

Gesamtunwirksamkeit oder Teilaufrechterhaltung von Formular Klauseln in Mietverträgen unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zu Schönheitsreparatur- und Kautionsklauseln

I. Einleitung

1. Dauerthema: Schönheitsreparaturen.

Ein Hauptanwendungsgebiet der Inhaltskontrolle sind im Mietrecht seit fast unvordenklichen Zeiten Klauseln, durch die der Vermieter die Schönheitsreparaturen auf den Mieter abwälzt. Eine anfänglich heftig umstrittene Frage ist inzwischen allerdings geklärt. Der Bundesgerichtshof geht seit mehr als 20 Jahren in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Vermieter den Mieter durch vorformulierte Regelungen verpflichten kann, die Schönheitsreparaturen vorzunehmen.¹ Es macht wenig Sinn, diese Rechtsprechung, die der Gesetzgeber der Mietrechtsreform gebilligt hat,² weiter in Zweifel zu ziehen. Fest steht aber auch, dass der Vermieter bei der Abwälzung der Schönheitsreparaturen zur Sicherung der berechtigten Interessen des Mieters eine Reihe von Einschränkungen zu beachten hat.³ In letzter Zeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung für Schönheitsreparaturklauseln einen weiteren Unwirksamkeitsgrund entdeckt. Der Vermieter darf dem Mieter in der Abwälzungsklausel keine starre Fristen auferlegen.⁴

2. Klauseln mit unwirksamen und nicht zu beanstandenden Regelungen

Durch die Entscheidung zu den starren Renovierungsfristen ist zugleich eine komplizierte Diskussion wieder in Gang gekommen. Es geht um die Frage, ob eine Abwälzungsklausel, die neben unwirksamen auch wirksame Teilregelungen enthält, im Ganzen oder nur teilweise unwirksam ist. Dabei geht es auch um Klauseln, die die Pflicht zur laufenden Renovierung mit einer Verpflichtung zur End- oder Anfangsrenovierung kombinieren⁵, und um Bestimmungen über eine vom Mieter zu stellende Sicherheit, die gegen § 551 BGB verstoßende Teilregelungen enthalten⁶.

Zunächst aber zur

II. Unwirksamkeit starrer Fristenpläne

1. Starr ausgestaltete Fristenpläne.

Schönheitsreparaturklauseln enthalten häufig einen starren, vom Renovierungsbedarf unabhängigen Fristenplan. Sie sind etwa wie folgt gefasst:

¹ BGH NJW 1985, 480, BGH NJW 1987, 2575, BGH NJW 1988, 2780, BGH NJW 1998, 3114.

² BT-Drs. 14/4553 S. 40, 84, 99 (Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. 14/5663 S. 75 (Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags).

³ Vgl. dazu Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Auflage, § 538 Rn. 66 ff. Er behandelt die Schönheitsreparaturen auf 87 S in 293 Rn.; noch ausführlicher seine Monografie, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl. 2004.

⁴ BGH NJW 2004, 2586, BGH NJW 2004, 3775.

⁵ BGH NJW 2003, 2234, BGH NJW 2003, 3192, BGH NJW 2005, 425.

⁶ BGH NJW 2003, 2899, BGH NJW 2004, 1240, BGH NJW 2004, 3045.

„Der Mieter ist verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen) in den Mieträumen, **wenn erforderlich mindestens aber in der nachstehenden Reihenfolge** fachgerecht auszuführen.

Die Zeitfolge beträgt: bei Küche, Bad, Toilette 3 Jahre – bei allen übrigen Räumen 5 Jahre. Die Fristen werden berechnet vom Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses bzw., soweit Schönheitsreparaturen nach diesem Zeitpunkt von dem Mieter fachgerecht durchgeführt worden sind, von diesem Zeitpunkt an.“⁷

Auch die folgende Klausel hat den Fristenplan starr ausgestaltet:

„Der Mieter ist insbesondere verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (..) in den Mieträumen, wenn erforderlich, **mindestens aber in der nachstehenden Zeitfolge** fachgerecht auszuführen... Die Zeitfolge beträgt: bei Küche, Bad und Toilette 2 Jahre, bei allen übrigen Räumen 5 Jahre.“⁸

In drei im letzten Jahr erschienenen Mietrechtskommentierungen wird die Auffassung vertreten, dass diese Klauseln der Inhaltskontrolle Stand halten.⁹

2. Die Unwirksamkeit starrer Fristenpläne.

Der BGH sieht das mit Recht anders.¹⁰ Die Klausel verpflichtet den Mieter, Schönheitsreparaturen nach Fristablauf auch dann vorzunehmen, wenn ein Renovierungsbedarf nicht besteht. Dieser kann aus den unterschiedlichsten Gründen entfallen. Bestimmte Räume oder die ganze Wohnung sind möglicherweise seit der letzten Schönheitsreparatur nicht oder kaum benutzt worden. Man denke an den Mieter, der längere Zeit im Ausland oder in einer anderen Stadt gearbeitet und gewohnt hat oder an die nach dem Auszug der Kinder vielfach leerstehenden Kinderzimmer. Auch die Verwendung von Materialien höherer Qualität kann dazu führen, dass die Räume bei Fristablauf nicht oder nur eingeschränkt renovierungsbedürftig sind. Beispiele sind etwa die Verwendung von Kunst- oder Webstofftapeten oder von Spezialfarben.¹¹

Starre Fristenpläne, die den Mieter unabhängig von einem Bedarf zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichten, sind mit § 307 Abs. 1 BGB unvereinbar. Es ist eine gegen Treu und Glauben verstößende unangemessene Benachteiligung des Mieters, ihn zu einer Leistung zu verpflichten, für die kein Bedarf besteht. Die Unwirksamkeit des Fristenplans ergibt sich zugleich auch aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹² Nach der dispositiven Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie wäh-

⁷ BGH NJW 1998, 3114 und NJW 2003, 3192.

⁸ BGH NJW 2004, 2586.

⁹ MünchKomm/Schilling, BGB, 4. Aufl. § 535 Rn.119, Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, § 535 Rn. 59, Erman/Jendrek BGB, § 535 Rn.100; sie halten Randkorrekturen durch Auslegung oder Anwendung des § 242 für ausreichend.

¹⁰ BGH NJW 2004, 2586, BGH NJW 2004, 3775. Vgl die im Ergebnis zustimmenden Besprechungen von Blank, LMK 2004, 177, Emmerich, JuS 2004, 1008, Fischer, WuM 2004, 452, Gosch, WuM 2004, 513, Hilgenstock, WuM 2004, 464, aA Stürzer WuM 2004, 512. Ebenso wie der BGH OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13, 15 und aus dem Schrifttum statt aller Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn 3), § 538 Rn. 165, 223.

¹¹ Lützenkirchen ZMR 1998, 605.

rend der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hierzu gehört auch die Pflicht zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Wenn der Vermieter diese Verpflichtung auf den Mieter überträgt, gilt für den Umfang der Mieterpflichten der Grundgedanke des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Bei einem Mietvertrag ohne Abwälzungsklausel schuldet der Vermieter Schönheitsreparaturen nur, wenn für sie ein Bedarf besteht. Umgekehrt ergibt sich für den Fall einer Abwälzung aus §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass der Vermieter Schönheitsreparaturen nur verlangen kann, wenn ein Renovierungs- oder Dekorationbedarf wirklich besteht.

3. Unwirksamkeit auch, wenn der Mieter nicht konkret benachteiligt ist.

Starre Fristenregelungen sind auch dann unwirksam, wenn sie sich im Einzelfall nicht zum Nachteil des Mieters ausgewirkt haben. Auch der Mieter, der die Wohnung normal oder übermäßig benutzt hat, kann sich auf die Unwirksamkeit des Fristenplanes berufen. Bei der Inhaltskontrolle ist nach ständiger Rechtsprechung von einer überindividuellen, generalisierenden Betrachtung auszugehen. Abzuwägen sind die Interessen des Verwenders und der typischerweise auf der Gegenseite beteiligten Verbraucher.¹³ Genügt eine Klausel nicht den Anforderungen des § 307 BGB, ist sie auch dann unwirksam, wenn sie den konkreten Vertragspartner weder benachteiligt oder gefährdet. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der bei Verbraucherverträgen die Berücksichtigung von individuellen Umständen vorschreibt, die den Vertragsschluss begleiten, hat bei der Beurteilung von starren Fristenplänen keine Änderung gebracht. In § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB geht es ausschließlich um individuelle Umstände, die den *Vertragsschluss* betreffen.¹⁴ In welchem Umfang der Mieter die Wohnung in *Durchführung des Vertrages* genutzt hat, ist auch nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB kein Umstand, der bei der Inhaltskontrolle berücksichtigt werden kann.

4. Keine Korrektur durch geltungserhaltende, einschränkende Auslegung.

Die in Schönheitsreparaturregelungen enthaltenen starren Fristenpläne lassen sich auch nicht durch Auslegung retten. Die Pläne enthalten häufig eine Bestimmung, nach der der Mieter im Fall einer übermäßigen Nutzung bereits vor Fristablauf zur Renovierung verpflichtet ist. Auf die umgekehrte Regelung, dass die Renovierungspflicht entfällt, wenn bei Fristende kein Renovierungsbedarf besteht, hat der Verwender bewusst verzichtet. Es ist ausgeschlossen, sie in Anwendung der §§ 133, 157 BGB in die Klausel zu implantieren. Eine den Fristenplan rettende berichtigende oder ergänzende Auslegung scheidet aber auch an allgemeinen Erwägungen. Eine geltungserhaltende, den Klauselinhalt verändernde Auslegung ist seit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes nicht mehr zulässig. Es gilt das Verbot gel-

¹² BGH NJW 2004, 2586.

¹³ BGH NJW 1982, 870, 872, BGH NJW 1987, 487, 489, BGH NJW 1988, 2536, BGH NJW 1996, 2155, 2566, BGH NJW 1996, 2155, 2156, Palandt/*Heinrichs*, BGB, 64. Auflage, § 307 Rn. 4.

tungserhaltender Reduktion. Es ist nicht Aufgabe der Auslegung, eine den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligende Klausel soweit abzumildern oder zu entschärfen, dass sie den Anforderungen der Inhaltskontrolle gerade noch genügt.¹⁵

5. Vorrang der Inhaltskontrolle vor der Ausübungskontrolle.

Es geht auch nicht an, die Bedenken gegen den starren Fristenplan von der Inhaltskontrolle zur Ausübungskontrolle und damit vom § 307 BGB zum § 242 BGB zu verschieben. Aus § 242 BGB kann sich ergeben, dass der Verwender sich auf eine wirksam vereinbarte, den anderen Teil benachteiligende Regelung wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht berufen kann.¹⁶ Eine gegen ein Klauselverbot verstoßende Vertragsbedingung kann aber seit der gesetzlichen Etablierung der Inhaltskontrolle nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, der Vertragspartner werde im Ergebnis nicht benachteiligt, da er sich gegen eine unbillige Inanspruchnahme mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs verteidigen könne.

