Unwirksame Schönheitsreparaturenklausele und einseitige Mieterhöhung gem. § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV – zulässig oder treuwidrig?

BGH, Urteil vom 20. September 2017 – VIII ZR 250/16¹

Schönheitsreparaturenklausele können unwirksam sein, weil sie von Anfang an fehlerhaft waren oder weil sie auf Grund einer Änderung der BGH-Rechtsprechung nachträglich, aber rückwirkend unwirksam geworden sind. Im „Normalfall“, d.h. für den preisfreien Wohnraum, hat der Vermieter die wirtschaftlichen Folgen zu tragen, wenn sich die Unwirksamkeit der Klausel nachträglich herausstellt; dann tritt an ihre Stelle tritt die „passende“ gesetzliche Regelung – konkret: die Instandhaltungspflicht des Vermieters einschließlich der Schönheitsreparaturenlast, und zwar ohne wirtschaftlichen Ausgleich (§ 306 Abs. 2 BGB i.V.m. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Anders sieht es im Ergebnis für den preisgebundenen Wohnraum aus: Dort kann der Vermieter die (Kosten-)Miete nachträglich um den in § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV genannten Satz von 8,50 €/m² und Jahr erhöhen, genauer: um den nach § 28 Abs. 5a i.V.m. § 26 Abs. 4 II. BV entsprechend dem Verbraucherpreisindex aktualisierten Satz von derzeit rd. 10,50 €/m² und Jahr. Dies kann sich „unter dem Strich“ für den Mieter recht ungünstig auswirken. Mit einer solchen Situation hatte sich der BGH in dem Urteil vom 20. September 2017 – nicht zum ersten Mal – zu befassen.

Der Fall:

Das Mietverhältnis betrifft eine preisgebundene Wohnung in Wiesbaden. Nach dem Mietvertrag ist der Mieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet; allerdings ist diese vertragliche Regelung wegen einer Vorgabe über die Art und Weise der Renovierung („Ausführungsklausel“) und wegen einer zusätzlichen Endrenovierungsklausel unwirksam. Im Februar 2014 „begehrten“ die Vermieter – ersichtlich auf Grund der nachträglich erkannten Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturenklausele – unter Hinweis auf § 28 Abs. 4 II. BV die Erhöhung der Miete um 10,32€/m² und Jahr. Der Mieter zahlte die höhere Miete unter Vorbehalt und fordert nun die seiner Auffassung nach zu viel gezahlte Miete in Höhe von 670,32 € zurück. Die Vorinstanzen haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Erhöhung sei wirksam und sie sei auch nicht etwa treuwidrig, weil die Vermieter dem Mieter nicht zuvor die Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturenklausele angeboten hätten.

Die Entscheidung:

Der BGH hat die Revision des Mieters zurückgewiesen. Die Vermieter seien berechtigt gewesen, die Kostenmiete nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG zu erhöhen. Das „Erhöhungsverlangen“ sei nicht treuwidrig, und zwar auch nicht im Hinblick auf die vom Mieter im Laufe des Rechtsstreits angebotene, von den Vermietern jedoch abgelehnte Vertragsänderung.

¹ noch nicht veröffentlicht (Stand 10. November 2017)

1) *Einseitige Mieterhöhung bis zur zulässigen Höhe der Kostenmiete (§ 10 Abs. 1 WoBindG)*

Unproblematisch ist im Grundsatz die Befugnis des Vermieters, die Kostenmiete um den in § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV genannten Betrag von zunächst 8,50 € und bzw. den gemäß §§ 28 Abs. 5a, 26 Abs. 4 II. BV nach dem Verbraucherpreisindex für das Jahr 2014 auf 10,32 € aktualisierten Betrag zu erhöhen, wenn er zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Verpflichtung – mangels einer von der gesetzlichen Instandhaltungspflicht des Vermieters abweichenden Vereinbarung – bereits von Beginn des Mietverhältnisses an von den Parteien gewollt war oder ob sie den Parteien – wie hier – erst nachträglich bewusst geworden ist, weil sie zunächst von der Wirksamkeit der vertraglichen Schönheitsreparaturenverpflichtung des Mieters ausgegangen sind; im letzteren Fall errechnet sich nachträglich eine Erhöhung der Kostenmiete, die der Vermieter durch einseitige Erklärung geltend machen kann (§ 10 Abs. 1 WoBindG). Dies hat der BGH bereits in seiner ersten einschlägigen Grundsatzentscheidung vom 24. März 2010² klargestellt, und daran hält er in dem Urteil vom 20. September 2017 uneingeschränkt fest.³

