



Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Wohnraummiete und AGB-Gesetz

INHALT

I. Gewöhnliche und übliche Miet-AGB	2
1. Bezugsfertigkeit	2
2. Vertragsabschluß	2
3. Zahlungspflicht des Mieters	2
4. Stellung einer Mietkaution	2
5. Gebrauchsverschaffungspflicht des Vermieters	3
6. Schönheitsreparaturen	4
7. Untervermietung	5
8. Gewährleistungsregelungen	5
9. Vertragsstrafe	6
10. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot	7
11. Ersatzmieterklauseln	7
12. Fristlose Kündigung	8
13. Rückgabe der Mietsache	8
14. Das Pfandrecht des Vermieters	10
15. Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses	11
16. Nebenkosten	11
17. Die Hausordnung	12
18. Mehrheit von Mieters	12
19. Schriftformklauseln	13
II. Muster-Mietvertrag (1976)	14
1. Zu § 1 – Mietsache	14
2. Zu § 2 – Miete	14
3. Zu § 3 – Mietzahlungen	15
4. Zu § 4 – Mietdauer	15
5. Zu § 5 – Kündigung	15
6. Zu § 6 – Ersatzmieter	15
7. Zu § 7 – Schönheitsreparaturen	15
8. Zu § 9 – Aufrechnung und Zurückbehaltung	15
9. Zu § 10 – Benutzung der Mietsache	15
10. Zu § 12 – Haushaltsmaschinen	16
11. Zu § 13 – Instandhaltung der Mietsache	16
12. Zu § 15 – Rückgabe der Mietsache	16
13. Zu § 16 – Personenmehrheit als Mieter	16
14. Zu § 17 – Hausordnung	16

I. Gewöhnliche und übliche Miet-AGB

Aus der Fülle von Mietvertrags-AGB können in diesem Zusammenhang nur einige, als wesentlich einzustufende AGB-Klauseln herausgegriffen werden, um diese auf ihre Wirksamkeit gem. §§ 9 ff. zu untersuchen. Dabei ist freilich festzuhalten, daß die Verbände bislang von den Möglichkeiten einer Kontroll-Klage nach den §§ 13 ff. AGB-Gesetz praktisch keinen Gebrauch gemacht haben. Folgende Differenzierung erscheint angezeigt:

1. Bezugsfertigkeit

Soweit in den Miet-AGB die Haftung des Vermieters/AGB-Verwenders *abgedungen* wird, für die Folgen einer verspäteten Bezugsfertigkeit des vermieteten Wohnraums einzustehen, verstößt eine solche AGB-Klausel gegen § 11 Nr. 8 und ist deshalb *unwirksam*¹⁾. Allerdings ist eine *Begrenzung* der den Vermieter/AGB-Verwender gem. § 286 BGB treffenden Schadensersatzpflicht möglich²⁾, etwa auf 50% des für gewöhnlich eintretenden Schadens.

2. Vertragsabschluß

In diesem Zusammenhang sind folgende AGB-Klauseln einer kritischen Wertung zu unterziehen:

a) Die übliche *Bestätigungsklausel*, wonach der Mieter/AGB-Kunde versichert, die Mietsache im »ordnungsgemäßen Zustand« übernommen zu haben, verstößt gegen § 11 Nr. 15b und ist deshalb *unwirksam*³⁾. Denn die Beweislast dafür, daß der Vermieter/AGB-Verwender den Mietvertrag durch Gewährung des Gebrauchs der Mietsache – bei Vertragsabschluß – ordnungsgemäß erfüllt hat, obliegt stets dem Vermieter/AGB-Verwender⁴⁾. Von diesem Ansatzpunkt her stellt die vorerwähnte »Bestätigungsklausel« eine *Erschwerung* der Beweislast dar, die zugunsten des Vermieters/AGB-Verwenders aufgrund dieser Klausel angestrebt wird, so daß § 11 Nr. 15b eingreift. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Bestätigungsklausel dahin erweitert wird, daß »erkennbare Schäden nicht festzustellen« sind⁵⁾. Denn durch diese Klausel strebt der Vermieter/AGB-Verwender – entgegen dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 15b – an, dem Mieter/AGB-Kunden auch die Kenntnis etwaiger Mängel im Sinn von § 539 BGB zu unterschieben.

b) Ähnliche Erwägungen gelten dann, wenn in Mietverträgen – was häufig geschieht – eine Bestätigungsklausel dahin lautet, daß der Vertrag »im einzelnen *ausgehandelt*« worden ist⁶⁾. Denn der Nachweis einer Individualvereinbarung im Sinn von § 1 Abs. 2 hat – bei Verwendung von AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 – stets der Vermieter/AGB-Verwender zu führen⁷⁾. Dies gilt auch dann, wenn der Vermieter/AGB-Verwender – wie z. B. beim Muster-Mietvertrag (1976) – dem Mieter/AGB-Kunden die *Wahlmöglichkeit* eröffnet, zwischen verschiedenen Alternativen durch *Ankreuzen* zu wählen; denn dadurch reicht der Vermieter/AGB-Verwender – grundsätzlich gesehen – keine Individualabrede im Sinn von § 1 Abs. 2⁸⁾.

c) Zu den üblichen *Schriftwortklauseln*, wie sie in Miet-AGB immer wieder vorkommen, vgl. im einzelnen zu Ziff. 18.

d) *Koppelungsverträge*, wie sie gelegentlich in Mietverträgen vorkommen, daß nämlich der Mieter/AGB-Kunde verpflichtet ist, Wartungsverträge, Versicherungsverträge etc. betreffend die Mietsache abzuschließen, sind regelmäßig nach § 3 *unwirksam*⁹⁾. Auch verstößt derartige *formularmäßige* Koppelungsklauseln gegen § 9 Abs. 1, da sie die Wahlfreiheit des Mieters/AGB-Kunden beeinträchtigen. Der Vermieter/AGB-Verwender ist deshalb gehalten, anstelle der formularmäßigen Koppelungsklauseln separate Vertragsabschlüsse dem Mieter/AGB-Kunden anzubieten.

3. Zahlungspflicht des Mieters

a) Gem. § 551 Abs. 1 BGB ist der Mietzins am Ende der Mietzeit zu entrichten. Üblich sind indessen *Vorleistungsklauseln*. Diese sind nach § 11 Nr. 2 nicht zu beanstanden, sondern *wirksam*¹⁰⁾. Entscheidend ist insoweit, daß – gerade bei Mietverträgen – Vorleistungsklauseln betreffend die Zahlungspflicht des Mieters *üblich* sind¹¹⁾, so daß von einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 jedenfalls dann keine Rede sein kann, wenn die Zahlung des Mietzinses in monatlichen Abschnitten geschieht.

b) Soweit die Voraussetzung des *Zahlungsverzugs* – regelmäßig ist § 284 Abs. 2 BGB anwendbar – vorliegen, ist im Hinblick auf die Pauschalierung des *Verzugschadens* gem. § 286 BGB § 11 Nr. 5 zu beachten¹²⁾. Es ist deshalb nach § 11 Nr. 5a nicht zu beanstanden, wenn die Höhe der geltend gemachten Verzugszinsen an dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank angelehnt werden, z. B. »4%

über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank«¹³⁾. Der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 5b erfordert nicht, daß der Vermieter/AGB-Verwender dem Mieter/AGB-Kunden ausdrücklich in Vorbehalt den Sinn dieser Bestimmung eröffnet¹⁴⁾. Soweit innerhalb des Tatbestandes von § 284 Abs. 1 BGB *Mahnkosten* pauschaliert werden, sind diese nicht erstattungsfähig, weil die Mahnung Obliegenheit des Schuldners ist¹⁵⁾. Hingegen sind weitere Mahnkosten unter dem Blickwinkel von § 286 BGB als Verzugsschaden gem. § 11 Nr. 5a pauschalierungsfähig¹⁶⁾; ausgenommen sind indessen auch insoweit die üblichen *Vorsorgekosten*, wie z. B. Personal- und Arbeitsplatzkosten, einschl. etwaiger EDV-Maschinenzeiten¹⁷⁾. Soweit danach Mahnkosten erstattungsfähig sind, ist eine Pauschalierung der Mahnkosten bis maximal DM 3,- nach § 11 Nr. 5a nicht zu beanstanden.

Soweit *Verfallklauseln* in Mietverträgen vereinbart sind, gelten die gleichen Erwägungen wie aus der BGH-Judikatur zum Leasing bekannt: sie sind nach § 11 Nr. 6 oder nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*¹⁸⁾.

d) Für *Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsklauseln* gilt gem. § 552a BGB eine Sonderregelung¹⁹⁾, die unter Ziff. I, 9 noch vertieft wird. Nach der andernorts begründeten Auffassung²⁰⁾ stellt § 552a BGB eine Erweiterung von § 11 Nr. 3 dar. Dies besagt: Beide Verbotstatbestände sind nebeneinander, d. h. – abhängig vom Inhalt der jeweiligen Klausel – sogar *kumulativ* zu berücksichtigen²¹⁾.

4. Stellung einer Mietkaution

a) Nach ganz überwiegender Auffassung ist die Mietkaution ein unregelmäßiges Nutzungspfandrecht, so daß die Bestimmungen der §§ 1213, 1214 BGB entsprechend anzuwenden sind – mit der Folge, daß eine Mietkaution zwingend zu verzinsen ist²²⁾.

b) Aus dieser rechtlichen Einordnung folgt zwingend: Hat der Mieter dem Vermieter eine Mietkaution bei Abschluß des Mietvertrages zu überlassen, so ist der Vermieter/AGB-Verwender verpflichtet, diese vom Zeitpunkt des Empfangs an in der Höhe zu verzinsen, die für Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist üblich sind²³⁾. Deshalb verstößt es gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn klauselmäßig bestimmt ist, daß die Mietkaution entweder gar nicht oder mit einem geringeren Zinssatz zu verzinsen ist²⁴⁾.

c) Die *Höhe* der Mietkaution entzieht sich regelmäßig der Wirksamkeitskontrolle gem. § 9, weil es sich hier – wohl nur in Ausnahmefällen – um eine AGB-Klausel handelt. In der Regel liegt eine *Individualvereinbarung* vor. Ist indessen – ausnahmsweise – die Mietkaution als AGB-Klausel im Sinn von § 1 Abs. 1 zu klassifizieren, so handelt es sich im Sinn von § 8 um eine das dispositive Recht ergänzende Vertragsbestimmung. Auf § 9 Abs. 1 wird man jedoch nur dann zu-

¹⁾ *Sonnenschein*, NJW 1980 S. 1713, 1714; *Sternel*, Rdnr. II, 174; im einzelnen *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner* § 11 Nr. 8 Rdnr. 22ff. m.w.N.

²⁾ Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 8 Rdnr. 31 f.

³⁾ *Sternel*, Rdnr. II, 157; *Sonnenschein*, NJW 1980 S. 1713, 1716; vgl. auch *Graf v. Westphalen* § 11 Nr. 15 Rdnr. 31; LG Köln, AGBE III § 11 Nr. 60; a.M. *Brandner*, § 11 Nr. 15 Rdnr. 14; *Kötz*, § 11 Rdnr. 154.

⁴⁾ Im einzelnen *Staudinger/Emmerich*, § 548 Rdnr. 17; *Gelhaar* in RGRK-BGB, § 548 Rdnr. 12; *Voelskow* in Münch-Komm., § 548 Rdnr. 14.

⁵⁾ *Sternel*, Rdnr. II, 157.

⁶⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 15 Rdnr. 28; a.M. OLG Karlsruhe, AGBE III § 11 Nr. 58.

⁷⁾ Im einzelnen auch *Ulmer*, § 1 Rdnr. 49; 65 jeweils m.w.N.; OLG Hamm, MDR 1987 S. 584.

⁸⁾ OLG Celle, BB 1976 S. 1287, 1288; *Kötz*, § 1 Rdnr. 22; *Erman/H. Hefermehl*, § 1 Rdnr. 20; *Sonnenschein*, NJW 1980 S. 1489, 1492; a.M. *Staudinger/Schlosser*, § 1 Rdnr. 30.

⁹⁾ So auch *Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 502.

¹⁰⁾ *Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 502; *Staudinger/Emmerich*, § 541 Rdnr. 6ff.; *Soergel/Kummer*, § 551 Rdnr. 1; so in der Sache auch *Voelskow* in Münch-Komm., § 551 Rdnr. 2; vgl. auch *Bub/Graf v. Westphalen*, S. 11, 23f.; a.M. *Sternel*, Rdnr. II, 150.

¹¹⁾ Hierzu auch *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 2 Rdnr. 13ff.

¹²⁾ Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 44ff.; Sonnabend ist kein Werktag; LG Hamburg, MDR 1981 S. 760.

¹³⁾ Hierzu BGH, NJW 1982 S. 331; LG München, AGBE III § 9 Nr. 13.

¹⁴⁾ Hierzu BGH, NJW 1982 S. 2316 = AGBE III § 11 Nr. 14.

¹⁵⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 13.

¹⁶⁾ Hierzu KG, AGBE III § 11 Nr. 11.

¹⁷⁾ KG, a.a.O.

¹⁸⁾ Vgl. BGH, DB 1982 S. 480 = ZIP 1982 S. 64ff.; BGH, DB 1982 S. 589 = ZIP 1982 S. 67ff.; *Quittnat*, BB 1979 S. 1530ff.

¹⁹⁾ Hierzu im einzelnen *Soergel/Kummer*, § 552a Rdnr. 2f.; *Sternel*, Rdnr. II, 101ff. m.w.N.

²⁰⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 3 Rdnr. 16.

²¹⁾ Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 106 zur Regelung von § 9 des Muster-Mietvertrages (1976); hierzu im einzelnen II, 9.

²²⁾ *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536, Rdnr. 139; *Voelskow* in Münch-Komm., § 559 Rdnr. 9; *Soergel/Kummer*, vor § 535 Rdnr. 189; *Palandt/Putzo*, vor § 535 Am. 11 b hh; im übrigen BGH, DB 1982 S. 2182 = WM 1982 S. 959 m.w.N.

²³⁾ *Gelhaar* in RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 204; LG Kassel, NJW 1976 S. 1544; LG Mannheim, MDR 1977 S. 493; LG Hamburg, MDR 1979 S. 759; BGH, WM 1982 S. 959, 960; a.M. noch LG Hamburg, MDR 1976 S. 1022.

²⁴⁾ Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 118ff.; *Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 504.

rückgreifen können, wenn die Höhe der Mietkaution drei Monatsmieten übersteigt²⁵⁾.

5. Gebrauchsverschaffungspflicht des Vermieters

a) Die *Instandhaltungspflicht* ist grundsätzlich gem. §§ 535, 536 BGB Sache des Vermieters/AGB-Verwenders²⁶⁾. Neben der – laufenden – Instandhaltung schuldet der Vermieter/AGB-Verwender auch die – aus besonderem Anlaß notwendig werdende – *Instandsetzung* der Mietsache²⁷⁾. Da die Erhaltungspflicht gem. §§ 535, 536 BGB Sache des Vermieters ist, ist es nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*, wenn diese Pflicht insgesamt auf den Mieter/AGB-Kunden überwält wird²⁸⁾. Die vollständige Überbürdung der Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten verstößt auch bei langfristigen Mietverträgen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1²⁹⁾. Macht der Vermieter/AGB-Verwender geltend, die Überwälzung der Erhaltungskosten sei durch die – relativ niedrigere – Miete bereits berücksichtigt, ist dieses Vorbringen nur dann relevant, wenn die Voraussetzungen einer »*Tarifwahl*« vorliegen, d. h. wenn und soweit individualvertragliche Elemente nachzuweisen sind, die den Charakter einer freien Wahlentscheidung des Mieters/AGB-Kunden belegen.

b) In welchem Umfang der Vermieter/AGB-Verwender berechtigt ist, die Erhaltungspflichten auf den Mieter/AGB-Kunden zu überwälzen, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt, läßt sich generell schwer sagen: Die Regelung von § 8 des Muster-Mietvertrages (1976) erscheint hier *sachgerecht* (vgl. auch unter Ziff. II, 13). Freilich ist anzumerken, daß die Verwendung des Begriffs »Schaden« in § 8 Abs. 1 des Muster-Mietvertrages (1976) den Schluß nahelegt, daß hier lediglich die *Instandsetzungspflicht*, nicht aber die *Instandhaltungspflicht* erfaßt ist³⁰⁾. Ungeachtet der Tatsache, daß § 8 des Muster-Mietvertrages (1976) nicht scharf zwischen den Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten differenziert, ist der Unterschied gleichwohl zu beachten, was gem. § 5 unmittelbare Relevanz besitzt: Die Übernahme der Instandhaltungspflicht erfaßt regelmäßig *nicht* die *Instandsetzungspflicht*³¹⁾. Umgekehrt: Hat der Vermieter/AGB-Verwender die Verpflichtung zur *Instandsetzung* auf den Mieter/AGB-Kunden überwält, ohne daß eine Regelung in bezug auf die Instandhaltung getroffen ist, so kann man ebenfalls nicht davon ausgehen, daß hier der Mieter/AGB-Kunde zur Instandhaltung – entgegen der Wertung der §§ 535, 536 BGB – verpflichtet ist. Der Vermieter/AGB-Verwender trägt folglich das Risiko, welches sich aus der verfehlten Verwendung dieser Begriffe ableitet.

c) Sind die *Instandsetzungspflichten* dem Mieter/AGB-Kunden überwält, so empfiehlt es sich – entgegen der Formulierung von § 8 des Muster-Mietvertrages (1976) –, eine *Höchstgrenze* festzusetzen³²⁾. Welcher Betrag hier die Obergrenze bildet, läßt sich allgemein schwer sagen; es entscheiden die Umstände des Einzelfalles; Wertgrenzen zwischen DM 50,- bis maximal DM 100,- erscheinen als vertretbar³³⁾. Sie führen zwar zu einer einseitigen Erhöhung des Mietentgelts, belasten aber – und dies ist im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 entscheidend – den Mieter/AGB-Kunden regelmäßig nicht unangemessen. Dabei ist des weiteren im Auge zu behalten: Eine solche Höchstbetragsklausel gilt für jeden *Schadensfall* nur einmal³⁴⁾. Tritt indessen der gleiche Schaden mehrmals in kürzeren Zeitabständen auf, z. B. bei Überalterung des Heizungs- oder des Warmwassersystems, so handelt der Vermieter/AGB-Verwender *rechtsmißbräuchlich*, im Sinn des § 242 BGB, weil es dann einen »individuellen Rechtsmißbrauch« darstellt, daß sich der Vermieter/AGB-Verwender auf die Klausel beruft, ungeachtet der ihn treffenden Pflicht, die Mietsache insgesamt instandzusetzen³⁵⁾.

d) Ein *grundsätzliches Verbot* der *Tierhaltung* verstößt gegen § 9 Abs. 1 und ist deshalb *unwirksam*. Denn der Vermieter/AGB-Verwender ist verpflichtet, die Haltung von *Kleintieren* durch den Mieter/AGB-Kunden zu gestatten, soweit von diesen keine Störungen, Schädigungen oder sonstige Beeinträchtigungen zu erwarten sind, wie z. B. bei der Haltung von Kanarienvögeln, Schildkröten, Zierfischen etc.³⁶⁾. Dies entspricht auch der Regelung von § 10 Abs. 2 Ziff. 4 des Muster-Mietvertrages (1976). Lautet indessen die Klausel dahin, daß die Tierhaltung durch den Mieter stets der *Zustimmung* durch den Vermieter bedarf, so ist diese Klausel nach § 9 Abs. 1 nicht zu beanstanden^{36a)}. Indessen ist der Vermieter – in den vorerwähnten Grenzen – *verpflichtet*, seine Zustimmung zu erteilen, was auch aus der Regelung von § 10 Abs. 3 des Muster-Mietvertrages (1976) gefolgert werden kann. Verweigert der Vermieter seine Zustimmung, so handelt er treuwidrig im Sinn von § 242 BGB: Dem Mieter steht dann ein Anspruch auf Zustimmung zu. Im übrigen ist das *vertragliche Verbot* der Tierhaltung nach § 9 *wirksam*³⁷⁾. *Demzufolge ist das Verbot der Hundehaltung* grundsätzlich nach § 9 als *wirksam* anzusehen³⁸⁾. Denn bei der Haltung von Hunden ist die Gefahr nie ganz auszuschließen, daß es zu Gefährdungen oder Belästigungen von Mitbewohnern oder Nachbarn kommt: Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt in städtischen Gegenden; in *ländlichen Berei-*

chen kann sich, z. B. bei der Anmietung eines freistehenden Einfamilienhauses aus diesen besonderen Umständen des Einzelfalles etwas anderes ergeben³⁹⁾.

e) *Unwirksam* gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 ist das Verbot des Vermieters, *Haushaltsmaschinen*, wie z. B. Waschmaschinen, Trockenschleudern oder Geschirrspülgeräte in der gemieteten Wohnung aufzustellen⁴⁰⁾. Denn die Installation moderner Haushaltsgeräte gehört zum vertragsgemäßen Verbrauch der gemieteten Sache⁴¹⁾. Dies gilt nicht z. B. für CB-Funkantennen^{41a)}.

f) Dem Mieter muß es gestattet bleiben, *Angehörige* in die gemietete Wohnung aufzunehmen (vgl. auch unter Ziff. I, 7 – Untervermietung); entgegenstehende AGB-Klauseln verstoßen gegen § 9 Abs. 1 und sind daher *unwirksam*⁴²⁾. Nahe Angehörige sind: Verwandte, Verschwägerte, Adoptierte, Pflegekinder⁴³⁾. Da die Aufnahme eines *Dritten* keine Gebrauchsüberlassung im Sinn von § 549 BGB ist, sondern vielmehr die befugte Überlassung des Mietgebrauchs darstellt⁴⁴⁾, ist – letzten Endes – entscheidend, ob es sich bei der Aufnahme eines Dritten um die Gestattung eines *vorübergehenden Aufenthaltes* handelt⁴⁵⁾. Demzufolge ist der Vermieter/AGB-Verwender auch verpflichtet, *Besuch Dritter* – für eine begrenzte Zeit – zu gestatten; entgegenstehende Formulklauseln verstoßen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und sind daher *unwirksam*⁴⁶⁾.

g) In bezug auf die vom Vermieter/AGB-Verwender geschuldete *Gebrauchsüberlassungspflicht* sind – durchaus mit unterschiedlichem Gewicht – *Haftungsfreizeichnungsklauseln* in Mietverträgen üblich. Für deren Wirksamkeit sind folgende Erwägungen maßgebend.

aa) Grundsätzlich ist der Vermieter/AGB-Verwender verpflichtet, den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 zu respektieren⁴⁷⁾. Dabei ist jedoch stets zu berücksichtigen, daß – nach der hier vertretenen Auffassung – der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 auch auf Gebrauchsüberlassungsverträge Anwendung findet⁴⁸⁾. Dies hat unmittelbar zur Konsequenz, daß damit auch der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10a – erste Alternative – zum Zuge gelangt, sofern der Vermieter/AGB-Verwender etwa dem Mieter gem. §§ 537, 538 BGB zustehende Ansprüche *ausgeschlossen* hat, was gem. § 537 Abs. 3 BGB bei der Vermietung von Wohnraum ohnedies im Hinblick auf den *Minderungsanspruch* *unwirksam* ist.

bb) Der zuletzt erwähnte Gesichtspunkt hat unmittelbare Relevanz, wenn der Vermieter/AGB-Verwender seine Haftung für die *Strom-, Gas- oder Wasserversorgung* ausschließt⁴⁹⁾. Das gleiche gilt in der Sache dann, wenn sich die Haftungsfreizeichnungsklausel auf die *Versorgung mit Wasser*⁵⁰⁾ oder auf die *Beheizung* bezieht⁵¹⁾.

cc) Bezieht sich indessen die Haftungsfreizeichnungsklausel auf die *Fahrradbenutzung*, so gilt § 11 Nr. 10a nur dann, wenn diese zur

²⁵⁾ So auch Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 504.