6. Anforderungen an Öffnungsklauseln unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel.

Eine Fristenregelung, die angemessene, den technischen Erfahrungswerten entsprechende Fristen bestimmt, ist mit § 307 BGB vereinbar, wenn sie beweglich ausgestaltet wird. In der Literatur gebräuchliche Synonyma sind weich, flexibel oder variabel. Der durchschnittliche, verständige Mieter muss aus der Fassung der Klausel erkennen können, dass er eine Renovierung bei Fristablauf mit der Begründung verweigern darf, es bestehe kein Renovierungsbedarf.¹⁷

a) *Die Regelung des Mustermietvertrages.* Nicht zu beanstanden ist nach Ansicht des BGH¹⁸ die Regelung des § 7 Abs. 3 Satz 1 und 2 Mustermietvertrages 1976.¹⁹ Sie lautet bekanntlich wie folgt:

„Hat der Mieter Schönheitsreparaturen übernommen, so hat er spätestens bei Ende des Mietverhältnisses alle bis dahin je nach dem Grad der Abnutzung oder Beschädigung erforderlichen Arbeiten auszuführen, soweit nicht der neue Mieter sie auf seine Kosten – ohne Berücksichtigung im Mietpreis – übernimmt oder dem Vermieter diese Kosten erstattet. **Werden Schönheitsreparaturen** wegen des Zustandes der Wohnung bereits während der Mietdauer **notwendig**, um nachhaltige Schäden an der Substanz der Mieträume zu vermeiden oder zu beseitigen, so sind die erforderlichen Arbeiten jeweils unverzüglich auszuführen.“

Ergänzend gilt folgende Fußnote:

„**Im Allgemeinen** werden **Schönheitsreparaturen** in den Mieträumen in folgenden Abständen **erforderlich** sein:

in Küchen, Bädern und Duschen alle 3 Jahre,

¹⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage, § 9 AGBG Rn. 54, Erman/S.Roloff (o. Fußn. 9), § 310 Rn. 23.

¹⁵ BGH NJW 1982, 2309, BGH NJW 1983, 385, 387, BGH NJW 1985, 970, BGH NJW 1990, 2388, Ulmer NJW 1981, 2025.

¹⁶ BGHZ 105, 71, 88, BGH NJW-RR 1986, 271, BGH NJW-RR 1987, 883, BGH NJW-RR 2000, 1220.

¹⁷ BGH NJW 2004, 2586, BGH NJW 2004, 3775.

¹⁸ BGH WuM 2004, 333 mit kritischer Anmerkung von Wiek. Ebenso OLG Bremen WuM 1982, 317, Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn 163.

¹⁹ ZMR 1976, 68.

in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle 5 Jahre,
in anderen Nebenräumen alle 7 Jahre.“

Schon der § 7 Abs. 3 legt unzweideutig fest, dass eine Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen nur besteht, wenn diese notwendig sind. Die in der Anmerkung genannten Fristen sind weich. Sie geben Erfahrungswerte an, die im Allgemeinen herangezogen werden können, die aber nichts daran ändern, dass der Mieter nach § 7 Abs. 3 nur bei Bedarf zu renovieren hat. Auch „Auslegungsakrobatik“²⁰ schafft es nicht, aus den weichen Fristen des Mustermietvertrags rechtlich bedenkliche starre Fristen zu machen.

b) *Eine problematische Klausel.* Zweifelhaft ist die Beurteilung folgender Klausel:

Der Mieter hat insbesondere die Verpflichtung, auf seine Kosten alle Schönheitsreparaturen fachmännisch auszuführen bzw. ausführen zu lassen. Diese Arbeiten sind ab Mietbeginn **in der Regel** in Küche, Bädern und Toiletten **spätestens** nach drei Jahren, in Wohnräumen, Schlafräumen, Dielen, Fluren, Treppenhäusern in Alleinbenutzung und in mitvermieteten gewerblich oder freiberuflich genutzten Räumen **spätestens** nach fünf Jahren und in sonstigen Räumlichkeiten, wie, **spätestens** nach sieben Jahren zu tätigen.

Der BGH ist, ohne die Problematik zu erörtern, von der Wirksamkeit der Klausel ausgegangen.²¹ Das OLG Düsseldorf hat sie dagegen als unwirksam angesehen.²² Nach meiner Ansicht ist der Beurteilung des BGH zuzustimmen. Zwar sind die Renovierungsarbeiten *spätestens* zu den angegebenen Terminen auszuführen. Das gilt aber nur *in der Regel*. Der durchschnittliche, verständige Mieter kann daher m.E. der Formulierung entnehmen, dass die Renovierungspflicht entfällt, wenn bei Fristablauf entgegen der Regel kein Renovierungsbedarf besteht.

c) *Die Öffnungsklausel der Wohnungsbaugenossenschaften.* Die Wohnungsbaugenossenschaften verwenden offenbar sowohl in Süddeutschland²³ als auch in Norddeutschland²⁴ folgende Öffnungsklausel:

„Lässt in **besonderen Ausnahmefällen** der Zustand der Wohnung eine Verlängerung der nach Absatz 2 vereinbarten Fristen zu oder erfordert der Grad der Abnutzung eine Verkürzung, so ist die Genossenschaft **auf Antrag des Mitglieds** verpflichtet, im anderen Fall aber berechtigt, nach **billigem Ermessen** die Fristen des Plans bezüglich der Durchführung einzelner Schönheitsreparaturen **zu verlängern** oder zu verkürzen.“

Der BGH hält diese Öffnungsklausel für ausreichend.²⁵ Der Vermieter sei auf Antrag des Mieters verpflichtet, die Fristen des Planes nach billigem Ermessen zu verlängern, wenn der Zustand der Wohnung dies in besonderen Ausnahmefällen zulasse, hierauf bestehe ein Anspruch des Mieters. Diese Regelung

²⁰ *Wiek*, WuM 2004, 334 konstatiert zu Recht, dass sie im Recht der Schönheitsreparaturen ein verbreitetes Phänomen ist, übersieht aber, dass sie in der Literatur intensiver betrieben wird als in der Rechtsprechung.

²¹ BGH NJW 2004, 3042.

²² OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13.

²³ BGH NJW 2005, 425 = NZM 2005, 55, LG-Bezirk Darmstadt.

²⁴ LG Hamburg NZM 2004, 295, LG-Bezirk Hamburg.

trage dem Interesse des Mieters, die Wohnung nicht unabhängig von einem tatsächlichen Bedarf renovieren zu müssen, hinreichend Rechnung.

Ich habe - ausnahmsweise - Bedenken, dem VIII. Zivilsenat zu folgen. Die Klausel enthält nach meinem Verständnis drei Unklarheiten. Voraussetzung für den Verlängerungsanspruch ist ein „besonderer Ausnahmefall.“ Es ist fraglich, ob Fehlen eines Renovierungsbedarfs immer ein besonderer Ausnahmefall ist oder ob - etwa in Grenz- oder Zweifelsfällen - einen besonderen Ausnahmefall verneint werden kann, obwohl objektiv kein Renovierungsbedarf besteht. Unklar ist auch, wie der dem Vermieter eingeräumte Ermessensspielraum abzugrenzen ist. Kann er auch über das „ob“ der Verlängerung nach billigem Ermessen entscheiden oder nur über die Dauer der Verlängerung? Bedenklich ist auch das Antragserfordernis. Aus ihm könnte sich ergeben, dass der Antrag nicht mehr gestellt werden kann, wenn ein nach Treu und Glauben zu bemessender angemessener Zeitraum abgelaufen ist. Ein Wegfall des Antragsrechts könnte insbesondere angenommen werden, wenn aus dem Erfüllungsanspruch des Vermieters durch Fristsetzung gemäß § 281 BGB²⁶ ein Schadensersatzanspruch geworden ist.²⁷

Diese Überlegungen führen m.E. zu folgendem Ergebnis:²⁸ Die Öffnungsklausel und der Fristenplan sind wirksam, wenn in den Zweifelsfragen die mieterfreundliche Auslegung zugrunde zu legen ist. Sie sind dagegen unwirksam, wenn die vermietetfreundliche Auslegung maßgebend sein sollte; denn diese Auslegung kann dazu führen, dass der Mieter zur Vornahme von Renovierungsarbeiten verpflichtet ist, für die objektiv kein Bedarf besteht

c) *Anwendung der Unklarheitenregel.* Anzuwenden ist daher die jetzt in § 305 c Abs. 2 BGB enthaltene Unklarheitenregel. Sie führt dazu, dass sich die mieterfeindlichste Auslegung durchsetzt und die Öffnungsklausel und der Fristenplan unwirksam sind.

Es ist seit langem allgemein anerkannt, dass die Unklarheitenregel im Verbandsprozess umgekehrt anzuwenden ist. Soweit mehrere Auslegungsalternativen bestehen, ist von der Auslegung auszugehen, die zur Unwirksamkeit der Regelung führt.²⁹ Maßgebend ist danach die auf den ersten Blick scheinbar kundenfeindlichste Auslegung. Sie ist in Wahrheit die für den Kunden günstigste, da sie die den Kunden belastende Regelung nicht nur abmildert, sondern beseitigt.

²⁵ BGH NJW 2005, 425 = NZM 2005, 58, aA LG Hamburg NZM 2004, 295. Vgl. auch die Besprechungen der BGH-Entscheidungen: *Lammel* LMK 2005, 17, *Timme* NZM 2005, **xxx**, *Wiek* WuM 2005, 10, *Klimke* NZM 2005, 134, .

²⁶ Vgl. dazu *Heinrichs* in Festschrift für *Peter Derleder*, 2005, 87.

²⁷ Nach dem Diskussionsbeitrag von Richter am Bundesgerichtshof *Dr. Dieter Wolst* hat der VIII. Zivilsenat inzwischen entschieden, dass die Öffnungsklausel auch dann nicht zu beanstanden ist, wenn der Vermieter in Ausnahmefällen die Frist verlängern „kann“. Bestehe kein Renovierungsbedarf, sei der Ermessensspielraum des Vermieters auf Null reduziert. Das ist sicher eine vertretbare Auslegung. Es fehlt aber eine Auseinandersetzung mit der Unklarheitenregel und eine Berücksichtigung der Verständnismöglichkeit des Mieters. Die Praxis wird sich jedoch darauf einstellen müssen, dass der BGH an seinen geringen – vielleicht zu geringen - Anforderungen an die Öffnungsklausel festhält.

²⁸ Ebenso *Klimke* NZM 2005, 134.

²⁹ BGH NJW 1984, 2161, BGH NJW 1986, 43, 44, BGH NJW 1992, 3158, 3162, BGH NJW 1999, 276, 277, BGH NJW 2003, 1237, 1238, OLG Brandenburg ZMR 2004, 745.

