

**„Die Haftung für die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen“  
Vortrag auf dem Mietgerichtstag am 26./27.02.2010 in Dortmund**

**I.  
Einführung**

Ein altes und doch aktuelles Thema, das – um es gleich vorwegzunehmen – nicht lautet: „Erstattungsverpflichtungen des Vermieters bei der Verwendung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln“. Ich werde also dieses Thema, das schon auf vorangegangenen Mietgerichtstagen Gegenstand kluger Vorträge war<sup>1</sup>, nicht in den Mittelpunkt der Überlegungen stellen, wenn man daraus auch recht anschauliche Beispiele herleiten kann. Schwerpunkt meines Vortrags soll AGB-Recht und allgemeines Schuldrecht, konkret die Frage der culpa-Haftung und der Haftung wegen (Neben-) Pflichtverletzung, also die „alte“ pVV sein, um so Lösungsansätze aufzuzeigen und ggf. kritisch zu hinterfragen. Manches kann nur angerissen werden und bedarf weitergehender Diskussionen, manches wird aber auch an schon gefundene und früher hier vorgetragene Ergebnisse anknüpfen. „Abonnenten“ der Veranstaltung werden es merken. Das, was ich Ihnen hier vortrage, versteht sich ausdrücklich als „Diskussionsbeitrag“ und nicht als „letztes Wort“. Ich werde bei dem Vortrag, soweit er auf mietrechtliche Spezifika eingeht, die Vertragssituation auslassen, in der der – marktstarke - Mieter die AGB stellt.<sup>2</sup> Soweit ich auf Klauseln eingehe, die nach der Rechtsprechung insbesondere der beiden zuständigen Senate des BGH als anstößig angesehen werden, unterstelle ich dieses Ergebnis als richtig. Einige wenige, holzschnittartige Bemerkungen, eher Fragen, seien mir zur Schönheitsreparatur-Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 27.05.2009<sup>3</sup> erlaubt, in deren Rahmen dann auch der Bereicherungsausgleich und der Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag kurz zur Sprache kommen werden.

Eine begriffliche Vorbemerkung ist zu machen: Verwendung unwirksamer AGB bedeutet zweierlei, was denn auch im weiteren nicht nur begrifflich zu differenzieren ist: Einmal ist die Einbeziehung in den Vertrag zu nennen, die der Klauselverwender durch das Stellen der

---

<sup>1</sup> Z. B.: *Artz* Quotenabgeltungsklauseln, MGT 2007; *Sternel* Auswirkungen der Unwirksamkeit von Renovierungsklauseln, MGT 2008; und auf dem MGT 2009: *Flatow* Die Schönheitsreparaturpflicht des Vermieters; *Dose* Grenzen der Abwälzung der Instandhaltungspflicht des Gewerberaummieters; *Klimke* Heilungsvereinbarungen bei Nichtigkeit von Mietvertragsklauseln; *Gellwitzki* Die Grundsanie rung als Problem der Schönheitsreparaturen. Vgl. auch *Lehmann-Richter* Miethöhe und Schönheitsreparaturen, MGT 2006.

<sup>2</sup> Das geschieht eher der Übersichtlichkeit wegen, denn in den Sachfragen darf es keinen Unterschied machen, welche Seite des Vertragsverhältnisses die AGB stellt.

<sup>3</sup> U.a. abgedruckt in NJW 2009, 2590 = NZM 2009, 541 = BGHZ 181, 188.

Klausel herbeiführt. Schon das kann für sich genommen schädlich sein, ohne dass weiteres Verhalten des Verwenders hinzutreten müsste. Zum anderen ist die Geltendmachung von Rechten aus der Klausel angesprochen,<sup>4</sup> durch die erst die Schädigung eintritt.

## **II.** **Grundlagen**

### 1. Vertragsfreiheit und ihre Grenzen

Grundsätzlich ist das Schuldrecht bekanntlich dem Gedanken der Privatautonomie verpflichtet. Jeder kann danach, von Ausnahmesituationen abgesehen, frei seine vertraglichen Verhältnisse gestalten, jeder ist dann aber auch selbst dafür verantwortlich, seine Position im gegenseitigen Verhandeln so zu behaupten, dass am Ende das Ergebnis herauskommt, mit dem er leben kann. Es gehört also grundsätzlich nicht zum Pflichtenkreis der Vertragsschließenden, die Interessen des anderen Vertragsteils zu vertreten und auf sie mehr Rücksicht zu nehmen als von der Rechtsordnung in engen Grenzen vorgesehen. Diese Grenzen leiten wir aus den §§ 134, 138 BGB ab, in manchen Situationen, zu denen das Mietrecht gehört, aus etlichen (halb-) zwingenden Normen und daran anknüpfend wiederum aus § 134 BGB. Darüber hinaus wird auf einer anderen Stufe anhand von § 242 BGB geprüft, ob im Einzelfall die Geltendmachung von wirksam vereinbarten Rechten gegen Treu und Glauben verstößt.<sup>5</sup> Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen werden die genannten Kontrollnormen ergänzt<sup>6</sup> durch die §§ 305 ff. BGB, deren Wirkungsweise bekanntlich dahin geht, „anstößige“ Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden zu lassen oder sie als unwirksam anzusehen. Folge ist die Ersetzung der betroffenen Klausel durch das dispositive Gesetzesrecht<sup>7</sup> bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB); nur selten ist die Nichtigkeit des Vertrages (§ 306 Abs. 3 BGB) die Folge der Klauselunwirksamkeit. Auch im AGB-Bereich kann die Berufung auf eine wirksame Klausel wegen besonderer Umstände des Einzelfalles gegen Treu und Glauben

---

<sup>4</sup> BGH NJW 1981, 1511, 1512.

<sup>5</sup> Beispiele aus dem Familienrecht: BGH NJW 2004, 930, 935 = BGHZ 158, 81, 100 f.; NJW 2006, 3142; OLG Zweibrücken NJW-RR 2007, 73; Übersicht dazu bei *Hubert Schmidt* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 310 IV Rz. 9 m.w.N.

<sup>6</sup> Zum Verhältnis der AGB-rechtlichen Kontrollvorschriften zu sonstigen Normen siehe BeckOK BGB *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt*, 15. Edition Stand 1.11.2009, § 307 Rz. 10 ff.

<sup>7</sup> Dazu zählen auch die Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung, siehe, auch zu den Grenzen, *dens.*, a.a.O. § 306 Rz. 2 ff., 11 ff.

verstoßen.<sup>8</sup> Das ist alles satzsaam bekannt und daher nur kurz und eher der Hinführung zum Problem wegen zu erwähnen.

## 2. Haftung bei der Verwendung von AGB: Entwicklung der Rechtsprechung und Literatur

### a) Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 311 II, 241 II, 280 I BGB)

#### aa) Literatur

Haftungsfolgen sind in den §§ 305 ff. BGB nicht erwähnt.<sup>9</sup> Sie wurden aber schon vor der Gesetzesinitiative zum AGBG<sup>10</sup> in den Raum gestellt und alsbald nach dem Inkrafttreten des AGBG zunächst in der Literatur gezogen<sup>11</sup> und aus der culpa in contrahendo (jetzt: §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 I BGB) hergeleitet. Der zugrunde liegende Gedankengang ist: Das bei den Vertragsverhandlungen bestehende Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien darf nicht gestört und die aus ihm resultierende Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Interessen und Rechtspositionen des Vertragspartners darf nicht verletzt werden.<sup>12</sup> Nun zeichnet sich die unwirksame AGB gerade dadurch aus, dass die in ihr ausgedrückte Gestaltung nicht die Interessen und Rechte des Vertragspartners angemessen berücksichtigt (vgl. § 307 BGB). Trotz der Unwirksamkeit der AGB entsteht ein „Schädigungspotential“<sup>13</sup> zu Lasten des Verwendungsgegners, das zu vermeiden, notfalls zu beseitigen die aus der (vorvertraglichen) Sonderbeziehung der Parteien herrührende Schutzpflicht des Verwenders gebietet.<sup>14</sup> Heute wird die culpa-Haftung für die Verwendung unwirksamer AGB in der Literatur<sup>15</sup> auch zum Mietrecht<sup>16</sup> im wesentlichen einhellig angenommen.

---

<sup>8</sup> *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, Vorb. v. § 307 Rz. 63 ff.; BeckOK BGB *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 307 Rn. 14; MünchKommBGB/*Roth*, 5. Auflage 2007, § 242 Rz. 418.

<sup>9</sup> Ebenso wenig enthält die Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993, L 95, S. 29) Schadensersatzregelungen.

<sup>10</sup> *Diederichsen*, ZHR 132 (1969), 232, 249 f.; auch bei *Raiser* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 261 wird es als nahe liegend bezeichnet, den Unternehmer in die culpa-Haftung zu nehmen, der die Nichtigkeit des Vertrags durch unwirksame AGB herbeigeführt hat.

<sup>11</sup> *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 9 Rn. 94; *ders.*, FS Oppenhoff, München 1985, 11, 18 ff.; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 1984, § 9 Rn. 140; *Schlosser*, AGBG, 1980, Einl. §§ 8 – 11 Rz. 11; *Löwe* in *Löwe/von Westphalen/Trinkner* AGBG, 1977, Vor §§ 8 – 11 Rz. 33; vgl. auch *Koch/Stübing* AGBG, 1977, § 9 Rz. 3 (wo freilich die Unwirksamkeit als Naturalrestitution im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gesehen wird); zum (untauglichen) Versuch einer Herleitung der Haftung aus Delikt *Tilmann* ZHR 142 (1978), 52, 55 f.

<sup>12</sup> *Erman/Roloff* BGB, 12. Aufl. 2008, Vor §§ 307-309 Rz. 19; *Wolf* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* § 307 Rz. 366; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen* Vorb. v. § 307 Rz. 104.

<sup>13</sup> *Brandner*, FS Oppenhoff, 11, 20.

<sup>14</sup> *Ders.*, ebd.

<sup>15</sup> Neben den in Fn. 11 genannten etwa *Palandt/Griineberg* BGB, 69. Aufl. 2010, Vorb. v. § 307 Rn. 14; *Staudinger/Coester* BGB (2006) § 307 Rz. 46; *Stoffels* AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rz. 636. Grundsätzlich kritisch bis ablehnend *Rummel* FS Canaris, 2007, I 1149 ff.

Soweit nicht nur eine Einzelklausel unwirksam ist, sondern der Ausnahmefall der Gesamtunwirksamkeit des Vertrages nach § 306 III BGB vorliegt, wird ebenfalls die Haftung des Verwenders aus culpa in contrahendo angenommen.<sup>17</sup> Da es sich hierbei jedenfalls im Mietrecht<sup>18</sup> um eine seltene Sonderlage handelt, wird das im folgenden nicht weiter vertieft.

#### bb) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat den in der Literatur entwickelten Gedankengang übernommen. Erstmals in einer Entscheidung vom Mai 1984 hat der BGH<sup>19</sup> die culpa-Haftung bei Verwendung von unwirksamen AGB in Betracht gezogen. Allerdings sind die dazu im Urteil enthaltenen Erwägungen denkbar knapp und beschränken sich auf den Satz:

*„Durch die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln verletzt der Verwender die vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Kunden.“*

Zur „Begründung“ wird auf die beiden Kommentare von *Ulmer/Brandner/Hensen* und (damals) *Wolf/Horn/Lindacher* verwiesen. Spätere Entscheidungen des BGH bis hin zur hier noch anzusprechenden Entscheidung vom 27.05.2009<sup>20</sup> und der Instanzgerichte<sup>21</sup> problematisieren diesen Ausgangspunkt nicht mehr, sondern nehmen

---

<sup>16</sup> *Blank* FS Derleder, 2005, 189, 198 f.; *Artz* NZM 2007, 265, 271; *Langenberg* Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl. 2008, Rz. 268 f.; *ders.* in *Schmidt-Futterer* Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 538 Rz. 208, allerdings mit der Einschränkung, der Mieter müsse sich im Wege des Vorteilsausgleichs die Ersparnis der geringeren Miete anrechnen lassen (zweifelhaft, da die Ersparnis beim preisfreien Mietvertrag kaum messbar sein dürfte; darüber hinaus würde sich das in Widerspruch setzen mit der richtigen Entscheidung des BGH in NJW 2009, 1410, und NJW 2008, 2840, 2841 f., dass zum Ausgleich für die unwirksame Schönheitsreparatur eine Mieterhöhung nicht verlangt werden kann); MünchKommBGB/Häublein § 535 Rz. 126; zust. auch *Ei-senschmid* jurisPR-MietR 15/2009 Anm. 3; led. auf §§ 280 I, 241 II BGB abstellend etwa *Sternel* Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rz. IX 44b; *Blank* in *Blank/Börstinghaus* Miete, 3. Aufl. 2008, § 535 Rz. 351 (8); die Anspruchsgrundlage offen lassend *Gramlich* Mietrecht, 10. Aufl. 2008, § 535 Anm. 12.

