

## 11/2020

23. JAHRGANG  
SEITEN 729- 800



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- Anteilige Kostenbeteiligung des Mieters für die Durchführung von Schönheitsreparaturen bei unrenoviert angemieteter Wohnung!
- Voraussetzungen der Haftung eines Kfz-Sachverständigen für auf Basis seiner Begutachtung durchgeführte Reparaturen
- kompakt: Ordentliche Kündigung eines Geschäftsführervertrages
- kompakt: Voraussetzung an eine Forderungsüberweisung: Verstrickung muss schon sein!

### STRAFRECHT

- TÜV-Prüfplakette ohne Eintragung in Zulassungsbescheinigung Teil I = keine Urkunde gem. § 267 I StGB

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Reichweite und Grenzen der Garantie kommunaler Selbstverwaltung, Art. 28 II GG

### EXAMENSREPORT - TERMIN 2020-II

- Zivilrecht
- Strafrecht
- Öffentliches Recht

### HEMMER.LIFE

- hemmer-Repetitor Dr. Bernd Berberich im Interview



# E-BOOK LIFE&LAW NOVEMBER 2020

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 ANTEILIGE KOSTENBETEILIGUNG DES MIETERS FÜR DIE DURCHFÜHRUNG VON SCHÖNHEITSREPARATUREN BEI UNRENOVIERT ANGEMieteteter WOHNUNG!

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

#### C) Lösung

##### I. Anspruch aus § 536a II Nr. 1 BGB

##### 1. Vorliegen eines Mangels der Mietsache, § 536 I BGB

a) Kein Mangel bei Überlassung der Wohnung

b) Aber: Verschlechterung nach 14 Jahren Mietdauer begründet Mangel i.S.d. § 536 I S. 2 BGB

##### 2. Mangelbeseitigungsanspruch des M gem. § 535 I S. 2 HS 2 BGB

##### 3. Verzug des V, § 286 I BGB

##### 4. Vorschussanspruch in Höhe der erforderlichen Aufwendungen

##### II. Ausschluss des Anspruches aufgrund § 6 des Mietvertrages

##### 1. § 6 des Mietvertrages ist eine „Allgemeine Geschäftsbedingung“

##### 2. Unangemessene Benachteiligung des M gem. § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB

##### III. Rechtsfolge der Unwirksamkeit

##### 1. Gem. § 306 I, II BGB trifft den Vermieter die Instandhaltungspflicht

a) Ansicht des LG Berlin als Vorinstanz

b) Ansicht des BGH

##### 2. Instandhaltungspflicht ist auf den „vertragsgemäßen Zustand“ beschränkt

a) Unrenovierte Wohnung bei Überlassung ist vertragsgemäßer Sollzustand

b) Komplettsanierung ginge über Gebrauchsüberlassungspflicht hinaus

##### 3. Vollständige Renovierung führt daher zu besserem Zustand als bei Überlassung

##### 4. Daher: anteilige Kostenbeteiligung gem. § 242 BGB

##### IV. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfragen

#### F) Zur Vertiefung

### 2 VORAUSSETZUNGEN DER HAFTUNG EINES KFZ-SACHVERSTÄNDIGEN FÜR AUF BASIS SEI-

## NER BEGUTACHTUNG DURCHGEFÜHRTE REPARATUREN

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Zulässige Klageänderung
- II. Zulässigkeit der Feststellungsklage
- III. Begründetheit der Feststellungsklage
  1. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage
  2. Begründetheit der ursprünglichen Klage
    - a) Anspruch aus § 823 I BGB
      - aa) Verletzung eines absolut geschützten Rechts
      - bb) Verletzungshandlung
      - cc) Haftungsbegründende Kausalität
      - dd) Rechtswidrigkeit
      - ee) Verschulden
      - ff) Kausaler Schaden
    - b) Anspruch aus § 826 BGB
  3. Erledigendes Ereignis
    - a) Haftung des W
    - b) Gesamtschuld mit S
- IV. Ergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfrage

### F) Zur Vertiefung

## 3 KOMPAKT: ORDENTLICHE KÜNDIGUNG EINES GESCHÄFTSFÜHRERVERTRAGES

### A) Sound

### B) Lösung

- I. Geschäftsführer wird auf Grundlage eines Dienstvertrages tätig
- II. Ordentliche Kündigung richtet sich daher nach § 621 BGB und nicht nach § 622 BGB
  1. Analogie mangels Regelungslücke (-)
  2. Hier: § 621 Nr. 3 BGB wegen der nach Vierteljahren bemessenen Vergütung
- III. Ergebnis

## 4 KOMPAKT: VORAUSSETZUNG AN EINE FORDERUNGSÜBERWEISUNG: VERSTRICKUNG MUSS SCHON SEIN!

A) Sound

B) Lösung

- I. Aktivlegitimation im Rahmen der sog. Einziehungsklage
- II. Diff.: Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen

# STRAFRECHT

## 5 TÜV-PRÜFPLAKETTE OHNE EINTRAGUNG IN ZULASSUNGSBESCHEINIGUNG TEIL I = KEINE URKUNDE GEM. § 267 I STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I StGB
- II. Strafbarkeit wegen versuchter Urkundenfälschung gem. §§ 267 I, II, 22, 23 I Alt. 2 StGB
  1. Vorprüfung
  2. Tatentschluss
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 6 REICHWEITE UND GRENZEN DER GARANTIE KOMMUNALER SELBSTVERWALTUNG, ART. 28 II GG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Zulässigkeit der Kommunalverfassungsbeschwerde

1. **Zuständigkeit des BVerfG**
2. **Antragsberechtigung**
3. **Verfahrensfähigkeit**
4. **Beschwerdegegenstand**
5. **Beschwerdebefugnis**

Die Gemeinde müsste auch beschwerdebefugt sein.