Das gilt ebenso, wenn die Unklarheitenregel, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, in einem Individualprozess heranzuziehen ist. In einem ersten Prüfungsschritt ist zu untersuchen, ob die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung wegen Verstoßes gegen ein Klauselverbot unwirksam ist.³⁰ Entgegen der früher herrschenden Meinung besteht kein Anlass, diese Auslegung auf den Verbandsprozess zu beschränken. Ihr Gebrauch auch im Individualprozess entspricht dem Schutzzweck der Unklarheitenregel und vermeidet unterschiedliche Auslegungsergebnisse im Verbands- und Individualprozess. Erst wenn sich die Klausel im ersten Auslegungsschritt als wirksam erweist, gilt in direkter Anwendung der Unklarheitenregel die weniger belastende kundenfreundlichere Auslegung.

Zwar hat der BGH die umgekehrte Anwendung der Unklarheitenregel im Individualprozess noch nicht ausdrücklich gebilligt. Zwei Entscheidungen lassen aber erkennen, dass er dieser Auffassung zuneigt.³¹ Es ist daher nicht ernstlich zweifelhaft: Ein Fristenplan ist auch dann unwirksam, wenn nach seiner Fassung unklar ist, ob seine Fristen starr oder beweglich sind. Eine solche Unklarheit besteht – entgegen der vom BGH vertretenen Ansicht - auch bei den von den Wohnungsbaugenossenschaften verwandten Regelungen.

7. Ersatzloser Wegfall des Fristenplans.

Der Verstoß gegen § 307 BGB hat die Folge, dass der in der Klausel enthaltene starre Fristenplan unwirksam ist und ersatzlos wegfällt. Dispositives Recht, das nach § 306 BGB an seine Stelle treten könnte, gibt es nicht. Es ist auch ausgeschlossen, den starren Fristenplan als beweglichen Plan aufrechtzuerhalten. Eine solche Einschränkung der in § 307 Abs. 1 BGB enthaltenen Unwirksamkeitsanordnung würde gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen.³²

III. Gesamtunwirksamkeit oder Teilaufrechterhaltung von Abwälzungsklauseln, die unwirksame Regelungen enthalten

1. Die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien

Enthält eine AGB-Klausel neben unangemessenen auch angemessene Einzelregelungen, kann die Unwirksamkeitsfolge trotz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion auf die unangemessenen Regelungen beschränkt werden. Voraussetzung ist aber, dass die beiden Regelungsteile sprachlich und sach-

³⁰ OLG Schleswig ZIP 1995, 759, 762, OLG München NJW-RR 1998, 393, 394, Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 13), § 305 c Rn. 20, MünchKomm/Basedow, (o. Fußn. 9) § 5 AGBG Rn. 20.

³¹ BGH NJW 1992, 1097, 1099, BGH NJW 1994, 1798, 1799.

³² BGH NJW 1982, 2309, 2310, BGH NJW 1985, 319, BGH NJW 1992, 575, BGH NJW 1993, 1784, 1786, BGH NJW 1994, 861, BGH NJW 1998, 2284, 2286, BGH NJW 2000, 1100, 1113, grundlegend Ulmer NJW 1981, 2025.

lich teilbar sind.³³ Für die Abgrenzung von Gesamtunwirksamkeit und Teilaufrechterhaltung hat die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Entscheidungen folgende Kriterien entwickelt:

a) Sprachlich setzt die Teilaufrechterhaltung der Klausel voraus, dass nach Wegstreichen der unwirksamen Regelung ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt.³⁴ Zweckmäßig ist zunächst ein sogenannter „blue-pencil-test“³⁵, also das Wegstreichen der unwirksamen Bestimmung. Wenn der danach verbleibende Rest kein verständlicher Text ist, ist die Klausel im Ganzen unwirksam. Anderenfalls liegt die erste Voraussetzung für eine Teilaufrechterhaltung der Klausel vor.

b) Sachlich steht der Aufrechterhaltung des Klauselrests nach der Rechtsprechung nicht entgegen, dass die unwirksamen und die nicht zu beanstandenden Bestimmungen den gleichen Regelungsgegenstand betreffen.³⁶ Dazu aus der umfangreichen Rechtsprechung einige Beispiele. Teilbar sind trotz Sachzusammenhangs: die Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf den Leasingnehmer, soweit es sich einerseits um reparable und andererseits um irreparable Beschädigungen handelt,³⁷ bei Fristenregelungen Fristlänge und Fristbeginn,³⁸ Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Kündigung,³⁹ die in der Klausel enthaltene Vollmacht zum Empfang und die zur Abgabe von Willenserklärungen,⁴⁰ der Überweisungsauftrag und die in ihm enthaltene Unwiderruflichkeitsklausel.⁴¹ Diese Aufzählung kann bei Bedarf erheblich verlängert werden.⁴²

c) Sachlich setzt die Teilaufrechterhaltung voraus, dass der Klauselrest als ein im Gesamtgefüge des Vertrages sinnvolle eigenständige Regelung bestehen bleiben kann. Dieser Abgrenzungsgesichtspunkt ist in seinen Konturen unscharf. Die Rechtsprechung beschränkt sich meist auf die wenig deutliche Aussage, dass der nicht zu beanstandende Klauselteil trotz Wegfalls der unwirksamen Bestimmung eine sinnvolle Regelung enthalten müsse.⁴³ Das wird verneint, wenn der unwirksame Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass sich bei seinem Wegfall eine wesentlich andere Vertragsgestaltung ergibt.⁴⁴ Grundlage für eine Gesamtunwirksamkeit können auch andere Wertungsgesichtspunkte sein. Sie kann sich aus einer Verletzung des Transparenzgebots ergeben,⁴⁵ aber auch aus einem Summierungseffekt, also daraus, dass die Klausel mehrere bedenkliche oder sogar unwirksame Regelungen

³³ BGH NJW 1982, 178, BGH NJW 1984, 2816, BGH NJW 1989, 3215, BGH NJW 1993, 1133, 1135, BGH NJW 1997, 3437, BGH NJW 1999, 1108, BGH NJW 2001, 292, 294, BGH NJW 2003, 2899.

³⁴ BGH NJW 1984, 2816, BGH NJW 2001, 292, 294, BGH NJW 2003, 2899.

³⁵ BayObLG NJW-RR 1997, 1371, 1373, OLG Brandenburg ZMR 2004, 745.

³⁶ Kritisch *Eike Schmidt*, JA 1980, 420, *Harry Schmidt*, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986.

³⁷ BGH NJW 1998, 2284.

³⁸ BGH NJW 1988, 2106, 2107.

³⁹ BGH NJW 1988, 198, 200.

⁴⁰ BGH NJW 1997, 3437, 3439.

⁴¹ BGH NJW 1984, 2816.

⁴² Vgl. die Rechtsprechungsübersichten bei Palandt/*Heinrichs* (o. Fußn 13), Vorbem. 12 vor § 307, Erman/*Roloff* (o. Fußn. 9), § 306 Rn. 12.

⁴³ BGH NJW 1989, 831, BGH NJW 1994, 1532, 1533, BGH NJW 1998, 2284, 2286.

⁴⁴ BGH NJW 1984, 2816.

⁴⁵ BGH NJW 1991, 2633.

enthält, deren Zusammenwirken die Unangemessenheit der Gesamtregelung begründen.⁴⁶ In die Beurteilung einzubeziehen sind auch die berechtigten Interessen des anderen Teils, die in der Regel für, ausnahmsweise aber auch gegen eine Gesamtunwirksamkeit sprechen können.⁴⁷

d) Liegen die Voraussetzungen für eine Gesamtunwirksamkeit der Regelung vor, ist unerheblich, ob die Einzelregelungen in einer Klausel zusammengefasst oder auf verschiedene Bestimmungen verteilt sind. Entscheidend ist das materielle Kriterium des Sachzusammenhangs. Eine inhaltlich zusammengehörende Regelung bildet für die Inhaltskontrolle auch dann eine Einheit, wenn sie der Verwender auf verschiedene Klauseln aufgeteilt hat.⁴⁸ Entscheidend ist nicht die formelle Gestaltung der Regelung, sondern ihr materiell-rechtlicher Gehalt.

2. Gesamtunwirksamkeit bei Verwendung eines starren Fristenplans

a) Geht man von den Grundsätzen aus, die die Rechtsprechung bis zu den neuen Entscheidungen des VIII. Zivilsenats entwickelt hatte, gab es gute Gründe, die Unwirksamkeit der Klausel auf den starren Fristenplan zu beschränken und die Klausel im Übrigen aufrechtzuerhalten.

aa) Sprachlich können der Fristenplan und der Klauselrest ohne weiteres voneinander getrennt werden. Nach Streichen des unwirksamen Teils im Zuge des „blue-pencil-tests“ bleibt die Regelung, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen in zeitlich nicht festgelegten Abständen vorzunehmen hat. Die verbleibende Formulierung wirft sprachlich keinerlei Probleme auf.

bb) Sachlich könnte man den Klauselrest als eine im Gesamtgefüge des Vertrages sinnvolle eigenständige Regelung ansehen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter, wenn sie auch weiterhin einer Vereinbarung bedarf, Verkehrssitte geworden, und die Vertragsparteien eines Wohnraummietvertrages sehen es als selbstverständlich an, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen zu tragen hat.⁴⁹ Die Abwälzung der Schönheitsreparaturen kann auch ohne Fristenplan erfolgen.⁵⁰ Der Mieter muss dann bei Bedarf renovieren, als Erfahrungswert können die Fristen des Mustermietvertrages herangezogen werden. Durch eine solche Ergänzung würde aus dem Klauselrest eine durchaus funktionsfähige Regelung.

b) Der VIII. Zivilsenat verdient aber Zustimmung, dass er sich gegen diesen Lösungsweg entschieden und die Gesamtunwirksamkeit der Klausel bejaht hat. Vielleicht hätte die Begründung ein wenig ausführlicher ausfallen können. Dem VIII. Zivilsenat muss aber das Kompliment gemacht werden, dass seine Begründung jedenfalls deutlicher und transparenter ist als die Begründungen, mit denen der EuGH seine Entscheidungen in der Regel versieht. Die Erwägungen lassen die wesentlichen, die Beur-

⁴⁶ BGH NJW 2003, 2234, vgl. dazu unten III.

⁴⁷ Vgl. BGH NJW 1984, 2816.

⁴⁸ BGH NJW 2004, 3775.

⁴⁹ BGH NJW 2004, 2961.