<sup>17</sup> OLG Karlsruhe, OLGR 2006, 256, 257; *Lindacher* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* § 306 Rz. 55 f.; BeckOK *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 306 Rz. 23; krit. zur culpa-Haftung beim unwirksamen Vertragsschluss *Ackermann* Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen 2007, 475 ff, 477.

<sup>18</sup> *Blank* in *Schmidt-Futterer* Mietrecht, Vor § 535 Rz. 53.

<sup>19</sup> BGH NJW 1984, 2816, 2817.

<sup>20</sup> BGH NJW 1988, 197, 198; BGH NJW 2008, 2254, 2256 = NZM 2008, 522, 524; BGH NJW 2009, 2590 f. Die in diesem Zusammenhang oft zitierte Entscheidung BGH NJW 1987, 639, 640 = BGHZ 99, 101, 107 ist nicht zum AGB-Recht, sondern zu § 138 BGB ergangen, zitiert aber a.a.O. die Rechtslage im AGB-Recht als gefestigt.

<sup>21</sup> Sehr früh schon LG Stuttgart WuM 1986, 369, 370 zum Schadensersatz- und bereicherungsrechtlichen Ausgleich von Renovierungsleistungen aufgrund einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel; LG Bremen NJW-RR 1989, 761; OLG Köln NJW-RR 1995, 1333, 1334; KG MDR 1998, 760, 761; OLG Hamm NJW-RR 2001, 566, 567, hatte die Frage nach der Verwirkung einer Maklerprovision durch Verwendung einer offensichtlich unwirksamen AGB bejaht – anders insofern der BGH in NJW-RR 2005, 1423, 1424.

ihn hin und verweisen auf jeweils vorangegangene Entscheidungen und/oder auf die Literatur.

b) Haftung aus positiver Forderungs-/Vertragsverletzung (§§ 280 I, 241 II BGB)

Rund 10 Jahre nach der eben zitierten Grundentscheidung des BGH zur culpa-Haftung hat der XI. Zivilsenat die Haftung einer Bank aus pFV/pVV hergeleitet (heute: §§ 280 I, 241 II BGB).<sup>22</sup> Zugrunde lag eine AGB-widrige Sicherungsabtretung, die die Bank nach einer (wirksamen) Kreditkündigung offen gelegt hatte. Der Vorwurf des Kunden ging dahin, dass durch die Offenlegung der unwirksamen Sicherungsabtretung Schaden in Form von Verdienstaufschlag eingetreten sei, nachdem der Adressat der Offenlegung die Geschäftsverbindung zum Kunden beendet hatte. Die Entscheidung wird üblicherweise den Fällen der culpa-Haftung zugeordnet,<sup>23</sup> doch nennt der BGH als Anspruchsgrundlage ausdrücklich die positive Forderungsverletzung. Den haftungsbegründenden Tatbestand sieht der BGH darin verwirklicht, dass die Bank ohne hinreichende Prüfung der Rechtslage von der unwirksamen Sicherungsabtretung Gebrauch gemacht und sie offengelegt hat. Dabei wollte der BGH der Bank einen entschuldigenden Rechtsirrtum, an dessen Vorliegen hohe Anforderungen zu stellen seien,<sup>24</sup> schon deswegen nicht zugute kommen lassen, weil zwar keine unmittelbar einschlägige, aber doch eine Entscheidung vorgelegen habe,<sup>25</sup> die im Zeitpunkt der Offenlegung etwa eineinhalb Jahre alt gewesen sei und „deutliche Hinweise“ auf die Unwirksamkeit einer solchen Klausel enthalten habe. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist zweierlei: Einmal ist es die Großzügigkeit, die der BGH anlegt, um die Vergleichbarkeit der Fälle zu begründen. In dem vom BGH in Bezug genommenen Altfall handelte es sich um eine Lohnabtretungsklausel in einem Verbraucherteilzahlungskredit der Noris-Bank zur Finanzierung eines Quelle-Einkaufs, während die Entscheidung von 1994 eine geschäftliche Kreditfinanzierung (wohl) im Bereich selbständiger Tätigkeit betraf. Das zweite ist: Der BGH stellte nicht auf den Zeitpunkt der Vereinbarung unter Verwendung der unwirksamen Klausel ab (der lag rund 5 Jahre vor der „Noris-Bank-Entscheidung“), sondern nur auf denjenigen, in dem aus der Klausel Rechte hergeleitet wurden.

---

<sup>22</sup> BGH NJW 1994, 2754, 2755.

<sup>23</sup> Z.B. Prütting/Wegen/Weinreich/Berger BGB, 4. Aufl. 2009, § 306 Rn. 21; Palandt/Grüneberg BGB, 69. Aufl. 2010, Vor § 307 Rn. 14; von Westphalen BB 2009, 1440, 1441.

<sup>24</sup> BGH NJW 1994, 2754, 2755.

<sup>25</sup> BGHZ 108, 98, 104 ff.

Das KG hat in jüngerer Zeit<sup>26</sup> einen Vermieter aus Vertragsverletzung zum Ersatz von Rechtsanwaltsgebühren verurteilt, die dem Mieter entstanden waren, nachdem der Hausverwalter des Vermieters im Rahmen einer Kündigungsbestätigung den Mieter auf die „starre“ Schönheitsreparaturklausel im Mietvertrag (von 2001) hingewiesen hatte. Das KG sah hierin eine verschuldete Pflichtverletzung, denn der Vermieter habe nicht darlegen können, dass sein professioneller Hausverwalter die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklauseln mit starrem Fristenplan nicht habe kennen müssen. Auch hier wurde also nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt, sondern auf denjenigen, in dem aus der Klausel Rechte hergeleitet wurden.

### 3. Systematische Stimmigkeit der Haftung?

Bevor wir uns mit den einzelnen Haftungssituationen auseinandersetzen, soll die Frage nach der grundsätzlichen Stimmigkeit der Haftung für die Verwendung unwirksamer AGB gestellt werden.<sup>27</sup>

#### a) culpa-Haftung

Wie erwähnt, ist Ausgangspunkt der culpa-Haftung die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechtspositionen des – in Aussicht genommenen – Vertragspartners. Aber: Ist diese „Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Interessen und Rechtspositionen des Vertragspartners“ systemgerecht vor dem Hintergrund der eingangs erwähnten „Zuständigkeitsverteilung“ bei der Austarierung vertraglicher Interessen? Zur Beantwortung der Frage kann man einerseits auf AGB-spezifische Gesichtspunkte und andererseits auf allgemeine Grundsätze außerhalb des Rechts der AGB zurückgreifen.

AGB-spezifisch ist die Erkenntnis, dass die Verwendung von AGB gerade nichts mit dem durch Verhandlungen erreichten Ausbalancieren von Interessen zu tun hat, sondern bekanntermaßen die Inanspruchnahme einseitiger Vertragsgestaltungsmacht darstellt. Man muss darin kein unspezifisches Marktversagen sehen, aber dem Markt muss sozusagen „auf die Sprünge“ geholfen werden. Das geschieht so, dass demjenigen, der die einseitige Vertragsgestaltungsmacht für sich in Anspruch nimmt, mehr an Rücksichtnahme abverlangt wird, als dem, der den anderen „zu Wort kommen“ und seine Vorstellungen in den Vertrag einfließen lässt. Denn durch die einseitige Gestaltungsvorgabe ist

---

<sup>26</sup> NZM 2009, 616 = NJW 2009, 2688 mit zust. Anm. Flatow jurisPR-MietR 23/2009 Anm. 1, sowie Köhne IMR 2009, 297.

<sup>27</sup> Daran deutliche Zweifel anmeldend Rummel FS Canaris, 2007, I 1149 ff.

es nicht mehr sicher, dass die beiderseitigen Interessen in der für Verträge idealtypischen Weise ausgeglichen sind.<sup>28</sup> In der Gesetzesbegründung zum alten AGBG wurde dieser Gedanke schon als maßgebliches movens für die Gesetzesinitiative genannt. Es heißt dort:<sup>29</sup>

*„Gegenüber den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit sind für AGB verschärfte Inhaltsschranken notwendig, weil der Verwender vorformulierter Vertragsbedingungen bei der Gestaltung des Vertragsinhaltes die Vertragsfreiheit regelmäßig für sich allein in Anspruch nimmt und den anderen Vertragsteil auf die bloße Abschlussfreiheit beschränkt. Deshalb soll derjenige, der das auf gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositives Gesetzesrecht für seine Rechtsgeschäfte allgemein außer Kraft setzen oder für gesetzlich nicht geregelte Sachbereiche allgemeine Regelungen aufstellen will, verpflichtet sein, dabei die Interessen der an dem Vertrag Beteiligten nach den Geboten von Treu und Glauben angemessen auszugleichen.“*

In Konsequenz dessen werden durch die AGB-rechtliche Klauselkontrolle unmäßige Regelungen aus dem im übrigen aufrecht erhaltenen Vertrag eliminiert und durch das Gesetzesrecht ersetzt (§ 306 I und II BGB). Ein weiteres kommt hinzu: Wer die Vertragsgestaltungsfreiheit in Anspruch nimmt, hat auch die Formulierungsverantwortung für die Klauseln. Das bedeutet einerseits, dass bei einer auch nach Auslegung mehrdeutigen Klausel immer der Regelungsinhalt zugrunde gelegt wird, der dem Vertragspartner günstiger ist.<sup>30</sup> Darüber hinaus heißt es, dass der Verwender nicht auf Schützenhilfe von der Rechtsprechung hoffen darf, wenn er eine unangemessene Regelung gewählt hat. Ohne dass diese auf den (gerade noch) vertretbaren Teil geltungserhaltend reduziert würde,<sup>31</sup> fällt die Klausel insgesamt der Kassation anheim.<sup>32</sup>

Das reicht so lange als Ausgleich für die Schiefelage bei der Entstehung des Vertrags aus, wie noch nichts „passiert“ ist, d.h., solange nicht im Vertrauen auf die Wirksamkeit einer Regelung oder einfach nur in deren irriger Annahme oder der nicht weiter hinterfragten Hinnahme der Regelung als gegeben Leistungen erbracht oder sonstige nachteiligen Vermögensdispositionen getroffen wurden. Hier setzt dann die culpa-Haftung an, die man insofern als zweite Seite einer Münze sehen kann, die auf der ersten Seite die – präventive – Klauselkontrolle hat. Damit schließt sich der Kreis und durch beide Kom-

---

<sup>28</sup> Statt aller die Gesetzesbegründung zum AGBG in BT-Drucks. 7/3919, S. 9.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

<sup>30</sup> *Staudinger/Schlosser* § 305c Rz. 108; *BeckOK BGB Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 305c Rz. 47; *Münch-KommBGB/Basedow* § 305c Rz. 27.

<sup>31</sup> *Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer* § 306 Rn. 31 ff.; darüber, dass teilweise die Handhabung, eine Klausel als teilbar und damit teils haltbar anzusehen, sehr in die Nähe der geltungserhaltenden Reduktion rückt, ist hier nicht zu handeln; dazu *BeckOK BGB Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 306 Rz. 15.

<sup>32</sup> Das widerfuhr jüngst wieder einer Schönheitsreparaturklausel in BGH Urt. v. 13.01.2010, VIII ZR 48/09 (noch nicht veröffentlicht); zuvor ebenso schon BGH NJW 2009, 1408 = NZM 2009, 353.

ponenten wird der Schutz des Vertragspartners gewährleistet. Der Verwender wird mit einer Pflicht und Nachteilen belastet, die ihn aber nicht willkürlich treffen, sondern als Konsequenz der eigenen Entscheidung, für sich die Vertragsgestaltungsmacht in Anspruch zu nehmen.

Die culpa-Haftung bei Verwendung unwirksamer AGB stellt sich als ein Anwendungsfall der Haftung für Störungen bei der Vertragsanbahnung dar, die – das ist der nicht AGB-rechtliche Hintergrund – auch ansonsten anzutreffen ist. Der Ausgangspunkt der culpa-Haftung war ja nicht der „Linoleumrollen-Fall“<sup>33</sup>, sondern die später in §§ 122, 179 und 307 BGB a.F. gesetzlich geregelten Fälle, an die *Jhering* die culpa-Haftung anknüpfte.<sup>34</sup> In diesen ging es darum, dass ein Vertrag wegen eines Umstandes, den einer der Beteiligten zu verantworten hatte, nicht zustande kam, sei es, dass nach Irrtum der Vertrag angefochten wurde, sei es, dass ein falsus procurator auftrat oder eine anfänglich unmögliche Leistung versprochen wurde. Seit den Zeiten des Reichsgerichts wurde und wird angenommen,<sup>35</sup> dass denjenigen eine Schadensersatzverpflichtung trifft, der die Unwirksamkeit eines Vertrages (etwa wegen eines Dissenses) verursacht hat.<sup>36</sup> Die Verwendung unwirksamer AGB führt zwar in der Regel nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags als ganzem,<sup>37</sup> sondern nur zur Eliminierung der unmäßigen Regelung, aber, wie erwähnt, der Verwendungsgegner kann Schäden erleiden, wenn er die AGB „für bare Münze“ nimmt ebenso wie wenn er auf die Wirksamkeit eines Vertrages vertraut.

