

Individuum ineffabile est
Das Individuum ist unaussprechbar
(Brief Goethes an Lavater vom 20.9.1780:
„Hab ich dir das Wort/
Individuum est ineffabile/
woraus ich eine Welt ableite/
schon geschrieben?“)¹

Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen

Gliederung

I. Einleitung und gesetzliche Ausgangslage

II. „Missbrauch“ der Vertragsfreiheit und Wiederherstellen der Vertragsparität

III. Weiteres Risikopotenzial in Miet-AGB

1. Dekorationsfarben

- a) Eigenbedarfskündigung
- b) Selbstbindung des „farbenfrohen“ Vermieters
- c) Zimmerorientierte Interessenabwägung
- d) Mehrfarbenraum

2. Am „Bedarf“ orientierte Dekorationsklauseln

- a) Darf der Vermieter den „Bedarf“ im laufenden Mietverhältnis formularmäßig festlegen?
- b) Das „Erforderliche“ und das Transparenzgebot
- c) Bedarfsermittlungsklausel am Mietende

3. „Verkappte“ Fachhandwerkerklausel

* Stand des Skripts ist der 18.2.2010. – Der *Autor* ist Schriftleiter der NZM und Rechtsanwalt in der Sozietät *Poppe & Kappus*, Rechtsanwälte und Notar, Frankfurt a. M.

¹ Quelle: *H. Kudla*, Lexikon der lateinischen Zitate, 3. Aufl. (2007), Rdnr. 1245.

4. Vom „im Allgemeinen“ zum „im Besonderen“

5. Spiegelbildliche Anwendung des Fristenplans bei Unwirksamkeit der Dekorationsklausel zu Lasten des Vermieters

6. Besichtigungsklauseln

IV. „Flucht in die Individualabrede“ und Verwenderstrategien

V. Die in der Wendung „im Einzelnen ausgehandelt“ liegenden Hürden

1. Hinleitung

2. Die Aushandlungsgrundsätze

- a) Motive des Gesetzgebers und Beweislast
- b) „Aushandeln“ als Plus zu „verhandeln“
- c) Dispositionsmaxime
- d) „Rahmen-Individualvereinbarung“
- e) Verbot einer „Überlagerungswirkung“
- f) Dekorationsabrede kraft Tarifwahl?
- g) Belehrungspflichten im Aushandlungsprozess und Verständniskontrolle
- h) Zwei Sonderfälle: „Drittindividualvereinbarung“, Wiederverwendung einer Individualvereinbarung
- i) Der Zusatz „soweit“ in § 305 I 3 BGB

VI. Zusammentreffen von AGB und Individual- bzw. Zusatzabrede

1. Anfangs- bzw. Endrenovierung

2. Kündigungsrechtsverzicht

VII. Umgehungsverbot

VIII. Inhaltskontrolle von Individualabreden

IX. Aktuelle Auflockerungstendenzen für den Unternehmerverkehr

X. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung und gesetzliche Ausgangslage

Die Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen ist ein altes und zudem

kein leichtes Thema: Hier findet die entscheidende Weichenstellung für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB, also der Vorschriften über die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB, statt. Dieser Ausgangspunkt macht klar, dass die Tendenz streng ist, weil sonst der Verbraucherschützer, genauer: der den mit geringerer Marktmacht versehenen Vertragspartner schützende Auftrag des AGB-Rechts schon im Ansatz nicht erfüllt werden kann. Insoweit hat das AGB-Gesetz, in Kraft getreten am 1.4.1977, nichts wesentlich Neues gebracht, sondern in der Wendung „im einzelnen ausgehandelt“ nur den unter § 242 BGB zuvor erreichten Rechtsprechungsstand kodifiziert². Daran hat sich mit Überführung des AGB-Gesetzes in das BGB – bis auf eine rechtschreibreformbedingte Anpassung³ – auch sprachlich nichts geändert. Ist mithin eine streitige Abrede „im Einzelnen ausgehandelt“ worden (§ 305 I 3 BGB; früher: § 1 II AGBG), bedarf es keiner Klauselkontrolle und spricht – der bei Licht betrachtet überflüssige – § 305 b BGB die Selbstverständlichkeit (der Vertragsfreiheit) aus: „Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen“.

Das Thema ist aber zugleich ein junges: Denn es wird derzeit „an allen Registern gezogen“, um in dieser Hinsicht ein Sonderrecht für den *unternehmerischen* Geschäftsverkehr – im Fachjargon b2b⁴ – auf den Weg zu bringen: Reiz- und Stichwort zugleich ist das „qualifizierte Verhandeln“ (s. IX).

II. „Missbrauch“ der Vertragsfreiheit und Wiederherstellen der Vertragsparität

Das Klauselkontrollrecht, also die Gesamtheit der Regeln zur wirksamen

² S. bereits *BGH*, NJW 1977, 624, bestätigt in NJW 1979, 367 (auch zur Übergangsproblematik: Danach wurde die Wertung in § 1 II AGBG auch auf Sachverhalte angewendet, für die das neue Gesetz noch nicht anwendbar war).

³ Die Wendung „im einzelnen“ betreffend (= im Einzelnen).

⁴ Ausgeschrieben als „business to business“ zu lesen.

Einbeziehung und über die zulässigen Inhalte vorformulierter Vertragsbedingungen, ist ein zuvörderst *rechtspolitisches* „Gegensteuerungsinstrument“: Der einseitig in Anspruch genommenen Formulierungsmacht einer Vertragsseite, auch in Deutschland schon früh „Missbrauch“ genannt⁵, wird das AGB-Recht als Korrektiv gegenübergestellt, das Auswüchse beim Übervorteilen des Kunden seitens des Vorformulierers zurechtstutzen helfen soll. Deshalb ist der Weg zur – wirksamen – Individualabrede beschwerlich, zumal den auf solche Abrede Bedachten im Einzelfall gar *Nachfragepflichten* treffen können dahingehend, ob der Kunde das Erläuterte auch wirklich zutreffend verstanden hat (s. V 2 g). Die „positive“ Klauselkontrolle hat eine wichtige Regelfolge: Es bleibt bei der, so vorhanden, gesetzlichen Ausgangslage, mit Blick auf Schönheitsreparaturen etwa bei der – bis jetzt schonungslosen⁶ – Erhaltungslast des Vermieters (§§ 535 I 2, 306 II BGB). Ausnahme ist Gesamtnichtigkeit des Vertragswerks gem. § 306 III BGB, der eine Rechtsfolgenverbindung zu § 139 BGB aufweist (Gesamtnichtigkeit).

Im Europäischen Gemeinschaftsrecht formuliert man seit bald zwanzig Jahren offiziell schärfer, und das völlig zu Recht: Die Wendung „missbräuchliche Klauseln“ in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 „über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“⁷ trifft das Gemeinte klarer als das deutsche „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, worunter in der Laiensicht

⁵ S. z. B. *OLG Stuttgart*, NJW 1975, 262 (263: Bringt „die Partei, die AGB aufstellt, weil sie die Vertragsfreiheit für sich allein in Anspruch nimmt, ... nur ihre eigenen Interessen zur Geltung, so missbraucht sie die Vertragsfreiheit.“).

⁶ *BGHZ* 177, 186 = *NZM* 2008, 641. Ob es für den öffentlich geförderten Wohnungsbau die Möglichkeit der Mieterhöhung gibt (so *LG Nürnberg-Fürth*, *NZM* 2010, 160), wird der *BGH* am 24.3.2010 verhandeln.

⁷ *ABIEG* Nr. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 = *NJW* 1993, 1838 (alte Rechtschreibung beibehalten).

auch Geschäftsbedingungen verstanden werden können, die „allgemein“ gelten – von Ausnahmen abgesehen. Die eher betuliche Überschrift zu Buch 2 Abschnitt 2 des BGB „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“ trägt das Ihre zu diesem Befund bei; sie verschleiert die Sprengkraft der darunter stehenden Regelungen für Inhalt und Bestand von Verträgen und widerspricht damit eklatant dem klauselkontrollrechtlichen Transparenzgebot (einheitliche Formulierung „klar und verständlich“ in Art. 5 Richtlinie 93/13/EWG bzw. § 307 I 2 BGB). Im Übrigen enthält Art. 3 I der Richtlinie eine Bereichsausnahme in der aus § 305 I 3 BGB vertrauten Wendung⁸.

III. Weiteres Risikopotenzial in Miet-AGB

Die zügige Fortentwicklung der Klauselkontrolle von Miet-AGB, namentlich zu Schönheitsreparaturklauseln, ist für Vermieter Anlass genug, über Individualabreden – auch strategisch – nachzudenken. *Paschke*⁹ spricht in diesem Zusammenhang von einem „laufenden Rechtsprechungs-Feldzug“; genauer ist es, seit der *BGH*¹⁰ das vorformulierte Überwälzen der Dekorationslast auf den Mieter als der Verkehrssitte gerecht werdend zementiert hat, ein „Rückzugsgefecht“ mit dem Ziel, jene standardisierte Dekorationslastübertragung mietergünstig zur gesetzlichen Ausgangslage hin zurückzusteuern. Dabei hilft als die Maßstäbe vergrößernde Rechtsfigur die „Gesamtunwirksamkeit“, die der *BGH*¹¹ im Dekorationsklauselkontext jüngst

⁸ „Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn ...“.

⁹ GE 2009, 30.

¹⁰ *BGHZ* 92, 363 = *NJW* 1985, 480. Das, was den Vermietern nach den *BGH*-Tornados zu Schönheitsreparaturklauseln geblieben ist, beschreibt *Beyer*, *NJW* 2008, 2065.

¹¹ *NZM* 2010, 157.

zum Prinzip erhoben hat. Deshalb wird sogleich unter III einiges zum weiteren Risikopotenzial von Miet-AGB in der Klauselkontrolle ausgeführt.

1. Dekorationsfarben

Eine nur für das Mietende gestaltete Farbwahlklausel „hell, neutral, deckend“ ist nach Ansicht des *BGH*¹² zulässig. Das lässt sich, alle Bedenken unter dem Transparenzgebot beiseite schiebend, m. E. unter den Geboten von Treu und Glauben (§ 242 BGB¹³) bzw. zur Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) nicht generell durchhalten:

a) *Eigenbedarfskündigung*. Die Berufung des Vermieters auf seine „Neutral-Klausel“ kann treuwidrig sein, wenn er das Mietverhältnis – namentlich in Kenntnis eines neuwertigen Farbzustands – wegen Eigenbedarfs kündigt. Seine Eigenverwendungsabsicht darf dann nicht mehr am durchschnittlichen Geschmack des Mietermarkts ausgerichtet werden, zumal ihm ein großzügiges zu Beginn 2010 entwickeltes Verständnis des *BGH*¹⁴ vom Angehörigenbegriff in § 573 II Nr. 2 BGB das Kündigungspotenzial erweitert, weil auch Nichten und Neffen jetzt als privilegiert gelten.

b) *Selbstbindung des „farbenfrohen“ Vermieters*. Die Farbwahl des Vermieters im Hausflur oder an der Hausfassade mag ihn selbst binden (im Sinn eines „venire contra factum proprium“ unter § 242 BGB): Greift er insoweit mutig in

¹² *BGH*, NZM 2008, 605; NZM 2009, 313. Zu „Malerarbeiten im Mietverhältnis“ als „Streitpunkt“, auch zur „Farbenlehre“, s. schon *Neuhaus*, NZM 2000, 220.

¹³ Diese Vorschrift zuletzt im gegebenen Kontext heranziehend *BGH*, NZM 2010, 157 Rdnr. 16.

¹⁴ *BGH*, Urt. v. 27. 1. 2010 – VIII ZR 159/09, Pressemitteilung Nr. 17/2010, zum Abdruck in NZM 2010 vorgesehen.

den Farbtopf – modern sind, auch in Kombination, „ochsenblutrot“, „lindgrün“ und „hellblau“¹⁵ bzw. Abstufungen in teils kräftigen Pastelltönen („italienisch-mediterran“), „leuchtendgelb“, „ocker“ – oder vermietet er in einem Designerobjekt bzw. im Stilaltbau, der geradezu nach Farbe verlangt, um die dekorativen (Stuck-)Elemente in ihrer ganzen Pracht hervortreten zu lassen, sind andere Wertungen als schlichtes „weiß“ oder „neutral“ gut vertretbar. Jedenfalls hat sich solch „farbenfroher“ Vermieter erkennbar außerhalb des Durchschnittsgeschmacks typischer Mieter gestellt. Nun sieht man zwar von innen nicht notwendig das Äußere, aber die Gesamterscheinung der Immobilie wird man gleichwohl nicht unberücksichtigt lassen dürfen in der einzelfallorientierten Interessenabwägung. Typisch ist das

Flurbeispiel: Ich sehe wenig überzeugende Argumente, es dem Mieter jedenfalls für die farbliche Gestaltung seines Wohnungsflurs zu versagen, die Farbe des Hausflurs nachzuempfinden oder diese moderat im Rahmen der Komplementärfarbenlehre fortzuentwickeln.

Auflockerungstendenzen sind im Übrigen auch unter WEG erkennbar: Behandelt die Gemeinschaftsordnung die einzelnen Wohnungseigentümer als „Quasi-Eigentümer“ mit weitgehender „Selbstzuständigkeit“, kann eine dunkel gebeizte Holzverkleidung eines Balkons durch nicht gestrichenes helles Fichtenholz ersetzt werden, selbst wenn dadurch das einheitliche Erscheinungsbild der Wohnanlage gestört wird¹⁶. Selbst zivilrechtliche Abwehransprüche (insbesondere nach § 1004 BGB) wegen der Farbabweichung bestehen regelmäßig nicht, weil sie den Bereich der Ästhetik – des der rechtlichen Überprüfung entzogenen persönlichen Geschmacks – berührt; bestenfalls die Farbverirrung könnte ein Sonderfall sein¹⁷.

¹⁵ *BGH*, NZM 2008, 605; a. A. für die Decke im Bad *KG*, NZM 2005, 663.

¹⁶ *OLG München*, ZMR 2008, 566 = DNotZ 2008, 614.

