

Vertragsgestaltung bei unrenovierten Wohnungen – Freizeichnung und Nachfolgevereinbarungen

I. Ausgangspunkt

Dem mir gestellten Thema will ich mich in drei Schritten nähern: Zunächst wird es – sozusagen in einem kurzen Aufriss – darum gehen, das der Fragestellung zugrunde liegende Urteil des BGH vom 18.3.2015¹ kurz nochmals Revue passieren zu lassen. Dabei sollen die für die Praxis besonders relevanten Fragen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast besonders hervorgehoben werden. In einem zweiten Schritt wird es dann darum gehen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter die Chance, aber auch das Recht hat, eine nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wirksame Freizeichnung von der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen bei nicht renoviert überlassenem Wohnraum zu vereinbaren, ohne diese auf den Mieter ausdrücklich zu übertragen. Da eine solche Vertragsgestaltung eine Abbedingung von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält, sind wohl nicht nur an die Transparenz einer solchen Klausel, sondern auch an ihre Wirksamkeit sehr ernste Fragen zu stellen. Unter dem Stichwort der „Nachfolgevereinbarung“ – also in einem letzten Schritt – sind dann Vertragsgestaltungen unter die Lupe zu nehmen, in denen die Übergabe- und Übernahmemodalitäten in das Verhältnis von Vormieter und Nachmieter verlagert werden, indem der Nachmieter – anders als sein Vormieter – eine nicht renovierte Wohnung übernimmt. Da der Vermieter ein solches Vorgehen aktiv oder passiv gestalten kann, es aber in jedem Fall dazu führt, dass er von seinen Verpflichtungen nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB effektiv entlastet wird, hängt also alles davon ab, wie in dieser Konstellation die Rolle des Verwenders nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB tatsächlich gestaltet ist.

II. Das BGH-Urteil vom 18.3.2015

1. Grundaussage

Das Urteil des BGH stellte die bisher geübte Praxis der richterlichen Inhaltskontrolle von Schönheitsreparaturen, welche der Vermieter – entgegen dem Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB – auf den Mieter im Wege einer Formulklausel abwälzte, auf völlig neue Füße.² Der erste Leitsatz sagt klar aus: „Die formularvertragliche Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen einer dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 und des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt.“

Zuvor hatte der BGH bereits in seinem Beschluss vom 22.1.2014³ angedeutet, dass eine Schönheitsreparaturklausel, welche sich auf eine unrenovierte oder

¹ BGH NZM 2015, 374.

² Nachfolgend instanzgerichtlich vgl. LG Berlin BeckRS 2015, 11694; LG Berlin NZM 2016, 124; Übertragung auf den Bereich der gewerblichen Miete OLG Celle NZM 2016, 644.

³ BGH BeckRS 2014, 02862.

renovierungsbedürftige Wohnung bezieht, an § 307 BGB scheitern könnte, weil sie eine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt.

2. Beweislast

a) Aussage der maßgebenden Leitsätze

Um die für die Praxis bedeutsame Frage nach der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast einigermaßen sicher in den Blick zu nehmen, ist es zunächst wichtig, daran zu erinnern, dass der BGH in seinem zweiten Leitsatz eine gewisse Definition der Merkmale „unrenoviert“ sowie „renovierungsbedürftig“ versucht. Er erklärt: „Unrenoviert oder renovierungsbedürftig ist eine Wohnung nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder völlig abgewohnt ist. Maßgeblich ist, ob die dem Mieter überlassene Wohnung Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum aufweist, wobei solche Gebrauchsspuren außer Acht bleiben, die so unerheblich sind, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Es kommt letztlich darauf an, ob die überlassenen Mieträume den Gesamteindruck einer renovierten Wohnung vermitteln.“⁴

Der dritte Leitsatz ergänzt dann diese Aussage noch, indem er die Frage nach der tatsächlichen Beurteilung des Zustands einer Wohnung am Ende des Mietvertrages dem Tatrichter an die Hand gibt. Es ist, so lässt der BGH wissen, eine „Gesamtschau unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalls maßgebenden Umstände vorzunehmen.“⁵ Doch enthält dieser Leitsatz sogleich eine für die Praxis – zumindest auf den ersten Blick – nicht unbedingt hilfreiche Einschränkung. Fast im Sinn einer Angstklausel meint der BGH, dass es für die Einordnung der Frage, ob denn eine Wohnung am Ende der Mietzeit „unrenoviert“ oder auch nur „renovierungsbedürftig“ ist, eine „Vielzahl von Erscheinungsformen“ gibt.

b) Verfeinernde Aussagen des BGH

aa) Undifferenzierte Anwendung von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die mit dieser, eine gewisse Ratlosigkeit stiftenden Grundaussage, verknüpft der BGH dann sogleich im vierten Leitsatz seine Feststellung: Es obliegt dem Mieter, darzulegen und auch zu beweisen, dass die gegen ihn gerichtete Schönheitsreparaturklausel sich auf eine nicht renovierte Wohnung bezieht und daher an „§ 307 Abs. 1 Satz 1, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB“⁶ scheitert.⁷ Das ist nach der Festlegung im vierten Leitsatz immer dann der Fall, wenn der Mieter mit einer Schönheitsreparaturklausel konfrontiert wird und die Frage streitig ist, ob denn die gemietete Wohnung bei Beginn des Vertrages „unrenoviert“ oder „renovierungsbedürftig“ war.⁸

bb) Kritik

aaa) Deutsch-rechtlicher Ansatz

Doch schon hier drängt sich eine notwendige Differenzierung auf, welche der BGH in seinem ersten Leitsatz sträflich vernachlässigt, weil er die Normen von § 307 Abs. 1

⁴ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 2.

⁵ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 3.

⁶ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 1.

⁷ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 4.

⁸ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 4.

Satz 1 BGB und von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB undifferenziert nebeneinander stellt.⁹ Das hat nämlich direkte Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Dass nämlich der Vertragspartner des Verwenders, wie der BGH pauschal sagt,¹⁰ darlegungs- und auch beweispflichtig ist, die tatsächlichen Gründe für die Unwirksamkeit und die daher auf ihm lastende unangemessene Benachteiligung einer Klausel vorzutragen, trifft uneingeschränkt nur für die Wertungen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil diese von den zugrunde liegenden Tatsachen entscheidend abhängen.¹¹ Denn der dogmatische Grundansatz lautet hier nach ständiger Rechtsprechung des BGH: Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach dieser Norm immer dann vor, wenn der Verwender in der Vertragsgestaltung missbräuchlich seine eigenen Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.¹² Es kommt also darauf an, den Nachweis zu führen, dass auf Grund einer typisierenden Bilanzierung und einer Balancierung der beiderseitigen Interessen der Verwender missbräuchlich eine eigenen Interessen zum Nachteil seiner Vertragspartners in den Vordergrund gerückt hat, so dass die Belange des Vertragspartners entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt worden sind.¹³

Ob die Norm des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB überhaupt bei der Kontrolle von Schönheitsreparaturklauseln in Ansatz zu bringen ist, dürfte zweifelhaft sein, wenn man bedenkt, dass es immer darum geht, dass solche Klauseln zugunsten des Vermieters und damit zum Nachteil des Mieters von dem gesetzlichen Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abweichen. In diesem Rahmen aber spielt die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verankerte Vermutung der Unwirksamkeit – vgl. „im Zweifel“ – eine entscheidende Rolle. Denn immer dann, wenn eine Klausel nicht nur unerheblich von dem jeweiligen Leitbild des dispositiven Rechts abweicht, ist „im Zweifel“ davon auszugehen, dass der Vertragspartner des Verwenders insoweit unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt wird. Entscheidend für dieses Verständnis ist der Befund, dass das dispositive Recht in der Regel von Gerechtigkeitsnormen geprägt ist.¹⁴ Das trifft auf § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB uneingeschränkt zu. Kein Mensch käme auf den Gedanken, in dieser Norm nur reine Zweckmäßigkeitgesichtspunkte des Gesetzgebers wieder zu finden, welche für die Anwendbarkeit von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB keine Auswirkungen entfalten würden.¹⁵ § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist also als eine Sonderregelung gegenüber § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB einzuordnen, welche strikt vorrangig ist.¹⁶

Ärgerlich ist dann freilich,¹⁷ dass die vom BGH aus der Literatur für seine undifferenzierte Auffassung herangezogenen Belegstellen, allesamt nicht für die Grundnorm des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB passen, sondern nur – wenn denn überhaupt – für die fast nie im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeforderte Darlegungs-

⁹ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 1.

¹⁰ BGH NZM 2015, 374 – Tz. 32.

¹¹ Erman/Roloff, BGB, 14. Aufl., Köln 2014, vor § 307 Rdnr. 21.

¹² BGH NJW 2010, 57 (59) m.w.N.; Palandt/Grüneberg (Fn.) § 307 Rdnr. 12.

