

Prof. Dr. h.c. Helmut Heinrichs*

Das neue AGB-Recht und seine Bedeutung für das Mietverhältnis.

Ab 1.1.2003 wird das vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB eingeordnete und veränderte Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf Alt-Mietverträge anwendbar. Der Vermieter muß bei der Einbeziehung von formularmäßigen Regelungen auf erkennbare Behinderungen des Mieters angemessen Rücksicht nehmen. Die Änderungen der Klauselverbote – vor allem das Verbot, Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Körper oder Leben einzuschränken und die neugefaßte Vorschrift über Schadenspauschalen – gelten für alle Mietverträge, gleichgültig, wann sie abgeschlossen worden sind. Die ausdrückliche Klarstellung, dass das Transparenzgebot Maßstab der Inhaltskontrolle ist, wird erneut zu einer Diskussion führen, ob die Verpflichtung des Mieters zur Tragung von Betriebskosten durch eine Bezugnahme auf § 27 II. Berechnungsverordnung wirksam begründet werden kann. Der Beitrag geht diesen Fragen nach. Er weist daraufhin, dass eine letztinstanzliche Entscheidung über die Wirksamkeit von Bezugnahmen auf die II. Berechnungsverordnung wohl erst nach Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH ergehen darf.

I. Vorbemerkung

Das Thema des Beitrags ist, soweit die Formulierung das Adjektiv „neu“ verwendet, nicht unproblematisch. Wir haben seit dem 1.1.2002 ein neues Leistungsstörungenrecht, ein neues Kaufrecht und ein neues Verjährungsrecht. Auch beim AGB-Recht hat es Änderungen gegeben. Die materiellrechtlichen Vorschriften stehen nicht mehr in einem Sondergesetz, das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat sie als §§ 305 bis 310 in das BGB integriert. Die Verfahrensvorschriften sind seit der Reform Teil des Unterlassungsklagengesetzes. Wenn man auf die Inhalte sieht, gibt es aber kein *neues* AGB-Recht. Die §§ 305 bis 310 stimmen in ihrem Kern und ihrem wesentlichen Regelungsgehalt mit den §§ 1-12 ABGB überein. Es gibt Änderungen, die die Praxis sorgfältig zu beachten hat und die natürlich Zweifelsfragen aufwerfen. Um diese Änderungen soll es, soweit sie für das Mietrecht von Bedeutung sind, im folgenden gehen. Zu behandeln sind daher:

- (1) Die Neuregelung des § 305 Abs. 2 Nr. 2, nach der der Verwender bei der Einbeziehungsvereinbarung erkennbare körperliche Behinderungen der anderen Vertragspartei angemessen zu berücksichtigen hat.

* Der Beitrag ist hervorgegangen aus einem Referat, das der Verfasser am 13.9.2002 in Nürnberg auf einer Vortragsveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstags e.V. (D-M-T) gehalten hat.

- (2) Die Neufassung der Generalklausel der Inhaltskontrolle. § 307 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 legen jetzt ausdrücklich fest, dass das Transparenzgebot Maßstab der Inhaltskontrolle ist und dass das Transparenzverbot auch für Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen gilt.
- (3) Die Änderungen bei den Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit. Mietrechtlich relevant sind die Neufassung der Schranken für Pauschalierungen von Schadensersatzansprüchen (§ 309 Nr. 5) und das Verbot von Haftungsausschlüssen bei Verletzung von Leben und Gesundheit (§ 309 Nr. 7 a).

Diese Änderungen sind nach Maßgabe der Überleitungsvorschrift zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, dem Art. 229 § 5 EGBGB, auf Mietverträge anzuwenden.

II. Die Überleitungsvorschrift

1. Art. 229 § 5 EGBGB enthält in Satz 2 eine Sonderregelung für Dauerschuldverhältnisse. Wie der Begriff Dauerschuldverhältnis in dieser Norm abzugrenzen ist, ist streitig. Die wohl h.M. geht davon aus, dass der Begriff in Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB ebenso auszulegen ist wie im § 314 BGB¹. Dagegen tritt Heß² mit beachtlichen Gründen für einen weiteren intertemporalrechtlichen Begriff des Dauerschuldverhältnisses ein. Das kann aber auf sich beruhen. Gleichgültig, von welcher Ansicht man ausgeht, ist nicht zweifelhaft, dass Mietverträge unter den Satz 2 des Art. 229 § 5 EGBGB fallen.

2. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB enthält, was in den Erläuterungen nicht immer klar genug herausgestellt wird,³ zwei Sonderregelungen für Dauerschuldverhältnisse.

a) Für die vor dem 1.1.2001 geschlossenen Mietverhältnisse ist die Anwendung des neuen Rechts hinausgeschoben, es ist erst ab 1.1.2003 anzuwenden. Die Schonfrist von einem Jahr soll den Beteiligten Gelegenheit geben, ihre Vertragsbeziehungen an das neue Recht anzupassen.⁴ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen jetzt zwischen Vermietern und Mietern intensive Verhandlungen über Nachbesserungen an den vor dem 1.1.2001 geschlossenen Mietverträgen stattfinden. Es ist aber wohl so, dass solche Verhandlungen tatsächlich nicht geführt werden.

¹ Palandt/Heinrichs, 62. Aufl., 2003, Art. 229 § 5 Rn. 7.

² NJW 2002, 253, 256.

³ Vgl. z.B. AnwKomBGB/Mansel, 2002, Art. 229 § 5 Rn. 32 ff; Das neue Schuldrecht/Rolland, 2002, 9. Kapitel Rn. 9, Heß NJW 2002, 253, 256.

⁴ BT-Drucksache 14/6040 S. 273.

b) Neben der Hinausschiebung der Rechtsfolgen dieses Satz 1 um ein Jahr enthält Satz 2 zugleich eine die Auswirkungen des neuen Rechts verstärkende Regelung. Für die unter Satz 1 fallenden Schuldverhältnisse bleibt ausschließlich das frühere Recht maßgebend, auch wenn sich ihre Abwicklung über viele Jahre oder Jahrzehnte erstreckt. Anders ist es bei Dauerschuldverhältnissen. Auf sie findet das neue Recht mit Wirkung ab 1.1.2003 auch dann Anwendung, wenn das Dauerschuldverhältnis lange vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform begründet worden ist. Das entspricht einer in ständiger Gesetzgebungspraxis angewandten Überleitungsregel. Neues Recht für Dauerschuldverhältnisse gilt ab seinem Inkrafttreten grundsätzlich auch für bestehende Verträge. Das hat Art. 171 EGBGB bereits für das Inkrafttreten des BGB angeordnet, allerdings mit einem uns nicht interessierenden Kündigungsrecht. Von dem gleichen Grundsatz geht mit zahlreichen Modifikationen auch die Überleitungsvorschrift zum Mietrechtsreformgesetz (Art. 229 § 3 EGBGB) aus.

3. Ein Sonderproblem bilden die vor dem 1.4.1977 geschlossenen Mietverträge. Auf sie fanden die Vorschriften des AGB-Rechts bisher keine Anwendung. Eine Ausnahme galt nach § 28 Abs. 2 AGBG nur für die Generalklausel der Inhaltskontrolle, früher also § 9 AGBG, jetzt § 307 BGB. Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wollte an diesem Rechtszustand festhalten. Er schlug für Art. 229 § 5 EGBGB folgenden Absatz 2 vor:⁵

(2) Für vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes abgeschlossene Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren, die regelmäßige Erbringung von Dienst- und Werkleistungen sowie die Gebrauchsüberlassung von Sachen gilt anstelle des AGB-Gesetzes nur dessen § 9, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt sind.