¹⁷ *BGH*, NJW 1975, 170 (eine andere Einschätzung für „krasse Fälle“ vorbehaltend).

c) *Zimmerorientierte Interessenabwägung*. Richtigerweise betrachtet man eine Wohnung raumweise bzw. nach Raumgruppen und nach deren vermietetseitiger Ausstattung: Eine farblich gehaltene Einbauküche

Beispiel: Magnolia Front mit Rosenholz-Holzteilen und schwarzer Granitarbeitsfläche verträgt Wandfarben à la „zimt“ oder „zartcaramel“.

oder eine farbenfrische Verfliesung von Bad/Toilette mag eine andere farbliche Gestaltung als „weiß“ bzw. „neutral“ ohne weiteres rechtfertigen. Kinderzimmer vertragen ein wenig Farbe oder eine Mustertapete mit Sternchen¹⁸; es muss ja nicht gleich eine „Harry-Potter“-Bordüre sein¹⁹. Ein roter Vollton im Elternschlafzimmer ist des guten, auch wenn ein gewisser Zusammenhang zwischen der Farbgebung und der konkreten Raumnutzung herstellbar sein mag, sicher zu viel²⁰, eine „hellblau marmorierte Flurtapete“ aber noch längst keine exzentrische Farbgestaltung²¹. Immerhin konzidiert die Instanzrechtsprechung, dass „die allgemeinen Vorstellungen über die Innendekoration von Wohnungen“ wandelbar sind mit der Folge, dass heutzutage, selbst wenn das bei Mietvertragsabschluss vor 40 Jahren anders gewesen sein sollte, eine „altrosa farbene Mustertapete mit unterschiedlich glänzend erscheinender Oberfläche“ modernen Anschauungen nicht mehr entspricht²².

d) *Mehrfarbenraum*. „Mit der Seele wohnen“ titelte im vergangenen Jahr das

¹⁸ Zulässig nach *LG Frankfurt a. M.*, NZM 2007, 922.

¹⁹ Zulässig nach *LG Berlin*, GE 2005, 867; NZM 2007, 801.

²⁰ So *LG Frankfurt a. M.*, NZM 2007, 922.

²¹ So *LG Lübeck*, NZM 2002, 485.

²² So *LG Berlin*, NZM 2007, 801.

MieterMagazin²³. Demzufolge scheint ein plakatives Herausstellen einer Wand²⁴ bzw. einer bauseitig abgrenzbaren Teilfläche eines Zimmers (z. B. Raumteilerwand zwischen Wohn- und Essbereich) mit einer von der sonstigen Wandfarbe (mutig) abweichenden Farbgebung nicht generell unzulässig²⁵:

Beispiel: Stilaltbau.

Dennoch: Der *BGH*²⁶ hat bis in jüngste Tage hinein unter § 242 BGB daran festgehalten, dass eine vom Mieter angebrachte „ungewöhnliche Dekoration“ bei Rückgabe (als „Verschlechterung“ der Mietsache) zu beseitigen ist. Umgekehrt freilich darf derjenige Vermieter, der dekorationszuständig (§ 535 I 2 BGB) geblieben ist, die Wohnung nun nicht schikanös bunt anlegen lassen, nur weil er sich auf diese Weise an seinem auf Unwirksamkeit der Dekorations-AGB beharrenden Mieter „rächen“ will bzw. diesen doch noch zur Eigenarbeit motivieren möchte (§§ 226, 241 II, 242 BGB)²⁷.

²³ Ausgabe 3/2009.

²⁴ Für einzelne Wände oder auch nur Wandteile insoweit „Üblichkeit“ („insbesondere Rottöne“) bejahend *AG Landshut*, Kurzfassung in *WuM* 2008, 625.

²⁵ Krassere Fälle bei *AG Berlin-Schöneberg*, GE 2009, 55 (Farbgebung à la „Indian Summer“ in kräftigen Rot-, Orange- und Gelbtönen, teilw. kombiniert mit blau-grün); *KG*, *NZM* 2005, 663 („kunterbunt“: gelbes Zimmer, großflächig mit zweifarbig braunem Muster versehen; blaues und rotes Zimmer, jew. in kräftigen Tönen; Flur in kräftigem rot, gelb und grün; Küche in kräftigem moosgrün; zulässig war die hellblaue Decke im Bad).

²⁶ *NZM* 2010, 157 Rdnr. 16.

²⁷ Zu derlei neuerer Praxis, die rechtlich nicht haltbar ist, *Lohmann*, GE 2009, 1532.

2. Am „Bedarf“ orientierte Dekorklauseln

Bedarfsklauseln sind en vogue. Sie gelten weithin als der erforderliche, aber auch ausreichende „Weichspüler“ sonst starrer (zu harter) Vorformulierung. Nur: Warum soll, wenn der Vermieter sich im laufenden Mietverhältnis aus der Farbwahl des Mieters herauszuhalten hat, dieser also auch in einer „schwarzen Höhle“ leben darf, eben der Vermieter formularmäßig bestimmen dürfen, wann der Mieter – wiederum nach dessen (aktueller) Farbvorstellung – soll „pinseln“ müssen? Und: Was genau ist „Bedarf“ oder die – quasi synonym verwendete – „Abnutzung“? Was verstehen die beteiligten Verkehrskreise hierunter? „Ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden (sind AGB) einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden“, formuliert der *BGH* in ständiger Rechtsprechung und hält deshalb auch (abweichende) Erkenntnisse der Sprachwissenschaft (Etymologie) für irrelevant²⁸. Für

Altfälle vor der Entscheidung *BGH*, NZM 2007, 879, mag man auf den in einem vereinbarten Fristenplan quasi verkörperten objektiven Betrachter, abgebildet in § 7 Mustermietvertrag 1976, abstellen, der – jedenfalls für lange bestehende Mietverhältnisse – den Mieter grundsätzlich nicht unangemessen benachteiligt²⁹.

a) *Darf der Vermieter den „Bedarf“ im laufenden Mietverhältnis formularmäßig festlegen?* Nach der *BGH*-Rechtsprechung zu den „Neutral-Klauseln“ (o. III 1) muss über diese Frage jedenfalls für das laufende Mietverhältnis intensiv nachgedacht werden³⁰. M. E. ist es – selbstverständlich setze ich hinzu – Sache

²⁸ *BGH*, NZM 2009, 903 Rdnr. 8 a. E., bestätigt im Beschl. v. 16.12.2009 – VIII ZR 175/09, BeckRS 2010, 02500 Rdnr. 3.

²⁹ *LG München I*, NZM 2010, 40.

³⁰ In dieser Tendenz auch *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 1 (zur *BGH*-Entscheidung „Pflicht zu weißen“, NZM 2009, 903, resümierend: „Für

des Mieters zu bestimmen, ob er – außerhalb von Substanzverletzungen – selbst „Bedarf“ empfindet und solchem „Bedarf“ auch abhelfen möchte. Welchen Mieter etwa „Staubfahnen“ über Heizungskörpern und in Zimmerecken nicht stören oder „Fingerspuren“ rund um die Lichtschalter, dem wird man das als Entscheidung seiner Lebensführung, die er mit einem Nutzungsrecht – ebenso wie im Eigentum – gestaltet, zugestehen können und müssen. Wiederum: Wer einen Kinderhaushalt führt oder raucht, sieht die Dekorationszusammenhänge naturgemäß völlig anders als derjenige, der, scherzhaft gewendet, als „Durchschnittsspießer“ durchgeht. Der Kinderhaushalt hat möglicherweise noch mehr Kinder oder schlichter: deren Freiraum im Sinn und verschiebt eigentlich erforderliche Arbeiten auf „später einmal“: Denn nicht nur die auch finanziellen Kinderlasten mögen drücken, sondern auch die Vorstellung, welchen „Masterplan“ es bräuchte, die Wohnung für eine Familie bewohnbar zu erhalten und gleichzeitig zu dekorieren. Dem Quartalraucher wird sich möglicherweise die Erkenntnis eingebrannt haben: Pinseln nutzt sowieso nichts.

Zur Klarstellung: Am Mietende – und nur unter wirksamer Gestaltung der auf den Mieter übertragenen Dekorationslast als echte Endrenovierungslast – ist der Vermieter berechtigt, formularmäßig den „Bedarf“ an Dekoration zu bestimmen.

b) *Das „Erforderliche“ und das Transparenzgebot.* Allgemein gewendet bedeutet „Bedarf“ ein „Bedürfnis“, ein „Erfordernis“. Speziellere Verwendungsformen des Begriffs – in der Wirtschaftswissenschaft beschreibt er das mit der Kaufkraft verbundene Bedürfnis bzw. bestimmt in einer Bedarfswirtschaft der „Bedarf“ die Knappheit der Güter; im Sozialrecht oder im Unterhaltsrecht beschreibt „Bedarf“ einen Leistungsanspruch, bezogen auf Geld

Vermieter bleibt festzuhalten, dass nach der aus der Rechtsprechung des *BGH* erkennbaren Tendenz alle Regelungen, die die persönlichen Lebensbereiche des Mieters zumindest auch während des bestehenden Mietverhältnisses betreffen, voraussichtlich unwirksam sind.“).

oder Sachleistungen³¹ – bleiben hier unberücksichtigt, haben aber einen gemeinsamen Kern: Das Erforderliche. Und so lauten typische Klauseln auch gern auf die „je nach dem Grad der Abnutzung ... erforderlichen Arbeiten“³². Das aber ist kaum mehr als eine begriffliche Verschiebung, die der Einhaltung des Transparenzgebots in § 307 I 2 BGB – „klar und verständlich“ soll vorformuliert werden – nicht entscheidend näher kommt³³ – zumal dann nicht, wenn man außerhalb der Wohnraummiete mit einigem Kopfschütteln erkennen muss, dass der *VIII. Zivilsenat* des *BGH*³⁴ den Begriff „Kardinalpflicht“ nicht einmal im *unternehmerischen Geschäftsverkehr* für hinreichend transparent hält. Nähert man sich dem „Erforderlichen“ im Detail unter dem Blickwinkel des „klar und verständlich“, muss der Blick auf jenem Kardinalen, nämlich den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ (§ 307 II Nr. 1 BGB) ruhen: Die Miete als Recht zum Gebrauch gegen Entgelt geht von der Grundvorstellung aus, dass die mit einem „normalen“³⁵ Gebrauch typischerweise einhergehenden Gebrauchsspuren quasi „mitbezahlt“ sind. Darunter verstehe ich etwa die berühmten „Striche an der Wand“ (von Schuhabsätzen, Stühlen etc.). Sie entsprechen den „verkehrstypischen Kratzern“ im Lack von Leasingfahrzeugen; auch sonst ist die auf Kfz bezogene Sprache insoweit klarer: Auch schlichter Verschleiß – gerügt war vom Leasinggeber

³¹ Angaben nach wikipedia.

³² Z. B. im Fall *BGH*, NZM 2009, 903.

³³ Kritisch auch *Scheidacker*, NZM 2009, 894.

³⁴ *BGHZ* 164, 11 = NJW 2006, 46 L m. ablehnender Anm. *Kappus*, NJW 2006, 15 = NJW-RR 2005, 1496; dazu auch *Emde*, EWiR § 307 BGB 7/05, 815.

³⁵ Instrukтив *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl. (2008), I. Teil Rdnr. 23: „dunkle Verfärbungen auf Türen im Bereich der Klinken oder auf Tapeten bei den Lichtschaltern, Staubfahnen über Heizkörpern, Staubränder um Bilder und Möbelstücke“.

zudem ein atypischer Bremsabrieb – ist Mietgebrauch³⁶. Deshalb meine

Empfehlung: Die vom Vermieter gemeinte „Abnutzung“, der „Bedarf“, kann ohne weiteres sprachlich präzisiert werden (*Langenberg* z. B. kann es „kurz und knackig“). Je präziser wohnungsspezifisch³⁷ und nutzerspezifisch³⁸ gedacht und vorformuliert wird, desto Streit vermeidender verhält sich der Vermieter. Wer zu Vertragsstandards „von der Stange“ (aus dem Krämerladen) greift und sich auch sonst keine individualisierten Gedanken macht, braucht sich hinterher über ein schnelles Klauselverdikt nicht zu wundern.

c) *Bedarfsermittlungsklausel am Mietende*. Die Zukunft von Endrenovierungsklauseln, die zu erbringende Schönheitsreparaturen am „Bedarf“ oder an „Abnutzung“ festmachen³⁹, könnte das Transparenzgebot in § 307 I 2 BGB flugs verdüstern; denn „Bedarf“ oder „Abnutzung“ lassen sich, wie *Langenberg*⁴⁰ gezeigt hat, durchaus sehr anschaulich und lebensnah konkretisieren. Jedenfalls dann, wenn der Vermieter von einem das Mietverhältnis beendenden/auflösenden Umstand, regelhaft also von der Mieterkündigung, Kenntnis erlangt, muss er, soll späterer Leerstand infolge Streits über den Dekorationsbedarf bzw. die Dekorationszuständigkeit der Mietvertragsparteien insoweit vermieden werden, den konkreten „Bedarf“ der Wohnung an Dekoration *ohne nennenswerte Zeitverzögerung* erfahren. Der Praxis fällt damit, in Ausformung von §§ 241 II, 242 BGB, ein weiteres

³⁶ *LG Darmstadt*, Urt. v. 17.10.2007 – 25 S 108/07, BeckRS 2007, 18739.

³⁷ Im Fall *BGH*, NZM 2009, 903 misslungen: Der Vermieter verwendete ein auf die konkrete Wohnungsausstattung nicht passendes Formular, das von einer (nicht vorhandenen) Trennung in „Ober- und Unterwände“ mittels Stuckleisten ausging.

³⁸ S. Musterformulierung unter III 4.

³⁹ Wirksamkeit der Formulierung „wenn das Aussehen der Räume mehr als nur unerheblich durch den Gebrauch beeinträchtigt ist“ im Gewerberaummietvertrag nach *LG Hildesheim*, GE 2009, 1049.

⁴⁰ S. Text von Fußn. 35.

Betätigungsfeld – und zwar jenseits von Besichtigungsklauseln⁴¹ – zu.

3. Verkappte Fachhandwerkerklausel

Klauseln, wonach vom Mieter ein Fachhandwerker oder Fachbetrieb zur Erfüllung der auf ihn übertragenen Dekorationspflicht eingeschaltet werden muss, sind nach dem Rechtsentscheid des *OLG Stuttgart*⁴² aus 1993 unwirksam. Gleichwohl leben derartige zur Gesamtnunwirksamkeit führende⁴³ Klauseln in Gestalt von Wendungen wie „ausführen zu lassen“ bis in jüngste Zeit fort.

Beispiel BGH, NZM 2009, 903: Dort lautete die relevante – nicht verbeschiedene – Formulierung: „Der Verpflichtete hat die Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung regelmäßig und fachgerecht *vornehmen zu lassen*“ (kursive Hervorhebung d. *Verf.*)⁴⁴.