¹³ Staudinger/Coester (Fn.) § 307 Rdnr. 153ff.; Fuchs, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) § 307 Rdnr. 120ff.

¹⁴ Statt aller Palandt/Grüneberg (Fn.) § 307 Rdnr. 30.

¹⁵ Hierzu umfassend Fuchs, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) § 307 Rdnr. 221ff.

¹⁶ Staudinger/Coester (Fn.) § 307 Rdnr. 227; vgl. Fuchs, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) § 307 Rdnr. 194 – Kanalisierungseffekt.

¹⁷ So auch Schmidt NJW 2016, 1201 (1203).

und Beweislast.¹⁸ Die vom BGH angezogenen Präjudizien sind bis auf zwei in Bezug genommene BGH-Urteile auch nicht zutreffend, weil sie andere Konstellationen, jedenfalls aber nicht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB betreffen.¹⁹ Geht man also von einer Schönheitsreparaturklausel aus, die sich im Sinn des BGH-Urteils auf „unrenovierten“ oder „renovierungsbedürftigen“ Wohnraum bei Beginn eines Mietvertrages bezieht, dann wird man die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast durchaus abweichend von der Auffassung des BGH in den Blick nehmen müssen: Soweit der Mieter auch nur halbwegs schlüssig vorträgt, dass die von ihm angemietete Wohnung bei Beginn des Mietvertrages nicht renoviert war, dann streitet die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verankerte Vermutung gegen die Wirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel, weil sie eben vom Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abweicht. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Klausel gleichwohl nicht als unwirksam einzustufen ist, ist dann – entgegen der Ansicht des BGH – nicht Sache des Mieters, sondern die des Vermieters als ABG-Verwender.

bbb) Europarechtlicher Ansatz

Gerade weil die vom BGH angesprochene Darlegungs- und Beweislast für den Mieter so überaus komplex und in der Praxis wohl auch nur schwer von den Parteien – gerade wegen ihrer Neuerungen - zu bewältigen ist, wird man hier noch einen weiteren Stolperstein dem BGH in den Weg legen müssen.²⁰ Dieser ist anderer Stelle schon im Einzelnen entwickelt worden, so dass im grundsätzlichen Ansatz darauf verwiesen werden muss, um vermeidbare Doppelungen auszuschalten.²¹ Es geht nämlich darum, den vom EuGH in vielen Entscheidungen niedergelegten Grundsatz der Amtsermittlung nach Maßgabe von Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG²² endlich furchtbar zu machen.²³ Im Sinn des Art. 7 dieser Richtlinie kommt es nämlich entscheidend darauf an, dass ein Mitgliedstaat wirksame Maßnahmen ergreift, um sicherzustellen, dass der Verwendung missbräuchlicher und daher unwirksamer AGB ein Ende gesetzt wird.²⁴

Angetrieben ist diese Entwicklung in der Judikatur des EuGH durch die Norm des Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG.²⁵ Danach ist eine missbräuchliche Vertragsklausel, die zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher vereinbart wurde, von jedem einzelnen Mitgliedstaat als für den Verbraucher „unverbindlich“ zu behandeln ist.²⁶ Es gilt daher der Grundsatz: Das nationale Gericht muss von Amtswegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel, welche in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, prüfen, „sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen

¹⁸ Vgl. BGH NZM 2015, 374 – Tz. 32 mit verfehltm Hinweis auf: Palandt/*Grüneberg* (Fn.) § 307 Rdnr. 9; *Fuchs*, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) vor § 307 Rdnr. 109; Erman/*Roloff* (Fn.) vor § 307 Rdnr. 21 – alle ausdrücklich für § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB anders im Blick auf die dort verankerte Vermutung; Staudinger/*Coester* (Fn.) § 307 Rdnr. 104 – dezidiert nur für § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB; *Dammann*, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Fn.) vor §§ 308, 309 Rdnr. 19 – nur für die in diesen Normen genannten Verbotstatbestände, die hier nicht einschlägig sind.

¹⁹ Zutreffen die Referenz auf BGH NZM 2003, 292 (294) und BGH NJW 1996, 389 (390), weil sie sich allerdings nur auf § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB beziehen, nicht aber die vom BGH als erstes angezogene Entscheidung (NJW 1984, 1854); sie bezieht sich auf die Darlegungs- und Beweislast betreffend einen Irrtum im Sinn des § 119 BGB; in der weiteren Entscheidung des BGH - NJW 1991, 2763 (2764) ging es um die Höhe einer Pauschale nach § 10 Nr. 7 AGBG.

²⁰ Hierzu auch *Kappus* NZM 2016, 609 (616f.)

²¹ Hierzu *Graf von Westphalen* NZM 2016, 10ff.

²² ABl. vom 21.4.1993 Nr. L 95 S. 29ff.

²³ Hierzu *Graf von Westphalen* NJW 2013, 961 (965); zögernd noch Palandt/*Grüneberg* (Fn.) § 307 Rdnr. 9.

²⁴ EuGH – C 472/10 EuZW 2012, 786 – Tz. 41f. – Nemezeti; EuGH C- 186/05 EuZW 2006, 734 – Tz. 30 – Mostaza.

²⁵ Hierzu auch *Pfeiffer*, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Fn.) Art. 6 Rdnr. 3ff.

²⁶ Andeutungsweise hierzu auch *Schmidt* NJW 2016, 1201 (1203)

Grundlagen verfügt²⁷. Diese Judikatur hat der EuGH noch in jüngster Zeit bestätigt.²⁸ Danach darf das Recht des Verbrauchers, an eine missbräuchliche Klausel gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie nicht gebunden zu sein, nicht in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt werden.²⁹ Das bleibt nicht allein dem Vortrag der Parteien überlassen und ist im Ergebnis eine deutliche Ansage an alle Erwägungen, welche an die Verteilung der Beweislast bei Schönheitsreparaturklauseln anknüpfen, die zum Nachteil des Mieters immer von der Norm des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abweichen.

Fällt also eine Klausel in den Anwendungsbereich der Richtlinie,³⁰ weil im Rahmen eines Leistungsaustauschvertrages auf der einen Seite ein Gewerbetreibender, auf der anderen ein Verbraucher steht, dann muss das nationale Gericht „Untersuchungsmaßnahmen durchführen“,³¹ um Missbräuchlichkeit der Klausel festzustellen. Dazu reicht es aber aus, wenn das angerufene Gericht „über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt“.³² Das nationale Gericht darf also nicht abwarten, dass der Verbraucher sich auf die Missbräuchlichkeit der Klausel beruft.³³ Im Ergebnis ist also die europarechtlich geforderte Effektivität des von der Richtlinie 93/13/EWG bezweckten Rechtsschutz zugunsten des Verbrauchers nur dann zu erreichen, wenn die missbräuchliche Klausel schlicht nicht angewandt wird³⁴ und der Verbraucher in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht in den Stand versetzt wird, der ohne die missbräuchliche Klausel bestand.³⁵

ccc) Allgemeine Schlussfolgerungen

Was folgt daraus für die Praxis?³⁶ Es bieten sich drei Antworten an: Zunächst wird man die Fragen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast und damit auch den insoweit geltenden Grundsatz der Parteimaxime innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13/EWG nachhaltig in Zweifel ziehen müssen.³⁷ Denn er kollidiert mit den zum Schutz des Verbrauchers aufgestellten Grundsätzen der EuGH-Judikatur, wie sie inzwischen in ständiger Rechtsprechung verfestigt worden sind.³⁸ Zu bedenken als zweites, dass der EuGH³⁹ in einem schon etwas zurückliegenden Urteil erklärt hat, dass auch bei einem kontradiktorischen Verfahren – und darum geht es bei der Beurteilung der Vorschriften der ZPO bei der Anwendung des AGB-Rechts – das nationale Gericht „im Allgemeinen“ verpflichtet ist, nachdem es „die Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel von Amtswegen festgestellt hat, die Parteien darüber zu informieren“. Das deutet auf § 139 ZPO hin. Denn die Parteien müssen Gelegenheit erhalten, das vom Gericht – von Amtswegen – ermittelte Ergebnis kontradiktorisch zu erörtern.⁴⁰

²⁷ EuGH C-154/15 EuZW 2017, 148 – Tz. 58 – Naranjo; EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Tz. 23 – Banif mwN.

²⁸ EuGH C-421/14, BeckRS 2017, 100528 – Banco Primus;

²⁹ EuGH C-154/15, EuZW 2017, 148 – Tz.

³⁰ EuGH C-143/15, EuZW 2017, 148 – Tz. 58 – Narajno

³¹ EuGH C-137/08, EuZW 2011, 27 – Tz. 56 – VB Pénczügyi;

³² EuGH C-137/08, EuZW 2011, 27 – Tz. 43 – VB Pénczügyi; EuGH C-243/08, NJW 2009, 2367 – Tz. 32 – Pannon.

³³ EuGH C-143/15, EuZW 2017, 148 – Tz. 59 – Narajno.