⁵⁰ BGH NJW 2004, 2961, KG ZMR 2004, 578.

teilung tragenden Gründe erkennen und ermuntern zu dem Versuch, diese ein wenig zu präzisieren und zu erweitern.

c) Zunächst zu einem Gesichtspunkt, der die Verwerfung der Klausel im Ganzen nicht rechtfertigt. Der VIII. Zivilsenat betont wiederholt den Sachzusammenhang zwischen den einzelnen Regelungsteilen.⁵¹ Er hat damit im Ausgangspunkt Recht. Gesamtunwirksamkeit kann nur angenommen werden, wenn die unwirksamen und die nicht zu beanstandenden Bestimmungen denselben Regelungsgegenstand betreffen. Die Entscheidungen dürfen aber nicht dahin verstanden werden, dass Sachzusammenhang zur Bejahung von Gesamtunwirksamkeit ausreicht. Der VIII. Zivilsenat würde sich mit seiner eigenen Rechtsprechung⁵² und der Rechtsprechung anderer Senate⁵³ in Widerspruch setzen, wenn er die Gesamtunwirksamkeit allein daraus ableiten würde, dass die unwirksame und die nicht zu beanstandende Bestimmung den gleichen Regelungsgegenstand betreffen. Ihm kann nicht unterstellt werden, dass er einen solchen Widerspruch beabsichtigt.

d) Der VIII. Zivilsenat stützt die Gesamtunwirksamkeit der Abwälzungsklausel überzeugend auf die zentrale Bedeutung, die der Fristenplan für Inhalt und Umfang der Renovierungspflicht hat.

aa) Nach der Literatur ist Fristenplan eine Regelung, die die Fälligkeit der Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen festlegt.⁵⁴ Das ist nicht unrichtig, erschöpft aber nicht den Regelungsgehalt des Fristenplans. Er konkretisiert den Umfang der vom Mieter zu erbringenden Leistungen. Von seiner Ausgestaltung hängt ab, ob in einem bestimmten Zeitraum Renovierungsarbeiten dreimal, einmal oder überhaupt nicht auszuführen sind. Der Fristenplan ist damit eine Kernregelung der Abwälzungsklausel. Wenn man den Fristenplan für unwirksam erklärt, die Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen aber aufrecht erhält, wird die dem Mieter auferlegte Verpflichtung in ihrem Inhalt verändert. Dabei geht es nicht um eine Randkorrektur. Die Regelung, die den Pflichtenumfang bestimmt, fällt im Ganzen weg. Bei einem solch einschneidenden Eingriff in den Kernbereich der Klausel ist es sachgerecht, die Unwirksamkeit auf die Gesamtregelung zu erstrecken.

bb) Die Gesamtnichtigkeit ergibt sich zugleich auch aus einem Summierungseffekt. Zu der von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abweichenden, aber noch hinnehmbaren Abwälzungsklausel tritt eine gemäß § 307 BGB unwirksame Regelung hinzu. Eine solche Kombination, die später näher behandelt wird,⁵⁵ begründet die Gesamtunwirksamkeit der Klausel. Es überrascht, dass der VIII. Zivilsenat in seinen Entscheidungen zu starren Fristenklauseln den sich eigentlich aufdrängenden Terminus „Summierungseffekt“ nicht verwendet. Im Ergebnis besteht aber kaum ein ernsthafter Zweifel: Die Gesamtunwirksamkeit der Abwälzung ergibt sich bei starren Fristen auch und vor allem aus dem Summierungseffekt.

⁵¹ BGH NJW 2004, 2586, BGH NJW 2004, 3775, BGH NJW 2003, 2234, BGH NJW 2003, 3192.

⁵² BGH NJW 1997, 3437, 3439, BGH NJW 1998, 2284.

⁵³ Vgl. oben III 1 b) bei Fußn. 37 – 40..

⁵⁴ Vgl. statt aller Erman/*Jendrek* (o. Fußn. 9), § 535 Rn. 101.

⁵⁵ Vgl. unten III 5 c).

cc) Gegen die Aufrechterhaltung des isolierten Kerns der Regelung spricht auch das Transparenzgebot. Eine an sich nicht zu beanstandende Teilregelung kann nach Wegfall des unwirksamen Klauselteils nur aufrecht erhalten werden, wenn der Klauselrest hinreichend transparent ist.⁵⁶ Davon kann hier keine Rede sein. Zwar können Schönheitsreparaturen, wie dargelegt, auch ohne einen Fristenplan wirksam abgewälzt werden.⁵⁷ Wenn aus der Abwälzungsklausel der in sie integrierte unwirksamer Fristenplan eliminiert wird, ist die für den Mieter entstehende Situation aber anders als im Fall einer Abwälzung, die von vornherein auf einen Fristenplan verzichtet. Für den durchschnittlichen, verständigen Mieter ist unklar, worauf es denn nun ankommt, auf den konkreten Renovierungsbedarf, auf andere, ihm unbekannte Fristen, oder auf eine Aufforderung des Vermieters. Diese vom Vermieter zu vertretende Unklarheit kann dem Mieter nicht zugemutet werden. Sie ist ein weiteres Argument für die Gesamtwirksamkeit der Regelung.

3. Keine Korrektur der Gesamtwirksamkeit durch allgemeine Rechtsgrundsätze

Wenn eine formularmäßige Regelung der Inhaltskontrolle, wie in unserem Fall, nicht standhält, kann ihr ersatzloser Wegfall in Ausnahmefällen durch Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze korrigiert werden. Zu denken ist vor allem an drei Ansätze für eine mögliche Korrektur:

- ergänzende Vertragsauslegung,
- Wegfall der Geschäftsgrundlage,
- Vertrauensschutz.

Der BGH hat keinen Anlass gesehen, diese rechtlichen Gesichtspunkte zu erörtern, wohl schon deshalb nicht, weil entsprechender Parteivortrag fehlte. Ihm ist im Ergebnis auch zuzustimmen. Bei Abwälzungsklauseln mit einem starren Fristenplan liegen die Voraussetzungen für eine Korrektur der Unwirksamkeitsfolge nicht vor.

a) *Ergänzende Vertragsauslegung*. Die durch den Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Regelungslücke darf nach ständiger Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen abweichend von § 306 BGB durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden. Diese ist nur zulässig, wenn auf dispositives Recht nicht zurückgegriffen werden kann und der ersatzlose Wegfall der Klausel nicht zu einem angemessenen Interessenausgleich führt.⁵⁸ Ein angemessener, den Interessen beider Parteien Rechnung tragender Ausgleich muss sich ohne ergänzende Auslegung nicht erreichen lassen⁵⁹. Ergänzende Ausle-

⁵⁶ BGH NJW 1991, 2633.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 2961, KG ZMR 2004, 578.

⁵⁸ BGH NJW 1984, 1177, BGH NJW 1985, 2270, BGH NJW 1990, 115, BGH NJW 1992, 1164, BGH NJW 1998, 450, BGH NJW 2000, 1100.

⁵⁹ BGH NJW 1985, 2270, BGH NJW 2000, 1100.

gung soll verhindern, dass für den anderen Teil durch den ersatzlosen Wegfall von Klauseln Vorteile entstehen, die das Vertragsgefüge völlig einseitig zu seinen Gunsten verschieben.⁶⁰

Diese engen Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung liegen nicht vor. Durch den ersatzlosen Wegfall der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen erhält das Mietverhältnis den Inhalt, der § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB entspricht. Wenn die Inhaltskontrolle dazu führt, dass der Vertragsinhalt an das dispositive Recht angepasst wird, ist das Ergebnis nicht sachwidrig. Es entstehen für den Mieter keine Vorteile, die den Vertragsinhalt völlig einseitig zu seinen Gunsten verschieben. Wer formularmäßig vom dispositiven Recht abweicht, muss seine Klausel sorgfältig so gestalten, dass sie der Inhaltskontrolle standhält. Gelingt ihm das nicht, muss er damit leben, dass das dispositive Recht - entsprechend der ihm vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktion - den Inhalt des Vertrags bestimmt. Dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen nach der Rechtsprechung des BGH Teil der vom Vermieter geschuldeten Gegenleistung ist,⁶¹ ändert insoweit nichts. Auch wenn formularmäßige Regelungen unwirksam sind, die den Umfang der Gegenleistung betreffen, scheidet eine Korrektur durch ergänzende Auslegung grundsätzlich aus.⁶² Soweit der BGH dem Vermieter in ergänzender Auslegung der Abwälzungsregelung Ansprüche zuerkannt hat, ging es nicht um die Rettung unwirksamer Klauseln, sondern um Fälle, in denen Schönheitsreparaturen wegen veränderter Verhältnisse – etwa wegen Abbruchs oder Umbaus der Räume - nicht mehr ernsthaft in Betracht kamen.⁶³

Die finanzielle Mehrbelastung des Vermieters hält sich im Übrigen in Grenzen. Sie hat sich der Vermieter als Verwender der unwirksamen Regelung selbst zuzuschreiben. Vielleicht besteht auch rechtlich die Möglichkeit, die Mehrbelastung durch eine Mieterhöhung (§§ 558, 558 a BGB) zumindest teilweise auszugleichen. Der Vermieter, der die Schönheitsreparaturen ausdrücklich übernommen hat, kann im Mieterhöhungsverfahren einen Zuschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete beanspruchen, da diese aus Mietverträgen ermittelt wird, in denen der Mieter die Schönheitsreparaturen übernommen hat.⁶⁴ Ob das auch gilt, wenn die Abwälzung an Unzulänglichkeiten der Klausel scheitert, wird zu diskutieren sein.

b) Geschäftsgrundlage. Der Vermieter kann sich zur Verteidigung der unwirksamen Klausel auch nicht auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen.

Zwar ist eine Anpassung wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages übereinstimmend eine unwirksame Vertragsbedingung

⁶⁰ BGHZ 137, 253, 257.

⁶¹ BGH NJW 1977, 36, BGHZ 77, 301, BGH WuM 1985, 46.

⁶² BGHZ 94, 335 (342) – Festpreisabrede mit unwirksamer Erhöhungsklausel, Schimansky, WM 2001. 1169 (1175) – Zinsanpassungsklausel.

⁶³ BGHZ 77, 301; BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480.