- a) **Mögliche Verletzung des Art. 28 II GG**
- b) **Selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen**

6. **Rechtswegerschöpfung**
7. **Keine Subsidiarität**
8. **Form und Frist**

## **II. Begründetheit der Kommunalverfassungsbeschwerde**

1. **Gewährleistungsumfang der Selbstverwaltungsgarantie**
2. **Ausgestaltung des Art. 28 II GG durch Art. 84 I S. 7 GG**
3. **Abgrenzung zur zulässigen Anpassung nach Art. 125a I S. 1 GG**
4. **§§ 34 und 34a SGB XII als Fall des Art. 84 I S. 7 GG oder des Art. 125a I S. 1 GG**

## **III. Ergebnis**

**D) Kommentar**

**E) Wiederholungsfragen**

**F) Zur Vertiefung**

# **EXAMENSREPORT, TERMIN 2020-II**

## **A) ZIVILRECHT**

**Klausur Nr. 1:**

**Klausur Nr. 2:**

**Klausur Nr. 3:**

## **B) STRAFRECHT:**

**Klausur Nr. 4:**

## **C) ÖFFENTLICHES RECHT:**

**Klausur Nr. 5:**

Klausur Nr. 6:

# HEMMER.LIFE

# ZIVILRECHT

BGH, URTEILE VOM 08.07.2020, VIII ZR 163/18 SOWIE VIII ZR 270/18, NZM 2020, 704 FF. SOWIE NZM, 2020, 710 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 ANTEILIGE KOSTENBETEILIGUNG DES MIETERS FÜR DIE DURCHFÜHRUNG VON SCHÖNHEITSREPARATUREN BEI UNRENOVIERT ANGEMIETETER WOHNUNG!

+++ Schönheitsreparaturen +++ Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen +++ Unzulässige „Vornahmeklausel“ von Schönheitsreparaturen bei Vermietung einer unrenovierten Wohnung +++ Instandhaltungsanspruch bei wesentlicher Verschlechterung +++ Kostenbeteiligung, wenn die Wohnung nach Renovierung besser ist als bei Mietbeginn +++ §§ 242, 307, 535, 536a BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** M mietete im Jahr 2002 von V eine bei Überlassung unrenovierte Wohnung in Berlin. Der Standardformularmietvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 6 Instandhaltung, Schönheitsreparaturen

Der Mieter übernimmt die Schönheitsreparaturen. Hierzu gehören u.a. ...

§ 7 Mietsache

7.1. Der Vermieter gewährt den Gebrauch der Mietsache in dem Zustand der Übergabe.

7.2 1 Der Mieter versichert, dass er die Wohnung ausreichend besichtigt hat. <sup>2</sup>Er übernimmt die Wohnung im unrenovierten Zustand und erkennt den Mietgegenstand als vertragsgemäß an. <sup>3</sup>Einen finanziellen Ausgleich für die Übernahme der unrenovierten Wohnung erhält der Mieter nicht.

Aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen wesentlichen Verschlechterung der Wohnungsdekoration im Vergleich zum Überlassungszustand forderte M mit Schreiben vom 31.03.2016 den V unter Übersendung eines Kostenvorschlags erfolglos auf, darin im Einzelnen bezeichnete Renovierungsmaßnahmen (wie z.B. Tapezieren, Anstricharbeiten) ausführen zu lassen.

**Kann M von V die Zahlung eines Vorschusses für die Renovierungsmaßnahmen verlangen?**

### A) Sounds

1. An die Stelle einer nach § 307 I, II Nr. 2 BGB unwirksamen Klausel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei einer ohne angemessenen Ausgleich unrenoviert bzw. renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung tritt nach § 306 II BGB die gesetzliche Regelung des § 535 I S. 2 BGB.

2. Die hiernach den Vermieter treffende Instandhaltungslast - vorliegend die Ausführung von Schönheitsreparaturen - bestimmt sich nach dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand; dies kann auch der unrenovierte bzw. renovierungsbedürftige Zustand der Wohnung zum Zeitpunkt ihrer Überlassung sein.

3. Bei einer wesentlichen Verschlechterung des anfänglichen Dekorationszustandes kommt ein Instandhaltungsanspruch des Mieters in Betracht.

4. Da die (Wieder-)Herstellung dieses ursprünglichen Dekorationszustandes der Wohnung in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist und deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien liegt, ist in diesen Fällen allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interesselgerecht, durch welche der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt.

**5. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann der Mieter eine solche Renovierung verlangen, muss sich aber wegen der dadurch bewirkten Besserstellung gegenüber dem unrenovierten (vertragsgemäßen) Zustand bei Mietbeginn in angemessenem - in der Regel hälftigem - Umfang an den erforderlichen Kosten beteiligen.**

## B) Problemaufriss

Im Mittelpunkt dieser wichtigen Entscheidung steht mal wieder das Thema Schönheitsreparaturen.

Bei Schönheitsreparaturen handelt es sich um Maßnahmen, welche die Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs beseitigen, für die der Mieter nach § 538 BGB nicht haftet.

Nach § 28 IV S. 3 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV)<sup>1</sup> umfassen Schönheitsreparaturen nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Schönheitsreparaturen sind damit in erster Linie Malerarbeiten, die „mit etwas Farbe und Gips“ erledigt werden können.

**Anmerkung: Nach § 28 IV S. 3 II. BV gehört zu den Schönheitsreparaturen auch das Streichen von Böden. Die Vorschrift geht dabei von den kaum noch anzutreffenden gestrichenen Holzdielenböden aus. Da die Schönheitsreparaturen die Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs beseitigen sollen, muss auch der Bodenbelag in einen ansehnlichen Zustand versetzt werden. Der redliche Mieter muss daher davon ausgehen, dass er an Stelle des Streichens diejenige Maßnahme ergreifen muss, die für den vorhandenen Boden zu einer Auffrischung der Oberfläche führt. Nach Ansicht des BGH soll daher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung an die Stelle des nicht mehr zeitgemäßen Streichens der Fußböden bei vom Vermieter verlegtem Teppichboden dessen gründliche Reinigung treten.<sup>2</sup>**

Die Vornahme der Schönheitsreparaturen muss grundsätzlich durch den Vermieter erfolgen. Sie gehört zur Instandhaltungspflicht des Vermieters gem. § 535 I S. 2 HS 2 BGB.

Gleichwohl wird die Vornahme der Schönheitsreparaturen in der Regel auf den Mieter abgewälzt. Diese Vereinbarung ist grundsätzlich auch in Standardmietverträgen (AGB) wirksam.

Die Zulässigkeit dieser „**Vornahmeklauseln**“ ergibt sich aus folgender Überlegung: Müsste der Vermieter die Schönheitsreparaturen selbst ausführen, ließe er diese i.d.R. durch ein Renovierungsunternehmen durchführen.

Der Vermieter wäre gezwungen, diese Kosten auf die Miete aufzuschlagen, um noch wirtschaftlich vermieten zu können. Daher hat der Mieter letztlich ein originäres Eigeninteresse daran, die Schönheitsreparaturen selbst vornehmen zu dürfen. Auf diese Weise ist es möglich, die zu zahlende Miete geringer zu halten. Der Mieter wird also nicht rechtlos gestellt.

Zudem hat der Vermieter ein schutzwürdiges Interesse am sorgsamem Umgang mit der Mietwohnung. Muss der Mieter die Schönheitsreparaturen selbst vornehmen, behandelt er die Wohnung zwangsläufig sorgsamer als er dies tun würde, wenn der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchführen müsste.

