

## Quotenabgeltungsklauseln

Dr. Markus Artz, Universität Trier

Vortrag auf dem 9. Deutschen Mietgerichtstag am 10. März 2007

### I. Schönheitsreparaturen in Studium und Praxis

In einer Urteilsanmerkung<sup>1</sup> zu der Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH vom 18. Oktober 2006<sup>2</sup>, durch die das Gericht die Unwirksamkeit starrer Quotenabgeltungsklauseln festgestellt hat, beschreibt *Andreas Kappus* eine typische anwaltliche Beratungssituation in einem Fall, der die Wirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel zum Gegenstand hat:

„Namentlich Privatvermietern ist es anwaltlich nur mühsam beizubringen, sie seien mit ihrer Einschätzung, ‚selbstverständlich sei immer der Mieter dekorationszuständig‘, auf dem Holzweg; vielfach hilft erst die Vorlage des Gesetzes nebst Lektüre desselben und ein kurzer historischer Abriss, der die Rechtsprechungsentwicklung skizziert. Zurück bleibt in nicht wenigen Fällen ein Stirn runzelnder Vermieter, der sich insgeheim die Frage nach dem Anwaltswechsel stellt.“

Dieser Eindruck lässt sich aus einem ganz anderen Praxistest bestätigen: Der Auseinandersetzung mit dem Themenkreis Schönheitsreparaturen in der universitären Ausbildung<sup>3</sup>. Ein Ansatzpunkt, das Mietrecht, insbesondere das Wohnraummietrecht, aus seinem Schattendasein im Jurastudium zu holen und ihm größere, ja angemessene Bedeutung zukommen zu lassen, ist die Behandlung mietrechtlicher Sachverhalte in Klausuren. Dabei lädt die Flut der in den letzten fünf Jahren gerade zum Wohnraummietrecht ergangenen Entscheidungen des BGH dazu ein, aus diesem Fundus zur Gestaltung eines Klausurfalls zu schöpfen. Wie ist es

---

<sup>1</sup> ZMR 2007, 31.

<sup>2</sup> NJW 2006, 3778, Vorinstanz LG Mannheim.

<sup>3</sup> Hingewiesen sei auf die vom Deutschen Mietgerichtstag großzügig unterstützte Initiative, dem Mietrecht größere Bedeutung im Rahmen der universitären Ausbildung zukommen zu lassen: *Forum Mietrecht im Jurastudium – und im wirklichen Leben?* - Auftaktveranstaltung am 3. – 5. November 2006 an der Universität Passau unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. *Wolfgang Hau*, PD Dr. *Birgit Weitemeyer* und Dr. *Markus Artz*. Referenten: *Hubert Blank*, Prof. Dr. *Peter Derleder*, *Norbert Eisenschmid*, Richter am BGH *Hans-Jörg Kraemer*, Prof. Dr. *Ulrich Manthe*, Richterin am BVerfG Prof. Dr. *Lerke Osterloh* und Dr. *Kai Warnecke*.

nun mit den mietrechtlichen Kenntnissen bei den Studierenden an der Universität bestellt? Gerade bei fortgeschrittenen Semestern stellt man erfreut und beruhigt fest, dass sie etwa von der Problematik angreifbarer Schönheitsreparaturklauseln schon einmal etwas gehört haben und im Grunde in groben Zügen auch wissen, was unter einer starren und daher problematischen Fristenregelung zu verstehen ist. Schwieriger wird es aber, und da schließt sich der Kreis zu der zitierten Urteilsanmerkung von *Kappus*, wenn man von der Tatbestands- auf die Rechtsfolgenseite wechselt. Konfrontiert man den gefüllten Hörsaal mit der These, in Folge der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel sei man als Mieter berechtigt, die Studentenwohnung am Ende der Mietzeit schlicht besenrein zu hinterlassen, so stößt man auf ungläubiges Staunen. In der Tat hilft hier vor allem der Verweis auf den Gesetzestext, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Geht man noch einen Schritt weiter und rät den Studierenden für den Fall, dass sich Bad, Küche oder andere Räume renovierungsbedürftig zeigen, angesichts des fälligen Anspruchs den Vermieter mit der Bitte anzurufen, seiner Dekorationspflicht nachzukommen, wird sich der ein oder andere Zuhörer die Frage stellen, ob er hier für seine Examensvorbereitung gut aufgehoben ist.

Diese einleitenden Ausführungen zeigen schon, dass der Schwerpunkt dieses Vortrags bei den Rechtsfolgen unwirksamer Quotenabgeltungsklauseln liegt. Ausgangspunkt der Überlegungen muss dabei stets sein, dass der Vermieter, auch der privat handelnde Kleinvermieter, grundsätzlich das Verwenderrisiko trägt, das sich verwirklicht, wenn eine Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhält. Ebenso grundsätzlich ist zu berücksichtigen, dass in Folge der Unwirksamkeit nach Maßgabe von § 306 Abs. 2 BGB vorrangig an das Wiederaufleben dispositiver gesetzlicher Regelungen zu denken ist. Füllt eine solche Regelung die Lücke, die durch die Unwirksamkeit einer Klausel gerissen wurde, wird dadurch alternativen Rechtsfolgen der Weg versperrt.

Zum Gang der Darstellung: Bevor sich die Ausführungen den Problemen der Rechtsfolgenseite zuwenden, soll im Folgenden zunächst die Tatbestandsebene geklärt werden. Es gilt zu erläutern, warum Abgeltungsklauseln, die sich an starren Fristen orientieren, unwirksam sind (II.). Daraufhin ist zu klären, wie weit die Unwirksamkeit einer solchen starren Quotenabgeltungsklausel reicht und welche

Ansprüche dem Mieter zustehen, der bereits gezahlt bzw. renoviert hat. Kritik hat der VIII. Zivilsenat in diesem Zusammenhang erfahren, weil er die Auswirkungen des Urteils auf bereits abgeschlossene bzw. sogar schon abgewickelte Mietverträge nicht beschränkt hat (III.). Anschließend ist auf die schwierige Frage der Infizierung anderer Klauseln und die Wirkungen des sog. Summierungseffekts einzugehen, zu denen in der neuen Entscheidung des VIII. Senats bemerkenswerte Ausführungen zu finden sind, die sowohl über den Fall als auch über die Problematik der Abgeltungsklauseln weit hinausgehen und der Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturklauseln im Allgemeinen eine neue Facette geben (IV.). Ein weiterer Schwerpunkt der Überlegungen liegt (V.) bei der bislang wenig beachteten Frage, ob den Vermieter Aufklärungs- bzw. Rücksichtnahmepflichten treffen, wenn er Kenntnis von der Unwirksamkeit einer solchen Klausel erlangt hat. Anschließend sei ein kurzer Blick auf das viel diskutierte Problem geworfen, wie der Vermieter darauf reagieren kann, dass die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen, die er bei Vertragsabschluss auf den Mieter abwälzen wollte, auf ihn zurückfällt. Hier geht es insbesondere darum, ob dem Vermieter ein Recht zur Mieterhöhung nach § 558 BGB zusteht (VI.). Schließlich stellt sich die Frage, wie eine Quotenabgeltungsklausel aussehen kann, die einer Klauselkontrolle standhält und welche Folgeprobleme sich aus der Verwendung einer solchen Klausel ergeben (VII.).

## II. Aktuelle Rechtsprechung zu starren Quotenabgeltungsklauseln

### 1. Urteil des VIII. Zivilsenats vom 18.10.2006

*„Eine Formulklausel in einem Mietvertrag, die den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Zahlung eines allein vom Zeitablauf abhängigen Anteils an den Kosten für noch nicht fällige Schönheitsreparaturen nach feststehenden Prozentsätzen auch dann verpflichtet, wenn ein diesem Kostenanteil entsprechender Renovierungsbedarf auf Grund des tatsächlichen Erscheinungsbilds der Wohnung noch nicht gegeben ist (Abgeltungsklausel mit „starrer“ Abgeltungsquote), ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.“*

Dem viel beachteten Urteils des BGH lag folgende Klausel zu Grunde:

**§ 10.** 1. Die Miete ist so kalkuliert, dass in ihr die Kosten für die nachfolgend geregelten Instandsetzungen und Instandhaltungen nicht enthalten sind.

2. Die während der gesamten Vertragsdauer nach Maßgabe des unter Nr. 3 vereinbarten Fristenplans fällig werdenden Schönheitsreparaturen trägt der Mieter auf eigene Kosten.

...

3. Der Mieter verpflichtet sich, die Schönheitsreparaturen im Allgemeinen innerhalb folgender Fristen auszuführen:

a) Küche, Wohnküche, Kochküche, Bad, Dusche, WC alle drei Jahre

b) Wohnzimmer, Schlafzimmer, Dielen, Korridore und alle sonstigen Räume alle fünf Jahre

c) Nebenräume (z. B. Speisekammer, Besenkammer<sup>4</sup>) und alle Ölfarbanstriche alle sieben Jahre.

5. Hat der Mieter trotz Fristsetzung und Ablehnungsandrohung die Räume zu Nr. 3a mindestens drei Jahre, die Räume zu Nr. 3b mindestens fünf Jahre, die Räume oder Einrichtungen zu Nr. 3c mindestens sieben Jahre benutzt, ohne diese Räume in der genannten Zeit renoviert zu haben, so hat er spätestens bei Beendigung des Mietverhältnisses die Renovierung fachmännisch nachzuholen. ...

6. Zieht der Mieter vor Ablauf der für die Schönheitsreparaturen vorgesehenen Fristen aus, so muss er seiner Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen durch Zahlung des unten ausgewiesenen Prozentsatzes der Kosten der Schönheitsreparaturen nachkommen.

| Räume gemäß                           | Nr. 3a | Nr. 3b | Nr. 3c |
|---------------------------------------|--------|--------|--------|
| nach einer Nutzungsdauer von mehr als |        |        |        |
| sechs Monaten                         | 17%    | 10%    | 7,14%  |
| zwölf Monaten                         | 33%    | 20%    | 14,28% |
| 24 Monaten                            | 66%    | 40%    | 28,50% |
| 36 Monaten                            |        | 60%    | 42,85% |
| 48 Monaten                            |        | 80%    | 57,00% |
| 60 Monaten                            |        |        | 71,40% |

Die Nutzungsdauer beginnt mit dem Anfang des Mietverhältnisses bzw. mit dem Zeitpunkt der letzten Renovierung durch den Mieter. (...)

