

# AGB in der Wohnraummiete

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Markus Artz, und Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Richter am Amtsgericht, Unter Mitarbeit von  
Cathrin Börstinghaus

- Verzicht auf die Begründungs- und Erläuterungspflicht bezüglich der Mieterhöhung;
- Vereinbarung, dass die Mieterhöhung bereits bei Beginn der Baumaßnahme zu zahlen ist.

## j) Wohnwertmerkmal

166

### 1. Aufsätze

*Börstinghaus* Sind Vereinbarungen über einzelne Wohnwertmerkmale des § 558 Abs. 2 BGB zulässig?; NZM 2013, 1

### 2. Erläuterungen

Vertragliche Vereinbarungen über **Wohnwertmerkmale** sind zumindest zu Lasten des Mieters unzulässig.<sup>311</sup> Bereits der Wortlaut des § 558 Abs. 2 BGB spricht dagegen. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter in Abs. 1 einen durchsetzbaren Anspruch auf Zustimmung zu einer Miete, die die ortsübliche Vergleichsmiete nicht überschreitet, eingeräumt. Diese wird in Abs. 2 gesetzlich definiert. Abs. 6 verbietet anschließend zusätzlich alle Vereinbarungen zu Lasten des Mieters. Allein daraus ergibt sich schon deutlich, dass lediglich die objektiven Gegebenheiten maßgeblich sein sollen.<sup>312</sup> Auch die Systematik des Miethöherechts und die historische Auslegung sprechen gegen die Zulässigkeit von Vereinbarungen über Wohnwertmerkmale.<sup>313</sup> Der Anspruch auf die ortsübliche Vergleichsmiete ist als Ausgleich für das Verbot der Änderungskündigung geschaffen worden. Der Vermieter sollte trotz des Verbots eine am tatsächlichen Marktgeschehen orientierte Gegenleistung bekommen, die aber der Höhe nach nicht die Marktmiete erreichte. Nur bei der Staffelmiete wurde den Vertragsparteien eine gewisse Vertragsfreiheit eingeräumt. Aber auch dort sind z.B. schwer durchschaubare prozentuale Steigerungen der Miete unzulässig. Die Möglichkeit, von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichende Beschaffenheitsvereinbarungen zu treffen, würde für den Mieter unabhängig, ob dies individual- oder formularvertraglich geschieht, völlig intransparent sein, da für beide Mietvertragsparteien nicht erkennbar ist, wie sich die Miete in den verschiedenen Wohnungsteilmärkten entwickeln wird. Der Einfluss der einzelnen Wohnwertmerkmale auf die ortsübliche Vergleichsmiete kann

<sup>311</sup> BGH NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239; *Börstinghaus* NZM 2013, 1; *Börstinghaus* in *Börstinghaus/Clar* NZM 2014, 889; *Emmerich* in *Staudinger* § 558 BGB Rn. 29a; *a. A. Dickersbach* in *Lützenkirchen Mietrecht*, § 558 BGB Rn. 127 ff.; *ders.* in: *Erman* § 558 BGB Rdn. 26a, der aber allenfalls Individualvereinbarungen für zulässig hält.

<sup>312</sup> So ausdrücklich BGH NJW 2013, 775 = *MietPrax-AK*, § 558d BGB Nr. 1 m. Anm. *Börstinghaus*.

<sup>313</sup> BGH NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 m. Anm. *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; *ders.* LMK 2016, 375498; *Beyer* jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1.

sich über die Jahre durchaus verändern.<sup>314</sup> Die ortsübliche Vergleichsmiete ist ausschließlich nach den objektiven Gegebenheiten zum Zeitpunkt der jeweiligen Mieterhöhung zu ermitteln.<sup>315</sup>