Der Rechtsausschuß des Bundestags hat diese Regelung als entbehrlich gestrichen.⁶ Zur Begründung hat er ausgeführt:

„Mit Absatz 2 hatte der Regierungsentwurf § 28 Abs. 2 des AGB-Gesetzes übernommen. Die Übernahme dieser Bestimmung hält der Ausschuß angesichts der Regelung in Artikel 229 EGBGB-BE § 5 Satz 1 für Altverträge indes nicht für erforderlich. Denn für Altverträge gilt danach ohnehin das alte Recht und damit auch das alte Überleitungsrecht.“

Diese Überlegung trifft, soweit es sich um die von Satz 1 erfaßten Altverträge handelt, zu. Auf sie ist das AGB-Gesetz in der am 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden; trotz der Streichung des im Entwurf vorgeschlagenen Absatzes 2 gilt daher weiter der § 28 Abs. 2

⁵ BT-Drucksache 14/6040 S. 34 (Text der Vorschrift) und S. 273 (Begründung). Der Entwurf wollte die Vorschrift noch als § 4 in den Art. 229 EGBGB einordnen.

⁶ BT-Drucksache 14/7052 S. 207.

AGBG. Anders ist es aber bei Satz 2. Er verweist für das AGB-Recht nicht mehr auf das AGB-Gesetz, sondern auf die §§ 305 ff, die keine dem § 28 Abs. 2 AGBG entsprechende Regelung enthalten. Nach dem Wortlaut des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB ist daher nicht zweifelhaft, dass die §§ 305 ff in der jetzt geltenden Fassung mit Wirkung ab 1.1.2003 auch für die vor dem 1.4.1977 geschlossenen Dauerverträge gelten.⁷ Sicher ist aber wohl auch, dass der Rechtsausschuß des Bundestags dieses Ergebnis nicht gewollt hat. Das rechtfertigt es jedoch nicht, die Vorschrift gegen ihren Wortlaut auszulegen. Entscheidend ist nicht der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern der im Normtext objektivierte Wille.⁸ Der Irrtum des Rechtsausschusses ändert daher an der Verbindlichkeit der nach dem objektiven Sinn der Norm getroffenen Regelung nichts.

4. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dieser Beurteilung nicht entgegen. Die geänderten Vorschriften sind ausschließlich auf Rechte und Pflichten anzuwenden, die nach dem 1.1.2003 entstehen. Es handelt sich damit um eine sogenannte unechte Rückwirkung, die mit dem Rechtsstaatsgebot vereinbar und grundsätzlich zulässig ist.⁹ Bei Dauerschuldverhältnissen darf niemand darauf vertrauen, dass die bei Vertragsbeginn geltenden gesetzlichen Vorschriften bis zur Beendigung des Vertrages unverändert bleiben.¹⁰

5. Die Anwendung neuen Rechts auf Altverträge bedarf aber einer Einschränkung. Vorschriften, die den Vertragsschluß regeln, können unter Vertrauensgesichtspunkten nicht rückwirkend auf früher geschlossene Verträge angewandt werden. Der Vertragsabschluß ist ein in der Vergangenheit liegender endgültig abgeschlossener Vorgang. Auf seine rechtliche Beurteilung kann später in Kraft getretenes Recht nicht angewandt werden. Eine Vereinbarung, durch die vor dem 1.1.2002 AGB in einen Dauervertrag einbezogen worden sind, ist daher nicht deshalb unwirksam, weil sie nicht den Anforderungen des neuen § 305 Abs. 2 Nr. 2 genügt. Zweifelhaft kann sein, ob es sich bei dieser Reduktion um eine einschränkende Auslegung, eine teleologische Reduktion oder einen Rekurs auf das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot handelt. Ich gehe davon aus, dass diese Frage den Praktiker nicht interessiert und lasse sie daher offen.

⁷ So richtig Pfeilschifter WuM 2002, 73, allerdings ohne die Entstehungsgeschichte der Norm zu problematisieren.

⁸ BVerfGE 1, 312; 10, 244; 62, 45; BGHZ 46, 74, 49, 221.

⁹ BVerfGE 11, 139, 145; BGHZ 91, 385; ZIP 91, 994; MüKo/Heinrichs, 3. Auflage, Art. 170 EGBGB Rn. 8.

¹⁰ KG NJW 1982, 2077, 2078.

III. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Das BGB enthielt für behinderte Menschen bislang nur sehr globale, undifferenzierte Regelungen, so über Geschäftsunfähigkeit, Betreuung, Pflegschaft, früher auch über die Entmündigung. Das ist in der letzten Legislaturperiode erfreulicherweise anders geworden. Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Entscheidungen, eine zum Mietrecht¹¹ und eine zum Testamentsrecht¹², nachdrücklich darauf hingewiesen, dass der Schutz behinderter Menschen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eine verfassungsrechtliche Pflicht von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist. Das hat den Gesetzgeber für die Probleme behinderter Menschen sensibilisiert. Das BGB enthält jetzt auch im Mietrecht und im Recht der AGB Schutzvorschriften zu Gunsten von Behinderten. Im § 554 a geht es um die behindertengerechte Einrichtung der gemieteten Wohnung. § 305 Abs. 2 Nr. 2 legt dem Vermieter als Verwender von AGB die Obliegenheit auf, beim Vertragsschluß auf erkennbare Behinderungen des Mieters Rücksicht zu nehmen.¹³

2. Beide Normen und die durch das OLG-Vertretungs-Änderungsgesetz geschaffenen weiteren Vorschriften sollen die Rechtsstellung behinderter Menschen verbessern. Sie gehen aber nicht von einem einheitlichen Begriff der Behinderung aus. Bei jeder Norm muß jeweils, ausgehend von ihrem Wortlaut und Zweck, ermittelt werden, welche Behinderungen erfaßt werden sollen. Eine schematische Gleichstellung ist auch im Verhältnis zwischen § 554 a und § 305 Abs. 2 Nr. 2 ausgeschlossen. Eine Behinderung, etwa eine Sehbehinderung, weil der Interessent seine Brille vergessen hat, kann die Anwendung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 rechtfertigen, sie ist aber offensichtlich für § 554 a uninteressant. Umgekehrt ist eine Gehbehinderung sicher kein Anwendungsfall des § 305 Abs. 2 Nr. 2, sie kann aber nach § 554 a einen Anspruch auf Zustimmung zu baulichen Veränderungen begründen.

¹¹ BVerfG NJW 2000, 2658.

¹² BVerfG NJW 1999, 1853.