³⁴ EuGH C-143/15, EuZW 2017, 148 – Tz. 60 – Narajno.

³⁵ EuGH C-143/15, EuZW 2017, 148 – Tz. 61 – Naranjo.

³⁶ Hierzu auch Kappus NZM 2016, 609 (616f.) mit Muster einer Vorlagefrage an den EuGH.

³⁷ Zurückhaltend demgegenüber Palandt/Grüneberg (Fn.) § 310 Rdnr.

³⁸ Graf von Westphalen NJW 2013, 961 (965).

³⁹ EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Banif.

⁴⁰ EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Tz. 31ff. - Banif.

Daraus ergibt sich drittens: Es reicht aus, wenn in einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel der Mieter in plausibler Form – man mag auch das deutsch-rechtliche Wort verwenden und in „schlüssiger Weise“ sagen – vorträgt, dass er die angemietete Wohnung sich in einem nicht renovierten oder renovierungsbedürftigen Zustand befunden hat, dann ist dieser Sachvortrag – ohne weitere konkrete Beweisangebote – hinreichend schlüssig, um das nationale Gericht in den Stand zu setzen, der Frage nachzugehen, ob die Klausel an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitert und daher unwirksam ist.

Fraglich ist zunächst, wie diese auf einer ständigen Rechtsprechung des EuGH beruhenden Sentenzen im Kontext des deutschen AGB-Rechts zu verstehen sind. An anderer Stelle wurde aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH bereits abgeleitet, dass der das deutsche Prozessrecht beherrschende Beibringungsgrundsatz in Zweifel zu ziehen sein dürfte. Denn nach den Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 der Richtlinie 93/13/EWG eine Amtspflicht des mit einer Klauselkontrolle befassten Gerichts eines Mitgliedstaates tritt, durch eine eigene Prüfung sicherzustellen, dass eine unter die Richtlinie fallende Klausel als möglicherweise missbräuchlich zu verwerfen ist.

Unterstrichen wird diese Erwägung durch die nunmehr vom EuGH in einer neuen Entscheidung in den Raum gestellte Festlegung, dass diese von Amtswegen zu vollziehende Entscheidung des Gerichts nicht davon abhängen darf, dass der „über seine Rechte informierte Verbraucher erklärt, dass er die Nichtigerklärung der genannten Klausel beantragt“.⁴¹ In diesem Urteil wird der EuGH sogar noch deutlicher:

bb) Konkrete Schlussfolgerungen bei einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln

Damit stellt sich vor allem die Frage, ob denn die vom BGH in seinem hier zu erörternden Urteil⁴² dargestellten Erwägungen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei einer Schönheitsreparaturklausel, die auch für eine nicht renovierte Wohnung anwendbar ist, nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG anders zu beantworten ist.⁴³ Es könnte sich nämlich folgende Wertung anbieten, wofür einiges spricht: Wenn nämlich einem nationalen Gericht ein formularmäßig gestalteter Mietvertrag, einschließlich einer Schönheitsreparaturklausel in einem Rechtsstreit unterbreitet wird, auf den § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB anwendbar ist, dann hat das Gericht bereits die vom EuGH geforderten „rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen“⁴⁴ zur Verfügung, um bereits dann von Amtswegen zu ermitteln, ob denn die Klausel als missbräuchlich zu qualifizieren ist. Die Abweichung von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB beherrscht abschließend die hier zu findende Antwort.

Es geht dann nicht mehr um weiteren Sachvortrag der Parteien und auch nicht mehr um die Frage, wer denn von den beiden Parteien die Darlegungs- und Beweislast für die Unwirksamkeit der Klausel – renoviert, nicht renoviert und angemessener Ausgleich - trägt. Dieser Sachvortrag ist nunmehr entbehrlich. Vielmehr muss das Gericht von Amtswegen „Untersuchungsmaßnahmen“ betreffend die Einzelheiten der

⁴¹ EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Banif.

⁴² BGH NZM 2015, 374.

⁴³ Abweichend LG Karlsruhe NZM 2016, 638 (639); seit weitgehend AG Gelsenkirchen BeckRS 2016, 14595 – neuer Vermieter – keine Kenntnisse über den Zustand der vermieteten Wohnung (Erkundigungspflicht).

⁴⁴ EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Tz. 23 - Banif; EuGH C-243/08, NJW 2009, 2367 – Tz. 32 - Pannon.

bereits durchgeführten oder ausstehenden Renovierungsmaßnahmen der betreffenden Wohnung durchführen,⁴⁵ um im Ergebnis festzustellen, ob die Klausel missbräuchlich nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinien 93/13/EWG ist. Von dem gefundenen Ergebnis der amtlichen Ermittlungen sind dann die Parteien zu unterrichten; ihnen ist auch Gelegenheit zu geben, dazu mündlich oder schriftsätzlich vorzutragen.

3. Unbrauchbarkeit des Kompensationsgedankens

a) Ausgangspunkt des BGH-Urteils

Doch die bislang unterbreiteten Erwägungen sind sozusagen nur „die halbe Miete“, welche aus der BGH-Entscheidung vom 18.3.2015 abzuleiten sind.⁴⁶ Denn es kommt ja entscheidend darauf an, ob nicht die Schönheitsreparaturklausel des Vertrages deswegen nach § 307 BGB nicht zu beanstanden war, weil sie im Sinn des ersten Leitsatzes des Urteils als Gegengewicht gegen die Unangemessenheit der Schönheitsreparaturklausel für den betroffenen Mieter einen „angemessenen Ausgleich“ vorsah. Ein solcher Ausgleich muss – so der BGH – sicherstellen, dass der Mieter finanziell so gestellt wird wie er stände, wenn der Vermieter ihm bei Beginn des Mietvertrages eine renovierte Wohnung zur Nutzung überlassen hätte.⁴⁷ Trifft dies aber zu, dann geht es darum festzustellen, dass die Schönheitsreparaturklausel nach § 307 BGB wirksam ist.

Unter diesen Voraussetzungen obliegt nach Ansicht des BGH die Darlegungs- und Beweislast dem Vermieter als dem AGB-Verwender, weil es darum geht, die Klausel insoweit wegen der kompensatorischen Funktion der Ausgleichszahlung als wirksam einzustufen.⁴⁸ Was das aber im praktischen Ergebnis heißen soll, bleibt dunkel. Jedenfalls reichte in dem vom BGH entschiedenen Fall eine Abgeltung in Höhe einer halben Monatsmiete nicht aus.⁴⁹ Beispiel: Bei einem unbefristeten Mietvertrag – und dies ist der Regelfall – wird man kaum mit hinreichender Sicherheit bei Beginn des Vertrages voraussagen können, welche Dauer ein solcher Vertrag haben wird und welcher Aufwand dafür erforderlich ist, um im Sinn einer finanziellen Abgeltung bei Beendigung des Mietvertrages sicherzustellen, dass der Mieter so gestellt wird, wie er stände, wenn er nicht eine unrenovierte, sondern eine renovierte Wohnung angemietet hätte. Auch lässt sich – bezogen auf die aufzuwendenden Kosten einer Renovierung – keineswegs mit hinreichender Sicherheit voraussagen, wie sich denn die Inflationsrate über die jeweilige Zeit hinweg entwickeln wird, um wirklich als vollständige Kompensation zugunsten des Mieters bewertet zu werden. Denn dieser hat ja die Renovierung im Rahmen einer Schönheitsreparaturklausel bei Auszug aus den gemieteten Räumlichkeiten durchgeführt.

b) Ungewissheit bei einer vorab vereinbarten Abgeltungszahlung

Erhält nämlich der Mieter im Sinn einer vorab zu entrichtenden Abgeltung vom Vermieter im rechnerischen Ergebnis eine zu geringe Kompensation, dann bleibt es bei der Sanktionswirkung der Unwirksamkeit einer die Schönheitsreparaturen ausschließenden Vertragsgestaltung im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Aber von welcher Grenze an greift die Sanktion der Unwirksamkeit? Bei 5%, bei 10% oder erst

⁴⁵ EuGH C-472/11, NJW 2013, 987 – Tz. 31ff. - Banif.0

⁴⁶ BGH NZM 2015, 374 – Leitsatz Nr. 1.

⁴⁷ BGH NZM 2015, 374 – Tz. 35.

⁴⁸ BGH NZM 2015, 374 – Tz. 36.

