

Kein Mietzuschlag wegen Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln in Formularverträgen

- Bemerkungen zu den Urteilen des BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 181/07 und 83/07 -

*Prof. Dr. Martin Häublein
Freie Universität Berlin**

I. Hintergrund

Ob es mit übermäßigem Perfektionismus deutscher Juristen zu tun hat oder mit den landestypischen Charaktereigenschaften der hiesigen Bevölkerung, vermag ich nicht zu sagen. Tatsache ist, dass das Problem der Schönheitsreparaturen in keinem Land so viel Aufmerksamkeit erlangt wie in Deutschland. Die Flut der Publikationen hierzu wird wohl nur von der Zahl der diesen Problembereich berührenden Gerichtsentscheidungen übertroffen. Zur Beruhigung der anwesenden Rechtsanwälte darf ich vorab sagen, dass ich keinen Grund sehe, warum sich das in absehbarer Zeit ändern sollte.

Unlängst wurde ich von einem Schweizer Kollegen österreichischer Herkunft gebeten, an einem Forschungsprojekt mitzuwirken, das das „soziale Privatrecht der Wohn- und Geschäftsraummiete“ in den europäischen Staaten zum Gegenstand hat. Dabei sollen u.a. die wesentlichen Schutzmechanismen der nationalen Rechtsordnungen dargestellt werden. Da das für unsere Thematik besonders wichtige AGB-Recht (§§ 305 – 310 BGB), obgleich weder klassisches Mieter- noch reines Verbraucherschutzrecht, unbestreitbar zu den wichtigen Schutzinstrumenten gehört,¹ fragte ich den Kollegen danach, welches Gewicht auf derartige, nicht typisch mietrechtliche Normen gelegt werden solle und wählte zur Verdeutlichung meiner Frage die Diskussion um die Reparaturklauseln. Der mit dem deutschen Recht gut vertraute Kollege versicherte mir, dass dieses Problem in den benachbarten deutschsprachigen Rechtsordnungen nicht einmal ansatzweise mit der gleichen Verve diskutiert werde² und bat mich, da das Ziel des Forschungsprojekts darin bestehe, Impulse für die Entwicklung des Mietrechts in Österreich zu gewinnen, um eine eher knappe Darstellung dieses Teils. Im Klartext dürfte das bedeuten: Ein Exportschlager wird unser heutiges Thema wohl niemals werden.

* Vortrag, gehalten auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstages, am 5. September 2008 in Mainz. Die Vortragsform wurde beibehalten; Fundstellennachweise sind auf das Notwendigste beschränkt.

¹ Vgl. etwa *Beyer*, NJW 2008, 2065, 2072.

² Vgl. hierzu etwa die Darstellung zum Mieterschutz in der Schweiz von *Weber*, wobl 2007, 93, der die Pflicht zur Erhaltung der Mietsache auf den S. 96 f. nur sehr kurz anspricht.

Die beiden Urteile des VIII. Zivilsenats, die im Mittelpunkt meines Referates stehen, verdanken ihre Notwendigkeit einer Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, deren Beginn ich auf den 23. Juni 2004 datieren möchte. An diesem Tag ging es den sog. „starrten Fristenplänen“ an den Kragen.³ Und obwohl ich die Begründung, mit der der BGH auf die Unangemessenheit dieser Klauseln erkannt hat, durchaus überzeugend finde, konnte ich mich mit der Rechtsfolge, die bekanntlich in der Kassation der Reparaturverpflichtung des Mieters besteht, doch nie anfreunden.⁴ Mag man die Rechtsfolge für Verträge aus der Zeit nach dem Bekanntwerden der o.g. Entscheidung aus Gründen der Prävention vielleicht für richtig halten, überzeugt mich das rigide Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion in den „Altfällen“ überhaupt nicht. Der für die Wohnraummiete zuständige Zivilsenat des BGH hat sie in den vergangenen Jahren allerdings wiederholt bestätigt, als er weiteren übermäßigen Auswüchsen bei der Überbürdung der Reparaturverpflichtung auf den Mieter zu Leibe rückte.⁵ Es ist dies nicht der Ort, mit dieser Art der Rechtsfolgenbemessung grundsätzlich ins Gericht zu gehen. Unter Zuhilfenahme der Worte von *Claus-Wilhelm Canaris*⁶ möchte ich die Essenz meiner Kritik hier aber zumindest wie folgt schon einmal auf den Punkt bringen: Dem Gericht fehlt offenbar ein wenig das Gefühl für die Relativität seiner eigenen Gerechtigkeitsüberzeugung.

Da allerdings zu unterstellen ist, dass die Richter ihre Augen vor den ökonomischen Auswirkungen ihres Dezidierens nicht verschließen, bestand im Vorfeld der beiden Entscheidungen vom 9. Juli Anlass, heftig darüber zu rätseln, ob der BGH die Gelegenheit nutzen würde, die wirtschaftlichen Konsequenzen für die Vermieterseite abzumildern. Diese sind, selbst für einen Außenstehenden, nur schwer erträglich, wenn man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Richtschnur nimmt. Vor diesem Hintergrund hätte die Zuerkennung einer Mieterhöpfungsmöglichkeit nicht nur zu entsprechenden Zuschlägen und damit unmittelbar zu einer Kompensation zugunsten der Vermieter führen können. Darüber hinaus hätte sie den Mietern einen Anreiz geboten, sich auf die von nicht wenigen Vermietern erwogene, teils sogar angebotene Ergänzung bestehender Mietverhältnisse um eine wirksame Reparaturklausel einzulassen.

Dass es gleichwohl anders gekommen ist, darf freilich nicht überraschen; denn der BGH setzt seine Linie konsequent fort. Außerdem geht man sehr kniffligen Folgefragen aus dem Wege,

³ BGH, NJW 2004, 2586.

⁴ S. hierzu meine Überlegungen in ZMR 2000, 139.