¹³ Durch das am 1.8.2002 in Kraft getretene OLG-VertrÄndG vom 23.7.2002 (BGBl I 2580) sind in das BGB weitere Vorschriften eingefügt worden, die die Rechtsstellung behinderter Menschen verbessern: § 105 a soll die Eigenverantwortlichkeit geistig Behinderter stärken und ihre soziale Emanzipation fördern. Geschäfte des täglichen Lebens, die von volljährigen Geschäftsunfähigen vorgenommen werden, sind in Zukunft unter den Voraussetzungen des § 105 a wirksam. Eine Neufassung der §§ 2232 ff stellt sicher, dass auch mehrfach Seh-, Hör- und Sprechbehinderte wirksam eine letztwillige Verfügung errichten können. Hinzuweisen ist auch auf das Behindertengleichstellungsgesetz vom 27.4.2002 (BGBl I S 2580), das in § 3 den Begriff der Behinderung und in § 4 den Begriff der Barrierefreiheit ohne Beschränkung auf das Mietrecht definiert.

3. Der Vermieter muß nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 bei der Einbeziehung von formularmäßigen Regelungen auf eine ihm erkennbare *körperliche* Behinderung des Mieters angemessen Rücksicht nehmen. Gedacht ist hierbei vor allem an Sehbehinderungen.¹⁴ Die amtliche Begründung meint, bei Bestehen einer solchen Behinderung müßten die AGB dem anderen Teil in elektronischer oder akustischer Form oder durch Übergabe eines Exemplars in Blindenschrift zugänglich gemacht werden. Diese Forderung ist überzogen. Für eine angemessene Rücksichtnahme ist erforderlich aber auch ausreichend, dass der Vermieter dem Mieter ohne zeitliche Zwänge die Möglichkeit verschafft, sich den Text des Vertrags vor Vertragsschluß von einer Person seines Vertrauens vorlesen zu lassen.¹⁵ Vorleser kann auch der Vermieter oder eine seiner Hilfspersonen sein.

a) Die Behinderung muß für den Vermieter *erkennbar* sein. Das ist sicher der Fall, wenn der Mieter auf seine Behinderung ausdrücklich hinweist. Im Übrigen sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Kenntnis ist nicht erforderlich; es genügt Erkennbarkeit. Bleiben Zweifel, ob eine bestehende Behinderung erkennbar war oder nicht, trägt nach der Fassung des § 305 Abs. 2 der Vermieter die Beweislast.¹⁶

b) Analphabetismus ist keine körperliche Behinderung und fällt daher nicht unter Abs. 2 Nr. 2.¹⁷ Auch eine analoge Anwendung des Abs. 2 Nr. 2 läßt sich nicht rechtfertigen. Der Vermieter ist bei Verhandlungen mit einem Mieter, der erkennbar Analphabet ist, nach § 241 Abs. 2 verpflichtet, auf dessen Behinderung und Interessen angemessen Rücksicht zu nehmen. Wie er dieser Verpflichtung nachzukommen hat, ist Frage des Einzelfalls. In der Regel genügt es, dass der Analphabet die Möglichkeit erhält, sich den Text des Vertrags von einer Person seines Vertrauens vorlesen und erklären zu lassen. Erfüllt der Vermieter die sich aus § 241 Abs. 2 ergebende Pflicht nicht, haftet er nach § 311 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 auf Schadensersatz. Die Einhaltung der sich aus § 241 Abs. 2 ergebenden Schutzpflicht ist aber nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einbeziehung.¹⁸ Da bereits andere Normen einen ausreichenden Schutz gewährleisten, gibt es keinen überzeugenden Grund, § 305 Abs. 2 Nr. 2 im Wege der Analogie auf Analphabeten anzuwenden.

¹⁴ BT-Drucksache 14/6040 S. 150.

¹⁵ Fritz NZM 2002, 717.

¹⁶ AnwKom-BGB/Henrichs (Fn. 3) § 305 BGB Rn. 11.

¹⁷ Strittig; aA AnwKom-BGB/Henrichs (Fn. 3) § 305 BGB Rn. 10.

¹⁸ Palandt/Heinrichs (Fn. 3) § 305 Rn. 33.

c) Auch bei der Verwendung deutschsprachiger Texte gegenüber Ausländern bringt § 305 Abs. 2 Nr. 2 nichts Neues. Werden bei einem in Deutschland abgeschlossenen und deutschem Recht unterstehenden Vertrag die Verhandlungen in deutscher Sprache geführt, begründet Abs. 2 Nr. 2 für den Verwender keine Obliegenheit, für Ausländer Übersetzungen seiner formularmäßigen Texte bereit zu halten.¹⁹ Die Neufassung der Vorschrift ändert daran nichts, da die Ausländereigenschaft keine körperliche Behinderung ist. Auch eine analoge Anwendung des Abs. 2 Nr. 2 scheidet aus, da die Schutzbedürftigkeit körperlich Behinderter und ausländischer Vertragspartner nicht vergleichbare Sachverhalte sind²⁰ und der notwendige Schutz bereits durch andere Normen sichergestellt wird. Bei Verbraucherverträgen, die, wie Mietverträge über Wohnraum, von erheblicher wirtschaftlicher und sozialer Tragweite sind, ergibt sich - sei es aus § 241 Abs. 2, sei es aus dem Transparenzgebot - eine Informationspflicht des Unternehmers.²¹ Der Vermieter muß den Mieter in der Verhandlungssprache über den Inhalt des Vertrags informieren und ihn auf die Möglichkeit hinweisen, zu den Verhandlungen einen Landsmann hinzuzuziehen, der die deutsche Sprache beherrscht. Verletzt der Vermieter diese Informationspflicht, scheidet nicht die Einbeziehung; der Ausländer kann aber - ebenso wie der Analphabet - nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo Ersatz des ihm etwa entstandenen Schadens verlangen.²²

IV. Änderungen bei den Klauselverboten

Bei den jetzt in die §§ 308 und 309 eingeordneten Klauselverboten gibt es nur wenige und in der Regel bloß marginale Änderungen;²³ Bedeutung für das Mietrecht haben lediglich zwei. Nach dem neugefaßten § 309 Nr. 5 b) sind Pauschalierungen von Schadensersatzansprüchen nur noch zulässig, wenn sie dem anderen Teil den Nachweis gestatten, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. § 309 Nr. 7 enthält jetzt in einem neuen Buchstaben a) ein ausdrückliches Verbot, die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit auszuschließen oder zu beschränken.

¹⁹ BGHZ 87, 115; Staudinger/Schlosser, 13. Bearbeitung § 2 AGBG Rn. 28; Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Auflage § 2 AGBG Rn. 51;

²⁰ AnwKom-BGB/Henrichs (Fn 3) § 305 BGB Rn. 10.

²¹ Reich NJW 1995, 1860; Palandt/Heinrichs 61. Auflage § 310 Rn. 26.

²² von Westphalen NJW 2002, 12, 14; Palandt/Heinrichs (Fn. 1) § 310 Rn. 36.

