

Die Schönheitsreparaturpflicht des Vermieters

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Gewährleistungsrecht
 1. Festlegung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand (Sollbeschaffenheit der Mietsache)
 - a. Verträge mit Abwälzungsklauseln
 - b. Verträge mit Freizeichnungsklauseln
 - c. Verträge ohne jede Regelung
 2. Herstellungsanspruch
 - a. Fälligkeit
 - b. Art und Weise der Ausführung
 3. Minderung
 4. Zurückbehaltungsrecht
 5. Schadensersatz und Aufwendungsersatz aus Gewährleistungsrecht (§ 536 a BGB)
 - a. Anfänglicher oder vom Vermieter zu vertretender Mangel
 - b. Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung
- III. Ansprüche des Mieters außerhalb des Gewährleistungsrechts bei Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen
 1. Aufwendungsersatz nach § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 BGB
 - a. Kein Vorrang des § 536 a BGB
 - b. Voraussetzungen eines Anspruchs aus GoA (§§ 677, 683 BGB)
 2. Ansprüche aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB)
 3. Zusammenfassung
- IV. Auswirkungen auf die Miethöhe
 1. Preisfreier Wohnraum
 2. Preisgebundener Wohnraum
 - a. Höhe der Kostenmiete
 - b. Voraussetzungen des § 8 a WoBindG
 - c. Einschränkungen aus § 306 Abs. 2 BGB
- V. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Die Schönheitsreparaturen sind Teil der Instandhaltung der Mietsache, die grundsätzlich Vermietersache ist. Das ist in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zwar so geregelt, wurde aber dennoch in der Praxis wohl schon kurz nach Inkrafttreten des BGB die Ausnahme. Bereits die frühen Formblattverträge sahen die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter jedenfalls so regelmäßig vor, dass in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts daraus auf einen Ortsgebrauch geschlossen wurde.¹ Daran mag es liegen, dass über die Folgen der originären Vermieterpflicht weit weniger diskutiert worden ist als über die Folgen einer Abwälzung auf den Mieter.

Durch die Rechtsprechung des BGH seit etwa 2004 sind nun aber eine ganze Reihe von Renovierungsklauseln für unwirksam erklärt worden, so dass derzeit für eine Vielzahl von Verträgen die gesetzliche Regelung wirklich gilt.

In diesem Referat geht es vorrangig um die Fälle, in denen Mieter und Vermieter bei Vertragsabschluss und meist auch noch im laufenden Vertrag um die Unwirksamkeit der Abwälzungsklausel nicht wissen. Das sind die Fälle, die aktuell die Probleme aufwerfen, denn hier ist eine Konstellation entstanden, die ausgesprochenen Seltenheitswert hat:

Eine Besonderheit ist es schon, dass bei der wirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen der Vermieter sich nicht nur von seiner Hauptleistungspflicht – Instandhaltung der Mietsache – anteilig frei zeichnet, sondern dass er sogar diese Hauptleistungspflicht umgekehrt seinem Mieter auferlegt. Die vom Gesetz in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB beschriebene charakteristische Hauptleistung wird zur Gegenleistung, der Schuldner der Hauptleistung wird zum Gläubiger eben dieser gleichen Leistung. In jedem anderen Vertrag würden vergleichbare Konstellationen skurril erscheinen, etwa dass der Kunde ein Hemd in die Reinigung bringt und dem Reinigungsunternehmen nach dessen AGB das Bügeln dieses Hemdes als Bestandteil seines Entgelts schuldet.

In den Fällen unwirksamer Abwälzungsklauseln scheint es auf den ersten Blick wieder einfacher zu werden: wir sind doch wieder beim Gesetz angekommen. Im Vergleichsfall: das Reinigungsunternehmen hat zu reinigen und zu bügeln. Tatsächlich wird es aber noch etwas komplizierter: Beide Parteien wissen nicht, dass für sie § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gilt. Vermieter und Mieter nehmen an, dass der Mieter dem Vermieter die Renovierung als Bestandteil seines Entgelts für die Raumüberlassung schuldet. Sie kommen – bis zur Aufklärung des Irrtums – gar nicht auf die Idee, dass es gerade umgekehrt ist. Der Gesetzgeber kann eine Fallgestaltung nicht bedenken, in der wahre Gläubiger einer bestimmten Hauptleistung (Renovierung) sich als deren Schuldner ansieht, während der wahre Schuldner sich für deren Gläubiger hält. Das ist bei der Auslegung der Normen zu berücksichtigen.

Dieser Fallgruppe des gemeinschaftlichen Rechtsirrtums gilt die nachfolgende Darstellung also im Besonderen. Fälle, in denen Vermieter und Mieter bewusst entsprechend dem gesetzlichen Modell die Renovierungspflicht beim Vermieter belassen, werden aber mit angesprochen.

¹ Siehe etwa § 7 Verordnung über die Mietzinsbildung in Preußen vom 17.4.1924, abgedruckt bei Krüger-Herbst, Das gesamte Mietnotrecht in Preußen, 2. Auflage 1928 und die dortige Kommentierung S. 161.

Zu untersuchen ist, welche Ansprüche der Mieter im Einzelnen geltend machen kann. In Betracht kommen Ansprüche aus Gewährleistungsrecht, wie etwa Instandsetzungsansprüche, Minderung, Schadensersatz (II). Auch außerhalb des Gewährleistungsrechts kommen Ansprüche auf Aufwendungsersatz und auf Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung in Frage, wenn der Mieter nicht geschuldete Schönheitsreparaturen ausführt (III). Schließlich ist noch nicht für alle Fälle entschieden, ob unwirksame Klauseln sich auf die Miethöhe auswirken können (IV).

II. Gewährleistungsrecht

1. Festlegung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand (Sollbeschaffenheit der Mietsache)

Maßgebend für alle Gewährleistungsrechte ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der „zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand“. Das ist der Begriff in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB für die Instandsetzungspflicht. Die entsprechende Formulierung greift auch die Mängeldefinition in § 536 Abs. 1 BGB auf. Das ist also die Normseite.

Auf der Sachverhaltsseite kann eine Wohnung neu renoviert sein. Sie kann leichte Abnutzungsspuren aufweisen, ohne dass schon eine erneute Renovierung geboten wäre. Und sie kann soweit abgenutzt sein, dass die Renovierung objektiv ansteht. Das ist der Fall, wenn die Räume unansehnlich geworden sind, die Tapeten oder Anstriche vergilbt, rissig oder verschmutzt sind.² Die Übergänge sind fließend und die Abgrenzung in jedem Einzelfall unsicher.

Welchen Renovierungszustand müssen Räume aufweisen, um im Sinne des Gewährleistungsrechts „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ geeignet zu sein? Das ist nicht einheitlich zu beantworten. Bei der Wohnraummiete müssen die Räume zum Wohnen geeignet sein, davon abgesehen können die Parteien einen beliebigen Zustand als vertragsgemäß vereinbaren.³ Diese Vereinbarungen zur Sollbeschaffenheit können im Grundsatz auch der Optik der Wohnung gelten. Nicht nur „Wohnen“ auch „optisch ansprechendes Wohnen“ kann der vertraglich geschuldete Gebrauch sein. Das zeigt sich schon daran, dass etwa entstandene Flecken durch Feuchtigkeit auch dann noch als Mangel gelten, wenn die Feuchtigkeit selbst abgetrocknet ist. Selbst eine heruntergekommene Außenfassade oder ein verwaorlostes Treppenhaus können eine Beeinträchtigung des vertraglich vereinbarten Gebrauchs darstellen.⁴

Typischerweise fehlt es allerdings an ausdrücklichen Vereinbarungen dazu, welcher Renovierungszustand „vertragsgemäß“ sei. Zu prüfen ist also die Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit durch schlüssiges Verhalten.

Zunächst wäre zu fragen, ob der Renovierungszustand bei Vertragsschluss den schlüssig vereinbarten Sollzustand vorgibt.⁵ Wenn etwa der Mieter eine unrenovierte Wohnung anmietet und widerspruchslos entgegennimmt, könnte das doch die schlüssige Erklärung

² Schmidt-Futterer/ Langenberg, 9. Aufl. 2007, § 538 BGB Rn. 215.

³ Blank/Börstinghaus, § 535 BGB Rn. 268.

⁴ Vgl. KG WM 1984,42; AG Hamburg WM 2006,244; AG Kiel WM 1999,343.

⁵ So argumentiert Horst, DWW 2007,48,49.

bedeuten, dass er eben diesen Zustand als vertragsgerecht akzeptiert. Diese Auslegung greift aber m.E. zu kurz. Parteien vereinbaren nicht automatisch den Anfangszustand als vertragsgemäß. Andernfalls bedürfte es der Regelung in § 536 b BGB – Verlust bestimmter Gewährleistungsrechte bei vorbehaltloser Annahme der Mietsache in Kenntnis eines Mangels – nicht. Die Auslegung muss zunächst beim Vertragstext selbst ansetzen.

a. Verträge mit Abwälzungsklauseln

Eine sichere Auslegung zum vereinbarten Renovierungszustand erlauben alle Verträge, die eine Abwälzungsklausel enthalten. Das gilt völlig unabhängig davon, ob diese Klausel im Einzelfall wirksam oder unwirksam ist. Die schlichte Existenz dieser Klausel zeigt nämlich, dass sowohl Mieter als auch Vermieter eine Renovierung bei entsprechendem Bedarf für geboten halten.⁶ Die Wohnung soll gerade nicht in einem abgenutzten Zustand verbleiben, sondern immer wieder in einen renovierten Zustand versetzt werden. Die Abwälzung einer Vermieterpflicht macht keinen Sinn, wenn sie nach der Vorstellung der Parteien ohnehin gegenstandslos ist. Der Vertrag kann auch nicht so ausgelegt werden, dass bei Abwälzung der Mieter den unrenovierten Zustand als vertragsgemäß akzeptiert – während der Vermieter ihn als vertragswidrig rügen kann. Der vertragsgemäße Zustand ist in einem Vertrag einheitlich. Der Vermieter schafft mit der Klausel auch keine neue Pflicht, die sonst gar nicht bestünde. Er wälzt vielmehr nach ganz einhelliger Meinung seine eigene Instandsetzungspflicht aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ab – also gibt es eine solche Vermieterpflicht.