Diese Vereinbarung ist grundsätzlich auch in Formularmietverträgen (AGB) wirksam. Die Zulässigkeit einer formularvertraglichen Abwälzung der Schönheitsreparaturen hat aber enge Grenzen. Da keine der in §§ 309, 308 BGB genannten Klauselverbote einschlägig sind, kann die Abwälzung der Schönheitsreparaturen im Einzelfall eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I, II BGB darstellen.

Der formularvertraglichen Überwälzung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf den Mieter (sog. „**Vornahmeklauseln**“) wurden in den letzten Jahren aufgrund umfangreicher Rechtsprechung des BGH deutliche Grenzen gesetzt.

**hemmer-Methode: Da dieses Thema sowohl im Ersten als auch im Zweiten Staatsexamen von gesteigerter Relevanz ist, sollten Sie sich hier zur Entwicklung der Rechtsprechung des BGH einen Überblick verschaffen.<sup>3</sup>**

1 **§ 28 IV der Zweiten Berechnungsverordnung lautet:**

(1) - (3)

(4) <sup>1</sup>Die **Kosten der Schönheitsreparaturen** in Wohnungen sind in den Sätzen nach Absatz 2 nicht enthalten. <sup>2</sup>**Trägt der Vermieter die Kosten** dieser Schönheitsreparaturen, so dürfen sie **höchstens mit 8,50 Euro je Quadratmeter** Wohnfläche im Jahr angesetzt werden. <sup>3</sup>**Schönheitsreparaturen umfassen nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen.**

BGH, NJW 2018, 150 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2016, 3015 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2016, 2874 ff. = **jurisbyhemmer**.

2 BGH, **Life&Law 04/2009, 281** = NJW 2009, 510 ff. = **jurisbyhemmer**.

3 Vgl. ausführlich hierzu Tyroller, Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur formularvertraglichen Abwälzung der Vornahme von „Schönheitsreparaturen“ auf den Mieter, Life&LAW 01/2019, 56 ff.

Der 18.03.2015 war für die meisten Vermieter (mal wieder) ein rabenschwarzer Tag.

Der BGH hatte in zwei Urteilen die langjährige Zulässigkeit bestimmter Klauseln zur Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen (im Folgenden: „**Vornahmeklauseln**“) „gekippt“.

Eine formularvertragliche „**Vornahmeklausel**“ soll nach Ansicht des BGH nach § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB unwirksam sein, sofern dem Mieter eine unrenovierte oder renovierungsbedürftige Wohnung überlassen wurde und der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen finanziellen Ausgleich gewährt.<sup>4</sup>

An dieser Rechtsprechung hält der BGH mit seinen beiden Urteilen vom 08.07.2020 ausdrücklich fest.

Allerdings verpflichtet der BGH den Mieter zur anteiligen Kostenübernahme für die vom Vermieter durchzuführenden Schönheitsreparaturen, wenn die Wohnung in einen besseren Zustand als zu Beginn des Mietverhältnisses versetzt wurde.

**Anmerkung: In beiden Verfahren, die vom BGH nahezu wortlautidentisch begründet wurden, hatten langjährige Mieter ihre Wohnungen unrenoviert gemietet.**

**Im hier zu besprechenden Fall (Az. VIII ZR 163/18) verlangte der Mieter von der Vermieterin nach 14 Jahren Mietzeit im März 2016, Tapezier- und Anstricharbeiten gemäß einem beigefügten Kostenvoranschlag ausführen zu lassen. Dem kam der Vermieter nicht nach.**

**In dem anderen Verfahren (Az. VIII ZR 270/18) forderte der Mieter die Vermieterin nach 23 Jahren Mietzeit auf, Malerarbeiten in der Wohnung auszuführen. Da der Vermieter dies ablehnte, verklagte der Mieter seinen Vermieter auf Vornahme der Schönheitsreparaturen.**

**In beiden Verfahren gab der BGH dem Mieter Recht, verpflichtete diesen aber, sich gem. § 242 BGB an den Kosten in angemessenem Umfang zu beteiligen, da die Wohnung nach deren Renovierung in einen Zustand versetzt wurde, der besser war als der vom Vermieter geschuldete vertragsgemäße Zustand zur Zeit der Überlassung der Mietwohnung.**

## C) Lösung

Fraglich ist, ob M von V die Zahlung eines Vorschusses für die Durchführung von Renovierungsmaßnahmen verlangen kann.

### I. Anspruch aus § 536a II Nr. 1 BGB

Nach § 536a II Nr. 1 BGB kann der Mieter den Mangel der Mietsache selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen und einen diesbezüglichen Vorschuss verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist.

#### 1. Vorliegen eines Mangels der Mietsache, § 536 I BGB

Ein Mangel der Mietsache liegt dann vor, wenn deren tatsächlicher Zustand für den Mieter nachteilig vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht.<sup>5</sup>

##### a) Kein Mangel bei Überlassung der Wohnung

Zur Zeit der Überlassung der Wohnung an den M lag kein Mangel i.S.d. § 536 I S. 2 BGB vor. Zwar hat sich die Wohnung in einem unrenovierten Zustand befunden. Genau diesen - teils „abgenutzten“ - Zustand haben die Parteien in den Ziffern 7.1 und 7.2 des Mietvertrags als vertragsgemäß vereinbart.

##### b) Aber: Verschlechterung nach 14 Jahren Mietdauer begründet Mangel i.S.d. § 536 I S. 2 BGB

Allerdings begründet die infolge der 14-jährigen Nutzung eingetretene weitere Verschlechterung des Dekorationszustands der Wohnung im Vergleich zum vertragsgemäßen Zustand bei Überlassung einen Mangel i.S.d. § 536 I S. 2 BGB.

<sup>4</sup> BGH, Life&Law 08/2015, 567 ff. = NJW 2015, 1871 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> BGH, Life&Law 06/2019, 378 ff. = NJW 2019, 507 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&Law 09/2020, 592 ff. = NZM 2020, 598 ff. = jurisbyhemmer.