²³ Vgl. dazu Palandt/Heinrichs (Fn. 1) § 308 Rn. 1 und § 309 Rn. 1

1. § 309 Nr. 5 b).

a) Schadenspauschalierungen, die den richtigen Maßstab verwenden, also auf den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden abstellen, waren nach § 11 Nr. 5 b) AGBG nur unwirksam, wenn dem anderen Vertragspartner der Nachweis *abgeschnitten* wurde, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Diese unglückliche Formulierung hatte zu erheblichen Abgrenzungsproblemen geführt. Der BGH hat Klauseln mit Formulierungen wie „ist mit x% zu verzinsen“,²⁴ „die Kosten betragen“²⁵ oder „der Verwender ist berechtigt zu verlangen“²⁶ wegen Verstosses gegen Nr. 5 b) für unwirksam erklärt. Dagegen sind fast gleichlautende Formulierungen wie „wird ein Aufschlag von x% erhoben“²⁷, „wird mit ... berechnet“²⁸ oder „kann x% ohne Nachweis als Entschädigung fordern“²⁹ von der Rechtsprechung nicht beanstandet worden.

b) Die Neufassung der Verbotsnorm beseitigt die bestehenden Abgrenzungsprobleme und die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit. Eine Schadenspauschale, etwa für Kosten der Mahnung oder für Verzugszinsen ist künftig stets unwirksam, wenn sie dem anderen Teil nicht ausdrücklich den Nachweis gestattet, ein Schaden sei gar nicht oder nur in wesentlich niedriger Höhe entstanden. Dabei erstreckt sich die Unwirksamkeit auf die Pauschalierungsabrede im ganzen.³⁰

c) Das gilt auch für Altverträge. Zwar schränkt der BGH das Verbot geltungserhaltender Reduktion in seiner neueren Rechtsprechung aus Gründen des Vertrauensschutzes ein.³¹ Wird eine im Zeitpunkt der Verwendung dem Stand der Rechtsprechung entsprechende Klausel im Zuge weiterer Perfektionierung der Inhaltskontrolle für unwirksam erklärt, wird der inhaltlich nicht zu beanstandende Teil der Klausel auch dann aufrechterhalten, wenn die Klausel sprachlich nicht teilbar ist.³² Dieser Grundsatz gilt aber nur für Weiterentwicklungen der Rechtsprechung, nicht für Gesetzesänderungen. Der Gesetzgeber hat in Art. 229 § 5

²⁴ BGH NJW 1984, 2941; ZIP 1996, 1997.

²⁵ BGH NJW 1985, 634.

²⁶ OLG Oldenburg MDR 2000, 20.

²⁷ BGH NJW 1985, 321.

²⁸ BGH WM 1986, 1467.

²⁹ BGH NJW 1982, 2317.

³⁰ BGH NJW 1985, 632, Palandt/Heinrichs (Fn. 1) § 309 Rn. 30.

³¹ Vgl. statt aller BGHZ 137, 153. Weitere Nachweise bei Palandt/Sprau (Fn. 1) § 765 Rn. 21 und Palandt/Bassenge (Fn. 1) § 1191 Rn. 51.

³² Palandt/Heinrichs (Fn. 1) Vorbemerkung 10 vor § 307; Staudinger/Schlosser, 13. Bearbeitung, AGB-Gesetz 6 Rn. 17 a f.

Satz 2 EGBGB bestimmt, dass das AGB-Recht in der jetzt geltenden Fassung mit Wirkung ab 1.1.2003 auch auf Altverträge anzuwenden ist. Diese mit den überkommenen Grundsätzen des intertemporalen Rechts übereinstimmende Regelung verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot. Die Rechtsprechung ist nicht befugt, diese Entscheidung des Gesetzgebers unter Berufung auf Vertrauens Gesichtspunkte einzuschränken. 2. § 309 Nr. 7 a).

a) Nach dem neuen Klauselverbot des § 309 Nr 7 a) kann der Verwender die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit nicht ausschließen oder beschränken, auch wenn dem Verletzer nur einfache Fahrlässigkeit zur Last fällt. Gleichgültig ist, auf welcher Anspruchsgrundlage der Anspruch beruht. Geschützt werden vertragliche, vorvertragliche und deliktische Ansprüche. Ausgeschlossen ist auch eine Freizeichnung für gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen. Der Schutz beschränkt sich aber auf Ansprüche aus einer *schuldhaften* Pflichtverletzung. Die schuldunabhängige Haftung des Vermieters aus § 536 a kann daher, auch soweit es um Körperschäden geht, weiter formularmäßig ausgeschlossen werden.³³

b) Verboten sind alle Spielarten der Haftungsbegrenzung. Unzulässig sind daher auch Beschränkungen der Höhe des Anspruchs, der Ausschluß bestimmter Schäden³⁴ oder des Schmerzensgelds, das jetzt auch bei Vertragsverletzungen geschuldet wird, wenn eines der in § 253 Abs. 2 genannten Rechtsgüter verletzt worden ist. Eine unzulässige Haftungsbegrenzung liegt auch vor, wenn die Verjährungsfrist abgekürzt³⁵ oder durch eine Subsidiaritätsklausel eingeschränkt wird.³⁶ Die Vorschrift gilt nach ihrem Schutzzweck grundsätzlich auch dann, wenn die Klausel nicht die Ersatzpflicht, sondern die Sorgfaltspflicht des Vermieters abbedingt oder ein bestimmtes Risiko allein dem Mieter auferlegt.³⁷ Anders ist es allerdings, wenn die scheinbar abbedungene Pflicht nach der Rechtsnatur des Vertrages ohnehin nicht besteht.³⁸

c) Das Klauselverbot entspricht den Vorgaben der EG-Richtlinie 93/13 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Sie setzt die Nr. 1 a) des Anhangs der Richtlinie

³³ BGH NJW-RR 1991, 74; 1993, 519.

³⁴ BGH NJW 1987, 2820, zu § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz.

³⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 440, zu § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz.

³⁶ BGH WM 1989, 1521, zu § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz.

³⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 751.

³⁸ OLG Hamm NJW-RR 1989, 668.

um.³⁹ Sachlich bringt das Verbot für das deutsche Recht nichts Neues. Schon bisher war, teils unter Hinweis auf die EG-Richtlinie, teils ohne einen solchen Rekurs, ganz herrschende Meinung, dass die Haftung für Schäden an Körper und Gesundheit nicht formularmäßig ausgeschlossen werden kann.⁴⁰ Eine vielleicht noch wichtigere Schranke für formularmäßige Freizeichnungen ergibt sich auch aus § 307 Abs. 2 Nr. 2, früher § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz. Nach einer neueren Entscheidung des BGH⁴¹ ist die Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, eine Kardinalpflicht, mit der Folge, dass der Vermieter seine Schadensersatzhaftung für Mängel auch bei einfacher Fahrlässigkeit nicht ausschließen kann.

d) Freizeichnungsklauseln in Mietverträgen halten daher nur dann der Inhaltskontrolle stand, wenn sie klarstellen, dass die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unberührt bleibt. Fehlt diese Klarstellung, ist die Klausel im ganzen unwirksam. Das gilt ab 1.1.2003 auch für formularmäßige Regelungen in Alt- und Uraltverträgen.

V. Das Transparenzgebot, jetzt ausdrücklich Maßstab der Inhaltskontrolle

1. Die Neufassung der Generalklausel legt jetzt ausdrücklich fest, dass das Transparenzgebot Maßstab der Inhaltskontrolle ist. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Aus § 307 Abs. 3 Satz 2 ergibt sich, dass das Transparenzerfordernis auch für Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen gilt. Beide Regelungen werden im Mietrecht zu lebhaften Diskussionen führen. Beide bringen aber in der Sache nichts Neues. Sie bestätigen lediglich den seit langem bestehenden, von den Rechtsanwendern aber erst nach und nach erkannten und berücksichtigten Rechtszustand.

a) Im Anschluß an die Leitentscheidungen des BGH vom 24.1.1988⁴² und 17.1.1989⁴³ hat sich in Rechtsprechung und Literatur gegen anfängliche Widerstände seit 1990 praktisch allgemein die Auffassung durchgesetzt, dass AGB nur dann der Inhaltskontrolle standhal-

³⁹ Text im Palandt (Fn. 1) § 310 Rn. 27.