2) *Die Folge: „Nullsummenspiel“ für den Vermieter, wirtschaftlicher Nachteil für den Mieter*

Diesen rechtlichen Ausgangspunkt zieht auch der Mieter nicht in Zweifel. Er meint jedoch, der Vermieter hätte ihm zunächst die Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel anbieten müssen (§§ 242, 241 Abs. 2 BGB), weil dies dem ursprünglichen Regelungswillen der Parteien entspräche und ihm – dem Mieter – die Renovierung in (kostengünstiger) Eigenleistung oder Eigenregie ermögliche. Abgesehen davon werde über den nach § 306 Abs. 2 BGB möglichen Rückgriff auf § 28 Abs. 4 II. BV der AGB-rechtliche Schutzmechanismus in sein Gegenteil verkehrt, weil die Unwirksamkeit der mietvertraglichen Regelung für den Vermieter folgenlos bleibe, für den Mieter jedoch eine höhere als die ursprünglich vorgesehene finanzielle Belastung bedeute.⁴ Beide Einwände lässt der BGH nicht gelten.

a) Die *streitgegenständliche Formulklausel* betrifft nur die Abwälzung der Renovierungspflicht auf den Mieter, enthält jedoch keinen Hinweis auf einen „andererseits“ möglichen Zuschlag zur Miete für die Kosten der Schönheitsreparaturen. Im Übrigen hat der Mieter nichts dafür vorgetragen, dass mit der Klausel der Zweck verfolgt worden sei, dem Mieter eine kostengünstige Renovierung in Eigenleistung zu ermöglichen und hierdurch den für preisgebundenen Wohnraum zulässigen teureren Mietzuschlag zu vermeiden.

b) Eine *Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Abschluss einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel anzubieten*, verneint der Senat sowohl im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als auch nach dem allgemeinen Gebot der Rück-

² VIII ZR177/09, BGHZ 185, 114; NJW 2010, 1590 = WuM 2010, 296 = NZM 2010, 396

³ RNr. 12

⁴ RNr. 13

sichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB).⁵ Eine derartige Verpflichtung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil für den Vermieter *unklar* bliebe, *welchen konkreten Inhalt diese Verpflichtung bzw. die „nachgebesserte“ Klausel haben sollte*: Reduzierung auf das „gerade noch zulässige Maß“ (entgegen dem an sich geltenden Verbot der geltungserhaltenden Reduktion) oder mit einer weitergehenden Rücksichtnahme; Geltung nur für die Zukunft oder rückwirkend ab Vertragsschluss?

Abgesehen davon handelt es sich bei dem *Rücksichtnahmegebot* lediglich um eine Nebenpflicht, die grundsätzlich *nicht auf eine Vertragsänderung gerichtet* ist, wie sie der Mieter im vorliegenden Fall erstrebt.⁶

c) Auch das Argument des Mieters, der über § 306 Abs. 2 BGB erfolgende Rückgriff auf § 28 Abs. 4 II. BV verkehre den *AGB-rechtlichen Schutzmechanismus* in sein Gegenteil, weil (infolge der zulässigen Erhöhung der Kostenmiete) die Unwirksamkeit der Klausel für den Vermieter folgenlos bliebe, während der Mieter stärker belastet werde, akzeptiert der BGH nicht; die §§ 307 ff BGB hätten keinen über die Bestimmung des § 306 BGB hinausgehenden Sanktionscharakter. Die Folge einer möglichen stärkeren wirtschaftlichen Belastung des Vertragspartners des Verwenders sei grundsätzlich als Folge der die gegenseitigen Interessen berücksichtigenden gesetzlichen Regelung hinzunehmen. *Die Pflicht, die Verwendung unwirksamer Klauseln zu unterlassen, umfasst nicht das Gebot, dem Vertragspartner eine wirksame Klausel anzubieten.*⁷

d) Schließlich verweist der Senat auf den *Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, den Vertragspartner des Verwenders vor einer unangemessenen Benachteiligung durch missbräuchliche Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zu schützen, nicht jedoch den Verwender vor den nachteiligen Rechtsfolgen einer von ihm gestellten Regelung. Deshalb *kann es dem Verwender im Einzelfall verwehrt sein, sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel zu berufen*, wenn der Vertragspartner sie gegen sich gelten lassen will. Eben dies hat der Mieter hier jedoch nicht, insbesondere nicht „zeitnah“ geltend gemacht, vielmehr vom Vermieter die Zustimmung zu einer von der unwirksamen Klausel abweichenden Schönheitsreparaturenregelung gefordert, wozu der Vermieter jedoch nicht verpflichtet ist.

