

# AGB-rechtliche Probleme bei der Miete

*PD Dr. Matthias Fervers*

I. Einführung.....	1
II. Zweck der AGB-Kontrolle .....	2
1. Inanspruchnahme einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht.....	2
2. Fehlen einer vollwertigen privatautonomen Entscheidung durch den Vertragspartner .....	3
3. Fehlen eines effektiven Konditionenwettbewerbs.....	4
III. Der zutreffende Umfang der Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.....	5
1. Die Auslegung von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nach hier vertretener Auffassung .....	5
2. Der Umfang des § 307 Abs. 3 BGB nach herrschender Meinung .....	6
3. Die dogmatischen Unterschiede zwischen den beiden Ansätzen.....	7
IV. Aktuelle Gestaltungsbeispiele .....	7
1. Der „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ .....	7
a) Rein informatorische Klausel unbedenklich.....	8
b) Tatsächlicher Zuschlag weder kontrollfrei noch unbedenklich .....	9
aa) Qualifizierung als Regelung zur Verteilung der Schönheitsreparaturlast.	10
bb) Qualifizierung als schlichte Mieterhöhungsregelung .....	11
2. Die „Verwaltungskostenpauschale“ .....	12
V. Zusammenfassung.....	14

## **I. Einführung**

Sehr häufig handelt es sich bei den im Mietvertrag enthaltenen Klauseln um für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte und vom Vermieter gestellte Vertragsbedingungen und damit um AGB iSd § 305 Abs. 1 BGB.<sup>1</sup> Und selbst wenn der Mietvertrag nur zur einmaligen Verwendung konzipiert sein oder wenn sich nicht klären lassen sollte, ob der Vertrag tatsächlich vom Vermieter gestellt wurde, so finden – sollte es sich beim Mietvertrag um einen Verbrauchervertrag handeln<sup>2</sup> – § 310 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 1

---

<sup>1</sup> Ausführlich Blank/Börstinghaus/*Blank/Börstinghaus*, 6. Aufl. 2020, § 535 Rn. 94 ff.; Schmidt-Futterer/*Fervers*, 15. Aufl. 2022, Vor § 535 Rn. 190 ff.

<sup>2</sup> Ausführlich hierzu *Fervers* NZM 2018, 640 ff.

BGB Anwendung mit der Folge, dass gleichwohl eine Inhaltskontrolle stattfindet bzw. dass die Vertragsbedingungen als vom Vermieter gestellt gelten, sofern der Vermieter nicht nachweist, dass sie vom Mieter in den Vertrag eingeführt wurden. Da die hiermit verbundene Inhaltskontrolle der mietvertraglichen Bedingungen den vertraglichen Gestaltungsspielraum der Vermieter ganz erheblich steuert, kommt eine große praktische Bedeutung der Frage zu, welche Klauseln trotz ihrer Eigenschaft als AGB gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind.

Ausgehend vom Zweck der AGB-Kontrolle (II.) soll gezeigt werden, dass § 307 Abs. 3 S. 1 BGB richtigerweise deutlich enger zu fassen ist als es die herrschende Meinung tut (III.). Und anschließend wird anhand zweier aktueller Gestaltungsbeispiele die praktische Wichtigkeit dieser engen Auslegung verdeutlicht (IV.).

## II. Zweck der AGB-Kontrolle

Auch wenn der Verbraucherschutz spätestens seit dem Inkrafttreten und Umsetzung der Klausel-RL<sup>3</sup> eine maßgebliche Zielsetzung der §§ 305 ff. BGB darstellt,<sup>4</sup> erschöpft sich der Sinn und Zweck der §§ 305 ff. BGB nicht im Schutz des Verbrauchers.<sup>5</sup> Ein solches Verständnis kann die Ratio der §§ 305 ff. BGB schon deshalb nur unvollkommen wiedergeben, weil der Anwendungsbereich dieser Normen gar nicht auf den Verbrauchervertrag beschränkt und auch darüber hinaus ein strukturelles Gefälle keine Voraussetzung für die Anwendung der §§ 305 ff. BGB ist.<sup>6</sup>

Tatsächlich ist eine Sonderbehandlung von AGB durch die §§ 305 ff. deshalb notwendig, weil Formularbestimmungen drei miteinander zusammenhängende Besonderheiten aufweisen: Die Inanspruchnahme einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht durch den Verwender (1.), das Fehlen einer vollwertigen privatautonomen Entscheidung durch den Vertragspartner des Verwenders (2.) und das Fehlen eines funktionierenden Konditionenwettbewerbs (3.).

### 1. Inanspruchnahme einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht

Für Formularbestimmungen ist zunächst charakteristisch, dass der Verwender mit ihrer Benutzung einseitig vertragliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt:<sup>7</sup> Wenn

---

<sup>3</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, S. 29.

<sup>4</sup> Jauernig/Stadler, 18. Aufl. 2021, § 305 Rn. 1; MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 4, § 310 Rn. 49.

<sup>5</sup> In diesem Sinne noch Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, Vor § 535 Rn. 37.

<sup>6</sup> S. BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131 Rn. 12; BeckOGK/H. Schmidt, 1.1.2022, § 535 Rn. 99.1; MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, Vor § 305 Rn. 5; Schmidt-Futterer/Fervers, 15. Aufl. 2022, Vor § 535 Rn. 190; Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 3; von Westphalen, ZIP 2010, 1110, 1111.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345 Rn. 18 (juris); BGH, Urt. v. 2.3.1978 – VII ZR 104/77, WM 1978, 723 Rn. 15 (juris) (jeweils zur Rechtslage vor Einführung des AGBG); BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BGHZ 184, 259, NJW 2010, 1131 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Lehmann-Richter, 1.12.2021, § 305 Rn. 8; Fervers/Gsell, Control of price related terms in standard form contracts, in:

der Vermieter dem Mieter einen vorformulierten Mietvertrag vorlegt und dessen Verwendung zum Vertragsschluss verlangt,<sup>8</sup> so hatte der Mieter auf die Gestaltung der Vertragsbedingungen keinerlei Einfluss. Und mit dieser asymmetrischen Gestaltungsherrschaft geht typischerweise auch eine inhaltliche Asymmetrie einher: Wenn ein Verwender die Vertragsbedingungen nicht aushandelt, sondern einseitig gestaltet, so werden diese Vertragsbedingungen den Verwender in der Regel deutlich begünstigen und den Vertragspartner dementsprechend benachteiligen. Bekommt ein Mieter es deshalb mit einem vorformulierten und vom Vermieter gestellten Mietvertrag zu tun, so werden ihm nachteilige Vertragsbedingungen angetragen, die er weder selbst verhandelt noch in anderer Weise beeinflusst hat.