Als Zwischenergebnis kann danach festgehalten werden: Die culpa-Haftung für die Verwendung unwirksamer AGB fügt sich im Grundsätzlichen in das System zum

---

<sup>33</sup> RGZ 78, 239, 240.

<sup>34</sup> JehrJb 4 (1861), 1, 7 ff.; bei den unter § 307 BGB a.F. zu subsumierenden Fällen hatte *Jhering* den im römischen Recht diskutierten Verkauf einer res extra commercium oder einer nicht existenten Erbschaft im Blick. Auch das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 kannte in I 5 §§ 284 f. eine als Vorläuferregelung zur culpa in contrahendo anzusehende Norm, die bei (mindestens) grobem Verschulden letztlich einen Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse gab.

<sup>35</sup> RGZ 104, 265, 267, Weinstensäurefall, gestützt auf eine analoge Anwendung von § 122 BGB und weiteren Vorschriften des BGB in der damals geltenden Fassung; zuvor schon RGZ 97, 336, 339 bei Scheitern des Vertragsschlusses wegen Fristüberschreitung, gestützt auf culpa in contrahendo. Vgl. auch allgemein *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, § 31 Rz. 28 f.

<sup>36</sup> Das ist allerdings nicht unstrittig; gegenläufig etwa MünchKommBGB/*Kramer* 5. Aufl., 2006, § 155 Rz. 16 m.w.N.; kritisch ebenso *Ackermann* Der Schutz des negativen Interesses, 475 ff.

<sup>37</sup> Außer in den Fällen des § 306 III BGB. Auch hier kommt die culpa-Haftung des Verwenders in Betracht, *Lindacher* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* § 306 Rz. 65 f; *Harry Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 306 Rz. 49; BeckOK BGB *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 306 Rz. 23.

Schutz vor unwirksamen Klauseln und vor Störungen im Rahmen der Vertragsanbahnung ein.<sup>38</sup>

b) Haftung aus pVV (§§ 280 I, 241 II BGB)

Auch die Haftung aus pVV für die Verwendung unwirksamer AGB muss auf ihre Stimmigkeit überprüft werden. Die Ausgangsüberlegungen der culpa-Haftung greifen auch hier. Der Verwender, der sich sein Vertragsrecht durch die Verwendung von AGB selbst schafft, begründet damit bereits ein „Schädigungspotential“, das er in den Fällen der pVV zur Schädigung verdichtet. Die Fragen, die sich hier stellen, sind denn auch nicht mehr grundsätzlicher Art (die wurden bei der culpa-Haftung schon abgehandelt). Hier sollen Überlegungen dazu angestellt werden, wie sich die auf pVV gestützte Haftung für die Verwendung von unwirksamen AGB harmonisieren lässt mit derjenigen wegen unberechtigter Inanspruchnahme des Vertragspartners gestützt auf § 280 I BGB. Diese Fragestellung hat (mindestens) eine Vorüberlegung anzustellen, nämlich die: Ist der angepeilte Messpunkt überhaupt richtig, d.h. stimmt es, dass derjenige, der seinen Vertragspartner letztlich unberechtigt in Anspruch nimmt oder ein Gestaltungsrecht ausübt, dafür haftet, wenn er es denn nur außergerichtlich tut (, aber nicht, wenn er den Anspruch gerichtlich geltend macht<sup>39</sup>). Die Frage ist durch BGH-Entscheidungen<sup>40</sup> aus jüngerer Zeit virulent geworden. Sie kann angesichts knapper zeitlicher Ressourcen hier nicht vertieft werden. Der BGH hatte angenommen, dass es grundsätzlich eine Pflichtverletzung darstelle, wenn der Vertragspartner mit einem nicht gegebenen Anspruch überzogen wird, ein schon die Pflichtwidrigkeit ausschließendes Recht zum Irrtum, anders als bei der gerichtlichen Geltendmachung, also insofern nicht besteht. Nicht ganz eindeutig scheint mir der Verschuldensmaßstab zu sein. Während in der Entscheidung über das unberechtigte Nacherfüllungsbegehren des Käufers das Verschulden angenommen wurde, wenn der Käufer *fahrlässig* nicht bemerkt, dass der angebliche Mangel kein Mangel sondern eine Störung darstellt, die von ihm selbst verursacht wurde,<sup>41</sup> wird in der Entscheidung zur unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen und eines Gestaltungsrechts das Vertretenmüssen dann verneint, wenn der Anspruchsteller eine

---

<sup>38</sup> *Stoffels* AGB-Recht, Rz. 636; im Grundsätzlichen ablehnend (nicht nur) aus österreichischer Sicht *Rummel* FS Canaris, I S. 1149, 1157 ff.

<sup>39</sup> BGH NJW-RR 2005, 315, 316; NJW 2003, 1934, 1935 je m.w.N.

<sup>40</sup> Dazu aus jüngerer Zeit BGH NJW 2009, 1262 m. Anm. *Hau* LMK 2009, 278712; bespr. von *Deckenbrock* NJW 2009, 1247; BGH NJW 2008, 1147 m. Anm. *Lorenz*, LMK 2008, 258620; *Sutschet* JZ 2008, 637 ff; BGH NJW 2007, 1458 m. Anm. *Becker-Eberhard* LMK 2007, 220539.

<sup>41</sup> BGH NJW 2008, 1147, 1148.

*Plausibilitätskontrolle* anstellt,<sup>42</sup> wenn auch an deren Ende die Ungewissheit des Anspruchs steht. Der Unterschied mag nicht sehr groß sein, denn beide Entscheidungen gehen übereinstimmend davon aus, dass der Verschuldensvorwurf nicht erst dann ausgeräumt ist (§ 280 I 2 BGB!), wenn der Anspruchsteller mit Gewissheit davon ausgehen durfte, der Anspruch bestehe, denn diese Gewissheit lasse sich erst nach einem gerichtlichen Verfahren erlangen. Notwendig aber auch ausreichend soll es sein, dass der Anspruchsteller seine Position im Rahmen seiner Möglichkeiten<sup>43</sup> sorgfältig überprüft und (das wird man ergänzen dürfen) nicht für ausgeschlossen halten muss. Denn nach den beiden Urteilen soll die bloße Ungewissheit über die eigene Berechtigung noch kein Anlass für den Anspruchsteller sein, die Durchsetzung nicht doch zu versuchen.<sup>44</sup> Bekanntlich sind beide Entscheidungen je unterschiedlich in der Literatur aufgenommen worden.<sup>45</sup> Ob man den Entscheidungen in allen Aussagen ohne weiteres folgen kann, muss hier wohl nicht bis ins Letzte diskutiert werden. Es muss der Ausgangspunkt stimmen: Gibt es den Unterschied zwischen der gerichtlichen und der außergerichtlichen Geltendmachung von - fahrlässig verkannten - Ansprüchen oder müsste man auch die außergerichtliche Geltendmachung in dem Maße haftungsfrei stellen wie die gerichtliche?<sup>46</sup> Die Argumente, die für die Privilegierung der gerichtlichen Geltendmachung sprechen, sind bekannt, nämlich einerseits das durch die Verfahrens- und Kostenvorschriften<sup>47</sup> einschließlich der verschuldensunabhängigen Haftung für Vollstreckungsschäden bei Abänderung von Entscheidungen bereitgestellte Schutzinstrumentarium für den in Anspruch genommenen und andererseits das meines Erachtens durchschlagende – wenn auch eher rechtspolitische – Argument, dass man den Zugang zu den Gerichten offen halten muss, um nicht das Faustrecht oder den Verlust der Rechtsstaats-Akzeptanz zu befördern. Vor diesem Hintergrund ist zwar nicht auch der eine oder andere Schwachpunkt zu verkennen, so etwa die (praktische) Überlegung, dass es wohl geraten erscheint, bei sehr ungewissen Rechtspositionen in den „sicheren Hafen des Prozesses“ zu steuern, vor allem, wenn man Kostendeckung von Seiten der Rechtsschutzversiche-

---

<sup>42</sup> BGH NJW 2009, 1262, 1264. Nicht weit davon entfernt ist es, wenn man eine Evidenzkontrolle verlangt, so *Kaiser* NJW 2008, 1709, 1712.

<sup>43</sup> BGH NJW 2008, 1147, 1148.

<sup>44</sup> BGH NJW 2009, 1262, 1264; 2008, 1147, 1148.

<sup>45</sup> Zu BGH NJW 2009, 1262: *Deckenbrock*, NJW 2009, 1247 ff.; *Faust* JuS 2009, 1146 ff.; *Hau*, LMK 2009, 278712; *Gsell* ZjS 2009, 187 ff. Zu BGH, NJW 2008, 1147: *Lorenz*, LMK 2008, 258620; *Thole*, AcP 209 (2009), 498 ff., *Klöhn* EWiR 2008, 267 f.; *Klose* IBR 2008, 144.

<sup>46</sup> Kritisch zur Privilegierung der gerichtlichen Geltendmachung *Kaiser*, FS Canaris, I, 531, 542 ff.

<sup>47</sup> Die nach heute ganz überwiegender Ansicht nicht zur Begründung eines letztlich verschuldensunabhängigen materiellen Kostenerstattungsanspruch analog der §§ 91 ff. ZPO herangezogen werden können, BGH NJW 2007, 1458, 1459; *Becker-Eberhardt*, Grundlagen der Kostenerstattung, 1985, S. 123 ff., 128 ff.; *Hösl*, Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung, 2002, S. 155 f.

ung hat.<sup>48</sup> Dennoch will ich die Rechtsprechung zur Schadensersatzverpflichtung bei unberechtigter Inanspruchnahme hier als jedenfalls im Ergebnis richtig ansehen. Selbst wenn dazu Zweifel bestehen, kommt es darauf nicht entscheidend an, denn bei der Haftung für die Geltendmachung von Rechten aus unwirksamen AGB ergibt sich für den Anspruchsteller eine andere Ausgangslage aus AGB-rechtlichen Spezifika, die eingangs schon behandelt sind. Auch hier schlägt die Formulierungsverantwortung des AGB-Verwenders durch, die eben nicht nur dazu führt, dass bei der Einbeziehung unwirksamer AGB in den Vertrag schon ein Pflichtenverstoß vorliegt, sondern auch dann, wenn aus ihnen Rechte hergeleitet werden. Wer das Recht im Rahmen des Vertrags via AGB selbst setzt, kann sich hernach nicht auf ein „Recht auf Irrtum“ berufen.

Im Ergebnis erscheint mir daher die Haftung sowohl aus *cic* als auch aus pVV für die Verwendung von unwirksamen AGB grundsätzlich angemessen und systematisch stimmig, so dass wir uns nun mit den Einzelheiten der Haftung beschäftigen können.

### III.

#### Haftung bei der Verwendung von unwirksamen AGB im einzelnen

##### 1. Haftungssituationen

###### a) Vorbemerkung

Wie eingangs erwähnt, wird die Pflichtverletzung im Rahmen der culpa-Haftung darin gesehen, dass der Verwender das vorvertragliche Vertrauensverhältnis durch die Verwendung, genauer: die Einbeziehung unmäßiger AGB verletzt. Im Rahmen der Haftung aus § 280 I BGB kann man die Pflichtverletzung fortschreiben und allgemein ausgedrückt darin sehen, dass auf die Interessen des Vertragspartners nicht die hinreichende Rücksicht genommen wird (§ 241 II BGB), indem aus einer unwirksamen Klausel Rechte hergeleitet werden. Das ist in dieser etwas plakativen Form zunächst plausibel, aber was heißt das im Einzelfall? Die bloße Aufnahme unwirksamer AGB in den Vertrag schadet ja für sich genommen dem Gegner nicht, im Gegenteil: Bei wirksamen AGB stünde er sich sogar schlechter, weil dann die Abweichung vom für ihn regelmäßig günstigeren dispositiven Recht wirksam ist, während das ja gerade bei der übermäßigen AGB nicht der Fall ist. Es muss also noch etwas hinzukommen, das die Haftungs-

---

<sup>48</sup> Das stellt nach meiner Erfahrung keine ernstzunehmende Hürde dar, denn die Zusagepraxis jedenfalls vor Beschreiten der ersten Instanz erscheint mir eher lax.

frage erst aufwirft. Beim Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis ist hier die Ausgangslage gegenüber dem bloß punktuellen Warenaustauschvertrag modifiziert, weil die Berührungspunkte zwischen den Parteien des Mietvertrags vielfältiger sind als beim bloßen Warenverkauf. Der führt ja nur dazu,<sup>49</sup> dass der eine dem anderen Besitz und Eigentum an der (im Zeitpunkt des Gefahrübergangs) vertragsgemäßen Sache verschafft und der andere den Kaufpreis zahlt. Im Idealfall sehen sich die Parteien hernach bezogen auf den konkreten Kaufvertrag nie wieder und selbst im Gewährleistungsfall ist der Kontakt immer noch eher punktuell. Das ist beim Mietvertrag anders: Mit dessen Abschluss und der Übergabe der Mietsache geht es sozusagen erst richtig los.