²⁶⁾ Hierzu im einzelnen Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnrn. 200 ff.; Voelskow in Münch.-Komm., §§ 535, 536 Rdnrn. 93 ff.; Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnrn. 33 ff.

²⁷⁾ Statt aller Voelskow in Münch.-Komm., §§ 535, 536 Rdnrn. 93 ff.

²⁸⁾ LG Freiburg, AGBE III § 9 Nr. 51; Voelskow in Münch.-Komm., §§ 535, 536 Rdnrn. 99; Sternel, Rdnr. II, 218.

²⁹⁾ A. M. Voelskow, a. a. O.

³⁰⁾ Hierzu Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 209; vgl. auch Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 226 f.

³¹⁾ LG Düsseldorf, MDR 1959 S. 488; Soergel/Kummer, §§ 535, 536, Rdnr. 208.

³²⁾ Hierzu im einzelnen Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 151 f.

³³⁾ Vgl. Schmidt-Futterer, MietR, S. 108, 113; Sternel, Rdnr. II, 221.

³⁴⁾ Staudinger/Emmerich, a. a. O.

³⁵⁾ So auch Sternel, Rdnr. II, 221.

³⁶⁾ Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 75; Voelskow in Münch.-Komm., §§ 535, 536 Rdnr. 89; ähnlich Sternel, Rdnr. II, 295, der jedoch insoweit – angesichts eines generell als zulässig angesehenen Verbotstatbestandes – mit dem Restriktionsprinzip arbeitet.

^{36a)} AG Hamburg, MDR 1979 S. 315; OLG Hamburg, MDR 1975 S. 578; OLG Hamm, MDR 1981 S. 406.

³⁷⁾ Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 74; Weimar, ZMR 1976 S. 131; Sternel, Rdnr. II, 295; Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnrn. 237 ff.; 1. Fn. 36 a.

³⁸⁾ AG Köln, MDR 1967 S. 130; AG Hamburg, MDR 1979 S. 315; Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnr. 240; Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 75; LG Hamburg, MDR 1982 S. 146 – Katzen.

³⁹⁾ Vgl. OLG Hamm, WuM 1981 S. 53, 54.

⁴⁰⁾ Soergel/Kummer, §§ 535, 536 ff., Rdnrn. 231 f.; Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 64; Sternel, Rdnr. II, 327.

⁴¹⁾ A. M. AG Hannover MDR 1973 S. 1021 mit a. Anm. von Glaser. Dies gilt nicht z. B. für CB-Funkantennen.

^{41a)} Bay OBLG, MDR 1981 S. 583; LG Berlin, MDR 1981 S. 57.

⁴²⁾ Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnr. 255; Sternel, Rdnr. II, 332; AG Hildesheim, MDR 1971 S. 929.

⁴³⁾ Vgl. LG Köln, MDR 1972 S. 612; LG Mannheim, NJW 1975 S. 1663.

⁴⁴⁾ Vgl. BGH, NJW 1954 S. 918.

⁴⁵⁾ Sternel, Rdnr. II, 332; Gelhaar in RGRK-BGB, § 535 Rdnr. 77.

⁴⁶⁾ Vgl. auch Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnrn. 256 ff.; Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnrn. 92 ff. m. w. N.

⁴⁷⁾ Vgl. Sonnenschein, NJW 1980 S. 1713, 1714.

⁴⁸⁾ Im einzelnen Graf v. Westphalen, vor § 11 Nr. 10 Rdnr. 18 m. w. N.

⁴⁹⁾ Sternel, Rdnr. II, 250.

⁵⁰⁾ Sternel, Rdnr. II, 249.

⁵¹⁾ Im einzelnen Sternel, Rdnr. II, 246.

vertragsgemäßen Nutzung der Mietsache gehörte⁵²). Fehlt es daran, ist im Bereich leichter Fahrlässigkeit eine Haftungsfreizeichnung gem. § 11 Nr. 7 unbedenklich, setzt jedoch voraus – und dies ist entscheidend –, daß der Vermieter/AGB-Verwender die ihn betreffende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht erfüllt hat. Denn von dieser Verpflichtung kann sich der Vermieter/AGB-Verwender nicht wirksam freizeichnen, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt.

6. Schönheitsreparaturen

Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter gehört zum »eisernen Bestandteil« eines jeden Formular-Mietvertrages. Unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 ergeben sich jedoch folgende Differenzierungen:

a) Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter, wie sie in § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) niedergelegt ist, begegnet unter dem Blickwinkel von § 9 – dies gilt insbesondere für § 7 Abs. 3 des Mustermietvertrages (1976) – keinen Bedenken⁵³). Diese Auffassung findet auch in der Literatur ihre Stütze⁵⁴).

Der maßgebliche Grund dafür, daß die Regelung von § 7 Abs. 3 des Muster-Mietvertrages (1976) mit § 9 im Einklang steht, liegt darin: Die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen knüpft ausdrücklich an den Grad der Abnutzung oder den der Beschädigung an, so daß Schönheitsreparaturen nur insoweit durchzuführen sind. Fehlen diese Voraussetzungen, stehen dem Vermieter/AGB-Verwender weder ein Anspruch auf Durchführung der Schönheitsreparaturen noch ein Erstattungsanspruch zu⁵⁵).

b) Ob die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter – auch außerhalb der Vertragsgestaltung von § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) – mit den Grundprinzipien von § 9 vereinbar ist, läßt sich generell nicht sagen; es entscheidet vielmehr der Wortlaut der Einzelklauseln. Insoweit sind folgende Ableitungen angezeigt:

aa) Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, daß der Vermieter/AGB-Verwender die Durchführung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter abwälzt. Auch wenn dies in Formular-Mietverträgen geschieht, verstößt diese Verpflichtung – für sich allein genommen – nicht gegen § 9⁵⁶). Dies gilt insbesondere dann, wenn für die Durchführung der Schönheitsreparaturen ein Fristenplan – bezogen auf das jeweilige Mietverhältnis – für die Durchführung der Schönheitsreparaturen zugrunde gelegt wird⁵⁷). Dies entspricht auch der in der Literatur vertretenen Auffassung⁵⁸).

bb) Die Gegenmeinung steht auf dem Standpunkt, daß die Durchführung der Schönheitsreparaturen nach den §§ 535, 536 BGB eine Hauptpflicht des Vermieter/AGB-Verwenders darstellt, so daß deren Überwälzung auf den Mieter – wegen der darin liegenden Abweichung vom dispositiven Recht – eine unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden zur Folge hat⁵⁹).

cc) Zutreffend ist es, h. M. zu folgen: Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter verstößt dann nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn die Formalklausel entweder am Regelungsgehalt von § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) ausgerichtet ist oder – bezogen auf die während der Mietzeit durchzuführenden Schönheitsreparaturen – einen eindeutigen Zeitplan enthält⁶⁰). Voraussetzung für diese Schlußfolgerung ist jedoch, daß – entsprechend der in § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) enthaltenen Tarifwahl – eine eindeutige Transparenz hergestellt ist, so daß der Mieter/AGB-Kunde schon bei Beginn des Mietvertrages darüber im klaren ist, in welchem Maß die Verpflichtung, Schönheitsreparaturen während der Mietzeit durchzuführen, auf ihn zukommen wird⁶¹). Auch wenn also – im Hinblick auf die Wirksamkeit derartiger Klauseln – eine Vertragsgestaltung zu favorisieren ist, die dem Vorbild von § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) entspricht, so darf daraus gleichwohl nicht gefolgert werden, daß die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter – mangels einer Tarifwahl – stets gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt⁶²). Freilich erfordert die Wirksamkeit einer derartigen Klausel – mangels vorliegender Tarifwahl –, daß der Umfang der durchzuführenden Schönheitsreparaturen im Vertrag exakt umschrieben ist, so daß eine klar nachvollziehbare Abgrenzung zu der den Vermieter/AGB-Verwender treffenden Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht vorgenommen wird. Denn soweit die Durchführung der Schönheitsreparaturen – mangels Vorliegen der stipulierten Voraussetzungen – in der Sache bewirkt, daß der Mieter/AGB-Kunde zur Durchführung von Renovierungsmaßnahmen verpflichtet wird, verstößt eine solche Klausel ersichtlich gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, weil sie in die Hauptpflichten des Vermieters/AGB-Verwenders, für die Instandsetzung und Instandhaltung der vermieteten Räume Sorge zu tragen, eingreift⁶³). Demzufolge: Soll die formalmäßige Klausel, wonach der Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen – mangels vorliegender Tarifwahl – verpflichtet ist, gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 wirksam sein, so ist der Umfang der Schönheitsreparaturen auf das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußbö-

den und Heizkörper, einschließlich der Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen beschränkt⁶⁴). Insoweit ist an die gesetzliche Regelung gem. § 28 Abs. 4 Satz 5 der II. BerechnungsVO anzuknüpfen⁶⁵).

Geht man demzufolge von einer derart restriktiven Interpretation von Formalklauseln aus, in denen der Vermieter/AGB-Verwender die Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter/AGB-Kunden überwälzt, so ist letzten Endes im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 entscheidend: Selbst wenn keine Tarifwahl, wie in § 7 des Muster-Mietvertrages (1976) vorgesehen, im Formularvertrag stipuliert ist, liegt zwar – insoweit – eine Abweichung vom dispositiven Recht des § 536 BGB vor. Aber es fehlt an der unangemessenen Benachteiligung des Mieter/AGB-Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1, sofern dieser nur – zeitanteilig – auf seine Mietzeit begrenzt⁶⁶) – zur Durchführung der vorerwähnten Schönheitsreparaturen verpflichtet wird⁶⁶).

dd) Von diesem Ausgangspunkt sind folgende Formalklauseln, in denen die Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter überwälzt werden, nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu beanstanden und daher unwirksam: Läßt die Klausel den Zeitpunkt außer acht, in welchem – letztmalig – Schönheitsreparaturen durchgeführt wurden, verpflichtet sie den Mieter/AGB-Kunden vielmehr hierzu »unbeschadet einer während der Mietzeit durchgeführten Renovierung«, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen vornehmen zu lassen, so ist dies gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam⁶⁷). Das gleiche gilt dann, wenn dem Mieter/AGB-Kunden das Recht verweigert wird, die Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen⁶⁸).

Das gleiche gilt dann, wenn die Klausel dem Mieter/AGB-Kunden das Recht versperrt, die Schönheitsreparaturen im »do-it-yourself«-Verfahren durchzuführen, solange sichergestellt ist, daß dies sach- und fachgerecht geschieht. Denn die Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter selbst ist heutzutage weitgehend üblich geworden. Unwirksam ist deshalb insbesondere, wenn der Vermieter/AGB-Verwender den Mieter/AGB-Kunden – ohne daß die Voraussetzungen von § 326 BGB vorliegen – verpflichtet, anstelle der durchzuführenden Schönheitsreparaturen einen Geldbetrag zu leisten^{68a}). Das gleiche gilt dann, wenn in bezug auf die durchzuführenden Schönheitsreparaturen der Zustand der Wohnung, wie er bei Beginn des Mietverhältnisses vorlag, nicht berücksichtigt wird⁶⁹). Nachdem zuvor Gesagten ist eine AGB-Klausel auch dann gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, in der der Umfang der dem Mieter/AGB-Kunden aufzubehaltenden Schönheitsreparaturen über den Bereich der analog anzuwendenden Regelung von § 28 Abs. 4 Satz 5 der II. BerechnungsVO hinausgeht.

Das gleiche gilt insbesondere dann, wenn der strikt einzuhaltende Wirtschaftsplan in der Klausel nicht reflektiert wird, so daß der Mieter/AGB-Kunde – überobligationsmäßig – zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet wird. Freilich wird man nicht so engherzig sein dürfen, nur solche AGB-Klauseln für wirksam zu halten, in denen der einzuhaltende Zeit- und Wirtschaftsplan exakt wiedergegeben wird⁷⁰). Doch bedarf es insoweit klarer Anhaltspunkte, weil es verbindliche Fristen, innerhalb derer die Schönheitsreparaturen durchzuführen sind, nicht gibt⁷¹). Demzufolge ist die Verwendung der Vokabel »regelmäßig« ebenso bedenklich, wie die Verwendung des Adverbs »rechtzeitig«⁷²). Denn der Umfang der Abnutzung

⁵²) Stempel, Rdnr. II, 239.

⁵³) OLG Bremen, AGBE III § 9 Nr. 49; vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45.

⁵⁴) Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 208; Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 230 ff.; Stempel, Rdnr. II, 226 ff. m.w.N.

⁵⁵) OLG Bremen, a.a.O.

⁵⁶) BGHZ 49 S. 56 = DB 1967 S. 2160; BGH, NJW 1981 S. 1040 = AGBE II § 9 Nr. 68.

⁵⁷) OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294; LG Berlin, AGBE I § 9 Nr. 97.

⁵⁸) Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnr. 352; Voelskow in Münch.-Komm., §§ 535, 536 Rdnr. 162; Stempel, Rdnr. II, 226; Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 7d bb; Palandt/Putzo, § 536 Anm. 4c; Gelhaar, ZMR 1981 S. 229, 230; Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 504.

⁵⁹) Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 143f.; derselbe vor §§ 535, 536 Rdnr. 148e; Sonnenschein, NJW 1980 S. 1713, 1719; Voraufgabe Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner § 9 Rdnr. 72.

⁶⁰) OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45.

⁶¹) Vgl. OLG Bremen, AGBE III § 9 Nr. 49.

⁶²) OLG Hamm, NJW 1981 S. 2362 = AGBE II § 9 Nr. 80; OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 2823 = AGBE II § 9 Nr. 79.

⁶³) Erman/Schopp, § 536 Rdnr. 26.

⁶⁴) Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnr. 355; Stempel, Rdnr. II, 227.

⁶⁵) Stempel, a.a.O.

^{66a}) OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45.

⁶⁶) Vgl. in der Sache auch Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 504; OLG Hamm, NJW 1981 S. 2362 = AGBE II § 9 Nr. 80; OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 2823 = AGBE II § 9 Nr. 79.

⁶⁷) OLG Frankfurt, NJW 1982 S. 453 = AGBE II § 9 Nr. 82.

⁶⁸) Vgl. LG Freiburg, AGBE II § 9 Nr. 84.

^{68a}) LG Freiburg, a.a.O.

⁶⁹) AG Hannover, AGBE II § 9 Nr. 88.

⁷⁰) Hierzu insbesondere OLG Stuttgart, NJW 1982, S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45.

⁷¹) Soergel/Kummer, §§ 535, 536 Rdnr. 356.

⁷²) A. M. OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 2823 = AGBE II § 9 Nr. 79.

ist entscheidend davon abhängig, welche Materialien verwendet worden sind und in welcher Weise die Mietsache bewohnt wurde⁷³). Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Gerichte dazu tendieren, für die Durchführung der Schönheitsreparaturen gewisse Zeit- und Wirtschaftspläne als verbindlich anzusehen – für Naßräume gilt eine Frist von drei Jahren, für Wohn- und Schlafräume eine von sechs Jahren⁷⁴) – doch ergibt sich insbesondere aus Fn. 1 zu § 7 des Muster-Mietvertrages (1976), daß es allgemein-verbindliche Fristen – mangels eindeutiger Abreden – hier nicht gibt. Daran ist im Interesse einer klaren AGB-Klausel festzuhalten.

c) Die Durchführung der Schönheitsreparaturen ist – dogmatisch gewertet – eine *Hauptpflicht*, und zwar entweder des Vermieters/AGB-Verwenders oder des Mieters/AGB-Kunden⁷⁵). Die *Fälligkeit* dieses Anspruchs richtet sich nach der zugrundeliegenden Parteienvereinbarung⁷⁶). Dieser Gesichtspunkt hat unter dem Blickwinkel von § 11 Nr. 4 unmittelbare Relevanz: Eine AGB-Klausel ist also nur dann wirksam, wenn sie – regelmäßig: bei Beendigung des Mietverhältnisses – den Gesichtspunkt der erforderlichen Nachfristsetzung und der Ablehnungsandrohung gem. § 326 BGB beachtet⁷⁷). Indessen gilt dies nur für solche AGB-Klauseln, in denen sich der Mieter/AGB-Kunde weigert, die fälligen Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen oder durchführen zu lassen. Dieser Gesichtspunkt gilt deshalb *nicht* für AGB-Klauseln, in denen – unter Berücksichtigung eines Zeit- und Wirtschaftsplanes – der Mieter verpflichtet wird, anstelle der noch nicht durchzuführenden Schönheitsreparaturen bestimmte *Prozentsätze* – zeitanteilig – zu zahlen⁷⁸). Denn dieser Anspruch ist kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Sinn von § 326 BGB, sondern primärer Erfüllungsanspruch, so daß insoweit der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 4 nicht eingreift⁷⁹). Insoweit bestehen dann auch gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gem. § 9 Abs. 1 *keine Bedenken*, wenn die derart ausgewiesenen Prozentsätze – etwa 20% der Kosten nach Ablauf eines Jahres etc. – an einen als verbindlich einzustufenden *Kostenvoranschlag* geknüpft werden⁸⁰). Freilich muß dem Mieter/AGB-Kunden das Recht verbleiben, aus begründetem Anlaß die Verbindlichkeit des Kostenvorschlages aufgrund eines verbindlichen Kostenvorschlages eines *Wettbewerbers* überprüfen zu lassen. AGB-Klauseln sollten insoweit an den Grundsätzen gemessen werden, die für die Wirksamkeit von Schiedsgutachterklauseln angeführt werden⁸¹). Denn die Parallele zu den §§ 315 ff. BGB liegt hier sehr nahe und sollte im Schutzinteresse des Mieters/AGB-Kunden zur Anwendung berufen werden.