⁴¹ S. näher unten III 6.

⁴² NJW-RR 1993, 1422.

⁴³ Neuestens *LG München I*, NZM 2010, 40 (nach der „Prinzip-Entscheidung“ des *BGH* in NZM 2010, 157, wäre alles andere als eine Gesamtnunwirksamkeit bejahende Revisionsentscheidung zu VIII ZR 294/09 eine faustdicke Überraschung). Ebenso *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 32 (S. 14); *Sternel*, NZM 2005, 201 (209 – Summierungseffekt); *Drettmann*, in: *F. Graf v. Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Wohnraummiete (Neubearbeitung Februar 2008) Rdnr. 50. A. A. z. B. *Over*, in: *Hannemann/Wiegner*, Münchener Anwalts-Handbuch Mietrecht, 3. Aufl. (2010), § 19 Rdnr. 102 (S. 513 o.); *Unnützer*, in: Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. (2008), Kap. 9 Rdnr. 79 (Argument: Teilbarkeit der Klausel).

⁴⁴ In einem mir 2009 zur anwaltlichen Prüfung zugeleiteten Exemplar eines Mietvertragsmusters Haus & Grund Verlag GmbH Dortmund findet sich die Wendung „vornehmen zu lassen“ unter § 17 „Zustand der Mieträume“ oberhalb eines (auszufüllenden) Kastens, in den die vom Mieter noch zu erbringenden „Einzugsarbeiten“ in den Mieträumen eingetragen werden können.

Sieht man in dem Zusatz „fachgerecht“ einen ebenso schlichten wie überflüssigen Hinweis darauf, dass der Mieter bestenfalls ein Gewerk „mittlerer Art und Güte“ herzustellen hat (Gedanke aus der „Gattungsschuldvorschrift“ § 243 I BGB), kann man sich auf das „ausführen“ bzw. „vornehmen zu lassen“ konzentrieren. Bei jedem anderen Verständnis des „fachgerecht“ – etwa im Sinn von „fachmännisch“ – gelangt man nach zutreffender Ansicht sofort zur – unwirksamen – Fachhandwerkerklausel⁴⁵, was der *BGH*⁴⁶ in seiner Entscheidung „Hamburger Holzklause“ vom 22.10.2008 erstaunlicherweise nicht behandelt hat, obwohl nach der maßgeblichen Klausel die „Arbeiten handwerksgerecht auszuführen“ waren! Denn Maßstab ist, zur Erinnerung, nicht die Verständnismöglichkeit des rechtlich vorbelasteten/geschulten Mieters, sondern des durchschnittlich aufmerksamen und gebildeten Mieters ohne fachsprachlichen Hintergrund! „Fachmännisch“ wiederum weicht von der geschuldeten Ausführung in „mittlerer Art und Güte“ entscheidend ab, weil ein Verständnis „wie ein Fachmann“ naheliegt⁴⁷, was für durchschnittliche Mieter zu leisten unmöglich ist (s. § 275 I BGB: Ausschluss der Leistungspflicht). Die Wendung „ausführen“ bzw. „vornehmen zu lassen“ selbst zielt eindeutig darauf ab, nicht selbst tätig werden zu *dürfen*, sondern die Dekoration durch Dritte bewirken lassen zu müssen. Eine solche Regelung ist dem deutschen Recht fremd; dieses geht wie selbstverständlich davon aus, dass der Gläubiger berechtigt ist, (nur) von dem Schuldner Leistung in „mittlerer Art und Güte“ zu verlangen (§§ 241 I 1, 243 I BGB). Damit ist ein Klauselverdikt nach § 307 II

⁴⁵ So *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 31; *AG Hannover*, WuM 2008, 721 (722).

⁴⁶ NZM 2008, 926.

⁴⁷ *Drettmann*, in: *F. Graf v. Westphalen* (o. Fußn. 43), Wohnraummiete Rdnr. 50.

Nr. 1 BGB unumgänglich⁴⁸.

4. Vom „im Allgemeinen“ zum „im Besonderen“

Fristenpläne müssen „weich“ vorformuliert sein. Die mustermietvertragliche Fristentreppe des Jahres 1976 betrug, je nach Raumgruppe, 3-5-7 Jahre. Seit der Entscheidung des *BGH*⁴⁹ vom 26.9.2007 wird man, jedenfalls als vorsichtiger Verwender, mindestens 5-8-10 Jahre vorgeben. Flankieren muss man diese Zahlen mit einer „Weichspül“-Floskel wie „im Allgemeinen“, „in der Regel“, „grundsätzlich“, „für gewöhnlich“ o. ä.⁵⁰. „Regelmäßig“ hingegen zu formulieren ist jedenfalls im Zuständigkeitsbereich des *KG*⁵¹ gefährlich!?

Alle diese Wendungen haben eines gemeinsam: Sie transportieren allein die Vorstellung des Verwenders über den Standardfall, verhalten sich aber nicht zu den – berechtigten – Ausnahmefällen, die sich vorzustellen der Fantasie durchschnittlicher Mieter überlassen bleibt. Das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB) könnte es hier durchaus sehr viel ernster mit der Vermieterseite meinen, als in der Rechtsprechung bislang erkannt worden ist: „Klar und verständlich“ ist in meinen Augen nur eine solche Regelung, die dem Mieter auch die dem Vermieter vorschwebenden Ausnahmen vom Regelfall deutlich vor Augen hält. Damit ist mein (sprachlich leicht modifizierter) Vorschlag aus 2006 immer noch aktuell⁵²:

Musterformulierung: Die vereinbarten Dekorationsintervalle können sich im Einzelfall infolge eines vom Üblichen abweichenden Wohnverhaltens des Mieters verkürzen oder verlängern, etwa wenn in der Wohnung nicht geraucht wird, der Mieter die Wohnung – z. B. als Wochenendheimfahrer oder auf

⁴⁸ *LG München I*, NZM 2010, 40.

⁴⁹ NZM 2007, 879 Rdnr. 13 („Jedenfalls für in der Vergangenheit geschlossene Verträge“ hält der *VIII. Senat* an der alten Formel 3-5-7 fest).

⁵⁰ Kritisch dazu m. Nachw. *Kappus*, NZM 2006, 6.

⁵¹ NZM 2008, 643. Offen gelassen bei *BGH*, NZM 2008, 641 Rdnr. 8.

⁵² *Kappus*, NZM 2006, 6 (8 r. Sp.).

Grund sonstiger dauerhafter Ortabwesenheit – nicht ständig als Lebensmittelpunkt nutzt, wenn im Haushalt weder Kinder noch Tiere leben (die erfahrungsgemäß in stärkerem Maß Gebrauchsspuren verursachen).

5. Spiegelbildliche Anwendung des Fristenplans bei Unwirksamkeit der Dekorationsklausel zu Lasten des Vermieters

Es mag Vermietern und ihren Vertretern nicht gefallen, diskutiert wird in der Spezialliteratur schon etwas länger die

Praktische Frage: Muss derjenige Vermieter, der seinem Mieter bei dem – misslungenen – Versuch, die Dekorationslast zu überbürden, (auch) einen falschen Fristenplan vorgegeben hat, sich jetzt an diesen halten (lassen)?

Das wird man zwar nicht unter die – unstrittige – Schadensersatzhaftung des Verwenders unwirksamer AGB (nach den Grundsätzen der §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB; früher: culpa in contrahendo) packen können, weil es um die Frage einer Selbstbindung des Verwenders – Vermieters – an seine Vorgabe geht und nicht um den Ersatz von aus der Verwendung beim Vertragspartner – Mieter – eintretenden Schäden (z. B. infolge Dekorierens des Mieters im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Dekorationsklausel)⁵³. Aber es gibt ein auf diese mietrechtliche Fragestellung passendes Vorbild aus dem Pauschalreisevertragsrecht⁵⁴.

⁵³ Zuletzt *BGHZ* 181, 188 = *NZM* 2009, 541 Rdnrn. 10-14 (kritisch dazu *Gsell*, *NZM* 2010, 71 [73]); *Blank*, *NZM* 2010, 97 (98). S. weiter *Paschke*, *GE* 2010, 30.

⁵⁴ *OLG Celle*, *NJW-RR* 2002, 1711; dazu *Kappus*, *Allgemeine Reisebedingungen*, 2008, Rdnr. 69. Diese Position hat im mietrechtlichen Schrifttum durchaus Beachtung gefunden; s. *Herrlein*, *NJW* 2008, 2823 (2828 bei Fußn. 66). Jede „Nachwirkung“ des (unwirksamen) Fristenplans hingegen ablehnend *Flatow*, *WuM* 2009, 208.

Antwort: Das *OLG Celle* hat die in den Reiseveranstalter-AGB enthaltenen Stornobedingungen – konkret: die zeitliche Abstufung der vom vorzeitig absagenden Reisenden geschuldete Stornopauschale je nach dem, wie lang vor geplantem Antritt der Reise dessen Kündigung eingeht – umgekehrt auch für den Fall angewendet, dass der Veranstalter einen Reisenden infolge Überbuchung der Reise „stehenlässt“ und diesem deshalb schadensersatzpflichtig wird.

Die Übertragbarkeit solcher Rechtsprechung auf mietrechtliche Sachverhalte scheint mir mit guten Gründen unter § 242 BGB erwägenswert, selbst wenn die Wirksamkeit der Stornoabrede des Pauschalreisevertrags nicht geprüft worden ist.

Beispiele: 1. Der vereinbarte Fristenplan selbst ist nicht zu beanstanden, also in den vielen Altfällen vor Bekanntwerden der *BGH*-Entscheidung⁵⁵ vom 26.9.2007; er nimmt aber z. B. an einer Gesamtnirksamkeit der Dekorations-AGB teil.

2. Der Vermieter selbst hat schon einmal auf einer Mieterdekoration laut Fristenplan bestanden und der Mieter sich diesem Verlangen gebeugt.

Eine diese Position ausleuchtende gerichtliche Entscheidung ist mir bislang allerdings nicht bekannt geworden.

6. Besichtigungsklauseln

Nicht erst, seit das *LG München II*⁵⁶ es – generalisierend – für unwirksam gehalten hat, ein Besichtigungsrecht des Vermieters über AGB zu begründen, steht namentlich das „Wie“ des Vorformulierbaren in Rede. Aber auch sonst sind Umfang und Grenzen des Besichtigungsrechts des Vermieters (unter §§ 241 II, 242 BGB; Art. 13, 14 GG) lebhaft umstritten⁵⁷. Der um sein Eigentum sich

⁵⁵ NZM 2007, 879.

⁵⁶ NZM 2009, 277.

⁵⁷ S. z. B. *Horst*, Mietrecht kompakt 2008, 167 („Der Vermieter steht vor der Tür: Was nun?“; dieser Titel nimmt quasi Frage 5 Anl. z. EinbürgerungstestVO vom 5.8.2008, Anlageband zum BGBI I Nr. 35 vom 8.8.2008, S. 6, auf: „Wen müssen Sie in Deutschland auf Verlangen in Ihre Wohnung lassen“ mit den

sorgende Vermieter hat gerade in dieser Frage allen Anlass, auf ein paritätisches Aushandeln dessen zuzusteuern, was sich der Mieter gerade noch vorstellen kann, bevor das „Maß der Zumutung voll“ ist. Mit einiger Fantasie kann in diesem Bereich aber viel gelingen:

Beispiele: Mitnahme **Sonderfachmann** ja, aber nur, wenn Vermieter für diesen und sich selbst Filzpantoffel mitbringt. **Zeiten:** werktags außer an Samstagen und Sonn- sowie allgemeinen Feiertagen. **Vorankündigung:** mindestens eine Kalenderwoche, außer bei Gefahr im Verzug. **Bündelung von Besichtigungsanlässen:** unbedingt⁵⁸.

IV. „Flucht in die Individualabrede“ und Verwenderstrategien

Je wirksam hergestellte Individualabreden unterliegen jedenfalls nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB und sind auch nicht notwendig aus einer Zusammenschau mit anderen Klauseln infolge *Summierungsinfekts* heraus unwirksam⁵⁹ (s. VI). Gleichwohl sind sie an den allgemeinen Parametern des bürgerlichen Rechts zu messen (dazu VIII). Angesichts dieser Ausgangssituation ist es nur zu verständlich, dass die Kautelarpraxis ihr Heil in – oft scheinbaren – Individualabreden sucht. Dass Individualabreden im Massengeschäft, was die Miete für viele Vermieter darstellt, nur schwer zu handhaben sind und selbst erfolgreich eingesetzt zwangsläufig zu einem „bunten Strauß“ an unterschiedlichsten Vertragsbedingungen/-werken führen muss (weil jenes „Abschleifen der beiderseitigen Interessen“ stattfindet⁶⁰), lässt die Praxis nach *strategischen* Lösungen suchen, Massengeschäfte über Individualabreden

Antwortvorschlägen „Postbote/Vermieter/Nachbar/Arbeitgeber“! – Zur Mitnahme Dritter s. *Lützenkirchen*, NJW 2007, 2152. Zum Betretungsrecht „in dringenden Fällen“ kraft AGB s. *Kappus*, NZM 2002, 761 (766).

⁵⁸ *AG Hamburg*, NZM 2007, 211.

⁵⁹ *BGH*, NZM 2009, 397.

⁶⁰ *Schmidt-Salzer*, NJW 1971, 1010 (unter 6).

„auszusteuern“⁶¹. Dem Mietrechtler nahe liegt das

Beispiel Zusatzformular à la Haus- und Grund: Gegenstand eines Verbandsklageverfahrens in 1986 ist die Empfehlung eines Haus- und Grundbesitzervereins, sich die Mietvertrags-AGB in einem Zusatzformular als „erläutert“, „besonders besprochen“ oder gar als „ausführlich erörtert und gebilligt“ bzw. „ausdrücklich anerkannt“ quittieren zu lassen.