- 168** Unwirksam gem. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB ist eine **Formularklausel** in einem Wohnraummietvertrag nach der ein Aufschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete für den Fall vereinbart wird, dass die vereinbarte Übernahme der **Schönheitsreparaturen** durch den Mieter unwirksam ist.<sup>316</sup> Eine solche Klausel weicht von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 558 BGB ab. Hiernach sind Mieterhöhungen an bestimmte Voraussetzungen gebunden und nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete zulässig. Die Berücksichtigung eines Aufschlags auf die ortsübliche Vergleichsmiete für den Fall, dass die vereinbarte Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter unwirksam ist, ist mit dieser Regelung nicht vereinbar, denn gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen; danach bilden die Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung und nicht die Kosten für die Vornahme von Schönheitsreparaturen.
- 169** Demgegenüber ist ein formularmäßig vereinbarter „Zuschlag für Schönheitsreparaturen“ in einem Mietvertrag, nach dem der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen hat, wirksam, weil damit nur die Kalkulationsgrundlage der Miete offengelegt wird.<sup>317</sup>

## 170 k) Aufrechnungsverbote

### 1. Kommentare/Handbücher

- Christensen* Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht – Kommentar, Teil 2: Besondere Vertragstypen, (22) Mietverträge, Rn 26
- Drettmann* Wohnraummiete Broschur aus Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Überarbeitung März 2015, Rn 132
- Hau* Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht – Kommentar, 5. Teil: ABC der Klauseln und Vertragstypen, Rn M 79

### 2. Aufsätze

- Blank* Wohnraummiete: Rechtzeitigkeit der Mietzahlung im Überweisungsverkehr; jurisPR-MietR 4/2017 Anm. 1

<sup>314</sup> Z.B. dargestellt an den Werten der verschiedenen Mietspiegel für Regensburg bei *Börstinghaus* Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, Rn. 658.

<sup>315</sup> BGH NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239.

<sup>316</sup> LG Berlin MM 12/2015, 29.

<sup>317</sup> BGH NZM 2017, 594 = MietPrax-AK § 307 BGB Nr. 7 m. Anm. *Eisenschmid*; *Börstinghaus* NZM 2017, 594; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 18/2017 Anm. 3; *Burbulla* MietRB 2017, 279; *Bueb* jurisPR-MietR 20/2017 Anm. 4.

Derleder	Die Inhaltskontrolle von Mietzahlungs- und Aufrechnungsklauseln; WuM 2007, 599
Gsell	Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht; WuM 2014, 375
Graf von Westphalen	Leuchttürme in der BGH-Rechtsprechung zu den Miet-AGB; NZM 2018, 97, 101
Horst	Aufrechnungsverbote und Minderungsbeschränkungen in der Wohn- und Gewerberaummiere; DWW 2016, 362

### 3. Entscheidungen

Ergebnis	Klauselwortlaut (Klauselinhalt)	Prüfungsmaßstab	Gericht, Datum, Aktenzeichen	Fundstelle/Anmerkung
	„Der Mieter kann gegenüber Mietforderungen mit Gegenforderungen nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hat.“		BGH 14. September 2011, VIII ZR 301/10	WuM 2011, 674 = NJW-RR 2012, 13 = NZM 2012, 22 = GE 2012, 57 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr 22 = Mietrecht kompakt 2012, 23 = Info M 2012, 5 = MM 2012, Nr 3, 27  Schach jurisPR- MietR 3/2012 Anm. 3; Beyer, Info M 2012, 5
	Die Miete kann nur mit Gegenforderungen aufgerechnet werden, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete angezeigt wird		BGH 7. September 2011, VIII ZR 345/10	WuM 2011, 676 = MietPrax-AK § 556b BGB Nr 6
	Vorfälligkeitsklausel in Verbindung mit einer Aufrechnungsklausel, wonach der Mieter die Aufrechnung einen Monat im Voraus anzeigen muss		BGH 4. Mai 2011, VIII ZR 191/10	WuM 2011, 418 = NJW 2011, 2201 = MDR 2011, 840 = GE 2011, 947 = ZMR 2011, 708 = NZM 2011, 579 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr 20 = Mietrecht kompakt 2011, 146
	Eine derartige, den Mieter unangemessen benachteiligende und deshalb zur Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel führende Kombination von Aufrechnungsklausel und Vorauszahlungsklausel hat das Berufungsgericht hier aber zutreffend verneint. Denn die hier verwendete Aufrechnungsklausel verlangt lediglich, dass der Mieter die Absicht der Aufrechnung einen Monat vor der Fälligkeit der Miete anzeigt. Damit wird der Mieter aber nicht wegen einer Minderung auf den Klageweg verwiesen. Zwar kann er bei einem im laufenden Monat nach Zahlung der Miete erstmals auftretenden Mangel die Minderung für diesen Monat erst bei der Mietzahlung für den übernächsten Monat berücksichtigen, weil er die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch wegen der im Hinblick auf die Minderung überzahlten Miete zunächst mit der vereinbarten Monatsfrist ankündigen muss. Eine bloße Verschiebung des Minderungsrechts um ein oder zwei Monate			