7. Untervermietung

a) Gem. § 549 Abs. 1 BGB ist der Mieter/AGB-Kunde ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem *Dritten* zu überlassen. Dieser Tatbestand ist von der Fallkonstellation abzugrenzen, daß ein Dritter die Mietsache mitbenutzt; denn diese Mitbenutzung gehört zum *eigenen Gebrauch* der Mietsache durch den Mieter/AGB-Kunden^{81a}). Die Abgrenzung ist danach vorzunehmen, ob der Dritte die Mietsache selbständig oder unselbständig gebraucht. Ein selbständiger Gebrauch der Mietsache liegt jedenfalls dann vor, wenn der Dritte – unter Ausschluß des Mieters – die Mietsache allein gebraucht, insbesondere wenn er einen *selbständigen Haushalt* führt⁸²). Diese Unterscheidung ist deswegen von Wichtigkeit, weil die Aufnahme von *Familienangehörigen*, *Besuchern*, *Verlobten* etc. in die Mietwohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache im Sinn der §§ 535, 536 BGB zählt⁸³). Aus diesem Grund sind AGB-Klauseln, die die Aufnahme des vorerwähnten Personenkreises durch den Mieter von der *Einwilligung* des Vermieters/AGB-Verwenders abhängig machen, gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*⁸⁴). Hingegen bestehen keine Bedenken, wenn der Vermieter/AGB-Verwender das Recht des Mieters/AGB-Kunden zur *Untervermietung* gem. § 549 Abs. 1 BGB von seiner *Erlaubnis* abhängig macht⁸⁵). Lautet allerdings die Klausel dahin, daß der Mieter »ohne ausdrückliche schriftliche Einwilligung des Vermieters weder zu einer Untervermietung noch zu einer sonstigen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt ist«, so verstößt diese AGB deswegen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, weil sie auch das Recht des Mieters/AGB-Kunden von der Erlaubnis des Vermieters/AGB-Verwenders abhängig macht, Familienangehörige, Verlobte etc. in die Wohnung – vorübergehend – aufzunehmen⁸⁶).

b) Die nach § 549 Abs. 1 BGB zu erteilende *Erlaubnis* ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; sie ist keine Zustimmung im Sinn von § 182 BGB⁸⁷). Gem. § 549 Abs. 1 BGB hat der Mieter/AGB-Kunde *keinen Anspruch* darauf, daß der Vermieter/AGB-Verwender ihm die erforderliche Erlaubnis zur Begründung eines Untervermietungsverhältnisses erteilt⁸⁸). Versagt der Vermieter/AGB-Verwender diese Erlaubnis, so steht dem Mieter/AGB-Kunden das Recht zu, das Mietverhältnis mit gesetzlicher Frist zu kündigen, es sei denn, daß in der Person des Dritten ein *wichtiger Grund* vorliegt.

Die versagende Erlaubnis steht grundsätzlich im *Belieben* des Vermieters/AGB-Verwenders⁸⁹). Indessen kann sich aus den Umständen des Einzelfalles ein Anspruch des Mieters/AGB-Kunden auf Erlaubniserteilung ergeben⁹⁰); diese Fälle dürften indessen selten sein, lösen aber – im Fall einer rechtsmißbräuchlichen Verweigerung der Erlaubnis – Schadensersatzansprüche des Mieter/AGB-Kunden aus⁹¹). Über diese allgemeinen Grundsätze hinaus sind folgende *Besonderheiten* zu berücksichtigen.

aa) Schließt der Vermieter/AGB-Verwender das in § 549 Abs. 1 BGB verankerte *Kündigungsrecht* aus, so verstößt dieses gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist deshalb *unwirksam*⁹²). Hat nämlich der Mieter/AGB-Kunde ein berechtigtes Interesse daran, die Mietsache im Sinn von § 549 Abs. 1 BGB an einen Dritten unterzuvermieten, so ist – im Fall der Weigerung des Vermieters/AGB-Verwenders, die erforderliche Erlaubnis zu erteilen – das Vertragslösungsrecht des Mieters/AGB-Kunden das unabdingbar erforderliche Äquivalent, eine in der Erlaubnisverweigerung liegende unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden auszuschließen.

bb) *Widerrufsklauseln* sind nur dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden, wenn sie – soweit die Erlaubnis im Sinn von § 549 Abs. 1 BGB einmal erteilt ist – an das *Vorliegen eines wichtigen Grundes* anknüpfen⁹³).

c) Etwas anderes gilt im Sinn von § 549 Abs. 2 BGB dann, wenn – nach Abschluß des Mietvertrages – ein *berechtigtes Interesse* des Mieters/AGB-Kunden entsteht, einen *Teil des vermieteten Wohnraums* einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen⁹⁴). Wie sich aus § 549 Abs. 2 Satz 3 BGB ergibt, ist eine von der gesetzlichen Bestimmung abweichende vertragliche Regelung, die dem Mieter zum Nachteil gereicht, unwirksam. Diese Sanktion ist auch im Bereich von § 9 unmittelbar zu berücksichtigen.

d) Soweit der Vermieter/AGB-Verwender einer Untervermietung im Sinn von § 549 Abs. 1 oder § 549 Abs. 2 BGB zugestimmt hat, haftet der Mieter für jedes *Verschulden*, das dem Dritten beim Gebrauch der Mietsache zur Last fällt. Eine Formulklausel, welche die Haftung des Mieters für jedwede Handlung/Unterlassung des Dritten stipuliert, verstößt ersichtlich gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist daher *unwirksam*⁹⁵). Erforderlich ist also ein innerer Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Mietsache durch den Dritten und dem eingetretenen Schaden⁹⁶). Dieser Gesichtspunkt muß eine wirksame Formulklausel berücksichtigen. Freilich gilt dies dann nicht, wenn der Vermieter/AGB-Verwender eine Erlaubnis zur Untervermietung *nicht erteilt* hat, weil in diesem Fall ein *Eigenverschulden* des Mieters/AGB-Kunden in Form der Verletzung des Mietvertrages vorliegt⁹⁷). Auf ein Verschulden des Dritten kommt es in diesen Fällen nicht an.

8. Gewährleistungsregelungen

a) Aus § 537 Abs. 3 BGB ergibt sich bereits, daß abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters bei der Wohnungsmiete un-

⁷³) Vgl. *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 145 a; *Sternel*, Rdnr. II, 229 m.w.N.

⁷⁴) Im einzelnen *Glaser*, Schönheitsreparaturen S. 17 ff.

⁷⁵) BGH, DB 1976 S. 2458 = NJW 1977 S. 36; BGH, DB 1980 S. 2439 = NJW 1980 S. 2347, 2348; *Gelhaar* in RGRK-BGB, § 535 Rdnr. 93; *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 359 f.

⁷⁶) Vgl. *Sternel*, Rdnr. II, 228 f.

⁷⁷) LG Berlin, MDR 1980 S. 496 = AGBE I § 9 Nr. 99.

⁷⁸) OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45.

⁷⁹) Vgl. *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 16 ff.; Rdnrn. 6 ff. – betreffend Ablehnungsandrohung.

⁸⁰) OLG Stuttgart, a.a.O.

⁸¹) BGH, DB 1983 S. 1810 = ZIP 1983 S. 825.

^{81a}) Im einzelnen *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnr. 6; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 3 f.; zur Frage des Schutzbereichs des Mietvertrages bei Untervermietung BGH, DB 1978 S. 836 = MDR 1978 S. 486.

⁸²) *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 4; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnr. 7; *Soergel/Kummer*, § 549 Rdnr. 4.

⁸³) Vgl. auch *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnrn. 255 ff.; *Erman/Schopp*, § 549 Rdnr. 5.

⁸⁴) *Sternel*, Rdnr. II, 332.

⁸⁵) Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 331.

⁸⁶) A. M. *Sternel*, Rdnr. II, 331, der hier eine einschränkende Auslegung vornimmt, welche indessen unstatthaft ist.

⁸⁷) BGH, LM Nr. 4 zu § 549 BGB; *Soergel/Kummer*, § 549 Rdnr. 7; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnr. 17; *Sternel*, Rdnr. II, 337.

⁸⁸) *Sternel*, Rdnr. II, 340.

⁸⁹) Vgl. auch BGH, MDR 1982 S. 314; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 28; a. M. *Sternel*, Rdnr. II, 340.

⁹⁰) *Gelhaar* in RGRK-BGB, § 549 Rdnr. 8.

⁹¹) *Palandt/Putzo*, § 549 Anm. 2b; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 28.

⁹²) *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 34 a; *Sternel*, Rdnr. II, 341.

⁹³) *Soergel/Kummer*, § 549 Rdnr. 11; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnr. 19; a. M. *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 29.

⁹⁴) Vgl. im einzelnen *Soergel/Kummer*, § 549 Rdnrn. 34 ff.; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnrn. 29 ff. jeweils m.w.N.; AG Stuttgart, MDR 1982 S. 321; insbesondere LG Berlin, MDR 1982 S. 234.

⁹⁵) Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 345; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 69.

⁹⁶) *Staudinger/Emmerich*, a.a.O.

⁹⁷) *Voelskow* in Münch.-Komm., § 549 Rdnr. 39; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 70.

wirksam sind. Folglich ist auch eine AGB-Klausel nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu beanstanden, wonach die Mietminderung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist eintritt oder wenn vorgesehen ist, daß in Abweichung von § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB nur *bestimmte Mängel* als Fehler einzustufen sind⁹⁸⁾. Demzufolge ist auch eine Regelung gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, die bestimmt, daß die Minderung nur im *Klagewege* geltend gemacht werden kann⁹⁹⁾. Zwar ist nach der hier vertretenen Auffassung¹⁰⁰⁾ die Bestimmung von § 11 Nr. 10 auch auf Gebrauchsüberlassungsverträge anwendbar, doch kann diese Streitfrage hier – letzten Endes – deswegen offen bleiben, weil im Bereich von § 537 BGB die *zwingende Bestimmung* von § 537 Abs. 3 BGB gilt. Gleichwohl ist es *unzutreffend*, unter Hinweis auf § 11 Nr. 10a dem Mieter/AGB-Kunden stattdessen ein *Nachbesserungsrecht* einzuräumen, und zwar auch dann, wenn die weitergehenden Rechtsfolgen von § 11 Nr. 10b¹⁰¹⁾ beachtet sind¹⁰²⁾.

b) Die in § 538 BGB normierte Schadensersatzhaftung des Vermieters/AGB-Verwenders kann wirksam nur in den Grenzen von § 11 Nr. 7 abbedungen werden¹⁰³⁾. Für die *Verzugsregelung* in § 538 Abs. 1 – dritte Alternative – BGB gilt überdies der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 8b – mit der Maßgabe, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB auch nicht im Fall gewöhnlicher Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann¹⁰⁴⁾. Darüber hinaus stellen sich gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 mehrere Fragen, die der *Differenzierung* bedürfen.

aa) Ob es nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 wirksam ist, die – verschuldensunabhängige – Schadensersatzhaftung gem. § 538 Abs. 1 – erste Alternative – BGB auszuschließen, erscheint fraglich¹⁰⁵⁾.

bb) Zweifelsfrei *unwirksam* ist es indessen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Vermieter/AGB-Verwender die ihn nach § 538 Abs. 1 BGB treffende *Schadensersatzhaftung* in Übereinstimmung mit der Regelung von § 11 Nr. 7 auf Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beschränkt. Denn die Gebrauchsverschaffungspflicht des Vermieters/AGB-Verwenders ist eine derartig wesentliche Hauptpflicht/Kardinalpflicht, daß sich der Vermieter/AGB-Verwender nicht von der Erfüllung dieser Verpflichtung – auch im Bereich gewöhnlicher Fahrlässigkeit – wirksam freizeichnen kann, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt und deshalb unwirksam ist. Denn Sinn und Zweck der Regelung von § 538 Abs. 1 BGB ist es, den Mieter/AGB-Kunden »unbeschadet der in § 537 bestimmten Rechte« *weitergehende Ansprüche* zu gewähren. Daraus folgt, daß der Regelungsbereich von § 538 Abs. 1 BGB gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 *haftungsfreizeichnungsfest* ist.

cc) Das in § 538 Abs. 2 BGB geregelte Recht der *Ersatzvornahme* kann ebenfalls nicht wirksam abbedungen werden, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt¹⁰⁶⁾.

c) Die in § 545 BGB geregelte Pflicht zur *Mängelanzeige* ist Teil der allgemeinen Obhutspflicht des Mieters¹⁰⁷⁾. Der Begriff des »Mangels« im Sinn von § 545 BGB ist nicht mit dem Fehlerbegriff des § 537 BGB identisch, sondern erfaßt – weitergehend – jeden schlechten Zustand der Mietsache¹⁰⁸⁾. Dies wirft die Frage auf, ob der Vermieter/AGB-Verwender – in Übereinstimmung mit der Regelung von § 545 BGB – berechtigt ist, dem Mieter/AGB-Kunden Verpflichtung zur Mängelanzeige aufzuerlegen – mit der weiteren Folge, daß der Mieter/AGB-Kunde auch im Fall, daß er eine rechtzeitige Mängelanzeige unterläßt, verpflichtet ist, den daraus entstehenden *Schaden* zu tragen. Wendet man auf Basis der andernorts entwickelten Auffassung¹⁰⁹⁾ den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 auch auf Gebrauchsüberlassungsverträge an, so ergibt sich im Hinblick auf den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e eine *auffallende Inkongruenz*. Denn danach wäre eine AGB-Klausel unwirksam, die dem Mieter/AGB-Kunden eine Ausschlussfrist für die »Anzeige nicht offensichtlicher Mängel« auferlegt, die kürzer ist als die Verjährungsfrist für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch. Während also § 11 Nr. 10e darauf abstellt, daß ein *offensichtlicher Mangel* vorliegen muß¹¹⁰⁾, ist es im Bereich von § 545 Abs. 1 BGB *umstritten*, ob die Anzeigepflicht schon dann begründet ist, wenn der Mangel erkennbar ist oder erst dann eingreift, wenn der Mieter den Mangel tatsächlich, d.h. positiv erkannt hat¹¹¹⁾. Indessen löst sich die aus dem Wortlaut von § 11 Nr. 10e und § 545 BGB abzuleitende auffallende Inkongruenz dadurch auf, daß der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e – in bezug auf das Merkmal des »offensichtlichen Mangels« – auf das Vorliegen *grober Fahrlässigkeit* konzentriert wird¹¹²⁾. Denn nach der Auffassung des BGH gilt der Vorwurf grober Fahrlässigkeit auch im Bereich von § 545 Abs. 1 BGH¹¹³⁾. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

aa) Es ist mit § 11 Nr. 10e – jedenfalls aber nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 – *unvereinbar*, wenn der Vermieter/AGB-Verwender dem Mieter/AGB-Kunden eine über den Rahmen von § 545 BGB hinausreichende *Prüfpflicht* und daraus resultierend eine *Mängelanzeigepflicht* auferlegt¹¹⁴⁾. Dies gilt auch dann, wenn sich die Prüfpflicht/Anzeigepflicht nur auf bestimmte Gegenstände, z. B. auf die Elektroinstalla-

tion oder die Heizung beziehen soll; denn derartige Prüfpflichten sind dem Mietvertragsrecht fremd und widersprechen dem *Verbotstatbestand* von § 11 Nr. 10e. Folgt man indessen der Gegenmeinung, daß nämlich Gebrauchsüberlassungsverträge nicht nach § 11 Nr. 10, sondern ausschließlich nach § 9 zu beurteilen sind, so erscheint es dogmatisch vertretbar, zu einem abweichenden Ergebnis zu gelangen: Tendenziell über den Rahmen von § 545 BGB hinausreichende, verschärfte Prüfpflichten/Anzeigepflichten enthalten zwar eine Abweichung vom dispositiven Recht des § 545 BGB, es fehlt Ihnen aber – soweit diese Pflichten dem Mieter/AGB-Kunden noch zumutbar sind – das Tatbestandselement einer unangemessenen Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1.

bb) Formulklauseln, die entsprechend § 545 Abs. 2 BGB – bei unterlassener rechtzeitiger Anzeige eines Mangels – die Rechte des Mieters/AGB-Kunden aus §§ 537, 538 BGB sowie das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 542 Abs. 1 Satz 3 BGB *ausschließen*, sind nach § 11 Nr. 10e nicht zu beanstanden¹¹⁵⁾. Indessen ist darauf zu achten, daß der Rechtsverlust des Mieters/AGB-Kunden nur dann und nur insoweit eintritt, als zwischen der Nichtanzeige des Mangels durch den Mieter/AGB-Kunden und der unterbliebenen Abhilfe durch den Vermieter/AGB-Verwender *Ursächlichkeit* besteht¹¹⁶⁾. Daraus folgt: Soweit eine Formulklausel diesen Gesichtspunkt der Ursächlichkeit außer acht läßt, d. h. den Rechtsverlust absolut eintreten läßt, verstößt sie gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist daher unwirksam.

cc) Unter Berücksichtigung des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 16 versteht es sich von selbst, daß für die Anzeige lediglich die *Schriftform*, nicht aber ein darüber hinausreichendes Formerfordernis vorgeschrieben werden kann¹¹⁷⁾.

9. Vertragsstrafe

a) Aus § 550a BGB folgt, daß die Vereinbarung einer *Vertragsstrafe*, die der Mieter/AGB-Kunde dem Vermieter/AGB-Verwender verspricht, *unwirksam* ist. Damit geht der Verbotstatbestand von § 550a BGB über die Norm des § 11 Nr. 6 hinaus; § 550a BGB ist dabei *vorrangig*. Freilich gilt sie nur für die Vermietung von Wohnraum, so daß lediglich insoweit ein Rückgriff auf § 11 Nr. 6 entbehrlich ist¹¹⁸⁾.

b) Bezogen auf den Typus »Vertragsstrafe« deckt sich die Bestimmung von § 550a BGB mit § 11 Nr. 6¹¹⁹⁾. Entscheidend für den Verbotstatbestand von § 550a BGB – und damit für den Anwendungsbereich von § 11 Nr. 6 – ist die Antwort auf die Frage, ob die jeweilige Vereinbarung, unabhängig von der Wortwahl der Parteien, in ihrer Wirkung einer Vertragsstrafe im Sinn der §§ 339ff. BGB gleichkommt¹²⁰⁾. Der Verbotstatbestand von § 550a BGB gilt deshalb für alle Formen von *Verfall- und Verwirkungsklauseln*¹²¹⁾. *Problematisch* ist auch hier die Abgrenzung zwischen der von § 550a BGB erfaßten Vertragsstrafe gegenüber dem Anspruch des Vermieters/AGB-Verwenders auf *pauschalierten Schadensersatz*¹²²⁾. Die hier nach als maßgebend anzusehende Abgrenzung vollzieht sich da-

⁹⁸⁾ Vgl. auch *Soergel/Kummer*, § 537 Rdnr. 38; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 537 Rdnr. 26; *Sternel*, Rdnr. II, 386; OLG Nürnberg, MDR 1977 S. 580 – § 3 einschlägig.

⁹⁹⁾ *Sternel*, a. a. O.

¹⁰⁰⁾ *Graf v. Westphalen*, vor § 11 Nr. 10 Rdnr. 18 m. w. N.

¹⁰¹⁾ Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10b Rdnr. 6ff. m. w. N.; Unklarheitenregel – Ausschluß nur für Mängel der Mietsache, die bei Vertragsabschluß vorhanden – be-
denklich OLG Düsseldorf, MDR 1982 S. 850.

¹⁰²⁾ A. M. *Staudinger/Emmerich*, § 537 Rdnr. 60.

¹⁰³⁾ Hierzu *Staudinger/Emmerich*, § 538 Rdnr. 45; *Sternel*, Rdnr. II, 395; *Soergel/Kummer*, § 538 Rdnr. 26.

¹⁰⁴⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 8 Rdnr. 30ff.

¹⁰⁵⁾ Bejahend *Bunte*, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen S. 376; im einzelnen Muster-Mietvertrag (1976) 2ff. II, 7.

¹⁰⁶⁾ Im einzelnen Muster-Mietvertrag (1976) 2ff. II, 7; vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, § 538 Rdnr. 45.

¹⁰⁷⁾ Statt aller *Soergel/Kummer*, § 545 Rdnr. 1.

¹⁰⁸⁾ BGH, MDR 1976 S. 753; BGH, DB 1977 S. 1179 = NJW 1977 S. 1236 m. w. N.

¹⁰⁹⁾ *Graf v. Westphalen*, vor § 11 Nr. 10 Rdnr. 13.

¹¹⁰⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10e Rdnr. 3ff.

¹¹¹⁾ Vgl. BGH, DB 1977 S. 1179 = NJW 1977 S. 1236; *Staudinger/Emmerich*, § 545 Rdnr. 11 a; *Palandt/Putzo*, § 545 Anm. IIa; *Sternel*, Rdnr. II, 361; a. M. *Soergel/Kummer*, § 545 Rdnr. 5.

¹¹²⁾ *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10e Rdnr. 3.

¹¹³⁾ BGH, DB 1977 S. 1179 = NJW 1977, S. 1236ff. = BGHZ 68 S. 281, 284 ff.; *Staudinger/Emmerich*, a. a. O.; *Sternel*, Rdnr. II, 361; *Erman/Schopp*, § 545 Rdnr. 2.

¹¹⁴⁾ *Sternel*, Rdnr. II, 362; *Erman/Schopp*, § 545 Rdnr. 1; *Staudinger/Emmerich*, § 545 Rdnr. 11 a.

¹¹⁵⁾ Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10e Rdnr. 7ff.

¹¹⁶⁾ *Soergel/Kummer*, § 545 Rdnr. 11; *Staudinger/Emmerich*, § 545 Rdnr. 25f. m. w. N.

¹¹⁷⁾ Vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, § 545 Rdnr. 28.

¹¹⁸⁾ *Staudinger/Emmerich*, § 550a Rdnr. 12.

¹¹⁹⁾ Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 6 Rdnr. 5ff.

¹²⁰⁾ *Soergel/Kummer*, § 550a Rdnr. 4; *Staudinger/Emmerich*, § 550 Rdnr. 6ff.; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 550a Rdnr. 3ff.