## **2. Fehlen einer vollwertigen privatautonomen Entscheidung durch den Vertragspartner**

Zwar mag man die einseitige Formulierung und Einbringung der Vertragsbedingungen prima facie als wenig problematisch ansehen; denn immerhin scheint es dem Mieter ja im Rahmen seiner Privatautonomie freizustehen, eine Änderung der Formularbestimmungen zu verlangen oder ihre Verwendung unter Verweis auf deren Nachteilhaftigkeit ganz abzulehnen. Tatsächlich besteht eine solche Freiheit für den Vertragspartner des Verwenders allerdings nur theoretisch und zwar deshalb, weil sich bei Verwendung von AGB – und das ist das zweite Charakteristikum – eine Störung der Privatautonomie ergibt. Es besteht nämlich – situativ bedingt – ein fundamentaler Unterschied zwischen einer vollwertigen privatautonomen Willenserklärung einerseits und der Zustimmung zur Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen andererseits: Vereinbart ein Mieter mit einem Vermieter, eine bestimmte Wohnung für 1.000 € im Monat zu mieten, so trifft der Mieter hinsichtlich der Person des Vertragspartners, hinsichtlich des Mietobjekts und hinsichtlich der Miethöhe eine vollwertige privatautonome Entscheidung; denn jeder dieser drei Gegenstände unterlag der vollen Aufmerksamkeit des Mieters und hinsichtlich aller drei Gegenstände hat der Mieter eine bewusste Entscheidung gefällt. Wird dem Mieter dagegen ein vorformulierter Mietvertrag ausgehändigt, so ist die Situation eine gänzlich andere. Hier sieht sich der Mieter mit einem umfassenden Regelwerk konfrontiert, das er weder verhandelt noch beeinflusst hat und das er auch nicht vollständig überprüfen geschweige denn

---

German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, S. 283 (285 ff.); *Fervers*, BKR 2019, 165 (169); ebenso die Gesetzesbegründung zu § 1 I 1 AGBG, BT-Drs. 7/3919, 15 f.: „[...] In der hierin zum Ausdruck gebrachten Einseitigkeit der Auferlegung liegt der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden. AGB werden zwischen den Vertragspartnern nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei fertig in den Vertrag eingebracht. Der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, kann auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen. Die Einseitigkeit der Auferlegung ist mithin das wesentliche Charakteristikum von AGB.“

<sup>8</sup> In diesem Fall liegt ein „Stellen“ durch den Vermieter vor, s. BGH, Urt. v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 Rn. 24; BGH, Beschl. v. 8.5.2018 – VIII ZR 200/17, WuM 2018, 437 Rn. 10; *Börstinghaus*, MietRB 2020, 55, 56; Schmidt-Futterer/*Fervers*, 15. Aufl. 2022, Vor § 535 Rn. 209.

überblicken kann: Eine Prüfung sämtlicher Klauseln auf ihren Inhalt und ihre Auswirkungen würde den juristisch nicht vorgebildeten Mieter schlicht überfordern und zudem einen zeitlichen Aufwand verursachen, der ökonomisch vollkommen irrational wäre und der vom Mieter in der konkreten Abschlussituation<sup>9</sup> häufig auch gar nicht betrieben werden könnte. Der Mieter hat deshalb faktisch keine andere Wahl als sich im Wesentlichen darauf zu verlassen, dass die Regelungen des Mietvertrags nur dasjenige enthalten, „auf was man sich so einstellen muss“. Hinzu kommt, dass der schriftliche Mietvertrag dem Mieter in der Regel erst zu einem Zeitpunkt vorgelegt wird, in dem die Einigung über den Abschluss des Mietvertrags im Grundsatz bereits erzielt worden und in dem deshalb die Verhandlungsphase nach dem Empfinden des Mieters bereits beendet ist: Mieter und Vermieter einigen sich über Mietobjekt und Miethöhe, der Mieter sagt zu („Alles klar, ich nehm die Wohnung“) und erst daraufhin wird dem Mieter der Mietvertrag zur Verfügung gestellt. Und zu diesem Zeitpunkt erliegt der Mieter noch leichter der „Scheinautorität des Gedruckten“<sup>10</sup>. Selbst wenn man also davon ausgeht, dass eine Ablehnung der vom Verwender gestellten Vertragsbedingungen für den Vertragspartner nicht ohnehin schon aufgrund eines vorhandenen strukturellen Gefälles unrealistisch ist, fällt der Vertragspartner bezüglich der Formularbestimmungen – situativ bedingt – keine vollwertige privat-autonome Entscheidung.<sup>11</sup>

### 3. Fehlen eines effektiven Konditionenwettbewerbs

Und schließlich kann sich hinsichtlich der Formularbestimmungen auch kein funktionierender marktwirtschaftlicher Wettbewerb etablieren,<sup>12</sup> der das Vorliegen einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht und das Fehlen einer vollwertigen privatautonomen Entscheidung kompensieren könnte: Zum einen ist der genaue Inhalt des Mietvertrags vor der konkreten Abschlussphase in aller Regel für den Mieter überhaupt nicht zugänglich, sodass sich ein Mieter schon deshalb nicht „aus mehreren Mietverträgen den besten raussuchen“ kann. Zum anderen wäre selbst im Falle der Zugänglichkeit für den Mieter ein umfangreicher Vergleich aller Mietverträge inklusive sämtlicher Vertragsdetails in ökonomisch sinnvoller Weise schlicht nicht durchzuführen. Diese drei Faktoren – die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht, die daraus folgende Störung der Privatautonomie und die fehlende Kompensation durch den marktwirtschaftlichen Wettbewerb – führen zur AGB-typischen Gefährdungslage und dazu, dass Inhalt und Wirksamkeit von Formularbestimmungen nicht vollständig dem Markt und der Privatautonomie überlassen werden dürfen, sondern ergänzend einer gerichtlichen Kontrolle bedürfen.