Ergebnis	Klauselwortlaut (Klauselinhalt)	Prüfungsmaßstab	Gericht, Datum, Aktenzeichen	Fundstelle/Anmerkung
	stellt aber, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (...) richtig gesehen hat, keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.			
	<p>„Die Miete und die Nebenkosten/Betriebskosten sind monatlich im Voraus, spätestens am dritten Werktag des Monats an den Vermieter (...) kosten- und gebührenfrei zu entrichten. (...)</p> <p>1. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts am Mietzins oder die Aufrechnung gegenüber dem Mietzins mit einer unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung des Mieters ist zulässig. Die Ausübung dieser Rechte beschränkt sich der Höhe nach auf monatliche Teilbeträge, die 25 % des monatlichen Mietzinses nicht überschreiten dürfen.</p> <p>2. In allen anderen Fällen ist die Ausübung dieser Rechte unzulässig, es sei denn, dass es sich ausschließlich um ein Mietverhältnis über Wohnraum handelt oder diesem gleichgestellt ist und es sich bei der Gegenforderung des Mieters um eine solche nach § 538 BGB handelt (Ersatzforderung wegen Mängel der Mietsache). 3. In jedem Fall hat der Mieter seine Absicht, diese Rechte auszuüben, dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses schriftlich anzuzeigen.“</p>	§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	BGH 4. Februar 2009, VIII ZR 66/08	<p>WuM 2009, 228 = NZM 2009, 315 = NJW 2009, 1491 = GE 2009, 577 = MietPrax-AK § 556b BGB Nr 3</p> <p>Schach, GE 2009, 547</p>
	Die in dem verwendeten Formularmietvertrag vorgesehene Vorauszahlungspflicht war, wie auch die Revision nicht in Frage stellt, auf Grund ihrer Kombination mit den in § 6 des Mietvertrages enthaltenen Einschränkungen eines Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechts bei Mietminderungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Art. 229 § 5 Satz 2 BGB) unwirksam. Nach der Rechtsprechung des Senats (...) war nach § 537 Abs. 3 BGB aF bei einem Mietverhältnis über Wohnraum jede zum Nachteil des Mieters von seinen Rechten aus § 537 Abs. 1 und 2 BGB aF abweichende Vereinbarung verboten, wozu nicht nur der völlige Ausschluss, sondern auch Beschränkungen eines Mietminderungsrechts gezählt haben. Da nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts in § 537 Abs. 1 BGB aF die Minderung im Regelfall durch schlichten Abzug von der Miete durchgesetzt werden kann, stellt eine vertragliche Bestimmung, nach der der Mieter die Minderung aktiv im Klagewege durchsetzen müsste, eine unzulässige Beschränkung des Minderungsrechts im Wohnraummietverhältnis dar. Dies wäre nach der hier zu beurteilenden Klausel der Fall, weil darin die Durchsetzung eines Minderungsrechts nicht nur in einem allenfalls geringfügigen zeitlichen Umfang verschoben wird (...). Die Ausübung eines Minderungsrechts durch Aufrechnung wird vielmehr für nachträgliche Mängel, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, so dass er für eine dadurch verminderte Gebrauchsfähigkeit der Mietsache auch nicht nach § 538 Abs. 1 BGB aF eintreten muss, ganz ausgeschlossen. Zudem begrenzt die Klausel den Mieter ungeachtet des einem Mangel zukommenden Gewichts bei Ausübung seines Minderungsrechts auch sonst der Höhe nach dauerhaft auf einen Betrag von höchstens 25 % der monatlichen Miete.			
	„Der Mietzins einschließlich der Abschlagszahlungen für die Nebenkosten ist monatlich im Voraus und zwar spätestens am 3. Werktag des Monats kostenfrei an den Vermieter		BGH 14. November 2007, VIII ZR 337/06	<p>WuM 2008, 152 = GE 2008, 113</p> <p>Mummenhoff jurisPR-MietR 12/2008 Anm. 5;</p>