e) Seine Erwägungen zum Zweck der gesetzlichen Regelung des § 306 Abs. 2 BGB schließt der Senat mit dem Hinweis ab, der Gesetzgeber habe hiermit *„bereits in sehr grundsätzlicher Weise einen angemessenen Interessenausgleich vorgenommen (...), denn die anstelle der unwirksamen vertraglichen Regelung zur Anwendung kommenden Normen berücksichtigen in der Regel die Interessen der von der jeweiligen Bestimmung betroffenen Parteien glei-*

⁵ bei dem Zitat „§ 241 Satz 2 BGB“ in RNr. 15 handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler

⁶ RNr. 17

⁷ RNr. 18

chermaßen.⁸ Bezogen auf die konkrete Fallsituation wird dieser Interessenausgleich an der strikten Kostenbindung der Miete für preisgebundenen Wohnraum einerseits und der Möglichkeit des Zuschlags für die Kosten der Schönheitsreparaturen nach § 28 Abs. 4 WoBindG andererseits gewahrt.

3) Keine Vorlage an den EuGH

Die vom Mieter als notwendig erachtete Vorlage der Sache an den EuGH zur Überprüfung der Rechtslage anhand der *EU-Klauselrichtlinie*⁹ kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Richtlinie nur Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden betrifft, im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte für die Annahme ersichtlich sind, die Vermieter hätten als Gewerbetreibende behandelt.

Anmerkungen:

1) Sinn und Zweck des § 306 Abs. 2 BGB

Mit dem Urteil vom 20. September 2017 bleibt der Senat konsequent auf der Linie, die er mit der Grundsatzentscheidung vom 24. März 2010¹⁰ eingeschlagen und in der Folgezeit mehrfach bestätigt hat.¹¹ Dort hat er insbesondere den Grundsatz betont, dass der Vertragspartner des Verwenders, konkret also *der Mieter, nur verlangen kann, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter die Verwendung einer unwirksamen Schönheitsreparaturenklausel unterlassen hätte*; ein Anspruch so gestellt zu werden, wie wenn der Vermieter eine wirksame Klausel verwendet hätte, besteht nicht.

2) Die „billige“ Lösung im Einzelfall (§ 242 BGB)

Allerdings hat der Senat bereits in einem Beschluss vom 31. August 2010¹² einen Hinweis gegeben, wie sich die aus dem Kostenzuschlag nach § 28 Abs. 4 Satz 2 WoBindG für den Mieter u.U. nachteiligen wirtschaftlichen Folgen vermeiden lassen:

„Dem Umstand, dass die (...) Unwirksamkeit der gesamten Vornahmeklausel den Mieter bei preisgebundenem Wohnraum auf Grund der Besonderheiten der Bildung der Kostenmiete stärker belasten kann als bei preisfreiem Wohnraum..., ist vielmehr dadurch Rechnung zu tragen, dass es dem Klauselverwender angesichts des mit der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff BGB verfolgten Schutzzwecks im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein kann, sich gegen den Willen seines Vertragspartners auf eine an sich gegebene Klauselunwirksamkeit zu berufen.“

⁸ RNr. 20

⁹ Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993

¹⁰ VIII ZR 177/09, BGHZ 185/114

¹¹ Beschlüsse vom 13. Juli 2010 – VIII ZR 281/09, WuM 2010, 635, vom 31. August 2010 – VIII ZR 28/10, Grundeigentum 2010, 1680 = WuM 2010, 750 = NZM 2010, 31, und vom 12. Januar 2011 – VIII ZR 6/10, WuM 2011, 112 = Grundeigentum 2011, 478 = ZMR 2011, 457 = NZM 2011, 478

¹² VIII ZR 28/10, aaO RNr. 5

Voraussetzung ist aber stets, dass der Mieter dem Vermieter gegenüber „zeitnah“ sein Interesse an einer solchen angemessenen und praktikablen Lösung deutlich macht oder ein Angebot des Vermieters zum Abschluss einer wirksamen Schönheitsreparaturenklausel annimmt. An letzterem fehlte es beispielsweise in Fall, der dem Beschluss vom 31. August 2010 zugrundelag. Dort hatte die Vermieterin – sogar zweimal, allerdings erfolglos – der Mieterin ein solches Angebot unterbreitet. Dass unter diesen Umständen von einem treuwidrigen Verhalten des Vermieters, der den Zuschlag nach § 28 Abs. 4 WoBindG geltend macht, keine Rede sein kann, liegt auf der Hand. Ähnlich lag der Sachverhalt des Beschlusses vom 12. Januar 2011.¹³