¹²¹⁾ *Erman/Schopp*, § 550 Rdnr. 2; *Palandt/Putzo*, § 550a Anm. 1; BGH, WM 1968 S. 799 – Erstattung des Baukostenzuschusses bei vorzeitiger Vertragsbeendigung.

¹²²⁾ Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 3ff. m. w. N.

nach, ob der Vermieter/AGB-Verwender durch die Sanktion – gleichgültig, welcher Terminus hier verwendet wird – in erster Linie einen Anspruch geltend machen will, der der Erfüllung des Vertrages dient, so daß der Vermieter/AGB-Verwender insoweit auf den Mieter/AGB-Kunden einen möglichst wirkungsvollen Druck ausübt, ohne daß es hierbei auf den Nachweis eines entstandenen Schadens ankommt¹²³). Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist von einer Vertragsstrafe in Sinn der §§ 339ff. BGB – bezogen auf den Anwendungsbereich von § 550a BGB – zu sprechen. Dient hingegen die Sanktionsfolge – bezogen auf einen dem Vermieter/AGB-Verwender entstandenen Schaden – der vereinfachten Durchsetzung des Anspruchs, so liegt eine Schadenspauschale vor¹²⁴).

aa) Es besteht kein Anlaß, Schadensersatzpauschalen in den Anwendungsbereich von § 550a BGB einzubeziehen¹²⁵). Entscheidend ist hier, daß der Mieter/AGB-Kunde – jedenfalls bei Verwendung von Formulklauseln – durch die *Beweislastregel* von § 11 Nr. 5a ausreichend geschützt ist, zumal diese Bestimmung – nach der insoweit vorzunehmenden Abgrenzung – nur dann Anwendung findet, wenn dem Vermieter/AGB-Verwender nach dem dispositiven Recht ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht¹²⁶). Es ist nicht einzusehen, warum der – sicherlich vorhandene – soziale Schutzzweck der Norm des § 550a BGB gebietet, diese Bestimmung trotz der in ihr enthaltenen Sanktionsfolge über ihren Wortlaut sowie über ihren Gesetzeszweck hinaus auch auf typische Schadenspauschalen auszudehnen¹²⁷). Denn unter der Voraussetzung, daß die Normen des dispositiven Rechts dem Vermieter/AGB-Verwender einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens zur Verfügung stellen, würde dies bedeuten, daß man dem Vermieter/AGB-Verwender den Rückgriff auf die Grundsätze der abstrakten Schadensberechnung verwehrt und ihn in jedem Fall darauf verweist, den konkret entstandenen Schaden gegenüber dem Mieter/AGB-Kunden geltend zu machen¹²⁸). Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, daß – die Wirksamkeit einer abstrakten Schadenspauschalierung im Sinn von § 11 Nr. 5a unterstellt – dem Mieter/AGB-Kunden auch insoweit noch die Bonifikation von § 11 Nr. 5b nicht abgeschnitten werden darf¹²⁹).

bb) Nach § 550a BGB sind daher folgende AGB-Klauseln zu beanstanden und deshalb auch nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam: Der »Wegfall« einer *Mietkaution* bei vorzeitiger Kündigung des Mietverhältnisses durch den Mieter/AGB-Kunden¹³⁰). Die Verpflichtung des Mieters/AGB-Kunden, bei Nichtvornahme der geschuldeten *Schönheitsreparaturen* einen bestimmten Mindestbetrag zu zahlen¹³¹). Selbst dann, wenn man eine solche Klausel als Schadenspauschale qualifizieren würde, läge ein Verstoß gegen § 11 Nr. 5b vor¹³²). Die Vereinbarung einer »*Bearbeitungsgebühr*« bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages kann indessen – abhängig von den Umständen des Einzelfalles und dem angestrebten Vertragszweck – Vertragsstrafe oder Schadenspauschale im Sinn von § 10 Nr. 7 sein¹³³). Die Geltendmachung von *Mahnkosten* ist unter Beachtung der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 286 BGB nicht als Vertragsstrafe im Sinn von § 550a BGB zu werten¹³⁴). Dies setzt freilich voraus, daß etwaige »*Mahngebühren*« nicht für die nach § 284 Abs. 1 BGB erforderliche Mahnung eingesetzt werden¹³⁵) und daß sie – insbesondere – durchschnittlich-schadenstypisch sind, wie etwa die Regelung von § 3 Abs. 3 des Muster-Mietvertrages (1976), wo ein Betrag in Höhe von DM 3,- ausgewiesen ist¹³⁶). Das gleiche gilt für die Geltendmachung von *Verzugszinsen*¹³⁷). In all diesen Fällen kann freilich – darauf ist streng zu achten – jeweils eine *Vertragsstrafe* im Sinn von § 550a BGB vorliegen, sofern »*Gebühren*« – gleich, in welcher Ausgestaltung – gefordert werden, die im Hinblick auf den durchschnittlich-typisch eintretenden Schaden völlig übersetzt sind¹³⁸). Soweit allerdings in diesen Fällen die Voraussetzung eines gesetzlichen Schadensersatzanspruchs vorliegen, bestehen jedenfalls dann gegen derartige »*Gebühren*« – einschließlich eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichtdurchführung von Schönheitsreparaturen¹³⁹) – weder gem. § 550a BGB noch gem. § 11 Nr. 6 oder § 9 Abs. 2 Nr. 1 irgendwelche Bedenken – vorausgesetzt, der Vermieter/AGB-Verwender macht einen durchschnittlich-typischen Schaden gem. § 11 Nr. 5a geltend.

10. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot

a) Gem. § 552a BGB gilt, daß der Vermieter von Wohnraum – entgegen einer vertraglichen Bestimmung – gegen eine Mietzinsforderung mit einer Forderung aufgrund von § 538 BGB nur aufrechnen oder wegen einer solchen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, falls er seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses *schriftlich angezeigt hat*. *Unabdingbar* ist deshalb nur das Recht zur Aufrechnung mit Ansprüchen gem. § 538 BGB¹⁴⁰). Das gleiche gilt für Gegenansprüche des Mieters, die dieser auf § 538 BGB stützt, sofern er dieserhalb ein *Zurückbehaltungsrecht* ausübt¹⁴¹).

b) Nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. Ziff. I, 3 d) stellt § 552a BGB eine *Erweiterung* des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 3 dar. Daraus folgt:

aa) Über den Verbotstatbestand von § 552a BGB hinaus sind *Aufrechnungsverbote* gem. § 11 Nr. 3 unwirksam, die sich auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Mieters/AGB-Kunden beziehen, und zwar ohne daß es – auch bei einem Schadensersatzanspruch des Mieters gem. § 538 BGB – einer schriftlichen Anzeige bedarf¹⁴²). Denn der Verbotstatbestand von § 552a BGB greift nur dann und nur insoweit ein, als keine – wirksame – vertragliche Bestimmung entgegensteht¹⁴³). Daran fehlt es, wenn die Gegenforderung des Mieters im Sinn von § 538 BGB rechtskräftig festgestellt oder unbestritten ist, weil dann § 11 Nr. 3 unmittelbar gilt. Andererseits: Ist die Gegenforderung des Mieters weder rechtskräftig festgestellt noch unbestritten, resultiert sie aber aus einem Schadensersatzanspruch gem. § 538 BGB, dann ist § 542a BGB zu berücksichtigen¹⁴⁴).

bb) Da der Verbotstatbestand von § 552a BGB § 11 Nr. 3 erweitert, bleibt der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 2 hiervon unberührt. Dies besagt: Das *Zurückbehaltungsrecht* gem. §§ 273, 320 BGB kann zum Nachteil des Mieters/AGB-Kunden weder formalmäßig ausgeschlossen noch eingeschränkt werden¹⁴⁵).

11. Ersatzmieterklauseln

a) Aus § 552 BGB folgt: Der Mieter wird nicht dadurch von der Entrichtung des Mietzinses befreit, daß er aus einem Grund, der in seiner Person liegt, an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts gehindert ist. Der Vermieter ist nicht verpflichtet, die Wohnung – während der Dauer der Gebrauchshinderung des Mieters/AGB-Kunden – weiter zu vermieten¹⁴⁶). Indessen muß sich der Vermieter/AGB-Verwender die *ersparten Aufwendungen* gem. § 552 Satz 2 BGB anrechnen lassen¹⁴⁷). Gem. § 552 Satz 3 BGB steht dem Vermieter/AGB-Verwender der Anspruch auf die Mietzinszahlung des Mieters nur zu, solange er in der Lage ist, dem Mieter den Mietgebrauch zu gewähren¹⁴⁸).

b) Ist in diesen Fällen eine Ersatzmieter- oder *Nachfolgeklausel* nicht vereinbart, so ist der Vermieter/AGB-Verwender grundsätzlich nicht verpflichtet, sich auf einen vom Mieter angebotenen Ersatzmieter einzulassen¹⁴⁹). Vielfach – und durchaus zu Recht – wird jedoch hier auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles abzustellen sein, so daß – auch bei Fehlen einer vertraglichen Nachfolgeklausel – der Vermieter dann verpflichtet ist, einen vom Mieter gestellten Nachmieter zu akzeptieren, wenn dies bei Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben geboten ist¹⁵⁰). Demzufolge handelt der Vermieter/AGB-Verwender – bei Fehlen einer vertraglich abgesicherten

¹²³) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 5 m.w.N.

¹²⁴) *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 5ff. m.w.N.

¹²⁵) So aber *Staudinger/Emmerich*, § 550a Rdnr. 9b; *Sternel*, Rdnr. II, 111; *Soergel/Kummer*, § 550 Rdnr. 4; wie hier *Erman/Schopp*, § 550 Rdnr. 3; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 550a Rdnr. 4; vgl. auch *Weimar*, MDR 1965 S. 349).

¹²⁶) Vgl. *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 14ff.; 25ff.; hierzu auch *Bub*, DWM 1977 S. 76, 80; *Bub/Graf von Westphalen*, S. 11; S. 25f.

¹²⁷) So auch *Sternel*, a.a.O.

¹²⁸) Vgl. BGH, DB 1977 S. 247 = NJW 1977 S. 381; BGH, DB 1981 S. 427 = NJW 1982 S. 331, 333.

¹²⁹) Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 32ff. m.w.N.; BGH, DB 1982, 1925 = NJW 1982 S. 2316 = AGBE III § 11 Nr. 14; OLG Schleswig, AGBE III § 11 Nr. 15.

¹³⁰) LG Mannheim, WuW 1977 S. 99; AG Hamburg, WuW 1979 S. 190; *Soergel/Kummer*, § 550a Rdnr. 4.

¹³¹) Vgl. AG Köln, MDR 1971 S. 929; *Sternel*, Rdnr. II, 111.

¹³²) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 35 m.w.N.

¹³³) Vgl. *Soergel/Kummer*, § 550a Rdnr. 4 – Qualifizierung als Vertragsstrafe.

¹³⁴) A. M. *Soergel/Kummer*, a.a.O.; *Sternel*, Rdnr. II, 111.

¹³⁵) *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 13.

¹³⁶) Vgl. Muster-Mietvertrag (1976) Ziff. II, 3 – Bedenken allerdings bei *Sternel*, a.a.O.

¹³⁷) Vgl. AG Köln, WuW 1969 S. 183; *Soergel/Kummer*, § 550a Rdnr. 4.

¹³⁸) Vgl. hierzu BayObLG, BB 1981 S. 1418 = AGBE II § 11 Nr. 34.

¹³⁹) A. M. *Sternel*, Rdnr. II, 111.

¹⁴⁰) Im einzelnen *Staudinger/Emmerich*, § 552a Rdnr. 6.

¹⁴¹) *Voelskow* in Münch.-Komm., § 552a Rdnr. 3 m.w.N.

¹⁴²) *Voelskow* in Münch.-Komm., § 552a Rdnr. 4.

¹⁴³) *Sternel*, Rdnr. II, 101.

¹⁴⁴) *Sternel*, Rdnr. II, 104f.; vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, § 552a Rdnr. 15; *Bub/Graf von Westphalen*, S. 10; S. 23f.

¹⁴⁵) *Sternel*, Rdnr. II, 103; *Staudinger/Emmerich*, § 552a Rdnr. 14; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 552a Rdnr. 4.

¹⁴⁶) *Voelskow* in Münch.-Komm., § 552 Rdnr. 4.

¹⁴⁷) Im einzelnen *Sternel*, Rdnr. IV, 209.

¹⁴⁸) Vgl. *Soergel/Kummer*, § 552 Rdnr. 5f.

¹⁴⁹) BGH, WM 1975, S. 824; BGH, MDR 1977 S. 46; LG Berlin, MDR 1978 S. 935; LG Hamburg, MDR 1980 S. 670 – beide Entscheidungen auf die noch nicht abgelaufene Mietzeit abstellend; *Soergel/Kummer*, § 552 Rdnr. 9; *Sternel*, Rdnr. IV, 225; *Erman/Schopp*, § 552 Rdnr. 3.

¹⁵⁰) *Gelhaar* in RGRK-BGB § 552 Rdnr. 6; *Sternel*, Rdnr. IV, 225ff.; *Voelskow* in Münch.-Komm., § 552 Rdnr. 7ff.; *Staudinger/Emmerich*, § 552 Rdnr. 34ff. jeweils m.w.N.

Nachfolgeklausel – *treuwidrig* im Sinn des »individuellen Rechtsmißbrauchs« gem. § 242 BGB, wenn er einen vom Mieter gestellten Nachmieter auch dann ablehnt, wenn – zum einen – der Mieter ein *berechtigtes Interesse* am der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses hat¹⁵¹) und wenn – zum anderen – der vom Mieter dem Vermieter vorgeschlagene Ersatzmieter *zumutbar* ist, d. h. vorbehaltlos bereit ist, in den laufenden Mietvertrag einzutreten¹⁵²).

c) An diesen Voraussetzungen ist auch jede *formulärmäßige Nachfolgeklausel* gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gem. § 9 Abs. 1 zu messen¹⁵³). Deshalb: Ist im Mietvertrag – formulärmäßig – eine Ersatzmieterklausel ausdrücklich *ausgeschlossen*, so ist dies in gleicher Weise unwirksam, wie in den Fällen, in denen – bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung – der Vermieter/AGB-Verwender gleichwohl aufgrund der Umstände des Einzelfalls verpflichtet ist, einen vom Mieter gestellten Ersatzmieter zu akzeptieren. Die in § 6 des Muster-Mietvertrages (1976) ausgeworfene Ersatzmieter-Klausel dürfte für die Praxis – wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, in denen keine oder eine unwirksame Vereinbarung vorliegt – als *Leitlinie* herangezogen werden können (vgl. Muster-Mietvertrag (1976) – Ziff. II, 6).

d) Eine formulärmäßige *Abweichung* von den Grundsätzen von § 552 Satz 2 und Satz 3 BGB scheidet an § 9 Abs. 2 Nr. 1¹⁵⁴). Beide Bestimmungen weisen einen derartig wesentlichen *Gerechtigkeitsgehalt* auf, daß von ihnen nicht zum Nachteil des Mieters/AGB-Kunden abgewichen werden kann, ohne daß dies im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 unangemessen wäre.

e) Hat der Vermieter/AGB-Verwender den vom Mieter gestellten Ersatzmieter akzeptiert, so ist das Mietverhältnis durch den damit geschlossenen Aufhebungsvertrag vorzeitig beendet. Unter dieser Voraussetzung verstößt es in eklatanter Weise gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Vermieter/AGB-Verwender gleichwohl den Altmietter/AGB-Kunden verpflichtet, in irgendeiner Weise dafür einzustehen, daß der Vermieter die ihn treffende Mietzahlungspflicht erfüllt. Dies gilt ohne weiteres dann, wenn der Vermieter/AGB-Verwender auf diese Weise versucht, zwischen Altmietter und Ersatzmieter eine Art Gesamtschuldverhältnis zu konstruieren, weil dessen gesetzliche Voraussetzungen in dem § 421 ff. BGB abschließend geregelt sind. Gleiches gilt im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 auch dann, wenn der Altmietter – im Hinblick auf Zahlungspflicht des Ersatzmieters – lediglich eine Ausfallhaftung übernimmt. Umgekehrt: Der vom Vermieter/AGB-Verwender akzeptierte Nachmieter übernimmt regelmäßig nur die Rechte und Pflichten, die aufgrund des abgeschlossenen Mietvertrages in der *Zukunft* zur Entstehung gelangen; er haftet demzufolge nicht für die bei seinem Einzug bereits begründeten Rechte und Pflichten¹⁵⁵). Hiervon abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Ersatzmieters verstoßen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, sofern keine individualvertragliche Abrede vorliegt.

12. Fristlose Kündigung

a) Das dem Vermieter/AGB-Verwender gem. § 553 BGB zur Seite stehende fristlose Kündigungsrecht setzt zwingend voraus, daß der Mieter/AGB-Kunde die Rechte des Vermieters *erheblich verletzt*¹⁵⁶). Des weiteren ist Voraussetzung, daß es dem Vermieter/AGB-Verwender – aufgrund der erheblichen Vertragsverletzung – *unzumutbar* ist, das Vertragsverhältnis fortzusetzen¹⁵⁷). Demzufolge ist es dem Vermieter/AGB-Verwender verwehrt, die das fristlose Kündigungsrecht gem. § 553 BGB auslösenden Gründe über diese – engen Tatbestandsgrenzen hinaus zu erweitern. Denn darin läge im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht nur eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht; vielmehr resultiert auch aus einer derart – erweiterten – Kündigungsklausel des Vermieter/AGB-Verwenders eine unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden, welche nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht hinzunehmen ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das fristlose Kündigungsrecht des Vermieters/AGB-Verwenders bereits an unwesentliche Vertragsverletzungen geknüpft wird¹⁵⁸). Die gleiche Erwägung gilt dann, wenn der Vermieter/AGB-Verwender das in § 553 BGB verankerte fristlose Kündigungsrecht *ohne vorgeschaltete Abmahnung* fixiert. Zwar ist hier der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 4 nicht einschlägig, weil die Abmahnung vom Wortlaut dieser Bestimmung nicht erfaßt wird. Doch wird man insoweit allemal auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 abstellen müssen, zumal die Abmahnung für den Mieter/AGB-Kunden eine wesentliche Warnfunktion enthält¹⁵⁹). Dies schließt ein, daß die Abmahnung den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache, den der Vermieter beanstandet, so konkret bezeichnet, daß der Mieter/AGB-Kunde auch tatsächlich in der Lage ist, den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache, d. h. die Vertragsverletzung abzustellen; allgemeine Beschwerden und pauschale Hinweise auf etwaige Vertragsverletzung des Mieters/AGB-Kunden reichen deshalb nicht aus¹⁶⁰).

b) Soweit das fristlose Kündigungsrecht des Vermieter/AGB-Verwenders auf Tatbestände des *Zahlungsverzugs* des Mieters/AGB-Kunden gestützt wird, ist § 554 BGB einschlägig. Dabei herrscht Ein-

vernehmen darüber, daß – bei der Miete von Wohnraum – die gesamte Vorschrift des § 554 BGB *zwingenden Charakter* besitzt, so daß jedwede Abweichung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist¹⁶¹). Dies ist auch im Bereich von § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu berücksichtigen: Soweit der Vermieter/AGB-Verwender die Voraussetzungen eines fristlosen Kündigungsrechts – entgegen dem Wortlaut von § 554 BGB – zum Nachteil des Mieters/AGB-Kunden verschärft, ist diese Klausel *unwirksam*¹⁶²).

c) Bei der Miete von Wohnraum sind darüber hinaus die Bestimmungen von § 554 a BGB sowie – insbesondere – von § 554 b BGB zu berücksichtigen. Da beide Bestimmungen zwingenden Charakter besitzen, gilt dies auch bei etwaigen Formulklauseln: Diese sind nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 immer dann unwirksam, wenn entweder § 554 a BGB oder § 554 b BGB eingreift. Diese Bestimmungen schließen allerdings nicht aus, daß der Vermieter/AGB-Verwender sein fristloses Kündigungsrecht auch auf § 553 BGB stützt, so daß – jedenfalls nach der h.M. – eine fristlose Kündigung auch dann in Betracht kommt, wenn den Mieter/AGB-Kunden an der erheblichen Vertragsverletzung kein Verschulden trifft¹⁶³).

d) Es steht dem Vermieter/AGB-Verwender frei, neben der Kündigung *Schadensersatz* wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten zu verlangen¹⁶⁴). Dieser Anspruch kann sich auch auf die Schäden beziehen, die dem Vermieter/AGB-Verwender gerade erst durch die Kündigung entstehen, z. B. Mietausfall, Suche eines neuen Mieters sowie Kosten einer vorzeitig erforderlich werdenden Renovierung der Räume¹⁶⁵). Eine »*Verfallklausel*«, wonach der Vermieter/AGB-Verwender berechtigt ist, den gesamten Mietzins bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin zu reklamieren, ist gem. § 550 a BGB – bei der Wohnraummiete – *unwirksam*, weil diese Klausel nach der hier vertretenen Auffassung eine Vertragsstrafe im Sinn der §§ 339 ff. BGB ist¹⁶⁶). Typologisch handelt es sich bei diesem Schadensersatzanspruch um Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinn von § 326 BGB¹⁶⁷). Diese Einordnung hat unmittelbare Konsequenzen: Es ist nämlich dann erforderlich, daß der Vermieter/AGB-Verwender den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 4 beachtet, d. h. dem Mieter/AGB-Kunden jedenfalls eine *Nachfrist* setzt und diese auch – mangels gegenteiliger Vereinbarung – mit einer Ablehnungsandrohung im Sinn von § 326 BGB verbindet. Gegen eine Pauschalierung dieses Schadensersatzanspruches bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Allerdings erscheint es wenig opportun, eine solche AGB-Klausel zu verwenden, weil die *Höhe des Schadensersatzanspruches* ganz entscheidend davon abhängt, wie die jeweiligen Umstände des Einzelfalles – unter besonderer Berücksichtigung der den Vermieter/AGB-Verwender im Sinn von § 254 BGB treffenden Schadensminderungspflicht – ausgestaltet sind. Diese aber entziehen sich für gewöhnlich einer generalisierenden Bewertung.