Ergebnis	Klauselwortlaut (Klauselinhalt)	Prüfungsmaßstab	Gericht, Datum, Aktenzeichen	Fundstelle/Anmerkung
	oder die von ihm zur Entgegennahme ermächtigte Person oder Stelle zu zahlen. (...) Der Mieter kann nur mit Forderungen aus dem Mietverhältnis aufrechnen, wenn sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind. Dies gilt nicht für Mietzinsminderungen, die wegen der Vorfälligkeit des Mietzinses im laufenden Monat entstanden sind. Diese Rückforderungsbeträge eines eventuell zuviel bezahlten Mietzinses für den laufenden Monat können vom Mieter in den Folgemonaten zur Aufrechnung gebracht werden.“			Blank, Info M 2008, 105
	Denn anders als nach der dort zu beurteilenden Regelung wird der Mieter im vorliegenden Streitfall nicht darauf verwiesen, sein Minderungsrecht im Klagewege durchzusetzen. Die Aufrechnung hängt allein von der praktischen Möglichkeit im Einzelfall ab, die Mietminderung bei der nächsten Zahlung der Miete zu berücksichtigen. Dabei mag bei Vorliegen eines Dauerauftrags ein Zeitraum von über einem Monat verstreichen, wenn der Mangel erst gegen Ende des Monats entsteht und somit eine Kürzung der Miete im darauf folgenden Monat nicht mehr möglich ist. Eine Verschiebung der Verwirklichung des Minderungsanspruchs von ein oder zwei Monaten stellt jedoch keine unangemessene Benachteiligung dar (...). Erst wenn die Kombination von Vorauszahlungs- und Aufrechnungsverbotsklausel dazu führt, dass der Mieter gezwungen ist, seinen Minderungsanspruch im Klagewege durchzusetzen, liegt eine unzulässige Beschränkung des Minderungsrechts vor (...). Das ist hier nicht der Fall.			
	„Bei verspäteter Zahlung (Verzug) ist der Vermieter berechtigt, etwaige Mehrkosten sowie Verzugszinsen in der gesetzlichen Höhe, mindestens aber 8 v. H. jährlich zu erheben.“	§ 309 Ziff. 5 BGB: Pauschalierter Schadensersatz	OLG Brandenburg, 4. Juli 2012, 7 U 204/11	GE 2012, 1375 = MietRB 2012, 346 = Info M 2012, 476 = MM 2013, Nr 1/2, 36  Bittner, IMR 2012, 411; Rajten, Info M 2012, 476
	Die vom Kläger beanstandete Klausel (...) verstößt gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 5a BGB. Gemäß diesem Klauselverbot ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, die die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz zum Gegenstand hat, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Das ist bei der beanstandeten Klausel der Fall.			
	<i>Vorfälligkeitsklausel in Verbindung mit einem Aufrechnungsverbot</i>	§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	LG Wuppertal, 20. Juni 2011, 9 S 149/08	NZM 2011, 855
	„Der Mietzins einschließlich der Abschlagszahlungen für die Nebenkosten ist monatlich im voraus und zwar spätestens am 3. Werktag des Monats kostenfrei an den Vermieter oder die von ihm zur Entgegennahme ermächtigte Person oder Stelle zu zahlen. (...) Der Mieter kann nur mit Forderungen aus dem Mietverhältnis aufrechnen, wenn sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt	§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	LG Berlin 1. Dezember 2006, 63 S 177/06	WuM 2007, 13