⁶⁴ OLG Koblenz NJW 1985, 333, OLG Frankfurt am Main NZM 2001, 418, LG Hamburg ZMR 2003, 491, LG München NZM 2002, 945, LG Frankfurt am Main NJW-RR 2003, 1522, Schmidt-Futterer/Börstinghaus (o. Fußn. 3), § 558 a Rn. 54.

als wirksam angesehen haben.⁶⁵ Die strengen, jetzt in § 313 BGB geregelten Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung liegen bei einer unwirksamen formularmäßigen Abwälzung der Schönheitsreparaturen aber nicht vor. Es ist allgemein anerkanntes Recht, dass § 313 BGB nicht anzuwenden ist, wenn sich in der Störung ein Risiko verwirklicht, das nach der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung eine der Parteien zu tragen hat.⁶⁶ So liegt es hier. In den §§ 307 ff. BGB ist das Risiko der Verwendung unwirksamer Vertragsbedingungen eindeutig dem Verwender zugewiesen. Eine Anwendung des § 313 BGB kommt daher, wenn überhaupt, nur in Betracht, wenn sich aus dem ersatzlosen Wegfall der unwirksamen Klausel für den Verwender eine extreme existenzbedrohende Notlage ergibt. Davon kann keine Rede sein.

c) *Konkludent geschlossener Vertrag*. Der BGH hat kürzlich ein weiteres Mal entschieden, dass eine Vereinbarung zur Umlage von Betriebskosten auch stillschweigend – z.B. durch jahrelanges widerspruchsloses Bezahlen der angeforderten Kosten – zu Stande kommen kann.⁶⁷ Die Grundsätze dieser – in der mietrechtlichen Literatur heftig kritisierten⁶⁸ – Entscheidung könnte auch für unsere Fallgruppe von Bedeutung sein. Auch wenn es um Schönheitsreparaturen geht, könnte möglicherweise die Ansicht vertreten werden, dass durch eine jahrelange Vertragspraxis konkludent eine Vertragsänderung zu Stande kommen oder der nicht zu beanstandende Kern einer unwirksamen Klausel bestätigt werden kann. Dieses Thema kann hier ausgespart werden. Es wird auf unserer Veranstaltung von *Markus Artz* umfassend behandelt.

d) *Vertrauensschutz*. - aa) Wenn eine in der Vertragspraxis lange Zeit unbeanstandet verwandte Klausel in Fortentwicklung der Inhaltskontrolle für rechtswidrig und unwirksam erklärt wird, bedarf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unter Umständen aus Gründen des Vertrauensschutzes einer Einschränkung. Dafür zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH:

- Eine Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag ist unwirksam, wenn sie eine Höchstgrenze von mehr als 5 % der Auftragssumme vorsieht; die Klausel, die die nach der früheren Rechtsprechung zulässige Obergrenze von 10 % einhält, fällt aber nicht ersatzlos weg, sondern wird mit der Obergrenze von 5 % aufrechterhalten.⁶⁹
- Klauseln der ADSP und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Güternahverkehr, die in langer Vertragspraxis als wirksam angesehen worden sind, der Inhaltskontrolle aber nicht standhalten, sind nicht im Ganzen unwirksam; der nicht zu beanstandende Klauselteil wird vielmehr aufrechterhalten, auch wenn eine sprachliche Abtrennung nicht möglich ist.⁷⁰

⁶⁵ BGH NJW-RR 1991, 1340, BAG NJW 1987, 918.

⁶⁶ BGH NJW 1979, 1818, BGH NJW 1992, 2690, 2691, BGH NJW 2000, 1714, 1716.

⁶⁷ BGH NZM 2004, 418.

⁶⁸ Vgl. statt aller *Kappus*, NZM 2004, 414, *Langenberg*, NZM 2005, 51

⁶⁹ BGH NJW 2003, 1805.

⁷⁰ BGH NJW 1995, 1490 und 3117 (ADSP), BGH NJW 1995, 2224 (AGNB), *Staudinger/Schlosser*, BGB, 13. Bearbeitung, § 6 AGBG Rn. 17 a.

bb) Bei den starren Fristenplänen hat es erstaunlich lange gedauert, bis die Rechtsprechung ihre Unwirksamkeit und die sich daraus ergebende Gesamtnunwirksamkeit der Klausel entdeckt hat. Dem VIII. Zivilsenat haben 1998⁷¹ und 2003⁷² Klauseln mit starren Fristenplänen vorgelegen, ohne dass er diesen Teil der Klausel beanstandet hat. Wahrscheinlich wäre es in beiden Fällen verfahrensrechtlich und materiellrechtlich möglich gewesen, die Entscheidung auf die Unwirksamkeit des starren Fristenplanes zu stützen, zumindest wäre aber ein entsprechendes obiter dictum zulässig und hilfreich gewesen. Erst im letzten Jahr hat der BGH klargestellt, dass starre Fristenpläne gegen § 307 BGB verstoßen.⁷³ Die Instanzgerichte waren nicht wesentlich schneller. Ihre ersten, starre Fristenpläne verwerfende Entscheidungen haben nach dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes immerhin 12 Jahre auf sich warten lassen.⁷⁴

cc) Trotz dieser späten Entdeckung der gegen starre Fristenpläne bestehenden Bedenken liegen die Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz nicht vor. Es gibt keine höchstrichterlichen oder obergerichterlichen Entscheidungen, die starre Pläne für wirksam erklärt haben. Grundlage für einen Vertrauensschutz könnte vielleicht – ähnlich wie die ADSp - der Mustermietvertrag 1976 sein. Er enthält aber keinen starren, sondern einen beweglichen Fristenplan. Er macht daher im Gegenteil deutlich, dass gegen starre Pläne wahrscheinlich Bedenken bestehen. Meinungsäußerungen in der Literatur kommen als Grundlage für einen Vertrauensschutz, wenn überhaupt, höchstens in Ausnahmefällen in Betracht. Es muss sich in der Literatur – nach Erörterung der Problematik – fast einmütig die Ansicht durchgesetzt haben, die Klausel sei wirksam. So lag es bei starren Fristenplänen nicht.

dd) Auch für die vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes geschlossenen Verträge besteht kein Vertrauensschutz. Nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB sind die Vorschriften des BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes seit dem 1. 1. 2003 auf Dauerschuldverhältnisse auch dann anzuwenden, wenn diese vor dem 1. 4. 1977 begründet worden sind. Die sich früher aus § 28 AGB-Gesetz ergebende Einschränkung gilt nicht mehr. §§ 305 ff BGB sind daher seit dem 1. 1. 2003 auch für Uraltmietverträge anzuwenden.⁷⁵

4) Zu kurze Renovierungsfristen

Zu kurze Renovierungsfristen begründen ebenso wie starre Fristregelungen die Gesamtnunwirksamkeit der Abwälzungsklausel.

a) Nach der Fußnote zu § 7 des Mustermietvertrags 1976 sind Schönheitsreparaturen in Wohnräumen im Allgemeinen in folgenden Zeiträumen erforderlich:

- in Küchen, Bädern und Duschen

alle 3 Jahre,

⁷¹ BGH NJW 1998, 3114.

⁷² BGH NJW 2003, 3192 .

⁷³ BGH NJW 2004, 2587.

⁷⁴ LG Köln WuM 1989, 506, LG Hamburg WuM 1992, 476.

⁷⁵ Heinrichs, WuM 2002, 1.

- in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle 5 Jahre,
- in anderen Nebenräumen alle 7 Jahre.

Diese inzwischen fast 40 Jahre alten Ansätze sind auch heute noch angemessene Erfahrungswerte.⁷⁶ Vielleicht muss in absehbarer Zeit wegen einer technisch verbesserten Qualität von Renovierungen über eine Verlängerung dieser Fristen diskutiert werden. Gründe, diese Fristen zu verkürzen, sind dagegen nicht ersichtlich. Gleichwohl verwenden Vermieter nicht selten Klauseln mit kürzeren Fristen. Sie sind aber offenbar nicht in der Lage, diese Abkürzung sachlich zu rechtfertigen. In den Prozessen, die über abgekürzte Fristen geführt worden sind,⁷⁷ hat offenbar kein Vermieter den Versuch unternommen, die Abweichung von den Fristen des Mustermietvertrages durch empirisches Material zu belegen.

b) Es versteht sich von selbst: Wenn die zu kurzen und daher unwirksamen Fristen starr ausgestaltet sind, ist die Abwälzung der Schönheitsreparatur im Ganzen unwirksam. Was für starre, im Ansatz aber angemessene Fristen gilt, gilt erst recht für starre und überdies auch noch zu kurze Fristen.

c) Zu kurze Fristen begründen aber auch dann die Unwirksamkeit der Gesamtregelung, wenn sie beweglich ausgestaltet sind.⁷⁸ Sie verpflichten den Mieter zur Vornahme von Schönheitsreparaturen zu Zeitpunkten, in denen typischerweise noch kein Renovierungsbedarf besteht. Sie weiten den Pflichtenumfang des Mieters noch stärker aus als starre, aber hinsichtlich der Fristlänge dem Mustermietvertrag 1976 entsprechende Pläne. Wird die Renovierungsfrist bei Küchen, Bädern und Duschen auf 2 Jahre abgekürzt, werden bei einer Mietdauer von 12 Jahren 6 Renovierungen geschuldet, obwohl in der Regel 4 ausgereicht hätten. Zwar steht dem Mieter der Nachweis offen, dass die Räume noch nicht renovierungsbedürftig seien. Dieser in kurzen Abständen zu erbringende Nachweis belastet den Mieter aber übermäßig. Die gegen zu kurze Fristen bestehende Verteidigungsmöglichkeit ändert nichts daran, dass die Gesamtregelung für den Mieter ebenso drückend ist wie die Festlegung angemessener, aber starrer Fristen. Anders mag es allerdings zu beurteilen sein, wenn von den drei Fristen nur eine und die vielleicht nur um einen kurzen Zeitraum verlängert worden ist.

d) Für die Gesamtunwirksamkeit der Abwälzungsklausel bei zu kurzen Fristen⁷⁹ sprechen die gleichen Sachgründe wie bei Klauseln mit starren Fristenplänen. Die Unwirksamkeit betrifft eine Teilregelung, die den Umfang der Leistungspflicht des Mieters festlegt und für die Abwälzungsregelung von zentraler Bedeutung ist. Die Regelungslücke könnte nur durch eine zur Korrektur des Ergebnisses der Inhaltskontrolle nicht zulässige ergänzende Auslegung geschlossen werden. Durch die Aufrechterhaltung

⁷⁶ BGH NJW 1985, 480, BGH NJW 1987, 2564, BGH NJW 2004, 2586, OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13, 15, *Lützenkirchen* ZMR 1998, 605.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 2586, OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 13, LG Hamburg WuM 1992, 476, LG Berlin WuM 2002, 668, LG Berlin ZMR 2003, 487, LG Frankfurt am Main NZM 2004, 62.

⁷⁸ LG Hamburg WuM 1992, 476, LG Berlin WuM 2002, 668, LG Berlin ZMR 2003, 487, LG Frankfurt am Main NZM 2004, 62.

⁷⁹ Sie wird von den in Fußnote 78 zitierten Entscheidungen bejaht.

der Abwälzung ohne Fristenplan würde auch eine mit dem Transparenzgebot unvereinbare, kaum durchschaubare und für den Mieter unzumutbare Situation entstehen.