Im Grundsatz gilt also: Ein Vertrag, der die Durchführung von Schönheitsrenovierungen – durch wen auch immer – vorsieht, enthält damit zugleich die Vereinbarung, dass der renovierte Zustand derjenige ist, den die Parteien als „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ festlegen. Das gilt gleichermaßen für die frisch renovierte Wohnung wie für die Wohnung, die unrenoviert übergeben wird. Insoweit gibt es keinen wandelbaren vertragsgemäßen Gebrauch – in den ersten fünf Jahren geeignet zum vertraglichen Gebrauch und ab dem sechsten Jahr ungeeignet. Auf diese Idee kämen die Parteien nicht. Fristen in Abwälzungsklauseln legen nur Fälligkeiten fest, und zwar bei Übergabe einer unrenovierten Wohnung eine hinausgeschobene Fälligkeit, um die Klausel wirksam zu gestalten. Die Idee einer Aufwertung der vertraglich vereinbarten Soll-Qualität nach Fristablauf ist damit nicht verbunden und wäre auch dem mietrechtlichen Mangelbegriff fremd.

Allerdings ist mit dem zum vereinbarten Gebrauch geeigneten Zustand im Zweifel eine Bandbreite gemeint, nämlich der Bereich von frisch renoviert bis zu leichten Abnutzungsspuren. Eine permanente Beseitigung auch geringer Abnutzungsspuren ist nicht das, was die Parteien wollen. Das würde auch jedes normale Wohnen unmöglich machen. Die Grenze zum „nicht mehr vertragsgemäßen Gebrauch geeignet“ wird erst mit stärkerer Abnutzung und damit einem objektiven Renovierungsbedarf gezogen – wo immer diese Grenze im Einzelfall zu finden ist.

b. Verträge mit Freizeichnungsklauseln

Etwas anderes kann im Einzelfall gelten, wenn die Parteien vereinbaren, dass weder die eine noch die andere Seite Schönheitsrenovierungen durchführen soll, wenn der Vertrag also eine bloße Freizeichnungsklausel enthält, etwa mit einer Formulierung „Die Durchführung von

⁶ Vgl. Stornel, NZM 2007,545,547 und ZMR 2008,501.

Schönheitsreparaturen bleibt dem Mieter überlassen“⁷ Derartige Klauseln besagen m.E., dass beide Parteien sowohl den aktuellen Zustand als auch einen weiter abgenutzten Zustand gleichermaßen als vertragsgemäß ansehen wollen. Der Mieter akzeptiert, dass der Zustand zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignet ist, weil es allein in seinem Belieben steht, den Zustand so zu belassen oder nicht und weil er daraus gegen den Vermieter nichts ableiten will. Das Bestehen einer Instandsetzungspflicht wird aber auch nicht schlüssig durch deren Abwälzung mittelbar vorausgesetzt. Der dekorative Zustand wird vielmehr schlüssig aus dem Bereich der geforderten Tauglichkeit herausgenommen. Ähnliches gilt wohl, wenn der Vertrag nur eine – in AGB unwirksame⁸ – Endrenovierungsklausel enthält. Auch hier soll während der Mietdauer erkennbar aus dem Zustand der Wohnung für keine Seite etwas abzuleiten sein.

c. Verträge ohne jede Regelung

Nun gibt es noch Verträge die bewusst beim Gesetz verbleiben. Hier lässt sich m.E. keine generelle Aussage treffen. Es kann von vielen Einzelpunkten bei Vertragsschluss abhängen, ob die unrenoviert vermietete Wohnung nach Vorstellung der Parteien auch dauerhaft abgenutzt werden und bleiben darf. Insbesondere kann es auch vom Charakter der Wohnung und des Wohnumfelds abhängen, welche Vorstellungen die Parteien haben – in vielen Fällen werden die Parteien hier den unrenovierten Zustand wie bei einer ausdrücklichen Freizeichnungsklausel als vertragsgemäß akzeptieren.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in den hier wohl am meisten interessierende Fällen einer unwirksamen Abwälzung der laufenden Renovierung der vertragsgemäße Zustand im Grundsatz der renovierte Wohnungszustand ist – mit der dargestellten Bandbreite von frisch renoviert bis leicht abgenutzt.

2. Herstellungsanspruch

Auf der Basis des Vertragsinhalts stellt sich zunächst die Frage, welche Herstellungsansprüche der Mieter geltend machen kann.

In den Fällen, in denen der Sollzustand der renovierte ist, also in allen Fällen einer unwirksamen Abwälzungsklausel ist der Vermieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet. Das ist insoweit eine Selbstverständlichkeit, die auch Rechtsprechung und Schrifttum gleichermaßen zugrunde legen.

a. Fälligkeit

Fraglich ist zunächst die Fälligkeit. Grundsätzlich wird die Renovierung fällig, sobald ein objektiver Renovierungsbedarf entstanden ist.⁹ Die Fälligkeitsregelungen in unwirksamen Klauseln, also die üblichen 3,5 und 7 Jahre haben an dieser Stelle keine Wirkung mehr, auch nicht gegen den Vermieter. Wird die Renovierung früher erforderlich, etwa weil der Mieter

⁷ Vgl. Blank/Börstinghaus, § 535 Rn. 354; ähnlich BGH NJW 1993,522,533 (Rz.11) – dort wurde im Hinblick auf den erheblichen Renovierungsbedarf eine extrem niedrige Miete festgesetzt.

⁸ BGH NZM 2006,621 (Rn. 11); NJW 2003,2234,2235 (unter II.1).

⁹ Vgl. Stornel, NZM 2007,545,547; ebenso für den Fall der Abwälzung BGH NJW 2005,1862,1863.

starker Raucher ist, muss der Vermieter früher renovieren. Wird die Wohnung nur gering abgenutzt, wird auch die Renovierung später fällig.

Gesondert zu prüfen ist die Rechtslage bei der Vermietung einer unrenovierten Wohnung. Hier fragt sich, ob diese Renovierungspflicht sofort einsetzt oder ihrerseits erst nach Ablauf einer „üblichen“ Abnutzungsfrist.

Der BGH hat in der Anmietung einer unrenovierten Wohnung den Verzicht des Mieters auf eine Anfangsrenovierung gesehen.¹⁰ Der Zusammenhang der Argumentation muss dabei allerdings beachtet werden. Der BGH prüfte AGB-rechtlich, ob die Abwälzung der Renovierung bei Überlassung unrenovierter Wohnungen wirksam sei. Die Wirksamkeit wäre nicht mehr zu rechtfertigen gewesen, wenn der Mieter hier aufgrund der Abwälzung sofort zu einer Anfangsrenovierung verpflichtet gewesen wäre. Also argumentierte der BGH so, dass eine Anfangsrenovierung nicht abgewälzt sei, weil der Vermieter sie sonst auch nicht geschuldet hätte. In diesem Zusammenhang nahm der BGH einen schlüssigen Verzicht an. Aus der Anmietung der unrenovierten Wohnung im Zusammenhang mit der Abwälzung der Renovierung im Übrigen ergebe sich, dass der Vermieter mit der Renovierung insgesamt „nichts zu tun haben solle.“¹¹ Hier kann dahin stehen, ob diese Argumentation einen Zirkelschluss beinhaltet. In jedem Fall sah der BGH den Verzicht auf Anfangsrenovierung mit darin begründet, dass der Mieter ja künftig selbst renovieren soll. Es erscheint zweifelhaft, ob der BGH in gleicher Weise argumentieren würde, wenn die Abwälzung gerade nicht oder nicht wirksam vereinbart ist.

M.E. ist hier bei der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB wiederum zu differenzieren. Wenn die Parteien bei Vertragsschluss wissen, dass grundsätzlich der Vermieter die Renovierung zu leisten hat, liegt der schlüssige Verzicht auf eine Anfangsrenovierung nahe. Hier liegt die Vorstellung der Parteien wohl so, dass der aktuelle Wohnungszustand vom Mieter in der Annahme hingenommen wird, dass erst bei weiter fortschreitender Abnutzung und bei Eintritt eines umfassenden Renovierungsbedarf der Vermieter renovieren wird – und damit ggf. der Renovierungszustand auch erst dann besser sein wird als bei der Anmietung. Die Rechtsprechung hat solche Fälle etwa für ein Treppenhaus entschieden, das bei Anmietung unrenoviert war.¹² Im Einzelfall wird das auch vom ganz konkreten Wohnungszustand abhängen.