**Anmerkung:** Die Vorinstanz – mal wieder das LG Berlin<sup>6</sup> – hat dies mit folgender Begründung anders gesehen. Auf graduelle Verschlechterungen des Renovierungszustands käme es nicht an, sondern nur darauf, ob die Mieträume bei Vertragsbeginn den Gesamteindruck einer renovierten Wohnung vermitteln oder nicht. Es sei unerheblich, ob die Mieträume mehr oder weniger abgewohnt gewesen seien, ob die Wohnung sich erst als unrenoviert, bereits als renovierungsbedürftig oder gar schon als völlig abgewohnt darstelle. In all diesen Fällen habe der Mieter die (mindestens) unrenovierte Wohnung als vertragsgerecht akzeptiert und scheidet ein Anspruch gegen den Vermieter auf Vornahme von Renovierungsarbeiten damit von vornherein aus. Erst wenn Renovierungsarbeiten erforderlich wären, um Substanzschäden vorzubeugen, würde ein Mangel vorliegen.

Viel lebensfremder kann ein Gericht nicht urteilen. Der BGH geht darauf kaum ein, sondern stellt nur zu Recht fest, dass entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts durch die 14jährige Abnutzung der Wohnung und der dadurch eingetretenen weiteren wesentlichen Verschlechterung sehr wohl ein Mangel i.S.d. § 536 BGB vorliegt.

## 2. Mangelbeseitigungsanspruch des M gem. § 535 I S. 2 HS 2 BGB

Nach § 535 I S. 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen (HS 1) und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (HS 2).

Zur Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters gehört es, eine nach der Überlassung eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen und den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand wiederherzustellen.<sup>7</sup>

## 3. Verzug des V, § 286 I BGB

Mit Schreiben vom 31.03.2016 hat M den V zur Ausführung von Schönheitsreparaturen und damit zur (fälligen) Mangelbeseitigung aufgefordert.

Dieses Schreiben erfüllt die Anforderungen an eine verzugsbegründende Mahnung i.S.d. § 286 I S. 1 BGB. Das Schreiben ist auch hinreichend bestimmt, da in ihm auf den Kostenvoranschlag Bezug genommen wird und sich aus diesem die einzelnen geforderten Arbeiten im Detail ergeben.

Damit ist die geschuldete Leistung vorliegend - ungeachtet der Frage, welchen Spezifizierungsanforderungen die Anforderung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen grundsätzlich genügen muss<sup>8</sup> - eindeutig bezeichnet.<sup>9</sup>

**Zwischenergebnis:** Die Voraussetzungen des § 536a II Nr. 1 BGB liegen demnach grds. vor.

## 4. Vorschussanspruch in Höhe der erforderlichen Aufwendungen

Liegen die Voraussetzungen des § 536a II Nr. 1 BGB vor, so kann der Mieter zum Zweck der Mangelbeseitigung vom Vermieter die Zahlung eines auf § 242 BGB gestützten Vorschusses in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Beseitigungskosten verlangen.<sup>10</sup>

**hemmer-Methode:** Sachnäher wäre eine Analogie zu § 669 BGB! Der BGH ging in dieser Entscheidung auf die Herleitung des Vorschussanspruches gar nicht mehr ein.

Ursprünglich begründet wurde dies vom BGH aber mit dem Argument, dass es dem Mieter wegen § 242 BGB nicht zugemutet werden könne, die Mangelbeseitigung vorzufinanzieren.<sup>11</sup>

Für die Geltendmachung des Vorschussanspruches muss der Mieter i.d.R. den Kostenvoranschlag eines Fachhandwerkers einholen, der die notwendigen Maßnahmen beschreibt und die dafür erforderlichen Beträge ausweist. Grundlage des Anspruchs kann aber auch ein Sachverständigengutachten sein.

**Anmerkung:** Nach Abschluss der Maßnahme, die innerhalb angemessener Zeit auszuführen ist, muss über die Kosten abgerechnet werden.

**Ein zu viel erlangter Betrag ist zu erstatten. War der Vorschuss zu gering, kann der Differenzbetrag nach § 536a II BGB**

6 LG Berlin, WuM 2018, 557 ff. = jurisbyhemmer.

7 BGH, NZM 2003, 472 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 203, 256 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 205, 177 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 2019, 270 ff. = jurisbyhemmer.

8 Vgl. dazu BGH, NJW-RR 1992, 1226 ff. = jurisbyhemmer.

9 BGH, NJW 2006, 2116 ff. = jurisbyhemmer.

10 Vgl. BGH, NJW 2008, 2432 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2010, 2050 ff. = jurisbyhemmer; Staudinger, BGB, § 536a Rn. 34; Palandt, BGB, 79. Aufl., § 536a Rn. 18.

11 BGH, WM 1971, 726 ff. = jurisbyhemmer.

verlangt werden.<sup>12</sup>

**Eine Abrechnung auf Basis des Gutachtens ohne Durchführung der Renovierung ist nicht zulässig!**

## II. Ausschluss des Anspruches aufgrund § 6 des Mietvertrages

Der Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung könnte aber durch § 6 des Mietvertrages ausgeschlossen sein.

Wäre die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den M wirksam, stünde diesem auch kein Renovierungsanspruch zu und damit auch kein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses.

### 1. § 6 des Mietvertrages ist eine „Allgemeine Geschäftsbedingung“

Bei § 6 des Standardmietvertrages handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 I BGB, von deren wirksamer Einbeziehung nach § 305 II BGB auszugehen ist.

### 2. Unangemessene Benachteiligung des M gem. § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB

Nach Ansicht des BGH, die mit der vorliegenden Entscheidung bestätigt wird, ist eine Formulklausel, die dem Mieter einer **unrenoviert oder renovierungsbedürftig** übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen auferlegt, nach § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.<sup>13</sup>

Unrenoviert oder renovierungsbedürftig ist eine Wohnung nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder gar völlig abgewohnt ist. Maßgeblich ist lediglich, ob die dem Mieter überlassene Wohnung Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum aufweist. Selbst wenn die Wohnung nur in einzelnen Räumen renovierungsbedürftig war, ist eine „Vornahmeklausel“ insgesamt unwirksam.

Eine Formulklausel, die dem Mieter einer renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen auferlegt, ist aber nach der Rechtsprechung wirksam, wenn die Verpflichtung des Mieters durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert wird. Dadurch muss der Mieter so gestellt werden, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden. Die Parteien können sich neben der Zahlung eines Geldbetrages an den Mieter auch dafür entscheiden, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovierungsaufwand für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete zu entrichten hat.

Da dem M gem. § 7.2 Satz 3 des Mietvertrages für die Übernahme der Schönheitsreparaturen von V gerade kein finanzieller Ausgleich gewährt wurde, war die in § 6 enthaltene Vornahmeklausel gem. § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.