Ergebnis	Klauselwortlaut (Klauselinhalt)	Prüfungsmaßstab	Gericht, Datum, Aktenzeichen	Fundstelle/Anmerkung
	oder entscheidungsreif sind. Dies gilt nicht für Mietzinsminderungen, die wegen der Vorfälligkeit des Mietzins im laufenden Monat entstanden sind. Diese Rückforderungsbeträge eines eventuell zuviel bezahlten Mietzins für den laufenden Monat können vom Mieter in den Folgemonaten zur Aufrechnung gebracht werden.“			
	Eine unangemessene Benachteiligung (§ 9 AGBG) liege in der Kombination von Vorauszahlungs- und Aufrechnungsverbotklausel, wenn dem Mieter die Minderung zumindest für den 1. 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 ermöglicht wird. Beschränkungen des Minderungsrechts auch in der Durchsetzung durch Abzug von der Miete zwingen den Mieter auf den Klageweg und seien eine unzulässige Einschränkung. Dieser Rechtsprechung wird auch nicht dadurch Rechnung getragen, dass § 10 Abs. 2 des Mietvertrages eine Ausnahme für Mietzinsminderungen macht, die wegen der Vorfälligkeit des Mietzins im laufenden Monat entstanden sind. Bei Entstehung eines Minderungsgrundes zum Ende eines Monats ist der Mieter wegen der Rechtzeitigkeitsklausel und des standardisierten Zahlungswegs nicht in der Lage, die volle Mietzinszahlung bis zum dritten Werktag des nächsten Monats zu verhindern. Ein Dauerauftrag etwa muss so erteilt sein, dass die Überweisung rechtzeitig auf dem Konto des Vermieters eingeht, also bereits vor dem dritten Werktag des Folgemonats erfolgt, und er kann nicht kurzfristig zum Ende eines Monats noch geändert werden. Die Aufrechnung mit der Rückforderung der Miete für diesen Folgemonat erlaubt die Regelung des Mietvertrages jedoch nicht, da nur mit Rückforderungsbeträgen wegen des ersten Monats seit Entstehung des Mangels aufgerechnet werden kann. Die nach der vorliegenden Klauselkombination faktische Einschränkung des Minderungsrechts führt zur Unwirksamkeit, da sich die Kammer dem vorstehend zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs anschließt, wonach jegliche Einschränkung unangemessen ist und die Vorfälligkeitsklausel unwirksam macht.			
	<i>Vorfälligkeitsklausel in Verbindung mit einer Aufrechnungsklausel, wonach der Mieter die Aufrechnung einen Monat im Voraus anzeigen muss</i>	§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	AG Hamburg-Blankenese, 1. April 2010, 509 C 336/09	ZMR 2010, 696
	Eine nachhaltig verspätete Mietzahlung käme nur in Betracht, wenn die Beklagte verpflichtet sein sollte, die Miete im Voraus, also jeweils zum 3. Werktag des Monats zu zahlen. Bereits daran bestehen erhebliche Zweifel. Zwar sieht der von der Klägerin verwendete Formularmietvertrag von 1988 eine entsprechende Vorauszahlungsklausel vor. Gleichzeitig bestimmt der Formularvertrag aber, dass der Mieter mit Gegenforderungen nur aufrechnen darf, wenn er seine Aufrechnungsabsicht mindestens einen Monat vorher ankündigt. Da diese Klauselkombination dazu führt, dass der Mieter beim Auftreten von Mängeln, die eine Mietminderung rechtfertigen, nicht berechtigt ist, mit seinem aus §§ 812 ff. BGB folgenden Anspruch auf Rückgewähr überzahlter Miete gegenüber der im Folgemonat entstehenden Mietforderung aufzurechnen, wird vielfach mit guten Gründen vertreten, dass diese Klauselkombination den Mieter entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, was gem. § 307 BGB zur Unwirksamkeit beider Klauseln führt (...).			