⁴⁹ BGH NZM 2015, 374.

bei einem Viertel der Kosten für die Vornahme dieser Arbeiten, mit denen der Mieter belastet wird? Bei welchem Betrag beginnt oder endet die nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderliche unangemessene Benachteiligung? Die Antwort folgt aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB: Die Durchführung von Schönheitsreparaturen ist nach der gesetzlichen Wertung nicht Sache des Mieters, sondern des Vermieters. Betreibt also der Mieter – im Blick auf eine ihm insoweit zufließende Kompensation - das Geschäft des Vermieters, dann sind die §§ 683, 670 BGB der als zwingend anzusehende Maßstab für die Höhe der dem Mieter geschuldeten Kompensation.⁵⁰

Da aber dieser Betrag nie im Voraus mit der erforderlichen Sicherheit zu ermitteln ist, scheitern solche Vorab-Klauseln im Zweifel an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn sie im Ergebnis den Abgeltungsbetrag zu niedrig ansetzen. Man wird auch daran denken können, hier das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in Stellung zu bringen. Denn ein zu niedrig angesetzter Abgeltungsbetrag – etwa auch der Nachlass von einer oder mehreren Monatsmieten⁵¹ - verdunkelt die Rechtslage und führt daher den Verbraucher in die Irre.⁵² Eine Vorab-Klausel ist also unwirksam, wenn sie nicht bei einer generell-abstrakten Bewertung alle Fälle zutreffend erfasst, welche bei einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ins Gewicht fallen, wie Mietdauer, Umfang der Renovierungsarbeiten, zutreffende Höhe des dem Mieter zufließenden Betrages. Soweit der Verwender kein Prophet ist, wird er mit einer solchen Klauselversion immer scheitern.⁵³ Denn nur insoweit als die von den durchzuführenden Schönheitsreparaturen vom Mieter tatsächlich seit Mietbeginn verursachten Abnutzungen reichen, ist die Überwälzung der Pflicht, Schönheitsreparaturen entgegen dem Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB durchzuführen, nicht zu beanstanden.

Ob man hier mit der Pauschale nach § 28 Abs. 4 der II. Berechnungs-VO arbeiten kann,⁵⁴ dürfte zweifelhaft sein. Zwar wird dort bekanntlich ein Betrag von € 10,32/qm Wohnfläche/Jahr festgelegt. Doch, wie *Langenberg*, mit Recht herausgearbeitet hat, handelt es sich hier um einen Aufwand für Arbeiten im Rahmen einer Standardrenovierung für öffentlich geförderte Wohnungen. Dieser Aufwand als Pauschale kann daher nur ein erster Ansatz sein, falls die zu renovierende Wohnung in der Tat keine Besonderheiten in Ausstattung oder Alter aufweist,⁵⁵ der im Rahmen einer durchzuführenden Renovierung auf den Mieter in unangemessener Weise durchschlagen könnte.

Ob im Übrigen – die Fragestellung ist also hier zu erweitern - die Rechtsprechung des BGH zu der kompensatorischen Wirkung von nachteiligen und vorteilhaften Klauselgestaltungen⁵⁶ hier entscheidend weiterhelfen kann, ist unsicher. Denn diese Rechtsfigur ist AGB-rechtlich dadurch geprägt, dass es sich bei Beurteilung des gesamten Vertrages um solche Klauseln handeln muss, welche in einem konnexen und wechselbezüglichen Klauselinhalt stehen.⁵⁷ Indessen muss das Preisargument in diesem Zusammenhang im Blick auf § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB außer Betracht

⁵⁰ Kompensation in Höhe einer Monatsmiete als ausreichend gewertet, obwohl die Höhe der durchzuführenden Schönheitsreparaturen nicht konkretisiert ist – LG Berlin NZM 2016, 124.

⁵¹ A.M. LG Berlin NZM 2016, 124.

⁵² Statt aller *Staudinger/Coester* (Fn.) § 307 Rdnr. 174.

⁵³ So im Ergebnis betreffend die Unwirksamkeit eine Quotenklausel auch BGH NJW 2015, 1871 (1873).

⁵⁴ Vgl. *Langenberg* NZM 2015, 681 (684f.).

⁵⁵ *Langenberg* NZM 2015, 681 (685).

⁵⁶ BGH NJW 2003, 889 (890).

⁵⁷ *Palandt/Griineberg* (Fn.) § 307 Rdnr. 14; *Fuchs*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn.) § 307 Rdnr. 144ff.

bleiben.⁵⁸ Nun ist die vom BGH ins Auge gefasste Abgeltung einer an sich unwirksamen Schönheitsreparaturklausel nicht unbedingt als synallagmatisch vom Vermieter geschuldeter „Preis“ zu qualifizieren, weil es im rechnerischen Ergebnis darum geht, dass der Aufwand für die Durchführung der eigentlich (wegen der Unwirksamkeit der Klausel) nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen durch den Mieter diesem entgolten wird. Es geht also – rechtlich gewertet – wohl um eine Art Aufwandsersatz im Sinn der §§ 670, 683 BGB.

c) Ausweg: Rückwirkende Betrachtung

aa) Aufwandsersatz

Nimmt man diesen Rechtsgedanken als Maßstab, dann ist der Vermieter stets verpflichtet, eine an diesen objektiven Merkmalen ausgerichtete Kompensation zugunsten des Mieters sicherzustellen. Gestützt wird dieser Gedanke auch durch das Urteil des BGH, in dem er die Wirksamkeit von Quotenklauseln nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verworfen hat, weil der Mieter nicht in der Lage ist, mit hinreichender Sicherheit vorherzusagen, welche Kostenbelastung auf ihn tatsächlich zukommt.⁵⁹ Um also den Mieter finanziell und auch wirtschaftlich so zu stellen wie er stände, wenn er nicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen bei Ende seines Mietvertrages verpflichtet wäre, kann nur die Klauselgestaltung als wirksam im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bewertet werden, die im Nachhinein auf Euro und Cent eben das Ergebnis gewährleistet: Der Mieter ist nach Durchführung der eigentlich nicht von ihm geschuldeten Schönheitsreparaturen so zu stellen wie er stände, wäre § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB unangetastet Sache des Vermieters geblieben.

bb) Blankettklausel

Eine solche Klausel kann nur dann Bestand haben, wenn sie als eine Art Blanketterklärung des Vermieters formuliert ist. Setzt man den Betrag nur als „angemessen“ fest, dann dürfte eine solche Vertragsgestaltung an den Hürden des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitern.⁶⁰ Denn diese Klauselgestaltung gibt dem Mieter Steine statt Brot. Da eine wirksame Abgeltungsklausel wegen der Ungewissheit der Höhe des geschuldeten Betrages also nicht im Vorhinein möglich ist, hilft also nur eine Klausel, in der sich der Vermieter ohne Wenn und Aber verpflichtet, den Mieter von den Aufwendungen freizustellen,⁶¹ welche dieser im Zusammenhang mit der Durchführung der von ihm nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen im Sinn der §§ 670, 683 BGB begründet.⁶²

cc) Vorschusspflicht - § 669 BGB

Da die Regel des § 683 BGB auf die allgemeinen Auftragsregeln verweist, wird man auch nicht zögern dürfen, die Frage zu adressieren, ob nicht der Mieter bei einer solchen Vertragsgestaltung einen Anspruch darauf hat, dass der Vermieter ihm für die durchzuführenden Schönheitsreparaturen einen Vorschuss nach § 669 BGB leistet. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass er den Mieter weitgehend von den Belastungen

⁵⁸ Staudinger/Coester (Fn.) § 300007 Rdnr. 130.

⁵⁹ BGH NJW 2015, 1871 (1873).

⁶⁰ Im Ergebnis auch *Drasdo* NJW-Special 2015, 417; mit Recht kritisch auch Herrlein NJW 2015, 2925 (2927) betreffend Kostenvoranschlag eines Handwerkers.

⁶¹ So auch *Drasdo* a.a.O.

⁶² Zu dieser Anspruchsgrundlage auch *Schmidt* NJW 2016, 1201 (1202) – freilich über den Weg der Gewährleistung nach § 536 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

entbindet, die ihm immer dann bevorstehen, wenn der Vermieter sich weigert, den als Abgeltung der Aufwendungen vorgesehenen und vom Mieter bereits verauslagten Betrag anzuerkennen. Die Zahlung eines entsprechenden angemessenen Vorschusses im Sinn des § 669 BGB hat dann eben auch für den betroffenen Mieter den Vorteil, dass damit ein Teil der Unannehmlichkeiten ausgeglichen wird, die nach der Erfahrung des Alltags immer dann entstehen, wenn ein Dritter als Beauftragter oder jedenfalls als Geschäftsführer im Sinn des § 675 BGB für und anstelle des Schuldners tätig wird.