5. Abwälzung laufender Schönheitsreparaturen kombiniert mit einer Pflicht zur End- oder Anfangsrenovierung

a) Klauseln, die den Mieter verpflichten, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses auch dann zu renovieren, wenn die im Vertrag festgelegten Renovierungsfristen noch nicht abgelaufen sind, sind unwirksam.⁸⁰ Der Mieter hat die Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses nach §§ 546, 538 BGB in dem Zustand herauszugeben, in dem sie sich bei vertragsmäßigem Gebrauch befindet. Veränderungen und Verschlechterungen, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt worden sind, hat der Mieter nicht zu vertreten. Die Begründung einer Renovierungspflicht vor Ablauf der vertraglichen Pflichten belastet den Mieter unter Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB mit einem Renovierungsbedarf, der noch gar nicht entstanden ist. Die Regelung verstößt zugleich gegen den Grundgedanken des § 538 BGB und damit gegen eine wesentliche den Mieter schützende Norm des dispositiven Rechts. Ihre Unwirksamkeit ergibt sich daher auch aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁸¹ Anders ist es, wenn eine Endrenovierungspflicht nach der Fassung der Klausel nur besteht, soweit nach dem Abnutzungsstand der Wohnung unter Berücksichtigung des Fristenplanes ein Renovierungsbedürfnis besteht.⁸²

b) Unwirksam ist auch die Klausel, die den Mieter zu einer Anfangsrenovierung verpflichtet.⁸³ Das gilt auch dann, wenn die Verpflichtung zur Anfangsrenovierung erst 3 Monate nach Mietbeginn fällig wird.⁸⁴ Die Renovierungspflicht des Mieters wird durch diese Regelung auf Schäden und vertragsmäßige Verschlechterungen ausgedehnt, die nicht er, sondern der Vormieter verursacht hat. Für ihn wird formularmäßig eine Leistungspflicht für Verschlechterungen und Abnutzungen begründet, die nicht in ursächlichem Zusammenhang mit seinem Besitz an den Wohnräumen stehen. Darin liegt eine mit § 307 Abs. 1 BGB unvereinbare, gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Mieters.⁸⁵ Anders ist es, wenn die Renovierungsfristen erst mit dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen beginnen.⁸⁶

c) Hat der Vermieter die Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen mit einer unwirksamen Endrenovierungsklausel kombiniert, ist nach Ansicht des BGH die Gesamtregelung unwirksam.⁸⁷ Das Zusammenwirken der beiden Klauseln begründe für den Mieter eine unangemessene Benachteiligung.

⁸⁰ BGH NJW 1998, 3114, BGH NJW 2003, 2234, BGH NJW 2003, 3192, OLG Hamm NJW 1981, 1049, OLG Frankfurt 1982, 453.

⁸¹ OLG Hamm NJW 1981, 1049.

⁸² BGH NJW 2004, 2087.

⁸³ BGH NJW 1993, 532, OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 520, OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10.

⁸⁴ OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10.

⁸⁵ BGH NJW 1993, 532, OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 520, OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10.

⁸⁶ BGH NJW 1987, 2564, BGH NJW 2005, 425 = NZM 2005, 58; s auch die Anm. von Lammel LMK 2005, 17.

⁸⁷ BGH NJW 2003, 2234, BGH NJW 2003, 3192, BGH NJW 2004, 2087.

Nicht nur die Endrenovierungsklausel sei unwirksam, auf Grund des Summierungs effekts erstreckte sich die Unwirksamkeit auch auf die Überwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen.

d) Die Entscheidung des VIII. Zivilsenats zur Kombination von Abwälzungsklausel und Endrenovierungsklausel verdient Zustimmung.

aa) Der VIII. Zivilsenat hat mit Recht einen Sachzusammenhang zwischen den beiden Klauseln bejaht. Zwar ist richtig, dass die beiden Klauseln Regelungen enthalten, die von unterschiedlichen mietrechtlichen Normen abweichen.⁸⁸ Die Abwälzungsklausel ändert § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Endrenovierungsklausel §§ 538, 546 Abs. 1 BGB. Gleichwohl betreffen beide Klauseln denselben Sachkomplex. Die dem Mieter auferlegten Verpflichtungen, Renovierungsarbeiten auszuführen, gehören zusammen und bilden sachlich eine Einheit. Dass bei der Inhaltskontrolle verschiedene mietrechtliche Vorschriften heranzuziehen sind, ändert an diesem sachlichen Zusammenhang nichts.

bb) Bei der Anwendung des § 307 BGB ist der Summierungs effekt ein allgemein anerkannter Wertungsgesichtspunkt.⁸⁹ In den bisherigen Anwendungsfällen ging es um Klauseln, die jeweils für sich allein betrachtet, scheinbar wirksam sind, die aber in ihrer Summierung den anderen Teil unangemessen benachteiligen.⁹⁰ Ein die Gesamtregelung erfassender Summierungs effekt kann erst recht anzunehmen sein, wenn eine der zu berücksichtigenden Klauseln auch unabhängig von dem Regelungszusammenhang unwirksam ist.⁹¹

cc) Die Anwendung des Summierungs effekts auf die Kombination der Klauseln Überwälzung der Schönheitsreparaturen und Verpflichtung zur Endrenovierung überzeugt. Der VIII. Zivilsenat geht, wie er in seiner letzten Entscheidung zu Kautionsklauseln deutlich gemacht hat, davon aus, dass die formularmäßige Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter wegen ihrer Abweichung vom dispositiven Recht eine (noch) angemessene, aber nicht unproblematische Regelung ist.⁹² Wenn der Vermieter auf die Abwälzungsklausel mit der Verpflichtung zur Endrenovierung eine weitere, den Mieter einschneidend benachteiligende Regelung draufsattelt, ist die Regelung im Ganzen unwirksam. Das ist für die Vermieter und ihre Berater noch einmal eine Warnung. Sie sollten in Abwälzungsklauseln auf alle die Rechtsstellung des Mieters weiter verschlechternde Regelungen verzichten. Sie gewinnen damit kaum etwas und gefährden die Gesamtregelung.

e) Zur Kombination Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen mit einer nach ihrer Ausgestaltung unwirksamen Verpflichtung zur Anfangsrenovierung ist kaum noch etwas zu sagen. Sie ist in

⁸⁸ Blank, LMK 2003, 201.

⁸⁹ BGHZ 48, 264, 267; BGH NJW 1983, 159, BGH NJW 1995, 254; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen AGBGG, 9. Auflage, § 9 Rn.85, Stoffels, AGB-Recht Rn. 486, Palandt/Heinrichs (o. Fußn.13), § 307 Rn. 9.

⁹⁰ BGH NJW 1983, 160, BGH NJW 1995, 254.

⁹¹ BGH NJW 2003, 2234.

⁹² BGH NJW 2004, 3045.

Anwendung des Summierungseffekts im Ganzen unwirksam.⁹³ Die sorgfältig begründete gegenteilige Entscheidung des OLG Hamburg ist überholt.⁹⁴ Sie berücksichtigt den vom VIII. Zivilsenat aktivierten Summierungseffekt noch nicht.

6. Abgeltungsklauseln

a) Wenn das Mietverhältnis endet, sind die im Vertrag festgelegten Renovierungsfristen typischerweise nur teilweise abgelaufen. Die Voraussetzungen für eine Renovierungspflicht liegen daher in der Regel nicht vor und können auch nicht formularmäßig begründet werden.⁹⁵ Viele Mietverträge enthalten daher formularmäßige Abgeltungs- oder Quotenklauseln, die dem Mieter einen Anteil der Renovierungskosten auferlegt. Die bis zum Mietende abgelaufene Zeit der Renovierungsfrist bestimmt die Quote, die der Mieter von den Renovierungskosten zu tragen hat.

b) Der BGH hält formularmäßige Abgeltungsklauseln für grundsätzlich zulässig.⁹⁶ Die mietrechtliche Literatur stimmt dem überwiegend zu.⁹⁷ Sie wendet sich aber zum Teil nachdrücklich gegen die vom BGH gebilligten Klauseln, da sie nicht transparent seien und in ihnen die Mieterinteressen nicht ausreichend berücksichtigt würden.⁹⁸ Neuerdings wird auch diskutiert, ob eine einheitliche Quote für die drei hinsichtlich der Renovierungsfristen unterschiedlichen Raumkategorien zulässig ist.⁹⁹ Der insoweit bestehende Streit betrifft die Einzelausgestaltung der Abgeltungsklausel. Zu unserem Thema Teil- oder Gesamtunwirksamkeit ist zu den Abgeltungsklauseln lediglich folgendes anzumerken:

aa) Ein starrer Fristenplan macht nach der Rechtsprechung des BGH die Überwälzung der Schönheitsreparaturen im Ganzen unwirksam.¹⁰⁰ Daraus folgt notwendig zugleich die Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel. Eine Abgeltungsklausel kann nur als Teil einer wirksamen Abwälzungsregelung Pflichten begründen. Sie ist nur mit einem gültigen Fristenplan funktionsfähig.¹⁰¹

bb) Gegen die Kombination eines weichen Fristenplans mit einer Abgeltungsklausel bestehen rechtsdogmatisch keine Bedenken.¹⁰² Nicht zu übersehen sind aber die nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten, die bei flexiblen Fristen auftreten können. Man denke etwa an den Fall, dass der Mieter nach Ablauf der Hälfte des Renovierungsintervalls geltend macht, die zeitanteilige Entschädigung betrage nicht 50%, sondern - gesplittet nach verschiedenen Räumen und unterschiedlichen Renovie-

⁹³ Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 177.

⁹⁴ OLG Hamburg NJW-RR 1992, 10.

⁹⁵ Vgl. oben II 5 a) und c). Eine Endrenovierungsklausel würde die gesamte Abwälzungsklausel unwirksam machen.

⁹⁶ BGH NJW 1988, 2790, BGH NJW 2004, 3042.

⁹⁷ Vgl. statt aller Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 183.

⁹⁸ Vgl. statt aller Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 185, Langenberg NZM 2005, 51.

⁹⁹ Kinne, Der Wohnraum-Mietvertrag, 4. Aufl., Rn 215, Eupen/Lawrenz, MietRB 2004, 216.

¹⁰⁰ BGH NJW 1988, 2790 betrifft offenbar einen starren Fristenplan. Dagegen geht es in BGH NJW 2004, 3042 um einen beweglichen Fristenplan (vgl. oben II 7 a).

¹⁰¹ AA LG Berlin NZM 2001, 231, Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 201.

¹⁰² BGH NJW 2004, 3042 betrifft, obwohl das nicht ausdrücklich erörtert wird, einen beweglichen Fristenplan (vgl. oben II 7 a).

rungsmaßnahmen - nur 10, 15 oder 20%, da die Räume nur wenig und sehr schonend benutzt worden seien. Weiche Fristen bei der Bestimmung der zu ersetzenden Quoten aus Gründen der Praktikabilität wie starre Fristen zu behandeln,¹⁰³ ist bei dem grundsätzlichen Ansatz des VIII. Zivilsenats schwerlich zu rechtfertigen. Auch bei der Berechnung der Quoten muss sich der Mieter auf den fehlenden oder einen stark eingeschränkten Renovierungsbedarf berufen können.