Das *OLG Stuttgart*⁶² hat, neben dem Verweis darauf, dass in solchen Formulierungen nicht notwendig das „im Einzelnen Aushandeln“ (jetzt § 305 I 3 BGB) zum Ausdruck komme, eine unzulässige Verschiebung der Beweislast gesehen (jetzt § 309 Nr. 12 b BGB). Mangels zur Disposition Stellens sah das *OLG Hamm*⁶³ in einem wenige Tage nach Mietvertragsabschluss vom Vermieter nachgereichten, formularmäßigen Schriftstück, enthaltend folgende

Bestätigungsklausel: Ich bestätige ausdrücklich, daß ich vor Abschluß des Mietvertrages ausreichend Zeit gehabt habe, denselben durchzulesen, die einzelnen Bestimmungen zu prüfen, zur Kenntnis zu nehmen (und sich vorbehaltlos mit allen Bestimmungen des Vertrages einverstanden zu erklären).

keine Individualabrede. Immerhin können solche Vereinbarungsbestandteile, sofern sie nicht das Vorformulierte quasi „auf der Stirn“ tragen, als Beweisanzeichen bei der richterlichen Überzeugungsbildung dienen, ob eine

⁶¹ Instruktiv schon *Willemsen*, NJW 1982, 1121 (zum Neuwagengeschäft).

⁶² NJW-RR 1987, 143. S. auch *BGH*, NJW 1977, 624 (zu dem – gesondert unterschriebenen, gleichwohl unbehelflichen – Formularzusatz zum Maklervertrag, „die Vertragsbedingungen seien in allen Einzelheiten ausgehandelt worden“).

⁶³ NJW 1981, 1051; „Wiederverwendungsfall“ des Schriftstücks – zeitgleich mit Mietvertragsabschluss unterzeichnet – bei *OLG Hamm*, NJW 1982, 2005. Zustimmend *Hau*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl. (2009), Klauseln Rdnr. M 72.

Individualabrede vorliegt oder nicht⁶⁴. Auch ist nicht alles, was landläufig dafür gehalten wird, sogleich eine „Individualabrede“:

Beispiel „Vorformulierung im Kopf“: Diese Rechtsfigur⁶⁵ fängt all jene Fälle für die Klauselkontrolle ein, in denen auswendig gelernte Vertragsbedingungen – scheinbar „spontan entwickelt“ – zum Einsatz kommen oder eine von mehreren im Formular eröffneten Antwortvarianten kraft Instruktion des Verwenders von dessen Abschlussvertreter vorgegeben wird („üblicherweise wählen die Kunden als Laufzeit zehn Jahre“).

Dabei schadet es nicht, dass im Einzelfall eine sprachliche Variierung zu verzeichnen ist⁶⁶ oder das auswendig Gelernte ausnahmsweise einmal nicht zum Einsatz kommt⁶⁷.

V. Die in der Wendung „im Einzelnen ausgehandelt“ liegenden Hürden

Mit den beschriebenen Schwierigkeiten ist die ganze Tiefe der Problematik „Individualvereinbarung“ bei weitem nicht ausgeleuchtet.

1. Hinleitung

Pate für das, was eine „echte“ Individualvereinbarung ausmacht, steht ein Automobil, ja vielleicht – jedenfalls aus deutscher Sicht – *das Auto* schlechthin:

⁶⁴ *Basedow*, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 305 Rdnr. 44 a. E. (der zutreffend verlangt, dass die Hinzufügung erst gelegentlich der Vertragsverhandlungen äußerlich erkennbar sein müsse [z. B. handschriftliche Ergänzung, Unterschrift des Kunden]).

⁶⁵ Z. B. *BGHZ* 141, 108 = *NJW* 1999, 2180 (Vorinstanz: *OLG Dresden*, *VuR* 1998, 382 = *BB* 1999, 228 m. Anm. *Thamm*); *BGH*, *NJW* 1988, 410.

⁶⁶ So im Fall *BGHZ* 141, 108 = *NJW* 1999, 2180 („Restzahlung vor Lieferung oder eine andere inhaltsgleiche Formulierung“).

⁶⁷ *OLG Frankfurt a. M.*, *NJW-RR* 2001, 55 (56) – Lieferung/Einbau einer Einbauküche.

Der Maybach. Das Modell „Zeppelin“ gibt es jetzt als limitierte Sonderauflage mit einem 4700 Euro teuren Extra, dem Duftzerstäuber: Der Eigner darf sich auf diese Weise mit einem der standardisierten Düfte umgeben oder sein individuelles Lieblingsparfum verströmen lassen. Die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung⁶⁸ fragte näselnd beim irritierten Berater nach, ob man auch den Duft „nasser Hund“ oder „drei Tage getragene Wandersocken“ bekommen könne?

2. Die Aushandlungsgrundsätze

a) *Motive des Gesetzgebers und Beweislast.* „Wenn und soweit“, so schrieb der AGB-Gesetzgeber unter dem 6. August 1975, „Vereinbarungen das Ergebnis einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflußnahme beider Vertragsseiten sind, sollen sie den Beschränkungen des Gesetzes ... nicht unterliegen (...).“ An den Nachweis, dass dies trotz des äußerlich erkennbaren, weil z. B. *gedruckten* Einsatzes von Vorformuliertem, also „entgegen dem ersten Anschein“, im gegebenen Fall anders – mithin ausgehandelt – sein soll, hat der Gesetzgeber „verschärfte Anforderungen“ gestellt⁶⁹. Deren Vorliegen hat der Begünstigte einer Individualabrede – im hiesigen Zusammenhang also der Vermieter – darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

Handschriftlicher Zusatz: Deshalb genügt auch der – lapidare – Hinweis des Vermieters auf einen handschriftlichen Zusatz, der eingehend erörtert worden sei, allein noch nicht⁷⁰.

Freilich ist es keineswegs so, welchen Eindruck man leicht gewinnen kann, dass

⁶⁸ FAS Nr. 42 vom 18.10.2009, S. V 9 („die eigene Duftmarke setzen“).

⁶⁹ BT-Dr 7/3919, S. 17.

⁷⁰ Lesenswert schon *LG Düsseldorf*, NZM 2002, 779; später wieder *BGH*, NZM 2006, 579 Rdnr. 18 (zustimmend *Blank*, Immobilien und Mietrecht [IMR] 2010, 42).

Individualabreden herzustellen grundsätzlich nicht gelingt⁷¹; nur tauchen in der Rechtsprechung regelhaft die gescheiterten Fälle auf.

b) „Aushandeln“ als Plus zu „verhandeln“. Eine typische Definition für das „Aushandeln“ ist aktuell nachlesbar bei

OLG Rostock, NZM 2010, 42: „Eine ... Individualvereinbarung ist anzunehmen, wenn es zu einem wirklichen Aushandeln der Vertragsbedingung gekommen ist. Der Verwender muss den (gesetzesfremden) Kerngehalt seines vorformulierten Vertragstextes inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen, d. h. der Vertragspartner muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGH, NJW 1992, 1107; NJW 1992, 2759; NJW 2000, 1110). Hierbei muss es nicht unbedingt zu einer erkennbaren Änderung des vorformulierten Textes kommen, sofern der Verwender seine AGB zwar zur Disposition gestellt, der Verbraucher diese aber dennoch akzeptiert hat; eine Änderung des Textes wird jedoch der Regelfall sein (Maas, ZMR 2005, 177).“

Dass „aushandeln“ mehr ist als bloßes „verhandeln“, ist einer der Kernsätze zum Verständnis von § 305 I 3 BGB. Er wird in ständiger Rechtsprechung wiedergegeben und ist bereits vom AGB-Gesetzgeber so angelegt worden: „Aushandeln“ – gerade bei risikoreichen Klauseln der in §§ 308, 309 genannten Art – setze nämlich „voraus, dass der Kunde eingehend und unmissverständlich über ihren Inhalt und ihre rechtliche Tragweite aufgeklärt wird“. Zu einer Änderung des vorgesehenen Textes hingegen brauche es nicht notwendig zu kommen, erleichtere aber die Nachweislast des Verwenders, dass ausnahmsweise eine Individualabrede gegeben sei⁷². Für den unternehmerischen

⁷¹ BGH, NZM 2009, 397 (gewerbliche Miete); NZM 2009, 27 (Übertragung der Gartenpflege); ZMR 1994, 253 (254 l. Sp. o.) = DWW 1994, 248 = WM 1994, 1136.

⁷² BT-Dr 7/3919, S. 17. Nach BGH, NJW 1988, 410, ergangen zum Maklervertrag, schlägt sich eine Änderungsbereitschaft des Verwenders „in aller Regel“ auch textlich in einer – dann „ausgehandelten“ – Vertragsbedingung

Geschäftsverkehr wird das sogar beim bloßen „Durchwinken“ des Verwendervertragsentwurfs „en bloc“ vertreten⁷³.

c) *Dispositionsmaxime*. In den Motiven des AGB-Gesetzgebers findet sich folgendes

Beispiel: Das bloße Vorlesen umfangreicher und für den Kunden nicht leicht verständlicher Bestimmungen, verbunden mit der Erklärung des Verwenders, er sei bereit, mit dem Kunden hierüber zu verhandeln, reicht in der Regel nicht aus⁷⁴.

Das ist jedenfalls in komplexeren Regelungszusammenhängen, erinnert sei an den „Missbrauch der Vertragsfreiheit“ gegenüber dem Kunden (II), ohne Erläuterung und rechtliche Aufklärung gut nachvollziehbar. Denn sonst fehlt dem Kunden mangels hinreichender Sach- und Rechtskenntnis jede *reale* Möglichkeit, im angebotenen Verhandlungsweg auf die Wahrung bzw. Durchsetzung der eigenen Interessen zu achten. Die Rechtsprechung hat diese Vorgabe begrifflich umgesetzt in die Standardformel, „den gesetzesfremden Kerngehalt der AGB zu erläutern *und* inhaltlich ernsthaft zur Disposition des Kunden zu stellen“⁷⁵:

Maklerfall 1 nach BGH, NJW-RR 1985, 1208: Ein Makler bietet seinem Kunden die – freie – Wahl an zwischen zwei „Formen der Auftragsdurchführung“: (1) Intensive Nachweis- und Vermittlungsbemühungen inklusive objektangemessener Werbung auf Kosten des Maklers; Gegenleistung: Alleinauftrag kombiniert mit Zuführklausel zu Gunsten des Maklers. (2) Allgemeine Nachweis- und Vermittlungstätigkeit (im Kern beschränkt auf Durchsicht der Vorgemerktendatei des Maklers).

nieder.

⁷³ Michel/Hilpert, DB 2000, 2513 (2514).

⁷⁴ BT-Dr 7/3919, S. 17.

⁷⁵ Instrukтив BGH, NJW 1992, 2759.

Der *BGH* verneint eine Individualabrede angesichts des im Formular an dafür vorgesehener Stelle vermerkten Eintrags, der Kunde habe sich für die Variante 1 entschieden. Voraussetzung des „Aushandelns“ ist es nämlich, dass *beide* Vertragsteile eine Vertragsbedingung und ihre *konkrete Ausformung* jeweils in ihren rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufnehmen, also das vollziehen, was „Wiederherstellen der Vertragsparität“ genannt wird (o. II). Nicht einmal das Erzielen von

„**Einvernehmen**“ nach **Erläuterung** (einer kurzen Verjährungsfristklausel im Architektenvertrag) in Form eines *ausbleibenden Widerspruchs* des Kunden (Bauherrn) gegen die *erläuterte* Klausel genügt⁷⁶.

Weiter formuliert der *BGH*⁷⁷: „Erschöpft sich die Freiheit des Aushandelns darin, statt AGB die ohne AGB sowieso eingreifende gesetzliche Regelung ‚wählen‘ zu können, dann wird in Wahrheit keine Möglichkeit des Aushandelns eingeräumt, weil eine solche sich nur auf die das Gesetz ändernden oder ergänzenden AGB beziehen kann und muß.“ Das wäre etwa dann der Fall, wenn das Mietvertragsformular so gestaltet wäre, dass der Mieter sein Kreuzchen bei einer Abrede „Dekoration erfolgt durch Vermieter“ anbringen könnte.

Aufforderung an den Kunden, Gestaltungsalternativen vorbringen: Die Dispositionsmaxime umfasst folglich, genauer: muss umfassen, dass der Verwender dem Kunden klipp und klar sagt, dass er eingeladen und aufgefordert ist, sich über Alternativen⁷⁸ in der Ausgestaltung des Vertrags- bzw. Klauselwerks, konkret auch über einzelne Klauseln, Gedanken zu machen und diese dem Verwender

⁷⁶ *BGH*, NJW 1992, 2759.

⁷⁷ NJW-RR 1985, 1208 (II 2 c).

⁷⁸ Als „Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen, formuliert in der Pressemitteilung Nr. 36/2010 des *BGH* zum Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, einen Pkw-Kauf betreffend (Entscheidungsumdruck derzeit noch nicht verfügbar).

vorzutragen, damit man zu einer den beiderseitigen Interessen passenden Lösung gelangen kann. Nachgeben allein beim Preis genügt insoweit (noch) nicht⁷⁹.

d) „*Rahmen-Individualvereinbarung*“. Soweit schon jetzt dargelegt, muss der auf den Schutz von § 305 I 3 BGB Bedachte erhebliche Sorgfalt und Zeit aufwenden – jedenfalls meist mehr, als durchschnittliche bzw. ungeduldige Gemüter meinen. Schnell bzw. einfacher könnte es aber doch schon gehen, wenn der Verwender den „Wiederholungsfall“ vor Augen hat:

Maklerfall 2 nach BGH, NJW 1979, 367 (Reuegeld): Ein Makler soll für seinen Kunden erneut einen Kreditvertrag vermitteln. Gelegentlich des ersten Kontakts drei Monate zuvor ist nach dem Vortrag des Maklers intensiv über die Reuegeldklausel gesprochen worden. Nach ausführlicher Erläuterung des wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds habe der Kunde auf die Nachfrage des Maklers, ob ihm die AGB recht seien oder ob er mit einzelnen Punkten nicht einverstanden sei, geantwortet, „die Bedingungen gehen schon in Ordnung, damit sei er einverstanden“. Gelegentlich des zweiten Kontakts nun bestätigte der Makler die Hereinnahme des Auftrags „unter Zugrundelegung der Ihnen bekannten Geschäftsbedingungen“. Der Makler machte die halbe Provision als „Reuegeld“ geltend, nachdem der Kunde vor Beschaffung einer rechtsverbindlichen Darlehenszusage „abgesprungen“ war.