Anders ist die Lage, wenn beide Parteien irrig annehmen, der Mieter schulde die Renovierung. In diesem Fall machen sie sich keine Gedanken dazu, wann nach dem Gesetz denn der Vermieter renovieren müsste. Es erscheint mir dann problematisch anzunehmen, dass der Mieter schlüssig auf einen Anspruch verzichtet, von dessen Existenz er gar nichts weiß. Dafür dürfte es schon am Erklärungsbewusstsein fehlen.

Fraglich wäre, ob hier nicht die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung eingreifen könnten. Zu prüfen wäre: hätten die Parteien den Verzicht auf eine Anfangsrenovierung vereinbart, wenn sie gewusst hätten, dass im Grundsatz der Vermieter renovierungspflichtig ist? Die Frage wäre so kaum zu beantworten: wenn die Parteien um die Unwirksamkeit der Klausel gewusst hätten, hätte der Vermieter im Tatsächlichen eine wirksame Abwälzung in seine AGB aufgenommen. Der Mieter hätte dem zugestimmt, um die Wohnung zu bekommen. Unabhängig davon ist aber eine ergänzende Vertragsauslegung wohl schon

¹⁰ BGH NJW 1987,2575,2577; ebenso Börstinghaus, WM 2005,657; Sternel, NZM 2007,545,548; in der Tendenz auch Blank/Börstinghaus, § 535 BGB Rn. 351.

¹¹ BGH NJW 1987,2575,2577.

¹² Vgl. KG WM 1984,42; AG Hamburg WM 2006,244; AG Kiel WM 1999,343.

deshalb nicht zulässig, weil ihr § 306 Abs. 2 BGB entgegensteht. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt das Gesetz. Diese Folge ist nicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung, die die gesetzlichen Regelungen doch noch ein bisschen einschränkt, abzumildern.

Das bedeutet, dass im Falle einer unerkannt unwirksamen Abwälzungsklausel weder der unrenovierte Zustand als Sollbeschaffenheit angesehen werden kann, noch dass der Mieter auf irgend einen Teil seines – ihm gar nicht bekannten – Renovierungsanspruchs gegen den Vermieter verzichtet. Also schuldet der Vermieter ihm eine Anfangsrenovierung.

Praktisch wird dieses Auslegungsergebnis in kaum einem Fall Bedeutung haben. Gerade wenn der Mieter annimmt, dass ihm der Vermieter keine Renovierung schuldet, wird er schon im eigenen Interesse beim Einzug selbst renovieren – und sich dabei auch gar keine Gedanken darüber machen, ob er das jetzt als Anfangsrenovierung freiwillig tut oder nicht. Es bleiben Fälle, in denen der Mieter besser Bescheid weiß als sein neuer Vermieter und ihn gleich als erstes in die Falle laufen lässt. Diese Fälle dürften aber außerordentlich selten sein. Ist die vorherige Kenntnis des Mieters beweisbar, lässt sich auch über den Einwand von Treu und Glauben aus § 242 BGB nachdenken.

b. Art und Weise der Ausführung

Die Frage, welche Qualität nunmehr die Renovierung haben soll, stellt sich ebenfalls. Konkret ist zu fragen, ob der Vermieter nun eine Fachhandwerkerrenovierung zu liefern hat oder ob er auch in Eigenleistung oder durch handwerklich geschickte Laien renovieren lassen darf. Auch das ist im Einzelfall danach zu ermitteln, welchen Zustand die Parteien sich als vertragsgemäß vorstellen. In aller Regel ist hier wohl eine fachgerechte Renovierung, wie sie auch Laien durchführen können, ausreichend. Hier lässt sich umgekehrt auch aus unwirksamen Abwälzungsklauseln schließen, dass beide Seiten das für „in Ordnung“ halten. Ausnahmen könnten allenfalls bei sehr teuren, perfekt renovierten Wohnungen gelten, die erkennbar einen gewollt höheren Standard vermuten lassen. Das dürften sehr seltene Fälle sein.

Interessanter ist die Frage der Wahl von Farbe und Materialien. Darf der Vermieter – schon um seinem Mieter das Renovierungsverlangen ein bisschen madig zu machen – die Wände in pink und grün anstreichen oder auf alle Wände die gleiche Fototapete eines Waldwegs im Herbst kleben? Das darf er ganz sicher nicht. Im laufenden Mietvertrag gilt das Gebot der Rücksichtnahme (§ 242 BGB), generell gilt im Zivilrecht das Schikaneverbot (§ 226 BGB). Daher muss der Vermieter das tun, was in vielen – deswegen unwirksamen – Klauseln vom Mieter verlangt wird: neutrale, helle Farben und Tapeten verwenden, Fenster- und Türrahmen in der Regel weiß lackieren. Umgekehrt kann m.E. der Mieter in aller Regel nicht verlangen, dass der Vermieter ihm die Auswahl der Tapeten und Farben überlässt.¹³ Eine ganz bestimmte Optik ist nicht erforderlich, um die Tauglichkeit „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ herzustellen. Der Vermieter darf hier seine Belange wahrnehmen und allgemein akzeptierte Gestaltungen wählen, die die Wiedervermietung erleichtern. In Einzelfällen kann sich aus § 242 BGB bei sehr langfristigen Mietverträgen – über einen Renovierungsturnus hinaus – die Verpflichtung ergeben, auf Wünsche des Mieters einzugehen.

3. Minderung

¹³ Vgl. AG Königswinter, WM 1980,280.

Wenn die Tauglichkeit der Wohnung eingeschränkt ist, schuldet der Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete. Das kann auch optische Mängel betreffen.¹⁴

Fraglich ist, ob bei Anmietung einer unrenovierten Wohnung das Minderungsrecht von vornherein nach § 536 b BGB ausgeschlossen ist, weil der Mieter die Wohnung in Kenntnis ihres Zustands angemietet hat. Auch hier spielt m.E. wieder die Vorstellung der Parteien davon, wer die Renovierung denn zu leisten hätte, eine erhebliche Rolle. § 536 b BGB soll nach dem Sinn und Zweck der Norm einem sorglosen Geschäftsgebaren entgegenwirken. Wer weiß, dass er eine mangelhafte Sache annimmt, verdient keinen Schutz.¹⁵ Der Mieter, der die Mietsache in Kenntnis des Mangels annimmt, verhält sich auch widersprüchlich, wenn er dennoch Gewährleistungsrechte daraus ableiten will.¹⁶ Wenn der Vertrag aber eine – beiderseits unerkannt – unwirksame Abwälzungsklausel enthält, weiß zwar der Mieter, dass dieser Zustand nicht vertragsgemäß ist, er nimmt aber an, der Vermieter verzichtet ihm gegenüber auf eine Anfangsrenovierung. Er käme gar nicht auf die Idee, dass umgekehrt ihm als Mieter in dieser Situation Gewährleistungsrechte zustehen könnten. Danach verhält er sich auch nicht widersprüchlich, wenn er erst nach Aufklärung über diesen Irrtum nunmehr seine Rechte einfordert. § 536 b BGB greift hier nicht ein.

Seinerseits muss der Mieter in diesen Fällen auch bei Anmietung einer unrenovierten Wohnung nach § 536 c BGB den Renovierungsbedarf als Mangel anzeigen, bevor er daraus Rechte herleiten kann. Auf den ersten Blick könnte man bei der Vermietung einer bereits renovierungsbedürftigen Wohnung annehmen, der Vermieter kenne den Zustand doch, es bedürfe keiner weiteren Anzeige. Diese Folgerung würde aber in all den Fällen unwirksamer Abwälzungsklauseln nun voraussetzen, dass der Vermieter um seine Renovierungspflicht von Anfang an weiß. In aller Regel ist das nicht der Fall. Hätte der Vermieter bei Vertragsabschluss die Unwirksamkeit der von ihm verwandten Klausel gekannt, hätte er nämlich eine wirksame gewählt. Der Vermieter ist daher wohl im Sinne des § 536 c Abs. 2 S. 2 BGB außerstande, ohne Anzeige Abhilfe zu schaffen – weil er zwar den Wohnungszustand kennt, aber von seiner Pflicht nichts weiß, daran etwas zu ändern. Wenn also der Mieter vor dem Vermieter merkt, dass er Ansprüche hat, muss er ihm eben das anzeigen. Zumindest gilt die Anzeigepflicht in entsprechender Anwendung des § 536 c BGB.

Im System des Gewährleistungsrechts kommt die Minderung also grundsätzlich in Frage. Dennoch dürfte das nur in wenigen Fällen praktisch werden. Häufiger wird die Tauglichkeit nur unerheblich beeinträchtigt sein, so dass ein Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB entfällt. Das Minderungsrecht setzt überhaupt erst ein, wenn ein objektiver Renovierungsbedarf gegeben ist, der Zustand also wirklich unansehnlich geworden ist. Nur in der Abgrenzung zu einem noch hinzunehmenden Abnutzungszustand ist dann auch der Grad der Tauglichkeitsminderung einzuschätzen. In den meisten Fällen dürfte nach meiner Einschätzung eine Minderung an der Schranke des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB scheitern. In der Praxis dürfte das Minderungsrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen.

4. Zurückbehaltungsrecht

Der Mieter hat grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete, solange die Mietsache mangelhaft ist,¹⁷ heißt hier: solange eine fällige Renovierung trotz seines Verlangens nicht

¹⁴ Vgl. AG Hamburg Altona, WM 2008,551,552.

¹⁵ Blank/Börstinghaus, § 536 b BGB Rn. 2.