7. Teil- oder Gesamtnunwirksamkeit bei weiteren formularmäßigen Regelungen der Schönheitsreparatur

Es ist weder erforderlich noch möglich, alle bedenklichen Bestimmungen in Abwälzungsklauseln anzusprechen und im Hinblick auf das Problem Teil- oder Gesamtnunwirksamkeit zu untersuchen. Abschließend sollen nur noch drei Regelungen erörtert werden, die in Abwälzungsklauseln häufig enthalten oder mit ihnen verbunden sind.

a) *Fachhandwerkerklauseln.* - aa) Es gibt immer noch Mietverträge, die den Mieter formularmäßig verpflichten, die Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durch Fachhandwerker ausführen zu lassen. Diese Regelung ist gemäß § 307 BGB unwirksam.¹⁰⁴ Dabei ist wieder von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Anforderungen an die vertragliche Renovierungspflicht des Mieters nicht strenger sein dürfen als die Anforderungen, die sich aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB für die gesetzliche Renovierungspflicht des Vermieters ergeben.¹⁰⁵ Der Vermieter schuldet nach § 243 BGB Renovierungsleistungen mittlerer Art und Güte. Er kann die Renovierung in kostensparender Eigenarbeit ausführen, vorausgesetzt, er erzielt ein fachgerechtes Ergebnis. Das muss ebenso umgekehrt für den Mieter gelten.

bb) Fraglich ist jedoch, ob die Fachhandwerkerklausel in bestimmten Mietverträgen nicht doch wirksam ist. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB sind bei der Inhaltskontrolle auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung kann sich in beiden Richtungen auswirken. Sie kann Bedenken gegen eine Klausel so verstärken, dass diese der Inhaltskontrolle nicht Stand hält. Sie kann aber Bedenken auch so abschwächen, dass eine Anwendung des § 307 BGB entfällt.¹⁰⁶ Zu den zu berücksichtigenden Umständen gehören auch persönliche Eigenschaften, so etwa besondere Fachkompetenz¹⁰⁷, aber auch umgekehrt fehlende Kompetenz. Vielleicht ist daher folgende Überlegung nicht ganz abwegig: Es gibt Mieter, für die ist es selbstverständlich, die Renovierungsarbeiten von einer Fachfirma ausführen lassen. Sie selbst sind, wie etwa der Verfasser, wegen manueller Ungeschicklichkeit dazu nicht in der Lage, und sie haben auch niemanden im Familien- oder Freundeskreis, der diese

¹⁰³ So einige Diskussionsbeiträge.

¹⁰⁴ OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422, MünchKomm/Schilling (o. Fußn. 9) § 535 Rn.120, Erman/Jendrek (o. Fußn. 9), § 535 Rn. 101, Palandt/Weidenkaff (o. Fußn.13), § 535 Rn. 43.

¹⁰⁵ Vgl. dazu bereits oben II 2.

¹⁰⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 780, Heinrichs NJW 1996, 2194, Staudinger/Schlosser (o. Fußn. 70), AGBG 24 a Rn. 55, Münch/Komm/Basedow (o. Fußn. 9), AGBG § 24 a Rn. 60.

¹⁰⁷ OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 780, Heinrichs NJW 1996, 2194.

Arbeiten übernimmt. Es sprechen m.E. gute Gründe für die Annahme, dass in Verträgen mit solchen Mietern Fachhandwerkerklauseln wegen der zu berücksichtigenden individuellen Verhältnisse wirksam sind.

cc) Ist die Fachhandwerkerklausel, wie in der Regel, unwirksam, erstreckt sich die Unwirksamkeit m.E. – entgegen der herrschenden Meinung –¹⁰⁸ auf die Abwälzung im Ganzen. Der Mieter, der entsprechend einer heute weit verbreiteten Praxis die Renovierungsarbeiten ganz oder überwiegend selbst oder durch Verwandte oder Freunde ausführen lässt, erzielt eine erhebliche Kostenersparnis. Die an die Fachfirma zu zahlende Vergütung muss, auch wenn man für die Arbeitsleistung des Mieters das übliche Entgelt ansetzt, wegen der Lohnnebenkosten, Abschreibungen, weiterer Betriebskosten und der Gewinnspanne mindestens doppelt so hoch sein wie die Selbstkosten des Mieters. Das Verbot, die Renovierungsarbeiten selbst auszuführen, belastet den Mieter folglich stärker, mindestens aber ebenso stark, wie unangemessene Fristenpläne und Verpflichtungen zur Anfangs- oder Endrenovierung. Der Summierungseffekt muss daher berücksichtigt werden. Er begründet die Gesamtnichtigkeit der Klausel.

b) *Ausdehnung des Umfangs der Renovierungsarbeiten.* Welche Arbeiten im Einzelnen zu den Schönheitsreparaturen gehören, legt für Wohnraum § 28 Absatz 4 Satz 3 der II. Berechnungsverordnung fest.¹⁰⁹ Manchmal enthalten Abwälzungsklauseln Bestimmungen, die dem Mieter Renovierungsarbeiten übertragen, die nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fallen. Beispiele sind die Verpflichtung zum Abschleifen und Versiegeln des Parketts¹¹⁰, zum Abschleifen, Grundieren und Lasieren von Naturholzteilen¹¹¹ oder Instandsetzung der Fensterverkittung.¹¹² Diese Regelungen sind gemäß § 307 BGB unwirksam.¹¹³ Die Unwirksamkeit beschränkt sich aber auf die die zusätzliche Pflicht begründende Regelung. Die Abwälzung bleibt wirksam.¹¹⁴ Der unwirksame Teil der Gesamtregelung hat so wenig Gewicht, dass ein Summierungseffekt zu verneinen ist.

c) *Unwirksame Regelung der Kleinreparaturen.* Enthält der Vertrag hinsichtlich Kleinreparaturen unwirksame Regelungen, bleibt die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter wirksam.¹¹⁵ Eine Ausdehnung der Unwirksamkeit auf die Renovierungsarbeiten kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klauseln unterschiedliche Regelungsgegenstände betreffen. Der Summierungseffekt gilt nur im Verhältnis zwischen formularmäßigen Bestimmungen, die das gleiche Sachproblem regeln.

¹⁰⁸ Wie hier *Blank/Börstinghaus*, Neues Mietrecht § 535 Rn. 270 a.E., aA OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422, Münch-Komm/Schilling, (o. Fußn. 9), § 535 Rn.120, Erman/Jendrek (o.Fußn. 9), § 535 Rn.101.

¹⁰⁹ Gleichlautend § 7 Abs. 2 Mustermietvertrag.

¹¹⁰ LG Berlin GE 1999, 1427.

¹¹¹ AG/LG Marburg ZMR 2000, 539.

¹¹² LG Bautzen WuM 2001, 279.

¹¹³ Vgl. die in den Fußnoten 104 ff. zitierten Entscheidungen.

¹¹⁴ Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 181.

¹¹⁵ BayObLG NJW-RR 1997, 1371.

8) Gewerbliche Mietverhältnisse

Auf gewerbliche Mietverhältnisse können die für Wohnungen geltenden Grundsätze nicht ohne weiteres übertragen werden.

a) *Fristenpläne*. Anders als bei Wohnraum können bei Gewerberäumen aus Sachgründen auch starre Fristenpläne und kürzere Fristen als die des Mustermietvertrages zulässig sein. Entscheidend ist die jeweils vertraglich vorgesehene Art der Nutzung. Bei Pachtverhältnissen über Gaststätten ist eine starre Frist von einem Jahr nicht zu beanstanden.¹¹⁶ Beim jetzigen Stand der Rechtsprechung ist es bei Neuverträgen aber empfehlenswert, ausdrücklich klarzustellen, dass die Renovierungspflicht bei fehlendem Bedarf entfällt. Mängel des Fristenplans haben bei gewerblichen Mietverhältnissen typischerweise wohl so wenig Gewicht, dass sich die Unwirksamkeit im Zweifel auf den Fristenplan beschränkt.

b) *Verpflichtung zur Anfangs- oder Endrenovierung*. Ob Verpflichtungen zur Anfangsrenovierung wirksam sind, ist streitig.¹¹⁷ In der Regel ist die durch eine solche Klausel entstehende Belastung für den Mieter nicht sehr groß. Wenn er unrenovierte Räume übernimmt, muss er, um am Markt erfolgreich zu sein, schon im eigenen Interesse Renovierungsarbeiten vornehmen. Trotz des Summierungs-effekts erfasst die etwaige Unwirksamkeit der Renovierungsklausel daher wohl nicht die Abwälzungsregelung im Ganzen.

Endrenovierungsklauseln sind wirksam, wenn der Mieter die Räume renoviert übernommen hat.¹¹⁸ Ob das auch gilt, wenn die Räume bei Vertragsbeginn nicht renoviert waren, ist strittig.¹¹⁹ Ich meine, dass die Klausel nur wirksam ist, wenn der Vermieter die Räume renoviert zur Verfügung gestellt hat. Ist die Endrenovierungsklausel unwirksam, greift der Summierungs-effekt ein. Ob er die Gesamtnunwirksamkeit der Abwälzung begründet, ist Frage des Einzelfalls. Hat die durch die Endrenovierungsklausel entstehende Belastung im Gesamtgefüge der Mieterpflichten kaum Gewicht, beschränkt sich die Unwirksamkeit auf die Verpflichtung zur Endrenovierung. Unter Umständen kommt aber auch Gesamtnunwirksamkeit in Betracht.

¹¹⁶ BGH NJW 1983, 446, OLG Düsseldorf ZMR 1988, 174.

¹¹⁷ Vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 123.

¹¹⁸ BGH NJW 1983, 446, 447.

¹¹⁹ Für Wirksamkeit: OLG Düsseldorf NZM 1999, 970, dagegen: OLG Stuttgart ZMR 1984, 350, OLG Hamm NZM, 2002, 988.

c) *Fachhandwerkerklauseln*. Sie sind in Mietverträgen über Gewerberaum wirksam.¹²⁰ Es entspricht dem typischen Ablauf, dass Schönheitsreparaturen in Gewerberäumen von Fachfirmen durchgeführt werden. Diese Praxis entspricht den berechtigten Interessen beider Mietvertragsparteien. Wenn der Mieter die Gewerberäume selbst reparieren will, ist es seine Sache, eine entsprechende ausdrückliche Klarstellung im Vertrag durchzusetzen.

IV. Teil- oder Gesamtnichtigkeit von Kautionsklauseln, die gegen § 551 BGB verstoßende Regelungen enthalten

1. Der Inhalt des § 551 BGB.

§ 551 BGB geht nach der Entstehungsgeschichte der Vorgängernorm davon aus, dass der Vermieter, der dem Mieter eine Wohnung überlässt, ein berechtigtes Interesse an einer Sicherheitsleistung hat.¹²¹ Die sprachlich als Verbot formulierte Vorschrift ist inhaltlich zugleich und vor allem eine Norm, die Kautionsklauseln gestattet. Die Verbote sollen missbräuchliche, den Mieter unangemessen belastende Ausgestaltungen der Kautionsvereinbarung verhindern. Für unser Problem, Teil- oder Gesamtnichtigkeit der Kautionsabrede, sind drei Regelungen des § 551 BGB von Interesse. Nach seinem Abs. 1 darf die Sicherheit höchstens das Dreifache der Monatsmiete betragen. Ist als Sicherheit eine Geldsumme zu leisten, ist der Mieter nach § 551 Abs. 2 BGB zu drei gleichen monatlichen Teilleistungen berechtigt. Nach § 551 Abs. 4 BGB ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam.