13. Rückgabe der Mietsache

a) Gem. § 556 BGB ist der Mieter verpflichtet, die gemietete Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugewähren. Dies hat in dem *Zustand* zu geschehen, in welchem sich die Mietsache – bei vertragsgemäßem Gebrauch – bei *Beendigung des Mietverhältnisses* befindet¹⁶⁸). Daraus folgt, daß der Mieter/AGB-Kunde ver-

¹⁵¹) Stiermel, Rdnr. IV, 226; Staudinger/Emmerich, § 552 Rdnr. 34 a; Voelskow in Münch. Komm., § 552 Rdnr. 9.

¹⁵²) Hierzu Stiermel, Rdnr. IV, 227; Staudinger/Emmerich, § 552 Rdnr. 35 m.w.N.

¹⁵³) Vgl. Stiermel, Rdnr. II, 48 f.

¹⁵⁴) Staudinger/Emmerich, § 552 Rdnr. 44 b.

^{154a}) BGH, MDR 1979 S. 50.

¹⁵⁵) BGH, ZMR 1980 S. 373.

¹⁵⁶) Statt aller Soergel/Kummer, § 553 Rdnr. 3 m.w.N.

¹⁵⁷) Vgl. Staudinger/Emmerich, § 553, Rdnr. 44 f. m.w.N.; zur Umdeutung einer fristlosen Kündigung BGH, DB 1981 S. 1821 = MDR 1981 S. 135.

¹⁵⁸) Staudinger/Emmerich, § 553 Rdnr. 36; Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 149; vgl. LG Berlin, MDR 1980 S. 670 – Heizkostenrückstand.

¹⁵⁹) Staudinger/Emmerich, § 553 Rdnr. 21; Stiermel, Rdnr. IV, 258.

¹⁶⁰) Im einzelnen Gelhaar in RGRK-BGB, § 553 Rdnr. 11.

¹⁶¹) Soergel/Kummer, § 554 Rdnr. 25; Staudinger/Emmerich, § 554 Rdnr. 46; Erman/Schopp, § 554 Rdnr. 16; vgl. LG Berlin, MDR 1980 S. 670.

¹⁶²) Vgl. auch Staudinger/Emmerich, § 554 Rdnr. 44 d.

¹⁶³) BGH, LM Nr. 1 zu § 554 b BGB; BGH, WM 1971 S. 1300; Soergel/Kummer, § 553 Rdnr. 5; Erman/Schopp, § 554 a Rdnr. 5; a.M. Staudinger/Emmerich, § 553 Rdnr. 8 m.w.N.

¹⁶⁴) BGH, MDR 1979 S. 1016; BGH, DB 1982 S. 480 = ZIP 1982 S. 64; BGH, DB 1982 S. 589 = ZIP 1982 S. 67; Im einzelnen Soergel/Kummer, § 554 a Rdnr. 22; Staudinger/Emmerich, § 553 Rdnr. 12.

¹⁶⁵) BGH, WM 1974 S. 345; vgl. auch BGH, DB 1982 S. 480 = ZIP 1982 S. 64; BGH, DB 1982 S. 589 = ZIP 1982 S. 67; BGH, ZIP 1982 S. 700 – jeweils Leasing.

¹⁶⁶) Vgl. Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 6 Rdnr. 7 m.w.N.; vgl. auch BGH, DB 1982 S. 480 = ZIP 1982 S. 64; BGH, DB 1982 S. 589 = ZIP 1982 S. 67 – jeweils Leasing.

¹⁶⁷) Vgl. Gelhaar in RGRK-BGB § 553 Rdnr. 7; a.M. Voelskow in Münch.-Komm., § 553 Rdnr. 8, der einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung bejaht.

¹⁶⁸) Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 14; Voelskow in Münch.-Komm., Rdnr. 7; a.M. Gelhaar in RGRK-BGB, § 556 Rdnr. 8; BGH, DB 1983, 985 = WM 1983 S. 233, 234 – Zustand der Mietsache ist bedeutungslos: Pacht.

pflichtet ist, alle Schäden zu beseitigen, welche nicht auf einen vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zurückzuführen sind¹⁶⁹).

b) Bei Mietverträgen über Wohnraum sind folgende Einzelklauseln von Belang:

aa) Der Mieter ist verpflichtet, bei Beendigung des Mietverhältnisses, das gesamte Zubehör zusammen mit der gemieteten Sache zurückzugeben. Dazu gehört insbesondere auch die Rückgabe sämtlicher Haus- und Wohnungsschlüssel¹⁷⁰). Eine AGB-Klausel, welche darauf abhebt, daß der Mieter/AGB-Kunde verpflichtet ist, etwa verlorengegangene Haus- oder Wohnungsschlüssel zu ersetzen, begegnet gem. § 9 keinen Bedenken. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Mieter/AGB-Kunden an dem Verlust des Schlüssels ein Verschulden trifft. Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn der Vermieter/AGB-Verwender vom Mieter/AGB-Kunden verlangt, daß dieser – bei Verlust seines Schlüssels – verpflichtet ist, auf eigene Kosten ein Austauschschloß und die erforderliche Anzahl von Schlüsseln anzuschaffen¹⁷¹). Denn eine derart weitgehende Verpflichtung wird man dem Mieter/AGB-Kunden – in Übereinstimmung mit den Wertungen von § 9 – nur dann auferlegen können, wenn die Klausel ausdrücklich auf ein Verschulden des Mieters/AGB-Kunden abstellt oder darauf abhebt, daß ein Mißbrauch wegen des Verlustes eines Schlüssels zu besorgen ist¹⁷²).

bb) Die Rückgabepflicht des Mieters/AGB-Kunden schließt die Pflicht ein, die eigenen Sachen aus dem Mietobjekt zu entfernen¹⁷³). Im Hinblick auf die üblichen Rückgabeklauseln kommt es entscheidend darauf an, inwieweit der Mieter/AGB-Kunde noch einen Besitzwillen hat. Denn der Anspruch auf Rückgabe richtet sich grundsätzlich auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes, setzt also voraus, daß der Mieter nicht lediglich den Besitz aufgibt¹⁷⁴), sondern dem Vermieter/AGB-Verwender den unmittelbaren Besitz am Mietobjekt wieder einräumt¹⁷⁵). Unter dieser Perspektive sind Selbsthilfeklauseln nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, wonach der Vermieter/AGB-Verwender berechtigt ist, »die zurückgelassenen Gegenstände des Mieters auf dessen Kosten wegzuschaffen«, sofern der Mieter/AGB-Kunde seiner Räumungspflicht nicht nachkommt¹⁷⁶). Unbedenklich ist allerdings eine AGB-Klausel, die bestimmt, daß der Vermieter/AGB-Verwender berechtigt ist, »zurückgelassene Gegenstände des Mieters auf dessen Kosten einzulagern«. Allerdings wird man bei dieser Klausel voraussetzen müssen, daß der Vermieter/AGB-Verwender zunächst dem Mieter/AGB-Kunden eine angemessene Frist gesetzt hat, so daß das Selbsthilferecht des Vermieters/AGB-Verwenders erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Nachfrist eingreift. Des weiteren ist – entsprechend den zuvor dargestellten Grundsätzen – Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen AGB-Klausel, daß der Mieter den Besitz an der Mietsache dem Vermieter übertragen hat¹⁷⁷).

cc) Etwasige Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, welche durch den vertragsgemäßen Verbrauch derselben entstanden sind, hat der Mieter im Sinn von § 548 BGB nicht zu vertreten. Daraus folgt, daß sich die Rückgabepflicht der Mietsache auch auf derartige Veränderungen/Verschlechterungen der Mietsache bezieht¹⁷⁸). Unter dieser Perspektive sind Beweislastklauseln von großer praktischer Bedeutung: Wird nämlich die Mietsache in beschädigtem oder verschlechtertem Zustand zurückgegeben, so genügt der Vermieter/AGB-Verwender der ihn treffenden Beweislast dadurch, daß er im einzelnen darlegt und beweist, die eingetretenen Veränderungen/Verschlechterungen seien nicht die Folge eines vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache, sondern offensichtlich durch andere Umstände verursacht¹⁷⁹). Demzufolge ist es Sache des Mieters/AGB-Kunden, den Nachweis zu erbringen, daß etwa eingetretene Veränderungen/Verschlechterungen der Mietsache auf einem Umstand beruhen, den er nicht zu vertreten hat¹⁸⁰). Daraus folgt: Soweit eine Rückgabeklausel schlechthin alle Veränderungen/Verschlechterungen der Mietsache dem Risiko- und Gefahrenbereich des Mieters/AGB-Kunden zuordnet, verstößt sie gegen § 11 Nr. 15, weil und soweit sie außer Betracht läßt, daß sich die Rückgabepflicht gem. § 556 BGB auch auf alle diejenigen Veränderungen/Verschlechterungen der Mietsache bezieht, die Folge eines vertragsgemäßen Gebrauchs derselben sind.

dd) Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Antwort auf die Frage, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen der Mieter/AGB-Kunde bei Rückgabe der Mietsache die Durchführung von Schönheitsreparaturen schuldet¹⁸¹). Ob der Mieter/AGB-Kunde die Durchführung der Schönheitsreparaturen schuldet, ist in erster Linie abhängig von den zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen. Sehen diese vor, daß der Mieter/AGB-Kunde das Mietobjekt »in vertragsgemäßem Zustand« oder »vertragsgemäß renoviert« zurückgeben muß, so bezieht sich diese Verpflichtung lediglich darauf, daß der Mieter/AGB-Kunde das Objekt in dem Zustand zurückgibt, in dem es – ordnungsgemäße Durchführung der während der Mietzeit geschuldeten Schönheitsreparaturen vorausgesetzt – sich befin-

det¹⁸²). Lautet indessen die Klausel dahin, daß der Mieter/AGB-Kunde die »Rückgabe im Zustand wie übernommen« schuldet oder das Mietobjekt so zurückzugewähren hat, wie er dies »bei Beginn des Mietverhältnisses vorgefunden« hat, dann kommt es – in bezug auf die Verpflichtung des Mieters/AGB-Kunden – entscheidend darauf an, wie der tatsächliche Zustand des Mietobjekts bei Beginn des Mietverhältnisses war¹⁸³). Ist allerdings der Mieter/AGB-Kunde – vertragsgemäß – zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet, so bezieht sich die Rückgabepflicht lediglich auf den Zustand des Mietobjekts, der einer regelmäßigen Durchführung von Schönheitsreparaturen entspricht¹⁸⁴).

Hat der Mieter/AGB-Kunde bei dieser vertraglichen Konstellation dafür Sorge getragen, daß die Schönheitsreparaturen regelmäßig, d. h. vertragsgemäß – entsprechend einem Zeit- und Wirtschaftsplan – durchgeführt wurden, so ist er nicht verpflichtet, bei Rückgabe des Mietobjekts solche Schönheitsreparaturen durchführen zu lassen, die – in diesem Zeitpunkt – noch nicht fällig sind¹⁸⁵). Indessen wird man nicht so weit gehen dürfen, eine AGB-Klausel auch dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 für unwirksam zu erklären, die den Mieter/AGB-Kunden in diesen Fällen verpflichtet, jedenfalls den zeitanteiligen Betrag, bezogen auf die nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen zu zahlen¹⁸⁶). Soweit für die Durchführung von Schönheitsreparaturen ein Zeit- und Wirtschaftsplan vereinbart ist, gerät der Mieter/AGB-Kunde bei Beendigung des Mietverhältnisses mit den vertraglich zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Schönheitsreparaturen in Verzug, sofern er diese nicht fristgemäß erbringt; denn regelmäßig bestehen keine Bedenken, insoweit die Voraussetzungen des § 284 Abs. 2 BGB als gegeben anzusehen¹⁸⁷). Allerdings muß eine AGB-Klausel – auch in diesem Zusammenhang – die Voraussetzungen des § 326 BGB beachten. Es ist deshalb gem. § 11 Nr. 4 unwirksam, wenn sich der Vermieter/AGB-Verwender von der Verpflichtung freizeichnet, dem Mieter/AGB-Kunden für die Durchführung der Schönheitsreparaturen – eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen¹⁸⁸). Freilich ist dabei stets im Auge zu behalten, ob nicht der Mieter/AGB-Kunde die Durchführung der Schönheitsreparaturen endgültig verweigert, so daß es überflüssige Formelei wäre, dem Mieter/AGB-Kunden noch eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung im Sinn von § 326 BGB zu setzen¹⁸⁹). Allerdings ist der Vermieter/AGB-Verwender in diesen Fällen verpflichtet, im Hinblick auf die ihn treffende Schadensminderungspflicht – ohne Zeitverlust – dafür zu sorgen, daß das Mietobjekt in einen bezugsgeeigneten Zustand versetzt wird¹⁹⁰).

ee) Einrichtungen, mit denen der Mieter/AGB-Kunde das Mietobjekt versehen hat, sind – grundsätzlich betrachtet – zu entfernen¹⁹¹). Unter »Einrichtungen« sind dabei bewegliche Sachen zu verstehen, die mit dem Mietobjekt körperlich verbunden werden, um dessen wirtschaftlichem Zweck zu dienen¹⁹²). Dies gilt z. B. für Heizungs- und Badeeinrichtungen, Einbauschränke, Schalter, Steckdosen etc.¹⁹³). Aus § 547 a Abs. 3 BGB folgt, daß das Wegnahmerecht des Mieters von Wohnraum nur ausgeschlossen werden kann, wenn der Vermieter/AGB-Verwender dem Mieter/AGB-Kunden dafür einen angemessenen Ausgleich zahlt. Bestimmt deshalb eine AGB-Klausel, daß der Mieter/AGB-Kunde schlechterdings verpflichtet ist, alle von ihm vorgenommenen Einrichtungen auf eigene Kosten zu beseitigen und den früheren Zustand wieder herzustellen, steht diese Klausel im Einklang mit § 9 Abs. 2 Nr. 1, weil sie den Vermieter/AGB-Kunden

¹⁶⁹ Soergel/Kummer, a.a.O.

¹⁷⁰ Im einzelnen Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 13; Sternel, Rdnr. V, 2.

¹⁷¹ Hierzu Sternel, Rdnr. II, 177.

¹⁷² Sternel, a.a.O.; a. M. Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 13 a. E.

¹⁷³ Im einzelnen Sternel, Rdnr. V, 15.

¹⁷⁴ So auch mit Recht Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 7.

¹⁷⁵ Sternel, Rdnr. V, 1; BGH, MDR 1971 S. 836.

¹⁷⁶ Sternel, Rdnr. V, 16.

¹⁷⁷ Vgl. Sternel, a.a.O.

¹⁷⁸ Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 15.

¹⁷⁹ Gelhaar in RGRK-BGB, § 548 Rdnr. 12; Sternel, Rdnr. 5, 30; a. M. Staudinger/Emmerich, § 548 Rdnr. 23.

¹⁸⁰ BGH, VersR 1976 S. 1084; Erman/Schopp, § 548 Rdnr. 5.

¹⁸¹ Hierzu im einzelnen Sternel, Rdnr. V, 31 ff.; Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 15; AG Köln, WuM 1979 S. 12 m. Anm. von Weimar.

¹⁸² Sternel, Rdnr. V, 32; LG Köln, MDR 1974 S. 583.

¹⁸³ LG Mannheim, WuM 1977 S. 202.

¹⁸⁴ Sternel, Rdnr. V, 34.

¹⁸⁵ Sternel, a.a.O.

¹⁸⁶ Hierzu OLG Stuttgart, NJW 1982 S. 1294 = AGBE III § 9 Nr. 45; a. M. Sternel, Rdnr. V, 35.

¹⁸⁷ Vgl. auch Sternel, Rdnr. V, 39.

¹⁸⁸ BGH, WM 1976 S. 1277; BGH, WM 1980 S. 1176; BGH, WM 1981 S. 797; BGH, WM 1982 S. 333, 334.

¹⁸⁹ BGH, WM 1982 S. 333, 335.

¹⁹⁰ BGH, a.a.O.

¹⁹¹ Vgl. Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 16.

¹⁹² Gelhaar in RGRK-BGB, § 547 a Rdnr. 3; Voelskow in Münch.-Komm., § 547 a Rdnr. 3; Erman/Schopp, § 547 a Rdnr. 2.

¹⁹³ Sternel, Rdnr. V, 22.

vor dem Risiko einer aufgedrängten Bereicherung schützt¹⁹⁴). Soweit eine *Entschädigung* vorgesehen ist, kann diese nur dann als angemessen im Sinn von § 547 a Abs. 3 BGB bewertet werden, wenn sie die Anschaffungskosten des Mieters – unter Berücksichtigung des Wertverlustes und der vom Vermieter aufzuwendenden Kosten der Wiederherstellung – berücksichtigt¹⁹⁵). Freilich ist in diesem Zusammenhang die – rein sprachlich – vorhandene Wertungsdifferenz zwischen § 547 a Abs. 2 BGB und § 547 a Abs. 3 BGB im Auge zu behalten. Im ersten Fall ist von einer »angemessenen Entschädigung«, im zweiten von einem »angemessenen Ausgleich« die Rede¹⁹⁶). Dies besagt allerdings lediglich, daß im Fall von § 547 a Abs. 3 BGB der Vermieter/AGB-Verwender auch berechtigt ist, dem Mieter/AGB-Kunden in anderer Weise als in Form einer angemessenen Entschädigung/Geldleistung entgegenzukommen¹⁹⁷). Bestimmt die AGB-Klausel, daß – der Höhe nach – kein angemessener Ausgleich im Sinn von § 547 a Abs. 3 BGB zu leisten ist, liegt ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 vor. Ein Rückgriff auf § 11 Nr. 6 dürfte nur dann in Betracht kommen, wenn – entgegen § 547 a Abs. 3 BGB – ein *entschädigungsloses Wegnahmerecht* des Mieters stipuliert wird¹⁹⁸). Doch dürfte in diesen Fällen, abgesehen von der zwingenden Norm des § 547 a Abs. 3 BGB, ein Rückgriff auf § 550 a BGB näherliegen, so daß eine entsprechende Verfallklausel bei einem Wohnraummietvertrag in jedem Fall an § 9 Abs. 2 Nr. 1 scheitert. Daß die in § 547 a Abs. 3 BGB zwingend vorgeschriebene Ausgleichspflicht dadurch *kompensiert* wird, daß der Vermieter/AGB-Verwender – um ein Beispiel zu wählen – dem Mieter/AGB-Kunden eine besonders lange Mietzeit akkordiert, dürfte in der Praxis kaum vorkommen¹⁹⁹). Wirksam wäre eine solche Vereinbarung freilich nur dann, wenn die individualvertraglich verankerten Voraussetzungen einer typischen *Tarifwahl* vorliegen. Dies besagt: Zwischen dem nach § 547 Abs. 3 BGB geschuldeten angemessenen Ausgleich einerseits und einer – entsprechenden – langen Vertragsdauer müßte eine unmittelbare, transparente Beziehung bestehen, so daß dem Mieter/AGB-Kunden insoweit auch die Wahlfreiheit verbliebe.

ff) Soweit bauliche Veränderungen des Mietobjekts vorliegen, ist der Mieter grundsätzlich verpflichtet, diese – ohne Rücksicht auf die dadurch entstehenden Kosten – zu beseitigen²⁰⁰). Indessen bezieht sich die Beseitigungspflicht nicht nur auf solche baulichen Veränderungen, die der Mieter/AGB-Kunde selbst vorgenommen hat²⁰¹). Dies gilt freilich dann nicht, wenn der Mieter/AGB-Kunde die baulichen Veränderungen zwar selbst nicht vorgenommen, diese aber von seinem *Vormieter* übernommen hat, weil sie dann notwendigerweise dem Mieter/AGB-Kunden selbst zugerechnet werden; denn das Wegnahmerecht kann durch vertragliche Vereinbarung vom Vormieter auf den Nachmieter übertragen werden²⁰²). Auch insoweit gelten – im Hinblick auf eine etwaige *Entschädigungspflicht* des Vermieters/AGB-Verwenders – die gleichen Grundsätze, die zuvor dargelegt wurden.