---

<sup>9</sup> Allgemein zum Druck durch die konkrete Abschlussituation Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 3.

<sup>10</sup> S. Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 3 unter Verweis auf *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 323 (der von einer „Sogwirkung“ des vorformulierten Textes spricht).

<sup>11</sup> S. Staudinger/Mäsch, 2019, Vor § 305 Rn. 8.

<sup>12</sup> S. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 80 ff., 86; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 329 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 324; *Fervers*, BKR 2019, 165, 167 f.; Staudinger/Mäsch, 2019, Vor § 305 Rn. 8; Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 3.

### III. Der zutreffende Umfang der Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Aus der zuvor dargestellten Ratio der §§ 305 ff. BGB ergibt sich allerdings zugleich auch, dass nicht jede vorformulierte Vertragsbedingung der Inhaltskontrolle unterworfen sein darf. Verdeutlicht sei dies anhand von

*Fall 1: V will eine Wohnung an M vermieten und legt diesem einen vorformulierten Standardmietvertrag vor. Aus § 1 MV ergibt sich, dass – wie auch bereits in der Wohnungsanzeige beschrieben und zuvor besprochen – die Wohnfläche 100 qm und die Nettokaltmiete 1.500 € pro Monat beträgt. Nachdem M den Mietvertrag unterschrieben und die Wohnung einige Monate lang bewohnt hat, stellt er sich plötzlich auf den Standpunkt, § 1 MV sei gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Denn die Miete sei unter Berücksichtigung von Lage und Qualität der Wohnung erheblich zu hoch angesetzt und stelle deshalb eine unangemessene Benachteiligung dar.*

Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB unterliegen der Inhaltskontrolle nur solche Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Zwar besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass in diesem Wortlaut nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, dass die Vorschrift – neben der Kontrollfreiheit rechtsdeklaratorischer Regelungen<sup>13</sup> – den Kernbereich der Privatautonomie schützen soll.<sup>14</sup> Unter welchen Voraussetzungen eine Klausel dem Kernbereich der Privatautonomie zuzuordnen und nach § 307 Abs. 3 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen sein soll, ist hingegen streitig.

#### 1. Die Auslegung von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nach hier vertretener Auffassung

Nach hier vertretener Auffassung ist der Umfang der Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB entsprechend dem dargestellten Zweck der Inhaltskontrolle zu bestimmen.<sup>15</sup> Wenn eine Inhaltskontrolle deshalb erforderlich ist, weil der Vertragspartner des Verwenders aufgrund der AGB-typischen Gefährdungslage keine vollwertige privatautonome Entscheidung getroffen hat, dann muss eine Inhaltskontrolle konsequenterweise dann ausscheiden, wenn nach den konkreten Umständen und der Gestaltung der Vertragsbedingungen eine AGB-typische Gefährdungslage nicht vorliegt und der Vertragspartner daher eine vollwertige privatautonome Entscheidung getroffen hat. Denn in diesem Fall ist weder der Vertragspartner schutzwürdig noch liegt ein ausgleichsbedürftiges Marktversagen vor.

So handelt es sich in *Fall 1* bei § 1 des Mietvertrags zwar um eine für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte und von V gestellte Vertragsbedingung und damit um eine AGB. Gleichwohl muss entgegen den Vorstellungen von M eine Inhaltskontrolle der Vorschrift ausscheiden, da es offensichtlich an einer AGB-typischen Gefährdungslage

---

<sup>13</sup> S. BGH, Urt. v. 8.10.2014 – XII ZR 164/12, NJW-RR 2015, 114 Rn. 12; BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, BGHZ 223, 1, NJW 2019, 2997 Rn. 27; MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 1; Schmidt-Futterer/Fervers, 15. Aufl. 2022, Vor § 535 Rn. 222; Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 284.

<sup>14</sup> MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 1; Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 283.

<sup>15</sup> So bereits Fervers, BKR 2019, 165, 168 f.; ders., in: FS Börstinghaus, 2020, S. 89 ff.

fehlt: Zum einen hat M hier ersichtlich eine vollwertige privatautonome Entscheidung getroffen: Wohnfläche und die Miethöhe sind für die Entscheidung des Mieters, eine bestimmte Wohnung anzumieten, schlechthin konstitutiv und auch unter Berücksichtigung der konkreten Situation und der Gestaltung des Mietvertrags mussten die angegebene Wohnfläche und die angegebene Miethöhe im Fokus des M stehen und konnten seiner Aufmerksamkeit nicht entgehen. Und zum anderen konnte sich hinsichtlich der Miethöhe auch unproblematisch ein marktwirtschaftlicher Wettbewerb etablieren, da es sich bei der Miethöhe um einen leicht zugänglichen und leicht vergleichbaren Faktor im Angebot des V handelt. Es kann deshalb im Ergebnis auch keine Rede davon sein, dass V aufgrund der Verwendung von AGB einseitig vertragliche Gestaltungsmacht in Anspruch genommen hätte. Zwar ist selbstverständlich möglich, dass der Mieter aus anderen Gründen – etwa aufgrund der wirtschaftlichen Lage in angespannten Wohnungsmärkten – auf die Höhe der Miete keinen nennenswerten Einfluss hatte.<sup>16</sup> Aber derartige Umstände sind darauf zurückzuführen, dass im konkreten Fall eine marktwirtschaftliche Störung von Angebot und Nachfrage vorliegt, aber eben nicht darauf, dass sich bereits aufgrund der situativen Eigenart der Vertragsbestimmung kein Wettbewerb etablieren kann. Die Kompensation dieser Umstände ist deshalb auch nicht Aufgabe der §§ 305 ff. BGB.