**Anmerkung: Eine Vornahmeklausel bei Übergabe einer unrenovierten Wohnung ist auch dann unwirksam, wenn sich der Neumieter gegenüber dem Vormieter vertraglich verpflichtet hat, dessen Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen zu übernehmen.**

Nach Ansicht des BGH kann das Bestehen einer Renovierungsvereinbarung des Vermieters mit dem neuen Mieter grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der in dem Mietvertrag zwischen Vermieter und neuem Mieter enthaltenen Vornahmeklausel haben.<sup>14</sup>

Dies folgt aus dem Grundsatz, dass die in einem Schuldverhältnis gewährten Rechte und Pflichten - von Ausnahmen wie z.B. §§ 328, 566 BGB abgesehen - grundsätzlich relativ zwischen den am jeweiligen Schuldverhältnis beteiligten Parteien wirken.<sup>15</sup>

Es ist daher die Aufgabe des Vermieters, bei Abschluss eines neuen Mietverhältnisses zu beurteilen, ob die von ihm verwendete Vornahmeklausel wirksam ist, er also eine renovierte Wohnung übergeben kann. Am Ende eines Mietverhältnisses obliegt dem Vermieter daher im eigenen Interesse die Prüfung, ob er gegen den bisherigen Mieter einen Anspruch auf Vornahme von Schönheitsreparaturen hat.

Besteht gegen den bisherigen (Vor-)Mieter ein Anspruch auf die Durchführung von Schönheitsreparaturen, kann der Vermieter diesen Anspruch geltend machen und so ohne weiteres sicherstellen, dass er dem neuen Mieter eine renovierte Wohnung übergeben kann. Dieser Anspruch geht aufgrund der Relativität der schuldrechtlichen Renovierungsvereinbarung zwischen Neumieter und Vormieter auch nicht unter. Macht der Vermieter von seinem Anspruch Gebrauch, so stünde der im neuen Mietverhältnis vereinbarten Vornahmeklausel jedenfalls aus diesem Gesichtspunkt nichts entgegen, da er dem Neumieter ja eine renovierte Wohnung übergibt.

<sup>12</sup> Erman, BGB, 15. Aufl., § 536a Rn. 23 f.

<sup>13</sup> BGH, Life&Law 11/2018, 728 ff.; BGH, Life&Law 08/2015, 567 ff. = NJW 2015, 1594 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> BGH, Life&Law 11/2018, 728 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> MüKo, BGB, 7. Aufl., Einl. § 241 Rn. 18.

Entscheidet sich der Vermieter hingegen dafür, dem Neumieter eine unrenovierte Wohnung zu gewähren, besteht kein Grund, ihn als Verwender einer formularmäßigen Vornahmeklausel allein deshalb besser zu stellen, weil der Neumieter Verpflichtungen gegenüber dem Vormieter eingegangen ist. Verzichtet der Vermieter darauf, die Schönheitsreparaturen durch den Vormieter vornehmen zu lassen, so muss er sich wenigstens von diesem den hierzu erforderlichen Geldbetrag bezahlen lassen und diesen dann als Ausgleich für die Überlassung einer unrenovierten Wohnung an den Neumieter weiterreichen. In diesem Fall wäre die Vornahmeklausel bei unrenovierter Wohnung zulässig. Mit anderen Worten handelt es sich bei der Vereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Neumieter nach deren Parteiwillen nicht um einen Vertrag zugunsten des Vermieters.

### III. Rechtsfolge der Unwirksamkeit

Fraglich ist, wie sich die Unwirksamkeit der in § 6 enthaltenen Vornahmeklausel auf den Anspruch des M auf Zahlung eines Vorschusses zum Zweck der Renovierung der Wohnung auswirkt.

#### 1. Gem. § 306 I, II BGB trifft den Vermieter die Instandhaltungspflicht

Die Unwirksamkeit von § 6 des Mietvertrages führt gem. § 306 I BGB, der eine Ausnahme zu § 139 BGB darstellt, nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages im Übrigen.

Vielmehr richtet sich gem. § 306 II BGB der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

##### a) Ansicht des LG Berlin als Vorinstanz

Das Berufungsgericht (LG Berlin) war der Ansicht, dass an die Stelle der unwirksamen Klausel nicht die Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 I S. 2 BGB tritt.

Vielmehr sei im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung keine der beiden Parteien verpflichtet, die Schönheitsreparaturen durchzuführen.

##### b) Ansicht des BGH

Dieser Ansicht tritt der BGH entgegen.

**aa)** Zum einen liegen die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht vor. Für eine ergänzende Vertragsauslegung ist im vorliegenden Fall kein Raum, da mit § 535 I S. 2 BGB eine (spezielle) gesetzliche Regelung existiert, welche die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache dem Vermieter auferlegt. Diese gesetzliche Bestimmung tritt nach § 306 II BGB auch dann an die Stelle der unzulässigen Klausel, wenn eine für ihren Verwender günstigere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde.

Daran ändern etwaige negative wirtschaftliche Folgen für den Vermieter, der gegebenenfalls im Hinblick auf die (unwirksame) Übertragung der Schönheitsreparaturen eine geringere Miete akzeptiert hat, nichts.<sup>16</sup>

**bb)** Im Übrigen würde eine ergänzende Vertragsauslegung nicht zu der Annahme führen, die Vertragsparteien hätten - ausgehend von der hier vorliegenden Anmietung einer unrenovierten Wohnung und die Unwirksamkeit der Klausel in ihre Überlegungen einbeziehend - eine Regelung getroffen, wonach keine der Parteien Schönheitsreparaturen auszuführen hätte.

Eine ergänzende Vertragsauslegung hat sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu orientieren und muss zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung führen.

Es geht daher darum zu ermitteln, was die Parteien bei einer objektiv generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel jedenfalls unsicher war. Hiernach kann nicht angenommen werden, dass redliche, um einen angemessenen Interessenausgleich bemühte Mietvertragsparteien nach Treu und Glauben eine insoweit einseitig den Vermieter begünstigende Regelung getroffen hätten und der Mieter auf seinen Anspruch auf Erhaltung der Mietsache (§ 535 I S. 2 BGB) in Form der Ausführung von Schönheitsreparaturen verzichtet hätte.

**Zwischenergebnis:** An die Stelle von § 6 des Mietvertrages tritt daher die gesetzliche Regelung des § 535 I S. 2 BGB, die den Vermieter zur Instandhaltung verpflichtet.

## 2. Instandhaltungspflicht ist auf den „vertragsgemäßen Zustand“ beschränkt

Nach § 535 I S. 2 HS 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten.

Dieser zu erhaltende vertragsgemäße Zustand wird, soweit - wie hier - Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks, hier der Nutzung als Wohnung, und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt.

### a) Unrenovierte Wohnung bei Überlassung ist vertragsgemäßer Sollzustand

Hiernach ist im vorliegenden Fall der bei Überlassung der Wohnung unrenovierte Zustand vertragsgemäß.