¹⁶ Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 b BGB Rn. 1

¹⁷ Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 BGB Rn. 379; BGH NJW 1982,2242 (für einen Pachtvertrag); OLG Naumburg NZM 2001,100,101; Blank/Börstinghaus, § 536 Rn. 96.

ausgeführt wird. Hier stellt sich aber wiederum das Problem der Höhe. Nach h.M. hängt die Höhe des einzubehaltenden Betrags von der Schwere des Mangels ab, weil sich das Zurückbehaltungsrecht auf die Gegenleistung bezieht, also auf den Teil des nicht gewährten Gebrauchs.¹⁸ In der Rechtsprechung wird der Betrag meistens auf das 3-5 fache des Minderungsbetrags begrenzt.¹⁹ Wenn nun gar keine Minderung erfolgen kann, wäre auch der Zurückbehaltungsbetrag Null. Das würde wohl dem Umstand nicht gerecht, dass der Herstellungsanspruch besteht. Es ist danach ein Einbehalt nach § 320 Abs. 2 BGB möglich, wobei m.E. auch der Betrag, den der Mieter monatlich einbehalten darf, eher gering anzusetzen wäre. Auf der sicheren Seite ist der Mieter nur, wenn er sich auf die aktive Geltendmachung des Herstellungsanspruchs beschränkt.

5. Schadensersatz und Aufwendungsersatz aus Gewährleistungsrecht (§ 536 a BGB)

Wirtschaftlich bedeutsamer ist die Frage, ob der Mieter Erstattungsansprüche geltend machen kann, wenn er nun selbst renoviert hat.

a. Anfänglicher oder vom Vermieter zu vertretender Mangel

Schadensersatz- und Aufwendungsersatz nach § 536 a BGB kann der Mieter zunächst wegen eines anfänglichen Mangels oder wegen eines vom Vermieter zu vertretenden Mangels verlangen (§ 536 a Abs. 1 BGB). Problematisch ist auch hier wieder der Fall, in dem der Vermieter seinem Mieter eine unrenovierte Wohnung überlässt. Die unwirksame Abwälzungsklausel führt dazu, dass die Wohnung von Anfang an mangelhaft ist. Wenn nun die Garantiehftung des § 536 a BGB die Folge wäre, könnte der Mieter sogar die Kosten einer Anfangsrenovierung noch rückwirkend seinem Vermieter in Rechnung stellen, sobald er erfährt, dass er eben diese Renovierung von seinem Vermieter hätte verlangen können. Zu dem nach § 536 a BGB zu ersetzenden Schaden gehören nämlich zumindest nach einer weit verbreiteten Auffassung auch die Kosten der Mängelbeseitigung.²⁰

Die Anwendung des § 536 a BGB in dieser Fallgruppe würde aber hier wiederum m.E. nicht berücksichtigen, dass die Parteien – wenn auch irrig so doch übereinstimmend – annehmen, die Renovierung sei Sache des Mieters. Die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Mängel beruht auf der Annahme einer stillschweigend gegebenen Garantie des Vermieters für den mangelfreien Zustand bei Übergabe.²¹ Gerade dieser Gesichtspunkt gilt aber nicht, wenn nach den Vorstellungen der Parteien die Anfangsrenovierung vom Vermieter nicht geschuldet wird und sie, wenn überhaupt, dann vom ausgeführt wird. Diese Vorstellung, die der Klausel zugrunde liegt, widerspricht gerade einer Garantie des Vermieters. § 536 a BGB ist insoweit nach seinem Sinn und Zweck nicht einschlägig. Hier gelten letztlich die gleichen Argumente wie umgekehrt bei § 536 b BGB. Dem Mieter kann bei irriger Vorstellung über die Person des Renovierungspflichtigen die widerspruchslöse Annahme nicht entgegen gehalten werden, dem Vermieter bei § 536 a BGB nicht die Annahme einer stillschweigenden Garantie.

¹⁸ Näher Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 Rn. 394 f.

¹⁹ LG Hamburg WM 1989,172; LG Berlin WM 1998,28,29.

²⁰ Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 a BGB Rn. 79; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Auflage 2007, § 536 a Rn. 12; Münch in: JurisPK, 4. Auflage 2008, § 536 a Rn. 31; a.A. Münchener Kommentar/ Häublein, 5. Auflage 2008, § 536 a Rn. 16.

²¹ Vgl. Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 a BGB Rn. 6;

Aus genau den gleichen Erwägungen heraus lässt sich auch nicht sagen, dass der Vermieter den Renovierungsbedarf gewährleistungsrechtlich zu vertreten hätte.

In diesen beiden Varianten entfallen daher Gewährleistungsansprüche aus § 536 a Abs. 1 und 2 BGB. Das betrifft sowohl Schadensersatz- also auch Aufwendungsersatzansprüche.

b. Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung

Dem Vermieter droht allerdings die Haftung wegen Verzugs mit der Mängelbeseitigung. Im Verzugsfall schuldet der Vermieter Schadensersatz nach § 536 a Abs. 1, 3. Alt. oder Aufwendungsersatz nach § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB. Diese Situation tritt ein, wenn der Mieter von der Unwirksamkeit der Klausel erfährt, den Vermieter auf Durchführung fälliger Renovierungen in Anspruch nimmt und ihn dann auch noch durch Mahnung in Verzug setzt.

Hier muss der Vermieter reagieren und die Renovierung ausführen, wenn er nicht auf Schadens- oder Aufwendungsersatz in Anspruch genommen werden will. Fraglich ist dann, wann der Verzug einsetzt. Dafür ist in jedem Einzelfall zu prüfen, wann eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB vorliegt. Zunächst muss, wie ausgeführt,²² der Mieter den Renovierungsbedarf und im Ergebnis auch anzeigen, dass er nach Prüfung um die Renovierungspflicht des Vermieters weiß. Das ist in aller Regel noch keine Mahnung,²³ wohl aber eine nachfolgende deutliche Aufforderung zum Tätigwerden. Einer ausdrücklichen Fristsetzung dafür bedarf es nicht; die Mahnung verlangt nur eine Leistungsaufforderung, aus der erkennbar wird, dass das Ausbleiben der Leistung rechtliche Konsequenzen haben wird.²⁴ Umgekehrt ist allerdings eine Fristsetzung sehr deutliches Indiz dafür, dass damit auch eine Mahnung verbunden ist.

III. Ansprüche des Mieters außerhalb des Gewährleistungsrechts bei Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen

In der Rechtsprechung ist in letzter Zeit mehrfach über Klagen von Mietern entschieden worden, die Schönheitsreparaturen in der irrigen Annahme ausgeführt hatten, dazu auch verpflichtet zu sein. Nachdem sie von der Unwirksamkeit ihrer Abwälzungsklausel erfahren hatten, verlangten sie Ersatz.

Infrage kommen hier verschiedene Anspruchsgrundlagen.

1. Aufwendungsersatz nach § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677,683 BGB

a. Kein Vorrang des § 536 a BGB

Der Vermieter schuldet dem Mieter Ersatz nach § 539 Abs. 1 BGB i.V.m. den Vorschriften der GoA, wenn der Mieter Aufwendungen auf die Mietsache macht, die nicht nach § 536 a Abs. 2 BGB zu ersetzen sind. Dieses negative Tatbestandsmerkmal legt § 539 Abs. 1 BGB fest. Die Vorschrift könnte nun in zweierlei Weise auszulegen sein.

Denkbar ist es, in § 539 Abs. 1 BGB eine Art Auffangregelung zu sehen. Der Weg zur GoA wäre immer dann eröffnet, wenn der Gewährleistungsanspruch aus § 536 a Abs. 2 BGB aus

²² Oben unter II.3.

²³ LG Mannheim, NJW-RR 1996,1357; Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, § 536 a BGB Rn. 55.

²⁴ vgl. bereits BGH MDR 1952,155.

welchen Gründen auch immer nicht zum Erfolg führt. Das würde bedeuten, dass ein Anspruch gegeben ist, wenn der Mieter Mängelbeseitigungsarbeiten selbst durchführt, der Anspruch aus § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB aber daran scheitert, dass er den Vermieter zuvor nicht in Verzug gesetzt hatte – Stichwort: eigenmächtige Mängelbeseitigung. Für diese Auffassung wird als Argument angeführt, dem Vermieter solle kein Vorteil erwachsen, nur weil der Mieter das Verfahren des § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beachtet habe.²⁵

Gegenauffassung und Rechtsprechung des BGH ist, dass der Gesetzgeber keinen Auffangtatbestand schaffen wollte.²⁶ Für den Bereich des Gewährleistungsrechts sollen die Anspruchsvoraussetzungen nicht zu umgehen sein. Dem Vermieter müsse die Möglichkeit bleiben, die Mängel aufgrund einer Anzeige und Mahnung des Mieters selbst zu beseitigen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn der Mieter „ohne Vorwarnung“ selbst beseitigen und dann direkt Aufwendungsersatz verlangen könnte. § 536 a Abs. 2 BGB wäre umgangen.²⁷ Nach dieser Auffassung bedeutet die Regelung in § 539 Abs. 1 BGB, dass die Vorschriften der GoA grundsätzlich verdrängt werden, wenn es um Mängelbeseitigung geht.

