monate später – im Herbst 2013 – kam es in der Küche und im Schlafzimmer der Wohnung zu Schimmelbefall, den die Mieter der Vermieterin anzeigten. Da die Vermieterin hierauf offenbar nicht reagierte, minderten die Mieter ab April 2015 die Bruttomiete (767 €) um 20% (153,40 €). Außerdem machten sie in der Zeit von *April 2015 bis einschließlich Oktober 2015* ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von weiteren 60% der Bruttomiete (460,20 €) geltend; ab November 2015 zahlten sie wieder die geminderte Miete von 613,60 €.

Bereits am 20. Mai 2015 und am 12. Juni 2015 hatte die Vermieterin das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt.

Mit der Klage fordert die Vermieterin von den Mietern die Räumung der Wohnung sowie zunächst die Zahlung der ihrer Ansicht nach zu Unrecht geminderten (insgesamt 767 €) und in den Monaten *April bis August 2015* zurückbehaltenen (2.301 €) Miete, insgesamt somit 3.068 €. In der Berufungsinstanz bezifferte sie den Rückstand auf insgesamt 5.693,35 €. Außerdem hatte sie bereits in der ersten Instanz geltend gemacht, sie habe den gerügten – allein durch das Wohnverhalten der Mieter verursachten – Schimmelpilzbefall schon Ende Juli 2016 beseitigen lassen. Eine bauliche Ursache liege entgegen den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht vor; dies habe ein von ihr eingeschalteter Sachverständiger – der sachverständige Zeuge B. – im Februar 2017 festgestellt.

---

<sup>1</sup> NJW 2019, 1745 = WuM 2019, 315 = Grundeigentum 2019, 725 (Stand 5. Juli 2019)

<sup>2</sup> VIII ZR 19/14, BGHZ 206,1; NZM 2015, 618 = WuM 2015, 568 = Grundeigentum 2015, 1089 = NJW 2015, 3087 = ZMR 2015, 868 = DWW 2015, 377. Die Entscheidung ist hier bereits ausführlich besprochen worden.

<sup>3</sup> der Sachverhalt ist hier etwas vereinfacht dargestellt

Das Amtsgericht hat die Mieter zur Zahlung von 2.301 € (der erstinstanzlichen Forderung bezüglich der zurückbehaltenen Miete) verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Vermieterin hat das Landgericht die Mieter auch zur Räumung und Herausgabe der Wohnung verurteilt. Die Mieter haben ihre mit dem Ziel der vollständigen Abweisung der Klage eingelegte Anschlussberufung zurückgenommen.

Die Entscheidung:

Auf die nach der Nichtzulassungsbeschwerde<sup>4</sup> vom BGH zugelassene Revision der Mieter hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben, soweit zum Nachteil der Mieter entschieden worden ist, und hat die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

*(1) Eine prozessuale Vorfrage: Rechtskräftige Feststellung eines kündigungsrelevanten Zahlungsverzugs durch rechtskräftiges erstinstanzliches Zahlungsurteil? Bindung des Berufungsgerichts?*

Recht ausführlich befasst sich der BGH zunächst mit der prozessualen Vorfrage, ob durch die (Teil-)Rechtskraft des amtsgerichtlichen Urteils bezüglich des *Zahlungsausspruchs* über die von Mietern von April bis August 2015 zurückbehaltene Miete in Höhe von 2.301 € auch die Vorfrage über das Bestehen *eines kündigungsrelevanten Zahlungsverzugs* (i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB) rechtskräftig und damit für das Berufungsgericht bindend entschieden worden ist.<sup>5</sup> Eine derartige Bindung verneint der BGH, weil durch den Zahlungsausspruch des AG rechtskräftig *lediglich festgestellt* ist, dass für die *Monate April bis August 2015 ein Zahlungsrückstand in Höhe von 2.301 € entstanden* und im Zeitpunkt der Entscheidung noch offen war. *Ob dieser Rückstand eine fristlose Kündigung gemäß 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB rechtfertigte*, ist eine *weitere – selbständige – Frage*, über die im Berufungsverfahren gesondert zu entscheiden war. Das hat das Berufungsgericht verkannt.<sup>6</sup>