Doch wird man es nicht bei der wörtlichen Anwendung des § 669 BGB belassen dürfen. Denn es ist dem Mieter als einem Verbraucher nicht zuzumuten, sich vor Durchführung der vom Vermieter geschuldeten Schönheitsreparaturen darüber kundig zu machen, dass ihm auf „Verlangen“ ein Anspruch auf Vorschuss für die Begleichung der erwarteten Aufwendungen zusteht. Daher spricht einiges dafür, dass der Vermieter bereits in der Klauselgestaltung die gegenüber dem Mieter geschuldete Vorschusspflicht in angemessener Höhe in Ansatz bringt. Versäumt der Vermieter dies, dann spricht durchaus einiges dafür, eine einfache Abgeltungsklausel für die Vornahme der Schönheitsreparaturen im Sinn des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB – ohne Verankerung einer entsprechenden Vorschusspflicht nach § 669 BGB – als unangemessene Benachteiligung des Mieters nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB einzuordnen.

dd) Akzeptieren der Abgeltung durch den Mieter

Lehmann-Richter hat in einer früheren Abhandlung geltend gemacht, dass es für die Annahme einer angemessenen Kompensation ausreichend sei, wenn der Mieter sich mit dem Vermieter darüber im konkreten Fall verständigt, welche Abgeltung für die Übernahme einer nicht renovierten Wohnung zu zahlen sei.⁶³ Die Begründung liegt für ihn darin, dass eine solche Vereinbarung „individuell ausgehandelt“ sei,⁶⁴ etwa der Erlass der ersten Miete.⁶⁵ Das erscheint aber unter der Perspektive des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB äußerst zweifelhaft. Denn danach liegt ein Aushandeln nur dann vor, wenn der Vermieter als AGB-Verwender dem Mieter tatsächlich „Einfluss“ auf die Vertragsgestaltung eingeräumt hat.⁶⁶ Das aber setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass der Mieter – durch die Initiative des Vermieters – in den Stand gesetzt werden muss, seine eigenen Vorstellungen – als alternative Textvorschläge⁶⁷ – ernsthaft in die Verhandlungen einzuführen, so dass er im Ergebnis auch die „reale Möglichkeit“ hat,⁶⁸ seine Interessen auch durchzusetzen.⁶⁹ Anders gesagt: Der Vermieter muss einen Vorschlag einer Kompensation stets so ausgestalten, dass der Mieter in der Lage ist, seine eigenen Gegenvorstellungen auch effektiv durchzusetzen.⁷⁰ Zudem kommt es auf das Merkmal einer vielfachen Verwendung, wie § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB im Rahmen der AGB-rechtlichen Definition vorschreibt, in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht an, weil auch die erstmalige Verwendung einer vorformulierten Textpassage AGB-Charakter hat, so dass auch – das wird oft übersehen – auch der Individualvertrag der

⁶³ *Lehmann-Richter* NZM 2005, 691 (693); vgl. auch *ders.* NJW 2015, 1594 (1598).

⁶⁴ Diesen Weg schlägt auch *Schmidt* für „Kleinvermieter“ vor, ohne die Voraussetzungen des Aushandelns nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu problematisieren, NJW 2016, 1201 (1202f.); vgl. auch *Langenberg* NZM 2015, 801 (804) – aufbauend auf § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, nicht aber, was geboten ist, auf § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

⁶⁵ *Lehmann-Richter* NZM 2005, 691 (693).

⁶⁶ BGH NJW 2010, 1131 (1133).

⁶⁷ BGH NJW 2010, 1131 (1133); BGH NJW 1992, 503 (504).

⁶⁸ BGH NJW 2000, 11110 (1111).

⁶⁹ Hierzu auch *Palandt/Grüneberg* (Fn.) § 310 Rdnr. 17.

⁷⁰ BGH NJW 2010, 1131 (1133).

richterlichen Inhaltskontrolle immer dann unterworfen wird,⁷¹ wenn es an einer konkreten Einflussnahme des Mieters auf die Vertragsgestaltung fehlt.⁷²

Freilich könnte man einwenden, dass es hier um die Vereinbarung eines „Preises“ für die Abgeltung der Aufwendungen für die durchzuführenden Schönheitsreparaturen geht, so dass der Kontrollfreiraum von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB eröffnet ist. Doch diese Sicht führt in die Irre: Geht man nämlich davon aus, dass der Mieter hier – gemessen an der Pflicht des Vermieters im Sinn des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB – dessen Pflicht erfüllt, dann führt dieser Gedankengang wie von selbst zu einem Aufwendungsersatz nach §§ 670, 683 BGB. Dessen Höhe aber ist – und nur dies ist hier im Streit – allemal nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle ausgesetzt.

Daher ist es in aller Regel verfehlt, bei der Vereinbarung einer als angemessen erscheinenden Abgeltungsklausel davon auszugehen, diese sei „individuell ausgehandelt“, weil § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB als hinreichend sichere Sperre in nahezu allen Verträgen wirkt. Hinzuzusetzen ist nämlich, dass die in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB geforderte „Einflussnahme“ auf die jeweilige Textgestaltung, mit der der Vermieter den Mieter konfrontiert hat, nur dann anzunehmen ist, wenn im Ergebnis der Mieter eine freie Entscheidung getroffen hat, weil er in der Auswahl der in Betracht kommenden Textgestaltung selbständigen Einfluss ausüben konnte und durfte.⁷³

III. Freizeichnung des Vermieters von der Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen

1. Meinungsstand in der Literatur

Das nunmehr in Angriff zu nehmende zweite Thema bezieht sich auf die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln gegenüber der sich aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Pflicht des Vermieters Schönheitsreparaturen am Ende des Mietvertrages – und damit zu Beginn eines neuen Mietvertrages – durchzuführen. Die erste Überlegung zu einer solchen Freizeichnungsklausel geht auf *Lehmann-Richter* zurück.⁷⁴ Sein Ausgangspunkt: Wenn der Vermieter renovierten Wohnraum vermietet, dann ist es nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – trotz der einer solchen Klausel innewohnenden Abweichung vom „Leitbild“ des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB – nicht ungemessen, wenn der Vermieter dem Mieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen bei Beendigung des Mietvertrages überwälzt, die sich nach dem Grad der Abnutzung richten⁷⁵ und nicht an einen starren Fristenplan orientiert sind.⁷⁶ Gemessen an dieser Ausgangslage fehlt es an einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters, wenn der Vermieter ihn verpflichtet, auch bei Übernahme einer nicht renovierten oder einer renovierungsbedürftigen Wohnung die Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen. Denn im Ergebnis – so *Lehmann-Richter* – sichert eine den Vermieter schützende Freizeichnungsklausel nur, dass der jeweilige Zustand der Wohnung als vertragsgemäß für den jeweiligen Mieter festgeschrieben wird. *Lützenkirchen* hat mit überzeugenden Gründen darauf aufmerksam gemacht, dass eine Freizeichnung zugunsten des Vermieters von der Pflicht, Schönheitsreparaturen

⁷¹ Hierzu Palandt/*Grüneberg* (Fn.) § 310 Rdnr. 17; Erman/*Roloff* (Fn.) § 310 Rdnr. 20.

⁷² Zur Beweislast des Mieters, dass er keine Einflussnahme hatte vgl. BGH NJW 2008, 2250.

⁷³ BGH NJW 2010, 1131 (1133).

⁷⁴ *Lehmann-Richter* in Anm. zu BGH NJW 2015, 1594 (1598).

⁷⁵ BGH NZM 2004, 497 (498).

⁷⁶ BGH NJW 2006, 3778.

durchzuführen, nur dann in Betracht kommt, wenn die auf den Mieter abgewälzte Pflicht ihrerseits nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.⁷⁷

Überaus skeptisch argumentiert auch *Kappus*: Bei nicht völlig unerheblichen „dekorativen Altlasten“ droht nämlich die Unwirksamkeitssanktion des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Blick auf das gesetzliche „Leitbild“ des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 538 BGB) sehr schnell zu kippen. Denn solche – abweichenden – AGB-Klauseln sind eben „im Zweifel“ unwirksam.⁷⁸ *Schmidt* hat mit guten Gründen die Parallele zwischen § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 538 BGB gezogen, wonach der Mieter die vertragsgemäße Abnutzung der Wohnung während der Dauer des Mietvertrages nicht zu vertreten hat, um auf diese Weise einer Freizeichnungsklausel zugunsten des Mieters den Todesstoß zu versetzen.⁷⁹ Schließlich vertritt *Artz* die Meinung:⁸⁰ Wenn denn eine solche Freizeichnungsklausel hinreichend transparent ist, dann begegnet sie keinen durchgreifenden Wirksamkeitsbedenken. Denn die Parteien haben sich bei Beginn des Mietvertrages auf den Zustand der Wohnung – renovierungsbedürftig/unrenoviert – geeinigt und auch darauf, dass der Mieter, nicht aber der Vermieter zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist.

In der neuen Kommentarliteratur vertritt *Blank* in Anschluss an die Auffassungen von *Lehmann-Richter*⁸¹ die Meinung,⁸² dass gegen die Freizeichnung zugunsten des Vermieters keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Denn es stünde ja im freien Belieben des Mieters, ob er etwa erforderliche Renovierungsarbeiten auf eigene Kosten durchführt. Denn die Verpflichtung aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB wird nicht auf den Mieter übertragen.