Der Dekorationszustand der Wohnung war für beide Parteien ohne Weiteres ersichtlich. Die Wohnung wurde vor Anmietung besichtigt und der Zustand in § 7.2. Satz 2 festgehalten.

Danach war für M zum einen eindeutig ersichtlich, dass er eine unrenovierte Wohnung übernimmt, und zum anderen hat er die Mietsache in dem Zustand akzeptiert, in dem sie sich befand.

**Anmerkung:** Die Annahme eines solchen Wohnungszustands als vertragsgemäß i.S.d. § 535 I S. 2 BGB setzt nicht die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs zugunsten des Mieters voraus.

Ein solcher ist lediglich für die Wirksamkeit der formularvertraglichen Überwälzung der Schönheitsreparaturen bei einer unrenoviert überlassenen Wohnung von Bedeutung, nicht jedoch für die Bestimmung des vertragsgemäßen Zustands.

### b) Komplettsanierung ginge über Gebrauchsüberlassungspflicht hinaus

Teilweise wird in Fällen wie dem vorliegenden vertreten, dass eine Wohnung nur dann vertragsgemäß sei, wenn sie (bedarfsabhängig) fachmännisch **komplett** renoviert werde.<sup>17</sup>

Der BGH tritt auch dieser Ansicht entgegen.

Die Unwirksamkeit der Vornahmeklausel führt nicht dazu, dass sich die in ihr statuierte Pflicht gleichsam „umdreht“ und nunmehr den Vermieter eine entsprechende Verpflichtung trifft. Vielmehr tritt gem. § 306 II BGB die gesetzliche Bestimmung des § 535 I S. 2 HS 2 BGB an ihre Stelle; allein hiernach sind der Inhalt und der Umfang der Vermieterpflichten zu ermitteln.

Zudem hätte die vorgenannte Ansicht zur Folge, dass der Umfang der Erhaltungspflicht über denjenigen der Überlassungspflicht (§ 535 I S. 2 HS 1 BGB) hinausginge, was ohne eine entsprechende Parteivereinbarung nicht angenommen werden kann.

**Zwischenergebnis:** Hiernach ist der unrenovierte Zustand der Wohnung bei Überlassung an M im Jahr 2002 der vertragsgemäße „Soll-Zustand“. Da sich dieser im Verlaufe der Mietzeit wesentlich verschlechtert hat, liegt bezüglich der Verschlechterung ein Mangel vor, welchen V zu beseitigen hat.

## 3. Vollständige Renovierung führt daher zu besserem Zustand als bei Überlassung

Da die (Wieder-)Herstellung des ursprünglichen Dekorationszustands der Wohnung in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist und deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien liegt, ist in diesen Fällen allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interessengerecht, durch welche der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt.

Durch die allein sachgerechte umfassende Renovierung werden allerdings nicht nur die vom derzeitigen Mieter bewirkten - von ihm grundsätzlich nicht zu vertretenden (§ 538 BGB) - Gebrauchsspuren beseitigt, sondern auch diejenigen aus dem Zeitraum vor dem gegenwärtigen Mietverhältnis. Der Mieter erhält damit eine Wohnung, die einen Dekorationszustand aufweist, der über den vertraglich seitens des Vermieters geschuldeten Zustand hinausgeht.

Nach § 536a II Nr. 1 BGB kann der Mieter als Vorschuss aber nur den Betrag verlangen, der zur Mangelbeseitigung **erforderlich** ist. Darunter fallen nur solche Kosten, die nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig sind.

<sup>17</sup> So Artz, NZM 2015, 801 (804 f.); Flatow, WuM 2009, 208 (209).

#### 4. Daher: anteilige Kostenbeteiligung gem. § 242 BGB

Da der Mieter durch die Renovierung nun eine Wohnung in einem besseren Zustand als dem vertragsgemäßen Zustand erhält, muss er sich nach Ansicht des BGH nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) in angemessenem Umfang an den Kosten der Schönheitsreparaturen beteiligen.

**a)** Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung.<sup>18</sup>

Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, kann regelmäßig nur durch eine umfassende Bewertung der gesamten Fallumstände entschieden werden.

Hiernach ist unter Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung seiner Rechtsposition verwehrt ist.<sup>19</sup>

**b)** Die Parteien des mietvertraglichen Dauerschuldverhältnisses sind durch wechselseitige Rechte und Pflichten miteinander verbunden.

So trifft den Vermieter die Erhaltungspflicht (§ 535 I S. 2 HS 2 BGB). Die Regelung des § 538 BGB, wonach der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat, wiederholt dies klarstellend. Diese Erhaltungspflicht des Vermieters stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar, welche sich nicht in der einmaligen Handlung des Überlassens erschöpft, sondern dahin geht, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten.

Diese Dauerverpflichtung - vorliegend in Form der Durchführung der Schönheitsreparaturen - bezieht sich jedoch nur auf den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Auf diesen - vorliegend unrenovierten - (Soll-)Zustand hat der Mieter sich eingelassen und das Vorhandensein von Gebrauchsspuren als vertragsgemäß akzeptiert. Daher wäre es unbillig, den Vermieter mit sämtlichen Kosten einer Renovierung zu belasten. Daher entspricht es dem Willen redlicher, die beiderseitigen Interessen berücksichtigenden und um deren angemessenen Ausgleich bemühten Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, dass Renovierungsarbeiten vorgenommen werden, und zwar solche, durch welche die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt wird, und sich der Mieter seinerseits an den Kosten in angemessenem Umfang beteiligt.

**b)** Allein mit diesem Inhalt besteht der Anspruch des Mieters. Das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet nämlich eine allen Rechten immanente Schranke des Anspruchs.

Damit kann sich ein Vermieter nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei die Wiederherstellung des unrenovierten Anfangszustands unmöglich, so dass ein Anspruch des Mieters auf Vornahme von Schönheitsreparaturen ausgeschlossen sei (§ 275 I BGB).

Vielmehr ist der unter Beachtung der vorstehend dargestellten Maßstäbe von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegebene Anspruch des Mieters vom Vermieter erfüllbar.

Die Bestimmung des Umfangs der Kostenbeteiligung im Einzelfall ist Sache des Tatrichters, der insoweit von der ihm nach § 287 II ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen kann. Unter angemessener Berücksichtigung der wechselseitigen Interessenlage von Vermieter und Mieter wird, soweit nicht im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, **in der Regel eine hälftige Kostenbeteiligung sachgerecht** sein.