M.E. ergibt sich auch hier wieder eine verschobene Wertung daraus, dass Vermieter und Mieter die irrige Vorstellung teilen, der Mieter sei zur Renovierung verpflichtet. Der Mieter kann gar nicht auf die Idee kommen, seinen Vermieter in Verzug zu setzen – er führt die Arbeiten ja aus, ohne zu ahnen, dass es sich um eine Maßnahme der Mängelbeseitigung für den Vermieter handelt. Darum greift in dieser Fallgruppe der sonst grundsätzlich zu bejahende Vorrang des § 536 a Abs. 2 BGB nicht.²⁸ Das ist wieder die Entsprechung dazu, auch § 536 a und § 536 b BGB einschränkend auszulegen. Dem Mieter ist nicht anzulasten, dass er in Kenntnis des Renovierungszustands anmietet. Der Vermieter braucht nicht im Wege der Garantiehaftung für einen anfänglichen Mangel zu haften. Hier nun: der Mieter muss sich nicht vorhalten lassen, den Vermieter vor Mängelbeseitigung nicht in Verzug gesetzt zu haben.

Das bedeutet, dass der Weg zur Anwendung des § 539 Abs. 1 BGB und damit der Weg zu einem Anspruch aus GoA grundsätzlich frei ist.

b. Voraussetzungen eines Anspruchs aus GoA (§§ 677, 683 BGB)

Damit ist der Anspruch allerdings noch nicht im Ergebnis bejaht. § 539 Abs. 1 BGB ist eine Rechtsgrundverweisung.²⁹ Der Anspruch setzt weiter voraus, dass die Vorschriften der jeweiligen Anspruchsgrundlage ihrerseits erfüllt sind. Es stellt sich vor allem die Frage, ob der Mieter ein fremdes Geschäft führt, und hier setzt der im Moment besonders lebhaft geführte Streit ein. Daher ist es erforderlich, sich näher mit den Voraussetzungen der Fremdgeschäftsführung auseinanderzusetzen.

Grundsätzlich gilt: Es gibt objektiv fremde Geschäfte, die schon ihrem Inhalt nach einem anderen zugeordnet werden, und in Abgrenzung dazu objektiv neutrale Geschäfte. Bei einem schon objektiv fremden Geschäft wird der erforderliche Fremdgeschäftsführungswillen vermutet, bei den neutralen Geschäften muss der Anspruchsteller ihn darlegen und beweisen.

²⁵ Schmidt-Futterer/Langeberg, § 539 BGB Rn. 3; Herresthal/Riehm, NJW 2005,1457,1460.

²⁶ BGH NJW 2008,1218 = NZM 2008, 279 = WM 2008, 147; Riecke in: Schmidt, Kompaktcommentar Mietrecht, 2006 (KK), § 539 BGB Rn. 9.

²⁷ BGH NJW 2008,1218 Rn. 22; Blank/Börstinghaus, § 539 BGB Rn. 2; Derleder NZM 2002,676;681; Lammel, Anwaltscommentar Mietrecht, 3. Auflage 2007 Rn. 2 und § 536 a Rn. 24; Lehmann-Richter WM 2005,747,749.

²⁸ Vgl. bereits Lehmann-Richter, WM 2005,747, 749 m.w.N.;

²⁹ Lehmann-Richter, WM 2005,747, 749 m.w.N.; Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2007,641,643; inzident BGH NZM 1999,19 f (noch zu § 547 BGB a.F.).

Schließlich gilt es noch, § 687 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen: Führt jemand ein fremdes Geschäft in der – irrigen – Annahme, es sei sein eigenes, liegt keine Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Es gilt ggf. nur Bereicherungsrecht.

Die Argumentation bei der Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen erscheint auf den ersten Blick recht einfach: Wer eine vermeintlich eigene vertragliche Pflicht erfüllt, will in erster Linie und grundsätzlich ausschließlich ein eigenes Geschäft führen, nämlich die Erfüllung einer - wenn auch nur scheinbar bestehenden - Verpflichtung erreichen. Er handelt subjektiv gerade nicht fremd-, sondern eigennützig.³⁰ Gerade das scheint doch die Fallgruppe zu sein, die § 687 Abs. 1 BGB erfasst. Aus diesem Grund gibt es nach wohl herrschender Meinung im Schrifttum keinen Anspruch aus § 683 BGB für den Mieter, der nicht geschuldete Schönheitsreparaturen ausführt.³¹ Es bleibe nur ein evtl. Anspruch aus Bereicherungsrecht.³²

Nun gibt es allerdings außerhalb des Mietrechts Rechtsprechung des BGH mit der Aussage, ein Fremdgeschäftsführungswillen könne auch vorliegen, wenn der Geschäftsführer meine, zur Durchführung des Geschäfts verpflichtet zu sein. Dann komme bei irriger Annahme ein Anspruch aus GoA in Betracht.³³ Zu einem großen Teil handelte es sich zwar um Fälle, in denen der irrig angenommene Vertrag ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag war.³⁴ Dort konnte von vornherein keine irrtümliche Eigengeschäftsführung nach § 687 Abs. 1 BGB vorliegen, weil der Vertrag nach seinem Gegenstand gerade eine Fremdgeschäftsführung als Leistung vorsah.³⁵ Zu einem weiteren Teil hat der BGH aber auch in der Konstellation gegenseitiger Verträge entschieden, bei Nichtigkeit eines Vertrags könne unbeschränkt auf die Vorschriften der §§ 677 BGB zurückgegriffen werden, wenn deren sonstige Voraussetzungen vorlägen. So könnten dem Bauunternehmer Aufwendungsersatzansprüche für die Bauleistungen zustehen, die er aufgrund des nichtigen Vertrags getätigt habe.³⁶ Damit sind wir genau im Bereich der nicht geschuldeten Renovierungsleistungen des Mieters. Warum soll der Mieter bei unwirksamer Abwälzungsklausel schlechter gestellt sein als der Handwerker, der die gleiche Wohnung aufgrund nichtigen Werkvertrags renoviert? Gestützt auf eben diese Aussage bejahen mehrere Gerichte und auch Vertreter im Schrifttum einen Anspruch aus GoA, wenn der Mieter nicht geschuldete Schönheitsreparaturen in der irrigen Annahme ausführt, dazu verpflichtet zu sein.³⁷

Also stellt sich zunächst die Frage, ob dieser BGH-Rechtsprechung zu folgen ist. M.E. ist diese Rechtsprechung aus systematischen Gründen abzulehnen. Sie führt dazu, dass § 687 Abs. 1 BGB keinen Anwendungsbereich mehr hat. Wer immer aufgrund eines nichtigen Vertrags eine Leistung erbringt, führt wohl zumindest auch ein Geschäft des

³⁰ Vgl. Lorenz NJW 1996,883,885.

³¹ Lange, NZM 2007,785,787; Börstinghaus, WM 205,675,677; Hannemann, FS Blank (2006), S.189, 204; Both, WM 2007,3,6; Horst DWW 2007,48,52; LG Berlin GE 2007,517.; AG München, NZM 2001, 1030,1031; Emmerich, NZM 2006,761762.

³² So z.B. LG Stuttgart, WM 2004,665; LG Freiburg, WM 2005,383 und WM 2005,384; AG Nürtingen WM 2007,316; ausdrücklich unter Hinweis auf den Vorrang des Bereicherungsrechts: AG Köln WM 2006,261 (für nicht geschuldete Kleinreparaturen).

³³ BGH Z 37,258,263; NJW 1988,132,133; NJW-RR 1989,970; NJW-RR 1993,200; NJW 1993,3196; NJW 2000,422; NJW-RR 2005,639,641.

³⁴ BGH Z 37,258,263; NJW 1988,132,133; NJW-RR 1989,970; NJW-RR 2000,200.

³⁵ Darauf stellt in der Differenzierung Hannemann, FS Blank, S. 189, 204, ab.

³⁶ BGH NJW 1993,3196; NJW-RR 1992,1435; DWW 1996,307,308.

³⁷ LG Landshut, WM 2008,335; LG Karlsruhe, NJW 2006,1983; LG Wuppertal, WM 2007,567 (für Endrenovierung); Schmidt-Futterer/Langenberg § 539 Rn. 30; Starnel, NZM 2007,545,549 und ZMR 2008,501,502; wohl auch Lehmann-Richter, WM 2005,747,749.

Leistungsempfängers. Dem Empfänger ist diese Leistung nützlich und in seinem Interesse erfolgt sie. Die Anwendung der Regeln zur GoA führt dann dazu, dass nicht mehr nur die Bereicherung auf Empfängerseite wieder abgeschöpft wird, wie es § 812 BGB vorsieht, sondern dass auf die Aufwendungen des Leistenden selbst dann abgestellt wird, wenn diese gar keine Vermögensmehrung beim Empfänger zur Folge hatten. Der vom Gesetz vorgesehene Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) wird dem bei Anwendung der GoA-Regeln dem (dann) Geschäftsherrn genommen. Sie kann schließlich dazu führen, dass der Minderjährigenschutz ausgehebelt wird.³⁸ Der Gesetzgeber hat m.E. diese Umgehung der bereicherungsrechtlichen Wertungen nicht gewollt und über § 687 Abs. 1 BGB dem Bereicherungsrecht den Vorrang eingeräumt. Daher würde ich der oben genannten Meinung im Schrifttum folgen wollen. Es gilt aus systematischen Gründen hier der Vorrang des Bereicherungsrechts mit seinen speziellen Lösungen und Wertungen.

Für die Praxis ist es im Hinblick auf die BGH-Rechtsprechung aber erforderlich, in einer zweiten Weichenstellung weiter zu denken.