2. Meinungsbild in der Judikatur

Die einzige Gerichtsentscheidung, welche die Freizeichnungsklausel zugunsten des Vermieters anerkennt, ist die des LG Karlsruhe.⁸³ Doch weist die Entscheidung letztlich aus, dass die Wirksamkeit der Klausel letztlich der Tatsache geschuldet war, dass nicht hinreichend geklärt werden konnte, ob denn die Wohnung renoviert bei Beginn des Mietverhältnisses überlassen wurde. Von einiger Bedeutung ist freilich, dass das OLG Celle⁸⁴ und auch das LG Lüneburg⁸⁵ das Ergebnis der BGH-Entscheidung vom 18.3.2015⁸⁶ mit durchaus überzeugenden Gründen auf den Bereich der gewerblichen Miete übertragen haben.

3. Eigene Auffassung

Die Darlegung der eigenen Meinung setzt voraus, dass die einzelnen Elemente einer hier zu diskutierenden, den Vermieter begünstigenden Freizeichnungsklausel sauber auseinandergefaltet werden.

a) Negative Beschaffenheitsvereinbarung

⁷⁷ *Lützenkirchen* NZM 2016, 113 (116).

⁷⁸ *Kappus* NZM 2016, 609 (618).

⁷⁹ *Schmidt* NJW 2016, 1201 (1203).

⁸⁰ *Artz* NZM 2015, 801 (806).

⁸¹ *Lehmann-Richter* NJW 2015, 1594 (1598); Hinweis auch auf *Herlitz* WuM 2015, 651 (654).

⁸² *Blank*, in *Blank/Börstinghaus, Miete*, 5. Aufl. München 2017, § 535 Rdnr. 431.

⁸³ LG Karlsruhe NZM 2016, 638.

⁸⁴ OLG Celle NZM 2016, 644.

⁸⁵ LG Lüneburg NJW 2016, 578.

⁸⁶ BGH NZM 2015, 374.

aa) Als Klausel – Erfordernis der Transparenz

Sofern der Vermieter seine Freizeichnungspflicht gegenüber § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB und von § 538 BGB darauf aufbaut, dass er festlegt, die Vermietung beziehe sich auf nicht renovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnraum, dann liegt darin – wie selbstverständlich – eine negative Beschaffenheitsvereinbarung.⁸⁷ Sie schließt ein, dass der Vermieter damit bekundet, er habe – aus welchen Gründen immer – seine Renovierungspflicht in der Vergangenheit nicht entsprechend seinen gesetzlichen Pflichten erfüllt. Gerade aus diesem Grund ist zu bezweifeln, ob es im Sinn einer individuellen Vereinbarung ausreicht, wenn der Vermieter lediglich eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Mieter abschließt, weil dann sogleich die Frage ansteht, ob eine solche Abrede denn auch hinreichend transparent im Sinn von § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ist.⁸⁸ Der Mieter muss also genau darüber aufgeklärt werden,⁸⁹ dass im Ergebnis der Vermieter die Absicht verfolgt, mit Hilfe einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung die Durchführung der Schönheitsreparaturen entgegen den Geboten der §§ 535 Abs. 1 Satz 2, 538 BGB auf den Mieter abzuwälzen. Der Mieter muss also genau wissen, dass er die gesetzlichen Pflichten des Vermieters übernimmt, ohne dazu verpflichtet zu sein.⁹⁰

bb) Informationspflicht - § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Die Forderung nach einer solchen Informationspflicht folgt vor allem aus der Erwägung, dass es über Jahrzehnte gängige Mietpraxis war, dass der Vermieter seine Dekorationslast als Teil der Instandhaltungskosten – ungeachtet seiner in den §§ 535 Abs. 1 Satz 2, 538 BGB niedergelegten Pflichten – auch bei der Vermietung nicht renovierten Wohnraums auf den Mieter abwälzen konnte. Erst das Urteil des BGH vom 18.3.2015⁹¹ hat hier eine Änderung gebracht. Gerade das fordert gebieterisch, dass der Vermieter den Mieter über eben diesen Sachverhalt aufklärt. Ein solche Pflicht ergibt sich unmittelbar aus § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB. Bedenkt man nämlich, dass die Verwendung unwirksamer AGB immer eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellt,⁹² dann sind damit die Würfel gefallen: der Verwender kann sich von dieser Haftung nur dadurch befreien, dass er den Mieter auf eben diesen Umstand ausdrücklich hinweist.

b) Text von Freizeichnungsklauseln

Anknüpfend an Klauseln, welche den Zustand der zu vermietenden Wohnung als „unrenoviert“ oder als „renovierungsbedürftig“ – also: negativ abgrenzend – umschreiben, finden sich in der Literatur Formulierungsvorschläge für Freizeichnungsklauseln. So lautet etwa eine Klausel: „Schönheitsreparaturen gehen zu Lasten des Mieters“. Eine solche Textierung soll intransparent sein, während die Klausel dann nicht an § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert, wenn sie lautet: „Der Vermieter schuldet keine Schönheitsreparaturen“.⁹³

⁸⁷ Vgl. Schmidt NJW 2016, 1201 (12003).

⁸⁸ Hierzu auch Langenberg NZM 2015, 801 (806); vgl. auch Kappus NZM 2016, 609 (617) – Individualvereinbarung.

⁸⁹ Im Einzelnen auch Artz NZM 2015, 801 (806f.).

⁹⁰ Formulierungsvorschläge auch bei Artz NZM 2015, 801 (807).

⁹¹ BGH NZM 2015, 374.

⁹² BGH NJW 2010, 2873 (2875); BGH NJW 2009, 2590.

⁹³ Artz a.a.O.

Die damit zusammenhängenden Fragen sind nunmehr sowohl unter der Perspektive einer (wünschenswerten) Individualabrede als auch als AGB-Klausel auf ihre Wirksamkeit zu untersuchen.

aa) Individualvereinbarung - § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB - Grenzen
aaa) Voraussetzungen

Ob man hier überhaupt jemals den Weg zu einer Individualvereinbarung finden und ihn auch erfolgreich beschreiten kann, hängt davon ab, wie denn die Kriterien des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB im Blick auf eine tatsächliche Einflussnahme des Mieters auf die aktuelle Textgestaltung bewertet werden muss. Freilich setzt die Berücksichtigung dieser Norm voraus, dass der Vermieter als Unternehmer nach § 14 BGB eingeordnet werden kann.⁹⁴ In der Literatur wird, obwohl dazu Anlass bestände, mitunter nicht diese - spezielle - Verbraucherschützende Norm in Stellung gebracht, sondern die allgemeine Bestimmung des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.⁹⁵

Doch im Kontext von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist bereits die erstmalige Verwendung einer vorformulierten Klausel der Inhaltskontrolle zu unterwerfen, weil die Wirksamkeitskontrolle nach § 307 BGB auch auf Individualvereinbarungen Anwendung findet.⁹⁶ Der Begriff des „Stellens“ ist der Norm des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB fremd.⁹⁷ Immer muss sich jedoch der Vermieter, wenn er denn „Unternehmer“ nach § 14 BGB ist, sich die jeweilige Klausel zurechnen lassen.⁹⁸ Denn sie gilt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als von diesem „gestellt“.⁹⁹ Die Eigenschaft als Unternehmer setzt dabei nach der Rechtsprechung voraus, dass es sich bei der Vermietung von Wohnraum – bezogen auf die darin liegende Vermögensverwaltung – um einen planmäßigen Geschäftsbetrieb handelt, der etwa auch den Betrieb eines Büros voraussetzt, um als gewerbliche Tätigkeit eingeordnet werden zu können.¹⁰⁰

Trifft dies aber zu, dann kommt es entscheidend für die rechtliche Bewertung aller vorformulierten und daher dem Vermieter als Unternehmer stets zuzurechnenden Klauseln – und dies schon bei der erstmaligen Verwendung einer Klausel – darauf an, dass der Mieter in die Lage versetzt worden ist, durch eigene Textvorschläge effektiv auf den Inhalt der Klausel Einfluss zu nehmen.¹⁰¹ Dies wird man aber bei der Prüfung der zuvor angesprochenen Klauseln – schon wegen ihres Charakters als Freizeichnungsklausel zugunsten des Vermieters – kategorisch in Abrede stellen müssen.

bbb) Inhaltskontrolle - § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Deshalb wird man die Regel des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in diesen Fällen schon bei der erstmaligen Verwendung einer solchen Freizeichnungsklausel in Stellung bringen müssen, welche aber wegen des Abweichens von dem gesetzlichen Leitbild der §§ 535 Abs. 1 Satz 2, 538 BGB die Vermutung der Unwirksamkeit nach sich zieht. Daran ändert eine vorgeschaltete negative Beschaffenheitsvereinbarung, wonach die

⁹⁴ BGH NJW 2002, 368.

⁹⁵ Kappus NZM 2016, 609 (617).

⁹⁶ Becker, in Bamberger/Roth, BGB, Stand: 1.5.2016, § 310 Rdnr. 17; Ulmer/Schäfer, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) § 310 Rdnr. 79f.

⁹⁷ Palandt/Grüneberg (Fn.) § 310 Rdnr. 16.