⁴⁰ Vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGB-Gesetz Rn. 35; Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Auflage § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz Rn. 43.

⁴¹ BGH NJW 2002, 673.

⁴² BGHZ 106, 42 = NJW 1989, 222 und BGH NJW 1989, 530.

⁴³ BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 224.

ten, wenn sie dem Transparenzerfordernis genügen.⁴⁴ Das wurde deutlich, als 1993 die Diskussion um die Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen begann⁴⁵; sie legt in ihrem Art. 5 Satz 1 bekanntlich fest, dass schriftlich niedergelegte Klauseln „klar und verständlich“ abgefaßt sein müssen. In Deutschland wurde rasch Einverständnis darüber erzielt, dass diese Regelung keiner Umsetzung bedürfe, da das Transparenzgebot ein tragendes Prinzip des AGB-Gesetzes und damit geltendes Recht sei.⁴⁶ Das Gesetz vom 19.7.1996 zur Änderung des AGB-Gesetzes verzichtete daher auf eine Neufassung des § 9 AGB-Gesetz.

b) Von dieser rechtlichen Beurteilung ging auch der Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aus. Er wollte § 9 AGB-Gesetz sachlich und redaktionell unverändert in das BGB übernehmen. Doch dann kam eine EuGH-Entscheidung in einem Verfahren Kommission gegen Niederlande.⁴⁷ Der EuGH entschied, die Niederlande habe gegen die Verpflichtung zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG verstoßen. Eine nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinne auslege, die den Anforderungen der Richtlinie entspreche, genüge nicht dem Erfordernis der Rechtssicherheit; erforderlich sei eine ausdrückliche gesetzliche Umsetzung. Wegen dieser Entscheidung erhielt die Generalklausel bei ihrer Einordnung in das BGB ihre jetzige Fassung. Dazu nimmt die Begründung wie folgt Stellung:⁴⁸

„Deshalb wird das Transparenzgebot jetzt ausdrücklich angesprochen. Damit ist keine inhaltliche Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung des ohnehin von der Rechtsprechung stringent angewandten Transparenzgebots verbunden.“

c) Auch § 307 Abs. 3 Satz 2, der die Freistellung von der Inhaltskontrolle auf Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen beschränkt, die dem Transparenzerfordernis genügen, ist inhaltlich keine Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung. Der Palandt enthielt 1994 in der 54. Auflage in den Erläuterungen zu § 8 AGB-Gesetz erstmals folgenden Satz:⁴⁹

⁴⁴ Vgl. statt aller Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Auflage § 9 AGB-Gesetz Rn. 87; Heinrichs, Festschrift für Trinkner, 1995, S. 157, beide mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁵ ABIEG 1993 Nr. L 95 vom 21.5.1993 S 29 = NJW 1993, 1838.

⁴⁶ Vgl. statt aller Heinrichs NJW 1993, 1817; NJW 1995, 153; Ulmer EuZW 1993, 337; Damm JZ 1994, 161, alle mit weiteren Nachweisen.

⁴⁷ EuGH NJW 2001, 2244.

⁴⁸ BT-Drucksache 14/6040 S. 153.

⁴⁹ Palandt/Heinrichs, 54. Auflage, § 8 AGB-Gesetz Rn. 1.

„Verstöße gegen das Transparenzgebot (§ 9 Rn. 15) begründen auch bei Klauseln, die das Preis/Leistungsverhältnis betreffen, Unwirksamkeit, da § 8 nach seinem Zweck nur die Angemessenheitskontrolle, nicht aber eine Verständlichkeits- und Transparenzprüfung ausschließt.“

Diese richtige Erkenntnis, die in späteren Auflagen auch auf die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung gestützt wurde, setzte sich rasch in Rechtsprechung und Lehre durch. Ihr folgten mehrere Oberlandesgerichte⁵⁰, so vor allem Celle, Hamm und Köln und in zwei *obiter dicta* auch der BGH.⁵¹ In der Literatur gab es gleichfalls überwiegend Zustimmung,⁵² so etwa bei Basedow im Münchener Kommentar, bei Staudinger/Coester und im Wolf/Horn/Lindacher. Es ist daher nicht zweifelhaft: Schon vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes war es ein anerkannter Grundsatz unseres AGB-Rechts, dass Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen nur wirksam sind, wenn sie einer Transparenzkontrolle standhalten.

2. Nachdem das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz der Generalklausel der Inhaltskontrolle ihre jetzige Fassung gegeben hat, ist es legitim, dass Mietrechtler erneut in eine Diskussion über die Auswirkungen des Transparenzgebots auf ihr Rechtsgebiet eintreten. Es gibt kaum einen zweiten Rechtsgrundsatz, dessen Abgrenzungen so schwierig und bei dem die Ergebnisse seiner Anwendung so zweifelhaft sind. Bei dieser Überprüfung wird es vor allem um die formularmäßige Abwälzung von Betriebskosten gehen. Zu erörtern ist, ob eine Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung ausreicht, um eine wirksame Verpflichtung des Mieters zur Tragung der Betriebskosten zu begründen.⁵³

a) Zunächst zum bisherigen Streitstand. - aa) Das Bayrische Oberlandesgericht⁵⁴ hat 1984 in einem Rechtsentscheid festgestellt, dass eine mietvertragliche Regelung, nach der der Mieter die „Betriebskosten gemäß § 27 II. Berechnungsverordnung“ oder „gemäß der Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung“ anteilig zu tragen hat, wirksam ist; einer zusätzlichen Erläuterung des Betriebskostenkatalogs bei Vertragsschluss oder der Beifügung eines Abdrucks bedürfe es nicht. Fünf Oberlandesgerichte – Karlsruhe, Frankfurt, Braunschweig, Celle, Hamm – haben sich in veröffentlichten Entscheidungen dieser Beurteilung

⁵⁰ OLG Celle NJW-RR 1995 1133; OLG Hamm NJW-RR 2000, 763; Köln ZIP 2002, 1863.

⁵¹ BGHZ 106, 46 und NJW 1999, 2276.

⁵² Vgl. statt aller MüKo/Basedow, 4. Auflage § 8 AGB-Gesetz Rn. 29; Staudinger/Coester, 13. Bearbeitung, § 8 AGB-Gesetz Rn. 15; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage, § 9 Rn. 143.

⁵³ So auch Pfeilschifter WuM 2002, 73 und Fritz NZM 2002, 713.