Der *BGH* wird deutlich: Wer sich auf eine Individualabrede berufen wolle, stehe vor der Aufgabe, „für klare Verhältnisse zu sorgen und unmissverständlich zu erkennen zu geben, ob und inwieweit in diesem (neuen; Erg. d. *Verf.*) Fall ihre vorformulierten Bedingungen durch gegenseitiges gleichberechtigtes Verhandeln abgeändert werden können.“ Deshalb ließ er offen, ob schon beim ersten Kontakt wirksam eine Individualabrede hergestellt worden war, denn jedenfalls der zweite Kontakt war insofern nicht ausreichend. Man mag das *BGH*-Ergebnis für lebensfremd halten und gerade umgekehrt denken: Weil der enge zeitliche Zusammenhang gegeben ist, konnte der Makler als Verwender über die Gewissheit des Kunden nicht wirklich zweifeln, zumal das behauptete „Aushandeln“ gelegentlich des ersten Kontakts ja nicht zu einer Abänderung der

⁷⁹ *BGH*, NJW 1991, 1678 (Eigenverkaufsklausel im Maklervertrag).

Reuegeldklausel geführt hatte (sondern nur zu deren Überführung in den Rechtsgestaltungswillen des Kunden, um mit dem *BGH* im Maklerfall 1 zu sprechen)⁸⁰.

Praxistipp zu laufenden Geschäftsbeziehungen oder zu einem „Relativzusatz“ im Formular die eigene Änderungsbereitschaft anzeigend: Aus dem Gedanken in § 305 III BGB

(„Rahmenvereinbarung“ zur AGB-Einbeziehung) heraus ist es denkbar, und der *BGH* hat diesen Aspekt in der besagten Entscheidung „Makler 2“ auch angesprochen, dass der Kunde infolge gleichförmiger Praxis in einer gewachsenen Geschäftsbeziehung Gewissheit darüber hat, dass der Verwender generell bereit ist, seine AGB abzuändern. Bloß zwei Kontrakte in nur drei Monaten lies der *BGH* aber nicht ausreichen, so dass insofern Vorsicht geboten ist. Auch von einem Formularzusatz, bei Nichtgefallen einer Klausel solle man den Verwender ansprechen, der dann zur Abänderung bereit sei, ist abzuraten, weil sich die Abänderungsbereitschaft *im Einzelfall* erweisen muss.

e) *Verbot einer „Überlagerungswirkung“*. Nun könnte man Wahlklauseln, unter Berücksichtigung der vorbeschriebenen Restriktionen (namentlich Aufklärungspflichten, Dispositionsmaxime), für einen Teil des „Königswegs“ hin zu Individualabreden halten. Nur: Angesichts der Nützlichkeit einer einheitlichen Vertragsgestaltungsstrategie für das Massengeschäft, die die Vertragsabwicklung gleichförmigen Parametern unterstellt, ist die Neigung naheliegend, dem kraft Kundenwahl zu vereinbarenden paritätischen Ergebnis ein wenig „auf die Sprünge zu helfen“. An derartigen Versuchen hat es denn auch nicht gefehlt, wie die Rechtsprechung zeigt:

BGH, NJW 1996, 1676: Das Versicherungsvertragsformular baute der Verwender durchaus trickreich auf. Zum Antrag auf „Hausrat-, Glas- und Privathaftpflichtversicherung“ war eine Wahlmöglichkeit insoweit vorgegeben, als man ankreuzen konnte die vorgegebene Laufzeit „10 Jahre“ oder sein Kreuz nebenan setzen konnte bei einem Leerkästchen, das im Kundenwunsch mit einer Zahl der „Jahre“ zu versehen war, die der Vertrag laufen sollte.

⁸⁰ Kritisch zur *BGH*-Entscheidung etwa *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2660).

Der *BGH*⁸¹ nahm an, dass das freie Wahlrecht des Versicherungskunden von der 10-Jahres-Angabe des Versicherers „überlagert“ worden und darin eine unzulässige Einwirkung auf dessen Wahlentscheidung zu sehen sei mit der Folge, dass insgesamt (kontrollfähige) AGB vorliegen. Die Grenze zu sonst den Kunden zu einer möglichst verwendergünstigen Wahlentscheidung motivierenden „Beigaben“ des Verwenders ist freilich nicht sicher auszumachen; das zeigt sich an der Entscheidung

BGH, NJW 1998, 1066 (gestaffelte Preisnachlässe als Anreiz für das Wählen einer langen Laufzeitbindung): Das ein Werbeflächenmanagement enthaltende Auftragsformular war hinsichtlich der Laufzeit so gestaltet, dass der Kunde eine Leerstelle in der Passage „Die Werbeflächen werden zunächst ... Monate angebracht“ nach seiner Vorstellung ausfüllen sollte. Zur „Zahlungsweise“ – stets per Abbuchung – enthielt das Formular folgende – anzukreuzende – untereinandergesetzte und damit blickfangartig angeordnete Varianten:

- halbjährlich, 2% Teilzahlungszuschlag
- jährlich, netto
- 18monatig, 3% Nachlaß
- 24monatig, 5% Nachlaß
- 23monatig⁸², 7% Nachlaß⁸³.

Der *BGH* meint, durch die Art der Zahlungsweise-Angabe allein werde die freie Entschließung des Kunden hinsichtlich der Vertragslaufzeit nicht eingeschränkt mit der Folge, dass auf diese Weise es der Verwender in der Hand hat, durch eine geschickte Formulargestaltung Einfluss auf die Kundenentscheidung zu nehmen (Preisnachlass), ohne infolge „Überlagerungswirkung“ – wie bei einer Laufzeitvorgabe, die Einfluss auf die Laufzeitentscheidung des Kunden haben kann – in die Klauselkontrolle zu „rutschen“.

⁸¹ Bestätigt in *BGH*, NJW-RR 1997, 1000. Zu diesem Komplex s. auch *Graf v. Westphalen*, in: *ders.* (o. Fußn. 43), Teil Vertragsrecht (Stand: März 2005) Individualvereinbarung Rdnr. 22.

⁸² Verstoß gegen (heute) § 309 Nr. 9 a BGB.

⁸³ Alte Rechtschreibung beibehalten.

f) *Dekorationsabrede kraft Tarifwahl?* Das leitet unmittelbar über zu der den Mietrechtler besonders interessierenden Frage nach der Zulässigkeit einer

Ankreuz-Lösung zur Dekorationslastübertragung („Tarifwahl“): Vermieter mögen angesichts der Misere zur wirksamen Vereinbarung einer Dekorationslast des Mieters diesen formularmäßig vor die Wahl stellen, ob er diese übernehmen oder lieber eine ausgewiesene teurere Miete akzeptieren will. Das Gefallende soll angekreuzt werden⁸⁴.

Ausgangspunkt ist, dass der Vermieter den Mieter nicht mit der schlichten Wahlalternative „mit oder ohne Übernahme der Schönheitsreparaturen“ allein lassen darf; denn es braucht jedenfalls das vermietetseitige ernsthafte Eröffnen der Dispositionsbefugnis des Mieters⁸⁵. Angesichts der vom *BGH* als „Verkehrssitte“⁸⁶ qualifizierten Abwälzung von Schönheitsreparaturen und der Komplexität des Terrains muss der Vermieter zunächst über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse aufklären, namentlich über die gesetzliche Ausgangslage in § 535 I 2 BGB⁸⁷, aber auch die Vorzüge einer Dekorationsleistung durch den Mieter darstellen, zumal die je gefundene Individualabrede über die allgemeinen, die Vertragsfreiheit gewährleistenden

⁸⁴ Beispiel nach *Kraemer*, PiG 75 (2006), S. 37 (40 f.).

⁸⁵ Ebenso richtig wie kurz *Over*, in: *Hannemann/Wiegner* (o. Fußn. 43), § 19 Rdnr. 114 (S. 517) unter Berufung auf *BGH*, NJW 1992, 503.

⁸⁶ So schon in der „Leitentscheidung“ *BGHZ* 92, 363 = NJW 1985, 480 (unter 2 c bb). Kritisch dazu etwa *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. (2006), Anh. § 310 BGB Rdnr. 601 (S. 1524: „Damit ist in der Sache nichts gewonnen. Denn eine Verkehrssitte schließt eine Kontrolle nach § 307 BGB nicht aus, wie ein Umkehrschluss aus § 310 I 2 Halbs. 2 BGB ergibt.“).

⁸⁷ Instrukтив zum Verständnis von Laien, die man – umgangssprachlich gewendet – „vom Holzweg abbringen muss“, *Kappus*, ZMR 2007, 31; das aufgreifend *Artz*, NZM 2007, 265.

Parameter des Privatrechts kontrollfähig bleibt (s. unten VIII). Weiter muss in jedem Einzelfall die *Dispositionsbefugnis* des Mieters herausgestrichen werden. Am besten wird zwischen den Mietvertragsparteien über Alternativen diskutiert:

Beispiel: Die handwerklich schwer anzustreichenden Holzgewerke bleiben in der Dekorationszuständigkeit des Vermieters; dieser dekoriert im Intervall des Mieters mit.

Weil die im Eingangsfall vorgegebene Mietdifferenz den Mieter dazu verleiten werde, die – gesetzesfremde, aber billigere – Variante der eigenen Dekorationslast anzukreuzen, neigt *Kraemer*⁸⁸ dazu, ein wirksames „Aushandeln“ zu verneinen⁸⁹; jedenfalls sieht er den Umgehungstatbestand von § 306 a BGB eröffnet. Diese Ansicht überzeugt aber angesichts der – auch von *Kraemer* herangezogenen – Überlagerungswirkungs-Rechtsprechung nicht recht: Dazu müsste der Vermieter mehr tun, als nur – freie – Wahlmöglichkeiten zu eröffnen und für den Fall, dass der Mieter die ihm persönlich weniger lästige Variante wählt und die Dekorationslast folglich – getreu dem Gesetz – beim Vermieter bleibt, den dann höheren Preis zu benennen⁹⁰. Er müsste dem Mieter sozusagen „konkret in den Schreibarm greifen“, also etwa über einen Zusatz, dass alle Mieter im Objekt die Eigendekoration gewählt hätten (zu missbilligender Aufbau von *Sozialdruck*).

Das Preisargument und die *BGH*-Rechtsprechung zu Tarifwahlklauseln werden im Übrigen auch für individuelle

⁸⁸ PiG 75 (2006), S. 37 (40 f. „dürfte“) unter Berufung auf *BGH*, NJW 1996, 1676 u. NJW-RR 1997, 1000 (dazu o. V 2 e).

⁸⁹ *Bub* (in: *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. [1999], II Rdnr. 415 bei Beistrich 2) meint: „Häufig wird bei solchen Wahlmöglichkeiten aber ohnehin eine Individualvereinbarung zustandekommen“.

⁹⁰ Ausdrücklich *BGHZ* 153, 148 = *NZM* 2003, 292 (Kommunikationsversorgung eines Mietshauses).

Abreden über Abweichungen von halbzwingenden Normen des Mietrechts (von denen zum Nachteil des Mieters nicht abgewichen werden kann) – als „Vorteil“ des Mieters vermierterseits gewünschte nachteilige Abreden kompensierend – in Ansatz gebracht⁹¹.

g) *Belehrungspflichten im Aushandlungsprozess und Verständniskontrolle*. Als wäre es bis hierher noch nicht schwer genug, hat der *III. Zivilsenat* des *BGH*⁹² im Jahr 2005 für den Fall, dass der Unternehmer – ein Partnervermittler – über eine Zusatzabrede zum Vertrag einen Kündigungsrechtsverzicht als Individualabrede bewirken will, eine weitere – diffizile – Hürde eingebaut. Danach hat der Unternehmer seinen Verbraucherkunden bei „einem nicht ganz leicht verständlichen Text“ über Inhalt und Tragweite der Vereinbarung zu belehren, falls nicht anderweit („sonst“ im „Originalton“ des *BGH*) erkennbar geworden ist, dass der Kunde deren Sinn wirklich erfasst hat. Unterbleibt eine nach diesen Kriterien notwendige Belehrung, ist das „Aushandeln“⁹³ gescheitert. Der *VIII. Senat* hat diese Sichtweise zur Wiederherstellung der Vertragsparität

⁹¹ S. *Lehmann-Richter*, WuM 2010, 1 (6 f.). Die von ihm herangezogene Entscheidung *BGHZ 77*, 126 = NJW 1980, 1953, freilich ist über den entschiedenen Einzelfall – der Teppichreinigung im Unternehmerverkehr – hinaus kaum – und schon gar nicht auf den Verbraucherverkehr, woran der erkennende *VII. Zivilsenat* selbst Zweifel angemeldet hat mit Blick auf die Einbeziehungserfordernisse – verallgemeinerungsfähig; kritisch insoweit *Kappus*, in: *F. Graf v. Westphalen* (o. Fußn. 43), *Textilreinigungsvertrag* (Stand: März 2009) Rdnrn. 24 ff.

⁹² NJW 2005, 2543; dazu auch *Graf v. Westphalen*, NJW 2009, 2977. Vergleichbar *BGHZ 175*, 76 = NJW 2008, 987 (Wahlarztvertrag mit Individualabrede über Stellvertreter; Verletzung besonderer Aufklärungspflichten insoweit berechtigten gegenüber dem Honoraranspruch des Wahlarztes zum Einwand unzulässiger Rechtsausübung).

⁹³ Kritisch zu den Rechtsprechungsgrundsätzen insoweit *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350.

2009 nachvollzogen⁹⁴. Und was sollte für einen Wohnraummieter im auch Richter (bis im höchsten Bundesamt) und Rechtsanwälte zuweilen verwirrenden Dekonationsklauselzusammenhang schon ein „ganz leicht verständlicher Text“ sein⁹⁵? Damit erwachsen dem Vermieter konkrete „Nachfasspflichten“ um zu überprüfen, ob der Mieter Sinn und Zweck einer Zusatzabrede auch wirklich verstanden hat.

Praxistipp zum „Verständnistest“ des Vermieters: Rechtssicher lässt sich der auf eine wirksame Individualabrede bedachte Vermieter von seinem Mieter in dessen Worten das Erläuterte *und* das Verstandene in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht schildern. Gegebenenfalls, nämlich wenn Verständnislücken zu Tage treten, ist weiter „nachzufassen“ und solches Tun des Vermieters, ebenso wie der Vorgang insgesamt, sorgfältig – am besten auch vom Mieter abgezeichnet – zu dokumentieren.