⁵ Vgl. etwa jüngst das Urteil vom 18. Juni 2008, NZM 2008, 605, in dem der BGH die Formularvorgaben für eine bestimmte Ausführung der Reparaturarbeiten während des laufenden Mietverhältnisses missbilligt hat. Gegen die Bindung an eine bestimmte Ausführungsart bereits BGH, NJW 2007, 1743.

⁶ Festschrift für Steindorff, 1990, S. 519, 549.

wenn man Mietzuschläge bereits dem Grunde nach ablehnt. Das zeigt sich bereits daran, dass in Literatur und Instanzrechtsprechung Uneinigkeit darüber herrscht, wie hoch statthafte Mieterhöhungen ausfallen könnten, und ob der Vermieter sie bedingungslos erheben darf oder zuvor mit dem Mieter über die Aufnahme einer wirksamen Reparaturklausel in den bestehenden Vertrag verhandeln muss.⁷ Außerdem setzt man sich grundsätzlich, über das Mietrecht hinausreichenden Einwänden aus, wenn man es für statthaft erachtet, auf eine infolge Klauselkontrolle unwirksame Vertragsbestimmung durch Anhebung des Entgeltes zugunsten des Verwenders zu reagieren. Nüchtern betrachtet durften daher wohl auch die Kritiker der bisherigen Rechtsprechungslinie nicht erwarten, dass der Senat eine Detailfrage der Rechtsfolgenbemessung zum Anlass nimmt, mittlerweile gefestigte Grundsätze über den Haufen zu werfen. Es gibt aber auch Kritisches zu den Entscheidungen zu sagen, die zunächst mitsamt den tragenden Gründen vorzustellen sind.

II. Die Urteile des BGH vom 9. Juli 2008

1. Rechtsgrundlage einer etwaigen Mieterhöhung

Da eine Änderungskündigung mit dem Ziel, die Miete zu erhöhen, nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes von vornherein ausscheidet (s. § 573 Abs. 1 S. 2 BGB), bildet den Ausgangspunkt der Überlegung die Frage, auf welche Anspruchsgrundlage der Vermieter eine Erhöhung der Miete stützen könnte. Der Blick fällt dabei zunächst auf die mietrechtliche Spezialnorm des § 558 BGB. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Vermieter aus Gründen des Mieterschutzes kein Kündigungsrecht zusteht, und kompensiert damit partiell den Eingriff in die Privatautonomie des Vermieters.⁸ Voraussetzung freilich ist nicht nur, dass die ortsübliche Vergleichsmiete sich erhöht, weil die Reparaturarbeiten statt vom Mieter vom Vermieter ausgeführt werden müssen. Vielmehr würde die genannte Norm aus Sicht der betroffenen Vermieter das Problem allenfalls teilweise lösen, nämlich für den Bereich der Wohnraummiete. Das Massenphänomen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln ist aber keineswegs auf derartige Mietverhältnisse beschränkt.⁹

⁷ S. hierzu etwa die Stellungnahmen von *Artz*, NZM 2007, 265, 272 f.; *Börstinghaus*, WuM 2005, 675; *Blank*, PiG Bd. 75, S. 17, 28 ff.; *Lehmann-Richter*, ZMR 2005, 170. Aus der Rechtsprechung etwa OLG Karlsruhe, NZM 2007, 481; LG Düsseldorf, NJW 2006, 3071; LG Nürnberg-Fürth, NJW 2006, 450.

⁸ *Artz* in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2008, § 558 Rn. 3.

⁹ S. hierzu BGH, NJW 2005, 2006; KG, NZM 2005, 181; OLG Düsseldorf, NJW 2006, 2047; *Kraemer*, PiG Bd. 75, S. 37, 53 ff.; *Lehmann-Richter*, Grundeigentum 2006, 1209. Zu den Rechtsfolgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln in der Gewerberaummiете s. *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2008, 105.

Infolgedessen sind im Schrifttum auch allgemeine Vorschriften, wie § 313 BGB oder die auf § 157 BGB gestützte ergänzende Vertragsauslegung ins Spiel gebracht worden. Teilweise ist zusätzlich von einer Umdeutung des Vertrages (§ 140 BGB) die Rede.¹⁰ Es ist kein Zufall, dass diese drei dogmatischen Ansatzpunkte meist in einem Atemzug genannt werden; denn alle haben eine gemeinsame Wurzel. Hätten wir die speziellen Normen nicht, würden wir ziemlich sicher die selben Ergebnisse unter Hinweis auf § 242 BGB erzielen – der Norm also, die der Lehre von der Geschäftsgrundlage bis zum Jahre 2002 eine Heimat gab und die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung auch heute noch oft in einem Atemzug mit § 157 BGB genannt wird, der freilich seinerseits bereits auf Treu und Glauben Bezug nimmt. Es geht bei allen drei Normenkomplexen um eine interessengeleitete *Vertragsfortbildung*, die sich zwar am geäußerten Parteiwillen orientiert und diesen vorrangig beachtet. Fehlt ein solcher jedoch, was die überwiegende Zahl der praktischen Anwendungsfälle ausmachen dürfte, weil andernfalls bereits die herkömmliche Vertragsauslegung meistens zum Ziel führt, wird auf die Parteiinteressen und den mutmaßlichen Parteiwillen zurückgegriffen. Dies lässt den objektiv-rechtlichen Gehalt der drei Rechtsinstitute hervortreten. Ungeachtet dieser dogmatischen Grundlagenfragen muss derjenige, der diese Normen im Kontext unseres Themas heranzieht, berücksichtigen, dass die Beurteilung der mietrechtlichen Problematik keinesfalls isoliert von der generellen Fragestellung diskutiert werden darf, ob infolge Unangemessenheit unwirksame Klauseln durch Entgelterhöhung kompensiert werden können. Man muss kein Experte des AGB-Rechts sein, um die Gefahr zu erkennen, dass AGB-rechtliche Schutzanliegen auf diese Weise sehr leicht konterkariert werden könnten.