Der Mieter wird von der Verpflichtung zur Zahlung eines Prozentsatzes der Kosten der Schönheitsreparaturen frei, wenn er, was ihm unbenommen ist, dieser anteiligen Zahlungsverpflichtung dadurch zuvorkommt, dass er vor dem Ende des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen selbst durchführt. (...)

## 2. Änderung der Rechtsprechung

<sup>4</sup> Lesenswert zum Begriff der Besenkammer: *Bernhardt/Heidtmann/Wichmann* (Hrsg.), Sprechen Sie Gegenwart? Lexikon des 21. Jahrhunderts, 2005, S. 38.

Bevor sich die Ausführungen der vorliegenden Entscheidung inhaltlich widmen, sei eine kurze grundsätzliche Anmerkung zur Entwicklung der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats erlaubt. Der Senat hatte in seinem Urteil vom 6. Oktober 2004<sup>5</sup> anders entschieden und ist in Folge des Umschwenkens zum Teil scharf kritisiert worden<sup>6</sup>. In der Tat ist es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsicherheit bedenklich, dass eine gerade einmal zwei Jahre alte Entscheidung dadurch bedeutungslos wird, dass sich derselbe Senat nun ausdrücklich von ihr distanziert. Jedenfalls insoweit erscheint die Kritik, wenn auch in ihrer Schärfe zum Teil überzogen, berechtigt, als von dem Senat in Anbetracht der besonderen Situation Ausführungen zu der Wirkung des Urteils auf bereits abgeschlossene, vor allem aber vollständig abgewickelte Mietverträge hätten erwartet werden dürfen. Der VIII. Senat des BGH verdient aber vor allem Dank und Anerkennung dafür, dass er den Mut aufgebracht hat, sich umfänglich und eindeutig von einer Entscheidung, deren Tinte gerade getrocknet war, zu distanzieren und dem Versuch widerstanden hat, durch juristische Klimmzüge die vorherige Entscheidung in ein anderes Licht zu rücken resp. zumindest teilweise zu retten.

### 3. Unwirksamkeit einer Quotenabgeltungsklausel mit starren Fristen

Der Verstoß der in Rede stehenden, dem Urteil zu Grunde liegenden Klausel (§ 10 Nr. 6) gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt auf der Hand<sup>7</sup> und ergibt sich, wie der BGH vollkommen zutreffend festgestellt hat, aus einer separaten Überprüfung der eigenständigen Klausel. Sieht man die Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln mit starrem Fristenplan als mittlerweile gefestigt an, folgt die Unwirksamkeit einer Quotenabgeltungsklausel, die ebenfalls starre Fristen enthält oder auf solche Bezug nimmt, aus denselben Erwägungen, die zu der nun maßgeblichen Rechtslage hinsichtlich der Reparaturklauseln führten<sup>8</sup>. Es ist zulässig, die Argumentation 1:1 zu übertragen, weil es sich bei derartigen starren

---

<sup>5</sup> WuM 2004, 663.

<sup>6</sup> *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76; *Kappus* ZMR 2007, 31; *Horst* DWW 2007, 48.

<sup>7</sup> In der Tat nicht überraschend, *Kappus* ZMR 2007, 31 (32); *Drasdo* NJW-Spezial 2007, 50; a. A. *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (79); mit Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung zurückhaltend auch *Beyer* GE 2007, 122.

<sup>8</sup> *Börstinghaus* LMK 2006, 204505; so auch schon die Prognose von *Heinrichs* WuM 2005, 155 (162); die Möglichkeit einer „abgemilderten“ Übertragung der Grundsätze auf Abgeltungsklauseln sieht und befürwortet hingegen *Beyer* GE 2007, 122 (131 ff.).

Quotenabgeltungsklausel um nichts anderes handelt, als einen Annex zu einer Vereinbarung, durch die dem Mieter die nach der gesetzlichen Bestimmung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) an sich dem Vermieter obliegende Instandhaltungspflicht übertragen werden soll. Virulent wird dieser Annex in dem Fall, dass der Mieter vorzeitig aus der Wohnung auszieht. Vorzeitig erfolgt der Auszug des Mieters wiederum, wenn zu diesem Zeitpunkt das Ende des jeweils festgelegten Renovierungsintervalls noch nicht erreicht worden ist, der, jedenfalls nach dem Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung bestehende Anspruch des Vermieters auf Vornahme der Dekoration nach dem starren Fristenplan also noch nicht fällig war. Hier soll dem Mieter die auf ihn abgewälzte Pflicht zur Renovierung nur zu dem Preis erlassen werden, dass er einen Abgeltungsbetrag zahlt, dessen Quote anfangs, orientiert an dem für die Vornahme der Renovierungsmaßnahmen bestehenden Fristenplan, festgelegt wird.

Wenn aber die Überwälzung der Instandhaltungspflicht klauselartig nur unter der Voraussetzung wirksam ist, dass es dem Mieter erlaubt wird, sich auf die fehlende Notwendigkeit zur Renovierung zu berufen, die Fristen also flexibel, weich zu gestalten sind und nur die Qualität einer groben zeitlichen Richtlinie haben können<sup>9</sup>, muss dies geradezu denkbare auch für eine an solchen starren Fristen orientierte Abgeltungsklausel gelten, die zur Anwendung kommt, wenn der Mieter vor Fälligkeit des Vermieteranspruchs auf Durchführung der Arbeiten aus der Wohnung auszieht.

Rechtstatsächlich mag man an den in einer Großkanzlei tätigen Rechtsanwalt denken, der die Wohnung im wesentlichen zum Übernachten nutzt und die Küche im Grunde nicht in Gebrauch genommen hat<sup>10</sup>. Anzuführen ist aber auch der ausgesprochen sorgfältige, rücksichtvolle Umgang mit der Wohnung oder die Verwendung besonders langlebiger und hochqualitativer Materialien zur Dekoration der Wohnung. Der Argumentation des BGH ist hier nicht viel hinzuzufügen.

---

<sup>9</sup> BGH NJW 2006, 2113 Rz. 12.

<sup>10</sup> Vorstellbar sind mannigfache Gründe, wegen derer der Zustand der Wohnung bei Ablauf der Frist ungewöhnlich gut ist: z. B. Auslandsaufenthalt des Mieters, schonendes Nutzungsverhalten, Verwendung hochwertiger, langlebiger Materialien.

Aus der umfangreichen Rechtsprechung des BGH zu den Schönheitsreparaturen ist bei nüchterner Betrachtung der folgende Kerngedanke herauszustellen: Die Pflicht, Mängel an einer Wohnung zu beseitigen, die durch das „normale Abwohnen“, also den vertragsgemäßen Gebrauch eingetreten sind, obliegt dem Vermieter<sup>11</sup>. Versucht der Vermieter, diese Instandhaltungspflicht klauselmäßig auf seinen Vertragspartner abzuwälzen, so widerspricht es dem Grundgedanken des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, dem Mieter Pflichten bzw. diesbezügliche Kosten aufzuerlegen, die nach der gesetzlichen Regelung nicht einmal den Vermieter trafen<sup>12</sup>. Müsste der Vermieter nicht tätig werden, um dem Mieter den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu gewähren, darf der Mieter unter denselben Voraussetzungen nicht zum Handeln verpflichtet sein. Versucht der Vermieter gleichwohl, den Mieter zur turnusmäßigen, zustandsunabhängigen Renovierung zu verpflichten, liegt darin ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, der die Unwirksamkeit der Klausel nach sich zieht.

### **III. Unwirksamkeit der Klausel und bereicherungsrechtlicher Ausgleich**

#### **1. Unwirksamkeit der Klausel und Wiederaufleben der gesetzlichen Vermieterpflicht**

Eine Quotenabgeltungsklausel mit starrem Fristenplan ist unwirksam. Zwingende Rechtsfolge dieses Verstoßes gegen § 307 BGB ist nach Maßgabe von § 306 Abs. 2 BGB das Wiederaufleben des gesetzlich festgeschriebenen Pflichtenprogramms. Den Vermieter trifft die Dekorationspflicht und er hat keinen Anspruch auf Kostenerstattung gegen den Mieter. Vielmehr kann der Mieter vom Vermieter die Renovierung der Wohnung verlangen, wenn dies notwendig ist<sup>13</sup>.

#### **2. Ergänzende Vertragsauslegung und geltungserhaltende Reduktion**

---

<sup>11</sup> Rechtstatsächlich handelt es sich überwiegend, wenn nicht fast ausschließlich um Malerarbeiten, Staudinger/*Emmerich* (2006) § 535 BGB Rn. 102; zum Gegenstand der Schönheitsreparaturen *Both* WuM 2007, 3.

<sup>12</sup> BGH NJW 2006, 3778 Rz. 25; NJW 2006, 2115, Rz. 11; NJW 2004, 2586 (2587).

<sup>13</sup> Schmidt-Futterer/*Langenberg* § 538 BGB Rn. 203; *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (79); *Emmerich* NZM 2006, 761.

Schon in Bezug auf die Wirksamkeit der eigentlichen Schönheitsreparaturklauseln hat der VIII. Senat des BGH in seiner, vor allem unter anderen Gesichtspunkten viel beachteten „Raucherwohnung“-Entscheidung<sup>14</sup> Stellung zu der Frage bezogen, ob in Folge der Unwirksamkeit einer solchen Klausel eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen ist. Womöglich liegt in diesen, eher am Rande der Entscheidung erfolgenden Ausführungen, deren wichtigster Aspekt<sup>15</sup>. Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 306 Abs. 2 BGB, wonach im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel das dispositive Recht zur Anwendung kommt. Die Möglichkeit zur ergänzenden Vertragsauslegung ergibt sich daher nur, wenn die gesetzliche Regelung eine Lücke aufweist. Hier besteht jedoch kein Zweifel daran, dass die Frage der Renovierungspflicht in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB eindeutig geregelt ist, die durch die Nichtigkeit der Klausel entstehende Lücke daher durch das Gesetz geschlossen wird, und somit kein Platz für eine ergänzende Vertragsauslegung bleibt: Die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache trifft den Vermieter<sup>16</sup>! Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt bei einer Quotenabgeltungsklausel, deren Unwirksamkeit aus denselben Erwägungen folgt, ebenso wenig in Betracht wie bei einer Reparaturklausel mit starren Fristen. Dies schließt indes nicht aus, dem Vermieter in Folge des Klauselwegfalls das Mieterhöhungsrecht aus § 558 BGB zuzugestehen.

Auch wenn von einer ergänzenden grundsätzlich Vertragsauslegung abzusehen ist, darf nicht verkannt werden, dass die in dem Fall der unwirksamen Abgeltungsklausel ausnahmsweise in Betracht zu ziehende Beschränkung der Rückwirkung einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung, aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, sehr nahe kommt.