Solche Pflichten können auch den Urkundsnotar beim „notariellen Individualvertrag“ treffen, der eine Freizeichnung von den Gewährleistungspflichten des Verkäufers enthält (s. näher VIII).

h) *Zwei Sonderfälle: „Drittindividualvereinbarung“, Wiederverwendung einer Individualvereinbarung.* Aus dem Vorstehenden erhellt, dass Individualabreden, die der Vertragspartner mit einem Dritten – etwa zu dessen Haftungsbegrenzung – getroffen hat und sodann im Verhältnis zu seinen Kunden mehrfach verwendet, der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterfallen⁹⁶. Mietrechtlich

⁹⁴ NZM 2009, 541 Rdnr. 14.

⁹⁵ Deshalb die Wohnungsabnahmeprotokoll-Entscheidung *BGH*, NZM 2009, 233, ablehnend *Kappus*, NJW 2009, 1076.

⁹⁶ *BGH*, WM 2009, 2363 = MDR 2010, 146, für *BGHZ* vorgesehen: Im Verhältnis Fondsgesellschaft/Mittelverwendungskontrolleur, dem später beklagten Wirtschaftsprüfer, war eine Vertragsabrede zu dessen bestenfalls subsidiärer Haftung verabredet worden, die in die Fondsbeteiligungsverträge eingeführt wurde; immerhin hatte das *OLG München* als Vorinstanz noch eine

gewendet ergäbe das folgendes

Beispiel einer „Drittindividualvereinbarung“ unter AGG: Ein Hausverwalter vereinbart mit dem von ihm betreuten Vermieter individuell, dass er diesem wegen etwaiger Verstöße gegen das AGG⁹⁷ gelegentlich seiner Vermietungsmaßnahmen nicht bzw. nur dann haftet, wenn der Vermieter oder der Mieter nicht auf andere Weise Ersatz erlangen können. Selbst wenn der Verwalter solche Individualabrede nun in den von ihm für den Vermieter abgeschlossenen Mietvertrag einbringt, greift die Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB, hier: § 309 Nr. 7 b BGB.

Höchstrichterlich geklärt ist die Frage einer – denkbaren – „Infektion“ einer (ersten) Individualabrede durch den Umstand, dass sie später nahezu inhaltsgleich ein weiteres Mal verwendet wird, und zwar unabhängig davon, dass dies einem Dritten gegenüber geschieht. Der *BGH*⁹⁸ formuliert zur

Wiederverwendung einer Individualabrede im Pachtobjekt-Zusammenhang: „Eine für einen bestimmten Vertrag individuell vereinbarte Klausel wird aber nicht deshalb nachträglich zu einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, weil sie später noch einmal benutzt worden ist“.

i) *Der Zusatz „soweit“ in § 305 I 3 BGB.* Das „soweit“ in § 305 I 3 BGB indiziert, dass die Voraussetzungen dieser Norm grundsätzlich „hinsichtlich jeder Einzelklausel eines Formulars zu führen (sind)“⁹⁹. Für den Unternehmerverkehr werden auch insoweit Auflockerungen befürwortet (s. IX).

Blockadewirkung von § 305 I 3 BGB angenommen!

⁹⁷ Man denke an den – kuriosen – Fall *LG Aachen*, NZM 2009, 318, mittlerweile anders entschieden bei *OLG Köln*, Urt. v. 19.1.2010 – 24 U 51/09, BeckRS 2010, 01507 (Schadensersatz zusprechend und die Revision nicht zulassend!) – „Neger, äh Schwarzafrikaner“; dazu *Derleder*, NZM 2009, 310.

⁹⁸ *XII. Zivilsenat*, ZMR 1994, 253 (254 I. Sp. o.) = DWW 1994, 248 = WM 1994, 1136.

⁹⁹ BT-Dr 7/3919, S. 17.

VI. Zusammentreffen von AGB und Individual- bzw. Zusatzabrede

Ausgangspunkt ist zunächst die Erkenntnis, dass es Ausdruck der Vertragsfreiheit, aber auch der formalen Abgrenzungskriterien in § 305 I 3 BGB ist anzunehmen, dass die (Miet-)Vertragsparteien eine in den Vertrag einbezogene AGB – gerade bei erkannter Unwirksamkeit aus Gründen der Inhaltskontrolle – nachträglich zu einer „echten Individualabrede“ erheben können, um ihrem gemeinsamen Willen, aus welchen Gründen auch immer, zum Durchbruch zu verhelfen (und eine vertragliche Leistungsgrundlage zu haben)¹⁰⁰. Darüber hinaus wird sogar vertreten, den Einbeziehungswillen des AGB-Verwenders, also des Vermieters, bezüglich seiner AGB dahin zu werten, dieser stelle ein (quasi für die Vertragslaufzeit geltendes permanentes) Angebot dar, diese AGB „im Laufe der Vertragsabwicklung als Individualvereinbarung zu akzeptieren“; damit hätte es der Kunde (Mieter) in der Hand, „eigentlich“ unwirksame AGB gleichwohl anwendbar zu machen, so er darauf aus persönlichen Gründen Wert legt¹⁰¹. Das freilich halte ich für eine – deutliche – Überspannung des Verwenderwillens, die mit §§ 133, 157 BGB nicht in Einklang zu bringen ist: Denn der Verwenderwille geht erkennbar dahin, *generalisierend* eine einheitliche Vertragsgestaltung – und zwar gerade jenseits jeder Individualität – zu gewährleisten, die eine einfache, weil *kollektive* Vertragsabwicklung ermöglicht.

1. Anfangs- bzw. Endrenovierung

Neu zu begründende Mietverhältnisse sind für ein einseitiges Ausleben von Gestaltungsmacht durch den Vermieter verlockend. Für Nach- bzw. Ersatzmietverhältnisse gilt das noch mehr, gerade wenn der Vermieter die gegenüber dem zu übernehmenden Mietvertrag mit seinen einen überkommenen Rechtszustand spiegelnden Vertragsbedingungen *neue* Rechtslage kennt bzw.

¹⁰⁰ Dazu schon *OLG Hamm*, NJW 1981, 1049 (unter III 2).

¹⁰¹ *Staudinger/Schlosser*, BGB (2006), § 305 Rdnr. 50.

als Profivermieter kennen muss. Der zunächst einfachste

Fall „Strich durch die AGB“ und handschriftliche Ergänzung: Da viele Vermieter auch darüber verunsichert sind, dass selbst verbandsgestützte Formulare dem Mahlstrom der Klauselkontrollrechtsprechung nicht „rechtssicher“ trotzen, sieht man heute gern die Praxis, dass die vorgedruckten Passagen zu den Schönheitsreparaturen im vorgedruckten Vertragsexemplar bereits gestrichen sind (was gelegentlich auch Makler tun) und dieser unter „Sonstiges“ einen handschriftlichen Zusatz „Auszugsrenovierung, d. h. Wiederherstellen der Wohnung wie bei Einzug“ oder dergleichen Formulierung aufweist.

Damit ist § 535 I 2 BGB für das laufende Mietverhältnis nicht wirksam abbedungen und der Vermieter dekorationszuständig geblieben. Das handschriftliche „Sonstige“ ist jedenfalls im Verbraucherverkehr eine – kontrollfähige – „Einmalklausel“, §§ 305 I 1, 2, 310 III Nr. 2 BGB, die der Rechtsprechung zu unbedingten Endrenovierungsklauseln anheim fällt¹⁰².

Individuelle Anfangsrenovierungsabrede trifft Dekorations-AGB: Der Mietvertrag – das wird heutzutage gerade bei der Beurteilung von Altverträgen noch praktisch¹⁰³ – enthält zusätzlich die Pflicht zur laufenden Dekoration.

Ausgangspunkt ist: Die Dekorations-AGB sind wegen verbotenen Summierungseffekts mit der individuellen Anfangsrenovierungsabrede nach § 307 I 1 BGB unwirksam¹⁰⁴. Sie ziehen die Individualabrede über § 139 BGB mit „in den Abgrund“, wenn beide Vertragsbedingungen ein „einheitliches Rechtsgeschäft“ i. S. dieser Vorschrift bilden, was angenommen wird, wenn beide Abreden *gleichzeitig* erfolgen¹⁰⁵. Das Kriterium „gleichzeitig“ freilich ist zu eng gesteckt, nimmt man auch jene Fälle mit in den Blick, in denen eine

¹⁰² Z. B. *BGH*, NZM 2009, 313.

¹⁰³ S. z. B. *BGH*, NZM 2010, 157, dort allerdings nicht weiter vertieft!

¹⁰⁴ S. z. B. *BGH*, NZM 2006, 623.

¹⁰⁵ So ausdrücklich *Blank*, NZM 2010, 97 (101). S. weiter *BGH*, NZM 2006, 623; NZM 2009, 233 Rdnr. 14.

Vertragsänderung – z. B. im Übergabeprotokoll – wenige Wochen nach Mietvertragsabschluss gelegentlich der Wohnungsübergabe bewirkt wird.

Der „gierige“ Vermieter im Fall BGH, NZM 2009, 233: Der Nach- bzw. Ersatzmieter sah sich am 12.2.2000 vereinbarten Miet-AGB gegenüber, die von ihm laufende Dekoration nach starrem Fristenplan und eine nicht am Bedarf orientierte Endrenovierung verlangten. Gelegentlich der Wohnungsübergabe am 6.3.2000 unterzeichneten die Parteien ein maschinenschriftliches Übergabeprotokoll, in dessen Nr. 6 es hieß: „(Mieter) übernimmt vom Vormieter die Wohnung im renovierten Zustand. Er verpflichtet sich dem Vermieter gegenüber, die Wohnung ebenfalls im renovierten Zustand zu übergeben.“

Der *BGH* nahm eine Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB ausschließende *Zäsur* zwischen dem Mietvertragsabschluss und der Wohnungsübergabe gut drei Wochen später an, hielt also eine – wirksame – Endrenovierungsabrede für möglich. Nicht nur wurde § 310 III Nr. 2 BGB – Einmalklauseln (hier: „maschinenschriftlich“) der Inhaltskontrolle unterwerfend – übersehen¹⁰⁶. Der zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen Vertragsabschluss und Wohnungsübergabe verklammert gewissermaßen AGB und Individualabrede zu einer „sachlichen Einheit“ i. S. von § 139 BGB¹⁰⁷. Das zeigt auch ein Blick auf die zu anderen Zurechnungszusammenhängen entwickelte Rechtsprechung¹⁰⁸,

¹⁰⁶ Denn welcher Vermieter trägt bei Gelegenheit der Übergabe einer leeren Wohnung eine Schreibmaschine bei sich? (zutreffend angemerkt bei *Derleder*, NZM 2009, 227 [228 unter III 2]). Eine gewisse „Nachhaltigkeit“ der Vermietungstätigkeit (in Abgrenzung zur rein privaten Vermögensverwaltung) genügt, was schon bei mehreren Wohnungen angenommen wird, wenn der Vermieter aus deren Vermietung einen Teil seiner Einkünfte generiert (so *AG Hannover*, WuM 2009, 728 = BeckRS 2009, 89197).

¹⁰⁷ Insoweit richtig *Zscheschack*, ZMR 2009, 821 (821 f.).

¹⁰⁸ Zu just drei Wochen zwischen Hausbesuch und Vertragsabschluss s. *BGH*, NJW-RR 2009, 1275; w. Nachw. bei *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. (2010), § 312 Rdnr. 13.

etwa zur

Haustürgeschäftesituation (und ihre zeitliche Zurechnung zum späteren Vertragsabschluss):

Hier überbrückt die Rechtsprechung unter § 312 BGB sogar Monate zwischen der Haustürgeschäftesituation und dem tatsächlichen Vertragsabschluss.

Eine einheitliche Betrachtung der Rechtsordnung gebietet ein Verklammern von Mietvertragsabschluss und Wohnungsübergabe zu Gunsten einer Anwendbarkeit des – mieterschützenden – Summierungseffekts¹⁰⁹. Ein solcher scheidet freilich aus, wenn

Miet-AGB und Individualvereinbarung keinen sachlichen Zusammenhang aufweisen: Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn (erst) am Mietende etwas Neues individuell vereinbart wird. Eine derartige individuelle Zusatzabrede ist jedenfalls der Klauselkontrolle entzogen, setzt aber voraus, dass der Vermieter die von der Rechtsprechung an solche Abreden gestellten Anforderungen – namentlich an seine Aufklärung des Mieters über die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge der Vertragslage bei Mietende – gewissenhaft erfüllt, das von ihm Gewollte inhaltlich ernsthaft zu Disposition des Mieters stellt und die Abrede der sonstigen Rechtskontrolle (s. VIII) standhält.

Weiter muss auch § 310 III Nr. 3 BGB mit in den Blick genommen werden, wonach im Verbraucherverkehr – auch bei bloßer „Einmalklausel“ nach Nr. 2 der Vorschrift – für die Beurteilung der Unangemessenheit einer Vertragsbedingung unter § 307 I, II BGB auch die „den Vertragsschluss begleitenden Umstände“ zu berücksichtigen sind. Das liegt beim Unterbringen einer von den Miet-AGB abweichenden Endrenovierungsklausel im Übergabeprotokoll zu einer leeren Wohnung durchaus „auf der Hand“¹¹⁰.

Zusätzlich übersah der *BGH* das Einbeziehungsverdikt der „überraschenden Vertragsgestaltung“ nach § 305 c I BGB, weil Übergabeprotokolle nun nicht der

¹⁰⁹ *Kappus*, NJW 2009, 1076 (unter 3) gegen *BGH*, NZM 2009, 233 Rdnr. 14.

¹¹⁰ *Börstinghaus*, NZM 2010, 18 (23).

Ort sind, an dem, zumal an drucktechnisch nicht unterstützter nachgeordneter Stelle (einer Nr. 6 [!] im *BGH*-Fall¹¹¹), Dekorationsabreden vermutet werden können, sondern vielmehr Angaben zu den tatsächlichen Umständen der Übergabe selbst und etwa zu beanstandender Dinge. Denn man darf Übergabe- wie Rückgabeprotokolle rechtlich qualifizieren als (Erfüllungs-)Quittung entsprechend § 368 BGB¹¹² über die (ordnungsgemäße) Hin- bzw. Rückgabe der Mietsache (§§ 535 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, 546 Abs. 1 BGB)¹¹³. Schließlich muss man in Rechnung stellen, dass es nach der *BGH*-Rechtsprechung¹¹⁴ im Einzelfall

nicht genügt, durch Fettdruck den überraschenden Charakter einer Klausel kompensieren zu wollen: Und das namentlich dann nicht, wenn zwischen den Parteien bereits eine vertragliche Bindung besteht, die inhaltlich geändert werden soll – wie in einem abgeschlossenen Mietverhältnis, das über ein späteres Übergabeprotokoll umgestaltet werden soll.