*(2) Im Mittelpunkt: Zurückbehaltungsrecht des Mieters bzgl. der laufenden Miete wegen eines Mangels der Wohnung*

Seine Ausführungen zu der letztlich entscheidenden Frage des Zurückbehaltungsrechts beginnt der Senat mit dem folgenden, etwas langen, aber dennoch auf den „Kern“ des Verfahrens konzentrierten Satz:

*Materiell-rechtlich entzieht sich die Frage, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum dem Mieter, der die mit Mängeln behaftete Wohnung weiter nutzen kann und auch nutzt, im Hinblick auf die vom Vermieter nicht vollständig erfüllte Hauptpflicht, ihm die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz*

<sup>4</sup> s. dazu BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 im vorliegenden Verfahren, WuM 2018, 221

<sup>5</sup> Rn. 14 – 18; die prozessualen Einzelheiten können hier ausgeklammert bleiben

<sup>6</sup> Rn. 19, 20

2 BGB), ein verzugsausschließendes Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht, einer allgemein gültigen Betrachtung.<sup>7</sup>

Infolgedessen ist hier in erster Linie der Tatrichter gefordert, der die Frage auf Grund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beantworten hat. Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung von Rechtsfehlern beschränkt. Dieser eingeschränkten Prüfung hält das Berufungsurteil jedoch nicht stand.

(a) *Die zweckbedingten Grenzen des Zurückbehaltungsrechts als Druckmittel*

In seiner bereits erwähnten Grundsatzentscheidung vom 17. Juni 2015<sup>8</sup> hat der Senat ausgeführt, dass das Zurückbehaltungsrecht (des Mieters) den Zweck hat, auf den Vermieter Druck auszuüben und ihn auf diese Weise zur Mangelbeseitigung anzuhalten. Es entfällt deshalb „redlicherweise“, wenn dieser Zweck verfehlt wird oder nicht mehr erreicht werden kann, insbesondere also „selbstverständlich“ (möchte man sagen),

- wenn der Mangel beseitigt worden ist,
- wenn das Mietverhältnis beendet ist oder
- der Mieter dem Vermieter oder seinen Beauftragten den Zutritt zur Wohnung zur Prüfung und Beseitigung des gerügten Mangels verweigert.

In diesen Fällen sind die *zurückbehaltenen Beträge* insgesamt und grundsätzlich *sofort zur Zahlung fällig*.<sup>9</sup>

(b) *Aktuell und neu: Die notwendige Präzisierung*

Der vorliegende Fall hat nun dem BGH Gelegenheit geboten, die vorstehenden Fallgestaltungen gegen den hier gegebenen Sachverhalt abzugrenzen: Die Vermieterin hat lediglich behauptet, sie habe den Mangel schon beseitigt. Würde man – wie das Berufungsgericht es getan hat – auch hier annehmen, das (weiterhin geltend gemachte) Zurückbehaltungsrecht würde seinen Zweck verfehlen, würde damit

*das Zurückbehaltungsrecht als Druckmittel des Gläubigers (hier des Mieters) völlig entwertet (...), denn es stünde dann letztlich in dem Belieben des Schuldners (hier des Vermieters), das Zurückbehaltungsrecht des Mieters (allein) durch Bestreiten des Bestehens oder des Fortbestehens eines Mangels zu unterlaufen.*<sup>10</sup>

Vielmehr hängt die Entscheidung über die Berechtigung des Zurückbehaltungsrechts davon ab, ob die Behauptung des Vermieters über die Beseitigung des Mangels zutrifft oder ob weitere Umstände vorliegen, die in der Gesamtwürdigung den Schluss zulassen, dass das Recht seinen Zweck als Druckmittel nicht mehr erfüllen kann.