⁹⁸ Ulmer/Schäfer, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn.) § 310 Rdnr. 81.

⁹⁹ Hierzu auch Palandt/Grüneberg (Fn.) § 310 Rdnr. 12.

¹⁰⁰ BGH NJW 1988, 2039 – Börsengeschäfte.

¹⁰¹ BGH NJW 2010, 1131 (1133).0000

vermietete Wohnung „unrenoviert“ oder auch „renovierungsbedürftig“ ist, nichts Entscheidendes. Denn es fehlt an der Evidenz, dass der Mieter – angesichts seiner gegenläufigen Interessen – auf die Vertragsgestaltung tatsächlich Einfluss nehmen konnte und durfte.

bb) Individualvereinbarung - § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB - Grenzen

aaa) Voraussetzungen

Ist der Vermieter indessen kein Unternehmer nach § 14 BGB, dann findet § 305 Abs. 1 BGB Anwendung. Doch auch hier ist das zu findende Ergebnis kein anderes. Denn die textliche Gestaltung einer solchen Freizeichnungsklausel legt es nahe, dass der Vermieter hier eine Klausel verwendet, welche ihrem ersten Anschein¹⁰² nach für eine Vielzahl von Anwendungsfällen vorformuliert ist, nicht aber nur für den Einzelfall.¹⁰³ Dies gilt vor allem auch deswegen, weil die Variationsmöglichkeiten solcher Freizeichnungsklauseln von vornherein eng begrenzt sind; der Verwender muss eben in transparenter Weise und eindeutig erklären, dass er die Schönheitsreparaturen nicht übernehmen wird.

Dieser Gesichtspunkt führt sogleich dazu, dass die Voraussetzungen eines Aushandelns im Sinn von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB in diesen Fällen praktisch ausscheiden.¹⁰⁴ Denn nach ständiger Rechtsprechung setzt eine Individualabrede voraus, dass der Vermieter als Verwender den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der Klausel ernsthaft¹⁰⁵ und vollständig¹⁰⁶ zur Disposition des Mieters stellt. Das bedeutet konkret, der Vermieter muss dem Mieter konkret anbieten, dass er die Schönheitsreparaturen nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 538 BGB) übernimmt, weil es nicht ausreicht, dass die Klausel, soweit sie vom dispositiven Recht abweicht, nur „abgeschwächt“ wird.¹⁰⁷ Jeder Mieter, aber dem ein solches Angebot auf Basis von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB im Blick auf die vom Vermieter, nicht aber von ihm selbst durchzuführenden Schönheitsreparaturen unterbreitet wird, ist schon aus purem Eigeninteresse gehalten, dieses auch anzunehmen. Damit wird auch der vom BGH seit langem aufgestellte Regelsatz bestätigt:¹⁰⁸ Eine auf Wunsch des Mieters tatsächlich abgeänderte Klausel ist in der Tat als Individualabrede einzuordnen.

bbb) Inhaltskontrolle - § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Fehlt es aber daran, dass eine Freizeichnungsklausel wegen ihres klaren und relativ rigiden Charakters in den Rang einer Individualabrede nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB erhoben werden kann, dann bleibt nur die sich aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergebende Konsequenz der Unwirksamkeit, weil sie – bezogen auf die Überlassung nicht renovierten oder jedenfalls von renovierungsbedürftigem Wohnraum – eine wesentliche Abweichung von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält. Es ist eben eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, wenn dieser auch solche Dekorationslasten auferlegt bekommt, die er nicht selbst als Mieter verursacht hat.¹⁰⁹

¹⁰² BGH NJW 2014, 1725 (1727); NJW-RR 2002, 13; Erman/Roloff (Fn.) § 305 Rdnr. 58; Palandt/Grüneberg (Fn.) § 305 Rdnr. 23.

¹⁰³ Palandt/Grüneberg (Fn.) § 305 Rdnr. 9.

¹⁰⁴ Mit Recht skeptisch auch Kappus NZM 2016, 609 (617f.)

¹⁰⁵ BGH NJW 2013, 856 (858); BGH NJW 2000, 1110 (1111).

¹⁰⁶ BGH NZM 2016, 408 – bring or pay II; BGH NJW 2014, 1725; BGH NJW 2014, 1431 (1432).

¹⁰⁷ BGH NJW 2014, 1431 (1432).

¹⁰⁸ BGH NJW 2014, 1725 (1727).

¹⁰⁹ Vgl. auch BGH NZM 2015, 374.

cc) Umgehungsgeschäft - § 306a BGB

Bedenkt man, dass die Essens einer solchen Freizeichnungsklausel zugunsten des Vermieters darin besteht, die für ihn nachteiligen Folgen des Urteils des BGH vom 18.3.2015¹¹⁰ in ihr Gegenteil zu verkehren, dann muss sich auch die Frage aufdrängen, ob eine solche Vertragsgestaltung nicht die Voraussetzungen eines unwirksamen Umgehungsgeschäfts nach § 306a BGB erfüllt.¹¹¹ Nach ständiger Definition dieses Tatbestandes liegt eine Umgehung immer dann vor, wenn der Verwender eine anderweitige Vertragsgestaltung wählt, welche aber nur den Sinn haben kann, den Verbotstatbestand zu vermeiden.¹¹² Bedenkt man, dass es die Essenz der BGH-Entscheidung vom 18.3.2015¹¹³ sicherzustellen, dass der Mieter nicht für solche Renovierungsmängel haftet, die er selbst nicht verursacht hat, dann ist die Schlussfolgerung im Sinn von § 306a BGB evident: Die Freizeichnungsklausel zugunsten des Mieters bei der Vermietung nicht renovierten oder renovierungsbedürftigem Wohnraums zielt in die gleiche Richtung wie die unmittelbare Überwälzung diesbezüglicher Schönheitsreparaturen zu Lasten des Mieters.

4. Zwischenergebnis

Angesichts des klaren und eindeutigen Textes einer Freizeichnungsklausel zugunsten des Vermieters im Sinn der §§ 535 Abs. 1 Satz 2, 538 BGB scheidet grundsätzlich die Bejahung einer Individualabrede sowohl im Kontext von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB als auch im Rahmen von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Denn es liegt in diesen Fällen weder eine konkrete Einflussnahme nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB noch eine Abänderung des Textes im Sinn der Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vor. Im Zweifel ist daher ein solche AGB-Klausel – gleichgültig, ob sie mit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung betreffend die Vermietung nicht renovierten Wohnraums verbunden ist oder davon losgelöst verwendet wird – schon bei ihrer erstmaligen Verwendung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB¹¹⁴ sowie im Rahmen eines Umgehungsgeschäfts nach § 306a BGB unwirksam.

IV. Nachfolgevereinbarung: Einigung zwischen Vormieter und Nachmieter

Abschließend ist nunmehr die Frage zu untersuchen, wie denn die AGB-Kontrolle sich auswirkt, wenn die Übernahme oder Nichtübernahme der erforderlichen Schönheitsreparaturen rechtlich zu beurteilen ist, wenn deren Vornahme – mit oder ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung – aus dem Vertragsverhältnis der Parteien des Mietvertrages gelöst und dem Vormieter und dem Nachmieter überlassen wird. In dieser Weise würde dann der Vermieter indirekt aus seiner nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierenden Dekorationspflicht entlassen. Ist das AGB-rechtlich hinzunehmen und nicht nach § 307 BGB zu beanstanden?

Um sich dieser Antwort zu nähern, sind verschiedene mögliche Fallkonstellationen sauber zu unterscheiden:

1. Veranlassung der Vertragsgestaltung durch den Vermieter

¹¹⁰ BGH NZM 2015, 374.

¹¹¹ Hierzu im Einzelnen Staudinger/Schlosser (Fn.) § 306a Rdnr. 1ff.

¹¹² BGH NJW 2016, 2489 (490); BGH NJW 2005, 1645 (1646).

¹¹³ BGH NZM 2015, 374.

¹¹⁴ So auch im Ergebnis Schmidt NJW 2016, 1201 (1203); a.M. Artz NZM 2015, 801 (807);

a) Vormieter: Übernahme renovierter Wohnung

Da der Vermieter ein vitales Interesse daran hat, von der Verpflichtung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Beginn eines neuen Mietvertrages entlastet zu werden, liegt es nahe zu erwarten, dass der Vermieter in diesen Fällen von sich aus initiativ wird. Es liegt also nahe zu erwarten, dass er entweder den Vormieter darum bittet, mit dem Nachmieter eine vertragliche Vereinbarung mit dem Ziel zu erreichen, dass dieser die erforderlichen Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchführt. Hat nunmehr der Vormieter eine renovierte Wohnung bei Beginn seines Mietvertrages übernommen, dann kommt es darauf an, ob die Schönheitsreparaturklausel in diesem Vertrag als wirksam anzusehen ist. Dies ist nach der bisherigen Rechtsprechung immer dann zu bejahen, wenn sich die durchzuführenden Maßnahmen darauf beziehen und beschränken, die vom Mieter verursachte Abnutzung der Räumlichkeiten wieder zu beseitigen.¹¹⁵ Ob an dieser Judikatur festzuhalten ist, braucht hier nicht weiter vertieft zu werden, weil auch insoweit ein nicht unerhebliches Abweichen vom gesetzlichen Leitbild der §§ 535 Abs. 1 Satz 2, 538 BGB im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt.

b) Veranlassung durch den Vermieter?