Schließlich ist sogar § 812 BGB als potentielle Anspruchgrundlage erwogen worden. Der BGH ist darauf überhaupt nicht eingegangen, was m.E. auch nicht geboten war; denn die Gebrauchsunwirksamkeit an den Mieter erfolgt trotz der Teilunwirksamkeit des Formularvertrages evident mit Rechtsgrund. § 306 Abs. 1 BGB ordnet bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen unmissverständlich den Fortbestand des Vertrages im Übrigen an. Eine unzumutbare Härte, wie sie § 306 Abs. 3 BGB für eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages fordert, liegt jedenfalls im hier zu unterstellenden Regelfall nicht vor. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre sind bei der Anwendung der genannten Ausnahmegesetzvorschrift überaus restriktiv.¹¹ Nach Ansicht des BGH genügt hierfür nicht schon jeder wirtschaftliche Nachteil

¹⁰ *Blank* (o. Fn. 7) S. 28.

¹¹ Vgl. BGH, NJW 1996, 2092, 2094; NJW-RR 2003, 1056, 1060; *Harry Schmidt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2007, § 306 Rn. 42; s. ferner *Hubert Schmidt* in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 306 Rn. 18.

auf Seiten des Verwenders,¹² sondern es ist eine einschneidende Störung des Äquivalenzverhältnisses erforderlich.¹³ Wäre das anders, bestünde die Gefahr, dass dem zu schützenden Vertragspartner des Verwenders im Ergebnis „Steine statt Brot“ gegeben werden, weil man ihm den Vertrag gänzlich aus den Händen schlüge. Aus diesem Grund ist im Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen worden, dass zum Zwecke der Teilaufrechterhaltung des Vertrages in den von § 306 Abs. 3 BGB erfassten Sachverhalten eine geltungserhaltende Reduktion durchaus in Betracht kommt.¹⁴ Hier dient sie nämlich im Ergebnis nicht dem Verwender, sondern dem anderen Vertragsteil. Daraus folgt für die hiesige Problematik, dass selbst dann, wenn in einem Ausnahmefall das Festhalten an dem Restvertrag für den Vermieter eine unzumutbare Härte bedeutete, die Konsequenz kein Mietzuschlag wäre, sondern die *Reduktion der Reparaturklausel* auf das angemessene Maß. Bei Vorliegen eines starren Fristenplanes heißt das, der Mieter muss bei Bedarf renovieren, nicht aber mehr Miete bezahlen.

Wenn trotz dieser mehr oder minder unstrittigen Tatsachen gleichwohl über eine ungerechtfertigte Bereicherung des Mieters bei Fortfall seiner Reparaturverpflichtung nachgedacht worden ist,¹⁵ dürfte dies seinen Grund in einer eher wirtschaftlich ausgerichteten Betrachtung auf der Grundlage der sog. Entgeltthese des BGH haben. Bekanntlich hat der BGH die Zulässigkeit einer inhaltlich angemessenen formularvertraglichen Reparaturverpflichtung mit dem Argument gestützt, die Arbeiten seien eine nicht in Geld zu erbringende Gegenleistung des Mieters an den Vermieter. Fällt diese nun ersatzlos fort, könnte man meinen, der Mieter erhalte einen Teil der Vermieterleistung unentgeltlich. Selbst diese Überlegung änderte aber nichts daran, dass unentgeltlich und rechtsgrundlos nicht ein und dasselbe sind. Solange der Vertrag fortbesteht, sind Äquivalenzstörungen mit Hilfe des Vertragsrechts auszugleichen und nicht unter Rekurs auf die §§ 812 ff. BGB. Im Übrigen erhält der Mieter seine Leistung nicht teils unentgeltlich, weil die vom Vermieter geschuldete Gebrauchsüberlassung nicht teilbar ist.

2. Die tragenden Gründe der Urteile des BGH

a) Kein Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung gem. § 558 BGB

¹² Zur Bezifferung des wirtschaftlichen Nachteils bei Unwirksamkeit von Reparaturklauseln s. *Sternel*, ZMR 2008, 501, 506: durchschnittlich zwischen 10 – 15 % der Nettokaltmiete.

¹³ BGH, NJW-RR 1996, 1009.

¹⁴ *Canaris*, Festschrift für Steindorff, 1990, S. 519, 556 f.; *Medicus* in: Heinrichs/Löwe/Ulmer, 10 Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 83, 95; s. ferner *H. Roth*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von AGB, 1994, S. 67 f.

¹⁵ S. insb. *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, § 535 Rn. 214, der den Anspruch sogar bejaht. Ablehnend hingegen, unter Hinweis auf das Bestehen eines Rechtsgrundes, LG Wuppertal WuM 2005, 765; *Hannemann*, Festschrift für Blank, 2006, S. 189, 197; *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, 3. Aufl. 2008, Rn. 259.

Zunächst lehnt der BGH eine auf § 558 BGB gestützte Mieterhöhungsmöglichkeit des Vermieters ab.¹⁶ Einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete sehe das Gesetz nicht vor. Nach § 558 Abs. 1 BGB könne der Vermieter mit seinem Erhöhungsverlangen nicht über das ortsübliche Niveau hinausgehen. Einem weitergehenden Anspruch auf Erhöhung der Miete durch die Gewährung eines Zuschlags stehe auch der Sinn und Zweck des § 558 BGB entgegen, der dahin gehe, die Erzielung einer im Rahmen des Vergleichsmietensystems angemessenen, am örtlichen Markt orientierten Miete zu ermöglichen. Mit diesem gesetzgeberischen Regelungskonzept kollidiere ein an den Kosten von Reparaturarbeiten orientierter Mietzuschlag; denn es würde bei der nicht preisgebundenen Wohnraummiete ein Kostenelement ohne Rücksicht auf seine Durchsetzbarkeit am Markt zur Begründung einer Mieterhöhung herangezogen. Das sei systemwidrig.