3) *Eine Klarstellung: Nachträglicher Zuschlag gem. § 28 Abs. 4 WoBindG ist keine Erhöhung i.S.d. § 8a Abs. 3 WoBindG*

Die nachträgliche Erhöhung seiner Aufwendungen kann der Vermieter im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung für preisgebundenen Wohnraum nur geltend machen, soweit sie auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat (§ 8a Abs. 3 Satz 2 WoBindG). Diese Einschränkung greift hier jedoch schon deshalb nicht ein, weil der Vermieter – wäre ihm die Unwirksamkeit der Klausel bewusst gewesen – von *Beginn des Mietverhältnisses an* den Zuschlag hätte fordern können, es sich mithin *nicht um eine nachträgliche Erhöhung* seiner Aufwendungen handelt.¹⁴ Davon abgesehen steht die Vorschrift der Geltendmachung des Zuschlages auch deshalb nicht entgegen, weil der Vermieter die Erhöhung als (gesetzliche) Folge der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturenklausel *nicht zu vertreten hat*.¹⁵

4) *Zur Rechtsnatur der Geltendmachung des Zuschlags gem. § 28 Abs. 4 WoBindG*

Im Leitsatz b) und in den Entscheidungsgründen¹⁶ des Urteils vom 20. September 2017 ist von dem „Erhöhungsverlangen“ des Vermieters die Rede; eine ähnliche Formulierung findet sich im Tatbestand¹⁷, wenn es dort heißt, die Vermieter „begehrten“ eine Mieterhöhung unter Hinweis auf § 28 Abs. 4 WoBindG. Dabei handelt es lediglich um unglückliche Formulierungen, denn den Zuschlag kann der Vermieter durch *einseitige rechtsgestaltende Erklärung* geltend machen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG). Das zieht (selbstverständlich) auch der VIII. Senat nicht in Zweifel, wie sich aus den entsprechenden Formulierungen in Leitsatz a) und den Entscheidungsgründen¹⁸ unmissverständlich ergibt.

Auswirkungen für die Praxis/Empfehlung:

Das Urteil vom 20. September 2017 stellt die Rechtslage für die Fälle der Mietpreisbindung, in denen sich nachträglich die Unwirksamkeit einer Schönheitsreparaturenklausel heraus-

¹³ VIII ZR 6/10, aaO RNr. 2

¹⁴ Urteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 177/09, AAO RNr. 18

¹⁵ aaO RNr. 19

¹⁶ RNr. 10

¹⁷ RNr. 3

¹⁸ RNr. 12, 13

stellt – sei es auch „nur“ auf Grund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung wie etwa durch das Urteil vom 18. März 2015¹⁹ – einmal mehr unmissverständlich klar. Das gilt vor allem für die Frage, ob der Vermieter nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder im Hinblick auf das allgemeine Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners (§ 241 Abs. 2 BGB) stets verpflichtet ist, dem Mieter den Abschluss einer wirksamen Klausel anzubieten, bevor er von der Erhöhungsmöglichkeit des § 28 Abs. 4 WoBindG Gebrauch macht. Eine solche generelle Pflicht verneint der BGH zu Recht und letztlich mit überzeugender Begründung, auch wenn die Argumente zweifellos unterschiedliches Gewicht haben.

Er zeigt aber zugleich – und das nicht zum ersten Mal – den Weg auf, wie die Parteien im Interesse eines unbelasteten Mietverhältnisses und entsprechend ihrem ursprünglichen Regelungskonzept das Problem lösen können. Danach *empfiehlt es sich für den Vermieter*, dem Mieter die „Reparatur“ der Klausel unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH anzubieten, und *der Mieter sollte dieses Angebot annehmen*. Auf die „Rosinentheorie“ – keine Mieterhöhung und keine Annahme des Angebots der Vereinbarung einer wirksamen Klausel –, auf die sich offensichtlich die Mieter in den den Beschlüssen vom 31. August 2010 und 12. Januar 2011 zugrundeliegenden Fällen eingestellt hatten, sollte er sich noch weniger als schon bisher verlassen.

¹⁹ VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302; NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374 = Grundeigentum 2015, 649 = WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685