Abzusehen ist weiterhin von einer geltungserhaltenden Reduktion in der Form, dass die in der Abgeltungsklausel festgeschriebene Zahlungspflicht von dem damit verbundenen starren Fristenplan abgespaltet und separat betrachtet wird<sup>17</sup>. Quotenabgeltungsklauseln in der vorliegenden Art stellen einheitliche und

---

<sup>14</sup> BGH NJW 2006, 2915.

<sup>15</sup> In diese Richtung auch *Beyer* GE 2007, 122 (128): „Es scheint, als ob die dortigen Ausführungen weithin noch nicht in ihrer ganzen Tragweite erkannt worden sind.“

<sup>16</sup> BGH NJW 2006, 2915 Rz. 20 f.; NJW 2006, 3778 Rz. 27; vehement für die Rückbesinnung auf das gesetzlich geregelte Pflichtenprogramm auch *Emmerich* NZM 2006, 761; *ders.* JuS 2006, 1017; zust. auch *Beyer* GE 2007, 122 (128).

<sup>17</sup> So auch BGH NJW 2006, 3778 Rz. 26.

untrennbare Regelungen dar, die nicht teilweise aufrechterhalten werden können. Zahlungspflicht und Fristenplan hängen unzertrennlich zusammen.

Den Vermieter trifft hier, auch wenn dies gerade für den privat handelnden Vermieter, der sich guten Glaubens eines fremden vorformulierten Vertragsmusters bedient hat, hart erscheinen mag, das typische „Verwenderrisiko“<sup>18</sup>. Die Frage des Verschuldens ist jedenfalls in dem Verhältnis zwischen Vermieter als Verwender und Mieter als Vertragspartner in Bezug auf die Unwirksamkeit der Klausel nicht zu stellen<sup>19</sup>.

### **3. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich**

Hat der Mieter bei Auszug bereits den vermeintlich bestehenden Abgeltungsanspruch des Vermieters beglichen, ist diese Leistung rechtsgrundlos erfolgt, so dass ihm ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch zusteht. Hatte der Vermieter im Hinblick auf die Abgeltungsquote einen Teil der Kautions einbehalten, besteht der Rückzahlungsanspruch des Mieters fort. Zog es der Mieter angesichts der Quotenabgeltungsklausel vor, selbst Hand anzulegen, hat er nun einen Aufwendungsersatzanspruch.

### **4. Rückwirkungsproblematik**

#### **a) Enthaltensamkeit des Urteils**

Klauseln entsprechenden Inhalts sind nicht nur unwirksam, wenn sie zukünftig, in Kenntnis der Rechtsauffassung des BGH, vereinbart werden oder sich der Vermieter nunmehr auf die bereits vormals in einen Vertrag eingebrachte Vereinbarung beruft. Die Nichtigkeitsfolge und damit der bereicherungsrechtliche Ausgleich erfasst grundsätzlich auch Vertragsgestaltungen, in denen der Mieter bereits vor der Verkündung des Urteils am 18. Oktober 2006 ausgezogen ist und den Abgeltungsbetrag gezahlt hat. Der Senat hat die Rückwirkung seiner Entscheidung nicht beschränkt, so dass längst abgewickelte Vertragsverhältnisse wieder ans Licht kommen.

---

<sup>18</sup> *Kappus* ZMR 2007, 31 (32).

<sup>19</sup> Eine andere Frage ist die nach dem Regressanspruch des Vermieters gegen den Verkäufer des Formularmietvertrages.

Es stellt sich die Frage, ob man den uneinsichtigen Vermieter auch hier nur darauf verweisen kann, durch ein sich verwirklichendes Risiko getroffen worden zu sein, das seine Quelle in dem Versuch hat, kraft vorformulierter Bedingungen die gesetzliche Regelung zu Lasten des Mieters außer Kraft zu setzen<sup>20</sup>.

Das Urteil des BGH lässt angesichts des Verzichts auf eine Übergangsregelung wohl keine andere Deutung zu. Es hätte aber in der Tat einiges dafür gesprochen, die Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung zumindest auf bereits vollständig abgewickelte Vertragsbeziehungen zu verhindern. Dies um so mehr, als der Senat die starren Quotenabgeltungsklauseln noch zu einem Zeitpunkt für wirksam erachtet hat<sup>21</sup>, in dem die zu Grunde liegende und in Bezug genommene Rechtsprechung zu den Schönheitsreparaturklauseln<sup>22</sup> schon ergangen war, und er sich nun ebenso ausdrücklich wie eindeutig von dieser Rechtsprechung distanziert hat<sup>23</sup>. Hinzu kommt, dass die Frage der Rückwirkung in der Entscheidung jedenfalls mittelbar thematisiert wird. Eingangs stellt der Senat nämlich fest, dass in der vorbehaltlosen Zahlung des Mieters, resp. dem klaglosen Akzeptieren des Einbehaltens eines Teils der Kautions durch den Vermieter kein Schuldanerkenntnis des Mieters zu sehen ist und der Mieter auch keinem schuldhaften Rechtsirrtum unterliegt<sup>24</sup>. Als zeitliche Schnittstelle bringt der Senat hier das allgemeine Bekanntwerden seiner grundlegenden Entscheidung zum starren Fristenplan bei Reparaturklauseln ins Spiel<sup>25</sup>. Man hätte also durchaus in Erwägung ziehen können, die Wirkung des Urteils jedenfalls auf den darauf folgenden Zeitraum zu beschränken. Da das Urteil diesbezüglich aber schweigt, wird man mit der Rückwirkungsproblematik zu leben haben.

Anlass dazu, die Rückwirkungsproblematik hier unangetastet zu lassen, obwohl sie offensichtlich war, dürfte gegeben haben, dass der Senat auch in den Entscheidungen zu den eigentlichen Schönheitsreparaturklauseln die Wirkung seiner

---

<sup>20</sup> Vehement für Vertrauensschutz *Horst* NZM aktuell, Heft 3, 2007.

<sup>21</sup> 6. Oktober 2004, NZM 2004, 903; wohl auch noch in NJW 2006, 1728 Rz. 16 vom 5. April 2006.

<sup>22</sup> 23. Juni 2004, NJW 2004, 2586; für eine Übergangsregelung spricht sich auch *Beyer* GE 2007, 122 (130) aus.

<sup>23</sup> NJW 2006, 3778 Rz. 20 a. E.: „Daran wird aus den nachstehend dargelegten Gründen nicht festgehalten.“

<sup>24</sup> NJW 2006, 3778 Rz. 11; dazu auch *Beyer* GE 2007, 122.

<sup>25</sup> NJW 2004, 2586.

Urteile auf laufende Vertragsverhältnisse nicht beschränkt hat und in Folge der Einschränkung hinsichtlich des Teilaspekts der Abgeltungsklauseln die übrige, gerade einmal zur Ruhe gekommene Rechtsprechung zu Problematik der Schönheitsreparaturen im Ganzen wieder hätte aufrollen müssen. Mit anderen Worten hätte wohl schwerlich die rückwirkende Geltung isoliert bezüglich der Abgeltungsklauseln beschränkt werden können.

## b) Übermäßige Kritik

Man mag sich, ohne dass dies an dieser Stelle eingehend untersucht werden soll, in der Tat die Frage stellen, ob der Rechtsprechung des BGH hier in temporärer Hinsicht weitaus größere Kompetenz zukommt, als sie der Gesetzgeber hätte. Dieser könnte das Recht der Schönheitsreparaturen unproblematisch jedenfalls nur für zukünftig abzuschließende Verträge kodifizieren. Für laufende Verträge wäre an eine Übergangsregelung zu denken. Das Wiederaufrollen bereits abgewickelter Mietverträge scheidet jedenfalls aus. Gleichwohl scheint die teilweise an der Rechtsprechung des Senats in diesem Punkt geübte Kritik über das Ziel hinauszuschießen.

Ob § 306 Abs. 2 BGB, wie *Horst* vorschlägt<sup>26</sup>, einer teleologischen Reduktion bedarf, um mit der Verfassung konform zu sein, scheint mehr als zweifelhaft. Sinn und Zweck des AGB-Rechts widerspricht es jedenfalls fundamental, bei den Folgen der Inhaltskontrolle den Grundsatz „pacta sunt servanda“ zu bemühen<sup>27</sup>. Es geht bei der Klauselkontrolle doch gerade darum, im übergeordneten Interesse, zur Sicherung eines gerechten Interessenausgleichs im Vertrag<sup>28</sup>, auch privatautonom geschlossenen, aber einseitig von dem Verwender bestimmten Vereinbarungen in Folge einer an objektiven Kriterien orientierten Überprüfung die Wirksamkeit zu verweigern. Auch dem Mieter, der den vorformulierten Vertrag, in dem sich unwirksame Klauseln befinden, sehenden Auges abschließt, ist es nicht verwehrt,

---

<sup>26</sup> NZM aktuell, Heft 3, 2007; *ders.* DWW 2007, 48 (50).

<sup>27</sup> Es sei hier der Hinweis erlaubt, dass der Grundsatz gerade nicht römisch-rechtliche Wurzeln hat, sondern aus dem kanonischen Recht stammt. Dies übersieht offenbar *Horst* NZM aktuell, Heft 3, 2007: „Dieser Wertung entspricht neben dem altrömischen ‚pacta sunt servanda‘ auch...“; s. dazu etwa *Dolezalek*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, S. 1400 ff.; *Liebs*, Römisches Recht, S. 259 ff.; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 97.

<sup>28</sup> S. etwa *Wolff/Horn/Lindacher* AGB-Recht Einl. Rn. 3; *Staudinger/Schlosser* Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 4.

sich auf die Nichtigkeit der Bestimmungen zu berufen. Die Klauselkontrolle durchbricht bewusst die Bindung an das gegebene Wort. Zur Unwirksamkeit einer Klausel können in Folge dieses Konzeptes auch Gründe führen, die für den konkreten Fall überhaupt keine Rolle gespielt haben<sup>29</sup>. Dass damit ein rückwirkender Eingriff in bereits abgeschlossene Verträge einher geht ist der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle geradezu immanent und hat nichts mit einer verfassungswidrigen Rückwirkung zu tun<sup>30</sup>. Die Frage, die sich hier stellt ist vielmehr die nach dem Vertrauensschutz, der von einer jungen höchstrichterlichen Rechtsprechung hinsichtlich dieses rechtlichen Problems ausgeht.