Vor diesem Hintergrund möchte ich mit Ihnen verschiedene Situationen durchgehen, um so das Haftungssystem aus *cic* und pVV (wozu hier unausgesprochen auch Fälle der *culpa post contractum finitum*<sup>50</sup> hinzugenommen werden) darzustellen.<sup>51</sup>

#### b) Einbeziehung einer anfänglich unwirksamen AGB

Zunächst soll es um den Fall gehen, in dem der Verwender eine Klausel in den Vertrag einbezieht, die schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entweder in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als unwirksam angesehen wird oder an deren Wirksamkeit doch zumindest in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur nicht nur vereinzelte Zweifel geäußert wurden.

##### aa) Disposition des Vertragspartners ohne weiteres Zutun des Verwenders

###### (1) Pflichtverletzung

Schon die Einbeziehung einer unwirksamen<sup>52</sup> AGB stellt für sich genommen den Pflichtenverstoß dar. Sie kann schon den Verwendungsgegner veranlassen, etwas zu tun oder zu unterlassen. Wenn etwa der Mieter einen einseitigen formularmäßi-

---

<sup>49</sup> Freilich soll hierdurch nicht gelehrt werden, dass auch beim Austauschverhältnis vor, während und nach der Vertragsabwicklung weitere Neben- und Schutzpflichten von den Parteien zu beachten sind.

<sup>50</sup> Dazu etwa *Bodewig* Jura 2005, 505.

<sup>51</sup> So geht auch schon *Brandner* FS Oppenheim, S. 11 ff. vor.

<sup>52</sup> Gleiches wie für die inhaltlich unwirksame Klausel muss für diejenige gelten, die unklar ist, aber vom Verwendungsgegner deswegen zu seinen Lasten missverstanden wurde, oder für die wegen Intransparenz unwirksame. Den Fall, dass im Vorfeld des Vertragsabschlusses über den Inhalt einer wirksamen AGB falsch informiert wurde und daher ebenfalls eine *culpa*-Haftung entstehen kann, behandelt etwa BGH NJW-RR 1988, 241, 242 f.; Aufklärungspflichten, deren Verletzung den Verwender von AGB zur Haftung aus *cic* verpflichten, sah der BGH in dem Fall, dass die Versicherungsbedingungen die Berechnung der Versicherungssumme in der Gebäudeversicherung dem Versicherungsnehmer aufbürdeten, dabei aber schon für Fachleute schwierig zu ermittelnde Berechnungsfaktoren (Neuwert auf das Jahr 1914 bezogen) aufstellte, BGH NJW-RR 1989, 410, 411.

gen Kündigungsverzicht in einem Wohnungsmietvertrag außerhalb einer Staffelmietvereinbarung ernst nimmt,<sup>53</sup> wegen der Scheinbindung nicht kündigt und so die Chance auf eine günstigere Wohnung verloren geht, könnte ohne Hinzutreten weiterer Umstände (Verhalten des Vermieters) eine Pflichtverletzung kausal für einen Schaden sein. Hierher gehört auch die berühmte starre Schönheitsreparaturklausel, aufgrund deren der (AGB-) rechtstreue Mieter ohne weiteres die Schönheitsreparatur durchführt. Die im vorvertraglichen Schuldverhältnis schon durch die Einbeziehung der unwirksamen AGB begangene Pflichtverletzung führt in diesen Fällen zu einer Schädigung erst nach Vertragsabschluss, aber der Tatbestand der Pflichtverletzung lag eben vorher. Es handelt sich somit um einen Fall der culpa-Haftung.

## (2) Verschulden

Das weiter neben der Pflichtverletzung erforderliche, wenn auch widerleglich vermutete (§ 280 I 2 BGB), Verschulden liegt nach der allgemeinen Formel des § 276 II BGB vor, wenn der Verwender die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Abfassung des Formularvertrags oder auch bei der Verwendung eines von fremder Hand verfassten Vertragsmusters nicht beachtet hat. Die Frage würde sich allerdings dann nicht stellen, wenn man in der bloßen Einbeziehung der unwirksamen AGB allein ohne weiteres einen Sorgfaltsverstoß sehen würde. Das scheint mir aber zu weitgehend: Zwar ist die Klausel unabhängig von der Fahrlässigkeit ihres Verwenders nach den AGB-rechtlichen Vorschriften unwirksam. Daraus aber eine bloße Auswahlhaftung herleiten zu wollen, die keinen weiteren Verschuldensvorwurf erfordert, ist schadensersatzrechtlich nicht richtig. Man sollte (auch hier) keine Ausnahme davon machen, dass eine Schadensersatzpflicht grundsätzlich Verschulden voraussetzt, es sei denn, das Gesetz bestimme im Rahmen von Garantie- oder Gefährdungshaftung etwas anderes. Das liegt hier aber nicht vor. Das danach weiter erforderliche Verschulden anzunehmen ist sicher gerechtfertigt, wenn der Verwender sehenden Auges eine unwirksame Klausel in den Vertrag einbaut oder ein Muster verwendet, von dem er weiß, dass unwirksame Klauseln enthalten sind. Die Frage ist, wann der bona fide Handelnde, also der die Unwirksamkeit nicht Kennende unsorgfältig handelt, anders gewendet: Wann kannte der Verwender die Unwirksamkeit aus Fahrlässigkeit nicht, musste sie also kennen (§ 122 II BGB)?

---

<sup>53</sup> Zur Unwirksamkeit BGH NJW 2009, 912 m.w.N. auch aus der Literatur.

Bevor eine Antwort auf diese Frage gesucht wird, müsste geklärt werden, ob der Sorgfaltsmaßstab unterschiedlich ist, je nach dem, ob der Verwender der Klausel ein Unternehmer ist oder ein Verbraucher. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass im hier besonders interessierenden Fall der Vermietung einer Immobilie nicht schon dadurch die Unternehmereigenschaft (§ 14 BGB) entsteht. Denn die hierfür erforderliche gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit setzt eine gewisse Planmäßigkeit und eine gewisse Organisationshöhe voraus, die mit der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens nicht per se verbunden ist.<sup>54</sup> Damit ist der Mensch, der sein geerbtes Elternhaus vermietet, nicht schon deswegen Unternehmer.

Grundsätzlich gilt im Zivilrecht anders als im Strafrecht ein objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab.<sup>55</sup> Der Vertragspartner muss sich darauf verlassen können, dass derjenige der ihm die Erfüllung seiner Pflichten schuldet, auch die erforderliche Fähigkeit und Kenntnis dazu besitzt.<sup>56</sup> Danach kommt es (nur) darauf an, was von einem durchschnittlichen Verwender in seinem jeweiligen Verkehrskreis erwartet werden durfte. Diese abstrakt – objektivierete Ausrichtung der Sorgfaltsanforderungen an den Verkehrskreisen führt dazu, dass keine Rücksicht darauf zu nehmen ist, ob der konkrete Verwender nach seinen individuellen Fähigkeiten, Kräften, Erfahrungen und Kenntnissen nicht in der Lage war, die ihm obliegende Sorgfalt zu erbringen.<sup>57</sup> Im Ergebnis bedeutet das also keine Verminderung des Sorgfaltsmaßstabs für den nicht gewerblichen Vermieter. Denkbar ist aber eine Erhöhung des Sorgfaltsmaßstabs für den gewerblichen Vermieter, der, wenn er Kaufmann ist und die Vermietung zu seinem Geschäft gehört, nach § 347 HGB ohnedies den höheren kaufmännischen Diligenzanforderungen zu genügen hat. Vor diesem Hintergrund wird man allgemein anzunehmen haben, dass alle Verwender jedenfalls Grund haben, vor der Einbeziehung von Klauseln in den Vertrag oder vor der Verwendung eines Vertragsmusters von fremder Hand die AGB auf ihre Wirksamkeit zu prüfen, ggf. prüfen und sich beraten zu lassen,<sup>58</sup> wobei der Verwender sich dann ein Bera-

---

<sup>54</sup> BGH NJW 2002, 368, 369; MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl. 2006, § 14 Rz. 19; Palandt/Ellenberger § 14 Rz. 2; a.A. Pfeilschifter WuM 2003, 543, 545.

<sup>55</sup> BGHZ 39, 281, 283; 80, 186, 193; 106, 323, 330; BeckOK BGB Bamberger/Roth/Unberath § 276 Rz. 20; Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 15; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 651.

<sup>56</sup> Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 15.

<sup>57</sup> BeckOK BGB Bamberger/Roth/Unberath § 276 Rz. 20.

<sup>58</sup> Blank WuM 2004, 243, 248 für den privaten Vermieter; Stornel Mietrecht aktuell, Rz. IX 44b; Flatow jurisPR-MietR 23/2009 Anm. 1.

terverschulden nach § 278 BGB zurechnen lassen muss.<sup>59</sup> Gibt es, wie die Ausgangslage vorgibt, eine (gefestigte) höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer inhaltsgleichen Klausel, so liegt das Verschulden sicher vor. Aber auch dann, wenn eine vergleichbare Klauselgestaltung aus demselben Rechtsgebiet schon im Zeitpunkt der Einbeziehung in den Vertrag als unwirksam angesehen wurde, kann man dem Verwender den Verschuldensvorwurf nicht ersparen. Hier ist die AGB-rechtliche Ausgangsbasis in das Schadensersatzrecht hinein fortzuschreiben, so dass die Formulierungsverantwortung des Klauselverwenders zur Ausfüllung des Sorgfaltsmaßstabs heranzuziehen ist. Ein Recht zum Irrtum gibt es damit auch hier – vielleicht sogar gerade hier – nicht. Auch mit der vom BGH oder der Literatur in den Raum gestellten Plausibilitäts- oder Evidenzkontrolle müsste man zu dem hier vertretenen Ergebnis kommen. Es ist eben nicht „einleuchtend“, „Beifall verdienend“<sup>60</sup> und schon gar nicht evident, dass man sich sorgfältig verhält, wenn man eine erkanntermaßen unwirksame Klausel verwendet. Man wird m. E. auch noch einen Schritt weiter gehen müssen und bei Klauseln, die zwar in anderem rechtlichen Zusammenhang als dem der konkreten Verwendung für unwirksam erachtet worden sind, die Gründe für die Unwirksamkeit aber nicht rechtsgebietsspezifisch sind, ebenfalls ein Verschulden annehmen müssen.<sup>61</sup> Als Beispiel kann auf die jüngere Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit einer von einer Fluggesellschaft erhobenen pauschalen Bearbeitungsgebühr von 50,00 € pro Buchung im Fall einer Rücklastschrift verwiesen werden.<sup>62</sup> Diese wurde nicht aus spezifisch reiserechtlichen Gründen verworfen, sondern aus Erwägungen des Schadensersatzrechtes, weil in ihr kein Schaden, sondern Kosten der Vertragsabwicklung dem Kunden auferlegt wurden. Das ließe sich auch auf das Mietrecht übertragen, wenn auch dort im Gewande einer Bearbeitungspauschale für den Verzugsfall Gemeinkosten des Verwenders abgewälzt werden sollten.

---

<sup>59</sup> In die Beraterhaftung werden auch Interessenverbände, die Beratung ihrer Mitglieder vornehmen, einbezogen, wie etwa ein Mieterbund, BGH NJW 2007, 428, 430 m. Anm. *Blank* LMK 2007, 208/173, und *Lammel* IMR 2007, 1. Ob vor dem Hintergrund dieser Entscheidung noch die Ansicht richtig ist, dass bei Verwendung eines von einem „angesehenen Verband“ empfohlenen Vertragsmusters die Haftung des Verwenders entfällt, wie *Blank* FS Derleder, 2005, 189, 199 f., unter wohl unzutreffendem Verweis auf BGH NJW 1978, 41, meint, erscheint zweifelhaft. Auch „seriöse“ Verbände können Erfüllungsgehilfen sein - und irren.

<sup>60</sup> So die wörtliche Übersetzung des lateinischen *plausibilis*.

<sup>61</sup> Ebenso die schon in II. 2. b) vorgestellte Entscheidung BGH NJW 1994, 2754, 2755.

<sup>62</sup> BGH WM 2009, 2398, 2399 f. Die Klausel bestätigt den Befund des reiserechtlichen „Wild West“ von *Kappus* in *von Westphalen* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Allgemeine Reisebedingungen (2008), Rz. 3.