⁵⁴ BayObLGZ 1984, 38 = WuM 1984, 104.

angeschlossen.⁵⁵ Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt: Der in zahlreichen Informationsschriften erläuterte Begriff „Betriebskosten“ sei in seinem Kernbereich und seiner Tragweite für einen Durchschnittsmieter hinreichend klar und verständlich. Wegen der Festlegung der Höhe des Vorschusses sei auch die übernommene Belastung wirtschaftlich abschätzbar. In Verträgen dürften die Begriffe des BGB wie Vorsatz, Fahrlässigkeit, Unmöglichkeit, Verzug und unverzüglich verwandt werden. Für den Begriff „Betriebskosten“ gelte nichts anderes. Die II. Berechnungsverordnung sei eine Rechtsverordnung; die Anlage sei ein Bestandteil dieser Verordnung. Die in ihr verwandten Begriffe seien Rechtsbegriffe. Sie seien in einer Rechtsvorschrift definiert, die weder für eine richterliche Ausfüllung im Einzelfall noch für Billigkeitserwägungen Raum lasse. Dieser Beurteilung hat sich ein Teil der Literatur angeschlossen, nach Ansicht des OLG Hamm⁵⁶ und von Langenberg⁵⁷ sogar der überwiegende Teil der Literatur. Zu nennen sind vor allem Sonnenschein,⁵⁸ Erman/Jendrek,⁵⁹ Palandt/Putzo oder jetzt Palandt/Weidenkaff⁶⁰ und Emmerich.⁶¹ Zwar erörtern die zitierten Entscheidungen und Meinungsäußerungen in der Regel nur die Anforderungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz und nicht das Transparenzerfordernis. Es ist aber nicht zweifelhaft: Wenn die Bezugnahme auf die II. Berechnungsverordnung dem Mieter die zumutbare Möglichkeit verschafft, vom Inhalt der Regelung über die Betriebskosten Kenntnis zu nehmen, entspricht sie auch dem Transparenzerfordernis. Das OLG Celle geht daher auch, ohne das zu problematisieren, in seiner Entscheidung als selbstverständlich davon aus, dass bei der Prüfung der Einbeziehungsvoraussetzungen und des Transparenzerfordernisses die gleichen Kriterien maßgebend sind.⁶²

bb) Dem Rechtsentscheid des Bayrischen Obersten Landesgerichts ist immer wieder mit beachtlichen Gründen widersprochen worden. Wegen der jetzt wegfallenden Sperrwirkung des § 541 ZPO a.F. gibt es allerdings aus der Zeit nach 1984 kaum instanzgerichtliche Entscheidungen, die sich gegen die Grundsätze des Bayrischen Obersten Landesgerichts aussprechen. Hinzuweisen ist aber auf eine nach damaligem Recht nicht mit der Berufung

⁵⁵ OLG Karlsruhe WuM 1986, 9 = NJW-RR 1986, 91; OLG Frankfurt WuM 2000, 411 = NJW-RR 2000, 1464; OLG Braunschweig WuM 1999, 173; OLG Celle NZM 1991, 501, WuM 2000, 130; OLG Hamm WuM 1997, 542 = NJW-RR 1998, 1090.

⁵⁶ OLG Hamm WuM 1997, 542 = NJW-RR 1998, 1090.

⁵⁷ Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl 1999. § 546 BGB Rn. 28.

⁵⁸ NJW 1986, 2763.

⁵⁹ Erman/Jendrek, 10. Auflage, § 535 BGB Rn. 51.

⁶⁰ Palandt/Weidenkaff (Fn. 1) § 556 Rn. 5.

⁶¹ Staudinger/Emmerich, 13. Bearbeitung, §§ 535, 536 Rn. 116.

anfechtbare Entscheidung des AG Dortmund,⁶³ nach der eine Pflicht des Mieters zur anteiligen Tragung der Betriebskosten nicht durch eine formularmäßige Bezugnahme auf die II. Berechnungsverordnung begründet werden kann. Im gleichen Sinn haben sich vor allem geäußert: Löwe,⁶⁴ Derleder⁶⁵, Sternel⁶⁶, Hensen⁶⁷, Stapel⁶⁸ und jetzt Pfeilschifter⁶⁹. Zur Begründung wird mit unterschiedlichen Nuancierungen im wesentlichen ausgeführt: Der Begriff der Betriebskosten sei keinesfalls ein allgemeinverständlicher Begriff. Er sei in seinen Abgrenzungen unklar. Für den Mieter sei nicht erkennbar, welche Kosten er im einzelnen übernehme. Der Verweis auf die II. Berechnungsverordnung bringe nicht die unbedingt erforderliche Konkretisierung. Die Verordnung sei dem Mieter kaum zugänglich, ihr § 27 und die Anlage 3 seien umfangreich, nicht leicht zu verstehen und unübersichtlich. Die Anlage 3 umfasse 17 Kostenpositionen und werfe eine Fülle von Zweifelsfragen auf, so etwa bei den Kosten der Gartenpflege, den Kosten für den Hauswart, den Kosten der Ungezieferbekämpfung, der Fernseh- und Rundfunkversorgung usw. Welche Anforderungen sich aus dem Transparenzerfordernis für die Abwälzung von Betriebskosten ergeben, wird unterschiedlich beurteilt. Nach Sternel und anderen genügt es, wenn dem Mietvertrag die Anlage 3 beigelegt wird.⁷⁰ Wesentlich strengere Anforderungen stellt vor allem Pfeilschifter.⁷¹ Nach seiner Ansicht müssen die Betriebskosten, die der Mieter tragen soll, im Mietvertrag im einzelnen angeführt und für den Mieter klar und verständlich abgegrenzt werden. Die Beifügung der Anlage 3 oder ihre Wiedergabe im Vertrag sei keinesfalls ausreichend.

b) Die besseren Gründe sprechen für den Rechtsentscheid des Bayrischen Oberlandesgerichts.⁷² Er geht mit Recht davon aus, dass der Vermieter in formularmäßigen Regelungen

⁶² OLG Celle WuM 2000, 130.

⁶³ AG Dortmund NJW-RR 1996, 1355.

⁶⁴ WuM 1984, 193; sehr engagiert. Welche Anforderungen er an formularmäßige Regelungen über Betriebskosten stellen will, bleibt allerdings unklar.

⁶⁵ PiG 23 (1986), S. 26 ff.

⁶⁶ Mietrecht 3. Auflage, 1988 III Nr. 212, NZM 1998, 838.

⁶⁷ Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz, 9. Auflage Anh. §§ 9-11 Rn 503.

⁶⁸ ZMR 2000, 580.

⁶⁹ WuM 2002, 73.

⁷⁰ Sternel, Mietrecht (Fn. 66) III Nr. 212; ebenso wohl Stapel ZMR 2000, 581.

⁷¹ WuM 2000, 73.

⁷² Ein Sonderproblem besteht bei der Nr. 17 der Anlage 3. Sie erlaubt als Auffangtatbestand die Umlegung „sonstiger Kosten.“ Die Regelung hat keine klaren Konturen und ist so wenig durchschaubar, dass sie nach fast allgemeiner Meinung bei einer Bezugnahme auf die Anlage 3 nicht Vertragsbestandteil wird (vgl statt aller Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl. 1999, § 546 Rn. 30 mit weiteren Nachweisen).