Veranlasst nunmehr der Vermieter bei Beendigung des Mietvertrages mit dem Vormieter, dass dieser mit dem Nachmieter handelseinig wird, dass dieser die Schönheitsreparaturen übernimmt, obwohl er im Sinn des BGH-Urteils vom 18.3.2015¹¹⁶ eine nicht renovierte Wohnung übernehmen muss, dann stellt sich die Frage, ob eine solche Vertragsgestaltung dem Vermieter AGB-rechtlich zuzurechnen ist.

aa) Autonomes Handeln des Vormieters

Das setzt voraus, dass die Rolle der Partei zu klären ist, welche in einem solchen Fall die AGB im Sinn von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB „stellt“. Das ist nach der Definition des BGH die Partei, welche die andere mit den jeweiligen AGB „konfrontiert“.¹¹⁷ Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Verwender oder ein Dritter die jeweiligen AGB entworfen hat.¹¹⁸

Berücksichtigt man, dass bei der hier zu untersuchenden Fallkonstellation einiges dafür spricht, dass der Vormieter sich von der Pflicht befreien will, die als wirksam einzuordnende Schönheitsreparaturklausel auch in die Tat umzusetzen, dann kommt es darauf an, ob die Überwälzung der Vornahme von Schönheitsreparaturen auf den Nachmieter dazu führt, dass das Tatbestandselement des „Stellens“ zwar erfüllt ist, nicht aber das der Vielzahl. Doch wird man das Vorliegen des Merkmals der „Vielzahl“ nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB kaum verneinen dürfen, weil es ja anerkannt ist, dass es ausreicht, wenn der Verwender auf ein Muster zurückgreift, welches ein Dritter entworfen hat.¹¹⁹ Trifft dies zu, dann ist es unerheblich, wenn der Vormieter in unserem Beispielsfall die AGB nur ein einziges Mal verwenden will.¹²⁰

¹¹⁵ BGH NZM 2007, 911 (922); BGH NJW1988, 2729.

¹¹⁶ BGH NZM 2015, 374.

¹¹⁷ BGH NJW 2010, 1131.

¹¹⁸ BGH NJW 2000, 2988 (2989).

¹¹⁹ BGH NJW 2010, 1131; umfassend *Ulmer/Habersack*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn.) § 305 Rdnr. 24.

¹²⁰ BGH NJW 2010, 1131.

Da aber das Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts – auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 3 BGB – nicht Voraussetzung dafür ist, die AGB-rechtliche Weichenstellung auch im c2c-Bereich vorzunehmen,¹²¹ wird man nicht zögern dürfen, unter diesen Voraussetzungen dann zum Nachteil des Vormieters die Grundsätze der BGH-Entscheidung vom 18.3.2015¹²² in Stellung zu bringen und die Verpflichtung des Nachmieters, die Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen als nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam anzusehen.

Das führt dann zur Rechtsfolge des § 306 Abs. 2 BGB. Es gilt dispositives Recht; eine ergänzende Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB scheidet mangels Bestehens einer Regelungslücke aus.¹²³ Es bleibt dann bei der Verpflichtung des Vermieters, die sich aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten vorzunehmen. Die als indirekte Freizeichnung des Vermieters angedachte Konstruktion, das „Spiel“ um die Vornahme der Schönheitsreparaturen auf die Ebene der Parteien des Mietvertrages zu verlagern, schlägt fehl.

bb) Direkte oder indirekte Initiative des Vermieters

Wird jedoch der Vermieter in diesen Fällen auf Initiative des Vermieters tätig, um mit dem Nachmieter einen entsprechenden „deal“ über die Vornahme der Schönheitsreparaturen mit dem Nachmieter abzuschließen, dann stellt sich die Frage nur noch in abgeschwächter Schärfe. Denn hier kann dann – wegen des bestehenden Vertragsverhältnisses oder auf Grund der entsprechenden Weisung des Vermieters – die Folgerung nicht vermieden werden, dass die entsprechende AGB-Klausel dem Vermieter deswegen zuzurechnen ist, weil sie aus seinem Einflussbereich stammt.¹²⁴ Die in der Klausel verankerte einseitige Vertragsgestaltungsmacht berührt auch die Interessensphäre des Vermieters unmittelbar,¹²⁵ weil sie in missbräuchlicher Weise die eigenen Interessen gegenüber der gesetzlichen Wertung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in den Vordergrund rückt, was zum Nachteil des Nachmieters als unangemessene Benachteiligung durchschlägt.¹²⁶

cc) Vermutungswirkung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB

Ist in einer solchen Fallkonstellation der Vermieter als Unternehmer nach § 14 BGB einzuordnen, dann spricht vieles dafür, dass man die Vermutungsregel des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB in Stellung bringt. Denn danach gelten AGB, welche in einen Verbrauchervertrag eingeführt worden sind, immer dann als vom Unternehmer gestellt, wenn nicht der Nachweis erbracht wird, dass der Verbraucher sie in den Vertrag eingeführt hat.¹²⁷ Hinzu kommt, dass diese Regel auch dann anwendbar ist, wenn ein Dritter die Einbeziehung der AGB zugunsten des Unternehmers veranlasst hat.¹²⁸ Greift danach die Norm des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, dann liegt die Beweislast, dass nicht der Unternehmer, sondern der Verbraucher die betreffende AGB in den Vertrag eingeführt hat, bei Unternehmer.¹²⁹

¹²¹ BGH NJW 2010, 1131 (1132).

¹²² BGH NZM 2015, 374.

¹²³ Hierzu *Schmidt*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn.) § 306 Rdnr. 31ff.

¹²⁴ BGH NJW 1994, 2825 (2826).

¹²⁵ Vgl. *Ulmer/Habersack*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn.) § 305 Rdnr. 26.

¹²⁶ Vgl. die Standardformel des BGH für eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vgl. BGH NJW 2010, 57 (59).

¹²⁷ Hierzu *Palandt/Grüneberg* (Fn.) § 310 Rdnr. 12.

¹²⁸ Vgl. *Staudinger/Schlosser* (Fn.) § 310 Rdnr. 55.

¹²⁹ BGH NZM 2016, 646.

c) **Einigung zwischen Vor- und Nachmieter aus freien Stücken**

Sollte es ausnahmsweise mal so sein, dass sich beide – Vor- und Nachmieter – ohne Initiative des Vermieters darauf verständigt haben, dass der Nachmieter die von ihm nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen durchführt, dann scheidet die AGB-Kontrolle einer solchen Klausel nur dann aus, wenn feststeht, dass beide Parteien aus freien Stücken – selbstbestimmt - eine solche Klausel gewollt haben.¹³⁰ Das anzunehmen erscheint in der Regel als ziemlich lebensfremd, weil der Nachmieter seine eigenen Interessen mit Füßen tritt.

V. **Ergebnis**

1) Der Vermieter von nicht renoviertem oder renovierungsbedürftigem Wohnraum ist AGB-rechtlich nicht berechtigt, die Dekorationslast, welche ihn nach Maßgabe des BGH-Urteils vom 18.3.2015¹³¹ im Wege der Freizeichnung – gleichgültig, wie sie im Ergebnis formuliert ist – auf den Mieter abzuwälzen.

2) Genauso wenig aussichtsreich ist es, die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf das Vertragsverhältnis zwischen Vormieter (eines renovierten Wohnraums) und Nachmieter zu verlagern. In der Regel dürfte hier der Vermieter die Initialzündung für ein solches Vorgehen gegeben haben, was ihn in die Position des Verwenders nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB bringt. Dann aber trifft ihn auch die Last des BGH-Urteils vom 18.5.2015,¹³² so dass er Vornahme der Schönheitsreparaturen schuldet; der Nachmieter ist aber nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB von dieser Pflicht befreit. Ist es ausnahmsweise so, dass der Vermieter bei einer solchen Vereinbarung sich ganz und gar raushält, dann spricht vieles dafür, den Vormieter als Verwender einzuordnen, so dass auch auf diesem Weg die Nachteile des BGH-Urteils letztlich beim Vermieter verbleiben. Denn die Überwälzung der vom Nachmieter nicht verursachten Schönheitsreparaturen scheitert an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dann greift § 306 Abs. 2 BGB ein, so dass der Vermieter weiterhin in der Pflicht bleibt.

¹³⁰ BGH NJW 2010, 1131 (1133).

¹³¹ BGH NZM 2015, 374.

¹³² BGH NZM 2015, 374.