Wo das Maß der gesicherten Rechtserkenntnis noch nicht erreicht ist, wenn also die Unwirksamkeit nicht nur durch vereinzelte Stimmen in Streit ist, sollte man allerdings auch hier die Ungewissheit zugunsten des Verwenders ausfallen lassen und ihm insofern nicht ohne weiteres einen Sorgfaltsverstoß vorwerfen. Man könnte zwar bei der Einbeziehung unwirksamer AGB versucht sein, die Pflichten des Verwenders schärfer zu fassen. Anknüpfend an schon Ausgeführtes könnte man nämlich argumentieren, dass den Verwender ja die Formulierungsverantwortung allein trifft und er daher mehr als nur eine Plausibilitätskontrolle vornehmen müsse, um nicht schuldhaft zu handeln. Bei aller Sympathie dafür, Verwender von AGB strengen Maßstäben auszusetzen, darf aber doch eine Doppelung negativer Rechtsfolgen nicht herbeigeführt werden. Der Vertragspartner wird ja schon durch die Unwirksamkeit der Klausel geschützt. Reicht dieser Schutz im Einzelfall nicht aus, weil die Klausel angewendet wurde, ist der Schadensersatzanspruch wie sonst auch gerechtfertigt, aber eben nicht unter schärferen Bedingungen.

bb) Disposition des Vertragspartners nach Aufforderung durch den Verwender

Leitet der Verwender aus einer schon im Zeitpunkt der Einbeziehung als unwirksam erkannten Klausel Rechte gegen den Vertragspartner her, bleibt es mE bei der Fortwirkung der schon eingetretenen culpa-Haftung; die Geltendmachung stellt dann keinen (neuen) Fall einer pVV dar. Was die Anspruchsvoraussetzungen Pflichtwidrigkeit und Verschulden anbelangt, gilt ansonsten das zuvor ausgeführte, allenfalls noch ergänzt um ein „umso-mehr“: Wer schon bei der Einbeziehung pflicht- und sorgfaltswidrig gehandelt hat, müsste Grund haben, bei der Geltendmachung von Rechten aus der Klausel nachzuholen, was er anfangs versäumt hat.

c) Einbeziehung einer erst nach Vertragsschluss als unwirksam erkannten Klausel

Der vielleicht spannendere Fall liegt in der Konstellation, die auch der *VIII. Senat* in seinem Urteil vom 27.05.2009 vor sich hatte, dass nämlich im Zeitpunkt der Einbeziehung einer Klausel deren Unwirksamkeit noch nicht feststand. Dabei sollten einzelne Äußerungen in der Instanzrechtsprechung und Literatur noch nicht als ausreichend angesehen werden, die Unwirksamkeit in diesem Sinn als feststehend anzunehmen. Auch hier kann man wieder unterscheiden, ob der Vertragspartner Dispositionen ohne oder nach Aufforderung durch den Verwender trifft; in diesen Fällen scheint mir auch die Frage der Änderungs- oder Hinweispflicht eine (größere) Rolle zu spielen. In den zu-

vor behandelten Fällen musste darauf nicht gesondert eingegangen werden, da sich dort bereits aus anderen Gründen eine schuldhafte Pflichtverletzung ergab.

aa) Disposition des Vertragspartners ohne weiteres Zutun des Verwenders

Wenden wir uns zunächst den Fällen zu, in denen der Vertragspartner im Hinblick auf die ehemals als wirksam angesehene Klausel wirtschaftliche Dispositionen trifft, nachdem die Klausel als unwirksam erkannt wurde. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 27.05.2009 für diesen Fall zwar eine Pflichtverletzung im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses angenommen, den Anspruch aus dem dann aber am mangelnden Verschulden des Verwenders scheitern lassen. Denn im Zeitpunkt der Einbeziehung sei die Klausel noch nicht anrücklich, ja sogar vom zuständigen Senat in einer kurz vor Abschluss des Mietvertrags veröffentlichten Entscheidung als wirksam hingenommen worden.<sup>63</sup> In puncto Verschulden ist dem BGH sicher zuzustimmen. Wenn eine Klausel bis zu ihrer Einbeziehung unbeanstandet<sup>64</sup> geblieben ist, kann dem Verwender aus der Einbeziehung sicher kein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden, es sei denn, man wollte von ihm die Prognose fordern, dass die Rechtsprechung „kippt“. Das wäre aber als Verschuldensanforderung zu hoch. Das Ergebnis liegt auf der Linie der schon alten Rechtsprechung zum entschuldbaren Rechtsirrtum, der ausnahmsweise dann angenommen wird, wenn im Vertrauen auf eine gefestigte Rechtsprechung ein mit dieser übereinstimmender Rechtsstandpunkt eingenommen wurde und dann eine Änderung der Rechtsprechung eintritt.<sup>65</sup>

Es fragt sich aber, ob überhaupt schon eine Pflichtverletzung vorliegt. Richtig ist sicher, dass die Erkenntnis der Rechtsprechung über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Klausel nicht nur in die Zukunft wirkt, sondern auch Altfälle im Licht dieser Erkenntnis zu lösen sind. Die damit verbundene „Rückwirkung“ hat der Klauselverwender nach der zutreffenden Ansicht des BGH<sup>66</sup> hinzunehmen, so dass auch ursprünglich nicht anrückliche Klauseln im Nachhinein als das behandelt

---

<sup>63</sup> BGH NJW 2009, 2590, 2591 unter Verweis auf BGH NJW 1998, 3114, 3115.

<sup>64</sup> Die von *Sternel* NZM 2007, 545, 546, in Bezug genommene Entscheidung des BayObLG in NJW-RR 1987, 1298, war zwar zum öffentlich geförderten Wohnungsbau ergangen, hatte aber (auf S. 1300 der Fundstelle) u.a. darauf hingewiesen, dass die dortige Fristenstaffel keine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellte, weil die Fristen je nach Renovierungsbedarf auch verlängert werden konnten.

<sup>65</sup> BGH NJW 2007, 428, 430; NJW 2006, 3271, 3273; NJW 1974, 1903, 1904; NJW 1972, 1045, 1046.

<sup>66</sup> BGH NJW 2008, 1438, 1439; gegen Vertrauensschutz aus der Literatur etwa *Sternel* NZM 2007, 545, 546; BeckOK BGB Bamberger/Roth/Hubert Schmidt § 307 Rz. 80b; eingeschränkt gegen Vertrauensschutz *Artz* NZM 2007, 265, 268.

werden, was sie - allerdings unentdeckt - von Anfang an waren: nämlich unwirksam. Subsumiert man das alles aber unter den Begriff der Pflichtverletzung, erscheint das nicht mehr so eindeutig: Betroffen ist in diesen Fällen nicht eine leistungsbezogene Pflicht, deren Verletzung in der Tat allein die Pflichtwidrigkeit ausmacht: Wer nicht (vertragsgerecht) liefert, verletzt den Vertrag. Hier angesprochen sind die nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten<sup>67</sup> zum Leistungsverhältnis, bei denen zur Pflichtverletzung nicht nur das Zurückbleiben hinter der Pflicht als solches gehört, sondern auch die objektive Pflichtwidrigkeit.<sup>68</sup> Würde man zu deren Feststellung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellen, müsste man sie wohl verneinen, denn der Verwender tut das, was objektiv „sein gutes Recht“ ist: Er verwendet eine (damals) als nicht anstößig angesehene AGB. Allerdings erscheint es wenig konsequent, wenn man für die Feststellung der AGB-Unwirksamkeit auf den Erkenntnisstand „heute“ abstellt, während man für die Frage der Pflichtwidrigkeit auf denjenigen von „damals“ abstellt. Aus der geläuterten Sicht war die AGB eine unwirksame, so dass im Ergebnis also die Pflichtwidrigkeit zu bejahen ist und der Anspruch am Verschulden scheitert. Denn mag man auch, was die objektiven Umstände der Unwirksamkeit anbelangt, auf die heutige Sicht abstellen, bei der Frage der Vorwerfbarkeit muss man auf dasjenige abstellen, was dem Klauselverwender seinerzeit an Informationen zur Verfügung stehen konnte. Im (Zwischen-) Ergebnis lässt sich für diese Fallgruppe also feststellen, dass ein Schadensersatzanspruch nicht besteht, wenn der Verwender eine seinerzeit unbeanstandete Klausel einbezieht und der Vertragspartner hierauf ohne weitere Aufforderung durch den Verwender Dispositionen tätigt. Das Ergebnis lässt sich aber hier erst unter Vorbehalt der weiteren Nachprüfung feststellen, denn es könnte sich unter dem Aspekt einer Hinweispflicht des Verwenders noch verändern.

#### bb) Disposition des Vertragspartners nach Aufforderung durch den Verwender

Bevor auf die Hinweispflicht eingegangen wird, ist noch kurz die Frage zu beleuchten, ob der Verwender haftet, wenn er aus der ursprünglich nicht beanstandeten Klausel Rechte herleitet, nachdem die Klausel als unwirksam angesehen wurde. Hier stellt sich m. E. die Situation genauso dar wie bei der anfänglich unwirksamen Klausel. Der Verwender handelt hier, bezogen auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Rechte, pflichtwidrig. Denn nicht nur die Einbeziehung unwirk-

---

<sup>67</sup> So auch für das Mietrecht *Blank* WuM 2004, 243, 247.

<sup>68</sup> MünchKommBGB/*Ernst* § 280 Rz. 13 f.; andeutungsweise auch *Harke* Allgemeines Schuldrecht, Rz. 272.

samer AGB stellt sich als Verstoß gegen die Rücksichtnahmeverpflichtung dar, sondern auch die Geltendmachung von Rechten aus der AGB. Auch das Verschulden ist aus denselben Erwägungen zu bejahen, wie sie zuvor angestellt wurden. Richtige Anspruchsgrundlage sind hier die §§ 280 I, 241 II BGB, denn das Verhalten stellt die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht im bestehenden Vertragsverhältnis dar, ohne dass eine vorvertragliche schuldhaftige Pflichtverletzung sich fortsetzte.

cc) Änderungs- oder Hinweispflicht des Verwenders?

Wenden wir uns nun der Frage zu, ob den Verwender eine Änderungspflicht oder zumindest eine Hinweispflicht trifft, wenn die ursprünglich als unverdächtig gegoltene Klausel im Nachhinein als unwirksam angesehen wird. Recht knapp kann der Aspekt der Änderungspflicht abgehandelt werden. Änderungspflicht bezogen auf die AGB setzt das Änderungsrecht voraus, also die Möglichkeit des Verwenders, einseitig seine AGB abzuwandeln. Es liegt auf der Hand, dass diese Möglichkeit nicht gegeben ist, denn Änderung der einbezogenen AGB heißt Änderung des Vertrags, was aber nur einverständlich durch Änderungsvertrag geht (§ 311 I BGB). Eine Verpflichtung des Vertragspartners, an der Änderung der AGB mitzuwirken besteht auch unter Zuhilfenahme dahingehender salvatorischer Klauseln nicht, denn diese sind ihrerseits unwirksam.<sup>69</sup>

Besteht dann aber wenigstens eine Hinweispflicht des Verwenders an den Vertragspartner, dass eine Klausel inzwischen als unwirksam angesehen wird und, das wird man wohl hinzusetzen müssen, dass aus der Klausel auch keine Rechte mehr hergeleitet werden? Auf vorangegangenen Mietgerichtstagen (aber auch vorher) wurden schon kontroverse Standpunkte vertreten. Nach der auf dem Mietgerichtstag 2004 geäußerten Auffassung von *Blank*<sup>70</sup> muss der Vermieter, der erkennt, dass eine von ihm verwendete Regelung unwirksam ist und dass sein Mieter von der Wirksamkeit der AGB ausgeht, über die tatsächliche Rechtslage aufklären. Unterlässt er das, haftet er aus §§ 280 I, 241 II BGB. Eine ähnlich strenge Haltung hatte schon 1985 *Brandner*<sup>71</sup> eingenommen, der eine Hinweispflicht in den Fällen angenommen hatte, dass der Verwender nach dem Vertragsschluss die Unwirk-

---

<sup>69</sup> BeckOK BGB *Bamberger Roth/Hubert Schmidt* § 306 Rz. 17; *Harry Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 306 Rz. 39 f.

<sup>70</sup> *Blank* WuM 2004, 243, 248; *ders.* FS Derleder, 189, 199.