## 2. Der Umfang des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nach herrschender Meinung

Die ganz herrschende Meinung bestimmt den Geltungsbereich des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dagegen nach technisch-formalen Kriterien und differenziert zwischen dem Vorliegen von Leistungsbeschreibungen und Preishauptabreden auf der einen Seite und Preisnebenabreden auf der anderen Seite. Eine Preisnebenabrede soll vorliegen, wenn die Leistungspflicht des Verwenders lediglich eingeschränkt, verändert, ausgestaltet oder modifiziert wird, wohingegen mit Preishauptabreden bzw. Leistungsbeschreibungen diejenigen Klauseln umschrieben werden, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu bezahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen. Und während Preisnebenabreden vollumfänglich der Inhaltskontrolle unterliegen, sollten Leistungsbestimmungen und Preishauptabreden nach § 307 Abs. 3 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen sein.<sup>17</sup> Nach der Konzeption der herrschenden Meinung kommt es also im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung nicht darauf an, ob unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und der

---

<sup>16</sup> Ausführlich *Gsell*, WuM 2017, 305, 306.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2007 – III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 18; BGH, Urt. v. 24.3.2010 – VIII ZR 304/08, NJW 2010, 2793 Rn. 25 f.; BGH, Urt. v. 9.4.2014 – VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362, NJW 2014, 2269 Rn. 43 f.; BGH, Urt. v. 5.10.2017 – III ZR 56/17, NJW 2018, 534 Rn. 15; BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, 47 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 5.7.2019 – V ZR 278/17, WuM 2020, 29 (jeweils mit weiteren umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung); im Grundsatz zustimmend BeckOGK-BGB/*Eckelt*, 15.7.2021, § 307 Rn. 185 ff., 189 ff.; BeckOGK-BGB/*Zschieschack*, 1.3.2022, § 307 Entgeltklausel Rn. 2 ff.; BeckOK-BGB/*H. Schmidt*, 1.2.2022, § 307 Rn. 79 ff.; *Erman/Roloff/Looschelders*, 16. Aufl. 2020, § 307 Rn. 42 ff., 45 ff.; *Jauernig/Stadler*, 18. Aufl. 2021, § 307 Rn. 14 f.; *Jerger*, NJW 2019, 3752, 3752 f.; *Moes*, ZfPW 2021, 257, 259 f.; *MüKoBGB/Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 13.

Vertragsgestaltung tatsächlich eine vollwertige privatautonome Entscheidung des Vertragspartners vorliegt. Vielmehr führt bereits die Tatsache, dass eine Klausel inhaltlich eine Preishauptabrede oder eine Leistungsbeschreibung zum Gegenstand hat, zur Kontrollfreiheit der betreffenden Klausel.

### 3. Die dogmatischen Unterschiede zwischen den beiden Ansätzen

In Konstellationen wie *Fall 1* besteht freilich im praktischen Ergebnis kein Unterschied zur hier vertretenen Auffassung. Denn in *Fall 1* käme auch die herrschende Meinung zur Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, da die Wohnfläche als „Leistungsbeschreibung“ und die Miethöhe als „Preishauptabrede“ anzusehen wäre. Ein ganz entscheidender Unterschied zwischen den beiden Konzeptionen ergibt sich jedoch dann, wenn die betreffende Klausel zwar abstrakt-formal die Leistung des Verwenders bzw. den Preis für die Leistung regelt, wenn die Klausel aber gleichzeitig konkret so gestaltet ist, dass sie – anders als in *Fall 1* – gerade nicht im Fokus des Vertragspartners stehen musste. Verdeutlicht sei dies anhand der Beispiele im nächsten Abschnitt.

## IV. Aktuelle Gestaltungsbeispiele

### 1. Der „Zuschlag Schönheitsreparaturen“

*Fall 2:*<sup>18</sup> *V vermietet eine unrenovierte Wohnung mit einer Fläche von 90,89 qm an M. Nach § 3 des von V gestellten und vorformulierten Mietvertrags hat der Mieter eine „Grundmiete“ in Höhe von 421,83 € und eine „Betriebskostenvorauszahlung“ in Höhe von 148 € zu zahlen. Zusätzlich befindet sich in § 3 eine Regelung, wonach der Mieter einen monatlichen „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ in Höhe von 79,09 € für die Vornahme der Schönheitsreparaturen durch V zu zahlen hat. M hält den „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ für unwirksam.*

Der BGH hat den „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ für unbedenklich gehalten.<sup>19</sup> Bei der entsprechenden mietvertraglichen Regelung handele es sich um eine

---

<sup>18</sup> Fall nach BGH, Hinweisbeschluss v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456.

<sup>19</sup> BGH, Hinweisbeschluss v. 30.5.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456; in der Literatur ist die Entscheidung des BGH überwiegend auf Zustimmung gestoßen oder zumindest nicht kritisiert worden, s. BeckOK-Mietrecht/*Gras*, Stand 1.2.2022, § 535 Rn. 2407; BeckOGK BGB/*Fleindl*, Stand 1.1.2022, § 558 Rn. 64; BeckOK-BGB/*Zehelein*, Stand 1.2.2022, § 535 Rn. 425; *Börstinghaus*, NZM 2017, 594, 595; *ders.*, NZM 2018, 529, 536; *ders.*, NZM 2019, 225, 233; *Borzutzki-Pasing*, jurisPR-MietR 5/2019 Anm. 2; *Bueb*, jurisPR-MietR 20/2017 Anm. 4; *Burbulla*, MietRB 2017, 279; *Fleindl*, PiG 109 (2019), 54; *Geldmacher*, MK 2017, 165 ff.; *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl. 2019, § 535 Rn. 67; *Hannemann/Wiegner/Hannemann*, Münchener Anwaltshandbuch (MAH) Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 339; *Herrlein*, NJW 2017, 2801, 2803; *ders.*, NJW 2018, 1293; *ders.*, NJW 2019, 2819, 2820; *Langenberg/Zehelein/Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen, 6. Aufl. 2021, Rn. 108; *Lützenkirchen/Lützenkirchen*, 3. Aufl. 2021, § 535 Rn. 675a, 901; *Meyer-Abich*, NZM 2018, 769, 770; *MüKoBGB/Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 18; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 15. Aufl. 2021, § 558a Rn. 52; *Spielbauer/Schneider/Schneider*, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, § 558 Rn. 98;