---

<sup>7</sup> Rn. 21

<sup>8</sup> a.a.O (s.o. Fn. 2) Rn. 61

<sup>9</sup> Rn. 23

<sup>10</sup> Rn. 24

Derartige Umstände, insbesondere etwa eine Beseitigung des Mangels, hat das Berufungsgericht aber gerade nicht festgestellt. Vielmehr hat es allein auf Grund der (nicht bewiesenen) Behauptung der Vermieterin in ihrem Schreiben vom 16. März 2017, die Mängel seien beseitigt, eine Zweckverfehlung angenommen.<sup>11</sup>

(c) *Zuletzt: Die generelle Begrenzung eines Zurückbehaltungsrechts bei Vorliegen eines Mangels; keine Zweckverfehlung wegen Zeitablaufs bei Bestreiten eines Mangels durch den Vermieter*

Allerdings unterliegt das Zurückbehaltungsrecht in Fällen der vorliegenden Art *grundsätzlich einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung*, weil das durch den Mangel verursachte Ungleichgewicht zwischen Leistung (des Vermieters) und Gegenleistung (des Mieters) durch die Minderung der Miete bereits beseitigt ist.<sup>12</sup> *Insbesondere – so wörtlich – „muss der insgesamt einbehaltene Betrag in einer angemessenen Relation zur Bedeutung des Mangels stehen.“*<sup>13</sup>

Im vorliegenden Fall sieht der BGH den von den Mietern *einbehaltenen Gesamtbetrag* von 2.301 € angesichts der Erheblichkeit des Mangels (Schimmelbefall) *noch als angemessen* an. Auch *unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Begrenzung* des Zurückbehaltungsrechts bestehen keine durchgreifenden Bedenken; konkret: die Tatsache, dass die Mieter den von April bis August 2015 zurückbehaltenen Betrag auch in der Folgezeit bis zur Kündigung der Vermieterin im Juli 2017 wegen des fortbestehenden Mangels weiterhin einbehalten haben, *rechtfertigt nicht die Annahme, das Zurückbehaltungsrecht habe seinen Zweck verfehlt* (mit der Folge, dass nunmehr der einbehaltene Betrag „herauszugeben“, also an die Vermieterin zu zahlen wäre).<sup>14</sup> Die Annahme einer Zweckverfehlung ist insbesondere auch nicht etwa deshalb gerechtfertigt, weil die Vermieterin im vorliegenden Prozess in den Tatsacheninstanzen behauptet hat, sie habe den Mangel beseitigt. Ob dies zutrifft, hätten die Vorinstanzen als Vorfrage der Räumungsklage prüfen und entscheiden müssen, was sie jedoch nicht getan haben.

---

<sup>11</sup> Rn. 25, 26

<sup>12</sup> An dieser Stelle (Rn. 28) heißt es im Urteil wörtlich: „...unter Berücksichtigung dessen, dass das durch den Mangel der Wohnung bestehende Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Minderung wiederhergestellt ist...“; bei dieser Formulierung handelt es sich um ein offensichtliches Versehen. Richtig muss es entweder heißen „...das *Ungleichgewicht... beseitigt* ist“ oder „das durch den Mangel *gestörte Gleichgewicht... wieder hergestellt* ist.“ Dieselbe missverständliche Formulierung findet sich bereits im Leitsatz c) des Urteils vom 17. Juni 2015 – VIII ZR 19/14 a.a.O. (s.o. Fn. 2).

<sup>13</sup> Rn. 28 unter Bezugnahme auf das Urteil vom 17. Juni 2015

<sup>14</sup> Rn. 29 – 31. Etwas unklar sind Tatbestand und Entscheidungsgründe des Urteils insofern, als zunächst von einem Zurückbehaltungsrecht der Mieter in Höhe von 60% der Bruttomiete (460,20 €/Monat) „von April bis einschließlich Oktober 2015“ (= *sieben Monate*) (Rn. 3), dann jedoch insoweit von einem Zahlungsantrag der Vermieterin in Höhe von 2.301 € (= jeweils 60% der Bruttomiete in einem Zeitraum von *fünf Monaten*) die Rede ist (Rn. 4). Weiter unten bemerkt der Senat, „der einbehaltene Gesamtbetrag (2.301 €) (mag) betragsmäßig noch angemessen sein“ (Rn. 29).