Nicht wirklich ernst gemeint sein dürfte der Einwand gegen das Unwirksamkeitsurteil bezüglich „starrer“ Fristen, wenn vorgebracht wird, es habe jahrzehntelanger Verkehrssitte entsprochen, dass Mieter Renovierungen auf eigene Kosten vorgenommen haben. Weiterhin böten starre Fristen wenigstens eine sichere Berechnungsgrundlage für die Höhe des Abgeltungsbetrags und damit Transparenz. Um eine unangemessene Benachteiligung des Mieters gehe es also gar nicht<sup>31</sup>.

#### **IV. Summierungseffekt und Infektion anderer Klauseln**

##### **1. Infektion einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel**

Besteht an der Unwirksamkeit der Quotenabgeltungsklausel mit starrem Fristenplan kein Zweifel, ist die Frage aufzuwerfen, ob von dem Verstoß dieser Klausel gegen § 307 BGB andere, für sich genommen wirksame Bestimmungen des Vertrages betroffen werden. Zu überprüfen ist insbesondere eine mit der Quotenabgeltungsklausel in Zusammenhang stehende Schönheitsreparaturklausel.

Enthält diese ebenfalls einen starren Fristenplan, stellt sich das hier anzusprechende Problem nicht, da die Reparaturklausel allein der Inhaltskontrolle nicht Stand hält und daher unwirksam ist.

---

<sup>29</sup> Siehe dazu ein Beispiel aus der jüngsten Rechtsprechung zum Kaufrecht, BGH NJW 2007, 674 mit Anm. Fischer/Herrlein; vgl. auch JuS 2007, 284 (Faust).

<sup>30</sup> So aber Horst DWW 2007, 48 (50).

<sup>31</sup> Horst NZM aktuell, Heft 3, 2007.

Ebenso wenig muss man sich Gedanken über die Infizierung einer Schönheitsreparaturklausel in der Konstellation machen, dass der separat zu beurteilenden wirksamen, weil flexiblen Quotenabgeltungsklausel eine unwirksame Übertragung der Schönheitsreparaturpflicht zu Grunde liegt. Hier greift die Abgeltungsklausel ins Leere, da sie sich auf eine nicht bestehende Pflicht bezieht und keinesfalls eine eigenständige Dekorationspflicht begründet. Es stellt sich weder die Frage der Infizierung, noch das Problem des Summierungseffekts. Eine Abgeltungsklausel verliert in einem solchen Fall schlicht und ergreifend ihren Sinn<sup>32</sup>. Besteht eine in Bezug genommene Renovierungspflicht nicht, geht von der Abgeltungsklausel keine Gefahr mehr für die Rechtsposition des Vertragspartners aus.

Problematisch und interessant ist aber die Vertragsgestaltung, die auch dem Urteil des BGH vom 18.10.2006 zu Grunde lag<sup>33</sup>. Enthält das Klauselwerk, wie unter § 10 Nr. 3 dieses Vertrages, eine wirksame Schönheitsreparaturklausel mit einem flexiblen Fristenplan<sup>34</sup>, ist zu klären, ob diese Reparaturklausel allein Bestand hält oder von dem Verstoß der Abgeltungsklausel gegen § 307 BGB infiziert und damit gleichsam in die Unwirksamkeit mitgerissen wird. In dem betreffenden Urteil hat der BGH der Schönheitsreparaturklausel mit flexiblem Fristenplan die Wirksamkeit belassen, wobei dies für die Entscheidung keine Erheblichkeit hatte, da Gegenstand des Verfahrens allein der Anspruch auf Auszahlung des einbehaltenen Kautionsguthabens war, der dem Mieter schon in Folge der separat festzustellenden Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel zustand.

Dem Ergebnis ist jedoch nicht nur in Bezug auf den Einzelfall zu folgen, sondern auch grundsätzlich mit Nachdruck beizupflichten. Unzweifelhaft lässt sich die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel unabhängig von der Abgeltungsklausel betrachten<sup>35</sup>. Streicht man die unwirksame Abgeltungsklausel, verbleibt eine wirksame Überwälzung der Schönheitsreparaturpflicht nebst flexiblem Fristenplan.

---

<sup>32</sup> So auch völlig zutreffend BGH NJW 2006, 1728 Rz. 16; ebenso NJW 2006, 2113 Rz. 16; s. auch *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (77); *Beyer* GE 2007, 122 (124); *Eupen/Schmidt* NZM 2006, 644 (645); auch schon *Heinrichs* WuM 2005, 155 (162).

<sup>33</sup> NJW 2006, 3778.

<sup>34</sup> BGH NJW 2006, 3778 Rz. 17.

<sup>35</sup> Für eine einheitliche Regelung mit der Folge der Gesamtunwirksamkeit *Schmidt-Futterer/Langenberg* § 538 BGB Rn. 190; im Ergebnis ebenso *Staudinger/Emmerich* (2006) § 535 BGB Rn. 109.

Es ist daher festzustellen, dass der Verstoß einer Quotenabgeltungsklausel gegen § 307 BGB die Wirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel grundsätzlich nicht berührt. Eine Infizierung scheidet aus.

## **2. Summierungseffekt bei Schönheitsreparaturklauseln in neuem Licht**

Der Bestand der Schönheitsreparaturklausel kann daher nur unter dem Gesichtspunkt des sog. Summierungseffekts in Gefahr geraten. Die Problematik der Summierung ist streng von derjenigen der Infektion zu trennen<sup>36</sup>. In Fällen der Kombination verschiedener Klauseln, durch die die Dekorationspflicht während der Vertragslaufzeit und zum Vertragsende auf den Mieter abgewälzt werden soll, wird der Summierungseffekt intensiv diskutiert und vielfach auch recht schnell angenommen. Die hier im Mittelpunkt stehende Entscheidung des BGH, aber auch die sog. „Raucherwohnung“-Entscheidung gibt aber Anlass zu einer differenzierten Betrachtungsweise der Summierungswirkung bei derartigen Klauseln. Im Ergebnis wird festzustellen sein, dass der Summierungseffekt bei solchen Klauselkombinationen nur unter ganz besonderen Umständen und eben nicht in der Regel anzunehmen ist. Im Allgemeinen sollte bei der Anwendung des Summierungseffekts im Sinne der Rechtsicherheit eher Zurückhaltung an den Tag gelegt werden, da ein „sachlicher Zusammenhang“ zwischen verschiedenen Klauseln oftmals ohne großen Begründungsaufwand herzustellen und der Schritt zur Annahme einer Verstärkungswirkung dann nicht mehr weit ist.

### **a) Summierungseffekt bei Klauselkombinationen**

Die Problematik der Gesamtunwirksamkeit und Teilaufrechterhaltung von Formulklauseln in Mietverträgen war Gegenstand eines beeindruckenden Vortrags, den *Helmut Heinrichs* auf dem 7. Mietgerichtstag gehalten hat<sup>37</sup>. So überzeugend die Ausführungen auch waren, bedürfen sie zumindest aus der heutigen Sicht der Dinge in einem Punkt einer Ergänzung, dem Summierungseffekt<sup>38</sup>. Problematisiert wurde der Summierungseffekt seinerzeit vor allem hinsichtlich der Kombination von Reparaturklauseln mit starrem Fristenplan und Endrenovierungsklauseln. Bei der

---

<sup>36</sup> Zweifelhaft, ob dies in BGH X ZR 165/03 Rz. 26 ff. beherzigt wurde.

<sup>37</sup> WuM 2005, 155.

<sup>38</sup> WuM 2005, 155 (161 f.).

unbefangenen Lektüre der Ausführungen *Heinrichs* zu derartigen Kombinationen kann man durchaus den Eindruck gewinnen, dass der Summierungseffekt stets zur Anwendung kommt<sup>39</sup>. Hier ist aber insbesondere nach den beiden aktuellen Entscheidungen des VIII. Senats<sup>40</sup> Differenzierung angezeigt.

Zentrale Fallgestaltung des Summierungseffekts ist diejenige, dass zwei Klauseln für sich genommen unbedenklich sind, sich aus ihrem funktionalen Zusammenspiel aber eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt. Die Belastung des Vertragspartners verstärkt, summiert sich durch das Zusammenwirken der Klauseln, was zur Gesamtnichtigkeit der Regelung führt. Diese Wertung hat der BGH zu Recht auch hinsichtlich Klauseln, die die Abwälzung der Schönheitsreparaturpflicht betreffen, auf den Fall zusammenwirkender Klauseln erweitert, bei dem eine einzelne Klausel bereits für sich genommen unwirksam ist<sup>41</sup>.

Betrachtet man die Ausführungen des BGH zum Summierungseffekt genauer, so bezieht er zwar in seiner Entscheidung vom 14.5.2003 auch bereits für sich genommen unwirksame Klauseln in die Summierungswirkung ein, stellt aber ausdrücklich darauf ab, dass es dem Verwender verwehrt sei, sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel zu berufen, um die Geltung der anderen zu retten, wenn es sich um eine, und diesem Aspekt kommt entscheidende Bedeutung zu, „aus zwei Teilen bestehende Klausel“ handelt, „deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist“<sup>42</sup>. Es geht also nur um inhaltlich unselbständige Klauseln<sup>43</sup>. Der Summierungseffekt kann daher nur wirken, wenn Klauseln vorliegen, die in einer Wechselwirkung zueinander stehen<sup>44</sup>.

Ausgangspunkt der Klauselprüfung muss daher stets die Frage nach der Eigenständigkeit einer Bestimmung, bzw. dem funktionalen Zusammenwirken mehrerer Klauseln sein. Ob dies aber schon anzunehmen ist, wenn Klauseln

---

<sup>39</sup> WuM 2005, 155 (162); ähnlich auch in Palandt Vorb v § 307 BGB Rn. 11.

<sup>40</sup> NJW 2006, 3778 und NJW 2006, 2915

<sup>41</sup> NJW 2003, 2234 (2235).

<sup>42</sup> BGH NJW 2003, 2234 (2235); bestätigt in BGH NJW 2003, 3192 und BGH NJW 2006, 2115 Rz. 19; für das Gewerberaummietrecht BGH NJW 2005, 2006.

<sup>43</sup> Auf eine weitere bedenkliche Ausweitung des Summierungseffekts auf teilweise individualvertraglich vereinbarte Bestimmungen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, dazu BGH NJW 2006, 2116.