Rechtsbegriffe des BGB oder anderer Rechtsvorschriften auch dann verwenden darf, wenn ihre Anwendung auf Einzelfälle manchmal zweifelhaft ist. Die Entscheidung verweist auf die Begriffe Vorsatz, Fahrlässigkeit, Unmöglichkeit, Verzug und „unverzüglich“. Gleiches gilt etwa für die Begriffe grobe Fahrlässigkeit, Pflichtverletzung, Erfüllungsgehilfe, Zugang einer Erklärung. Die Kritiker gehen auf dieses die Entscheidung letztlich tragende Argument nicht einmal ansatzweise ein. Dass der Verwender Rechtsbegriffe der Gesetzessprache oder durch die Rechtsprechung geprägte Begriffe übernehmen darf, wird vom BGH ausdrücklich anerkannt. Dafür nur zwei Beispiele.

aa) In AGB für Kaufverträge spielt der Begriff „Fehlschlagen der Nachbesserung“ immer wieder eine Rolle, früher im Zusammenhang mit § 11 Nr. 10 Buchstabe b) AGBG, jetzt im Zusammenhang mit § 440. Unter den Begriff „Fehlschlagen der Nachbesserung“ fällt mehr als ein halbes Dutzend unterschiedlicher Sachverhalte; es gibt eine Fülle von Abgrenzungsproblemen.⁷³ Trotzdem hat der BGH dem Verkäufer gestattet, den unbestimmten Rechtsbegriff „Fehlschlagen der Nachbesserung“ ohne eine Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle zu verwenden.⁷⁴ In einer anderen Entscheidung hat er mit Recht darauf hingewiesen, das Transparenzgebot begründe natürlich für den Verwender keine Pflicht, jede AGB-Regelung zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten mit einem umfassenden Kommentar zu versehen.⁷⁵

bb) Der Begriff „Schönheitsreparaturen“, ein weiterer Reizbegriff des Mietrechts, ist inhaltlich ebenso unbestimmt wie der Begriff „Betriebskosten“. Zwar enthält § 28 Abs. 4 Satz 4 der II. Berechnungsverordnung eine Definition, sie betrifft aber nicht das Zivilrecht. Im Mietrecht gelten für die Abgrenzung, wenn vertragliche Aussagen fehlen, die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien.⁷⁶ Es besteht eine Fülle von Zweifelsfragen und Auslegungsproblemen. Der Zugang zu den von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungen ist für den Durchschnittsmieter mindestens ebenso schwierig wie der Zugang zur Anlage 3 der II. Berechnungsverordnung. Gleichwohl: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf der Vermieter, mit bestimmten hier nicht interessierenden Einschränkungen, Schönheitsreparaturen auf den Mieter abwälzen; es ist nicht erforderlich, dass er den Be-

Wenn der Mieter sonstige Kosten übernehmen soll, muß der Vermieter diese im Vertrag im einzelnen spezifizieren.

⁷³ Vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGB -Gesetz Rn. 57.

⁷⁴ BGH NJW-RR 1990, 886, NJW 1994, 1004.

⁷⁵ BGHZ 112, 115, 119.

⁷⁶ Vgl. dazu statt aller Palandt/Weidenkaff (Fn. 1) § 535 BGB Rn. 43.

riff der Schönheitsreparaturen definiert, abgrenzt oder erläutert.⁷⁷ In der Literatur und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird der BGH heftig kritisiert. In dieser Kritik geht es um die Aushöhlung des Regelungsgehalts der §§ 535, 536. Bemerkenswert ist: Keiner der vielen Kritiker beruft sich darauf, die Abwälzung sei schon deshalb unwirksam, weil der Begriff Schönheitsreparaturen nicht transparent sei.

c) Der Vermieter darf die Betriebskosten daher durch einen Verweis auf § 27 II. Berechnungsverordnung oder auf die Anlage 3 dieser Verordnung abwälzen. Durch die Rechtsprechung dieser Regelung hat die Bezugnahme klare Konturen. Einer Beifügung der Anlage bedarf es nicht. Die II. Berechnungsverordnung ist eine Rechtsverordnung; ihre Regelungen und Rechtsbegriffe können, soweit im Mietrecht auf sie verwiesen wird, nicht wesentlich anders behandelt werden als Rechtsbegriffe des BGB. Das gilt insbesondere, seitdem § 556 für den Begriff der Betriebskosten ausdrücklich auf die II. Berechnungsverordnung Bezug nimmt.⁷⁸

d) Den Grundsätzen des Bayrischen Obersten Landesgerichts steht eine immer wieder zitierte Entscheidung des OLG Schleswig⁷⁹ nicht entgegen. Das OLG Schleswig hat mit Recht entschieden, dass die Klausel, „§ 568 - jetzt also § 545 - findet keine Anwendung“ unwirksam ist. Eine mietvertragliche Regelung, die eine BGB-Vorschrift abändert oder abbedingt, darf sich nicht darauf beschränken, die Nummer des abgeänderten oder abbedingten Paragraphen anzugeben. Sie genügt nur dann den Anforderungen des Transparenzgebots, wenn sie ihren Regelungsgehalt bezeichnet; in dem vom OLG Schleswig entschiedenen Fall mußte also klargestellt werden, dass die Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zu einer Verlängerung des Vertrags führt.

e) Die endgültige Klärung der seit 1984 diskutierten Streitfrage setzt aber wohl voraus, dass eine Vorabentscheidung des EuGH zu unserer Problematik eingeholt wird.

⁷⁷ BGHZ 92, 363; 101, 253; 105, 71 und BGH NJW 1998, 3114; in dieser Entscheidung wird auch das Transparenzfordernis ausdrücklich erörtert.

⁷⁸ In der Diskussion um die Transparenz und Äquivalenz bankvertraglicher Zinsanpassungsklauseln hat Peter Derleder (WM 2001, 2029) vorgeschlagen, Zinsanpassungsklauseln sollten aus Gründen der Transparenz auf den „Euribor-Dreimonatsgeld-Monatsdurchschnittszinssatz“ Bezug nehmen. Die Klausel soll auch gegenüber Verbrauchern als Kreditnehmer und im Aktivgeschäft gegenüber Inhabern von Sparguthaben verwendet werden. Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass der Verweis auf den „Euribor-Dreimonatsgeld-Monatsdurchschnittszinssatz“ für den Verbrauchern weniger transparent ist als der Begriff Betriebskosten und die Bezugnahme auf die II. Berechnungsverordnung.

⁷⁹ OLG Schleswig NJW 1995, 2858.

aa) Die Gerichte der Mitgliedstaaten müssen das Transparenzgebot, jedenfalls soweit es um Verbraucherverträge geht, richtlinienkonform auslegen. Welche Auslegung der Richtlinie entspricht, darüber hat nach § 234 EG-Vertrag der EuGH zu entscheiden. Anders ist es nur, wenn die Frage nicht ernstlich zweifelhaft ist, also die sog. *acte-clair*-Doktrin angewandt werden kann.⁸⁰ Die Voraussetzungen dieser Doktrin liegen aber bei unserem Problem offensichtlich nicht vor. Die Frage, ob für die Abwälzung der Betriebskosten eine Bezugnahme auf die Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung ausreicht, ist seit fast 20 Jahren streitig. Für alle drei vertretenen Ansichten werden beachtliche Gründe angeführt.

bb) Ein letztinstanzliches Gericht, das an den Rechtsgrundsätzen des Bayerischen Obersten Landesgerichts festhalten will, muß die Sache daher dem EuGH vorlegen. Dabei muß es berücksichtigen, dass der EuGH nicht für die Subsumtion unter die Anforderungen des Transparenzgebots, sondern für die Auslegung der Richtlinie zuständig ist.⁸¹ Das vorlegende Gericht muß daher Fragen zur Auslegung der Richtlinie formulieren. Sie könnten etwa wie folgt lauten:

Ist es mit dem Transparenzgebot des Artikels 5 der Richtlinie 93/13/EG vereinbar, wenn in einem Vertrag auf eine im Gesetzblatt veröffentlichte umfangreiche, aber nicht in die Kodifikation integrierte Rechtsvorschrift verwiesen wird oder muß diese Rechtsvorschrift dem Vertrag beigelegt werden?