2. Kündigungsrechtsverzicht

Flurgespräche sind auch beim Deutschen Mietgerichtstag vielfach das „Salz in der Suppe“: Nach der Veranstaltung „Heilungsvereinbarungen bei Nichtigkeit von Mietvertragsklauseln“¹¹⁵ des 11. Deutschen Mietgerichtstags 2009 wurde mir anwaltlich berichtet von folgender – angeblich auch von Instanzgerichten geteilter –

Vermietertaktik, mit „geheimem Vorbehalt“ arbeitend: Unter Vermietermarktbedingungen findet sich der Vermieter zum Mietvertragsabschluss nur gegen Vereinbarung eines zulässigen¹¹⁶ Kündigungsrechtsverzichts seitens des Mieters bereit. In Wahrheit freilich will der Vermieter auf eine

¹¹¹ NZM 2009, 233.

¹¹² Zur Quittung im Mietverhältnis s. weiter *BGH*, NZM 2009, 853 – Mietschuldenfreiheitsbescheinigung.

¹¹³ *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. (2009), IX Rdnr. 200.

¹¹⁴ NJW-RR 2002, 485 (Haftungsausschluss bei verlängerter Bürgschaft).

¹¹⁵ Einführungsreferat *Klimke*, WuM 2010, 8.

¹¹⁶ Überblick bei *Börstinghaus*, NJW 2009, 1391.

über AGB nicht wirksam begründbare Dekorationslast des Mieters hinaus. Deshalb zeigt er sich bei nächst passender Gelegenheit, ideal bei Wohnungsübergabe, „generös“ und bietet dem Mieter ein Abgehen vom Kündigungsrechtsverzicht an für den Fall, dass die gewünschte Dekorationsabrede zu Stande kommt (die alsdann im *Übergabeprotokoll* festgehalten wird).

Solcher Vermieter hat unmittelbar die „Wand“ der Einmalklausel (§ 310 III Nr. 2 BGB) vor sich, wenn er nicht schon über die Figur der „Vorformulierung im Kopf“ (s. o. IV) in die Inhaltskontrolle schlittert und bei Erweislichkeit – hier muss der Mieter nur seiner Eingebung folgen und die Nachbarn befragen – beim Klauselkontrollverdikt landet. Ob der Kündigungsrechtsverzicht – etwa über §§ 241 II, 242, 139 BGB – mit infiziert wird und der Vermieter folglich mit „leeren Händen dasteht“, lässt sich noch nicht sagen, er ist aber entsprechend § 116 S. 1 BGB jedenfalls mit einer gewissen Schutzwirkung versehen. Immerhin könnte man erwägen, § 116 S. 2 BGB entsprechend anzuwenden, wonach Nichtigkeit der Willenserklärung gegeben ist, wenn der Mieter den Vorbehalt des Vermieters gegenüber dem Kündigungsrechtsverzicht (seinerzeit) kannte; denn immerhin erfährt er ihn möglicherweise („das wollte ich eigentlich gar nicht“) ob der erneuten Verhandlungen über die Dekorationslast (wenn er ihn nicht aus Gesprächen mit Mitmietern vor Vertragsabschluss schon kannte und sich auf das „Spielchen“ des Vermieters zur Erlangung der Wohnung bewusst eingelassen hat.

Parallelfälle in der Partnervermittlung: Im vom zuständigen Branchenverband getragenen Formular heißt es: Unter der fett und größer gedruckten Überschrift „Belehrung über das Kündigungsrecht“ steht u. a. „1) Ein Partnervermittlungsvertrag kann jederzeit aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) sowie auch ohne wichtigen Grund (§ 627 BGB) gekündigt werden. Hat die Firma ... zum Zeitpunkt der Kündigung die vertraglich geschuldeten Leistungen noch nicht vollständig erbracht, kann ich das Honorar nach Maßgabe von Ziff. 10 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zurückverlangen, soweit noch keine Leistungen erbracht worden sind. 2) Das Kündigungsrecht gem. § 627 BGB kann durch eine Zusatzvereinbarung ausgeschlossen werden. ... Mein Recht (aus § 626 BGB) bleibt durch die Zusatzvereinbarung unberührt.“ Sodann folgt unter der wiederum fett und größer gedruckten Überschrift „Zusatzvereinbarung über den Ausschluss des Kündigungsrechtes“ folgender Text: „Nachdem ich von der vorstehenden Belehrung Kenntnis genommen habe, erkläre ich mich mit einem Ausschluss des aus § 627 BGB resultierenden Kündigungsrechtes einverstanden. Als Gegenleistung

für den Verlust des Kündigungsrechtes erhalte ich wahlweise einen Preisnachlass von 5 % auf das vereinbarte Honorar oder das Recht, auch nach Ablauf der Vertragszeit unentgeltlich weitere Partnervorschläge ohne zahlenmäßige Begrenzung abzurufen.“ Das Formular schließt vor den Unterschriftenzeilen mit einer (anzukreuzenden) Kästchenalternative (zu der vom Kunden gewünschten Gegenleistung).

Zusatzabreden solcher Art, die man gedanklich ohne Weiteres auf die Vermietungssituation übertragen kann, deren *rechtliche und wirtschaftliche* Bedeutung der durchschnittliche Kunde aber nicht ohne Belehrung/Aufklärung des Verwenders (hier: des Partnervermittlers¹¹⁷) überblicken kann (konkret: Totalverlust des voraus gezahlten Entgelts, falls nicht ausnahmsweise doch noch aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB gekündigt werden kann), die aber ersichtlich gegen ein zentrales Kundenrecht ausgerichtet sind (nämlich das Nichtmehrgefallen der Dienstleistung in Vertrauensstellung, § 627 BGB), werden meist in der AGB-Kontrolle „landen“ und dort schon deshalb scheitern, weil § 627 BGB nicht formularmäßig abbedungen werden kann. Von solcher Belehrung darf nur abgesehen werden, wenn dem Belehrungspflichtigen „sonst erkennbar geworden ist“, dass der Kunde den Sinn der Zusatzabrede „wirklich erfasst hat“ (was nachzuprüfen wäre; s. o. V 2 g).

Durch eine gleichwohl Individualvereinbarungen bejahende instanzgerichtliche Rechtsprechung¹¹⁸ zu derlei Mustern der Partnervermittler sollte man sich nicht verwirren lassen: Denn selbst „echte Individualvereinbarungen“ unterliegen der

¹¹⁷ Grundlegend *BGH (III. ZS)*, von „Inhalt und Tragweite der Vereinbarung“ [zum Partnervermittlungsvertrag] sprechend), *NJW* 2005, 2543; zustimmend *BGH (VIII. ZS)*, *NZM* 2009, 541 Rdnr. 14.

¹¹⁸ *LG Koblenz*, *NJW-RR* 2009, 1063. – Das fragliche Kreuzchen hatte die Mitarbeiterin des Partnervermittlers, so war es vorgetragen, „im Kundenwillen“ gesetzt; dann freilich ist die Grenze zur „Vorformulierung im Kopf“ im Einzelfall fließend, sobald sie (mit unredlichen Mitteln?) maßgeblichen Einfluss auf dessen Willensbildung genommen hat (s. o. IV, V 2 d).

allgemeinen Rechtskontrolle (dazu VIII), was in der besagten Instanzrechtsprechung ebenso übersehen wird wie der Umstand, dass Partnervermittler, das ist anderweit gerichtsbekannt¹¹⁹, durchaus auch ohne Zusatzabrede bereit sind, nach Vertragsablauf kostenlos zusätzliche Partneranschläge zu liefern¹²⁰.

Das Umgehungsverbot in § 306 a BGB scheint dem für das Recht der Partnervermittlung zuständigen *III. Zivilsenat* des *BGH*¹²¹ ein nahe liegendes Rechtsinstitut für Fälle nach dieser Art zu sein, die das dem „Kunden gesetzlich zustehende jederzeitige Kündigungsrecht (§ 627 BGB) sowie das Recht, nach Kündigung eine noch nicht verdiente, aber im Voraus bereits erbrachte Vergütung zurückzufordern,“ entwerten.

VII. Umgehungsverbot

Welche Rolle das spät in die AGB-Gesetzgebung gekommene Umgehungsverbot (jetzt § 306 a BGB) generell und speziell mit Blick auf Individualabreden spielt, ist noch nicht abschließend geklärt. Die Motive des Gesetzgebers scheinen klar: „Das Umgehungsverbot soll ... den Anwendungsbereich des Gesetzes (nicht) etwa auf Individualabreden oder auf ... im einzelnen ausgehandelte AGB ... erstrecken.“¹²² Und Dennoch: Aus der zwar (noch) raren, aber durchaus aussagekräftigen *BGH*-Rechtsprechung folgt, dass § 306 a BGB jedenfalls im Verbandsverfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) Anwendung findet gegenüber einer zunächst rein intern wirkenden Verhaltensanweisung an die Mitarbeiter einer (im Ausgangsfall bundesweit operierenden) Bank, mit deren Hilfe wirtschaftlich

¹¹⁹ *OLG Koblenz*, NJW-RR 2004, 268. Neuestens auch *BGH*, FamRZ 2009, 1575; NJW 2010, 150.

¹²⁰ Ausführlich zum Komplex der Partnervermittlung s. *Kappus*, in: *F. Graf v. Westphalen* (o. Fußn. 43), Partnervermittlungsvertrag 2010 Rdnrn. 8-13 (im Erscheinen).

¹²¹ *BGH*, NJW 2010, 150 Rdnr. 23.

¹²² BT-Dr 7/3919, S. 49.

gleichwertig eine uniforme Vertragsabwicklungspraxis herbeigeführt werden sollte, die der Bank zuvor als unwirksame AGB-Gestaltung vom *BGH* aus der Hand geschlagen worden war¹²³. Auch hat der *BGH* es nicht zugelassen, ein einheitliches Vertragsgebilde willkürlich in „Einzelteile zu zerlegen“, um die Preisabrede dem sonst zu erwartenden Klauselkontrollverdikt zu entziehen¹²⁴. § 306 a BGB wurde in der Literatur auch im Zusammenhang mit mietrechtlichen Wahlklauseln (Mietvertrag mit bzw. ohne Dekorationslast des Mieters; s. o. V 2 e) herangezogen¹²⁵. Aus diesem Befund ableiten lässt sich für den auf rechtssichere Vertragsgestaltung Bedachten eine

„**Strategiekontrolle**“: Will der Vermieter seinem Mieter kraft strategisch eingesetzter Individualabrede wesentliche gesetzliche Rechte entziehen (s. § 536 IV BGB) bzw. die Vertragsbedingungen einseitig zu seinen Gunsten ausgestalten, ist der Grenzbereich zu § 306 a BGB erreicht. Gegenüber internen Anweisungen an das Personal des Vermieters, gegebenenfalls auch an den Hausverwalter oder an den Makler, greift jedenfalls die Verbandskontrolle nach UKlaG.

VIII. Inhaltskontrolle von Individualabreden

Individualabreden, je wirksam hergestellt, sind kein rechtsfreier Raum: Die Vertragskontrolle anhand der allgemeinen BGB-Regeln¹²⁶, namentlich §§ 134,

¹²³ *BGHZ* 162, 294 (298 f.) = *NJW* 2005, 1646.

¹²⁴ *BGH*, *NJW* 2010, 150 – Partnerschaftsvermittlung („willkürliches“ Aufspalten der Preisabrede in einen [praktisch sofort erfüllten] Werkvertrags- und einen Dienstvertragsanteil; letzterer beinhaltete die praktisch kostenlose Teilnahme am „Partnerportal“, während die gesamte Vergütung praktisch am Tag des Vertragsabschlusses verdient sein sollte [an dem stattfinden 1. analytisches Vorgespräch: 25%; 2. Videointerview: 50%; 3. Eingliederung des Films in das Partnerportal: 25%]).

¹²⁵ *Kraemer*, *PiG* 75 (2006), S. 37 (40 f.).

¹²⁶ *BGH*, *NZM* 2009, 397 Rdnr. 19; dazu *Dose*, *NZM* 2009, 381 (382).

138¹²⁷, 139¹²⁸, 242¹²⁹, 313 BGB, findet – selbstverständlich ist man geneigt hinzuzufügen – statt. Ebenso ist das allgemeine Rücksichtnahmegebot aus § 241 Abs. 2 BGB zu beachten.

Beispiel BGH, NZM 2007, 654 zur Freizeichnung von Gewährleistungspflichten im „notariellen Individualvertrag“ (Inhaltskontrolle nach § 242 BGB): Danach ist „ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gem. § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist“. Selbst das Innehalten des Urkundsnotars beim Verlesen der Klausel und die Frage an die (von ihrer Ausbildung her nicht unbedarfte) Erwerberin, ob sie das Anwesen besichtigt und begutachtet habe, ließ der *BGH* nicht genügen, um von einer ausreichenden Belehrung über die Bedeutung des Haftungsausschlusses ausgehen zu können¹³⁰.

Das hat Folgen:

- § 5 WiStrG ist ein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB¹³¹; dessen Entgeltbegriff umfasst auch die mieterseits übernommenen Schönheitsreparaturen¹³². Rechtsfolge ist ein Kappen der Miete auf den

¹²⁷ Nur diese Vorschrift („allenfalls“) als Kontrollparameter für anwendbar haltend *Schultz*, in: *Festschr. f. Merle*, 2010, S. 345 (347).

¹²⁸ *BGH*, NZM 2009, 233 Rdnr. 14.

¹²⁹ Auch in Form der „Ausübungskontrolle“, d. h. eine Vertragspartei kann sich nicht auf eine in treuwidriger Weise herbeigeführte Rechtsposition berufen; instruktiv dazu *BGH*, NJW 2008, 1148.

¹³⁰ Die notarielle Praxis hat sich auf diese Rechtsprechung mittlerweile eingestellt: Deshalb gelang ein individueller Haftungsausschluss im Fall *LG Essen*, Urt. v. 19.5.2009 – 9 O 152/07, BeckRS 2010, 03468 (freilich ohne größere Vertiefung).

¹³¹ *Palandt/Ellenberger* (o. Fußn. 108), § 134 Rdnr. 26.

¹³² *Blank*, in: *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 9. Aufl. (2007), § 5 WiStrG Rdnr. 16.

zulässigen Preis, bleibt also eine überwältigte Dekorationsverpflichtung bestehen¹³³. An einer Veränderung des ortsüblichen Mietpreisniveaus partizipiert der Umfang der Teilnichtigkeit¹³⁴.