#### IV. Endergebnis

M kann von V gem. § 242 BGB (nach a.A. analog § 669 BGB) die Zahlung eines Vorschusses für die Renovierungsmaßnahmen nach § 535 I S. 2 HS 2 BGB verlangen.

Dieser ist gem. § 242 BGB jedoch der Höhe nach auf die Hälfte beschränkt, da durch eine vollständige Renovierung die Wohnung in einen besseren als den vertragsgemäßen Zustand versetzt wird.

**Anmerkung:** Das Berufungsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zur Erforderlichkeit der als Vorschuss begehrten Kosten sowie zur angemessenen Kostenbeteiligung der Kläger getroffen. Daher hat der BGH gem. § 563 I S. 1 ZPO die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit die Parteien Gelegenheit haben, ihren Sachvortrag zu einer angemessenen Kostenbeteiligung des Mieters unter Beachtung der Rechtsauffassung des BGH zu ergänzen und die Anträge entsprechend anzupassen.

<sup>18</sup> BGH, NJW-RR 2015, 457 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>19</sup> BGH, NJW 2018, 1756 ff. = jurisbyhemmer.

## D) Kommentar

(mty). Das Urteil des BGH ist im Ergebnis und in der Begründung überzeugend. Von der Lektüre des Originals ist allerdings abzuraten, da der BGH in der Urteilsbegründung kreuz und quer hin und her springt und kein sinnvoller Aufbau des Urteils erkennbar ist.

Die Begrenzung des Anspruches des Mieters über § 242 BGB ähnelt der Figur des Abzugs „neu für alt“, die Sie im Schadensersatzrecht als Fall der Vorteilsanrechnung kennengelernt haben.

Da es sich bei dem Anspruch aus § 536a II BGB aber um einen Aufwendungsersatzanspruch und nicht um einen Anspruch auf Schadensersatz handelt, hat der BGH den Begriff des Abzugs „neu für alt“ bzw. der Vorteilsanrechnung nicht bemüht.

Wenn Sie im Examen diesen Rechtsgedanken als Vergleich in Betracht ziehen, wird dies sicher honoriert werden.

Über den „richtigen“ Aufbau in einer Klausur lässt sich sicherlich streiten. Die Unwirksamkeit der Vornahmeklausel hätte man auch inzident i.R.d. Prüfung des Mängelbeseitigungsanspruches prüfen können.

Für die Darstellung in der Life&Law war es aber übersichtlicher, dem klassischen Prüfungsaufbau zu folgen und zuerst zu prüfen, ob der Anspruch dem Grunde nach entstanden ist (I.) bzw. die Übernahme der Schönheitsreparaturen einem solchen Anspruch entgegensteht (II.).

Dieser Aufbau war deshalb übersichtlicher, weil im Anschluss die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Vornahmeklausel sauberer dargestellt werden konnte (III.).

Einen weiteren interessanten Aspekt spricht der BGH im Verfahren **VIII ZR 163/18** nur kurz an. Zur Wirksamkeit der Mahnung führt der BGH in der Randnummer 48 Folgendes aus:

„Der Wirksamkeit der Mahnung steht auch nicht entgegen, dass das Aufforderungsschreiben der Kläger ein Angebot zur Kostenbeteiligung nicht enthält, denn auf die Kostenbeteiligungspflicht des Mieters muss sich der Vermieter gemäß den oben im einzelnen dargestellten Maßstäben von Treu und Glauben **nach Art eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 I BGB)** berufen, um den Eintritt des Verzugs zu verhindern; dies ist hier nicht geschehen.“

Im Verfahren **VIII ZR 270/18** betont der BGH diesen Aspekt in seinem dritten Leitsatz:

„Diese Kostenbeteiligung kann der auf Durchführung von Schönheitsreparaturen in Anspruch genommene Vermieter dem Mieter nach Art eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 I BGB) entgegenhalten.“

Der Mieter kann - insbesondere zur Vermeidung eines teilweisen Unterliegens - im Klageverfahren seiner Kostenbeteiligungspflicht dadurch Rechnung tragen, dass er die Vornahme der Schönheitsreparaturen nur Zug um Zug gegen Zahlung seines Kostenbeitrags verlangt.“

In diesem Verfahren klagte der Mieter auf Vornahme der Schönheitsreparaturen.

Im hier besprochenen Verfahren **VIII ZR 163/18** hatte der Mieter hingegen auf Zahlung eines Vorschusses geklagt. Auf den ersten Blick passen die Ausführungen des BGH hier nicht.

Bei der Zahlungsklage des Mieters ist ein Antrag auf Verurteilung des beklagten Vermieters zur Bezahlung der Renovierungskosten Zug-um-Zug gegen eine Kostenbeteiligung nicht sinnvoll. Der Zahlungsanspruch ist vielmehr gem. § 242 BGB inhaltlich der Höhe nach beschränkt, wobei es sich um eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung des Rechtsmissbrauchs handelt.

Dennoch sind die Ausführungen des BGH richtig. Der Mieter hat mit seinem Schreiben vom 31.03.2016 den Vermieter nicht aufgefordert, die Renovierungskosten gemäß Kostenvoranschlag zu bezahlen. Er hat den Vermieter vielmehr aufgefordert, die Renovierungsmaßnahmen durchzuführen. Und genau diesem Leistungsanspruch könnte der Vermieter nun über die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gem. §§ 273 I, 274 I BGB entgegenhalten, dass er hierzu nur Zug-um-Zug gegen Kostenbeteiligung bereit ist.

Diese Einrede steht dem Verzugseintritt aber nicht entgegen. Nach h.M. wirkt zwar allein das Vorliegen der Voraussetzungen einer Einrede verzugshindernd, sofern die Einrede spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird. Die Einredfreiheit des Anspruchs stellt somit eine ungeschriebene Voraussetzung des Schuldnerverzuges dar.<sup>20</sup>

Bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB gilt dieser Grundsatz, dass allein das Vorliegen der Einredevoraussetzungen bereits verzugausschließend wirkt, hingegen nicht. Bei § 273 BGB besteht nämlich die Besonderheit, dass der Gläubiger nach § 273 III S. 1 BGB die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden und dem Schuldner so die Einrede des § 273 BGB „nehmen“ kann. Deshalb nimmt die h.M. bei der Einrede nach § 273 BGB an, dass sie verzugausschließend nur ab dem Zeitpunkt ihrer Erhebung wirkt („ex-nunc-Wirkung“).<sup>21</sup>

20 Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht AT, Rn. 140.

21 Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht AT, Rn. 143.