<sup>71</sup> FS Oppenhoff, 11, 20 f.

samkeit erkennt, beispielsweise nach einer Verurteilung im abstrakten Klauselkontrollverfahren. *Brandner* vergleicht die Verwendung unwirksamer AGB „mit dem Inverkehrbringen schädlicher Produkte ... , das in entsprechender Weise Hinweis- und Rückrufpflichten auslösen kann.“ *Artz* bezweifelt eine Hinweispflicht in den Fällen, in denen der Vermieter nicht im abstrakten Klauselkontrollverfahren zur Unterlassung der Verwendung verurteilt wurde.<sup>72</sup> Ausgangspunkt der Überlegungen auch von *Artz* ist § 241 II BGB. Er verweist darauf, dass sich aus Dauerschuldverhältnissen mit persönlichem Einschlag weder allgemeine Aufklärungs- noch Informationspflichten des Vermieters ergeben. Vielmehr dürfe sich der Mieter nicht darauf verlassen, dass der Verwender ihn ausreichend informiere. Er müsse selbst seine Interessen wahren.

Nicht nur, weil es wissenschaftlichem Brauch entspräche, eine vermittelnde Lösung zu wählen, wenn zwei unterschiedliche schon vorgetragen wurden, sondern um die beiderseitigen Interessen auszugleichen, scheint folgende Lösung angemessen: In den von *Artz* in den Blick genommenen Fällen der Verurteilung des Verwenders im abstrakten Klauselkontrollverfahren nach dem UKlaG ergibt sich schon aus der Verurteilung selbst die Verpflichtung, die AGB auch in vor der Verurteilung geschlossenen, aber noch laufenden Vertragsverhältnissen nicht mehr zu verwenden,<sup>73</sup> woraus im Dauerschuldverhältnis unschwer die Verpflichtung abzuleiten ist, die „Verwendung durch Unterlassen“ zu vermeiden, also den Vertragspartner auf die Unwirksamkeit der Klausel hinzuweisen,<sup>74</sup> deren Verletzung nach §§ 280 I, 241 II BGB zum Schadensersatz verpflichten kann.

Im Ausgangspunkt muss dies aber auch für den unverklagten Verwender gelten. *Sedes materiae* ist, entgegen *Artz*, weniger § 241 II BGB, jedenfalls dann nicht, wenn man die Norm isoliert ansieht. Zuvor hatte ich schon dafür plädiert, die Pflichtenstellung aus § 241 II BGB sozusagen durch die AGB-rechtliche Ausgangslage aufzufüllen. Die Anknüpfung an das AGB-Recht sollte daher Schlüssel-funktion haben. Aus ihr ergibt sich die bereits mehrfach bemühte Formulierungsverantwortung und das Unwirksamkeitsrisiko, welche allein beim Verwender liegen und seine Rücksichtnahmepflichten mitbestimmen. Das Unwirksamkeitsrisiko

---

<sup>72</sup> *Artz* NZM 2007, 265, 272.

<sup>73</sup> Vgl. schon BGH NJW 1981, 1511, 1512.

<sup>74</sup> A.A. insoweit indes BGH NJW 1981, 1511, 1512 unter II. 2. c) cc).

würde dem Verwender aber de facto genommen, wenn man ihm die Möglichkeit gäbe, trotz erkannter Unwirksamkeit dem Schicksal seinen Lauf zu lassen und durch das AGB-konforme Verhalten des Vertragspartner das zu bekommen, was ihm von Rechts wegen nicht zusteht. Das spricht für eine Hinweispflicht. Auf der anderen Seite darf man Pflichten, sollen sie halbwegs praktikabel handhabbar sein, nicht überspannen. Ich meine, der von *Brandner* angestellte Vergleich der Verwendung unwirksamer Klauseln mit dem Inverkehrbringen eines schädlichen Produktes ist nicht ganz passend, denn das Ausgesetztsein ist in beiden Fällen unterschiedlich. Wenn, um ein Beispiel zu nennen, der Käufer einer Sprudelflasche dadurch zu Schaden kommt, dass diese in seiner Hand explodiert, ist das unter vielen Aspekten, jedenfalls unter demjenigen etwas anderes als die Verwendung von unwirksamen AGB, da der Verwendungsgegner bei ihnen immerhin die realistische Möglichkeit hat, deren Gefährlichkeit zu überprüfen (oder sie überprüfen zu lassen). Das ist bei der Sprudelflasche praktisch ausgeschlossen. Man durchleuchtet die Falsche nicht, bevor man sie aus dem Kasten nimmt. Mit *Artz* kann man aber davon ausgehen, dass der Vertragspartner des Verwenders etwa bei Medienberichten über die Unwirksamkeit eine Überprüfung vornehmen zu lassen, bevor weiterer Schaden entsteht. Eine allgemeine und nicht an einen konkreten Anlass gebundene Hinweispflicht des Verwenders auf unwirksam „gewordene“ AGB kann m. E. vor diesem Hintergrund nicht gefordert werden, weil sonst der Prüfungs- und organisatorische Aufwand bei „großen“ Vermietern nicht mehr vernünftig zu beherrschen ist, sondern allenfalls bei den Vermietern, die nur einen geringen Bestand haben. Diese aber schärferen Anforderungen zu unterwerfen als den großen, professionellen Vermieter, erscheint wiederum nicht sachgerecht. Konkreten Anlass zum Hinweis hat aber der Vermieter, der erkennt oder erkennen muss, dass der Mieter in der Gefahr steht, auf Basis der nur scheinbar bindenden Vertragsregelung eine für ihn nachteilige Disposition zu treffen. Lassen Sie mich das am Beispiel der eingangs erwähnten Entscheidung des KG erläutern: Dort hatte der Mieter gekündigt, der vom Vermieter eingeschaltete professionelle Verwalter hatte ihm den Zugang bestätigt und in dem Bestätigungsschreiben - feinsinnig - formuliert:

*„Im Hinblick auf die Schönheitsreparaturen beachten Sie bitte die Vereinbarung unter § 10 Nr. 4 des Mietvertrags vom 29.10.2001...“<sup>75</sup>*

---

<sup>75</sup> Zitiert nach KG NZM 2009, 616.

Nach den Feststellungen des Gerichts hatte es sich um eine starre Schönheitsreparaturstaffel gehandelt. Hier hätte Anlass bestanden, den Mieter darauf hinzuweisen, dass im Zeitpunkt der Beendigung gerade keine Schönheits- oder Endreparatur geschuldet ist, da die zugrunde liegende Klausel unwirksam ist. So hätte der Mieter gewarnt sein können. Fraglich ist noch, ob der Vermieter eine Hinweispflicht hat, der zwar nicht in einem abstrakten Kontrollverfahren zur Unterlassung der Klauselverwendung verurteilt worden ist, sondern dem in einem Rechtsstreit mit einem Mieter bescheinigt wurde, dass die Klausel unwirksam ist. Geht man davon aus, dass die Verwendung einer AGB auch dann eine Pflichtverletzung darstellt, wenn die Klausel im Zeitpunkt der Einbeziehung noch unverdächtig war, setzt sich diese Pflichtverletzung fort und es spricht dann zumindest einiges dafür, auch in diesen Fällen einen Anlass zu sehen, die anderen Mieter auf die Unwirksamkeit der Klausel hinzuweisen.

Mit dieser anlassbezogenen Hinweispflicht geht aber nicht einher, dass der Vermieter auch auf die in der Vergangenheit liegenden Dispositionen eingeht,<sup>76</sup> denn ein Hinweis auf deren Rechtsgrundlosigkeit würde an der Sache nichts ändern und zur Wahrung der eigenen Ansprüche ist der Anspruchsberechtigte berufen. Eine der Sekundärhaftung von Beratern<sup>77</sup> entsprechende Situation ist hier nicht gegeben.

## 2. Kausalität, Zurechnung und Haftungsumfang

### a) Adäquanz

Die Haftung aus *cic* setzt ebenso wie diejenige aus pVV einen Zurechnungszusammenhang zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung und dem Schaden voraus. Die rein auf die *condicio sine qua non* – Formel, also auf die Äquivalenz aller Ursachen, gestützte Haftung ist in ihrer Weite bekanntlich nicht hinnehmbar und bedarf der (wertenden) Korrektur. Die Eingrenzung der Haftung wird im vorliegenden Zusammenhang selten aus dem Gesichtspunkt der Adäquanz gelingen. Nach der „Adäquanztheorie“ werden ja nur solche Haftungsbedingungen aus dem Zurechnungsbereich des Schädigers herausgelöst, die das Schadensereignis nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen

---

<sup>76</sup> Auch der BGH nimmt in NJW 1981, 1511, 1512 keine Hinweispflicht an, wenn ein Vertrag schon abgewickelt ist.

<sup>77</sup> BGH VersR 1967, 979; 1970, 815, 818 (RA); BGH NJW 1982, 1285, 1287 (StB); zur Sekundärhaftung von Architekten: v. *Rintelen* NZBau 2008, 209 ff.

herbeiführen konnten, wozu auch besonders ungewöhnliche und unsachgemäße Beiträge des Geschädigten selbst zur Schadensentstehung gehören.<sup>78</sup> Das wird man aber bei der Befolgung einer unwirksamen AGB durch den Vertragspartner nicht annehmen, denn immer noch werden (viel zu viele) AGB für bare Münze genommen. Auch der Weg zum Rechtsanwalt markiert keinen vollkommen unwahrscheinlichen und – unabhängig von dessen juristischer Qualität – sachwidrigen Verlauf.

#### b) Schutzbereich der Norm

Zur Korrektur allzu weit gehender Zurechnung könnte man kommen, wenn der geklagte Schaden nicht vom Schutzbereich der Norm erfasst, die Norm also nicht der Vermeidung oder dem Ausgleich solcher Schäden dient.<sup>79</sup> Wenn man die Rücksichtnahmepflicht im Rahmen des § 241 II BGB wie zuvor beschrieben AGB-rechtlich „auf-füllt“, so kann schwerlich bezweifelt werden, dass die schädlichen Folgen einer unwirksamen AGB vom Schutzbereich der Norm gedeckt sind.

#### c) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Unter Beachtung des Schutzbereichs der Haftungsnorm ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens denkbar.<sup>80</sup> Dieser lässt sich begründen, wenn der Schädiger den Schaden entweder durch normgerechtes Verhalten herbeiführen durfte oder wenn der Schaden des Vertragspartners auch dann eingetreten wäre, wenn der Verwender rechtmäßig gehandelt hätte<sup>81</sup> und wenn der Schädiger vortragen und nachweisen kann, dass derselbe Erfolg tatsächlich herbeigeführt worden und nicht nur möglich gewesen wäre.<sup>82</sup> Es stellt sich also die Frage, ob der Verwender den Schadensersatzanspruch damit abwehren kann, dass derselbe Erfolg auch bei Verwendung einer individuellen Vereinbarung oder einer rechtmäßigen Klausel eingetreten wäre.

Der Einwand, dieselbe rechtliche Verpflichtung wie diejenige aus der unwirksamen Klausel hätte im Wege einer Individualvereinbarung erreicht werden können, sollte aus zwei Gesichtspunkten ausgeschlossen sein: einmal wegen der grundsätzlichen Entscheidung des Verwenders, der sich nun einmal für die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses durch AGB entschieden hat und den man an dieser Entscheidung festhalten

---

<sup>78</sup> Aus jüngerer Zeit BGH NJW 2005, 1420, 1421.

<sup>79</sup> Harke Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rz. 303.

<sup>80</sup> Zur grundsätzlichen Beachtlichkeit BGHZ 120, 281, 285; BGHZ 96, 157, 173; MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rz. 215.

<sup>81</sup> MünchKommBGB/Oetker § 249 Rz. 211.

<sup>82</sup> Ders. a.a.O. Rz. 215.

sollte. Zum anderen ist es eben nicht gesagt, ob der Vertragspartner sich auf die individuelle Vereinbarung überhaupt eingelassen hätte, wenn der Verwender sie denn angeboten hätte.

Kann der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens aber darauf gestützt werden, der jetzt als Schaden geklagte Erfolg sei auch auf rechtmäßigem Weg, also mit einer angemessenen Klauselgestaltung erreicht worden? Hier wird man unterscheiden müssen: Wo eine rechtmäßige Klauselgestaltung schon an (zwingenden) Normen u. a. des AGB-Rechts scheitert, ist der Einwand sicher nicht begründet. Das kann man wiederum an Beispielen verdeutlichen: Wenn etwa in einer Klausel ein Verzicht des Wohnraummieters auf die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung schlechthin vorgesehen wäre (entgegen § 569 I, V BGB), könnte eine entsprechende Regelung durch eine andere Klauselgestaltung nicht herbeigeführt werden. Gleiches gilt etwa im Fall, dass der Vermieter dem Mieter im Rahmen einer Schönheitsreparaturklausel auferlegt, einerseits das Parkett abzuziehen und dessen Versiegelung wiederherzustellen sowie andererseits Fenster und Türen von außen zu streichen.<sup>83</sup> Das benachteiligt den Mieter nach § 307 I 1 BGB unangemessen, weil diese Arbeiten den Umfang der Schönheitsreparaturpflicht überschreiten. Sieht sich der Vermieter den Schadensersatzansprüchen des Mieters ausgesetzt, der später erfährt, dass er zu diesen Arbeiten nicht verpflichtet war, ist dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegenzuhalten, dass der Vermieter diese Arbeiten auch im Rahmen einer (wirksamen) Schönheitsreparaturklausel vom Mieter nicht verlangen kann.