- Die Sittenwidrigkeitsgrenze (§ 138 BGB) wird selbst ein „gieriger“ Vermieter schon kraft der allgemeinen Marktverhältnisse nur höchst ausnahmsweise erreichen oder gar überschreiten (Nachfragemärkte; studentische Sondermärkte)¹³⁵.

- Einer Individualabrede zur Überbürdung der Dekorationslast des Vermieters auf den Mieter wird man etwa dann Treuwidrigkeit nach § 242 BGB entgegenzuhalten haben, wenn sich die Abrede zu weit vom gesetzlichen „Leitbild“ in § 28 Abs. 4 Satz 3 der II. BerechnungsVO oder vom Fristenplan in Fußnote 1 zu § 7 Mustermietvertrag 1976¹³⁶ entfernt. Zwar wird man insoweit nicht allzu kleinlich sein dürfen und Abweichungen nach „unten“, etwa vom Gebot des „weichen“ Fristenplans ebenso wie von den Fristen 3-5-7 (bzw. 5-8-10 nach neuerer Lesart) Jahre, ebenso zulassen¹³⁷ wie kleinere Abweichungen

¹³³ BGH, NJW 2008, 55 (zur HOAI); zust. *Palandt/Ellenberger* (o. Fußn. 108), § 134 Rdnr. 27.

¹³⁴ *Blank*, in: *Schmidt-Futterer* (o. Fußn. 132), § 5 WiStrG Rdnr. 71.

¹³⁵ *Blank*, in: *Schmidt-Futterer* (o. Fußn. 132), § 5 WiStrG Rdnr. 11.

Sittenwidriges Verhalten hat das *AG Hannover*, WuM 2008, 721 = BeckRS 2009, 01405, jenem Vermieter bescheinigt, der, durch ein „Vor-Abnahmeprotokoll“ bescheinigt, die ausziehende Mieterin Glauben machte, kraft der vereinbarten – ihm als unwirksam bekannten – AGB „fachmännisch“ zur Dekoration verpflichtet zu sein, um alsdann Schadensersatz wegen unfachmännischer Ausführung zu verlangen.

¹³⁶ ZMR 1976, 68.

¹³⁷ So, freilich gegen eine „angemessene Kompensationsregelung“, im Rahmen

vom Dekorationskanon selbst (z. B. Außenflächen an Fenstern, Abschleifen von Parkett¹³⁸, Tapetenwahl¹³⁹, Kellerräume/Waschküche¹⁴⁰; aber nicht: Außenanstrich des gemieteten Einfamilienhauses¹⁴¹).

Vorsichtshinweis: Der Vermieter konkurriert insoweit mit dem – halbzwingenden – § 536 BGB (s. dort Abs. 4)¹⁴², was ihn sicherheitshalber dazu veranlassen sollte darauf zu achten, dass auch ein dem Mieter – an anderer Stelle, etwa beim Preis – günstiges Element in das individuelle „Gesamtpaket“ eingebaut wird¹⁴³.

Auch kann das Bestehen des Vermieters auf Erfüllung einer individuellen Endrenovierungsabrede treuwidrig gem. § 242 BGB sein, wenn die Mietzeit kurz war und deshalb, freilich auch in Fällen besonders schonender Nutzung, ein im Wesentlichen einwandfreier Erhaltungszustand der Mietwohnung festzustellen ist¹⁴⁴ (von leichten Schrammen o. ä. abgesehen; s. o. III 2 b). Namentlich in einem Vermietermarkt muss der Vermieter zudem auf die berechtigten Interessen seines Mieters angemessen Rücksicht nehmen; die einseitige Orientierung an der eigenen Idealvorstellung führt zur Anwendbarkeit von § 241 Abs. 2 BGB. Für vor dem 31.12.2001 (§ 50 I WoFG) errichteten

von AGB als möglich andeutend *BGH*, NZM 2010, 157 Rdnr. 11.

¹³⁸ Zur Debatte um die Notwendigkeit der Vorformulierung von 5-8-10 Jahresintervallen (nicht nötig in Altverträgen) s. *BGH*, NJW 2007, 3632.

¹³⁹ Für Rauhfaser *LG Freiburg*, WuM 1980, 75.

¹⁴⁰ *LG Darmstadt*, WuM 1987, 315 (ohne Vereinbarung jedenfalls nicht nach 8,5 Mietjahren); ebenso *Over*, in: *Hannemann/Wiegner* (o. Fußn. 43), § 19 Rdnr. 118 (S. 518 o.).

¹⁴¹ *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 108.

¹⁴² Das anmahnend („Auch individualvertraglich scheiden Ergänzungen im Grunde aus, ...“) *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 11 (S. 5).

¹⁴³ Ausführlich *Lehmann-Richter*, WuM 2010, 1.

¹⁴⁴ *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 109.

öffentlich geförderten Wohnraum gilt ein je gegenüber § 28 IV 4 der II. BerechnungsVO abweichendes „Verböserungsverbot“ (der „Kostenmiete“, §§ 8, 9 WoBindG)¹⁴⁵.

Grenze für Fristenpläne: Ein „weicher“ Fristenplan von 2-4-6 Jahren wird vereinbar sein¹⁴⁶, falls hierfür ein besonderes Sacherhaltungsinteresse, z. B. weil ein Raucherhaushalt einziehen soll, erkennbar geworden ist, also *sachfremde* Erwägungen ausgeschlossen werden (§§ 241 II, 242 BGB¹⁴⁷). Einem Haushalt mit „Quartalrauchern“ können freilich auch 4 Jahre für Wohnräume schon nicht mehr auskömmlich sein.

IX. Aktuelle Auflockerungstendenzen für den Unternehmerverkehr

Derzeit werden die „Aushandeln-Grundsätze“ (o. V 2) unterschiedslos auch im Rechtsgeschäftsverkehr zwischen Unternehmern angewendet. Eine „Ausstrahlungswirkung“ aus § 310 I 2 BGB wird verneint, wonach bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ angemessen berücksichtigt werden sollen. Das ist konsequent, weil § 310 I 1 BGB, auf den Satz 2 der Vorschrift verweist, seinerseits nicht auf § 305 Abs. 1 (also auch nicht auf dessen Satz 3!) verweist, sondern nur auf Absätze 2 und 3.

Dagegen braut sich einiger Widerstand zusammen: Der „Expertendialog zum AGB-Recht – Förderung des Rechtsstandortes Deutschland“ am 14. 12. 2009 in Heidelberg hatte einen Themenschwerpunkt „Abgrenzung Allgemeine Geschäftsbedingungen – Individualvereinbarungen“. Am 11.3.2010 findet in Köln das 7. AGB-Symposium statt, das sich – unter sehr namhafter Rednerschaft

¹⁴⁵ *Langenberg* (o. Fußn. 35), I. Teil Rdnr. 110.

¹⁴⁶ Jedenfalls ist eine Verknüpfung der ausgehandelten Fristen mit der Notwendigkeit der Maßnahmen geboten; so zutreffend bereits(!) *Lützenkirchen*, in: *Anwalts-Hdb. Mietrecht* (2000), A Rdnr. 180 (S. 80).

¹⁴⁷ Die Grenze „Unbilligkeit“ zutreffend einziehend *Wetekamp*, in: *Nies/Gies, Beck'sches Formularbuch Mietrecht*, 2. Aufl. (2007), A III 1 Anm. 2 (S. 28 o.).

– ganz diesem Thema widmet¹⁴⁸.

Interessant für Mietrechtler: Der Vorsitzende des für die Wohnraummiete zuständigen *VIII. Zivilsenats*, *Wolfgang Ball*, räumte einem Tagungsbericht zufolge¹⁴⁹ – seine persönliche Meinung wiedergebend – in Heidelberg ein, „dass die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Begriff ‚Aushandeln‘ möglicherweise etwas weit gegangen sei, es sich aber insofern um gefestigte Rechtsprechung nicht nur der *BGH-Zivilsenate*, sondern auch des *BAG* handle und daher eine eventuelle Kursänderung nur gemeinsam erfolgen könne.“

Auch wird der Gesetzgeber, zumal aus Gründen des Schutzes des Rechtsstandorts Deutschland, zum Einschreiten aufgefordert¹⁵⁰. Kern des Anliegens ist es, den Begriff „ausgehandelt“ zu ersetzen durch „verhandelt“¹⁵¹, insoweit also die Anforderungen herabzusetzen, was flankiert werden soll durch eine Wendung, wonach ein – vertragsgegenstands- und umstandsbezogen „angemessenes“ – Verhandeln über eine Vertragsbedingung „im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags“ ausreichen soll. Das lässt sich zusammenfassen unter der

Formel: „Aushandeln = situativ angemessenes Verhandeln; „im Einzelnen“ soll auch als „Blocklösung“ möglich sein.

Ob dadurch freilich überhaupt etwas gewonnen wird bzw. den Geboten der

¹⁴⁸ Eine Veranstaltung der Universität zu Köln und von *Oppenhoff & Partner*.

¹⁴⁹ *BB* 2010, 2.

¹⁵⁰ *Klaus P. Berger*, *NJW* 2010, 465; a. A. *Graf v. Westphalen*, *NJW* 2009, 2977 (2981).

¹⁵¹ Kritisch *Müller/Griebeler/Pfeil*, *BB* 2009, 2658 (2661), die stattdessen einen – in den Details fragwürdigen – gesetzlichen Kriterienkatalog (u. a. über 2 Monate dauernde Verhandlungen!?) für ein Erfüllen des „Aushandelns“ entwickeln (2661 f.).

Rechtssicherheit und der Bestimmtheit der Norm¹⁵² entsprochen wird, darf man ernstlich bezweifeln¹⁵³.

X. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die sich zunehmend ausfächernde Entwicklung zur Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB, speziell Miet-AGB, die Literatur und Rechtsprechung vorantreiben, macht es Kautelarjuristen wie Verbänden praktisch unmöglich, rechtssichere Vertragsmuster zu erstellen. Mehr noch: Der Vermieter als AGB-Verwender macht sich schadensersatzpflichtig (§ 280 I BGB), wenn er seinen Mieter – einerlei ob im laufenden oder im zu Ende gehenden Mietverhältnis – nicht auf eine von ihm erkannte respektive zu kennende (s. § 122 II BGB) Unwirksamkeit der bzw. auf ernstliche Bedenken gegen die im Mietvertrag vereinbarten AGB hinweist, den Mieter also nicht gleichsam „in die richtige Spur setzt“ und ihn etwa von einer Eigendekoration abhält¹⁵⁴. „Abducken und hoffen“ ist keine wirklich empfehlenswerte Lösung. Das gilt in gleicher Weise für eine etwaige Aufforderung des Vermieters oder dessen Hausverwaltung an den Mieter, sich (am Mietende) ja nur (dekorations-)klauselkonform zu verhalten¹⁵⁵; eine Schadensposition können z. B. die – erheblichen – Rechtsanwaltskosten sein¹⁵⁶.

2. Das Vermietungsgeschäft ist grundsätzlich der „Idealfall“ einer mit

¹⁵² Zuletzt *BVerfG*, NZM 2010, 154 („erhebliche“ Störung im Verbotstatbestand Lärm an Sonn- und Feiertagen betreffend laut Berliner Immissionsschutzgesetz; hier: Klavierspiel).

¹⁵³ *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2661).

¹⁵⁴ *Paschke*, GE 2010, 30 (32 ff.).

¹⁵⁵ Einigermaßen kurios verhielt sich der Vermieter im Fall *AG Hannover*, WuM 2008, 721 = BeckRS 2009, 01405 (s. näher Fußn. 135). Das Amtsgericht hat demgegenüber den „groben Nagel“ § 138 BGB eingeschlagen.

¹⁵⁶ *KG*, NZM 2009, 616.

ausreichend Zeit versehenen Verhandlungssituation¹⁵⁷; die gegebene Zeit muss sich der auf individuelle Vertragsabreden bedachte Vermieter aber auch nehmen.

3. Vermieter sind gut beraten, ihren spezifischen Regelungsbedarf, und zwar völlig unabhängig von vorfindbaren Mustern, zu definieren, also festzulegen, welche *konkreten* Regelungen in Miet-AGB ihnen besonders wichtig erscheinen¹⁵⁸.

4. Individualabreden wirksam herzustellen ist eine Kunst, die ohne rechtsanwaltliche Unterstützung in aller Regel misslingt.

5. Strategische Versuche, das Thema Miet-AGB über Individualabreden vermietergünstig auszusteuern, müssen unter Einsatz überlagerungswirkungsfreier Ankreuzmuster – auch Zusatzabreden sind möglich – nicht notwendig in der Inhaltskontrolle landen, haben aber die Unwägbarkeiten von § 306 a BGB gegen sich.

6. Je wirksam hergestellte Individualabreden bleiben namentlich nach §§ 134, 138, 139, 241 II, 242 BGB kontrollierbar. Es ist also mitnichten so, dass „im Bereich der Individualvereinbarungen ... nahezu uneingeschränkt der Grundsatz der Vertragsfreiheit (gilt)“¹⁵⁹.

7. Die gegenwärtige Diskussion um eine Auflockerung der zu § 305 I 3 BGB entwickelten „Aushandeln-Grundsätze“ im Unternehmerverkehr darf mit Spannung verfolgt werden. Ihre Aussichten, soweit auf Hilfe des Gesetzgebers abstellend, sind allerdings eher düster: Wiewohl gerade dem Koalitionspartner

¹⁵⁷ „Verhandlungen über den Vertragsinhalt (werden) für die Parteien (angesichts der Bedeutung des Rechtsgeschäfts) lohnend“; so *Basedow*, in: MünchKomm (o. Fußn. 64), § 305 Rdnr. 36, ausdrücklich Mietverträge aufführend.

¹⁵⁸ Zutreffender Hinweis bei *Berger*, NJW 2001, 2152 (2154 unter III 3 bei Fußn. 28).

¹⁵⁹ So wörtlich *Schultz*, in: Festschr. f. Merle, 2010, S. 345 (347).

FDP derzeit eine „Klientelpolitik“ vorgehalten wird, hat der Koalitionsvertrag das zu Gunsten aller Vermieter Naheliegende schlicht vergessen: Sich eine Kodifikation des Rechts der Schönheitsreparaturen vorzunehmen¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Eingefordert in seiner Kritik am mietrechtlichen Teil des Koalitionsvertrags von *Derleder*, NZM 2010, 1 (8).