c) Aus § 557 BGB folgt, daß der Vermieter berechtigt ist, den vereinbarten Mietzins zu fordern, falls der Mieter die gemietete Sache – nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht rechtzeitig zurückgibt. Bei der Wohnraummiete ergibt sich aus § 557 Abs. 4 BGB, daß die Vorschriften von Abs. 2 und Abs. 3 *zwingender Natur* sind. Dieser Gesichtspunkt ist gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 unmittelbar zu berücksichtigen, was im Hinblick auf die *Sonderregelung* von § 557 Abs. 2 BGB es als zweifelhaft erscheinen läßt, ob auch insoweit auf § 10 Nr. 7 zurückgegriffen werden kann²⁰³). Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist wegen der dem Mieter/AGB-Kunden gem. § 557 Abs. 2 BGB anzulastenden *Vertragsverletzung* nicht an § 10 Nr. 7, sondern an § 11 Nr. 5 zu knüpfen^{203a}). Wegen der besonderen *Billigkeitserwägungen*, die § 557 Abs. 2 BGB zwingend vorschreibt²⁰⁴), erscheint auch ein Rückgriff auf § 11 Nr. 5a deswegen als nicht sachgerecht, weil die Billigkeitserwägungen – notwendigerweise – einzelfallbezogen sind, während § 11 Nr. 5a auf den durchschnittlich-typischen Schaden in Form einer abstrakten Schadensberechnung abstellt²⁰⁵). Unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 wird man jedoch – über den engen Wortlaut von § 557 Abs. 4 BGB hinausreichend – noch einen Schritt weitergehen müssen: Jede AGB-Klausel, die im Anwendungsbereich von § 557 Abs. 1 BGB ein *erhöhtes Nutzungsentgelt* vorschreibt, also die Entschädigung nicht auf den vereinbarten Mietzins begrenzt, ist unwirksam²⁰⁶). Demzufolge ist in diesen Fällen eine AGB-Klausel auch dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, wenn sie – anstelle der vereinbarten Miete – an die *ortsüblichen* Mieten anbindet²⁰⁷). Dem Vermieter/AGB-Verwender ist es – bei Verwendung einer Formalklausel – deshalb untersagt, insoweit auf eine ihm ansonsten, d. h. individualvertraglich zustehende Ersetzungsbefugnis zu rekurrieren, welche ihm erlaubt, die für ihn im Vergleich zwischen der vereinbarten Miete und ortsüblichen Miete günstigere Entschädigung zu wählen²⁰⁸). Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen der Vermieter/AGB-Verwender – nach Beendigung des Mietverhältnisses – berechtigt wäre, den geschuldeten Mietzins aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zu er-

höhen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum der Mieter/AGB-Kunde – bei nicht rechtzeitiger Rückgabe der Mietsache im Sinn von § 557 Abs. 1 BGB – berechtigt wäre, eine Besserstellung zu reklamieren, indem er einen durch § 9 Abs. 2 Nr. 1 gesicherten Anspruch darauf hätte, lediglich den vereinbarten Mietzins weiterhin zu zahlen²⁰⁹). Freilich ist es dem Vermieter/AGB-Verwender in diesen Fällen verwehrt, sich auf eine *Mietanpassungsklausel* zu berufen; denn nach Beendigung des Mietverhältnisses im Sinn von § 557 Abs. 1 BGB hat diese jegliche, das Vertragsende überdauernde Funktion eingebüßt²¹⁰).

d) Die *Verjährungsfrist* des § 558 BGB ist gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 – im Bereich von Formularverträgen – *zwingender Natur*²¹¹). Denn Verjährungsbestimmungen enthalten nicht nur reine Zweckmäßigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers, sondern weisen einen hohen Gerechtigkeitsgehalt auf, der gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu respektieren ist. Soweit der Vermieter/AGB-Verwender deshalb die in § 558 BGB verankerte Verjährungsfrist – entgegen § 558 Abs. 1 und § 558 Abs. 2 BGB – *verkürzt*, *verstößt* dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, so daß eine entsprechende AGB-Klausel unwirksam ist. Das gleiche gilt gem. § 558 Abs. 3 BGB für die *Ersatzansprüche* des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten Sachen im Sinn von § 558 Abs. 1 BGB²¹²).

14. Das Pfandrecht des Vermieters

a) Gem. § 559 Satz 1 BGB erstreckt sich das Pfandrecht des Vermieters – für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis – auf die eingebrachten Sachen des Mieters. Aus § 559 Satz 2 BGB folgt, daß das Pfandrecht nicht für solche Forderungen geltend gemacht werden kann, die als »künftige Entschädigungsforderung« zu qualifizieren sind sowie für solche Forderungen, die Ansprüche auf Mietzins zum Gegenstand haben und nicht das laufende und folgende Mietjahr betreffen. Darüber hinaus bestimmt § 559 Satz 3 BGB, daß sich das Vermieterpfandrecht nicht auf solche Sachen erstreckt, die nicht der Pfändung unterworfen sind^{212a}). Anerknantermaßen handelt es sich beim Vermieterpfandrecht um sogenanntes *besitzloses Pfandrecht*²¹³). Soweit dem Vermieter/AGB-Verwender ein Pfandrecht zusteht, bestimmt sich das Recht des Vermieters/AGB-Verwenders auf *Befriedigung* aus den ihm haftenden Sachen des Mieters nach dem § 1228 ff. BGB²¹⁴).

b) Bei Mietverträgen über Wohnraum spielt die *Mietkaution* als Sicherungsmittel eine zentrale Rolle^{214a}). Dabei ergeben sich folgende Einzelfragen:

aa) Es ist sowohl nach § 3 als auch nach § 9 *unbedenklich*, daß die Mietkaution auf *künftige* und bedingte Forderungen des Vermieters/AGB-Verwenders gegenüber dem Mieter/AGB-Kunden erstreckt wird²¹⁵). Denn die Begrenzung von § 559 Satz 2 BGB gilt für die Mietkaution von seinem Wortlaut nach nicht. Es gelten insoweit die gleichen Erwägungen, die für Pfandklauseln gelten²¹⁶).

bb) Es ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unbedenklich*, wenn sich der Vermieter/AGB-Verwender das Recht ausbedingt, sich jederzeit aus der Kautions wegen einer *unbestrittenen* Forderung gegenüber dem Mieter zu befriedigen²¹⁷). Beansprucht der Vermieter/AGB-Verwender dieses Recht, so ist der Mieter – auch während der Mietzeit – ver-

¹⁹⁴) Stempel, Rdnr. V, 153.

¹⁹⁵) Vgl. Soergel/Kummer, § 547 a Rdnr. 19; Staudinger/Emmerich, § 547 a Rdnr. 24.

¹⁹⁶) Vgl. Voelskow in Münch.-Komm., § 547 a Rdnr. 17.

¹⁹⁷) Staudinger/Emmerich, § 547 a Rdnr. 30; a. M. Stempel, Rdnr. 5, 23, der in jedem Fall einen angemessenen Geldbetrag verlangt.

¹⁹⁸) Staudinger/Emmerich, § 547 a Rdnr. 28 b.

¹⁹⁹) Vgl. Staudinger/Emmerich, § 547 a Rdnr. 30.

²⁰⁰) Staudinger/Emmerich, § 556 Rdnr. 18; BGH, WM 1971 S. 389, 390; im einzelnen auch Stempel, Rdnr. II, 318 ff.

²⁰¹) Stempel, Rdnr. V, 21.

²⁰²) Soergel/Kummer, § 547 a Rdnr. 9.

²⁰³) So aber Staudinger/Emmerich, § 557 Rdnr. 64.

^{203a}) Im einzelnen Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 5 Rdnrn. 8f. m. w. N.

²⁰⁴) Hierzu im einzelnen Soergel/Kummer, § 557 Rdnr. 29f.; Gelhaar in RGRK-BGB, § 557 Rdnr. 21; Staudinger/Emmerich, § 557 Rdnr. 57.

²⁰⁵) Vgl. Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 5 Rdnrn. 14ff. m. w. N.

²⁰⁶) Vgl. auch Staudinger/Emmerich, § 557 Rdnr. 64.

²⁰⁷) Stempel, Rdnr. V, 69.

²⁰⁸) A. M. Staudinger/Emmerich, § 557 Rdnr. 37.

²⁰⁹) Vgl. auch BGH, NJW 1966 S. 248.

²¹⁰) Stempel, Rdnr. V, 86.

²¹¹) So auch Staudinger/Emmerich, § 558 Rdnr. 27a; im einzelnen Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 10f. Rdnr. 2 m. w. N.

²¹²) Vgl. Staudinger/Emmerich, § 558 Rdnrn. 13ff. in bezug auf die nicht von § 558 BGB erfaßten Ansprüche.

^{212a}) OLG Frankfurt, MDR 1979, S. 316.

²¹³) Statt aller Staudinger/Emmerich, § 559 Rdnr. 2.

²¹⁴) Gelhaar in RGRK-BGB, § 559 Rdnr. 2; Soergel/Kummer, § 559 Rdnr. 3.

^{214a}) Vgl. auch unter Ziff. I, 4 für Behandlung weiterer Fragen.

²¹⁵) Voelskow in Münch.-Komm., § 559 Rdnr. 12.

²¹⁶) Vgl. Staudinger/Emmerich, § 559 Rdnr. 70.

²¹⁷) Staudinger/Emmerich, vor §§ 535, 536 Rdnr. 138; Stempel, Rdnr. V, 139.

pflichtet, die Kautions wieder aufzufüllen²¹⁸). Ob indessen eine AGB-Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 wirksam ist, in der sich der Vermieter/AGB-Verwender das Recht ausbedingte, die Kautions des Mieters/AGB-Kunden immer schon dann in Anspruch zu nehmen, wenn der Mieter/AGB-Kunde mit der Zahlung der Mietrate in Verzug geraten ist²¹⁸), erscheint zweifelhaft, ist aber im Ergebnis zu bejahen. Denn der Eintritt des Verzugs im Sinn von § 284 BGB setzt voraus, daß dem Mietzinsanspruch des Vermieters/AGB-Verwenders keine Gegenrechte des Mieters entgegenstehen²²⁰), so daß Verzug des Mieters/AGB-Kunden – im praktischen Ergebnis – nur dann eintritt, wenn die Forderung des Vermieters/AGB-Verwenders unbestritten ist. *Unwirksam* ist hingegen eine AGB-Klausel, wonach der Vermieter/AGB-Verwender auch dann berechtigt ist, sich aus der Kautions zu befriedigen, wenn und soweit die ihm gegenüber dem Mieter/AGB-Kunden zustehende Forderung bestritten ist²²¹). Unbedenklich ist dies demgegenüber, wenn der Vermieter/AGB-Verwender – ungeachtet seines Befriedigungsanspruches aus der Kautions – vom Mieter/AGB-Kunden weiterhin *Erfüllung des Vertrages verlangt*²²²).

cc) Der *Rückzahlungsanspruch des Mieters/AGB-Kunden auf Auszahlung der Kautions* wird erst dann fällig, wenn das Mietverhältnis beendet ist, d. h. wenn der Mieter/AGB-Kunde alle seine mitvertraglichen Verpflichtungen, einschließlich der Rückgabe der Mietsache erfüllt hat – vorausgesetzt des weiteren, der Vermieter/AGB-Verwender hat sich innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Überlegungsfrist darüber Klarheit verschafft, ob und in welcher Weise er die Kautions in Anspruch nehmen will²²³). Aus der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches des Mieters/AGB-Kunden folgt, daß der Mieter/AGB-Kunde von diesem Zeitpunkt an auch zur *Aufrechnung* gem. §§ 387 ff. BGB gegenüber Forderungen des Vermieters/AGB-Verwenders berechtigt ist²²⁴). Etwa vereinbarte Aufrechnungsverbote scheitern deshalb an § 11 Nr. 3.

dd) Soweit der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß die Mietkaution – unter bestimmten Voraussetzungen – *verfällt*, liegt eine Vertragsstrafe im Sinn der §§ 339 ff. BGB²²⁵), so daß hier der Verbotstatbestand von § 550 a BGB eingreift²²⁶).

ee) Zur *Verzinsungspflicht* der Mietkaution vgl. im einzelnen zur Ziff. I, 4.

c) Da sich das Vermieterpfandrecht gem. § 559 Satz 1 BGB lediglich auf die Sachen bezieht, die im *Eigentum des Mieters* stehen, verstößt eine AGB-Klausel gegen § 11 Nr. 15, in der der Mieter/AGB-Kunde versichert, daß die eingebrachten Sachen »ihm gehören«²²⁷).

d) Da das Pfandrecht des Vermieters gem. § 560 Satz 1 BGB mit der *Entfernung der Sachen* von dem Grundstück des Vermieters *erlischt*, ist im Hinblick auf § 560 Satz 2 BGB festzuhalten: Er verstößt fundamental gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist deshalb unwirksam, wenn der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß der Entfernung der dem Pfandrecht des Vermieters unterliegenden Sachen in »jedem Fall widersprochen« wird²²⁸). Denn die Ausnahmebestimmungen von § 560 Satz 2 BGB dienen ersichtlich dem Schutz des Mieters/AGB-Kunden, so daß ein weitergehendes Schutzbedürfnis des Vermieters/AGB-Verwenders nicht anzuerkennen ist, zumal die Regelung von § 560 BGB – teilweise – als zwingend eingestuft²²⁹) wird.

e) Auch das in § 561 BGB geregelte *Selbsthilferecht* ist – anerkanntermaßen – zwingender Natur, so daß es dem Vermieter/AGB-Verwender verwehrt ist, Voraussetzungen oder Grenzen dieses Selbsthilferechts zu seinen Gunsten zu erweitern²³⁰). Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die in § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB *normierte Monatsfrist*, wonach das Pfandrecht mit dem Ablauf eines Monats erlischt, nachdem der Vermieter von der Entfernung der Sache Kenntnis erlangt hat²³¹). Rechtlich gewertet handelt es sich hierbei um eine *Ausschlußfrist*²³²).

15. Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses

a) § 538 BGB enthält eine echte *Fiktion* der Verlängerung des Mietverhältnisses²³³). Eine derartige – stillschweigende – Verlängerung des Mietverhältnisses kommt bei allen Formen der Beendigung des Mietvertragsrechts in Betracht, also bei Beendigung des Mietverhältnisses infolge Zeitablaufs, bei Abschluß eines Aufhebungsvertrages sowie in den Fällen einer ordentlichen und einer fristlosen Kündigung²³⁴).

b) Sofern der Vermieter/AGB-Verwender die Fiktion des § 568 BGB abbedingt, verstößt dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist daher *unwirksam*²³⁵).

c) Es ist *unwirksam*, das in § 569 BGB – für den Fall des Todes des Mieters – vorgesehene *Kündigungsrecht des Erben* auszuschließen oder zu erschweren²³⁶). Dabei macht es keinen substantiellen Unterschied, ob es sich um einen befristeten oder um einen unbefristeten Mietvertrag handelt²³⁷).

d) Im Sinne des Mieterschutzes ist es des weiteren gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*, wenn der Vermieter/AGB-Verwender den in § 571

BGB verankerten Grundsatz »Kauf bricht nicht Miete« zum Nachteil des Mieters/AGB-Kunden abändert²³⁸).

16. Nebenkosten

a) Mangels vertraglicher Vereinbarung ist der Vermieter/AGB-Verwender gem. § 546 BGB verpflichtet, die Nebenkosten zu tragen. Denn die Nebenkosten sind Lasten der Sache²³⁹). Zu den Lasten, welche der Vermieter/AGB-Verwender als Eigentümer der Mietsache zu tragen hat, gehören z. B. die Kanalgebühren, die Straßenreinigungskosten, die Schornsteinefegergebühren sowie die Grundsteuern, einschließlich der Kosten der Müllabfuhr²⁴⁰). Bei Vereinbarung eines *pauschalen Mietzinses* (Brutto-Miete) sind die Nebenkosten, insbesondere die Betriebskosten, regelmäßig eingeschlossen²⁴¹). Die Abwälzung der Nebenkosten bedarf deshalb einer eindeutigen vertraglichen Regelung²⁴²).

b) Die *Abwälzung* der gesamten Nebenkosten auf den Mieter/AGB-Kunden verstößt unter Berücksichtigung der Wertung des § 546 BGB gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist deshalb unwirksam²⁴³). Gegen die Vereinbarung einer *Nebenkostenpauschale* bestehen unter dem Blickwinkel von § 9 keine Bedenken²⁴⁴). Voraussetzung ist freilich, daß der Umlagemaßstab eindeutig und klar vereinbart ist²⁴⁵). Etwaige *Änderungen* der Pauschale, aber auch eine Erhöhung der auf den Mieter/AGB-Kunden – in wirksamer Weise – abgewälzten Nebenkosten bedarf einer ausdrücklichen Regelung im Vertrag; dem Mieter/AGB-Kunden muß das Ausmaß der jeweiligen Veränderung der zu zahlenden Nebenkosten ausreichend transparent sein²⁴⁶). Indessen ist stets darauf zu achten, daß etwaige Anpassungsklauseln nur die Nebenkosten betreffen, die dem jeweiligen Mieter/AGB-Kunden unmittelbar zuzurechnen sind. Es verstößt deshalb in eklatanter Weise gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn sich der Vermieter/AGB-Verwender das Recht vorbehält, bei Leerstehen einzelner Wohnungen den *Verteilungsschlüssel* zu Lasten der gebliebenen Mieter zu erhöhen²⁴⁷). Denn das Leerstehen von Wohnraum fällt ausschließlich in den Risikobereich des Vermieters/AGB-Verwenders.

c) Gerade weil es von der Vereinbarung der Parteien abhängt, welche Kosten als Nebenkosten im einzelnen auf den Mieter umgelegt werden, reicht es nicht aus, wenn der Vermieter/AGB-Verwender lediglich – pauschal – auf die gesetzliche Bestimmung des § 22 NMVO oder § 27 II BV Bezug nimmt²⁴⁸). Ein Verweis auf gesetzliche Bestimmungen ist nämlich selten – auch hier – nur insoweit statthaft, als der Mieter/AGB-Kunde ohne weiteres in der Lage ist, den Inhalt der Verweisungsklausel auch damit die ihn treffende Verpflichtung im einzelnen zu durchschauen²⁴⁹). Das gleiche gilt bei einem Pauschalverweis auf § 7 der HeizkostenVO.

aa) Es verstößt ersichtlich gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß der aufgrund der Umlage vom einzelnen Mieter/AGB-Kunden geschuldete Betrag schon dann *fällig*

²¹⁸) Staudinger/Emmerich, vor §§ 535, 536 Rdnr. 138.

²¹⁹) Hierzu Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 186.

²²⁰) Statt aller Erman/Battes, § 284 Rdnr. 146.

²²¹) Stornel, Rdnr. V, 139.

²²²) Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 188.

²²³) BGH, WM 1972 S. 776; BGH, WM 1978 S. 1326; LG Stuttgart, NJW 1977 S. 1885; Staudinger/Emmerich, vor §§ 535, 536 Rdnr. 138a; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 188; Stornel, Rdnr. V, 137 jeweils m. w. N.

²²⁴) Stornel, Rdnr. V, 138.

²²⁵) Vgl. Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 6 Rdnr. 7 m. w. N.

²²⁶) LG Mannheim, WuM 1977 S. 99.

²²⁷) Vgl. Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 15 Rdnr. 5.

²²⁸) Vgl. Staudinger/Emmerich, § 560 Rdnr. 24.

²²⁹) Voelskow in Münch.-Komm., § 560 Rdnr. 14; Erman/Schopp, § 560 Rdnr. 1.

²³⁰) Gelhaar in RGRK-BGB, § 561 Rdnr. 1; Staudinger/Emmerich, § 561 Rdnr. 8.

²³¹) Staudinger/Emmerich, § 561 Rdnr. 39.

²³²) Erman/Schopp, § 561 Rdnr. 4; Soergel/Kummer, § 561 Rdnr. 6.

²³³) Staudinger/Emmerich, § 568 Rdnr. 4.

²³⁴) OLG Schleswig, MDR 1982 S. 322; OLG Hamburg, NJW 1981 S. 2258; Erman/Schopp, § 568 Rdnr. 2; Staudinger/Emmerich, § 568 Rdnr. 9; einschränkend Voelskow in Münch.-Komm., § 568 Rdnr. 11; Rdnr. 23 – betreffend Aufhebungsvertrag und fristlose Kündigung.

²³⁵) Staudinger/Emmerich, § 568 Rdnr. 35; Erman/Schopp, § 568 Rdnr. 2; vgl. auch LG Hannover, MDR 1979 S. 848.

²³⁶) Hierzu Staudinger/Emmerich, § 569 Rdnr. 24; Stornel, Rdnr. II, 52; a. M. Voelskow in Münch.-Komm., § 569 Rdnr. 10.

²³⁷) A. M. Stornel, a. a. O.

²³⁸) Staudinger/Emmerich, § 571 Rdnr. 83a; Erman/Schopp, § 571 Rdnr. 1; Voelskow in Münch.-Komm., § 571 Rdnr. 7.

²³⁹) Statt aller Staudinger/Emmerich, § 546 Rdnr. 1.

²⁴⁰) LG Marburg, MDR 1978 S. 758, 759; Soergel/Kummer, § 546 Rdnr. 2.

²⁴¹) Stornel, Rdnr. II, 60.

²⁴²) Staudinger/Emmerich, § 546 Rdnr. 14; Stornel, Rdnr. II, 62.

²⁴³) Staudinger/Emmerich, § 546 Rdnr. 14; Erman/Schopp, § 546 Rdnr. 3.