Preishauptabrede, die gemäß § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sei. Dass der Vermieter dem Mieter aufgrund der fehlenden Renovierung der Wohnung die Schönheitsreparaturen nicht habe übertragen dürfen, sei irrelevant. Denn bei der gesonderten Ausweisung der Kosten handele es sich um nicht mehr als einen für den Mieter belanglosen Hinweis auf die interne Kalkulation des Vermieters. Der Mieter stehe nicht anders, als wenn der Vermieter von vornherein eine um den Zuschlag erhöhte Grundmiete ausgewiesen hätte. Da der BGH es bei diesen Ausführungen belassen und keine weiteren Differenzierungen vorgenommen hat,<sup>20</sup> ist die Entscheidung in der Literatur konsequenterweise so verstanden worden, dass Zuschläge für Schönheitsreparaturen nach Auffassung des BGH nicht zu beanstanden seien.<sup>21</sup>

Tatsächlich ist ein solcher „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ jedoch keineswegs generell unbedenklich, sondern vielmehr in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle weder als kontrollfrei noch als wirksam anzusehen. Insbesondere trifft es nicht zu, dass ein solcher Zuschlag stets nur eine für den Mieter belanglose Offenlegung der internen Kalkulation wäre. Verdeutlicht sei dies anhand zweier Abwandlungen von *Fall 2*.

#### **a) Rein informatorische Klausel unbedenklich**

*Fall 2a: V bewirbt die zu vermietende Wohnung in der Wohnungsanzeige mit einer Miete von 800 Euro. M nimmt Kontakt zu V auf, wobei V auch in den anschließenden Gesprächen stets eine Miete in Höhe von 800 Euro kommuniziert. § 3 MV lautet dementsprechend: „Die Gesamtnettomiete beträgt 800 Euro“. § 4 MV schließt an: „Die Gesamtnettomiete nach § 3 setzt sich zusammen aus 700 Euro Grundmiete und einem Zuschlag von 100 Euro für die Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter.“*

In *Fall 2a* ist § 4 MV, aus dem sich die genaue Zusammensetzung der in § 3 MV ausgewiesenen Miete ergibt, in der Tat unbedenklich und bei diesem § 4 MV handelt es sich tatsächlich um eine für den Mieter belanglose Offenlegung der internen Kalkulation.

Dass die Miete 800 € betragen soll, stand zu jedem Zeitpunkt im Fokus des M und konnte seiner Aufmerksamkeit nicht entgehen: Denn zum einen gehört die Höhe der Miete zu den *essentialia negotii* und damit zu den grundlegenden Entscheidungen, die

---

Staudinger/Bieder, 2019, Anh. §§ 305-310 Rn. E 63; Staudinger/Mäsch, 2019, § 306a Rn. 4; Ulmer/Brander/Hensen/Häublein/Christensen, 13. Aufl. 2022, AGB-Recht, S. 1648 Rn. 12; kritisch dagegen Erman/Roloff/Looschelders, 16. Aufl. 2020, § 307 Rn. 46; Gsell/Mayrhofer, NZM 2020, 1065, 1076; Niebling, ZMR 2017, 965 ff.; Herrlein/Knops/Spiegelberg/Knops, 5. Aufl. 2021, § 535 Rn. 51 Fn. 253; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, 15. Aufl. 2022, § 538 Rn. 72; von Westphalen, NJW 2018, 205, 207.

<sup>20</sup> Die Begründung des BGH zur Unbedenklichkeit des Zuschlags umfasst lediglich vier Randziffern.

<sup>21</sup> BeckOK Mietrecht/Gras, § 535 Rn. 2407; BeckOK BGB/Zehelein (o. Fn. 5), § 535 Rn. 420; Gramlich, § 535 Rn. 67; Hannemann in Wiegner/Hannemann, § 10 Rn. 339; MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 18; ebenso die Interpretation bei Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, 15. Aufl. 2022, § 538 Rn. 72 mit Kritik an der Entscheidung.



ein Mieter bei Abschluss eines Mietvertrags trifft und zum anderen hat V zu keinem Zeitpunkt den Eindruck erweckt, dass die Miete weniger als 800 € betragen könnte. M hat deshalb hinsichtlich der Miete in Höhe von 800 € eine vollwertige privatautonome Entscheidung getroffen, sodass V auch nicht einseitig vertragliche Gestaltungsmacht in Anspruch genommen hat. Zudem hat sich V auch von vornherein mit einer ehrlichen Preisgestaltung dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb gestellt und hinsichtlich der Miethöhe konnte sich ein Wettbewerb auch unproblematisch etablieren. Insgesamt unterscheidet sich die Schutzbedürftigkeit des M hier nicht von der Schutzbedürftigkeit des Mieters in *Fall 1*.

Dass darüber hinaus in § 4 MV erläutert wird, wie sich die (durchweg korrekt kommunizierte) Miete genau zusammensetzt, wirkt sich demgegenüber auf die Miethöhe gar nicht konstitutiv aus: § 4 MV könnte aus dem Vertrag gestrichen werden, ohne dass sich hinsichtlich der Miethöhe irgendeine Veränderung ergäbe. Konsequenterweise ergibt sich deshalb aus § 4 MV auch nicht iSd § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung des Mieters.<sup>22</sup>

#### **b) Tatsächlicher Zuschlag weder kontrollfrei noch unbedenklich**

Tatsächlich dürfte es allerdings nur äußerst selten vorkommen, dass der Vermieter wie in *Fall 2a* lediglich eine informatorische Klausel in den Mietvertrag einbaut. Denn aus Sicht des Vermieters fehlt es für eine solche Vorgehensweise schlicht an einem Sachgrund.<sup>23</sup> Die Aufschlüsselung verursacht unnötigen Aufwand, stiftet potenziell Verwirrung und bringt dem Vermieter keinerlei Vorteile. Sehr viel wahrscheinlicher ist deshalb, dass der Vermieter mit dem „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ gerade keine rein informatorischen Zwecke verfolgt, sondern dass der Vermieter hiermit möglichst unauffällig eine höhere als die kommunizierte Miete erzielen bzw. dem Mieter wirtschaftlich die Vornahme der Schönheitsreparaturen übertragen will, obwohl eine solche Übertragung an sich nicht möglich wäre. Verdeutlicht sei dies anhand von