<sup>44</sup> Treffend Staudinger/*Coester* (2006) § 307 BGB Rn. 140, der jedoch unter Bezugnahme auf BGH NJW 2003, 2234 und 3192 gerade die Kombination von Schönheitsreparaturen und Endrenovierung nennt.

denselben Sachkomplex betreffen, ist zweifelhaft. Entfaltene Vertragsklauseln selbständig Wirkung und könnte man eine Klausel streichen, ohne dass bei Wiederaufleben des dispositiven Rechts in diesem Punkt Sinn und Zweck der gesamten Regelung verloren gingen, spricht zunächst nichts dagegen, es bei der Unwirksamkeit der gesetzeswidrigen Klausel bewenden und das restliche Klauselwerk bestehen zu lassen. Es mag daher im Grunde nicht einleuchten, dass eine alternativ zur Anwendung kommende unwirksame Endrenovierungsklausel einen wirksamen Fristenplan mit in den Abgrund reißt<sup>45</sup>. Insbesondere Endrenovierungsklauseln benachteiligen den Mieter oftmals allein dadurch unangemessen, dass sie den Mieter selbst dann zur umfänglichen Dekoration verpflichten, wenn er nach wenigen Wochen oder Monaten wieder auszieht bzw. in dem Fall, dass er bei Auszug gerade erst die turnusmäßige und auch notwendige Schönheitsreparatur vorgenommen hatte<sup>46</sup>. Die Wirksamkeit eines weichen Fristenplans hinsichtlich der Schönheitsreparaturen berührt dies an sich nicht.

Dabei ist den grundsätzlichen, allgemeinen Ausführungen des BGH zum Summierungseffekt durchaus zuzustimmen. Überzeugend ist insbesondere, dass es dem Vermieter bei zwei zusammenhängenden Klauseln verwehrt ist, sich auf den separaten Verstoß der einen Klausel zu berufen, um die Wirksamkeit der anderen zu retten.

Entscheidend ist aber, dass es sich bei der Kombination von Renovierungsklausel für das laufende Mietverhältnis und Endrenovierungsklausel sich oftmals nicht um solche von einander abhängige, sondern um selbständige Bestimmungen handelt. Hier kann eine Benachteiligung in dem herkömmlichen Sinn des Summierungseffekts dadurch eintreten, dass beide Klauseln für sich genommen wirksam sind und ihr Zusammenwirken zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters insoweit führt, dass er während des laufenden Vertragsverhältnisses und am Ende tätig werden muss. Beschränkt sich aber der Verstoß auf eine Klausel, spricht nichts gegen die Aufrechterhaltung der anderen. Beachtlich ist diesbezüglich, dass der Senat in der Entscheidung vom 18.10.2006 genau diesen Weg gegangen ist. Der Vertrag enthielt einen wirksamen Fristenplan, also eine Schönheitsreparaturklausel mit weichen Fristen, und neben der hier im Mittelpunkt des Interesses stehenden

---

<sup>45</sup> Ebenso *Beyer* GE 2007, 122 (124).

<sup>46</sup> *Beyer* GE 2007, 122 (123).

unwirksamen Quotenabgeltungsklausel eine unwirksame Endrenovierungsklausel. Zur Wirksamkeit der Klauseln bei Einzelbetrachtung bezieht der Senat auch ausdrücklich Stellung<sup>47</sup>. Weiterhin gesteht er, wie schon in der „Raucherwohnung“-Entscheidung<sup>48</sup>, zu, dass es sich bei einer Reparaturklausel mit Fristenplan und einer Endrenovierungsklausel um zwei selbständige Regelungen handelt. Zeitigte dies in der Entscheidung aus dem Juni 2006 noch keine Wirkung<sup>49</sup>, kam es jetzt im Hinblick auf Frage, ob die allgemeine Schönheitsreparaturlast wirksam auf den Mieter abgewälzt wurde, darauf an. Wörtlich heißt es<sup>50</sup>:

*„Der Wirksamkeit des § 10 Nr. 3 des Mietvertrags [flexible Reparaturklausel] steht nicht entgegen, dass die weitere, in § 10 Nr. 5 S. 1 des Mietvertrags enthaltene Renovierungsklausel, die eine von feststehenden Fristen abhängige Renovierungspflicht des Mieters bei Beendigung des Mietverhältnisses vorsieht, gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist (Senat, NJW 2006, 2915...). Denn § 10 Nr. 5 S. 1 des Mietvertrags enthält eine eigenständige Regelung, deren Unzulässigkeit nicht die Unwirksamkeit der Verpflichtung des Mieters zur Ausführung fälliger Schönheitsreparaturen während des laufenden Mietverhältnisses - spätestens bei dessen Beendigung - gem. § 10 Nr. 3 des Mietvertrags zur Folge hat (vgl. Senat, NJW 2006, 2915 = NZM 2006, 691).“*

Dazu, darin eine Einzelfallentscheidung<sup>51</sup> zu sehen, besteht keine Veranlassung. Im vorliegenden Fall war die Frage, wie bereits dargelegt wurde, wegen des Anspruchsinhalts nicht entscheidungserheblich<sup>52</sup>. Betrachtet man aber die Entscheidungsgründe genau, so ist hierin zwar keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zur Anwendung des Summierungseffekts bei der Verwendung mehrerer die Dekorationspflicht betreffender Klauseln zu sehen. Jedoch stellt der BGH klar, dass bei der Kombination von Reparaturklausel, Endrenovierungsklausel und Quotenabgeltungsklausel nicht etwa grundsätzlich der Summierungseffekt zur Anwendung kommt, sondern nur in besonders gelagerten Fällen der Kumulation<sup>53</sup>. Denn grundsätzlich handelt es sich bei den Klauseln um selbständige Bestimmungen eines Mietvertrages, die der eigenständigen Begutachtung bedürfen. Daher zieht

<sup>47</sup> BGH NJW 2006, 3778 Rz. 17, 18.

<sup>48</sup> BGH NJW 2006, 2915 Rz. 17.

<sup>49</sup> Zutr. Beyer GE 2007, 122 (123).

<sup>50</sup> NJW 2006, 3778 Rz. 18; Einfügung in [ ] vom Verfasser.

<sup>51</sup> So Klimke/Lehmann-Richter ZMR 2006, 653 (654).

<sup>52</sup> Teilweise wird daraus der Schluss gezogen, die unwirksame Quotenklausel hätte auch hier den wirksamen weichen Renovierungsplan mit in den Abgrund gezogen, Both WuM 2007, 3 (5).

<sup>53</sup> Ebenso Beyer GE 2007, 122 (124).

weder eine unwirksame Endrenovierungsklausel noch eine unwirksame Abgeltungsklausel eine wirksame Schönheitsreparaturklausel mit weichem Fristenplan grundsätzlich mit sich in den Abgrund<sup>54</sup>. Vielmehr bleibt der Mieter mit der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen im laufenden Vertragsverhältnis belastet, kann aber die Wohnung beim Auszug unrenoviert hinterlassen, wenn die Dekoration nach dem flexiblen Fristenplan noch nicht notwendig war und ist auch nicht zu der Zahlung eines Abschlags verpflichtet<sup>55</sup>.

Während unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung der Summierungsseffekt bei einer Kombination von Schönheitsreparaturklausel und Endrenovierungsklausel weiterhin zum Zuge kommen kann, nämlich dann, wenn sich dadurch eine kumulative Belastung des Mieters ergibt<sup>56</sup>, scheidet dies bei Quotenabgeltungsklauseln grundsätzlich aus. Der Fall der Kumulation kann bei einer Abgeltungsklausel nicht eintreten, da sie nicht eine neben die aus der Renovierungsklausel tretende Pflicht begründet bzw. auf den Mieter abwälzt, sondern exakt die Dekorationspflicht betrifft, die auch Gegenstand der Schönheitsreparaturklausel ist. Der geregelte Fall wird aktuell, wenn der Mieter vorzeitig auszieht und daher die Schönheitsreparaturklausel keine Wirkung mehr entfalten kann. Hier handelt es sich daher um die Kombination selbständiger, in ihrem Anwendungsbereich einander ausschließender Klauseln und nicht um einen Anwendungsfall des Summierungsseffekts<sup>57</sup>.

## **b) Verstärkungswirkung**

Wendet man sich der Frage zu, ob die von der Abgeltungsklausel ausgehende unangemessene Benachteiligung durch die für sich genommen wirksame Reparaturklausel verstärkt wird, ist diese entgegen teilweise vertretener Auffassung<sup>58</sup> zu verneinen. Die Annahme einer solchen Verstärkungswirkung ist nur unter Inkaufnahme eines logischen Bruchs möglich. Sie geht nämlich davon aus, dass die Abgeltungsklausel auch isoliert vereinbart werden könnte<sup>59</sup>. Dies ist aber nicht der

---

<sup>54</sup> So auch *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (78); *Beyer* GE 2007, 122 (126).

<sup>55</sup> So ausdr. auch *Beyer* GE 2007, 122 (126): „Zwischenergebnis“.

<sup>56</sup> So auch *Beyer* GE 2007, 122 (124).

<sup>57</sup> Vollkommen zutreffend *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (77).

<sup>58</sup> *Klimke/Lehmann-Richter* ZMR 2006, 653 (654).

<sup>59</sup> *Klimke/Lehmann-Richter* ZMR 2006, 653 (654, Fn. 18).

Fall<sup>60</sup>. Grundlage der Abgeltungsklausel muss stets die Überwälzung der Schönheitsreparaturpflicht auf den Mieter sein, wirksam oder nicht. Dies kann durch eine selbständige Reparaturklausel geschehen, ebenso aber auch im Rahmen der Abgeltungsklausel als solcher erfolgen. Dann handelt es sich aber wiederum nicht mehr um eine isolierte Quotenabgeltungsklausel.

Lässt man sich aber auf den Gedanken ein, dass die von der Abgeltungsklausel ausgehende unangemessene Benachteiligung des Mieters durch die separat wirksame Reparaturklausel verstärkt wird, weil sich die Wohnung im Zeitpunkt des Auszugs dadurch in einem besseren Zustand befindet, dass der Mieter die turnusmäßig notwendige Renovierung vorgenommen hat, leidet auch dieser Gedanke unter einem entscheidenden Fehler. Denn die Überprüfung der hypothetischen alternativen, d. h. ohne Reparaturklausel geltenden Rechtslage ergibt, dass dem Vermieter die gesetzliche Dekorationspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) obliegt. Dann muss man aber auch einen Schritt weiter und davon ausgehen, dass der Vermieter im Falle des tatsächlich bestehenden Renovierungsbedürfnisses seiner Pflicht auch nachkommt<sup>61</sup>. Mit anderen Worten ist zu unterstellen, dass der Vermieter, als ihn der Mieter auf die Notwendigkeit der Renovierung hingewiesen, diese auch durchgeführt hat. Nur dieser Fall ist mit dem zu vergleichen, dass der Mieter auf Grund der flexiblen Reparaturklausel tätig geworden war. Dann verstärkte sich die von der Abgeltungsklausel ausgehende Benachteiligung aber nicht. Die Wohnung befindet sich in beiden Fällen in einem identischen Zustand, der sich daraus ergibt, dass bei Bedarf renoviert worden war. Wieso davon auszugehen sein sollte, dass der Vermieter nicht renoviert hätte, vermag nicht zu überzeugen<sup>62</sup>.