Ohne Erfolg, so der VIII. Senat weiter, berufe sich die Revision darauf, dass es sich nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 105, 71, 79) bei der Übernahme der Schönheitsreparaturen rechtlich und wirtschaftlich um einen Teil der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung handele, weswegen der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen Entgeltcharakter zukomme. Daraus ließen sich indes keine Maßstäbe für die Ermittlung der am Markt erzielbaren Miete im konkreten Mietverhältnis ableiten. Der Entgeltcharakter bilde lediglich einen Umstand, der für die Würdigung von Bedeutung ist, ob entsprechende Formulklauseln einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten.

Schließlich treten die Richter der Argumentation entgegen, die Bildung eines Zuschlages diene nur dazu, eine Vergleichbarkeit der Ausgangsmiete mit der Vergleichsmiete bei einer unterschiedlichen Mietstruktur herzustellen.¹⁷ Diese Sichtweise beruft sich auf einen Vergleich mit dem Vorgehen in den Fällen, in denen die Parteien eine Teilinklusive vereinbart haben, was zur Folge hat, dass der auf die Betriebskosten entfallende Anteil ermittelt werden muss, um die Vergleichbarkeit mit den ortsüblichen Nettomieten zu gewährleisten. Dabei, so der BGH, werde aber außer Acht gelassen, dass die Betriebskosten mit den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht gleichgesetzt werden können. Wörtlich heißt es dann: „Für die Betriebskosten sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Umlage (§ 556 BGB) ausdrücklich vor. Dementsprechend werden bei der Erstellung der Mietspiegel lediglich die Nettomieten zugrunde gelegt. An diese Praxis, wonach die Nettomiete im Marktgeschehen

¹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen finden sich in den Tz. 10 - 17 des Urteils VIII ZR 181/07 bzw. - inhaltsgleich - Tz. 13 - 20 des Urteils VIII ZR 83/07.

¹⁷ Vgl. hierzu neben den vom BGH zitierten Fundstellen (OLG Karlsruhe, NZM 2007, 481, 482 und *Börstinghaus*, WuM 2007, 426, 427 f.) bereits die Erwägungen des OLG Koblenz, NJW 1985, 333 a.E.

der Ausgangspunkt einer Mietpreisbildung ist, hat auch der Senat angeknüpft, als er bei der Teilklausurmiete die Bildung von Zuschlägen zur Erfassung des betreffenden Kostenanteils für sachgerecht erachtet hat (...). Bei den für Schönheitsreparaturen anzusetzenden Kosten, die ein zusätzliches Element in die Mietpreisbildung hineinbringen würden, ist die Ausgangslage hingegen anders. Zwar ist am Markt die Überwälzung dieser Reparaturen als solcher auf den Mieter seit langem zur Regel geworden. Ob dies aber auch dann der Fall gewesen wäre, wenn der Mieter nicht mehr ohne Weiteres die Möglichkeit der kostengünstigen Selbstvornahme zu einem Zeitpunkt hätte, der bei Vertragsschluss regelmäßig noch in ferner Zukunft liegt und ihm gewisse Steuerungsmöglichkeiten eröffnet, sondern er die Kosten der Schönheitsreparaturen über einen monatlich zu zahlenden Aufschlag auf die Grundmiete abzugelten hätte, ist offen.“¹⁸

Resümierend heißt es abschließend, für die beanspruchte, über die tatsächliche Vergleichsmiete hinausgehende Mieterhöhung fehle es an einer tauglichen Anknüpfung in den Marktgegebenheiten, da § 558 BGB nicht auf fiktive Marktverhältnisse abstelle.

b) Keine Vertragsanpassung nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 157, 313 BGB)

Vergleichsweise kurz möchte ich darstellen, wie der BGH die Mieterhöhung auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften ablehnt. Sie können daran erkennen, dass sich die anschließende Kritik auf die Argumentation im Rahmen des § 558 BGB fokussieren wird.

Eine ergänzende Vertragsauslegung wird verworfen, weil das dispositive Gesetzesrecht, namentlich § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, für einen angemessenen Interessenausgleich Sorge. Es ist übrigens nicht mehr als eine terminologische Frage, ob man insoweit bereits die für die Vertragsergänzung erforderliche Lücke in Abrede stellt¹⁹ oder bei der Lückenfüllung auf den Vorrang des dispositiven Rechts verweist. Jedenfalls muss sich der Verwender einer unzulässigen Formularbestimmung nach ständiger Rechtsprechung des BGH im Rahmen dessen, was noch als angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung anzusehen ist, mit der ihm ungünstigeren Regelung begnügen, die der ersatzlose Wegfall der von ihm verwendeten unzulässigen Klausel zur Folge hat.

¹⁸ S. Tz. 15 f. bzw. 18 f. der in Fn. 16 angeführten Urteile.

¹⁹ S. etwa *Beyer*, NJW 2008, 2065, 270 m. Hinw. auf BGH, NJW 2006, 2915.

Dahinter steckt die Zuweisung des Unwirksamkeitsrisikos zur Sphäre des Verwenders (sog. Verwenderrisiko), was der BGH unter Hinweis auf § 306 Abs. 2 BGB am Ende der beiden Urteile ausdrücklich betont. Der Verwender habe die wirtschaftlichen Nachteile der Klausulunwirksamkeit zu tragen. Aus diesem Grund wird folgerichtig auch die Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB vom BGH verworfen.