## E) Wiederholungsfragen

- **Ist bei der Vermietung einer unrenovierten Wohnung eine formularvertraglich vereinbarte Vornahmeklausel zulässig?**

Jein! Nach Ansicht des BGH ist eine Formulklausel, die dem Mieter einer **unrenoviert oder renovierungsbedürftig** übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen auferlegt, grds. nach § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.

Die Klausel ist aber dann wirksam, wenn der Vermieter die Verpflichtung des Mieters durch Gewährung eines finanziellen Ausgleichs kompensiert und den Mieter so stellt, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden.

- **Kann der Mieter unrenovierten Wohnraums bei unzulässiger Vornahmeklausel vom Vermieter die Renovierung verlangen?**

Nach Ansicht des BGH ist der Vermieter gem. §§ 306 II, 535 I S. 2 Hs. 2 BGB verpflichtet, die Wohnung in den vertragsmäßigen Zustand zu versetzen. Dies ist der unrenovierte Zustand der Wohnung bei Überlassung an den Mieter. Da die (Wieder-)Herstellung dieses ursprünglichen Dekorationszustands weder praktikabel noch wirtschaftlich sinnvoll ist, die umfassende Renovierung allerdings nicht nur die vom derzeitigen Mieter bewirkten Gebrauchsspuren beseitigt, erhält der Mieter somit eine Wohnung, die einen Dekorationszustand aufweist, der über den vertraglich seitens des Vermieters geschuldeten Zustand hinausgeht.

Da der Mieter durch die Renovierung nun eine Wohnung in einem besseren Zustand als dem vertragsgemäßen Zustand erhält, muss er sich nach Ansicht des BGH nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) in angemessenem Umfang an den Kosten der Schönheitsreparaturen beteiligen.

## F) Zur Vertiefung

### Die Rechtsprechung des BGH zur Vornahme von Schönheitsreparaturen

- Tyroller, Life&Law 01/2019, 56 ff.

## 2 VORAUSSETZUNGEN DER HAFTUNG EINES KFZ-SACHVERSTÄNDIGEN FÜR AUF BASIS SEINER BEGUTACHTUNG DURCHGEFÜHRTE REPARATUREN

**+++ Fahrzeugreparatur nach Fahrzeugbeschädigung +++ Begutachtung der Schäden durch Sachverständigen einer Haftpflichtversicherung +++ Weisungen an selbständigen Werkunternehmer im Rahmen der Schadensbehebung, die zur Mangelhaftigkeit der Reparatur führen +++ §§ 249, 422 I S. 1, 823 I, 826, 840 BGB +++**

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** K ist Eigentümerin eines PKW. Im Februar 2017 ließ sie an einer Tankstelle einen sog. „Tankwartcheck“ durchführen. Der Tankwart T schraubte den Deckel des Kühlwasserausgleichbehälters nicht wieder auf. Hierdurch entstand bei einer Fahrt an einem darauffolgenden Tag ein Schaden am Zylinderkopf des Motors, der von der Haftpflichtversicherung des T, der Z-Versicherung, abgedeckt war.

Die Z zog den bei ihr angestellten Kfz-Sachverständigen S hinzu. Der mit der Reparatur beauftragte Werkunternehmer W vereinbarte mit S, dass zunächst der Zylinderkopf entfernt werden solle, um das Ausmaß des Schadens feststellen zu können. S stellte fest, dass neben den Arbeiten am Zylinderkopf auch der Zahnriemen zu wechseln sei. Während der Begutachtung wies der W den S darauf hin, dass nicht nur der Zahnriemen gewechselt werden müsse, sondern auch die Zusatzriemen, die die Nebenaggregate antreiben. S erklärte, dies sei unnötig und würde „lediglich die Kosten in die Höhe“ treiben. Nach Beauftragung durch K führte W die Reparatur nach den Vorgaben des S durch.

Bei einer Fahrt mit dem PKW im März 2017 entstand an diesem ein wirtschaftlicher Totalschaden. Der Schaden beruhte darauf, dass der W zwar Zylinderkopf und Zahnriemen repariert, nicht jedoch auch die Zusatzantriebsriemen ausgetauscht hatte. Da sowohl W als auch S ihre Ersatzpflicht bestreiten, erhebt K Klage auf Zahlung von Schadensersatz. Während des Verfahrens zahlt W an K. Daraufhin erklärt K den Rechtsstreit sowohl gegenüber W als auch gegenüber S für erledigt. Letzterer wendet ein, er wisse gar nicht, warum er verklagt wurde. Schließlich habe W die Reparatur durchgeführt. Dieser hätte seiner Einschätzung nicht folgen dürfen und die Zusatzzahnriemen austauschen müssen.

**Wie wird das Gericht hinsichtlich der Erledigterklärung bzgl. der Klage des S entscheiden? Auf Fragen der Zulässigkeit der Klage ist nicht einzugehen!**

### A) Sounds

**Schaltet sich ein bei dem Versicherer des Schädigers angestellter Kfz-Sachverständiger unter Inanspruchnahme seiner Sachkunde zum Nachteil des Geschädigten in die Reparaturleistung der von diesem mit der Schadensbehebung beauftragten Werkstatt ein, kann dies seine deliktische (Mit-)Haftung für einen auf der mangelhaften Reparatur beruhenden weiteren Schaden begründen.**

### B) Problemaufriss

Kfz-Sachverständige werden typischerweise bei Beschädigungen von PKW dafür eingesetzt, den Zustand des PKW (i.d.R. nach einem Unfall) zu begutachten, d.h. Restwert, Wiederbeschaffungswert und die Höhe der (geschätzten) Reparaturkosten zu bestimmen. Mit der eigentlichen Durchführung der Reparatur haben sie in der Regel nichts zu tun. Insbesondere finden sich in entsprechenden Gutachten keine Vorgaben dahingehend, wie der mit der Reparatur beauftragte Werkunternehmer den Schaden zu beheben hat. Dieser unterliegt auch nicht den Weisungen des Sachverständigen, weil er nur seinem Vertragspartner – in der Regel dem Geschädigten – verpflichtet ist.

Erfolgt die Begutachtung fehlerhaft, weil sich z.B. die Reparaturkosten als höher erweisen als im Gutachten angenommen, trägt dieses sog. Prognoserisiko der Schädiger.

Ihm entsteht dadurch kein Schaden, weil er den Betrag ja auch bei korrekter Einschätzung der Kosten hätte tragen müssen.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob die tatsächlich angefallenen (und vom Sachverständigen durchaus richtig prognostizierten) Reparaturkosten auch erforderlich i.S.d. § 249 II S. 1 BGB sind. Nach der Rechtsprechung des BGH wird aufgrund der Durchführung der Reparatur in dem