Folgt man der grundlegenden Linie des BGH zu den Werkvertragsfällen ist es im Grundsatz möglich, dass der Mieter ungeachtet der Annahme einer eigenen Verpflichtung doch mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt. Dazu wird nun wieder eine Differenzierung vorgenommen: Wenn der Mieter im laufenden Mietverhältnis renovierte, diene das seinem eigenen angenehmeren Wohnen. Wenn er allerdings zum Auszug hin fällige Renovierungen ausführe, handele er überwiegend im Interesse des Vermieters und also fremdnützig. Das sei dann schon ein objektiv fremdes Geschäft, so dass der Fremdgeschäftsführungswille zu vermuten sei.³⁹ Diese Differenzierung erscheint mir allerdings nicht mehr zu rechtfertigen:

Wenn die Renovierung einer Wohnung als objektiv „auch-fremdes“ Geschäft mit einem vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen eingeordnet wird, gilt das m.E. immer. Auch im laufenden Mietverhältnis ist es dann nicht nur dem Rechtskreis des Mieters zuzuordnen, wenn er renoviert. Vielmehr ist es dann im Grundsatz immer Sache des Vermieters, für eine renovierte Wohnung zu sorgen, um seiner Gebrauchsüberlassungspflicht nachzukommen. Hier muss dann der Grundsatz „ganz oder gar nicht“ gelten. Dass dem Mieter die Renovierung mittelbar zugute kommt, spielt dabei keine Rolle. Die Differenzierungen wären auch nicht mehr zu rechtfertigen. Zu denken wäre etwa an den Fall eines Mieters, der sich selbst in der unrenovierten Wohnung ganz wohl fühlt, im laufenden Verhältnis erst auf nachdrückliche Anforderung seines Vermieters renoviert – eben weil beide annehmen, das sei Mieterpflicht. Dieser Mieter hätte einen Aufwendungsersatzanspruch, weil er erkennbar im Interesse des Vermieters handelt. Sein Nachbar, der pflichtbewusst schon ohne Aufforderung renoviert, hätte keinen Anspruch. Für die Tatsacheninstanz wäre es auch eine unmögliche Klärung auf Sachverhaltsebene, in welchem Umfang der renovierende Mieter im Eigeninteresse handelte und in welchem Umfang „im Interesse der Sache“.

Sofern also mit der zweiten Auffassung ein Fremdgeschäftsführungswillen bejaht wird, dürfte daher der Rest des Anspruchs relativ unproblematisch sein. Die Geschäftsführung entspricht dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Vermieters. Es ist zu unterstellen, dass dieser seine vertraglichen Instandsetzungspflichten erfüllen will – und würde, wenn er denn darum wüsste. Eine vorherige Anzeige nach § 681 BGB kommt nicht in Betracht, weil ja

³⁸ Vgl. etwa den Fall BGHZ 55,128 (Flugreise eines Minderjährigen – dort für die Rückreise); ausführlich zu den Einwänden. Lorenz, NJW 1996,883,885; Münchener Kommentar/ Seiler, 4. Aufl. 2005, § 677 Rn. 48 m.w.N.

³⁹ Vgl. Dötsch, NZM 2008,108,110; LG Landshut WM 2008,335; LG Wuppertal, WM 2007,567; ebenso Sternel, NZM 2007,545,549 und ZMR 2008,501,502.

gerade keiner der Beteiligten weiß, dass hier der Mieter ein Geschäft des Vermieters ausführt. Zu ersetzen sind dann die sachgerechten Aufwendungen.

Ob die Mietrechtssenate des BGH dieser Linie folgen, ist freilich noch unklar. Der BGH hat mehrfach entschieden, an die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens seien strenge Anforderungen zu stellen. Der Mieter müsse die Aufwendungen nicht nur in seinem Interesse, sondern auch im Interesse der Sache gemacht haben.⁴⁰

2. Ansprüche aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB)

Zur Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs gelangt man nur, wenn Ansprüche aus GoA aus den o.g. Gründen verneint werden. Andernfalls wäre die Geschäftsführung ohne Auftrag ein Rechtsgrund in § 812 Abs. 1 BGB.

Hier sind die Anspruchsvoraussetzungen dann unproblematisch. Die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Renovierung ist unwirksam; der Mieter erbringt eine Leistung ohne Rechtsgrund. Zumindest bei einer objektiv nicht geschuldeten Renovierung zum Auszug hin liegt auch aus der Sicht aller Beteiligten eine Leistung des Mieters vor. Das Vermögen des Vermieters soll zweckgerichtet vermehrt werden. Problematisch ist hier aber die Frage, wie sich die herauszugebende Bereicherung bestimmt. Dazu gibt es nun wieder zwei Auffassungen.

Eine Auffassung stellt auf den Wert der Renovierungsleistung ab. Das sei dann bei einer Renovierung durch Handwerker die gezahlte Vergütung. Andernfalls seien es die Werte der Renovierung in Eigenleistung, die entsprechend zu schätzen sind.⁴¹ Es ist durchaus fraglich, wie das begründet werden kann.

In der Rechtsprechung wird teilweise schlicht erklärt, der Vermieter habe eben „die Renovierung“ erlangt, die dann mit den Kosten gleichgesetzt wird.⁴² Das trifft aber wohl nicht zu. Aufwand auf der einen Seite und Bereicherung auf der anderen Seite sind nicht identisch.⁴³ Das Vermögen des Vermieters wird durch eine Mieterrenovierung nicht automatisch gemehrt. Das wird schon beim Blick auf Renovierungen während des laufenden Mietverhältnisses deutlich. Wenn der Mieter renoviert und die Wohnung dann weiter bewohnt, ergeben sich im Vermögen des Vermieters keine Schwankungen – zumal der Mieter um die Vermieterpflichten nicht weiß und daher auch ohne diese Renovierung keine Minderung drohen würde.

Denkbar ist es § 818 Abs. 2 BGB mit dem Argument heranzuziehen, der Vermieter habe die Aufwendungen für eine eigene Renovierung vor Weitervermietung gespart. Dazu müsste aber wohl der Mieter darlegen und im Streitfall beweisen, dass der Vermieter eine solche Renovierung auch durchgeführt hätte. Dafür besteht aber keine tatsächliche Vermutung.⁴⁴ Insbesondere in Zeiten eines angespannten Wohnungsmarktes ist die Vermietung unrenovierter Wohnungen wohl zumindest der häufige, wenn nicht sogar der Regelfall. Danach ist diese Argumentation m.E. nur in seltenen Fällen Erfolg versprechend.

⁴⁰ BGH NZM 1999,19,20 m.w.N.

⁴¹ Vgl. AG Nürtingen, WM 2007,316; LG Freiburg WM 2005,383; LG Freiburg WM 2005,384; LG Stuttgart WM 2004,665 (dort: Kosten des vom Mieter beauftragten Handwerkers).

⁴² LG Stuttgart WM 2004,665; LG Freiburg WM 2005,383; AG Nürtingen WM 2007,316; AG Bergisch-Gladbach WM 1995,479.

⁴³ Sternel NZM 2007,545,549 und ZMR 2008,501,502; Börstinghaus WM 2005,675,677.

⁴⁴ Vgl. Lehmann-Richter, WM 2005,747,751.

Die Gegenauffassung fragt daher danach, welche Wertsteigerung die Immobilie des Vermieters durch die Renovierung erfährt;⁴⁵ diese Auffassung vertritt für den Ausgleich von Mieterinvestitionen auch der BGH.⁴⁶ Gemeint ist dann der Ertragswert, also die Differenz im Mietwert der Räume ohne und mit erfolgter Renovierung.⁴⁷ Folgt man dieser Auffassung, wird ein Anspruch in aller Regel ausscheiden. Dass der Vermieter gerade infolge des jetzt besseren Renovierungszustands eine höhere Miete erzielen kann, wird der Mieter kaum jemals darlegen und beweisen können.⁴⁸ Sollte dies ausnahmsweise gelingen, würde die Bereicherung wohl für (maximal) einen Renovierungsturnus anfallen und entsprechend in monatlichen Raten auszugleichen sein.⁴⁹

Diese letzte Auffassung führt also aus kaum zu überwindenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten wirtschaftlich wohl auf eine Verneinung von Ersatzansprüchen des Mieters hinaus. Ich halte diese Auffassung aus Rechtsgründen allerdings für zutreffend. Sie liegt in der Wertung wiederum darin begründet, dass hier – nur – das Bereicherungsrecht Anwendung findet. § 812 BGB stellt nur auf die Empfängerseite ab. Das bedingt es, dass auch hohe Aufwendungen keinen Ausgleich finden, wenn sie auf der Empfängerseite unnötig, unbrauchbar sind oder aus anderen Gründen sein Vermögen gar nicht mehr.⁵⁰ Diese Risikoverteilung greift hier ein.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend gilt m.E.: Der Mieter, der in der irrigen Annahme renoviert, dazu auch verpflichtet zu sein, hat keinen Anspruch aus den Vorschriften der GoA. § 539 BGB sperrt zwar nicht die Anwendung der Norm. Der Mieter hat aber keinen Fremdgeschäftsführungswillen, weil er im Sinne des § 687 Abs. 1 BGB die Renovierung als eigenes Geschäft führt. Für die Leistung aufgrund einer irrig zugrunde gelegten aber in Wahrheit nicht bestehenden Rechtspflicht ist das Bereicherungsrecht vorrangig. Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht dem Grunde nach, ist aber nur ausnahmsweise auf Erstattung der Renovierungskosten gerichtet – wenn nämlich feststeht, dass der Vermieters sonst konkret selbst entsprechende Renovierungen getätigt hätte. Andernfalls bleibt es bei einer regelmäßig nicht darzulegenden Mietwertsteigerung – konkret wird der Mieter also regelmäßig ausfallen.