Hätte die danach erforderliche Beweisaufnahme ergeben, dass der Mangel tatsächlich beseitigt war, wäre damit zwangsläufig auch das Zurückbehaltungsrecht (wegen „Zweckerreichung“) erloschen. *Andernfalls war zu erwarten, dass sich die Vermieterin nach einer wegen des fortbestehenden Mangels erfolgten Abweisung ihrer Räumungsklage – auch unter dem Druck des fortbestehenden Zurückbehaltungsrechts – zur Mangelbeseitigung „veranlasst sehen könnte“.* Dann wäre die Annahme, das Zurückbehaltungsrecht habe auf Grund des Zeitablaufs und des fortdauernden Streits der Parteien seinen Zweck verfehlt, „gerade nicht gerechtfertigt.“<sup>15</sup>

In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht nunmehr zu prüfen haben,

*ob die Wohnung ab Juli 2016 noch Mängel aufwies, die auf bauseitigen Ursachen beruhten und deshalb von der Klägerin zu vertreten waren. Lässt sich dies nicht feststellen, waren die Beklagten ab Juli 2016 nicht mehr zur Minderung berechtigt und war zudem der gesamte zurückbehaltene Betrag sofort zur Nachzahlung fällig, so dass bis zur Kündigung der Klägerin vom 1. Juli 2017 ein die fristlose Kündigung rechtfertigender Rückstand gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB aufgelaufen wäre.<sup>16</sup>*

Die Leitsätze lauten:

ZPO § 322 Abs. 1

*Wird der Mieter nach einer Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 a oder b BGB) rechtskräftig zur Zahlung eines auch für die Kündigung relevanten Mietrückstands verurteilt, sind damit die Voraussetzungen eines Zahlungsverzugs im Zeitpunkt der Kündigung nicht bindend festgestellt.*

BGB § 320 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

*Trägt der Vermieter in einem auf Zahlung rückständiger Miete gerichteten Prozess vor, der vom Mieter angezeigte - zwischen den Parteien streitige - Mangel sei von ihm während des Verfahrens beseitigt worden, ist diese Behauptung jedenfalls für sich genommen nicht geeignet, den Zweck des vom Mieter – hinsichtlich Höhe und Dauer – in angemessener Weise ausgeübten Leistungsverweigerungsrechts (§ 320 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB) als verfehlt anzusehen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 17. Juni 2015 - VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1 Rn. 48 ff.).*

*Vielmehr ist in einem solchen Fall über die (streitige) Frage eines ungeachtet der ergriffenen Beseitigungsmaßnahmen fortbestehenden Mangels Beweis zu erheben, weil das Zurückbehaltungsrecht mit der Mangelbehebung entfällt und einbehaltene Mieten sofort zur Zahlung fällig sind.*

Anmerkungen:

Das Urteil bestätigt zunächst einmal die grundsätzlichen Aussagen der Entscheidung vom 17. Juni 2015 – einschließlich der zumindest missverständlichen Aussage über die Wieder-

---

<sup>15</sup> Rn. 34

<sup>16</sup> Rn. 35

*herstellung „des durch den Mangel bestehenden Ungleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Minderung“.*

Für die Praxis wichtig ist vor allem die Klarstellung, dass *die Behauptung des Vermieters, er habe den gerügten Mangel beseitigt, nicht den Schluss zulässt, das Zurückbehaltungsrecht habe seinen Zweck verfehlt*, der einbehaltene Betrag sei deshalb nunmehr an den Vermieter auszuzahlen. Insofern unterscheidet sich diese Fallgestaltung von der Variante, dass der Vermieter die Beseitigung eines Mangels definitiv ablehnt und damit zu erkennen gibt, dass er sich durch die Zurückbehaltung eines Teils der Miete nicht beeindrucken lässt – womit nach der Rechtsprechung des Senats die Zweckverfehlung erkennbar wird.

Es soll an dieser Stelle nicht verhehlt werden, dass es nicht sehr überzeugt, wenn der Senat eine Zweckverfehlung auch bereits dann bejaht, wenn der Vermieter die Beseitigung eines Mangels unmissverständlich und endgültig ablehnt. Damit führt der Vermieter durch eine sachlich nicht zu rechtfertigende Verweigerungshaltung das Zurückbehaltungsrecht im Ergebnis „ad absurdum“. Immerhin schränkt der Senat diese Aussage aber nun für den Fall des „*bloßen Bestreitens eines Mangels*“, wie er hier vorlegt, deutlich ein.