## **V. Rücksichtnahme- und Aufklärungspflicht des Vermieters**

### **1. Ratschlag zur „harmonischen“ Vertragsbeendigung**

Im Folgenden ist auf einen Problemkreis einzugehen, der die Rechtsfolge unwirksamer Abgeltungsklauseln, aber auch die misslungene Überwälzung der Schönheitsreparaturpflicht im Allgemeinen, sei es in Form einer Reparaturklausel

---

<sup>60</sup> Ausdr. auch *Beyer* GE 2007, 122 (124).

<sup>61</sup> Dazu auch *Schmidt-Futterer/Langenberg* § 538 BGB Rn. 189 (Kontrollüberlegung) und Rn. 203.

<sup>62</sup> So aber *Klimke/Lehmann-Richter* ZMR 2006, 653 (654, Fn. 19).

oder Endrenovierungsklausel, betrifft. Veranlasst werden die folgenden Ausführungen unter anderem durch einen im Herbst 2006 in der NJW veröffentlichten Ratschlag, der offenbar darauf zielte, den gutgläubigen, nicht anwaltlich beratenen Mieter hinters Licht zu führen. Dort ist zu lesen<sup>63</sup>:

„Stellt der Vermieter oder der von ihm eingeschaltete Berater fest, dass der Mietvertrag eine unwirksame Überbürdung der Schönheitsreparaturen enthält, kann der Vermieter zunächst überhaupt nicht reagieren. Bei Vertragsende bleibt dann abzuwarten, ob der Mieter nicht vielleicht doch in Unkenntnis der Rechtslage oder aus Vertragstreue die Wohnung - den vertraglichen Klauseln entsprechend - renoviert. Dieser Fall tritt in der Praxis - namentlich bei Privatvermietern - nicht selten auf, gerade wenn das Mietverhältnis auch im Übrigen „harmonisch“ endet. Dann sollte der mietrechtliche Berater dem Vermieter aber auch dringend zu *Großzügigkeit in der Vertragsabwicklung* raten, damit der Mieter nur ja nicht auf die Idee verfällt, seinerseits fachlichen Rat einzuholen und gleichsam die Büchse der Pandora zu öffnen.“

Diesem Ratschlag fehlt es nicht nur an einem zynischen Einschlag, er ist auch rechtlich nicht haltbar. Es stellt sich zum einen die Frage, ob sich der Vermieter als Verwender auf eine unwirksame Vertragsklausel berufen darf und zum anderen, ob ihn eine Aufklärungspflicht dem Mieter gegenüber trifft, wenn er feststellt, dass eine verwendete Klausel der Inhaltskontrolle nicht Stand hält.

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass die angeratene Taktik jedenfalls keine nachhaltige Wirkung zeigt, da sich der Mieter, selbst in dem Fall, dass er im Moment des Auszugs rechtsunkundig ist, auf § 812 BGB berufen kann, wenn er vom Stand der Dinge erfährt.

## **2. Pflichtverletzung bei Berufung auf unwirksame Klausel**

---

<sup>63</sup> Kappes NJW 2006, 3031 (3032)

Unstreitig ist es dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen verwehrt, sich auf eine unwirksame Klausel zu berufen<sup>64</sup>. Darin liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB, durch die eine Schadensersatzhaftung ausgelöst wird.

### **a) Unwirksame Quotenabgeltungsklausel**

Überprüft man die dem Vermieter empfohlene Verhaltensweise bei Vertragsbeendigung im Hinblick auf eine unwirksame Quotenabgeltungsklausel, liegt der Verstoß auf der Hand. Rechtstatsächlich gestaltet sich die Situation so, dass der Vermieter von dem Mieter Zahlung eines bestimmten Geldbetrags fordert oder bei Auszug des Mieters einen Teil der Kautions einbehält. Jeweils beruft sich der Vermieter dabei durch aktives Tun auf die unwirksame Klausel.

### **b) Unwirksame Endrenovierungsklausel**

Etwas schwieriger, im Ergebnis aber nicht anders ist die Situation bei unwirksamen Endrenovierungsklauseln zu beurteilen. Hier lässt der Vermieter den Mieter gewähren, d. h. wider besseres Wissen renovieren. Es stellt sich daher die Frage, ob auch in dem Schweigen des Vermieters ein Verhalten zu sehen sein kann, das eine Berufung auf die unwirksame Klausel darstellt. Im Falle der Endrenovierung wird man oftmals nur schwer zwischen positivem Tun und Unterlassen unterscheiden können. Regelmäßig kommt es im Zuge der Kündigung bzw. des Auszugs zu einem Gespräch zwischen Vermieter und Mieter, das den offen stehenden Pflichtenkreis zum Gegenstand hat. Fordert der Vermieter den Mieter in dieser Situation auf, der vermeintlichen Pflicht zur Vornahme der Endrenovierung nachzukommen, liegt der Pflichtverstoß auf der Hand. Auch hier beruft sich der Vermieter auf die unwirksame Klausel. Doch auch die Fallkonstellation, in der der Mieter im Rahmen des Abwicklungsgesprächs ankündigt, die Wohnung „vereinbarungsgemäß noch zu renovieren“ und der Vermieter dieses Ansinnen wohlwollend zur Kenntnis nimmt, ist nicht anders zu beurteilen. Hier trifft den Vermieter als Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Offenbarungspflicht. Er darf das „Angebot“ des Mieters nicht schweigend annehmen, sondern muss ihm in den Arm fallen.

---

<sup>64</sup> Erman/Roloff, 11. Aufl. 2004, § 1 UKlaG Rn. 10; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rn. 8; s. auch BGH NJW 2003, 1237 (1238).

### **3. Aufklärungspflicht des Vermieters**

Damit nähert man sich der entscheidenden und schwierigen Frage: Trifft den Vermieter, der Kenntnis von dem Verstoß der verwendeten Klausel gegen § 307 BGB erlangt, im laufenden Mietverhältnis eine Aufklärungspflicht seinem Mieter gegenüber? Relevant wird dies weniger bei den hier in Rede stehenden Abgeltungsklauseln, sondern zum einen bei Endrenovierungsklauseln, auf Grund derer sich der Mieter ohne detaillierte Verständigung über die Vertragsabwicklung ans Werk macht und vor allem bei Reparaturklausel mit starrem Fristenplan. Das jeweilige Intervall läuft ab und der Mieter renoviert gutgläubig die betroffenen Räume, ohne dass es zu einer Kommunikation zwischen Vermieter und Mieter gekommen wäre.

Das hier angesprochene Problem ist freilich kein singuläres des Miet- bzw. Wohnraummietrechts. Es stellt sich vielmehr die allgemeine Frage, welche Pflichten den Verwender unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Dauerschuldverhältnis treffen.

#### **a) Aufklärungspflicht nach Verurteilung im Verbandsprozess**

Der Verstoß einer Vertragsbedingung gegen das AGB-Recht kann im Verbandsprozess festgestellt werden. Zwar ist Gegenstand der Klage aus § 1 UKlaG die Unterlassung weiterer Verwendung der Klausel. Hier wird mit guten Argumenten vertreten, dass der Verwender einer unwirksamen Klausel nicht nur verpflichtet wird, es zukünftig zu unterlassen, seinen Verträgen die angegriffene Klausel zu Grunde zu legen, sondern vielmehr auch, und darin liegt der Schlüssel zur Lösung des vorliegenden Problems, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, Vertragspartner im Bestand von der Unwirksamkeit der Klausel in Kenntnis zu setzen<sup>65</sup>. Diese tatsächliche Möglichkeit besteht gerade bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Wohnraummiete. Der Verwender kennt seinen Vertragspartner. Bei Bargeschäften des täglichen Lebens mag dies anders zu beurteilen sein.

#### **b) Allgemeine Aufklärungspflicht**

---

<sup>65</sup> Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 1 UKlaG Rn. 12; a. A. Staudinger/Schlosser (2006) § 1 UKlaG Rn. 25; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rn. 8.

Eine andere grundsätzliche Frage ist die, ob auch der unverklagte bzw. nicht auf Unterlassung verurteilte Vermieter, wenn er Kenntnis von der Unwirksamkeit einer den Mieter belastenden Klausel erlangt, diesen darüber aufzuklären. *Hubert Blank* hat dieses Problem in seinem Vortrag auf dem 6. Mietgerichtstag angesprochen<sup>66</sup>. Sitz der Materie ist § 241 Abs. 2 BGB. Danach kann das Schuldverhältnis die Partei zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Gegenstand einer solchen Pflicht sind insbesondere Aufklärungspflichten. Diese wiederum genießen besondere Bedeutung bei Dauerschuldverhältnissen. *Blank* nimmt eine dahingehende Aufklärungspflicht ohne weiteres an: „Erkennt der Vermieter beispielsweise, dass ein von ihm verwendetes Vertragsformular unwirksame Regelungen über die Durchführung von Schönheitsreparaturen enthält und dass der Mieter irrig von der Wirksamkeit der Regelung ausgeht, so muss er den Mieter über die Rechtslage aufklären.“<sup>67</sup>

Ob die Fürsorgepflicht des Vermieters tatsächlich so weit geht, zur initiativen Aufklärung des benachteiligten Mieters verpflichtet zu sein, erscheint jedoch zweifelhaft. Eine allgemeine Aufklärungs- und Informationspflicht über sich ändernde rechtliche Umstände besteht selbst bei Dauerschuldverhältnissen mit persönlichem Einschlag nicht und auch der Verwender von AGB ist nicht verpflichtet, seinen Vertragspartner stets auf dem Laufenden zu halten. Hier ist die Situation anders zu beurteilen, als bei dem Vermieter, der im Rahmen eines Verbandsprozesses zur Unterlassung verpflichtet worden ist. Es darf nicht übersehen werden, dass auch der Mieter gehalten ist, seine Interessen zu wahren, sich über aktuelle Entwicklungen zu informieren und nicht darauf vertrauen darf, dass sein Vertragspartner, dessen Interessenlage eine völlig andere ist, ihn auf jegliche sich ergebende Benachteiligungen aufmerksam macht. Daher bedürfte eine allgemeine, den Vermieter treffende Aufklärungspflicht der fundierten Begründung, die nicht durch den schlichten Hinweis auf § 241 Abs. 2 BGB zu führen ist. Wird also die Instandhaltungspflicht nicht in irgendeiner Form virulent, kann der Vermieter davon absehen, den Mieter selbständig über die Unwirksamkeit der Klausel in Kenntnis zu setzen. Dies ändert sich aber etwa schon dann, wenn der Mieter beispielsweise

---

<sup>66</sup> WuM 2004, 243 (247 f.).