*Fall 2b: V bewirbt die zu vermietende Wohnung in der Wohnungsanzeige mit einer Miete von 700 Euro. M freut sich, dass er eine so günstige Wohnung entdeckt hat und nimmt Kontakt zu V auf, wobei V auch in den anschließenden Gesprächen stets nur eine Miete von 700 Euro erwähnt. § 3 MV lautet: „Die Grundmiete beträgt 700 Euro.“ In § 4 MV heißt es dann aber: „Zusätzlich zur Grundmiete gem. § 3 zahlt der Mieter*

---

<sup>22</sup> Unzutreffend wäre dagegen, hier schon das Fehlen einer Vertragsbedingung iSd § 305 Abs. 1 S. 1 BGB und damit das Vorliegen einer AGB überhaupt abzulehnen. Denn bei einem einheitlichen Klauselwerk kann niemals ausgeschlossen werden, dass die Existenz einer Bestimmung einen Einfluss auf Entscheidungen des Vertragspartners hatte (hierzu bereits Schmidt-Futterer/*Fervers*, 15. Aufl. 2022, Vor § 535 Rn. 199).

<sup>23</sup> S. die zutreffende Formulierung bei *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 4/2019 Anm. 1: „Die Aufschlüsselung der Grundkosten ergibt im Grunde für den Vermieter keinen Sinn. Es ist kein Fall denkbar, wo dies für den Vermieter mit Vorteilen verbunden wäre.“

*an den Vermieter einen monatlichen Zuschlag von 100 Euro für die Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter.“*

Hier liegen die Dinge gänzlich anders als in *Fall 2a*. Denn in *Fall 2b* enthält § 4 MV keineswegs lediglich eine Information über die Zusammensetzung der Miete, die ohne weitere Auswirkungen gestrichen werden könnte. Vielmehr erhöht sich aufgrund der Anordnung in § 4 MV konstitutiv die Miete um 100 €. Und eine solche Klausel ist richtigerweise weder als kontrollfrei noch als wirksam anzusehen. Dies gilt ohne weiteres, wenn man die Klausel als Regelung zur Verteilung der Schönheitsreparaturlast qualifiziert (aa)), aber auch dann, wenn man annimmt, die Klausel regelt schlicht die Höhe der Miete (bb)).

### **aa) Qualifizierung als Regelung zur Verteilung der Schönheitsreparaturlast**

An sich ist es durchaus naheliegend, einen „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ entsprechend seiner erklärten Zwecksetzung als Regelung zur Verteilung der Schönheitsreparaturlast zu qualifizieren.<sup>24</sup> Denn der Vermieter hat ja gerade nicht einen von jeglichem Zweck losgelösten Zuschlag ausgewiesen, sondern vielmehr explizit einen Zuschlag für die Vornahme der Schönheitsreparaturen.

Sieht man den „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ aber als Regelung zur Überwälzung der Schönheitsreparaturen an, so wäre die Klausel zunächst wohl unstreitig nicht nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB als kontrollfrei anzusehen; denn dass es sich bei der Klausel zur Überwälzung der Schönheitsreparaturen um eine kontrollfreie „Preishauptabrede“ handelt, wird von niemandem vertreten.<sup>25</sup> Und die Klausel wäre in diesem Fall auch gleich aus mehreren Gründen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB als unwirksam anzusehen:<sup>26</sup> Erstens würde dem Mieter die Vornahme der Schönheitsreparaturen übertragen, obwohl ihm eine unrenovierte Wohnung übergeben wurde.<sup>27</sup> Zweitens müsste der Mieter die Kosten für die Schönheitsreparaturen zumindest bei der nach § 305c Abs. 2 BGB gebotenen kundenfeindlichen Auslegung der Klausel<sup>28</sup> auch

---

<sup>24</sup> In diesem Sinne *Niebling*, ZMR 2017, 965.

<sup>25</sup> Ausdrücklich dagegen BGH, Urt. v. 7.6.1989 – VIII ZR 91/88, BGHZ 108, 1, NJW 1989, 2247 Rn. 16 f. (juris).

<sup>26</sup> Ausführlich *Fervers*, in: FS Börstinghaus, 2020, S. 89, 94 ff.

<sup>27</sup> Zur Unwirksamkeit der Übertragung von Schönheitsreparaturen bei Übergabe einer unrenovierten Wohnung und gleichzeitig fehlendem Ausgleich grdlg. BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302, NJW 2015, 1594 Rn. 15 ff., 19 ff.; im Anschluss BGH, Urt. v. 22.8.2018 – VIII ZR 277/16, NJW 2018, 3302 Rn. 20; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208, WuM 2020, 554 Rn. 15; ebenso die heute ganz h.M. in der Literatur (*Artz*, NZM 2015, 801, 803; *BeckOK-BGB/Zehelein*, 1.2.2022, § 535 Rn. 429; *Börstinghaus*, NZM 2016, 417, 430 f.; *Fervers*, in: FS Börstinghaus, 2020, S. 89 f. Fn. 1; *Lehmann-Richter*, NJW 2015, 1598; *H. Schmidt*, NJW 2016, 1201 ff. [der sich allerdings kritisch gegenüber der Möglichkeit eines angemessenen Ausgleichs äußert]; *Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter*, 15. Aufl. 2022, § 538 Rn. 103).

<sup>28</sup> Auch im Individualprozess ist nach § 305c Abs. 2 BGB zunächst eine kundenfeindliche Auslegung vorzunehmen und zu prüfen, ob sich auf dieser Grundlage die Unwirksamkeit der Klausel ergibt, s. BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07, BGHZ 175, 76, NJW 2008, 987 Rn. 9; BGH, Urt. v. 5.10.2016 –

dann bezahlen, wenn der Zustand der Wohnung (bei Auszug des Mieters) überhaupt keine Renovierung erfordert<sup>29</sup> und sogar dann, wenn tatsächlich überhaupt keine oder nur sehr viel niedrigere Renovierungskosten angefallen sind. Und drittens würde dem Mieter für jeden Monat in erheblichem Umfang eine Vorschusspflicht auferlegt, obwohl zum Zeitpunkt der monatlichen Zahlung noch vollkommen ungewiss ist, ob die geleisteten Beträge überhaupt jemals zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verwendet werden (müssen). An einer Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB könnte deshalb wohl kein Zweifel bestehen.