Für die Praxis kann diese Aussage aber definitiv nicht als gesichert angesehen werden, bis zu einer Entscheidung des BGH besteht hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Die zentrale Weichenstellung liegt darin, ob ein Anspruch aus GoA bejaht wird oder nicht.

IV. Auswirkungen auf die Miethöhe

Der letzte große Komplex gilt der Frage, ob der Vermieter eine erhöhte Miete verlangen kann, wenn sich die Unwirksamkeit der Renovierungsklausel herausstellt.

1. Preisfreier Wohnraum

⁴⁵ AG Karlsruhe, DWW 2005,374,375.

⁴⁶ BGH NZM 2006,15,17; BGH NZM 1999,19,20.

⁴⁷ Hannemann, FS Blank, S. 189,203.

⁴⁸ Sternel, NZM 2007,545,549.

⁴⁹ Vgl. Börstinghaus, WM 2005,675,677; LG Berlin GE 2007,517.

⁵⁰ Vgl. Lorenz NJW 1996,883,884.

Für die preisfreien Mietverträge sprach die Rechtsprechung bis zum Sommer 2008 wohl überwiegend dem Vermieter im Rahmen einer Mieterhöhung nach § 558 BGB einen „Renovierungszuschlag“ auf die ortsübliche Vergleichsmiete zu.⁵¹ Eine dazu eingeschränkte Auffassung, die von Börstinghaus entwickelt wurde, gab dem Vermieter nur dann einen Anspruch, wenn er zuvor dem Mieter seinerseits anbot, die Renovierung künftig doch selbst – nunmehr auf der Basis einer wirksamen „weichen“ Klausel ohne Vorgaben zur Ausführungsart – zu übernehmen.⁵² Der Vermieter unterliege insoweit dem Gebot der Rücksichtnahme.⁵³ Der Höhe nach gab die herrschende Auffassung den Zuschlag in Höhe des Betrags, den § 28 Abs. 4 S. 1 der II. BV für die Kostenmiete vorsieht.⁵⁴ Andere gaben einen Zuschlag nur in Höhe des Betrags, den der Mieter für eine Renovierung in Eigenleistung hätte aufwenden müssen.⁵⁵ Für die Praxis hat der BGH diese Frage wohl entschieden. Ein Zuschlag in Höhe eines Betrages, der sich an den Kosten der Renovierungen orientiert, kommt nicht in Betracht. Maßgebend für die Mieterhöhung nach § 558 BGB ist allein die am Markt gebildete Vergleichsmiete. Fiktive Elemente und Kostenelemente wären dort systemfremd.⁵⁶ Damit bliebe zwar theoretisch die Möglichkeit, über ein Sachverständigengutachten die Vergleichsmiete für die Variante „mit wirksamer Renovierungsklausel“ und die Variante „ohne wirksame Renovierungsklausel“ zu ermitteln.⁵⁷ Praktisch besteht diese Möglichkeit nicht. Vermieter haben im preisfreien Wohnraum keine Möglichkeit, durch eine Mieterhöhung nach § 558 BGB den fehlenden „Entgeltanteil“ Schönheitsreparaturen nun in Geld zu erhalten.

2. Preisgebundener Wohnraum

Damit ist aber noch nicht entschieden, wie die gleiche Frage im preisgebundenen Wohnraum zu beantworten ist, und zwar für die Wohnungen, für die noch die Kostenmiete gilt

Hier gilt zunächst § 10 WoBindG. Wenn die aktuell gezahlte Miete unter der zulässigen Kostenmiete liegt, kann der Vermieter sie unter den formellen Voraussetzungen des § 10 WoBindG einseitig erhöhen. Soweit die Änderung auf einer Erhöhung der laufenden Aufwendungen beruht, gelten außerdem die Vorgaben des § 8 a Abs. 3 und 4 WoBindG.

Es ergeben sich drei Prüfungsschritte: Führt die Unwirksamkeit der Renovierungsklausel dazu, dass die Kostenmiete höher ist? Stehen Regelungen im Mietpreisrecht einer Mieterhöhung entgegen? Steht § 306 BGB einer Mieterhöhung entgegen?

a. Höhe der Kostenmiete

⁵¹ OLG Frankfurt WM 2008,82; OLG Karlsruhe NZM 2007,481,482; LG Frankfurt NZM 2003,974; LG München, NZM 2002,945; LG Hamburg ZMR 2003,491.

⁵² So die von Börstinghaus entwickelte Lösung, vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, § 558 a BGB Rn. 51 f. und Blank/Börstinghaus § 558 a Rn. 21; ihm folgend Münchener Kommentar/Artz, § 558 Rn. 16; aus der Rechtsprechung ebenso LG Düsseldorf NZM 2006,657;658.

⁵³ Börstinghaus, WM 2005,675,682; Blank/Börstinghaus § 558 a BGB Rn. 21; Münchener Kommentar/ Artz § 558 Rn. 16.

⁵⁴ OLG Karlsruhe, NZM 2007,481,483; OLG Koblenz NJW 1985,333; LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2003,1522; LG München I NZM 2002,945; LG Nürnberg-Fürth NZM 2006,53.

⁵⁵ Schmidt-Futterer/ Börstinghaus § 558 a Rn. 53; Börstinghaus WM 2007,426,429, für einen geringeren Wert: Mittelwert nach § 28 Abs. 4 der II.BV auch AG Langenfeld, NZM 2006,178,179.

⁵⁶ BGH WM 2008,487,488; im Schrifttum ebenso Emmerich, NZM 2006,761,765; Sternel, NZM 2007,545,551; Flatow WM 2007,551; Eisenhardt WM 2008,63,64 f.

⁵⁷ So wohl der Vorschlag von Artz in: Münchener Kommentar, § 558 Rn. 16 a.E.

Die Kostenmiete nach § 8 WoBindG umfasst neben den Baukosten (Verzinsung der Darlehen) immer die Pauschalen nach der II. BV. § 28 Abs. 4 Satz 2 der II. BV legt dazu fest, dass bestimmte Beträge zugeschlagen werden dürfen, wenn der Vermieter die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt. Umgekehrt formuliert: Der Zuschlag entfällt, wenn die Renovierung abgewälzt ist, präziser formuliert, nur wenn sie wirksam abgewälzt ist. Der Zuschlag entfällt nach der II. BV nicht schon dann, wenn der Vermieter die Abwälzung nur beabsichtigt hat, aber mit diesem Vorhaben gescheitert ist. Für die unerkantet unwirksamen Abwälzungsklauseln bedeutet das, dass die Kostenmiete bei richtiger Berechnung höher ist, als die vom Vermieter selbst genannte Miete, die er seinem Antrag und seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegt hat. Streng genommen liegt kein Fall der Änderung der Kostenmiete vor. Vielmehr ist nur ein bestimmter Betrag genannt und ggf. genehmigt worden, der von Anfang an falsch berechnet und ausgewiesen war, während jetzt der Irrtum erkannt wird. Ergebnis ist aber in der Prüfung des § 10 WoBindG, dass die bis dahin vom Vermieter verlangte Miete unter der richtig berechneten Kostenmiete liegt.

b. Voraussetzungen des § 8 a WoBindG

Fraglich ist, ob der Vermieter an der Geltendmachung einer erhöhten Kostenmiete nach § 8 a WoBindG gehindert ist. Nach dieser Vorschrift führt eine Änderung der laufenden Aufwendungen zu einer entsprechenden Änderung der Kostenmiete. Zu den laufenden Aufwendungen gehören auch die Instandhaltungskosten, darunter wiederum die Kosten der Schönheitsreparaturen. Hier könnten sich nun zwei Einwände ergeben.

Einwand eins: Es liegt kein Fall einer Änderung vor. Wie gerade gesagt, war schon die anfängliche Berechnung für alle Beteiligten unerkantet falsch. M.E. ist hier allerdings § 8 a WoBindG entsprechend anzuwenden. Der Erhöhung der Aufwendungen ist es gleichzustellen, dass die Aufwendungen von Anfang an höher waren. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Kostenmiete. Der Vermieter soll mit der Miete keinen Gewinn machen, er soll aber auch nicht dauerhaft zu einem Verlust gezwungen sein.⁵⁸ Nur wenn der Vermieter bewusst auf einen Teil seiner Aufwendungen verzichtet, bleibt er daran nach dem sogenannten „Einfrierungsgrundsatz“⁵⁹ gebunden. Dieser Grundsatz gilt nur für fehlerfreie Ansätze in einer Wirtschaftlichkeitsberechnung. Rechtswidrige Ansätze sind regelmäßig zu berichtigen.⁶⁰ Niemand kann – so die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung – beanspruchen, dass sich ein erkannter Fehler verewigt.⁶¹ An die Korrektur sind im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen den Parteien dann die Vorgaben des § 8 a Abs. 3 und 4 entsprechend anzuwenden.