<sup>67</sup> WuM 2004, 243 (248).

nachfragt, ob er in Anbetracht des starren Fristenplans verpflichtet ist, Hand anzulegen. Hier aktualisiert sich die Aufklärungspflicht des Vermieters.

Die entsprechende Wertung ist in der folgenden Situation angezeigt: Der Vermieter mag auf die Idee kommen, dem Mieter angesichts der Unwirksamkeit der vereinbarten Klausel eine einvernehmliche Änderung des Vertrages in der Art anzubieten, dass er nur noch im Bedarfsfall zur Renovierung verpflichtet ist. Mit anderen Worten soll der starre Fristenplan durch einen weichen ersetzt werden. Die Neugestaltung wird dem arglosen Mieter als „Wohltat“ des Vermieters vorkommen. Hier wird mit Recht eine Aufklärungspflicht des Vermieters hinsichtlich der bestehenden Rechtslage, nach der die Überwälzung der vertraglichen Pflichten unwirksam ist und den Vermieter kraft gesetzlicher Regelung die Instandhaltungspflicht trifft, gefordert. Der Vermieter hat den Mieter darüber in Kenntnis zu setzen, dass ihn durch Zustimmung zu dem Änderungsangebot eine neue, originäre Pflicht trifft<sup>68</sup>. Ansonsten verstößt die neue Klausel gegen das Transparenzgebot bzw. § 305 c Abs. 1 BGB. Individualvertraglich ist wiederum an eine Pflichtverletzung aus § 241 Abs. 2 BGB zu denken.

## **VI. Entgeltthese und Mieterhöhung nach § 558 BGB**

Kurz sei auf das intensiv diskutierte Problem eingegangen, ob der Vermieter, der Kenntnis von der Unwirksamkeit einer derartigen Klausel erlangt, die Miete nach dem Vergleichsmietensystem erhöhen kann. Möglich ist dies nur, wenn man der wirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturpflicht auf den Mieter Entgeltcharakter beimisst. Dazu muss man davon ausgehen, dass die Instandhaltung und Instandsetzung grundsätzlich Angelegenheit des Vermieters ist und diesbezügliche Kosten, soweit sich der Gebrauch im vertragsgemäßen Umfang hält, durch die Miete abgegolten sind<sup>69</sup>. Anders gewendet besteht in der Übernahme der Schönheitsreparaturlast ein zusätzliches dem Mieter auferlegtes Entgelt<sup>70</sup>. So sieht es offenbar auch der VIII. Zivilsenat in der zu den Quotenabgeltungsklauseln

---

<sup>68</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg § 538 BGB Rn. 204.

<sup>69</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg § 538 BGB Rn. 2.

<sup>70</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg § 538 BGB Rn. 183; ders., Schönheitsreparaturen, 1. Teil B Rn. 86.

ergangenen Entscheidung<sup>71</sup>. Folgt man dieser sog. Entgeltthese<sup>72</sup>, verdient der von *Ulf Börstinghaus* eingebrachte Lösungsvorschlag Zustimmung.

Danach steht dem Vermieter der Weg zur Anpassung der Miete auf der Grundlage des § 558 BGB zwar grundsätzlich offen, hat dieser aber, wenn er auf die Unwirksamkeit der selbst gestellten Klausel durch die Erhöhung der Miete reagieren möchte, nach Maßgabe von § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht auf die Interessen des Mieters zu nehmen. Ein schützenswertes Interesse des Mieters besteht darin, dass er im Zweifel auf die Wirksamkeit der Klausel vertraut hat und damit einen entsprechenden Aufschlag auf die Miete für ausgeschlossen hielt. Dieses Vertrauen kann im Einzelfall wirtschaftlich von erheblichem Gewicht sein. Dann nämlich, wenn der Mieter im Stande und bereit ist, die Schönheitsreparaturen eigenständig oder unter Zuhilfenahme von Freundschaftsdiensten durchzuführen und dies bedeutend preiswerter ist, als zu Vertragsbeginn einen Mietzuschlag zu akzeptieren, der die fachmännisch durchgeführte Renovierung in entsprechenden Intervallen abdeckt. Dem Gebot zur Rücksichtnahme wird der Vermieter dadurch gerecht, dass er dem Mieter, bevor er sein Mieterhöhungsverlangen erklärt, anbietet, den Vertrag einvernehmlich dahingehend zu ändern, dass die unwirksame durch eine wirksame, flexible Schönheitsreparaturklausel ersetzt wird<sup>73</sup>. Der Mieter wird dadurch vor die Wahl gestellt, die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen tatsächlich und wirksam zu übernehmen oder das gesetzlich vorgesehene Pflichtenprogramm zu akzeptieren, auf dessen Grundlage der Vermieter aber einen Zuschlag auf die Vergleichsmiete erheben kann. Entscheidet sich der Mieter für die einvernehmliche Vertragsänderung, beginnen die in der wirksamen Abwälzungsklausel enthaltenen flexiblen Fristen mit der Änderung des Vertrages zu laufen<sup>74</sup>. Erklärt sich der Mieter nicht zur einvernehmlichen Vertragsänderung bereit, steht dem Vermieter das Mieterhöhungsrecht aus § 558 BGB zu. Er hat den entsprechenden Zuschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete unter Zuhilfenahme der anerkannten Begründungsmittel, notfalls durch Erstellung eines Sachverständigengutachtens, zu bestimmen, um sein Interesse an der Mieterhöhung zu realisieren. Dadurch wird auch sichergestellt, dass

---

<sup>71</sup> BGH NJW 2006, 3778 Rz. 23; dazu *Börstinghaus* LMK 2006, 204505.

<sup>72</sup> Grds. a. A. *Staudinger/Emmerich* (2006) § 535 BGB Rn. 108; *ders.* NZM 2006, 761 (764); *Both* WuM 2007, 3 (5 f.).

<sup>73</sup> *Börstinghaus* WuM 2005, 675, 682 und NZM 2005, 931; ihm folgend ausdr. LG Düsseldorf NZM 2006, 658 mit abl. Anm. *Lehmann-Richter* WuM 2006, 449; zust. wiederum *Kappes* NJW 2006, 3031 (3033); *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (79)

<sup>74</sup> LG Düsseldorf NZM 2006, 658 (659).

der Vermieter den Zuschlag nur erheben kann, wenn er am Markt zu realisieren wäre. Weder kann hier § 28 Abs. 4 Satz 2 der II. BerechnungsVO weiterhelfen<sup>75</sup>, noch ist der Zuschlag mangels Rechtsgrundlage auf die dem Mieter bei Eigenleistung entstehenden Kosten beschränkt<sup>76</sup>.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Vermieter könne in einer derartigen Konstellation keinesfalls einen Anspruch auf Mietanpassung gestützt auf § 558 BGB geltend machen<sup>77</sup>. Zur Begründung wird Sinn und Zweck des Vergleichsmietensystems angeführt, das darauf ausgerichtet sei, dem Vermieter das Recht zur Anpassung an die aktuelle Vergleichsmiete einzuräumen, wenn sich das Mietniveau nach Abschluss des Vertrages ändert. Keine Anwendung finde § 558 BGB jedoch grundsätzlich auf den Fall der bereits ursprünglich bestehenden Äquivalenzstörung im Mietverhältnis<sup>78</sup>.

Dieser, die Grundsätze des Vergleichsmietensystems betreffenden Argumentation kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden<sup>79</sup>. Es mangelt zunächst an einer Stütze im Gesetzeswortlaut für eine derart enge Auslegung des Anwendungsbereichs von § 558 BGB<sup>80</sup>. Der Vermieter hat nach Maßgabe von § 558 Abs. 1 BGB schlicht den Anspruch auf Zustimmung zu einer Anhebung der Miete auf das ortsübliche Niveau. Im Kern dient das Vergleichsmietensystem der Kompensation für das Verbot der Änderungskündigung. Aus welchem Grund zu einem bestimmten Zeitpunkt zwischen der vertraglich vereinbarten Miethöhe und der Vergleichsmiete eine Differenz zu Ungunsten des Vermieters besteht, spielt für das Mieterhöhungsrecht aus § 558 BGB keine Rolle. Es sind mannigfache Situationen denkbar, in denen die anfängliche Vertragsmiete erheblich unter dem durchschnittlichen Niveau liegt. Zu nennen ist zunächst der einfache Fall, dass sich der Vermieter beim Abschluss des Vertrages keine weiteren Gedanken über die „angemessene“ Miethöhe gemacht hat und in Folge dessen eine weit unterhalb der Vergleichsmiete liegende Miete vereinbart wurde. Soweit keine darüber hinausgehenden Vereinbarungen, die einen Ausschluss des Mieterhöhungsrechts

---

<sup>75</sup> Insoweit einmütig *Emmerich* NZM 2006, 761 (765) und *Börstinghaus* WuM 2005, 675 (683 f).

<sup>76</sup> So aber *Börstinghaus* WuM 2005, 675 (684); wie hier *Hannemann*, FS Blank, S. 189 (201).

<sup>77</sup> Insb. *Emmerich* NZM 2006, 761; *Lehmann-Richter* ZMR 2005, 170

<sup>78</sup> So ausdr. *Lehmann-Richter* ZMR 2005, 170 (172)

<sup>79</sup> Abl. auch *Börstinghaus* WuM 2005, 675 (680); *Hannemann*, in: FS Blank, S. 189 (198).