#### Auswirkungen für die Praxis:

##### *(1) Betragsmäßige Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts – keine schematische Lösung*

Unproblematisch ist im Grunde die Frage der betragsmäßigen Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts; sie beantwortet sich einerseits aus der Bestimmung des § 320 Abs. 2 BGB, wonach dann, wenn eine Seite teilweise geleistet hat, die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Eine derartige teilweise Leistung des Vermieters liegt aber immer dann vor, wenn die Wohnung trotz des Mangels, wenn auch mit Einschränkungen, noch bewohnbar ist.

Generell muss das Zurückbehaltungsrecht sich an der Bedeutung des Mangels orientieren. Allgemein gültige Grundsätze lassen sich insoweit nicht aufstellen; vielmehr sind die gesamten Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Bedeutung des Mangels, die Frage, ob er mit geringem Aufwand oder nur unter größeren Schwierigkeiten zu beseitigen ist, gegebenenfalls auch das Verhalten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel zu berücksichtigen.<sup>17</sup>

*Konkrete Anhaltspunkte für die betragsmäßige Begrenzung des Einbehalts* liefern sowohl das Urteil vom 17. Juni 2015 als auch die aktuelle Entscheidung. Im ersten Fall hatten die Mieter während eines Zeitraums von *mehr als dreieinhalb Jahren* wegen eines Schimmelbe-

---

<sup>17</sup> Urteil vom 17. Juni 2015 aaO, Rn. 66

falls in mehreren Zimmern die Miete gemindert und im Übrigen *zeitweise vollständig bzw. zu einem erheblichen Teil zurückbehalten*.<sup>18</sup> Der BGH hat damals offengelassen, ob der Mieter das Zurückbehaltungsrecht in der Weise ausüben durfte, dass er in einigen Monaten 80 % der (ungeminderten) Monatsmiete einbehielt und so für die betreffenden Monate überhaupt keine Miete zahlte. *Jedenfalls war ein Einbehalt, der etwa drei oder vier Monatsmieten deutlich überstieg, unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt*.<sup>19</sup>

Im jetzt entschiedenen Fall hat der Senat, wie erwähnt, den einbehaltenen Gesamtbetrag von 2.301 €, was der ungeminderten *Bruttomiete für drei Monate* entsprach, angesichts der Erheblichkeit des Mangels *noch als angemessen* angesehen. Damit dürfte allerdings auch betragsmäßig eine Obergrenze für den Schimmelbefall in zwei Zimmern (Küche und Schlafzimmer) angedeutet sein.

### (2) Konkrete Konsequenzen für den Mieter

Für den Mieter kommt es deshalb vor allem darauf an, bei der Höhe des neben der Minderung zurückbehaltenen Teils der Miete Vorsicht walten zu lassen und kein Risiko einzugehen – konkret: die Überschreitung eines angemessenen Einbehalts birgt zwangsläufig die Gefahr einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs in sich. Das Urteil vom 10. April 2019 bietet einen *schon recht konkreten Anhaltspunkt* für vergleichbare Sachverhalte – naturgemäß mit Zu- oder Abschlägen je nach der Ausdehnung des Schimmelbefalls und der Art der betroffenen Räume.

### (3) Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts macht den Mieter nicht rechtlos

In dem Urteil vom 17. Juni 2015<sup>20</sup> hat der BGH bereits darauf hingewiesen, dass die Beschränkungen des Zurückbehaltungsrechts *den Mieter nicht rechtlos stellen*: Neben der Minderung kann er auf Mangelbeseitigung klagen, Schadensersatz geltend machen oder ggf. den Mangel auf Kosten des Vermieters selbst beseitigen einschließlich des Anspruchs auf Zahlung eines Kostenvorschusses (§ 536a BGB). Im äußersten Fall kann er fristlos kündigen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB) und zusätzlich seinen Kündigungsfolgeschaden (Umzugskosten, höherer Mietaufwand u. Ä.) geltend machen. – Auf diese Ausführungen nimmt er in der aktuellen Entscheidung ausdrücklich Bezug.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Urteil vom 17. Juni 2015 aaO, Rn. 2

<sup>19</sup> aaO Rn. 68

<sup>20</sup> aaO, Rn. 66

<sup>21</sup> Rn. 31