Verlangt ein Mieter hingegen Schadenersatz für Schönheitsreparaturaufwendungen, weil die Klausel wegen eines starren Fristenplans unwirksam ist,<sup>84</sup> stellt sich die Frage, ob der Mieter die Kosten auch dann hätte aufwenden müssen, wenn die Klausel mit flexiblem Fristenplan wirksam wäre. Wären ihm die Kosten dann auch, und zwar auch zu demselben Zeitpunkt entstanden, so könnte ihm der Vermieter den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegenhalten, denn der Schaden beruht gerade nicht auf der Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung.

---

<sup>83</sup> BGH Urt. v. 13.01.2010, VIII ZR 48/09 m.w.N.

<sup>84</sup> BGH NJW 2006, 2113, 2114; NJW 2006, 2115; NJW 2004, 2586, 2587.

#### d) Haftungsfolgen/Haftungsumfang

##### aa) Schäden durch die „Erfüllung“ der unwirksamen Klausel

Bei schuldhafter Pflichtverletzung schuldet der Verwender den Ersatz jeden Schadens, der adäquat-kausal durch die Pflichtverletzung entstanden ist.<sup>85</sup> Dazu gehören sicher die Aufwendungen, die der Vertragspartner getätigt hat, um einer unwirksamen Klausel nachzukommen; im Fall der Schönheitsreparaturen wären das also die aufgewendeten Kosten in Höhe des tatsächlichen Aufwandes. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die eigene Arbeitsleistung des Mieters zu werten ist. Zum Teil wird im Anschluss an die Entscheidung vom 27.05.2009 darauf hingewiesen, dass der Ersatz von Freizeit nicht in Betracht komme, da deren Einbuße keinen Vermögensschaden darstelle; erstattungsfähig könne der Einsatz eigener Arbeitskraft nur dann sein, wenn diese ansonsten hätte gewinnbringend eingesetzt werden können.<sup>86</sup> Es kommt hier aber wohl weniger auf die Freizeit als solche an, deren Einbuße, wie es heißt, mit jedem Schadensfall verbunden ist. Hier geht es darum, dass der Geschädigte letztlich wirtschaftlich relevant tätig wird, sozusagen Wertschöpfung betreibt, die er grundsätzlich nur zu eigenem, nicht aber zu fremdem Vorteil auslösen will. Von daher nimmt die Rechtsprechung zutreffend einen ersatzfähigen Schaden an, wenn sich nach der Verkehrsauffassung für die getätigte Arbeitsleistung ein sich objektiv nach dem Maß der Arbeitskraft zu bemessender geldlicher Wert, d.h. ein Marktwert, ermitteln lässt, unabhängig davon, ob tatsächlich die Arbeitsleistung ohne das schädigende Ereignis anderweitig hätte gewinnbringend einsetzen lassen.<sup>87</sup> Bei den hier als Beispiel herangezogenen Schönheitsreparaturen wird man einen solchen Marktwert, ggf. durch Schätzung, § 287 ZPO, ermitteln können.

##### bb) Schäden zur Abwehr einer Inanspruchnahme

Soweit der Verwender aus einer unwirksamen AGB Rechte gegen den Vertragspartner geltend macht und dies nach dem zuvor ausgeführten eine schuldhafte Pflichtverletzung darstellt, kann der Schaden auch in den Kosten für die Abwehr des Anspruchs bestehen, also insbesondere in Form von Rechtsanwaltsgebühren. Eine Einschränkung könnte sich hier dann ergeben, wenn der Vertragspartner des Verwenders über hinreichende Sachkunde verfügt und die Rechtslage eindeutig ist.

---

<sup>85</sup> *Emmerich* Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 22 Rz. 29.

<sup>86</sup> *Eisenschmid* jurisPR-MietR 15/2009 Anm. 3; allgemein *Palandt/Grüneberg* § 249 Rz. 68.

<sup>87</sup> BGH NJW 2001, 887, 888; 1996, 921, 922 je m.w.N.

Dann könnte die Abwehr des Anspruchs zunächst ohne Inanspruchnahme eines Anwaltes unmittelbar vom in Anspruch genommenen erwartet werden. In diese Richtung könnte man im Anschluss an eine Entscheidung des BGH<sup>88</sup> gehen, der in einfach gelagerten Fällen und bei klarer Rechtslage angenommen hatte, dass für die erstmalige Geltendmachung eines Schadensersatzes die Einschaltung eines Rechtsanwaltes nicht erforderlich sei. Wenn man das auf die hiesige Situation überträgt, wird man aber sicher dann die Einschaltung eines Rechtsanwaltes von Anfang an für erforderlich halten dürfen, wenn der Verwender seinerseits „schweres Geschütz“ auffährt, sich also anwaltlich vertreten lässt. Das gebietet schon die Waffengleichheit. Ansonsten wird man die erforderliche Sachkunde eher nur bei gewerblichen Vertragspartnern annehmen können.

cc) „Unmotivierte“ Rechtsberatung zur Überprüfung von AGB?

Eine letzte Vermögensdisposition möchte ich ansprechen, nämlich die Kosten für die Überprüfung von AGB, ohne dass der Verwender schon Ansprüche gegen den Vertragspartner geltend gemacht hätte. Würde der Vertragspartner die AGB vor Vertragsabschluss rechtlich prüfen lassen, würde man wohl kaum einen Schaden annehmen können, denn es ist ja gerade noch kein Vertrag abgeschlossen worden, aus dem Rechte oder Pflichten resultierten. Vor diesem Hintergrund kann m. E. nichts anderes gelten, wenn der Vertragspartner erst nach dem Vertragsabschluss den Vertrag „abstrakt“ rechtlich überprüfen zu lassen.

### 3. Einwendungen und Einreden

a) Mitverschulden?

Hier wie stets stellt sich die Frage, ob der allzu gutgläubige Verwendungsgegner sich einen Mitverschuldenseinwand gefallen lassen muss.<sup>89</sup> Geht man einmal „vom Rechtsgefühl“ her an die Frage heran, wird man im Grundsatz sehr schnell zur zurückhaltenden Anwendung des Mitverschuldenseinwandes kommen. Denn ansonsten würde man dem Verwender den beinahe zynischen Vorwurf an den Vertragspartner erlauben, er sei ja selbst schuld, nicht gemerkt zu haben, dass der Verwender ihn via AGB übervorteilen wollte. Geht man etwas dogmatischer an die Sache heran, muss man sich mit den

---

<sup>88</sup> BGHZ 127, 348, 351 f.

<sup>89</sup> Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen Vor § 307 Rz. 104: „Einwand des Mitverschuldens ... (ist) nicht schlechthin ausgeschlossen“.

Pflichten des Vertragspartners auseinandersetzen. Denn nur, wenn der Vertragspartner hier eine Obliegenheit verletzt, die eigene Rechtsposition zu schützen oder den Schaden gering zu halten, kommt überhaupt der Mitverschuldenseinwand in Betracht.<sup>90</sup> Dieser kann sicher nicht schon daran knüpfen, dass der Vertragspartner es zugelassen hätte, die unwirksame AGB Vertragsbestandteil werden zu lassen. Denn das liegt gerade in der Systematik der AGB-Verwendung, dass der Vertragspartner nur mit „ja“ oder „nein“ zum Vertrag zu Wort kommt, aber nicht mit Änderungsvorschlägen. Gleiches gilt mit dem Einwand, die AGB nicht auf ihre Wirksamkeit überprüft zu haben, denn auch dann wird der Verwender in der Regel keine Neigung haben, an den AGB etwas zu ändern. Der Mitverschuldenseinwand kommt aber sicher dann in Betracht, wenn der Vertragspartner die Unwirksamkeit einer Klausel kennt und sich trotzdem klauselkonform verhält und zum anderen aber auch dann, wenn der Vertragspartner die Unwirksamkeit aus allgemein zugänglichen Quellen hätte wissen können. Wenn etwa in den allgemeinen Medien über eine Klauselgestaltung und deren Kassation berichtet wurde, wird man annehmen dürfen, dass das der durchschnittlich aufmerksame Teilnehmer am Rechts- und Geschäftsverkehr registriert und sich darauf einrichtet.

#### b) Verjährung (Hinweis)

Schon der gebotenen Rücksichtnahme auf Herrn Professor Jacoby, der im Anschluss an mein Referat ausführlich die Verjährung von Rückforderungsansprüchen wegen der Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen behandeln wird, möchte ich es bei einem kurzen Hinweis belassen: Es spricht meines Erachtens einiges dafür, die hier behandelten Schadensersatzansprüche des Mieters jedenfalls dann der kurzen Verjährung des § 548 II BGB zu unterwerfen,<sup>91</sup> wenn der Schaden in Aufwendungen auf die Mietsache besteht. Denn der Anwendungsbereich der Norm ist weit und erfasst neben dem Ersatz für Aufwendungen<sup>92</sup> auch etwa GoA- oder kohärente Bereicherungsansprüche,<sup>93</sup> jedenfalls dann, wenn sie einen Bezug zum Mietvertrag aufweisen.<sup>94</sup> Etwas anderes und damit die Regelverjährung muss dann gelten, wenn es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, der sich nicht auf Aufwendungen auf die Mietsache stützt, also etwa wenn der Vermieter seine Gewährleistungspflicht gesetzwidrig einschränkt, der

---

<sup>90</sup> *Staudinger/Schiemann* (2005) § 254 Rz. 30.

<sup>91</sup> Bei Bereicherungsansprüchen wegen rechtsgrundlos erbrachter Schönheitsreparaturen für analoge Anwendung von § 548 II BGB *Klimke/Lehmann-Richter* WuM 2006, 653, 655; dem folgend *Blank* in *Blank/Börstinghaus* § 548 Rz. 24; ablehnend demgegenüber etwa *Eisenschmid* jurisPR-MietR 15/2009, Anm. 3.

<sup>92</sup> Das sind alle vermögenswerten Maßnahmen, die den Bestand der Sache als solche erhalten, wiederherstellen oder verbessern; so etwa *Gather* in *Schmidt-Futterer* Mietrecht, § 548 Rz. 56

<sup>93</sup> *MünchKommBGB/Bieler* § 548 Rn. 3; ebenso *Gather* in *Schmidt-Futterer* Mietrecht § 548 Rz. 58.

<sup>94</sup> BGH NJW 1989, 2745, 2747 f.

Mieter daher die mangelbedingte Mietminderung nicht zum Anlass nimmt, einen Teil der Miete zu kürzen und später den zuviel gezahlten Mietzins kondiziert.

#### 4. Zur Schönheitsreparatur-Reparatur-Entscheidung des BGH vom 27.05.2009<sup>95</sup>

Lassen Sie mich noch einige wenige Anmerkungen zur bekannten BGH-Entscheidung vom 27.05.2009 machen:

##### a) cic/pVV

Der *Senat* hat die Haftung aus cic mangels Verschulden zu Recht abgelehnt, dabei aber nur auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem die Klausel vereinbart worden ist.<sup>96</sup> Nach dem zuvor Ausgeführten muss man einen Schritt weitergehen und auf den Zeitpunkt abstellen, in dem aus der Klausel Rechte hergeleitet werden, nachdem deren Unwirksamkeit von der Rechtsprechung erkannt worden ist. Insofern wäre hier wohl eine Haftung aus pVV in Betracht gekommen, die der *Senat* wohl aus revisionsrechtlichen Gründen (es war in den Tatsacheninstanzen streitig geblieben, ob der Vermieter ein Endrenovierungsverlangen gestellt hatte) nicht weiterverfolgt hat.

Darüber hinaus hat der *Senat* den Umstand als entschuldigt rechtsirrig angesehen, dass dem Vermieter die AGB-Eigenschaft seines handschriftlichen Zusatzes über die Endrenovierungsverpflichtung verborgen geblieben ist.<sup>97</sup> Vor dem Hintergrund der ansonsten eher strengen Rechtsprechung (auch des *Senates*) zum entschuldigenden Rechtsirrtum erscheint das sehr großzügig. Denn nach der gängigen Lesart ist ein Rechtsirrtum nur dann entschuldigt, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (notfalls nach sachkundiger Beratung) mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.<sup>98</sup> Davon wird man hier sicher nicht ausgehen können, mögen die vom *Senat* in Bezug genommenen Entscheidungen auch nicht aus dem Mietrecht stammen.

##### b) GoA

Den Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 539 BGB i. V. m. der GoA für die nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen hat der *Senat* verneint, da die Schönheitsreparatur

---

<sup>95</sup> NJW 2009, 2590; die folgenden Zitate der Entscheidung beschränken sich auf die Angaben der Textziffern.