²⁴⁴) Staudinger/Emmerich, § 546 Rdnr. 15.

²⁴⁵) Stornel, Rdnr. II, 68.

²⁴⁶) Vgl. Stornel, Rdnr. II, 65.

²⁴⁷) Stornel, Rdnr. II, 69.

²⁴⁸) Vgl. Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rdnr. 84a.

²⁴⁹) Vgl. LG Darmstadt, WuM 1981 S. 39; vgl. auch AG Köln, WuM 1980 S. 278.

wird, bevor der Vermieter/AGB-Verwender hierüber im Sinn von § 259 BGB Abrechnung erteilt hat²⁵⁰). Denn die vom Vermieter/AGB-Verwender geschuldete Abrechnung muß klar, übersichtlich und verständlich sein²⁵¹). Sie muß auch rechnerisch nachprüfbar sein; der Mieter/AGB-Kunde muß sie verstehen und nachvollziehen können²⁵²).

bb) Das dem Mieter danach zustehende *Prüfungsrecht* kann in AGB weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden, ohne daß eine derartige Klausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt. *Bestreitet* der Mieter/AGB-Kunde die vom Vermieter/AGB-Verwender erstellte Abrechnung in substantiiert Weise, so trifft die Beweislast die Richtigkeit der einzelnen Rechnungspositionen den Vermieter/AGB-Verwender²⁵³). Soweit demgegenüber der Mieter/AGB-Kunde mit der Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit sämtlicher Einzelpositionen belastet wird, verstößt dies gegen § 11 Nr. 15 und ist daher unwirksam²⁵⁴). Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auch die Norm von § 10 Nr. 5 zu beachten: Zwar ist der Mieter/AGB-Kunde grundsätzlich verpflichtet, das ihn treffende Prüfrecht beim Vermieter/AGB-Verwender – auch durch Einsichtnahme in die Belege – auszuüben, aber es verstößt gleichwohl gegen § 10 Nr. 5, wenn der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß die von ihm erstellte Heizkostenabrechnung als *anerkannt* »gilt«, wenn der Mieter/AGB-Kunde nicht innerhalb einer bestimmten Frist entspricht, weil § 10 Nr. 5 b den Vermieter/AGB-Verwender zwingend verpflichtet, den Mieter/AGB-Kunden »bei Beginn der Frist« auf die rechtsgeschäftliche Bedeutung seines Schweigens besonders hinzuweisen²⁵⁵).

cc) Solange der Vermieter/AGB-Verwender die Abrechnungen nicht ordnungsgemäß im Sinn von § 259 BGB erstellt hat, ist auch eine AGB-Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*, die den Mieter/AGB-Kunden insoweit zur Zahlung verpflichtet, als Teilbeträge der Abrechnung unstrittig sind²⁵⁶). Denn die Fälligkeit von Teilbeträgen setzt voraus, daß die Leistung – entgegen der Norm des § 266 BGB – teilbar ist. Daran fehlt es bei der auf eine einheitliche Leistung zielenden Nebenkostenabrechnung.

dd) Zahlt hingegen der Mieter/AGB-Verwender auf die Schlußabrechnung des Vermieters/AGB-Kunden *vorbehaltlos*, so liegt darin ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis²⁵⁷).

17. Die Hausordnung

a) Eine Hausordnung wird nur dann Inhalt des jeweiligen Mietvertrages, wenn und soweit die Einbeziehungsvoraussetzungen von § 2 berücksichtigt sind²⁵⁸). Demzufolge genügt der Vermieter/AGB-Verwender der ihm gem. § 2 Abs. 1 treffenden Hinweispflicht nur dann, wenn die jeweilige Hausordnung – bei Abschluß des Mietvertrages – bereits vorhanden ist²⁵⁹). Demzufolge ist der Vermieter/AGB-Verwender nicht berechtigt, *einseitig* – zu irgendeinem Zeitpunkt nach Abschluß des Mietvertrages – eine Hausordnung mit Verbindlichkeit für den Mieter/AGB-Kunden aufzustellen²⁶⁰). Dies gilt selbst dann, wenn sich der Vermieter/AGB-Verwender – nach Abschluß des Mietvertrages – das Recht vorbehalten hat, eine Hausordnung zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen, weil der Vermieter/AGB-Verwender auch dann der ihm nach § 2 Abs. 1 obliegenden *Hinweispflicht* ebenso wenig nachkommt wie er dem Mieter/AGB-Kunden die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme im Sinn von § 2 Abs. 1 Nr. 2 verschafft.

b) Der *Inhalt* der Hausordnung muß sich in die durch den Mietvertrag begründeten Rechte und Pflichten nahtlos einfügen²⁶¹). Daraus folgt: Alle Formulklauseln in der Hausordnung sind nach § 3 *über-raschend*, welche bewirken, daß die mietvertraglich begründeten Rechte und Pflichten des Mieters einseitig und zum Nachteil des Mieters/AGB-Kunden abgeändert oder eingeschränkt werden. Dies folgt nicht nur daraus, daß die Hausordnung einseitig vom Vermieter/AGB-Verwender erlassen wird²⁶²), sondern ist die Konsequenz der Tatsache, daß der Mieter/AGB-Kunde in der Hausordnung lediglich allgemeine Verhaltensregeln erwartet, die die Gesamtheit der Mieter betreffen, nicht aber Grund hat davon auszugehen, daß in der Hausordnung auch Pflichten begründet werden, die über den Inhalt des Mietvertrages hinausgehen; ebenso wenig erwartet der Mieter/AGB-Kunde, daß in der Hausordnung Rechte, die ihm im Mietvertrag zugestanden sind, eingeschränkt oder gar aufgehoben werden²⁶³). Deshalb: Wird der Mieter/AGB-Kunde in der Hausordnung – um ein Beispiel zu wählen – dazu verpflichtet, die Treppen oder den Bürgersteig zu reinigen, so ist darin eine überraschende Klausel im Sinn von § 3 zu sehen, sofern diese Pflicht des Mieters/AGB-Kunden nicht bereits im Mietvertrag begründet worden ist²⁶⁴). Das gleiche gilt dann, wenn dem Mieter das Recht zur Tierhaltung in der Hausordnung abgesprochen wird²⁶⁵). Soweit danach der Inhalt der Hausordnung im Sinn von § 3 überraschende Klauseln enthält, wird man auch noch einen Schritt weitergehen und diese Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 für unwirksam erklären müssen, denn der Mietvertrag erfährt durch das dispositive Recht sowie durch die For-

mularklauseln sein Gepräge; es ist dann als unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden zu werten, daß die im Formularvertrag begründeten Rechte und Pflichten zum Nachteil des Mieters abgeändert oder eingeschränkt werden.

c) Zu einer *einseitigen Änderung* der Hausordnung ist der Vermieter/AGB-Verwender nur im Rahmen einer *Änderungsvereinbarung* befugt. Die Bestimmung von § 10 Nr. 4 ist auf die Fälle, in denen der Vermieter/AGB-Verwender einseitig die Hausordnung ändert, nicht anwendbar, weil und soweit damit nicht der Leistungsgegenstand, sondern die Rechte und Pflichten der Parteien des Mietvertrages abgeändert werden²⁶⁶).

18. Mehrheit von Mietern

a) Soweit der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß mehrere Mieter als *Gesamtschuldner* für die Erfüllung der mietvertraglichen Pflichten haften, bestehen hiergegen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 keine Bedenken. Vielmehr entspricht diese Regelung dem gesetzlichen Tatbestand von § 421 BGB²⁶⁷). Sofern nämlich mehrere Mieter gemeinschaftlich eine Sache gemietet haben, fehlt die Überlassungspflicht des Vermieters/AGB-Verwenders auf eine unteilbare Leistung²⁶⁸). Dies hat zur Konsequenz, daß die Mieter den Mietzins gem. § 427 BGB im Zweifel als Gesamtschuldner zu zahlen verpflichtet sind²⁶⁹).

b) Das Verhältnis mehrerer Mieter untereinander, die nicht durch einen gemeinsamen Mietvertrag verbunden sind, ermangelt jeglicher vertraglicher Beziehungen²⁷⁰). Demzufolge verstößt es fundamental gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, wenn der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß die einzelnen Mieter *anteilig* an bestimmten Reparaturkosten – im Fall eines Schadens – zu beteiligen sind, sofern der Verantwortliche zu festgestellt werden kann, wie z. B. bei den typischen Verstopfungsklauseln²⁷¹). Die Unwirksamkeit derartiger Haftungsklauseln gilt auch dann, wenn der Vermieter/AGB-Verwender bestimmt, daß der Mieter von der Haftung frei ist, der den Nachweis erbringt, daß er die Ursache für die in Frage kommende Schädigung der Mietsache nicht gesetzt hat, weil in einer solchen Klausel eine nach § 11 Nr. 15 unwirksame Beweislastverschiebung liegt²⁷²). Denn nach der gesetzlichen Beweislastverteilung ist es Sache des Vermieters/AGB-Verwenders, dem Mieter/AGB-Kunden eine Vertrags- oder Pflichtverletzung nachzuweisen. Demzufolge sind nur solche AGB-Klauseln nicht zu beanstanden, welche die – verschuldensabhängige – Schadensersatzhaftung²⁷³) gegenüber dem jeweiligen Mieter/AGB-Kunden nachweisen.

c) Die typischen *gegenseitigen Bevollmächtigungsklauseln* bedürfen im Hinblick auf ihre Wirksamkeitsgrenzen folgender Differenzierungen:

aa) Eine derartige Bevollmächtigungsklausel ist an § 10 Nr. 6 zu messen. Sie gilt deshalb nur für Erklärungen *ohne »besondere Bedeutung«*²⁷⁴). Demzufolge verstößt es gegen § 10 Nr. 6, wenn die Bevollmächtigungsklausel auch für die *Kündigung* oder die einvernehmliche Vertragsaufhebung vorgesehen sind²⁷⁵). Dies folgt auch aus § 425 Abs. 2 BGB, wonach die Kündigung jedem einzelnen Ge-

²⁵⁰) Im einzelnen *Sternel*, Rdnr. III, 289; LG München, WuM 1978 S. 184; LG Köln, WuM 1976 S. 148.

²⁵¹) Vgl. AG Köln, WuM 1978 S. 139.

²⁵²) Vgl. auch LG Köln, WuM 1976 S. 148; AG München, WuM 1977 S. 171; *Sternel*, Rdnr. III, 285; *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 86 m. w. N.

²⁵³) LG Köln, ZMR 1969 S. 14.

²⁵⁴) *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 86c.

²⁵⁵) *Sternel*, Rdnr. III, 285; vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 86c.

²⁵⁶) A. M. *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 162.

²⁵⁷) LG Lüneburg, MDR 1979 S. 759.

²⁵⁸) *Sternel*, Rdnr. II, 399; *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 141.

²⁵⁹) *Sternel*, Rdnr. II, 400.

²⁶⁰) A. M. *Erman/Schopp*, vor § 535 Rdnr. 84; AG Köln, MDR 1963 S. 54.

²⁶¹) Hierzu *Sternel*, Rdnr. II, 402; *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 144; *Erman/Schopp*, vor § 535 Rdnr. 84.

²⁶²) *Erman/Schopp*, a. a. O.

²⁶³) Vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, vor § 535, 536 Rdnr. 144.

²⁶⁴) *Erman/Schopp*, a. a. O.

²⁶⁵) Vgl. LG Darmstadt, MDR 1973 S. 53; LG Bonn, NJW 1958 S. 145 f.

²⁶⁶) *Sternel*, Rdnr. II, 401; *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 142a.

²⁶⁷) *Sternel*, Rdnr. II, 404; zum Klagerecht des einzelnen Mieters LG Kaiserslautern, MDR 1982 S. 851.

²⁶⁸) *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 52.

²⁶⁹) Im einzelnen *Erman/Schopp*, § 535 Rdnr. 16 m. w. N.

²⁷⁰) KG, ZMR 1976 S. 202, 206; *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 155; *Gelhaar* in RGRK-BGB, § 536 Rdnr. 101; BGH, LM Nr. 6a zu § 536 BGB.

²⁷¹) OLG Hamm, MDR 1982 S. 851; LG Karlsruhe, MDR 1980 S. 230 = *AGBE I* § 9 Nr. 98; AG Siegburg, *AGBE I* § 9 Nr. 100; AG Schöneberg, MDR 1977 S. 54; *Sternel*, Rdnr. II, 262.

²⁷²) *Sternel*, Rdnr. II, 262.

²⁷³) Hierzu auch *Staudinger/Emmerich*, §§ 535, 536 Rdnr. 137 m. w. N.

²⁷⁴) Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 10 Nr. 6 Rdnr. 7 f.

²⁷⁵) *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 55; *Sternel*, Rdnr. II, 405; AG Hamburg, WuM 1973 S. 5; AG Köln, WuM 1983 S. 21; *Gelhaar*, ZMR 1981 S. 225, 229; *Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 921.

samtschuldner gegenüber erklärt werden muß. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn und soweit sich die gegenseitige Bevollmächtigungsklausel auf vertraglich abgesicherte Mieterhöhungen bezieht²⁷⁶). Dies gilt sicherlich für Mieterhöhungserklärungen gem. § 2 MHG; das gleiche trifft aber auch auf alle sonstigen Fälle zu, in denen ein wirksames Mieterhöhungsverlangen vorliegt, z.B. bei Vereinbarungen einer nach § 3 WährG wirksamen Wertsicherungsklausel, was eine Genehmigung der Deutschen Bundesbank voraussetzt²⁷⁷). Soweit die Bevollmächtigungsklausel auf Erklärungen beschränkt ist, die auf eine *wechselseitige Empfangsbevollmächtigung* der einzelnen Mieter abheben, bestehen hiergegen keine Bedenken²⁷⁸). Dies gilt auch dann, wenn sich diese Klausel auf die Entgegennahme einer *Kündigung* erstreckt, wie in § 16 des Muster-Mietvertrages (1976) vorgesehen: Ziff. II, 16.

bb) Wesentlicher Bestandteil einer – wirksamen – Bevollmächtigungsklausel ist es, daß deren *einseitiger Widerruf* gegenüber dem anderen Teil nicht ausgeschlossen ist²⁷⁹). Soweit dies der Fall ist, liegt darin eine unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden im Sinn von § 9 Abs. 1, die durch ein – höherrangiges – Interesse des Vermieters/AGB-Verwenders gerechtfertigt wäre. Denn die Interessen des Vermieters/AGB-Verwenders an einer gegenseitigen Bevollmächtigungsklausel resultieren ausschließlich aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Hingegen ist das Erfordernis eines jederzeitigen Widerrufs einer derartigen Klausel durch den einzelnen Vollmachtgeber schon immer dann anzuerkennen, wenn dieser ein berechtigtes Interesse daran hat, die Vollmacht zu revozieren²⁸⁰).

cc) Soweit sich die gegenseitige Bevollmächtigungsklausel auf *Ehegatten* bezieht, gilt folgendes: Haben beide Eheleute den Mietvertrag gemeinsam geschlossen, so sind sie Mitbesitzer²⁸¹). Zwischen den Ehegatten besteht ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis familienrechtlicher Art²⁸²). Indessen ist der Bestand der Ehe Voraussetzung für das Wirksambleiben der Bevollmächtigungsklauseln²⁸³). Freilich gilt bei einer *Kündigung* auch hier nichts anderes als in anderen Fällen, in denen eine Mehrheit von Mietern den Mietvertrag abgeschlossen hat²⁸⁴). Demzufolge können die Ehegatten das Mietverhältnis auch nur gemeinsam kündigen²⁸⁵).

Auch eine gegenseitige Bevollmächtigungsklausel vermag daran nichts zu ändern. Sie ist vielmehr gem. § 9 Abs. 1 unwirksam. Im übrigen ist die gegenseitige Bevollmächtigungsklausel – soweit sie nach § 9 Abs. 1 wirksam ist²⁸⁶) – nicht davon abhängig, daß die Ehe fortbesteht²⁸⁷). Dies ist schon deswegen unmittelbar einsichtig, weil der Vermieter/AGB-Verwender – in der Regel – von der Scheidung der Ehe seiner Mieter überhaupt nichts erfährt²⁸⁸). Wohl aber wird man fordern müssen, daß eine gegenseitige Bevollmächtigungsklausel bei ernsthaften Streitigkeiten zwischen den Ehegatten, insbesondere aber während der Scheidung von jedem der beiden Ehegatten gegenüber dem Vermieter/AGB-Verwender widerrufen werden kann, so daß eine entgegenstehende AGB-Klausel nach § 9 Abs. 1 scheidet. Denn das Interesse des Ehegatten an einem Widerruf der Vollmacht ist höher zu bewerten als das Interesse des Vermieters/AGB-Verwenders, die insoweit auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Bevollmächtigungsklausel andauern zu lassen.

dd) Ist hingegen nur *ein Ehegatte* Mieter, dann erwächst dem anderen Ehegatten ein »akzessorisches« Mietrecht²⁸⁹). Aber auch in diesen Fällen ist es unbedenklich, daß der eine Ehegatte dem anderen Vollmacht in vorbeschriebenem Umfang erteilt²⁹⁰).

19. Schriftformklauseln

a) Die BGH-Judikatur hat bislang noch keine verlässlichen Grenzlinien erarbeitet, ob und welche Schriftformklauseln an dem Vorrangprinzip der Individualabrede gem. § 4 oder an § 9 Abs. 2 Nr. 1 scheitern²⁹¹). Ohne daß hier die gesamte Problematik im einzelnen ausgefaltet werden kann, lassen sich folgende Markierungspunkte bereits jetzt ausmachen: Eine AGB-Klausel, wonach »Nebenabreden, Vorbehalte, Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung des Vermieters bedürfen«, ist nach § 9 nicht zu beanstanden²⁹²). Denn der Vermieter/AGB-Verwender hat ein legitimes Interesse daran, sich vor unkontrollierbaren Äußerungen seiner *Angestellten* zu schützen. Folglich kann – so der BGH – nicht jede mündliche Äußerung eines Angestellten/Mitarbeiter/Vermittlers als – individualvertraglich zu qualifizierende – Abänderung des zugrundeliegenden Mietvertrages bewertet werden²⁹³). Andererseits: Die in einem Mietvertrag enthaltene Klausel, wonach »Änderungen, Ergänzungen oder die Aufhebung dieses Vertrages einer gesonderten Schriftform bedürfen«, führt nach Auffassung des BGH nicht dazu, die Wirksamkeit einer nachträglich vollzogenen – formlosen – Vertragsänderung entgegenzustellen²⁹⁴). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn und soweit die Schriftformklausel das Wirksamwerden mündlicher Vereinbarungen bei einer Einmann-GmbH ausschalten soll²⁹⁵). Demgegenüber sind

auch BGH-Entscheidungen auszumachen, in denen der Schriftformklausel deswegen Wirksamkeit im Sinn von § 9 Abs. 1 versagt wird, weil sie im Ergebnis darauf hinausläuft, schlüssig erteilte Handlungsvollmacht – vor allem auch in Form der Anscheins- oder Duldungsvollmacht – zu beschränken²⁹⁶). Davon bleibt freilich der *Grundsatz* unberührt, daß Schriftformklauseln – für sich allein genommen – keinesweges stets nach § 9 scheitern²⁹⁷).

b) Unter diesem Gesichtswinkel ergeben sich für die in Mietverträgen üblichen Schriftformklauseln folgende *Differenzierungen*:

aa) Eine Schriftformklausel, wonach »Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen des Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform« bedürfen, ist – zunächst einmal – weder nach § 4 noch nach § 9 Abs. 1 zu beanstanden²⁹⁸). Freilich schließt diese Klausel keineswegs von vornherein aus, daß der Mieter/AGB-Kunde den Nachweis erbringt, daß eine vom schriftlichen Vertragstext abweichende *mündliche Vertragsänderung* vereinbart worden ist²⁹⁹). Unter der Voraussetzung, daß es dem Mieter/AGB-Kunden gelingt, den *Nachweis* einer mündlichen Vereinbarung mit dem Vermieter/AGB-Verwender – in Abweichung vom schriftlich fixierten Vertragstext – zu erbringen, bedeutet dies: Das in § 4 niedergelegte *Vorrangprinzip* der Individualabrede greift durch³⁰⁰). Es fügt sich in dieses Bild, daß der BGH – bei einer Schriftformklausel der hier beschriebenen Art – auch in einem Verbandsprozeß gem. §§ 13 ff. die Unwirksamkeit einer solchen Klausel gem. § 9 Abs. 1 geltend macht, wenn der AGB-Verwender eine Einmann-GmbH ist³⁰¹). Soweit man danach den Vorrang der Individualabrede gem. § 4 konkretisiert, kann es offen bleiben, ob und inwieweit – in einem Individualprozeß – die vom Vermieter/AGB-Verwender niedergelegte Schriftformklausel im übrigen gegen § 9 Abs. 1 verstößt: Denn in jedem Fall ist dann, wenn der Mieter/AGB-Kunde eine vom Vertragstext abweichende mündliche Zusage des Vermieters/AGB-Verwenders behauptet, eine Beweisaufnahme durchzuführen, wobei allerdings die Beweislast beim Mieter/AGB-Kunden liegt³⁰²).

bb) Lautet indessen die Schriftformklausel dahin, daß »mündliche Nebenabreden nicht getroffen« worden sind, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß damit im Grunde genommen nichts weiter gesagt wird, als die ohnehin anerkannte Vollständigkeitsvermutung einer Vertragsurkunde hergibt³⁰³). Dieser Gesichtspunkt ist auch in der Judikatur – bezogen auf die Wertungskriterien von § 4 und § 9 Abs. 1 – anerkannt³⁰⁴). Indessen ist bei einer derartigen Klauselgestaltung stets im Auge zu behalten, ob sie nicht gegen das Verbot der *Beweislastverschiebung* gem. § 11 Nr. 15b verstößt³⁰⁵). Im Ergebnis wird man diese Klausel – ohne Rücksicht auf die Verbotskriterien von § 4 und § 9 Abs. 1 – als nach § 11 Nr. 15b unwirksam einordnen müssen, weil sie – bezogen auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden – die ihn treffende Beweislast für das Vorliegen einer mündlichen Nebenabrede erschwert.