III. Stellungnahme

Wie angekündigt möchte ich meine kritischen Bemerkungen zu den Urteilen auf die Ausführungen zu § 558 BGB beschränken. Um Missverständnissen vorzubeugen sei aber vorab vermerkt, dass ich die die ergänzende Vertragsauslegung betreffende Argumentation für zu undifferenziert halte. Eine Darlegung der Gründe für diese Einschätzung – sie liegen letztlich in einer zu wenig am Normzweck des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ausgerichteten Rechtsprechung, welche die Verbotsdoktrin mittlerweile offenbar als selbsterklärend begreift bzw. meint, sie trage ihre Rechtfertigung in sich – sprengte die Grenzen meines Themas. Dies deswegen, weil ich den Fortfall der Reparaturpflicht des Mieters in Frage stelle und infolge dessen nicht zu einer Mieterhöhung gelange, sondern allenfalls dazu, dass der Mieter zur Durchführung der Arbeiten „bei Bedarf“ verpflichtet bleibt. Darum geht es hier nicht.

Sedes materiae seien deswegen allein die Überlegungen zur Vergleichsmiete. Auf den ersten Blick hat die Begründung etwas bestechend Einfaches: Wenn die vom Vermieter dem Erhöhungsverlangen zugrunde gelegte Miete an dem örtlichen Markt so nicht zu erzielen ist, dann wird sie von § 558 BGB gerade nicht erfasst.

Bei genauerem Hinsehen erweist sich die Argumentation jedoch als beinahe perfide; denn der gegenwärtige Marktpreis spiegelt den Glauben der Vermieter wider, sie müssten für die Schönheitsreparaturen nicht aufkommen. Da das infolge der jüngsten Rechtsprechungsentwicklungen nicht den Tatsachen entspricht, basiert das Preisniveau also auf einem Informationsdefizit. Die Verantwortung hierfür tragen wir Juristen. Der Rechtsordnung ist es über Jahrzehnte nicht gelungen, die für die Gestaltung einer „wasserdichten“ Reparaturklausel, die an sich einen Allerweltssachverhalt regelt, erforderlichen Vorgaben zu machen.

Wer dem entgegenhält, es sei überhaupt nicht ausgemacht, dass die Mietpreise höher lägen, wenn BGH oder Gesetzgeber vor Jahren Tabula rasa gemacht und die Reparaturlast formular-

fest dem Vermieter zugewiesen hätten,²⁰ verschließt seine Augen vor ökonomischen Zusammenhängen. Der VIII. Zivilsenat selbst hat diese in einer einschlägigen Entscheidung im 101. Band der amtlichen Sammlung vor über 20 Jahren ausdrücklich herausgestellt. In Zeiten, in denen der hiesige Immobilienmarkt ausländische Investoren anlockt, denen man ein Affektionsinteresse am Erwerb deutscher Immobilien kaum wird unterstellen können, sehe ich wenig Anlass für abweichende Bewertungen. Sinngemäß wurde damals festgestellt, es lasse sich nicht leugnen, dass der Vermieter im Falle eigener Renovierungsverpflichtung, d.h. wenn diese also nicht vertraglich auf den Mieter abgewälzt werden könne, sein Entgelt „zwangsläufig über einen entsprechend höher kalkulierten Mietzins hereinholen müßte.“²¹ Unter Hinweis darauf, dass die Überwälzung der Arbeiten seit Jahrzehnten weithin üblich ist und eine gegenteilige Vertragsgestaltung die Ausnahme darstellt, heißt es außerdem: „Aus diesem Grunde kann auch aus empirischen Untersuchungen über Bestimmungsfaktoren der Miethöhe, die die – weitgehend unübliche – Renovierungsverpflichtung des Vermieters als Miethöfefaktor nicht eigens ausweisen, (...) nichts Entscheidendes hergeleitet werden.“ Man war sich also der Beeinflussung des Preisniveaus durch die geduldete Gestaltungspraxis durchaus bewusst.

Dass diese Zusammenhänge im Schrifttum selbst von Seiten derer, die ausgewiesene Kenner des besonders ökonomieaffinen Wirtschaftsrechts sind, in Frage gestellt worden sind, hat mich offen gestanden einigermaßen überrascht. Damit ist *Emmerich*²² angesprochen, der meint, „Hintergrund der ganzen Diskussion ist die ... so genannte „Entgeltthese“, d.h. die in einer Marktwirtschaft nur schwer nachzuvollziehende Vorstellung, der Vermieter arbeite bei Abschluss eines Mietvertrags gleichsam mit zwei unterschiedlichen Preisen, einmal mit und einmal ohne Abwälzung der Schönheitsreparaturen. Tatsächlich kann davon natürlich keine Rede sein. Jeder Vermieter verlangt die Miete, die er bekommen kann und die ihm der Mieter bewilligt. Außerdem wird er versuchen, so viele Kosten wie möglich auf den Mieter abzuwälzen: Daher die Verbreitung von Klauseln über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen, denen die Gerichte bisher törichterweise viel zu geringen Widerstand entgegengesetzt haben.“

Der zitierten Literaturansicht möchte ich entgegen halten, dass es nicht darum geht, ob der Vermieter „mit zwei Preisen“ operiert, sondern darum, dass die Kosten für die Reparaturen nun einmal aufgebracht werden müssen. Folglich bilden sie – wenn auch nicht für jeden Vermieter, so doch wenigstens für professionelle Akteure – einen Kalkulationsposten. Darüber,

²⁰ S. hierzu *Riecke/Mack*, Schönheitsreparaturen, 3. Aufl. 2007, Rn. 95, die unter Hinweis auf die Stellungnahme eines Senatsmitglieds konstatieren, der VIII. Zivilsenat habe in den 1990er Jahren unmittelbar davor gestanden, jegliche formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter zu untersagen.

²¹ BGHZ 101, 253, 262. S. ferner den Rechtsentscheid des OLG Koblenz, NJW 1985, 333.

²² NZM 2006, 761, 764.

unter welchen Voraussetzungen Vermieter diese Kosten einkalkulieren müssen bzw. gerade nicht, hat man sie über Jahrzehnte im Unklaren gelassen.²³ Meines Erachtens muss sich die Rechtsordnung aber an der Frage messen lassen, ob sie verlässliche und kalkulierbare Rahmenbedingungen für die Rechtsunterworfenen schafft. Für unseren Bereich hat sie das m.E. nicht vermocht und verteilt stattdessen munter „Zufallsgeschenke“ an eine Marktseite.