#### 4. Erläuterungen

- 171** Nach § 556b Abs. 2 BGB kann der Mieter auch **entgegen einer vertraglichen Bestimmung** gegen eine Mietforderung mit einer Forderung auf Grund der §§ 536a, 539 oder aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen zu viel gezahlter Miete aufrechnen, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit der Miete in Textform ange-

zeigt hat. Die Vorschrift ist halbzwingend. Zum Nachteil des Mieters kann davon nicht abgewichen werden. Das gilt sowohl für individual- und erst recht für formularvertragliche Vereinbarungen.

Für Formularverträge sind darüber hinaus noch die **strengeren Regeln** 172 der §§ 309 Nr. 3, 307 BGB zu beachten.<sup>318</sup> Selbst wenn die Klausel einer Klauselkontrolle am Maßstab des § 309 Nr. 3 BGB standhält, da sie dieser Vorschrift inhaltlich entspricht, so kann die Klausel gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Die Anwendbarkeit der Generalklausel wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Klausel in den Anwendungsbereich der §§ 308, 309 BGB fällt, nach diesen Vorschriften aber nicht zu beanstanden ist.<sup>319</sup>

Nach § 309 Nr. 3 BGB ist eine Bestimmung unwirksam, durch die dem Vertragspartner des Verwenders **die Befugnis genommen wird**, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Ob darüber hinaus bei der Klauselkontrolle von Verbraucherverträgen dem Anhang der Richtlinie 93/13/EWG noch eine weitergehende Bedeutung zukommt, ist fraglich.<sup>320</sup> Der Anhang enthält eine §§ 308, 309 ähnelnde, „als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln [...], die für missbräuchlich erklärt werden können“.<sup>321</sup> Für Aufrechnungsklauseln führt der Anhang zu Richtlinie 93/13/EWG in Nr. 1b) auch solche auf, durch die eine Aufrechnungsmöglichkeit „ungebührlich eingeschränkt“ wird. Dies kann ggf. im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB zu berücksichtigen sein.<sup>322</sup>

Das bedeutet zunächst, dass ein **formularvertragliches Aufrechnungsverbot** 174 nur wirksam ist, wenn es ausdrücklich unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen ausnimmt.<sup>323</sup> Eine geltungserhaltende Reduktion ist ausgeschlossen, so dass die Klausel, wenn sie die beiden Ausnahmen nicht enthält, insgesamt unwirksam ist. Das gilt auch, wenn die Klausel die Aufrechnung nur mit anerkannten Ansprüchen zulässt.<sup>324</sup> Soweit der BGH in älteren Entscheidungen<sup>325</sup> großzügiger war, was die Formulierung der Ausnahmen anging, ist fraglich, ob dies noch dem heutigen Verständnis des BGH von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspricht. Zu Beginn der Rechtsprechung des BGH zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprach es noch dessen Rechtsprechungspraxis, den Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter

<sup>318</sup> Niebling MDR 2012, 886; MDR 2016, 685, 691.

<sup>319</sup> BGH NJW 2018, 2042; BGHZ 104, 232, 239; BGH WM 1997, 588, 590; Palandt/Grüneberg, BGB, § 307 Rn. 1.

<sup>320</sup> Dazu Gsell WuM 2014, 375, 381.

<sup>321</sup> Art. 3 Abs. 3 RL 93/13/EWG, vgl. auch Erwägungsgrund 17 der Richtlinie, wonach die Liste „für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben“ kann; zitiert nach Gsell WuM 2014, 375, 381.

<sup>322</sup> Gsell WuM 2014, 375, 381.

<sup>323</sup> Drettmann in Graf v. Westphalen, Wohnraummiete, Rn. 132; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB, (22) Mietverträge Rn. 26.

<sup>324</sup> Drettmann in Graf v. Westphalen, Wohnraummiete, Rn. 132.

<sup>325</sup> BGH NJW 1981; NJW 1989, 3215, 3216; NJW-RR 1993, 519, 520.