Einwand zwei: Das Gesetz sieht eine Einschränkung des Mieterhöhungsrechts in § 8 a Abs. 3 WoBindG vor. Hat der Vermieter die Erhöhung der Aufwendungen zu vertreten, erhöht sich die Kostenmiete nicht (§ 8 a Abs. 3 S. 2 WoBindG). Auf dem selbst verschuldeten Mehraufwand bleibt der Vermieter sitzen. An dieser Stelle wird vertreten, der Vermieter habe die Erhöhung – präzise wohl: „Korrektur“ – zu vertreten, weil er eben die Unwirksamkeit der von ihm verwandten Klausel zu vertreten habe.⁶² Diese Argumentation passt hier m.E. aber nicht. Die Aufwendungen erhöhen sich nicht. Sie waren von Anfang an höher; nur haben sich auch hier beide Seiten darüber geirrt. § 8 a Abs. 3 S. 2 WoBindG will Verstöße gegen das

⁵⁸ Vgl. für en Fall eine anfangs unwirksamen Abwälzungsvereinbarung von Betriebskosten ähnlich: AG Hamburg, Urt. v. 6.3.2007 – 649 C 315/05 – aufzufinden über „juris“.

⁵⁹ Vgl. BVerwG ZMR 1975,124.

⁶⁰ Vgl. OVG Münster, WM 1977,14.

⁶¹ OVG Münster WM 1977,14.

⁶² Wüstefeld, WM 2008,697.

Wirtschaftlichkeitsgebot ahnden. Der Vermieter der unnötig hohe Aufwendungen produziert, soll diese nicht umlegen können. Der Vermieter, der Aufwendungen hat, von denen er zunächst nichts wusste, ist damit nicht gemeint. Für die Frage des Vertretenmüssens im Rahmen des § 8 a WoBindG ist auch nicht auf §§ 276 BGB zurückzugreifen. Hier ist vielmehr eine Zuordnung nach Risikosphären vorzunehmen. Der Sphäre des Mieters sind dabei die Kosten zuzuordnen, die die Verwaltung des Mietobjekts unabwendbar mit sich bringt.⁶³ Die Renovierungskosten sind notwendige Folge der Bewirtschaftung. Sie beruhen nicht darauf, dass der Vermieter unnötige Ausgaben tätigt. Der Höhe nach sind sie ohnehin durch § 28 II. BV festgelegt.

Damit wird die Mieterhöhung nicht durch § 8 a WoBindG ausgeschlossen. Der Vermieter könnte die Miete mit der Begründung, dass er nunmehr die Renovierungskosten mit ansetze, erhöhen. Entsprechend haben Ende der 80er, Anfang der 90er Jahre die Gerichte – sogar ganz unproblematisch – den Ansatz der entsprechenden Pauschalen zugelassen, als die AGB-Klauseln über Kleinreparaturen für unwirksam erklärt wurden.⁶⁴ Im Schrifttum ist schon 1982 die Auffassung vertreten worden, bei einer unwirksamen Klausel über Schönheitsreparaturen müsse der Vermieter auf die Rechte aus dieser Klausel ausdrücklich verzichten, könne dann die Pauschale nach § 28 Abs. 4 der II. BV verlangen.⁶⁵

c. Einschränkungen aus § 306 Abs. 2 BGB

Angesichts dieses Zwischenergebnisses ist jetzt aber für die Kostenmiete zu fragen, ob nicht der Rechtsgedanke des § 306 Abs. 2 BGB der Mieterhöhung entgegensteht. Das AGB-Recht könnte jeglichen Zuschlag auch für die Zukunft verbieten. § 306 BGB nimmt bei Geltung des Gesetzesrechts gerade in Kauf, dass sich durch die Streichung einer Klausel das Äquivalenzverhältnis zu Ungunsten des Vermieters verschiebt, und zwar ohne Ausgleich auf der Entgeltseite. Es erscheint aber problematisch, im Mietrecht diese Störung des Äquivalenzverhältnisses auch für die Zukunft „fortzuschreiben“. Damit die Rechte aus §§ 557 ff BGB oder § 10 WoBindG entfallen, bedarf es im Grundsatz einer Ausschlussvereinbarung. Eine solche Ausschlussvereinbarung als Konsequenz der Wertung des § 306 Abs. 2 BGB hinzuzudenken, geht wohl über die Aussage dieser Norm hinaus. Die gesetzlichen Mieterhöhungsrechte stellen den Ausgleich für den Verlust des Kündigungsrechts dar und dürfen wohl nur in engen Grenzen eingeschränkt werden.⁶⁶

Damit ist noch nicht gesagt, ob der Vermieter uneingeschränkt nach § 10 WoBindG die Miete erhöhen kann. Hier entsteht nun doch ein Konflikt mit § 306 BGB. Der Verwender unwirksamer AGB soll als Ergebnis der Streichung wohl nicht besser gestellt werden als er vorher stand. Der Vermieter hätte aber bei Bewilligung des „Renovierungszuschlags“, wenn auch um die Frist des § 10 WoBindG verzögert, nun doch einen Ausgleich in Geld für die unwirksame Klausel. Er wäre sogar besser gestellt als vorher: So hätte er bei wirksamer Abwälzung regelmäßig erst nach Ablauf der Fristen oder nach Mietende einen Anspruch. Auch dann hätte er zunächst nur eine Renovierung in Eigenleistung des Mieters verlangen können, erst danach und unter weiteren Voraussetzungen Schadensersatz in Geld nach § 281 BGB. Wenn er einen Umbau vorgenommen hätte, hätte er nur einen Ausgleich in Höhe der Eigenleistung des Mieters (Material und ggf. Zeit erhalten). Mit dem Wegfall der Renovierungspflicht könnte er jetzt laufend „vorschüssig“ Geld verlangen.

⁶³ Vgl. OLG Hamburg, WM 1975,196.

⁶⁴ Vgl. etwa LG Hamburg, WM 1992,593; LG Freiburg, WM 1992,594; AG Leverkusen WM 1992,596.

⁶⁵ Derleder, WM 1982,59,62.

⁶⁶ Ebenso AG Berlin-Schöneberg, Urt. v. 6.6.2008 – 17b C 295/07 – aufzufinden über „juris“ und „beck-online“.

Daraus folgt ebenso wie aus der allgemeinen Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 BGB) die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter vorab die Vereinbarung einer jetzt wirksamen Abwälzungsklausel vorzuschlagen – die dann mit Wirkung für die Zukunft gilt. Im Bereich der Kostenmiete gelten m.E. die Grundsätze, die Börstinghaus⁶⁷ bereits vorgeschlagen hat. Wenn allerdings der Mieter die Vereinbarung einer wirksamen Abwälzungsklausel ablehnt, steht einer Mieterhöhung nach § 10 WoBindG nichts mehr im Wege. Insoweit ergibt sich auch kein Wertungswiderspruch zur Rechtslage beim preisfreien Wohnraum. Zwar wird der Mieter bei isolierter Betrachtung gerade beim preisgebundenen Wohnraum schlechter gestellt. Das ist aber Folge davon, dass seine Miete sich gerade nicht am Markt orientiert, sondern an den Kosten. Das kann zu einer günstigeren, aber eben auch zu einer ungünstigeren Miete führen. Der Vermieter darf im preisgebundenen Wohnraum keinen Gewinn erzielen, kann von seinem Verhandlungsgeschick also nicht profitieren. Umgekehrt ist von ihm aber auch nicht zu verlangen, auf Dauer nur eine Miete zu erwirtschaften, die unter seinen Kosten liegt.

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass eine rückwirkende Preisanpassung nicht in Betracht kommt. Zwar gibt es Verträge mit Mietpreisanpassungsklauseln, etwa

Alle allgemein oder im konkreten Fall eintretenden Mieterhöhungen und/oder Erhöhungen sowie Neueinführungen von Nebenkosten und Grundstückslasten jeder Art sind vom Zeitpunkt des Eintritts ab vereinbart und vom Mieter zu zahlen.

Hier stünde einer rückwirkenden Mietanpassung § 306 Abs. 2 BGB auch tatsächlich entgegen. Aus dieser Wertung ergibt sich, dass rückwirkend das Entgelt nicht angepasst werden darf, wenn das nur das Ergebnis der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel wäre. Das führt auch nicht zu unangemessenen Ergebnissen, weil umgekehrt der Vermieter in der Vergangenheit tatsächlich auch keine Aufwendungen für Schönheitsreparaturen hatte.

V. Schlussbemerkung

Abschließend lässt sich sagen, dass im Bereich der Schönheitsreparaturen gerade das Anwenden des Gesetzes mehr Probleme aufwirft als das Abbedingen. Die Parteien sind das Gesetz sozusagen „nicht mehr gewohnt“. Es könnte nahe liegen, den Gesetzgeber – erneut – aufzufordern, doch das Gesetz der Praxis anzupassen. Auch die umgekehrte Forderung kommt allerdings in Frage; der Gesetzgeber solle einer jahrzehntelangen, ja immer einseitig diktierten Formularpraxis nicht nachkommen. Er könne angesichts der jetzigen Umbruchsituation auch dem Gesetz durch zwingende Regelungen Geltung verschaffen. Beides sind Forderungen, die durch die Interessenwahrnehmung der einen oder anderen Seite bedingt und gerechtfertigt werden. Vermutlich ist das Problem aber dann doch deutlich geringer als die Aufregung. Im Rahmen der normalen Fluktuation werden relativ schnell die Verträge mit wirksamen Abwälzungsklauseln wieder die Mehrzahl aller Mietverhältnisse ausmachen. Die verbleibenden Fälle werden zwar noch eine Weile die Gerichte beschäftigen, aber wirtschaftlich eine immer geringere Rolle spielen. Für die Zwischenzeit muss die Rechtsunsicherheit wohl in Kauf genommen werden.

⁶⁷ Börstinghaus, WM 2005,675,682; Blank/Börstinghaus § 558 a BGB Rn. 21.