Damit möchte ich nicht in Abrede stellen, dass es rückschauend vielleicht vorzugswürdig gewesen wäre, der formularvertraglichen Überwälzung unter Rekurs auf die §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 535 Abs. 1 BGB den Garaus zu machen. Ich meine ferner, dass es sich der BGH zu einfach macht, wenn er die Entgeltthese in den beiden Entscheidungen vom 9. Juli 2008 dadurch von seinen Aussagen über das Mietpreisniveau abzugrenzen und damit letztlich zu halten versucht, dass behauptet wird, der Entgeltcharakter bilde lediglich einen Umstand, der für die Würdigung von Bedeutung ist, ob entsprechende Formulklauseln einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten. Das klingt sehr danach, als wirke sich die Übernahme der Arbeiten nur abstrakt, nicht aber im konkreten Fall auf die Preisgestaltung aus. Im Ergebnis wäre man damit beim hinlänglich bekannten Preisargument. Es wird im AGB-Recht für unzulässig gehalten,²⁴ weil andernfalls jede preisrelevante Regelung gerechtfertigt werden könnte und damit letztlich wohl beinahe alle für den Verwender vorteilhaften Klauseln. Eine Ausnahme wird allerdings bei einem *konkreten* Preisbezug gemacht. Sog. Tarifwahlklauseln bilden einen solchen Sonderfall, der seit langem anerkannt ist.²⁵ Nur wenn man den BGH bislang dahin verstand, dass er im Mietrecht von einem vergleichbaren konkreten bzw. unmittelbaren Preisbezug bei Übernahme der Reparaturpflicht ausging, ließ sich die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Schönheitsreparaturklauseln gegen das abstrakte Preisargument abgrenzen.²⁶ Die beiden neuen Urteile weisen in eine andere Richtung und geben damit letztlich Anlass, erneut über die Zulässigkeit von Reparaturklauseln insgesamt nachzudenken. Ich bin mir nicht sicher, ob dieser Zusammenhang erkannt worden ist.

²³ Die Tatsache, dass der MMV 1976 einen nach heutiger Lesart „weichen Fristenplan“ enthielt, ändert an dieser Einschätzung nichts. Abgesehen davon, dass diesem Muster keine Normativkraft zukommt, muss doch entscheidend sein, ob Formularverwender erkennen konnten, welche Bedeutung dem Zusatz „Im allgemeinen“ zukommt. Der BGH hat sich lange bedeckt gehalten und die Bedeutung der Flexibilität von Fristenplänen in mehreren Urteilen nicht angesprochen, obwohl die Unwirksamkeit der gesamten Klausel doch entscheidungserheblich und daher von Amts wegen zu prüfen gewesen wäre. Man darf nicht aus den Augen verlieren, dass die Klauselkontrolle in den drei Jahrzehnten nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zunehmend intensiviert worden ist und sollte Vermieter, die auf den „Weichmacherzusatz“ verzichteten, nicht vorschnell als „gierig“ abstempeln.

²⁴ Statt aller nur BGHZ 22, 90, 98 und *Kieninger* in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rn. 41 f.

²⁵ *Kieninger*, a.a.O., Rn. 45. Aus dem älteren Schrifttum etwa *Brandner* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 1. Aufl. 1977, § 9 Rn. 69 ff.; *L. Raiser*, Das Recht der AGB, 1935, S. 310 f.

²⁶ Für die Rechtsprechung des BGH ließe sich immerhin anführen, dass der Mieter die Arbeiten in der Regel preiswerter durchführen wird als der Vermieter. Hier besteht eine gewisse Nähe zu den im Schrifttum immer wieder angeführten Argumenten der Beherrschbarkeit und Versicherbarkeit der Risiken (s. *Kieninger* und *Brandner*, vorh. Fn.). Im Erg. anders bereits *Emmerich*, JuS 1986, 16, 17.

Schließlich möchte ich unter Bezugnahme auf die oben²⁷ wörtlich wiedergegebene Passage der neuen Urteile noch anmerken, dass mir die Fälle der Teilinklusivmiete deutlichere Parallelen zu unseren Sachverhalten aufzuweisen scheinen, als sie vom BGH wahrgenommen werden. Dass das Gesetz die Umlagemöglichkeit der Betriebskosten in § 556 BGB ausdrücklich vorsieht, kann den Unterschied schwerlich ausmachen; denn die Möglichkeit, vom Gesetz abzuweichen, selbst wenn dieses es nicht ausdrücklich zulässt, ist gerade das Wesen dispositiver Vorschriften. Zu ihnen zählt § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, weshalb die Möglichkeit, die Reparaturarbeiten auf den Mieter „umzulegen“, vom Gesetz implizit vorgesehen ist. Wenn ich den BGH richtig verstehe, will er mit dem Hinweis auf § 556 BGB denn auch etwas anderes zum Ausdruck bringen: Die Norm bildet einen an den tatsächlichen Kosten orientierten Bestandteil der Miete und damit ein „Kostenelement“. Ist es aber bei Inklusivmieten nicht gerade so, dass der Vermieter darauf verzichtet, diesen Kostenblock als solchen auszuwerfen? Er behandelt ihn vielmehr als internen Kalkulationsposten, den er in die Preisbemessung einfließen lässt. Wer dem Vermieter nicht rundheraus abspricht, das Entgelt kostenbezogen zu kalkulieren, der kann hier durchaus Gemeinsamkeiten erkennen.