### **bb) Qualifizierung als schlichte Mieterhöhungsregelung**

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man scheinbar dann, wenn man – und so ist wohl auch die Entscheidung des BGH zu verstehen – den „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ nicht als Regelung zur Verteilung der Schönheitsreparaturlast, sondern als von einer konkreten Zwecksetzung losgelöste Mieterhöhungsregelung qualifiziert. Denn in diesem Fall regelt die Klausel ja schlicht die Höhe der vom Mieter zu erbringenden Hauptleistung und stellt somit auf der Grundlage der herrschenden Meinung eine nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfreie „Preishauptabrede“ dar.

Tatsächlich zeigt jedoch gerade diese Konstellation deutlich, warum es nicht überzeugt, eine Klausel schon deshalb als kontrollfrei anzusehen, weil sie die Höhe der zu erbringenden Hauptleistung regelt. Denn die Tatsache, dass sich der „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ auf die Höhe der zu zahlenden Miete auswirkt, lässt die AGB-typische Gefährdungslage per se keineswegs entfallen: Zwar mag die Aufmerksamkeit des Mieters im Grundsatz auf die Miethöhe gerichtet sein. Dies gilt aber eben nicht mehr, wenn der Vermieter beginnt, die Miete künstlich aufzuspalten und nur mit einem Teil der aufgespaltenen Miete am Markt auftritt. Kommuniziert der Vermieter wie in *Fall 2b* durchweg nur die „Grundmiete“, so geht der Mieter berechtigterweise davon aus, dass es sich hierbei um die zu zahlende Miete handelt. Nur auf diese Miete richtet sich die qualifizierte Aufmerksamkeit des Mieters, nur diese Miete bildet den unmittelbaren Verhandlungsgegenstand und nur bezüglich dieser Miete trifft der Mieter eine vollwertige privatautonome Entscheidung. Mit einem

---

VIII ZR 222/15, BGHZ 212, 140, NJW 2017, 1596 Rn. 39; BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92 Rn. 18; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208, WuM 2020, 554 Rn. 28; BeckOK/H. Schmidt, 1.8.2019, § 305c Rn. 61; Fervers, in: FS Börstinghaus, 2020, S. 89, 95; MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305c Rn. 51.

<sup>29</sup> Zur Unwirksamkeit sog. „starrer Fristen“, die den Mieter zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auch dann verpflichten, wenn der Zustand der Wohnung eine Renovierung gar nicht erfordert, grdlg. BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586 Rn. 20 (juris); im Anschluss BGH, Urt. v. 22.9.2004 – VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775 Rn. 21 (juris); BGH, Urt. v. 5.4.2006 – VIII ZR 152/05, NJW 2006, 2115 Rn. 11; BGH, Urt. v. 8.10.2008 – XII ZR 84/06, BGHZ 178, 158, NJW 2008, 3772 Rn. 17; BGH, Urt. v. 31.1.2012 – VIII ZR 141/11, NJW 2012, 1572 Rn. 4; ebenso die heute ganz h.M. in der Literatur, s. BeckOGK-BGB/H. Schmidt, 1.1.2022, § 535 Rn. 399 („nach inzwischen, soweit ersichtlich, einhelliger Ansicht“); BeckOK-Mietrecht/Siegmund, 1.8.2020, § 535 Rn. 5219; Börstinghaus, WuM 2005, 675 ff.; Fervers, in: FS Börstinghaus, 2020, S. 89, 95; MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 535 Rn. 147; bereits vor der Grundsatzentscheidung des BGH Häublein, ZMR 2000, 139 (141).

darüberhinausgehenden im Mietvertrag untergebrachten Mietzuschlag wird der Mieter hingegen in genau der gleichen Weise konfrontiert mit jedem anderen „Kleingedruckten“ auch: Der „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ ist Teil eines umfangreichen Klauselwerks, das der Mieter weder behandelt noch beeinflusst hat und dessen inhaltliche Prüfung für den Mieter – situativ bedingt – weder möglich noch zumutbar ist.

Dass die Klausel die vom Mieter zu erbringende Hauptleistung betrifft, macht die Sache aus Sicht des Mieters nicht weniger schlimm, ganz im Gegenteil: Im Mietvertrag untergebrachte Mietzuschläge, mit denen der Mieter bislang nicht rechnen konnte, sind für den Mieter sogar sehr viel gefährlicher als Regelungen, die lediglich Nebenpunkte betreffen. Der Mieter ist deshalb im Hinblick auf einen „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ sogar eher noch schutzbedürftiger.

Dass eine generelle Kontrollfreiheit von Mietzuschlägen im Formularmietvertrag nicht zulässig sein kann, zeigt sich zudem daran, dass der Vermieter auf dieser Grundlage den entsprechenden Zuschlag nahezu beliebig hoch ansetzen könnte, ohne dass dagegen eine Handhabe bestünde. Denn wenn man die Regelung einmal von ihrer Zwecksetzung und als kontrollfreie Preishauptabrede angesehen hat, so kann man ihre Höhe nicht mehr nach § 307 Abs. 1 BGB beanstanden, sondern ist gezwungen, die Klausel genauso zu behandeln wie die „Grundmiete“, deren Höhe ja auch nicht im Wege der Inhaltskontrolle überprüft wird.

## 2. Die „Verwaltungskostenpauschale“

*Fall 3:<sup>30</sup> V vermietet eine Wohnung an M. In § 7 MV ist zunächst bestimmt, dass die Nettokaltmiete 1.499,99 € betragen soll. Zusätzlich sind ein Betriebskostenvorschuss in Höhe von 158,12 € und ein Heizkostenvorschuss in Höhe von 123,75 € ausgewiesen. Darunter befindet sich ein weiterer Posten mit der Bezeichnung „Verwaltungskostenpauschale“ in Höhe von 34,38 €. Nachdem M insgesamt 601,65 € auf die „Verwaltungskostenpauschale“ gezahlt hat, verlangt er die Rückzahlung dieses Betrags.*

An sich kann hier angesichts der klaren Rechtslage kein Zweifel aufkommen:<sup>31</sup> Gemäß §§ 556 Abs. 1, Abs. 4 BGB iVm § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV können bei der Wohnraum-miete nur die Betriebskosten, nicht aber die Verwaltungskosten auf den Mieter umgelegt werden, sodass die Erhebung der „Verwaltungskostenpauschale“ gemäß § 556 Abs. 4 BGB unwirksam war und dem M dementsprechend ein Rückzahlungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zustehen muss. Sofern man allerdings – wie der BGH und die nunmehr wohl herrschende Meinung – in Fällen wie dem zuvor besprochenen „Zuschlag Schönheitsreparaturen“ dem Vermieter die Möglichkeit zugesteht, weitere Mietzuschläge als kontrollfreie „Preishauptabreden“ im Mietvertrag

---

<sup>30</sup> Fall nach BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92.