<sup>80</sup> Dies gesteht auch *Lehmann-Richter* ZMR 2005, 170 (172) zu.

begründen, getroffen wurden, ist der Vermieter nicht daran gehindert, die Miete an das ortsübliche Niveau anzupassen, wenn er von der bestehenden Differenz Kenntnis erlangt; ohne weiteres wird kein Vertrauenstatbestand zu Gunsten des Mieters begründet. Niedrige Ausgangsmieten sind darüber hinaus häufig in Fällen des Eintritts eines Vermieters in ein laufendes Mietverhältnis anzutreffen. Hintergrund mag eine besondere persönliche Beziehung zwischen vormaligem Vermieter und Mieter sein. Geht ein solches Mietverhältnis nach Maßgabe von § 566 BGB oder etwa durch Erbschaft auf den neuen Vermieter über, kann dieser dem Mieter nicht nahestehende neue Vertragspartner ein Interesse daran haben, die Miete der Vergleichsmiete anzupassen. Das gesetzlich geregelte Recht zur Vertragsanpassung muss dem Vermieter daher unabhängig von der Entwicklung des Mietniveaus zustehen. Dem Fall des Eintritts in ein fremdes Mietverhältnis insoweit vergleichbar ist die Situation bei Wohnungen, deren Preisbindung endet; auch hier steht dem Vermieter das Mieterhöhungsrecht zu, ohne dass sich das Preisniveau ändert. Im Übrigen wäre Sinn und Zweck der in Abs. 3 geregelten Kappungsgrenze schwerlich erklärbar, wenn sich der Anwendungsbereich des Mieterhöhungsrechts aus § 558 BGB auf Fälle der späteren Veränderung des Mietniveaus beschränkte. Denn das Regelungsziel der Kappungsgrenze liegt gerade darin, ein rasantes Ansteigen von niedrigen Mieten an das ortsübliche Niveau zum Schutze des Mieters zu verhindern. Die zwischen Vertrags- und Vergleichsmiete liegende Differenz wird einen Wert von 20 % aber nur in außergewöhnlichen Konstellationen allein aus dem Grund erreichen, dass sich das Mietniveau nach Abschluss des Vertrages entsprechend stark verändert hat. Die geradezu typischen Fälle, in denen die Kappungsgrenze das Erhöhungsverlangen des Vermieters beschränkt, sind vielmehr die vorstehend genannten, in denen die Ausgangsmiete aus irgendeinem Grund weit unter dem ortsüblichen Mietniveau lag.

## **VII. Wirksame Quotenabgeltungsklauseln**

Abschließend ist auf die Zukunft von Quotenabgeltungsklauseln einzugehen. Man wird davon ausgehen können, dass es weiterhin grundsätzlich möglich ist, klauselmäßig sowohl die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auf den

Mieter abzuwälzen, als auch Quotenabgeltungsregelungen zu vereinbaren<sup>81</sup>. Der Bedarf an einer solchen Abgeltungsklausel folgt im Grunde zwingend aus der Entgeltthese.

Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen, wie schon bislang darin, dass die vereinbarten Fristen erst bei Einzug des Mieters zu Laufen beginnen, der Mieter nicht an einen Kostenvoranschlag eines Fachgeschäfts gebunden ist und dass es dem Mieter vorbehalten bleibt, der Ausgleichszahlung dadurch zu entgehen, die notwendig werdende Renovierung selbst bzw. unter Zuhilfenahme von kostengünstigen resp. –losen Freundschafts- oder Familiendiensten vornehmen zu können<sup>82</sup>. Dann hat der Mieter aber nach Auffassung des BGH zu 100 % zu renovieren<sup>83</sup> und kann allenfalls auf einen freiwilligen Zuschuss durch den Vermieter hoffen.

Entscheidender Punkt ist demnach die klauselartige Festlegung des Fälligkeitszeitpunktes unter Verzicht auf einen starren Fristenplan. Ausgangspunkt muss auch hier das tragende Argument des BGH zu starren Fristenklauseln sein. Dem Mieter darf durch die Klausel keinesfalls eine Pflicht auferlegt werden, die den Vermieter kraft Gesetzes nicht trifft. Als Orientierungspunkt dient daher der Zeitpunkt, zu dem der Vermieter gehalten wäre, die Instandsetzungsmaßnahme durchzuführen. Hier spricht vieles dafür, dass dies erst dann der Fall ist, wenn sich die Wohnung in einem mangelhaften Zustand befindet, das heißt ohne Vornahme einer Renovierung nicht mehr neu vermietbar ist<sup>84</sup>. Hier mag man sich weiterhin an dem Fristenplan aus dem Mustermietvertrag des BMJ (drei, fünf, sieben Jahre) in der Weise orientieren, dass dem der Charakter einer Richtlinie zukommt<sup>85</sup>. Nicht von der Hand zu weisen ist aber auch, dass die Qualität der verwendeten Dekorationsmittel in der Vergangenheit gestiegen, so dass mit Langenberg durchaus in Erwägung zu ziehen ist, die Intervalle, an denen eine Orientierung erfolgt, zu verlängern<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Grds. gegen die Überwälzung der Schönheitsreparaturpflicht in Formularverträgen Staudinger/*Emmerich* (2006) § 535 BGB Rn. 107.

<sup>82</sup> BGH NZM 2004, 615; 903; dazu auch *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (77); *Beyer* GE 2007, 122 (125); *Eupen/Schmidt* NZM 2006, 644 (645).

<sup>83</sup> NJW 1988, 2790; dagegen *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, 1. Teil B Rn. 90.

<sup>84</sup> Staudinger/*Emmerich* (2006) § 535 BGB Rn. 112.

<sup>85</sup> BGH NJW 2006, 2113 Rz. 12.

<sup>86</sup> WuM 2006, 122.

Es fragt sich nur, wie man es bewerkstelligt, hinsichtlich der Abgeltungsklauseln den Fristen insoweit Flexibilität zu verleihen, dass diese in einer Auseinandersetzung bei Vertragsende auch justiziabel sind. Zunächst wird man wohl nicht umhin kommen, den Fristenplan in der Form aufzuweichen, wie dies auch bei Renovierungsklauseln geschehen ist. Formulierungen wie „im Allgemeinen“, „in der Regel“ oder „regelmäßig“ bieten sich an<sup>87</sup>. Zu denken ist auch daran, den Vermieter in der Klausel dazu zu verpflichten, in Ausnahmefällen die Quote angemessen herabzusetzen resp. die Frist zu verlängern<sup>88</sup>.

Es treten dann aber zwei Folgeprobleme auf. Zum einen steht eine solche Klausel stets an der Klippe des Transparenzgebots aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>89</sup>: Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn die Renovierungsbedürftigkeit bei Auszug nicht vorlag? Damit ist das zweite Folgeproblem benannt: Wie berechnet man die Abgeltungsquote, wenn der renovierungsbedürftige Zustand noch nicht erreicht wurde?

Im ersten Zugriff verfällt man auf die Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens. Sicher nicht zu unterschätzen ist die Relevanz der Hinweise des ehemaligen Senatsmitglieds *Beyer*, das auf die wirtschaftliche Relevanz der hier typischerweise zu klärenden Frage abstellt. Denn in der Tat wird der Streit oftmals um Beträge zu führen sein, die im geringen dreistelligen Bereich liegen. Dies ergibt sich aus der folgenden Überlegung: Ist die Schönheitsreparaturlast mit weichem Fristenplan wirksam auf den Mieter abgewälzt worden und bereits ein Teil des jeweiligen Intervalls verstrichen, so besteht der Abgeltungsanspruch des Vermieters auf Grund der die flexiblen Fristen in Bezug nehmenden Abgeltungsklausel dem Grunde nach. Zu streiten ist alsdann nur noch über die Differenz zwischen dem in der Klausel vorgesehenen Richtwert (z. B. 60 % nach 36 Monaten eines Intervalls von fünf Jahren) und dem tatsächlich vorhandenen Renovierungsbedürfnis. Dieses wird in vielen Fällen nicht erheblich von dem Richtwert abweichen, so dass der Streit am Ende um 10 oder 15 % der anzusetzenden Renovierungskosten geht. Unweigerliche Folge einer klassischen prozessualen Herangehensweise ist dann aber, dass die Kosten den Streitwert bei

---

<sup>87</sup> *Börstinghaus* LMK 2006, 204505; *Bub/von der Osten* NZM 2007, 76 (80).

<sup>88</sup> Vorschlag von *Beyer* GE 2007, 122 (135); s. auch *Börstinghaus* LMK 2006, 204505.

<sup>89</sup> Dazu *Kappus* ZMR 2007, 31 (32).

weitem übersteigen. Der streitige tatsächliche Zustand der Wohnung kann im Grunde nur durch ein aufwändiges Sachverständigengutachten festgestellt werden. Wobei bei Lichte betrachtet selbst das zweifelhaft ist. Denn man mag schon ernsthaft die Frage stellen, ob es einem Sachverständigen bei aller Kompetenz überhaupt möglich ist, prozentgenau den Abnutzungsgrad einer Wohnung festzustellen.

Einher geht der Schwebezustand mit einem Mietausfall. Hier pauschal jedenfalls einen geringen vierstelligen Betrag anzusetzen, ist sich nicht unangemessen. Dass aber die zwischen den Parteien umstrittene Differenz zwischen zu zahlender Quote und Richtwert im Mietvertrag einen solchen Betrag ausmacht, wird eher in Ausnahmefällen anzutreffen sein.

*Beyer* plädiert nun dafür, Abstand zu nehmen von dem Anspruch, zur Verhinderung einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters um jeden Preis eine „*Cent-Genauigkeit*“ herbeiführen zu müssen und stattdessen „*gewisse Toleranzen*“ hinzunehmen<sup>90</sup>. Verzichtet man auf die Erstellung des Sachverständigengutachtens, darf dies freilich nicht zur Folge haben, dass der Richter die Wohnung in Augenschein nimmt. Womöglich, dies sei im Sinne *Beyers* in den Raum gestellt, kann hier tatsächlich § 287 ZPO weiterführen.

Der Richter unternimmt anhand objektiver Kriterien eine Schätzung des Abnutzungsgrads. Dabei gilt es den Begriff der unangemessenen Benachteiligung des Mieters zu überdenken. Man mag folgende Überlegung anstellen: Von dem Mieter wird verlangt, verwertbare Tatsachen vorzubringen, die darauf schließen lassen, dass sich die Wohnung in einem unterdurchschnittlich abgenutzten Zustand befindet. Zu denken ist an einen längeren Auslandsaufenthalt, eine ständige arbeitsbedingte Reisetätigkeit u.s.w. Auf dieser Grundlage unternimmt der Richter eine Schätzung und vollzieht einen Abschlag von der vorgesehenen Quote. Kann der Mieter solche überprüfbaren Anhaltspunkte nicht vorbringen, ist eine Orientierung an der durch den Fristenplan vorgegebenen Richtlinie zulässig. Darin muss angesichts der bestehenden Probleme keine unangemessene Benachteiligung des Mieters liegen.

---

<sup>90</sup> *Beyer* GE 2007, 122 (132).