Ist nach alledem das Ergebnis des BGH bei Zugrundelegung der eingangs (I.) geschilderten Prämissen abzulehnen? Ich meine nicht. Nur hätte es mich weit mehr überzeugt, wenn der Senat der Anwendung von § 558 BGB mit dem Argument entgegen getreten wäre, die Norm könne schon deswegen nicht der Kompensation für fehlgeschlagene Formularverwendung dienen, weil dadurch das AGB-rechtliche Schutzanliegen unterlaufen würde.²⁸ So wie der BGH seine Entscheidung begründet, ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass ein Vermieter mit einer auf § 558 BGB gestützten Mieterhöhung durchdringt, sofern er den Nachweis führen kann, dass die ortsüblichen Mieten bei Verträgen ohne Reparaturklausel höher sind.

IV. Resümierender Ausblick

²⁷ S. bei Fn. 17.

²⁸ In diesem Sinne auch *Beyer*, NJW 2008, 2065, 2070. Dezidiert anders *Artz* (o. Fn. 7) § 558 Rn. 15. Allerdings ist dessen Feststellung, der dem AGB-Recht innewohnende Sanktionsgedanke beschränke sich auf die Nichtigkeit der Klausel, habe aber keine Auswirkungen auf das gem. § 306 Abs. 2 BGB anwendbare Recht, nicht mehr als eine Behauptung. Der a.a.O. in Fn. 50 anzutreffende Verweis auf „BGH NJW 2006, 2915 Tz. 21“ trägt die These jedenfalls nicht. Wenn *Artz* ferner darauf hinweist, es bestehe oftmals überhaupt kein Anlass, den Vermieter zu sanktionieren, kann ich dem – gerade was die Fristenpläne in Altverträgen anbelangt – nur beipflichten. Das aber muss man, wie gesagt, bereits berücksichtigen, bevor man das Reduktionsverbot zum Einsatz bringt. Hat man sich für dessen Anwendung entschieden, ist es inkonsequent, im Rahmen von § 558 BGB einen fehlenden Sanktionierungsbedarf herauszustreichen.

Im Ergebnis hat der BGH die Möglichkeit einer Mieterhöhung infolge unwirksamer Reparaturklauseln daher mit Recht verneint. In diesem Punkt scheinen die Messen gesungen. Wird es deswegen um das Thema „Schönheitsreparaturen“ ruhig werden? Wie ich eingangs erwähnte, glaube ich das nicht. Denn ungeachtet der Möglichkeit, dass sich die Rechtsprechung erneut ändern und z.B. die schlichte, mittlerweile von manchem Berater empfohlene Regelung „Die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt der Mieter“ für unwirksam erachten könnte,²⁹ stehen noch einige ungeklärte Fragen vor der Tür, von denen ich eine, mit Blick auf die anstehende Diskussion und der Anregung unseres Vorsitzenden folgend, wenigstens anreißen möchte.

Es wird über etwaige Ersatzansprüche des Mieters, der Schönheitsreparaturen auf der Grundlage einer vermeintlich wirksamen Reparaturklausel durchgeführt hat, kontrovers diskutiert.³⁰ Kürzlich hat kein geringerer als *Friedemann Stornel* die Ansicht vertreten, dem Mieter seien derartige Aufwendungen nach Maßgabe des § 539 Abs. 1 BGB gemäß den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) bzw., bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer berechtigten GoA, wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Vermieters zu ersetzen.³¹ In seinem Beitrag stellt *Stornel* ferner fest, es führe zu einem Mangel der vermieteten Räume, wenn der Vermieter fällige Schönheitsreparaturen nicht durchführe, obwohl er infolge der unwirksamen Reparaturklausel hierzu gem. §§ 306 Abs. 2, 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet sei.³² Wenn das aber so ist, besteht Anlass, sich mit der Anwendbarkeit von § 539 BGB auseinanderzusetzen.³³ Hintergrund ist der Umstand, dass der Aufwendungsersatzanspruch bei Beseitigung von Mängeln der Mietsache in § 536a Abs. 2 BGB eine spezielle Regelung erfahren hat, die unterlaufen würde, gestattete man den einschränkungslosen Rekurs auf § 539 BGB oder allgemeine zivilrechtliche Institute, wie GoA oder ungerechtfertigte Bereicherung.

Das im Kaufrecht in den zurückliegenden Jahren seit der Schuldrechtsreform massiv diskutierte Problem wird, mit wenigen Ausnahmen,³⁴ im hier interessierenden Kontext meistens nicht erörtert. Anlass, diese Problematik im Rahmen meines Referates aufzugreifen, liefert

²⁹ Anders BGH NJW 2004, 2961 mit dem Hinweis, die Regelung sei im Sinne einer Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen zu verstehen. Bereits eine am Wortlaut orientierte sog. „kundenfeindliche“ Auslegung, der mittlerweile auch im Individualprozess von der Rechtsprechung der Vorrang gegeben wird, sofern sie zur Unwirksamkeit nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB führt (s. BGH, NJW 1992, 1097, 1099; 2008, 2497, 2498), spräche für das gegenteilige Ergebnis. „Kostentragung“ ist nämlich nicht identisch mit „Ausführung“ und kann den Mieter, sofern man nicht einen Selbstvornahmeverbehalt in die Kostenklausel hineinliest, deutlich stärker belasten. Generell gegen eine Abwälzung der Vornahmepflicht auf den Mieter - und damit wohl zugleich gegen die vom BGH vorgenommene Auslegung - *Langenberg* in: Schmidt-Futterer, 9. Aufl. 2007, § 535 Rn. 150.

³⁰ Einen Überblick über den Meinungsstand gibt etwa *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747; vgl. ferner *Langenberg* (Fn. 14) Rn. 260 ff.

³¹ *Stornel*, ZMR 2008, 501, 502.

³² *Stornel*, ZMR 2008, 501.

³³ *Stornel*, ebenda, spricht diesen Punkt nicht an.

³⁴ Behandelt wird die Frage von *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747, 749 sowie *Dötsch*, NZM 2007, 275, 278.

eine aktuelle Entscheidung des BGH vom Anfang des Jahres.³⁵ Im Anschluss an die Senatsrechtsprechung zum Kaufrecht³⁶ wurde gegen einen Aufwendungsersatzanspruch des eigenmächtig einen Mangel der Mietsache beseitigenden Mieters entschieden.