<sup>31</sup> S. die Formulierung bei Häublein, Gestaltung und Anwendung von Wohnraummietverträgen, PiG 109, 2019, S. 112: „Angesichts dieser klaren Rechtslage fragt man sich, wieso überhaupt durch drei Instanzen gestritten wurde.“

unterzubringen, so eröffnet man dem Vermieter auch in Konstellationen wie *Fall 2* eine durchaus verlockende Möglichkeit, den Kopf wieder aus der Schlinge zu ziehen: Der Vermieter kann nämlich einwenden, bei der „Verwaltungskostenpauschale“ handle es sich gar nicht um eine Umlage von Verwaltungskosten, sondern lediglich um einen Zuschlag zur ausgewiesenen Bruttokaltmiete; die Aufschlüsselung sei nur ein belangloser Hinweis auf die interne Kalkulation und der Miete stehe ja gar nicht anders, als wenn von vornherein die um die Verwaltungskostenpauschale erhöhte Miete ausgewiesen worden wäre.

Der BGH hat dieser Argumentation in casu zwar – im Ergebnis vollkommen zu Recht<sup>32</sup> – eine Absage erteilt und einen Anspruch des Mieters nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bejaht.<sup>33</sup> Begründet hat der BGH dies jedoch mit der Erwägung, dass nach einer Auslegung im konkreten Fall die „Verwaltungskostenpauschale“ nicht als Teil der Miete angesehen werden könne; hiergegen spreche nicht nur, dass der (Grund-)Miete Bezeichnungen wie „Pauschale“ oder „Vorschuss“ fremd seien,<sup>34</sup> sondern auch, dass der Vermieter in § 20 des Mietvertrags eine Kautionshöhe von 4.499,97 € erhoben habe, was rechnerisch lediglich dem dreifachen Betrag der ausgewiesenen Nettokaltmiete in Höhe von 1.499,99 € (ohne die „Verwaltungskostenpauschale“) entspreche.<sup>35</sup> Ausdrücklich bestätigt hat der BGH dagegen auch in dieser Entscheidung, dass der Vermieter die Nettomiete im Mietvertrag „aufschlüsseln“ darf und dass dies im Grundsatz auch für Verwaltungskosten gilt.<sup>36</sup>

Und dies schafft (erneut) Freiräume für eine irreführende Vertrags- und Preisgestaltung durch den Vermieter. Denn nimmt man den BGH beim Wort, so muss der Vermieter nur etwas „geschickter“ sein und das Wort „Pauschale“ vermeiden bzw. die Kautionshöhe entsprechend erhöhen, um dem Verdikt der Unwirksamkeit zu entgehen.<sup>37</sup> Und ein Vermieter könnte mit einer niedrigen Miete am Markt auftreten, in Verhandlungen mit dem Mieter durchweg lediglich diese niedrige Miete kommunizieren, um dann im Mietvertrag bequem alle möglichen Zuschläge unterzubringen. Kein Mieter könnte sich unter diesen Umständen mehr darauf verlassen, dass es sich bei der verlautbarten Miethöhe auch um die tatsächlich zu entrichtende Miete handelt. Und mit einem marktwirtschaftlichen Wettbewerb wäre es auf dem Mietmarkt endgültig vorbei.

---

<sup>32</sup> Dem BGH im Ergebnis zustimmend auch *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 4/2019 Anm. 1; *ders.*, NZM 2019, 225, 233; *Borzutzki-Pasing*, jurisPR-MietR 5/2019 Anm. 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 163; *Meyer-Abich*, NZM 2018, 769, 770; *Sommer*, MietRB 2019, 68; *Staudinger/Artz*, 2021, § 556 Rn. 46.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92 Rn. 14 ff.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92 Rn. 21.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92 Rn. 22.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, WuM 2019, 92 Rn. 16.

<sup>37</sup> So wird etwa bei *Lützenkirchen/Lützenkirchen*, 3. Aufl. 2021, § 556 Rn. 24a ausdrücklich geäußert, der Vermieter könne durch die Verwendung des Wortes „Zuschlag“ erreichen, dass die Verwaltungskosten als Teil der Grundmiete anzusehen sind.

## V. Zusammenfassung

1. Eine Inhaltskontrolle ist bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geboten, weil der Verwender einseitig vertragliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt. Denn hinsichtlich der Formularbestimmungen kann weder der Vertragspartner eine vollwertige privatautonome Entscheidung treffen noch kann sich ein marktwirtschaftlicher Wettbewerb etablieren.
2. Eine Ausnahme von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist deshalb (nur) dann geboten, wenn es an einer AGB-typischen Gefährdungslage fehlt, weil der Vertragspartner im konkreten Fall eine vollwertige privatautonome Entscheidung getroffen hat. Entgegen der herrschenden Auffassung ist es dagegen nicht ausreichend, dass eine Klausel technisch-formal als „Leistungsbeschreibung“ oder als „Preishauptabrede“ zu qualifizieren ist.
3. Vor diesem Hintergrund sind Mietzuschläge in Formularmietverträgen entgegen der herrschenden Auffassung nicht als unbedenklich anzusehen. Sofern der Vermieter die Miete künstlich in einzelne Posten aufspaltet und vor Abschluss des Mietvertrags lediglich die „Grundmiete“ kommuniziert, so trifft der Mieter auch nur hinsichtlich der Grundmiete eine vollwertige privatautonome Entscheidung, während hinsichtlich der weiteren Mietzuschläge eine AGB-typische Gefährdungslage gegeben und deshalb eine Inhaltskontrolle erforderlich ist.