Rückgriff auf § 242 BGB in einer Weise einzuschränken, die heute als unzulässige geltungserhaltende Reduktion einer Klausel auf den gerade noch zulässigen Inhalt eingestuft wird.<sup>326</sup> Zwar geht die Auslegung der Klausel der Inhaltskontrolle vor, jedoch ist der Inhaltskontrolle bei mehreren möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen, die für den Kunden am ungünstigsten ist. Deshalb sind Klauseln, die die Aufrechnung mit „nicht anerkannten Gegenforderungen“<sup>327</sup> oder nur eine der beiden in § 309 Ziff. 3 BGB genannten Ausnahmen erfasst, unwirksam.<sup>328</sup>

- 175** Eine weitere erforderliche Ausnahme, die die Klausel enthalten muss, ergibt sich aus **§ 569 Abs. 5 BGB**.<sup>329</sup> Danach sind Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters u. a. von § 543 BGB abweichen unwirksam. Gem. § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB wird eine Zahlungsverzugskündigung unwirksam, wenn der Mieter sich von der Mietzahlungsverpflichtung durch Aufrechnung vollständig<sup>330</sup> befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Die Kündigung wird aber auch unwirksam, wenn der Mieter mit einer bestrittenen Forderung aufrechnet, die sich als berechtigt herausstellt.
- 176** Ebenso unwirksam sind Klauseln, die die **Aufrechnung der Höhe nach beschränken**, z. B. 25 %<sup>331</sup> oder 50 %<sup>332</sup> der Monatsmiete. Auch das Verbot der Aufrechnung gegenüber Betriebskostenvorauszahlungen oder -pauschalen ist unwirksam.<sup>333</sup> Wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Zulässigkeit der Aufrechnung der Miete mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen auf solche aus dem Mietverhältnis beschränkt, verstößt dies in der Wohnraummiete zunächst gegen § 309 Nr. 3 BGB. Eine solche Beschränkung benachteiligt den Mieter außerdem unangemessen und ist gemäß § 307 BGB unwirksam.<sup>334</sup>
- 177** Bei Altverträgen, also solchen, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen wurden, kann eine unwirksame Aufrechnungsklausel zu einer Unwirksamkeit der → **Vorauszahlungsklausel** führen. Bei später abgeschlossenen Verträgen spielt das wegen der seither gem. § 556b Abs. 1 BGB geltenden Fälligkeit der Miete keine Rolle mehr.<sup>335</sup>

<sup>326</sup> *Börstinghaus* NZM 2018, 297.

<sup>327</sup> BGH NJW 1981, 2257.

<sup>328</sup> *Derleder* WuM 2007, 599; großzügiger wohl *Drettmann* in Graf v. Westphalen, Wohnraummiete, Rn. 132; offengelassen von *Blank* in *Blank/Börstinghaus* Miete, § 556b Rn. 46.

<sup>329</sup> *Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB, (22) Mietverträge Rn. 26.

<sup>330</sup> BGH NZM 2016, 765 = NJW 2016, 3437 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 41 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 18/2016 Anm. 4; *Kappus* NZM 2016, 766; *Schach* GE 2016, 1242; *Abramenko* MietRB 2016, 312; *Schach* jurisPR-MietR 24/2016 Anm. 3.

<sup>331</sup> BGH NJW 2009, 1491.

<sup>332</sup> *Drettmann* in Graf v. Westphalen, Wohnraummiete, Rn. 133.

<sup>333</sup> *Drettmann* in Graf v. Westphalen, Wohnraummiete, Rn. 133.

<sup>334</sup> Für Gewerberaumiete: BGH NZM 2016, 585 = MietPrax-AK § 307 BGB Nr. 6 m. Anm. *Eisenschmid*; *Kunze* MietRB 2016, 159; *Bieber* GE 2016, 697; *Borutzki-Pasing* jurisPR-MietR 12/2016 Anm. 3; *Strey* NZM 2016, 586; *Burbulla* ZMR 2016, 610.

<sup>335</sup> *Derleder* WuM 2007, 599.