Es ist hier nicht der Ort, das Urteil ausführlich zu kommentieren. Nur soviel: Die Feststellung des BGH,³⁷ der Anwendbarkeit des § 539 Abs. 1 BGB auf Fälle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Mieter stehe der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen, hat etwas Überzeugendes. Die mit dem Verzugserfordernis einhergehende Obliegenheit des Mieters, den Vermieter zu mahnen, dient genau wie die Nachfristsetzung in §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB dem Schutz des Schuldners. Dieser soll nicht nur die Möglichkeit erhalten, die geschuldete Leistung selbst zu erbringen. Er soll vielmehr auch in die Lage versetzt werden, sich von der Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes zu überzeugen. „Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung“, so der BGH wörtlich weiter, „verliert der Vermieter, wenn er nach der vom Mieter vorgenommenen Mängelbeseitigung im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen der GoA vor „vollendete Tatsachen“ gestellt wird.“³⁸ Aus anwaltlicher Sicht überzeugt mich das und ich glaube, dass dieses Argument von Seiten der Wissenschaft bisweilen etwas zu sehr heruntergespielt wird.³⁹ Was wird ein Handwerker, der vom Mieter, Käufer usw. (vielleicht nicht zum ersten Mal) beauftragt worden ist, wohl vor Gericht aussagen, wenn man ihn nach dem Zustand der von ihm bearbeiteten Sache fragt? Eventuell hat er den Mangel selbst diagnostiziert. Andererseits kann der Richter auch nicht alle Zeugen des Gläubigers unter Generalverdacht stellen. Es scheint mir daher zumindest gut vertretbar, wenn die Rechtsordnung derartigen Beweiskonstellationen per se einen Riegel vorschiebt.

Auf die Schönheitsreparaturen übertragen bedeutet das, dem Vermieter muss die Möglichkeit gewährt werden, sich von der Fälligkeit der Arbeiten zu überzeugen. Andernfalls läuft er Gefahr, für Arbeiten zur Kasse gebeten zu werden, die er überhaupt nicht schuldete. Gleichwohl sprechen sich diejenigen, die das Problem für den Bereich der Schönheitsreparaturen erkennen, per saldo gegen eine Einschränkung des Anspruchs aus § 539 BGB durch § 536a BGB aus; die Berücksichtigung der berechtigten Vermieterbelange erfolgt auf einer späteren Stufe, z.B. beim Merkmal „Interesse“ gem. §§ 677, 683 BGB. Zur Begründung wird angeführt, der Mieter wisse gar nicht, dass die Arbeiten Sache des Vermieters seien, und ein Vorrang von §

³⁵ BGH, NJW 2008, 1216.

³⁶ BGHZ 162, 219; bestätigt durch BGH, NJW 2006, 988.

³⁷ NJW, 2008, 1216, 1217 (Tz. 22).

³⁸ BGH, ebenda.

³⁹ Sehr knapp etwa Artz, Festschrift für Blank, 2006, 5, 19.

536a Abs. 2 BGB sei nur bei Kenntnis des Mieters gerechtfertigt.⁴⁰ Der letzten These ist mittlerweile der BGH⁴¹ für den Bereich des Kaufrechts entgegengetreten, indem er die Unkenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit der reparierten Sache für unbeachtlich erklärt hat.⁴² Freilich ging es im Fall des BGH um einen Schaden an einem verhältnismäßig neuen Pkw nur zwei Monate nach Übergabe an den Käufer. Das Bestehen eines Ersatzanspruches musste sich dem Käufer hier wohl eher aufdrängen als einem Mieter, der vor Beginn der Arbeiten noch einmal seinen Vertrag zu Rate gezogen hat. Darüber hinaus wird gegen das Erfordernis einer Mahnung des Vermieters ins Feld geführt, die Fehlvorstellung des Mieters über die Renovierungspflicht beruhe gerade auf den unwirksamen AGB, entstamme also der Sphäre des Vermieters.⁴³ § 162 BGB lässt grüßen.

Man kann daran zweifeln, ob dieses Sphärenargument es rechtfertigt, selbst den redlichen Vermieter, der vor zwanzig oder mehr Jahren einen starren Fristenplan in einen Mietvertrag aufnahm und der durch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ja bereits den Erfüllungsanspruch gegen den Mieter eingebüßt hat, ein weiteres Mal zu sanktionieren.⁴⁴ Darüber würde ich gerne mit Ihnen diskutieren. Wenn man § 536a BGB grundsätzlich für einschlägig erachtet, stellt sich außerdem die Frage, ob ein Mieter dem Mahnungserfordernis dadurch entgehen kann, dass er die Arbeiten vor Eintritt der Mangelhaftigkeit durchführt. Ist hier eine Analogie zu § 536a Abs. 2 BGB am Platze oder sollte man die Vermieterinteressen im Rahmen der dem Grunde nach bestehenden Ansprüche aus GoA bzw. ungerechtfertigter Bereicherung berücksichtigen? Schließlich würde mich interessieren, ob Sie es für angezeigt halten, auf der Tatbestandsseite oder bei der Rechtsfolgenbemessung danach zu differenzieren, ob der Mieter die Arbeiten im laufenden Mietverhältnis durchgeführt hat oder unmittelbar vor Rückgabe derselben.

Zunächst aber danke ich für Ihre Aufmerksamkeit.

⁴⁰ *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747, 749.

⁴¹ NJW 2006, 1195, 1197.

⁴² S. dazu auch *Dötsch*, NZM 2007, 275, 278 f.

⁴³ *Lehmann-Richter* und *Dötsch*, jew. wie vor.

⁴⁴ So deutet etwa *Dötsch*, NZM 2007, 275, 279 zusätzliche Anforderungen an, damit von einer fehlenden Schutzbedürftigkeit des Vermieters auszugehen ist.