Ist ein solcher Verweis auch zulässig, wenn durch ihn in einem Mietvertrag die vom Mieter neben der Miete zu tragenden Betriebskosten (öffentliche Lasten des Grundstücks, Kosten der Wasserversorgung, der Entwässerung, der Heizung usw.) bestimmt werden sollen?

cc) Der seit langem völlig überlastete EuGH hat jetzt, wohl auch unter Berücksichtigung seiner Arbeitssituation, entschieden, dass für die Gerichte der Mitgliedstaaten keine Vorlagepflicht besteht, wenn die Entscheidung noch mit einem Zulassungsrechtsmittel angefochten werden kann.⁸² Amts-, Land- und Oberlandesgerichte, die ihre Verpflichtungen aus §§ 511 Abs. 2 Nr. 2 und 543 ZPO ernst nehmen, sind daher nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Unberührt bleibt aber das sich aus Art. 234 Abs. 2 EG-Vertrag ergebende *Recht*, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.

3. Wenn sich die Gegenmeinung zum Rechtsentscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts durchsetzen sollte, treten zwei Folgeprobleme auf.

a) Regelungen über die Umlegung von Betriebskosten werden häufig erst nach längerer Laufzeit des Vertrags angegriffen. Wenn das Gericht die zugrunde liegende Regelung für

⁸⁰ EuGH, Slg 1984, 1891 = NJW 1984, 2021; NJW 1994, 2473.

⁸¹ EuGH, Slg. 1982, 1331 – Pabst/Richarz; Slg 1986, 1067 = NJW 1987, 565 – Mirepoix; Wohlfahrt in Grabit/Hilf EU 3. Aufl. Art. 177 Rn. 25 ff.

unwirksam hält, muß es daher prüfen, ob durch die Abrechnungspraxis nachträglich eine wirksame Vereinbarung zustande gekommen ist. Das kann nach einer BGH-Entscheidung nach einer sechsjährigen Praxis zu bejahen sein.⁸³

b) Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Vertrag nicht einfach unter Streichung einer unwirksamen AGB aufrechterhalten werden, wenn durch den Wegfall der Klausel das Vertragsgleichgewicht grundlegend gestört wird.⁸⁴ Bei einem Grundstückskaufvertrag mit einer unwirksamen Nachforderungsklausel hat der BGH eine solche Störung bejaht.⁸⁵ Er hat darauf abgestellt, dass der Verkäufer den Vertrag ohne die Nachforderungsklausel nicht abgeschlossen hätte und dass für ihn die Unwirksamkeit der Klausel nicht vorhersehbar war. Diese Grundsätze gelten auch im Mietrecht. Wenn in einem Mietvertrag die Regelung über die Betriebskosten für unwirksam erklärt wird, wird das Äquivalenzverhältnis i.d.R. in schwerwiegender Weise gestört. Die Betriebskosten machen im Durchschnitt etwa 30 % der Miete aus, in Einzelfällen sogar 50%.⁸⁶ Der Vermieter konnte bei Vertragsschlüssen nach 1984 davon ausgehen, dass die Bezugnahme auf die Anlage 3 der II. Berechnungsverordnung eine wirksame Verpflichtung des Mieters begründete. Hätte er die Unwirksamkeit gekannt, hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt. Es gibt daher kaum einen Zweifel, dass dem Vermieter aus Gründen des Vertrauensschutzes geholfen werden muß. Da bei Mietverträgen eine Anwendung des § 306 Abs. 3 BGB – früher § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz – kaum in Betracht kommt, muß auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung oder über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) rekurriert werden. Es spricht vieles dafür, dass es dann im Ergebnis doch bei einer Anwendung der in § 556 Abs. 1 ausdrücklich in Bezug genommenen Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung bleibt.

VI. Ergebnis

1. Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB finden alle Regelungen des AGB-Rechts ab 1.1.2003 auch auf Uraltverträge aus der Zeit vor dem 1.4.1977 Anwendung.

⁸² EuGH EuZW 2002, 476.

⁸³ BGH NJW-RR 2000, 1463.

⁸⁴ BGHZ 90, 69, 75 (Unwirksamkeit der Tagespreisklausel); BGHZ 137, 153, 157; BGH NJW 2002, 3098 (unwirksame Bürgschaft); BGH NJW-RR 2002, 1136 (unwirksame Nachforderungsklausel).

⁸⁵ BGH NJW-RR 2002, 1136.

⁸⁶ Schmidt WuM 2002, 359.

2. Die Neuregelung in § 305 Abs. 2 Nr. 2 gilt nur für Vertragsschlüsse nach dem 31.12.2001. Sie betrifft nur erkennbare körperliche Behinderungen. Für Einbeziehungsvereinbarungen mit Analphabeten und Ausländern bleibt es bei den bisherigen Rechtsgrundsätzen. Der Begriff der Behinderung im Sinn des § 305 Abs. 2 Nr. 2 kann nicht gleichgesetzt werden mit dem entsprechenden Begriff des § 554 a.
3. Die Neufassung des Klauselverbots für Schadenspauschalierungen und das neue Klauselverbot des § 309 Nr 7 a), dass Haftungsbeschränkungen für Schäden aus der Verletzung des Lebens und des Körpers untersagt, gilt ab 1.1.2003 auch für vorher geschlossene Verträge.
4. Die ausdrückliche Klarstellung, dass das Transparenzgebot Maßstab der Inhaltskontrolle ist und auch für Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen gilt, bestätigt in der Sache nur den seit langem bestehenden Rechtszustand.
5. Der Streit darüber, ob der Vermieter die Betriebskosten durch eine formularmäßige Bezugnahme auf die Anlage 3 der II. Berechnungsverordnung wirksam auf den Mieter abwälzen kann, wird weitergehen. Eine baldige Klärung durch eine BGH-Entscheidung ist dringend erwünscht; sie ist aber wegen der Notwendigkeit, zunächst eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, erst gegen Ende des Jahrzehnts zu erwarten.
6. Der Rechtsanwalt hat bei rechtlichen Zweifelsfragen im Interesse seines Mandanten den sichersten Weg zu wählen.⁸⁷ Der Rechtsanwalt, der einen Vermieter beim Abschluß eines Vertrages berät oder für ihn einen Mustervertrag entwirft, muß daher darauf hinwirken, dass im Vertragstext alle Nebenkosten im einzelnen aufgeführt werden, die der Mieter übernehmen soll.

⁸⁷ Vgl. statt aller Palandt/Heinrichs (Fn. 1) § 280 Rn. 79 mit weiteren Nachweisen.