2. Verstoß gegen § 551 Absatz 2 BGB

Ist in der Kautionsvereinbarung bestimmt, dass die Sicherheitsleistung in voller Höhe bei Beginn des Mietverhältnisses zu zahlen ist, ist die Fälligkeitsabrede unwirksam. Dagegen ist die Vereinbarung im Übrigen - entgegen einer früher in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur vertretenen Ansicht - wirksam.¹²² Bei der Auslegung des § 551 Abs. 4 BGB, der die Unwirksamkeit begründet, ist vom Schutzzweck der Norm auszugehen. § 551 will einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Mietvertragsparteien herstellen. Er erkennt das berechtigte Interesse des Vermieters an einer Sicherheitsleistung ausdrücklich an und schützt den Mieter vor einer missbräuchlichen Aus-

¹²⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg (o. Fußn. 3), § 538 Rn. 88.

¹²¹ BT-Drs. 9/2079 S. 10, BGH NJW 2003, 2899. Das Vermieterpfandrecht, auf das *Kießling* (JZ 2004, 1146) verweist, ist in der Regel keine wirksame Sicherung. Der Versuch, Forderungen durch Zugriff auf das bewegliche Vermögen des Schuldners durchzusetzen, führt wegen der Pfändungsschutzvorschriften nur selten zum Erfolg. Vgl. *Hintzen* NJW-Editorial zu Heft 48/2004.

¹²² BGH NJW 2003, 2899, BGH NJW 2004, 1240, BGH NJW 2004, 3045, Schmidt-Futterer/Blank (o. Fußn.3), § 551 Rn. 51, MünchKomm/Schillig (o. Fußn 9), § 551 Rn. 14, Bamberger/Roth/Ehlert (o. Fußn 9), § 551 Rn.31, Erman/Jendrek (o. Fußn. 9, Rn.6, Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 13) § 551 Rn. 10. Die zum Teil abweichende Rechtsprechung der Instanzgerichte wird in den BGH-Entscheidungen nachgewiesen. Dort auch weitere Nachweise aus der Literatur.

gestaltung der Kautionsabrede. Dieser Schutz wird durch eine Teilunwirksamkeit der Vereinbarung ausreichend sichergestellt.¹²³ Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man § 139 BGB heranzieht. Zu § 139 BGB ist anerkannt, dass Vereinbarungen die gegen Schutzvorschriften zugunsten des Verbrauchers oder Mieters verstoßen, nicht im Ganzen unwirksam sind, sondern unter Wegfall der unwirksamen Regelung aufrechtzuerhalten sind.¹²⁴ Wenn man wegen des AGB-Charakters der Regelung statt auf § 139 BGB auf § 306 BGB abstellt, wird die Beschränkung auf eine Teilunwirksamkeit noch deutlicher. § 306 Abs. 2 BGB legt ausdrücklich fest, dass an die Stelle der unwirksamen Fälligkeitsregelung die gesetzliche Regelung, also § 551 Abs. 2 BGB, tritt. Da § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Fälligkeitsregelung in die Klausel implantiert, kommt es - entgegen der Ansicht des BGH¹²⁵ - auf die sprachliche Teilbarkeit der Klausel nicht an. Gegen den sich aus § 306 Abs. 2 BGB und damit aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ergebenden Klauselinhalt kann auch nicht eingewandt werden, er verstoße gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Die Klausel wird nicht im Wege der Auslegung geltungserhaltend reduziert, sondern erhält den Inhalt, den § 306 Abs. 2 festlegt.

Fehl geht auch der Hinweis, die Beschränkung der Unwirksamkeit auf die Fälligkeitsregelung mache § 551 Abs. 2 BGB praktisch zu einer *lex imperfecta*. Wenn dem Mieter durch die unwirksame Regelung ein Schaden entstanden ist, muss der Vermieter ihn ersetzen. Außerdem kann der Vermieter wegen Verwendung einer unwirksamen AGB abgemahnt und, wenn er kein Vertragsstrafenversprechen abgibt, unter Umständen mit der Verbandsklage auf Unterlassen in Anspruch genommen werden.

Unerheblich ist auch, dass § 551 Abs. 2 BGB nicht im Wege einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden kann. Das trifft für viele Rechte zu und ist keinesfalls ein Grund, die sich aus §§ 551 Abs. 4, 139, 306 BGB ergebende Rechtsfolge zu korrigieren.

3. Verstoß gegen § 551 Absatz 1 BGB

Hat der Mieter nach der Kautionsvereinbarung neben der dreifachen Monatsmiete eine weitere Sicherheitleistung zu erbringen, etwa eine Bürgschaft zu stellen, ist die Vereinbarung über die Sicherheitleistung nur insoweit unwirksam, als sie das nach § 551 Abs. 1 BGB höchstzulässige Maß überschreitet.¹²⁶ Auszugehen ist wieder vom Schutzzweck der Norm, die Kautionsabreden ermöglichen, den Mieter aber vor zu hohen Sicherheitleistungen schützen will. Dieser Schutz des Mieters wird

¹²³ BGH NJW 2004, 3045.

¹²⁴ Bamberger/Roth/Wendtland, (o. Fußn. 9), § 139 Rn. 6, Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Auflage § 139. Rn. 51. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 13) § 139 Rn. 18, Erman/Palm (o. Fußn. 13) § 139 Rn. 6.

¹²⁵ BGH NJW 2003, 2899, BGH NJW 2004, 3045, richtig MünchKomm/Schilling (o. Fußn. 9), § 551 Rn. 14, Bamberger/Roth/Ehlert (o. Fußn. 9) § 551 Rn. 31.

¹²⁶ BGH NJW 2004, 3045. Der BGH belegt seinen Standpunkt mit 3 Entscheidungen und 7 Literaturzitaten. Diese Zitate brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Die vom BGH vertretene Ansicht wird weiter geteilt von MünchKomm/Schilling (o. Fußn. 9), § 551 Rn. 14, Bamberger/Roth/Ehlert (o. Fußn. 9), § 551 Rn. 31, Erman/Jendrek (o. Fußn. 9), § 551 Rn. 6.

durch eine Teilunwirksamkeit der Vereinbarung ausreichend sichergestellt. Die Forderung nach Gesamtnwirksamkeit bringt in die Abwägung ein poenales Element hinein, das unserem Recht fremd ist.

4. Unanwendbarkeit des „Summierungseffekts“

Der BGH hat es auch mit Recht abgelehnt, die Gesamtnwirksamkeit der Kautionsabrede auf eine Anwendung des Summierungseffekts zu stützen.¹²⁷

a) Der Summierungseffekt ist ein Wertungskriterium, das die Rechtsprechung im Anwendungsbereich des § 307 BGB entwickelt hat.¹²⁸ Wenn zu prüfen ist, ob eine formularmäßige Regelung den anderen Teil entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, muss auf den Inhalt der Gesamtregelung abgestellt werden. Die Benachteiligung durch eine für sich allein genommen noch hinnehmbare Klausel kann durch eine andere derart verstärkt werden, dass beide unwirksam sind. Umgekehrt können die durch eine Klausel bedingten Nachteile durch Vorteile bei anderen Regelungen ausgeglichen werden.¹²⁹ Immer geht es um Abwägungen im Rahmen des § 307 BGB. Festgestellt werden soll, ob eine unangemessene Benachteiligung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt oder nicht.

b) Dogmatisch lässt es sich nicht rechtfertigen, diese zu § 307 BGB entwickelten und dort sinnvollen Wertungen auch heranzuziehen, wenn der Umfang der sich aus § 551 Abs. 4 BGB ergebenden Unwirksamkeit zu bestimmen ist. Wieweit die Unwirksamkeit bei Verstößen gegen § 551 BGB reicht, ergibt sich aus dem bereits erörterten Normzweck der Vorschrift. Sie durch eine an § 307 BGB angelehnte Abwägung zu modifizieren, ist nicht zu rechtfertigen. Aus einem solchen Ansatz könnten sich auch unerfreuliche Weiterungen ergeben. Das Mietrecht verwendet die Formulierung „Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam“ neunmal.¹³⁰ Was für § 551 Absatz 4 BGB gilt, müsste für alle diese Vorschriften und auch für weitere ähnliche Normen gelten. Die Bestimmung des Umfangs der Unwirksamkeit würde damit in einer Vielzahl von Fällen mit Abwägungen belastet, die ausschließlich für § 307 BGB gelten und nur dort einen Sinn machen.

c) Die Kautionsvereinbarung bleibt aber unter Wegfall der unwirksamen Regelungen auch dann wirksam, wenn man bei der Bestimmung des Umfangs der Unwirksamkeit den Summierungseffekt mitberücksichtigt. Durch den Summierungseffekt kann eine Regelung unwirksam werden, die für sich allein betrachtet (noch) angemessen, wegen ihrer Abweichung vom dispositiven Recht oder aus anderen Gründen aber nicht unproblematisch ist.¹³¹ Die gegen sie bestehenden Bedenken müssen sich durch die mit weiteren Regelungen verbundenen Nachteile so verstärken, dass sie den anderen Teil in Verlet-

¹²⁷ BGH NJW 2004, 3045, aA nachdrücklich *Börstinghaus*, LMK 2003, 202.

¹²⁸ BGHZ 48, 264, 267; BGH NJW 1983, 159, BGH NJW 1995, 254; *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen AGBG*, 9. Auflage, § 9 Rn.85, *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 486, *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn.13), § 307 Rn. 9.

¹²⁹ Vgl. statt aller *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 13) § 307 Rn.9.

¹³⁰ §§ 547 Abs. 2, 551 Abs. 4, 553 Abs. 3, 554 Abs. 5, 556 a Abs. 3, 557 Abs. 4, 557 a Abs. 4, 557 b Abs. 4, 558 Abs. 6 BGB.

¹³¹ BGH NJW 2004, 3045, *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 13) § 307 Rn.9.

zung von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dieser Fall kann bei der Abwälzung der Schönheitsreparaturen immer wieder auftreten. Die Abwälzung von Schönheitsreparaturen ist zwar Verkehrssitte und auch formularmäßig zulässig, wegen ihrer Abweichung von einer wichtigen den Mieter schützenden Vorschrift des dispositiven Rechts aber nicht unproblematisch. Wenn zu dieser Abweichung weitere den Mieter deutlich benachteiligende Regelungen hinzutreten, ist die Abwälzung wegen des Summierungseffekts im Ganzen unwirksam.¹³²

d) Ganz anders sind die rechtlichen Rahmenbedingungen bei Kautionsvereinbarungen. Für sie gibt es keine mit § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB vergleichbare Norm. Im Gegenteil, zum Schutz der berechtigten Interessen des Vermieters lässt § 551 BGB die Vereinbarung einer Mietsicherheit bis zur Höhe von drei Monatsmieten ausdrücklich zu. Diese für sich allein betrachtet unproblematische, den berechtigten Belangen des Vermieters Rechnung tragende Regelung kann nicht durch einen dogmatisch kaum haltbaren Rekurs auf den Summierungseffekt für unwirksam erklärt werden. Es muss dabei bleiben, dass nur die mit § 551 BGB unvereinbaren Regelungsteile unwirksam sind, die Kautionsvereinbarung selbst aber wirksam bleibt.

¹³² BGH NJW 2004, 3045.