<sup>96</sup> Rz. 11 ff.

<sup>97</sup> Rz. 13 f.

<sup>98</sup> Etwa BGH NJW 2006, 3271, 3273; NJW 2007, 428, 430.

Gegenleistung zur Gebrauchsüberlassung sei und es daher an dem Fremdgeschäftsführungswillen mangle.<sup>99</sup> Die Annahme, dass die Überbürdung der Schönheitsreparaturverpflichtung entgegen § 535 I 2 BGB auf den Mieter Teil des von diesem zu entrichtenden Entgeltes darstelle, ist alt<sup>100</sup> und herrschend,<sup>101</sup> ob sie in dieser Allgemeinheit richtig ist, erscheint mir nach wie vor<sup>102</sup> fragwürdig, wobei ich hier nur von der nicht preisgebundenen Wohnungsmiete spreche. Es mag Fälle geben, in denen die Parteien sich tatsächlich Gedanken darüber gemacht haben, dass der Mietzins sich letztlich zusammensetzt aus einer Zahlungs- und einer Werkleistungskomponente.<sup>103</sup> Oft entscheidet aber wohl auch bei der Wohnungsmiete schlicht der Markt und nicht die Absprache der Parteien zu den Schönheitsreparaturen über den Preis für das Wohnen. Ich möchte den Blick aus dem AGB-Recht auf das Problem lenken: Wenn die Übernahme der Schönheitsreparaturen Teil der vom Vertragspartner zu erbringenden Gegenleistung für die Nutzung der Mietsache ist, müsste man die Klausel letztlich so „übersetzen“: *Der Mietpreis beträgt monatlich 500,00 € zuzüglich (aufgeschlüsselter) Nebenkosten und zuzüglich der Renovierung von Küche usw. nach 3 Jahren und so fort.* Dann stellt sich die Frage der Kontrollfähigkeit nach § 307 III BGB, bei deren Verneinung die Klausel in Hinsicht auf die Inhaltskontrolle grundsätzlich nur auf Transparenz zu prüfen wäre (§ 307 III 2, I 2 BGB). Die Frage der Kontrollfähigkeit der Klauseln wird aber in keiner der neueren<sup>104</sup> oder auch älteren<sup>105</sup> Entscheidungen zu dem Thema Schönheitsreparaturen gestellt, in den Urteilen des BGH wird § 8 AGBG oder § 307 III BGB nicht einmal erwähnt. Auseinandergesetzt hat der BGH sich in der Entscheidung zu den Kleinreparaturklauseln mit der Frage der Kontrollfestigkeit und sie zutreffend verneint.<sup>106</sup> Der BGH führt dazu aus:

---

<sup>99</sup> Rz. 20.

<sup>100</sup> Siehe schon BGHZ 92, 363, 368, 370.

<sup>101</sup> BGH NJW 2009, 2590, 2591 mit zahlreichen Nachweisen; *Börstinghaus* NZM 2010, 18, 24.

<sup>102</sup> Kritisch schon in BeckOK BGB *Bamberger/Roth/Hubert Schmidt* § 307 Rz. 80b; ebenfalls ablehnend *Emmerich* NZM 2006, 761, 763 f.; *Herrlein* NJW 2008, 1279, 1280; *Blank* NZM 2007, 472, 473.

<sup>103</sup> Wie in BGHZ 105, 71; die der Entscheidung zugrunde liegende Schönheitsreparaturklausel lautete zu Beginn (abgedruckt S. 72): *„Da in der Miete keine Kosten hierfür kalkuliert sind, verpflichtet sich der Mieter, auf seine Kosten mindestens alle drei Jahre in Küche, Bad, Toilette und alle fünf Jahre in allen übrigen Räumen Schönheitsreparaturen ... fachmännisch ausführen zu lassen ...“*

<sup>104</sup> BGH NZM 2009, 903 = NJW 2009, 3716; NZM 2009, 353 = NJW 2009, 1408; NZM 2008, 890 = NJW 2008, 3772; NZM 2008, 605 = NJW 2008, 2499; NZM 2007, 398 = NJW 2007, 1743 (allerdings Grenzfall, bei dem die Klausel ohnedies intransparent war); NZM 2006, 621 = NJW 2006, 2115; NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006; NZM 2004, 653 = NJW 2004, 2586; NZM 2003, 755 = NJW 2003, 3192; NZM 2003, 594 = NJW 2003, 2234.

<sup>105</sup> BGH NZM 1998, 710 = NJW 1998, 3114; BGHZ 105, 71, 79 ff.; 101, 253, 263 ff.; 92, 363, 368, 370 - diese Entscheidung betraf einen Altfall vor Inkrafttreten des AGBG; wegen § 28 II AGBG war aber § 9 AGBG auf alte Dauerschuldverhältnisse anwendbar, was auch auf § 8 AGBG übertragen wurde, BGHZ 93, 358, 360.

<sup>106</sup> BGHZ 108, 1, 4 f.

*„Als eine solche Nebenabrede (sc. zur Preisvereinbarung) ist die Kleinreparaturklausel, sofern ihr überhaupt Entgeltcharakter zukommt, anzusehen, weil sie die sich aus den §§ 536, 548 BGB (a. F.) ergebende Vertragspflicht des Vermieters ändert, die Mietsache auf seine Kosten in gebrauchsfähigem Zustand zur Verfügung zu stellen und zu erhalten. Aus diesem Grund hat der Senat auch die formularmäßige Überwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, deren Entgeltcharakter feststeht, einer Kontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG unterworfen.“<sup>107</sup>*

Mit dieser Begründung kommt man der Sache schon näher: Es geht bei der Schönheitsreparaturklausel nicht darum, das Entgelt des Mieters zu regeln, sondern umgekehrt die Leistungspflicht des Vermieters einzuschränken<sup>108</sup> (daher ist sie auch kontrollfähig). Mittelbar wird so die gemietete Sache für den Mieter natürlich teurer, aber das wird nicht durch eine Erhöhung des Preises, sondern durch eine Einschränkung der Leistung erreicht.<sup>109</sup> So gesehen wird es fraglich, ob man tatsächlich mit der Entgeltthese den Anspruch aus der GoA verneinen kann.

c) Höhe des Bereicherungsausgleichs:

Bekanntlich hat der *Senat* Bereicherungsansprüche dem Grunde nach angenommen.<sup>110</sup> Deren Höhe hat er jedenfalls in dem entschiedenen Eigenleistungsfall auf das gedeckelt,

*„was der Mieter billigerweise neben dem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.“<sup>111</sup>*

In der Literatur ist das treffend und mild mit dem „Bierkisten-Faktor“ umschrieben worden,<sup>112</sup> man könnte aber in manchen Fällen sicher ebenfalls zutreffend aber weniger mild an „Schwarzarbeitersätze“ denken. Man mag dem *Senat* zugute halten, vermeiden zu wollen, dass der Unglücksfall für den Mieter, ungerechtfertigte Arbeiten durchgeführt zu haben, dadurch zum Glücksfall wird, dass er etwas bekommt, was er tatsächlich nicht verauslagt hat. Nur gibt das Bereicherungsrecht hierfür wenig her, denn es schaut nicht in erster Linie auf die Entreicherung beim rechtsgrundlos Leistenden, sondern auf die Bereicherung des Empfängers und setzt hierfür objektive Maßstä-

---

<sup>107</sup> BGHZ 108, 1, 5.

<sup>108</sup> Ebenso schon *Emmerich, Herrlein und Blank* (je Fn. 102); *Dose NZM* 2009, 381, 382.

<sup>109</sup> Ob die Interpretation der Schönheitsreparaturklausel als Entgeltregelung erforderlich ist, um sie als angemessen im Sinn von § 307 BGB einzustufen (dazu *BGH NJW* 2008, 2840, 2841), erscheint einerseits nicht zwingend (vgl. auch *Dose NZM* 2009, 381), andererseits aber auch ein nicht weiterführender Schluss: Eine Klausel ist noch nicht dann Entgeltklausel, wenn sie ansonsten AGB-rechtlich nicht zu halten wäre.

<sup>110</sup> Rz. 21 ff.

<sup>111</sup> Rz. 24 und Leitsatz 2.

<sup>112</sup> *Börstinghaus NZM* 2010, 18, 24 bei Fn. 60.

be. Der Wert der Bereicherung bemisst sich nach dem, was der Bereicherte am Markt für die Erlangung des Bereicherungsgegenstandes hätte aufwenden müssen.<sup>113</sup> Deshalb kommt es ungeachtet dessen, was der Entreicherte aufbringt, bei der hier in Rede stehenden Rückabwicklung von nicht geschuldeten Dienst- oder Werkleistungen auf die übliche oder angemessene Vergütung an.<sup>114</sup> Will man nicht den oft gar nicht messbaren<sup>115</sup> Zuwachs des Ertragswertes als Bereicherung zugrunde legen, wird man am Wert der Dienst- oder Werkleistung anknüpfen müssen. Versuche der Begrenzung laufen also dem Bereicherungsrecht zu wider, aber auch dem Zweck von § 306 BGB entgegen: Die Klausel ist unwirksam und das Risiko aus der Unwirksamkeit liegt allein auf Seiten des Vermieters. Ihm das zu nehmen, ist AGB-rechtlich verfehlt. Der Vermieter wird nicht davon abgeschreckt, eine unwirksame Klausel zu verwenden (und umzusetzen), wenn die wirtschaftlichen Folgen für ihn nicht spürbar oder gar günstig sind. Daher erscheint der Ansatz, den Wert der Arbeiten als Basis der Bereicherung zu nehmen richtig, den man aber nicht dadurch verwässern sollte, dass man die „milden“ Nachbarschaftshilfesätze zugrunde legt. Wenn der gewerbliche Vermieter selbst renovieren müsste, würde er einen gewerblichen Anbieter wählen (und es nicht selbst tun). Dann scheint es auch sachgerecht, die üblichen Vergütungssätze zugrunde zu legen. Keinesfalls sollte die Entscheidung ohne Differenzierung verallgemeinert werden. Wenn etwa ein Mieter eine unwirksame Fachhandwerkerklausel<sup>116</sup> für bare Münze nimmt, liegt es auf der Hand, dass der Bereicherungsanspruch schwerlich auf die Nachbarschaftshilfesätze zu begrenzen ist.

#### IV.

#### Zusammenfassung/Thesen

1. Die Verwendung von unwirksamen AGB kann Ansprüche aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen oder aus (allgemeiner) Pflichtverletzung nach sich ziehen. Die Haftung aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen kommt in Betracht, wenn schon die Einbeziehung einer unwirksamen Klausel zum Schaden des Vertragspartners führt. Diejenige aus Pflichtverletzung ist angesprochen, wenn der Vertragspartner entweder Rechte aus einer unwirksamen Klausel herleitet oder nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel hinweist.

---

<sup>113</sup> BeckOK BGB *Bamberger/Roth/Wendehorst* § 818 Rz. 27; *Staudinger/Lorenz* BGB (2007) § 818 Rz. 26.

<sup>114</sup> Davon geht im Grundsatz ja auch der *Senat* aus.

<sup>115</sup> Darauf weist *Blank* LMK 2009, 288745, hin.

<sup>116</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422, 1423 m.w.N.; *Stoffels* AGB-Recht Rz. 1091.

2. Die Haftung aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und aus Pflichtverletzung sind Teile eines Systems zum Schutz vor unwirksamen Geschäftsbedingungen, die die Klauselkontrolle nach den AGB-rechtlichen Vorschriften flankiert und ergänzt.
3. Die Zurechnung eines Schadens aus der Verwendung einer unwirksamen AGB kann unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens unter engen Voraussetzungen eingeschränkt sein.
4. Zum erstattungsfähigen Schaden gehören die wirtschaftlichen Nachteile aus der Erfüllung der Klausel sowie Aufwendungen für die Rechtsverteidigung gegen die Inanspruchnahme aus der Klausel. Die Kosten einer nicht anlassbezogenen Überprüfung des Vertrags sind demgegenüber nicht erstattungsfähig.
5. Der Mitverschuldenseinwand ist unter engen Voraussetzungen möglich.
6. Die Verjährung richtet sich entweder nach den allgemeinen Vorschriften oder im Fall des Schadensersatzes wegen Aufwendungen auf die Mietsache nach § 548 II BGB.
7. Zur Entscheidung des BGH vom 27.05.2009
  - a) Die Schönheitsreparaturklauseln stellen regelmäßig keine Entgeltregelungen dar, sondern lediglich eine partielle Einschränkung der Leistungspflicht des Vermieters, die Sache während der Mietzeit in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten.
  - b) Die Höhe der Bereicherung bei Durchführung einer nicht geschuldeten Schönheitsreparatur richtet sich nach dem objektiv zur Erhaltung der Renovierungsleistungen erforderlichen.