²⁷⁶) A. M. AG Hamburg, WuM 1977 S. 165; AG Köln, WuM 1977 S. 57; wie hier *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 55; *Sternel*, Rdnr. II, 405.

²⁷⁷) Hierzu *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 158.

²⁷⁸) *Sternel*, Rdnr. II, 405.

²⁷⁹) *Sternel*, Rdnr. II, 406.

²⁸⁰) Vgl. auch *Erman/Schopp*, § 535 Rdnr. 17.

²⁸¹) BGH, NJW 1954 S. 918; *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 64.

²⁸²) KG, MDR 1960 S. 586.

²⁸³) *Sternel*, Rdnr. II, 406.

²⁸⁴) *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 109.

²⁸⁵) *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 67.

²⁸⁶) Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 407 f.

²⁸⁷) *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 68.

²⁸⁸) Vgl. auch LG Berlin, MDR 1970 S. 54.

²⁸⁹) *Soergel/Kummer*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 63; kritisch *Staudinger/Emmerich*, vor § 535, 536 Rdnr. 109.

²⁹⁰) Vgl. auch *Sternel*, Rdnr. II, 409 a. E.

²⁹¹) So auch *Brandner*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 628.

²⁹²) BGH, NJW 1980 S. 234.

²⁹³) Zustimmend auch *Brandner*, a. a. O.

²⁹⁴) BGH, BB 1981 S. 266.

²⁹⁵) BGH, DB 1983 S. 2028 = ZIP 1983 S. 833.

²⁹⁶) BGH, BB 1982 S. 1822 = AGBE III § 9 Nr. 86.

²⁹⁷) BGH, BB 1982 S. 146 = AGBE II § 9 Nr. 109; weitergehend *Trinkner* in Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner, § 4 Rdnr. 29 ff.

²⁹⁸) BGH, DB 1980 S. 396 = NJW 1980 S. 234; KG Berlin, AGBE I § 9 Nr. 113; a. M. OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 405 = AGBE I § 9 Nr. 112; LG Lüneburg, AGBE I § 9 Nr. 110 a; LG München, AGBE II § 9 Nr. 112.

²⁹⁹) *Sternel*, Rdnr. II, 412; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 38 m. w. N.; *Erman / H. Hefermehl*, § 4 Rdnr. 9 f.; LG Mannheim, MDR 1977 S. 231.

³⁰⁰) *Palandt/Heinrichs*, § 4 Anm. 2c; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 38 m. w. N.

³⁰¹) BGH, DB 1983 S. 2028 = ZIP 1983 S. 833.

³⁰²) *Trinkner* in Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner, § 4 Rdnr. 29; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 39.

³⁰³) *Palandt/Heinrichs*, § 125 Anm. 5; *Soergel/Hefermehl*, § 125 Rdnr. 11 jeweils m. w. N.; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 40.

³⁰⁴) LG Hannover, AGBE III § 9 Rdnr. 88.

³⁰⁵) Vereinend OLG Schleswig, AGBE I § 11 Nr. 129; bejahend: LG München, AGBE I § 11 Nr. 131; LG Frankfurt, AGBE I Nr. 134; LG Frankfurt, AGBE I Nr. 135; *Schlösser/Coester-Waltjen/Graba*, § 11 Nr. 15 Rdnr. 14; *Graf von Westphalen*, § 11 Nr. 15 Rdnr. 31.

cc) Anders ist die Schriftformklausel zu beurteilen, in der es heißt, daß »mündliche Nebenabreden keine Gültigkeit« besitzen. Diese verstößt sowohl gegen das Vorrangprinzip von § 4 als auch gegen § 9 Abs. 1 und ist deshalb unwirksam³⁰⁶).

dd) Lautet die Klausel dahin, daß »Fortsetzung oder Erneuerung des Mietverhältnisses nach seinem Ablauf schriftlich vereinbart werden« müssen, so bedeutet dies in der Sache, daß § 568 BGB abbedungen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung verstößt die Abbedingung des § 568 BGB gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist daher unwirksam³⁰⁷). Dies hat zur Konsequenz, daß dieses Resultat auch nicht auf dem Umweg einer Schriftformklausel erreicht werden kann. Denn der Zweck von § 568 BGB besteht – im Interesse der Rechtssicherheit – darin, bei Fortsetzung des Mietgebrauchs durch den Mieter trotz Beendigung des Vertrages klare Rechtsverhältnisse zu schaffen³⁰⁸), so daß eine Fiktion des Fortbestehens des Mietverhältnisses eingreift³⁰⁹). Diese Fiktion würde aber durch eine – als wirksam einzustufende – Schriftformklausel außer Kraft gesetzt³¹⁰). Dies ist nicht hinzunehmen, wie auch ein Blick auf § 7 – Verbot von Umgehungsgeschäften – belegt.

ee) Da der Hausverwalter anerkanntermaßen vom Eigentümer gem. §§ 164 ff. BGB bevollmächtigt ist, Mietverträge abzuschließen³¹¹), stellt sich bei Mietverträgen die Frage nach der Wirksamkeit solcher Schriftformklauseln, wonach »mündliche Abreden des Hausverwalters zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Bestätigung des Eigentümers/Vermieters« bedürfen. Die Funktion dieser Schriftformklausel besteht nicht nur darin, die Wirksamkeit von mündlichen Nebenabreden gem. § 125 BGB an das Erfordernis einer Schriftform zu binden; vielmehr ist ein – weiteres – Wesensmerkmal dieser Klausel darin zu sehen, daß sie – im Hinblick auf mündliche Abreden des Hausverwalters – vollmachtsbeschränkenden Charakter hat. Daraus folgt: Unter der Voraussetzung, daß der Mieter/AGB-Kunde in der Lage ist, den Nachweis einer mündlichen Abrede mit dem Hausverwalter – in Abänderung des schriftlich fixierten Mietvertrages – nachzuweisen, ist eine Schriftformklausel der hier verwendeten Art wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 unwirksam³¹²). Dieser Gesichtspunkt ist auch in der Literatur anerkannt³¹³). Ohne Rücksicht darauf, ob der Mieter/AGB-Kunde in der Lage ist, den Nachweis einer mit dem Hausverwalter akkordierten mündlichen Zusage zu erbringen, sind die vorerwähnten Schriftformklauseln im Kontrollverfahren gem. §§ 13 ff. deswegen gegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 unwirksam, weil sie die vom Eigentümer/Vermieter dem Hausverwalter erteilte Vollmacht formularmäßig einschränken³¹⁴). In Abgrenzung zur BGH-Entscheidung vom 24. 10. 1979³¹⁵) ist festzuhalten: Der Eigentümer/Vermieter hat kein schutzwürdiges Interesse daran, sich vor unkontrollierten Äußerungen seines Hausverwalters in gleicher Weise zu schützen, wie ein Vermieter/AGB-Verwender, der – beim Vertrieb von Produkten – mit zahlreichen Angestellten arbeitet³¹⁶). Denn der Vermieter/Eigentümer ist ohne weiteres in der Lage, das Verhalten seines Hausverwalters zu kontrollieren, während der AGB-Verwender keineswegs in gleicher Weise in der Lage ist, seine im Außendienst tätigen Angestellten dahin zu überwachen, ob und inwieweit sie mündliche Äußerungen tätigen, die vom schriftlich fixierten Vertrag abweichen, was sehr oft allein deswegen geschieht, weil durch mündliche Zusagen der Provisionsanspruch leichter verdient werden kann.

II. Muster-Mietvertrag (1976)

Der vom Bundesminister der Justiz veröffentlichte Muster-Mietvertrag³¹⁷) ist ein typischer *Formularvertrag*, auf den § 1 Abs. 1 Anwendung findet³¹⁸). Demzufolge sind die Bestimmungen dieses Gesetzes immer dann anwendbar, wenn der Muster-Mietvertrag (1976) von einer der beiden Parteien des Mietvertrages verwendet wird.

1. Zu § 1 – Mietsache

In der als »Anlage« des Mustermietvertrages (1976) beigefügten »Wohnungsbeschreibung und Übergabeverhandlung« ist eine typische *Bestätigungsklausel* enthalten. Darin erklären die Mieter, »daß sich die Mietsache – wie bei der gemeinsamen Besichtigung festgestellt wurde – bis auf die nachstehend näher bezeichneten Beanstandungen in ordnungsgemäßem Zustand befindet«. Diese Klausel verstößt gegen § 11 Nr. 15b und ist deshalb unwirksam³¹⁹). Entscheidend ist nämlich, daß durch diese Klausel – verglichen mit dem dispositiven Recht – die Beweislast geändert wird³²⁰). Denn im Bereich von § 539 BGB ist es Sache des Vermieters/AGB-Verwenders, den Nachweis zu erbringen, daß der Mieter/AGB-Kunde bei Abschluß des Vertrages von den Mängeln der gemieteten Sache Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte³²¹). Dies bedeutet:

Liegen – entgegen dem Inhalt der Bestätigungsklausel – Mängel der vermieteten Sache im Sinn der §§ 537, 538 BGB vor, so kann sich der Vermieter/AGB-Verwender gegenüber den Ansprüchen des Mieters/AGB-Kunden nicht erfolgreich auf die formularmäßige Bestätigungsklausel berufen. Soweit die Klausel darüber hinaus bestimmt, daß der Vermieter »nur für Mängel« haftet, »die bei der Übergabe der Mietsache in dieser Verhandlung ausdrücklich vermerkt worden sind«, liegt darin eine mittelbare Haftungsfreizeichnung. Nach der hier vertretenen Auffassung³²²) ist auf Gebrauchsüberlassungsverträge der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 anwendbar. Mithin ist auch § 11 Nr. 10e zu berücksichtigen. Dies bedeutet: Da die in dieser Klausel enthaltene Haftungsfreizeichnung immer dann gilt, wenn Mängel der Mietsache »bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt« erkennbar waren, widerstreitet diese Vorschrift dem Tatbestandselement des »nicht offensichtlichen Mangels«. Denn ein »offensichtlicher« Mangel ist nicht identisch mit einem erkennbaren oder ersichtbaren Mangel³²³); vielmehr liegt ein »offensichtlicher« Mangel im Sinn von § 11 Nr. 10e immer dann vor, wenn er so offen zu Tage liegt, daß er auch »dem durchschnittlichen, nicht-kaufmännischen Kunden ohne besonderen Aufwand«³²⁴) erkennbar war³²⁵).

2. Zu § 2 – Miete

a) Soweit *Bunte*³²⁶) die Regelung von § 2 Abs. 3 gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 beanstandet, verfangen seine Bedenken nicht. Zugegeben, der Begriff »öffentliche Abgaben« ist nicht sehr konkret; das gleiche gilt für den Terminus »Betriebskosten«. Doch resultiert daraus keine von den dispositiven Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB abweichende unangemessene Benachteiligung des Mieters/AGB-Kunden. Denn Sinn und Zweck der Regelung von § 2 Abs. 3 ist es, für *neu einzuführende* »öffentliche Abgaben« oder »Betriebskosten« eine Regelung vorzusehen, die sich – vgl. § 8 – »im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften« bewegt. Selbstverständlich ist es nicht vorhersehbar, welchen praktischen Wert diese Klausel eines Tages haben wird; doch es ist dem Vermieter/AGB-Verwender nicht zu versagen, im Hinblick auf künftige gesetzliche Regelungen betreffend »öffentliche Abgaben« und »Betriebskosten« ein Umlageverfahren vorzusehen, für das dann auch »angemessene Vorauszahlungen« festgelegt werden können³²⁷).

b) *Bunte* hat das in § 2 Abs. 4 vorgesehene *Umlageverfahren* betreffend die Kosten der Zentralheizung (lit. a) und die Kosten der Warmwasserversorgung (lit. c) wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 beanstandet³²⁸). Dem kann nicht gefolgt werden: Soweit in Einzelfällen Schwierigkeiten bei der Abrechnung auftreten, sind diese nicht geeignet, die Unwirksamkeit von § 2 Abs. 4 im Sinn von § 9 Abs. 1 nach sich zu ziehen. Denn die Unwirksamkeitssanktion von § 9 Abs. 1 beruht auf einer generalisierend-typisierenden Bewertung, wobei die Umstände des Einzelfalles außer Betracht bleiben³²⁹). Ergibt sich im Einzelfall eine unangemessene Benachteiligung des Mieters – z. B. dann, wenn ein anderer Mieter einen Besucher über längere Zeit aufnimmt, was naturgemäß zu einer Erhöhung des Wasserverbrauchs führt –, so ist es dem Vermieter/AGB-Verwender verwehrt, sich auf die Wirksamkeit von § 2 Abs. 2 mit Erfolg zu berufen. Vielmehr kann dann – abhängig von den Umständen des Einzelfalles –

³⁰⁶) LG Stuttgart, AGBE III § 9 Nr. 88c; LG Hamburg, AGBE II § 9 Nr. 110; LG Nürnberg-Fürth, AGBE I § 9 Nr. 118; LG Frankfurt, AGBE I § 9 Nr. 123; LG München, AGBE I § 9 Nr. 122; a. M. KG Berlin, AGBE I § 9 Nr. 113 – allerdings Verbandsprozeß gem. §§ 131

³⁰⁷) Vgl. auch *Staudinger/Emmerich*, § 568 Rdnr. 35.

³⁰⁸) Statt aller *Staudinger/Emmerich*, § 568 Rdnr. 3).

³⁰⁹) *Soergel/Kumher*, § 568 Rdnr. 16.

³¹⁰) So im Ergebnis auch *Sternel*, Rdnr. II, 413.

³¹¹) Statt aller *Sternel*, Rdnr. I, 8 m. w. N.

³¹²) BGH, BB 1982 S. 1822 = AGBE III § 9 Nr. 86; OLG Schleswig, AGBE III § 9 Nr. 87; LG Frankfurt, AGBE III § 9 Nr. 88a; LG Lübeck, AGBE II § 9 Nr. 110a.

³¹³) *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 631; *derselbe*, § 9 Rdnr. 98; *Koch/Stübing*, § 4 Rdnr. 16; *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 4 Rdnr. 25; *Trinkner* in *Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner*, § 4 Rdnr. 30; a. M. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 411.; *Erman / H. Hefermehl*, § 4 Rdnr. 10.

³¹⁴) OLG Karlsruhe, AGBE I § 9 Nr. 112.

³¹⁵) WM 1979 S. 1385 ff.

³¹⁶) BGH, a. a. O., S. 1387.

³¹⁷) BANz. Nr. 22 vom 3.2.1976 / Beilage Nr. 2/1976.

³¹⁸) *Sternel*, Mietrecht, 2. Aufl., Rdnr. II, 19; *Sonnenschein*, NJW 1980 S. 1489, 1491; *Palandt/Putzo*, vor § 535 Anm. 8d; *Staudinger/Emmerich*, vor §§ 535, 536 Rdnr. 147a; *Bunte*, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 371; a. M. *Schmidt-Futterer*, NJW 1976 S. 921, 925.

³¹⁹) *Bunte*, S. 372; *Sternel*, Rdnr. II, 157.

³²⁰) Vgl. *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 15 Rdnr. 28.

³²¹) *Palandt/Putzo*, § 539 Anm. 6.

³²²) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10 Rdnr. 15 ff.; Rdnr. 18.

³²³) *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 10e Rdnr. 4.

³²⁴) BT-Drucks. 7/301 S. 35.

³²⁵) Ebenda § 11 Nr. 10e Rdnr. 3; a. M. *Bunte*, S. 372.

³²⁶) S. 372.

³²⁷) A. M. *Bunte*, a. a. O.

³²⁸) S. 372f.

³²⁹) Statt aller *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 Rdnr. 70 m. w. N.

ein »individueller Rechtsmißbrauch« vorliegen³³⁰). Zutreffend ist es allerdings, wenn *Bunte*³³¹) darauf hinweist, daß der nach § 2 Abs. 4 lit. c vorgesehene Verteilungsschlüssel – betreffend die Kosten der *Warmwasserversorgung* – insoweit nicht gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 sachgerecht ist, als auf die Größe der »Wohnfläche« abgestellt wird. Dies gilt uneingeschränkt dann, wenn ausschließlich dieser Verteilungsschlüssel gilt. Denn die »Wohnfläche« ist – für sich allein genommen – kein geeignetes Kriterium, die Kosten der Warmwasserversorgung umzulegen³³²).

3. Zu § 3 – Mietzahlungen

a) Die in § 3 Abs. 1 vorgesehene *Vorauszahlungspflicht* ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden: Es ist in Mietverträgen üblich, daß Vorauszahlungen vereinbart werden³³³).

b) Die *Schadenspauschale* gem. § 3 Abs. 3 in Höhe von DM 3,- »pauschalierter Mahnkosten« ist nach § 11 Nr. 5 a nicht zu beanstanden³³⁴). Der Ansicht von *Sternel*, wonach die Pauschalierung von »Mahnkosten« im Bereich von § 550 a BGB als *Vertragsstrafe* zu werten und deshalb unzulässig ist, kann nicht gefolgt werden (vgl. auch Ziff. I, 8). Denn die Klausel stellt ausdrücklich klar, daß Voraussetzung für die Pauschalierung von Mahnkosten der »Verzugseintritt« ist. Deshalb ist die Forderung nach pauschalierter »Mahnkosten« Geltendmachung eines Verzugschadens im Sinn von § 286 BGB. Auch überzeugt die Auffassung von *Gelhaar*³³⁶) nicht, wonach lediglich eine pauschalierte »Mahngebühr« in Höhe von DM 1,- (zzgl. Portokosten) adäquat-schadenstypisch sei. Denn gerade dann, wenn der Vermieter – was häufig zutrifft – eine Hausverwaltung eingeschaltet hat, sind die Mahnkosten mit DM 3,- keineswegs übersetzt, sondern liegen noch am unteren Rand der – im Einzelfall – durchaus höheren tatsächlichen Aufwendungen, z. B. Computereinsatz, Personalkosten und Gemeinkosten.

4. Zu § 4 – Mietdauer

Die Bestimmungen von § 4 Abs. 2 sind nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *wirksam*. Es ist nicht zu beanstanden, daß dem Mieter gem. § 286 BGB für den Fall Schadensersatzansprüche zustehen, daß der Vermieter aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, die Mietsache nicht zur vereinbarten Zeit zur Verfügung stellt³³⁷).

5. Zu § 5 – Kündigung

Soweit ein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen worden ist, richtet sich das Kündigungsrecht – sowohl das des Mieters als auch das des Vermieters – »nach den gesetzlichen Vorschriften«, d. h. nach § 565 BGB. Mit Recht ist betont worden³³⁸), daß diese Bestimmung nicht geeignet ist, den oft rechtsunkundigen Mieter auf die »Härteklausele« gem. § 546 a–c BGB hinzuweisen, obwohl darin gerade ein Eckfall des sozialen Mietrechts gesehen wird. Den schlichten Hinweis auf die »gesetzlichen Vorschriften« wird man deshalb als nach § 9 Abs. 1 *bedenklich* qualifizieren müssen, weil das für die Wirksamkeit einer Kündigungsklausel – unter besonderer Berücksichtigung von § 556 a BGB – erforderliche *Transparenzgebot* mißachtet ist.

Die gleichen Bedenken gelten in der Sache³³⁹), soweit gem. § 5 Abs. 3 auf die »gesetzlichen Vorschriften« – also: auch auf § 564 a BGB – Bezug genommen wird. Gerade der Mieter/AGB-Kunde wäre auf eine entsprechende *Information* – bereits in den AGB – vital angewiesen, um seine Rechte zu wahren. Dabei kann es offen bleiben, ob die gem. § 564 a Abs. 1 BGB geforderte schriftliche Angabe der Kündigungsgründe *Wirksamkeitsvoraussetzung* für eine Kündigung ist³⁴⁰), oder ob darin lediglich eine Verletzung einer Obliegenheit liegt³⁴¹). Der dem Mieter/AGB-Kunden dadurch entstehende *Nachteile* liegt dann jedenfalls darin, daß im Sinn von § 556 a Abs. 6 Satz 2 BGB eine verlängerte *Widerspruchfrist* eingreift.

6. Zu § 6 – Ersatzmieter

Die Bestimmung steht mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 in Einklang. Für den Regelfall enthält sie eine angemessene Abwägung der Interessen beider Parteien, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die Judikatur – bei Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls – ein hohes Maß an Flexibilität gem. § 242 BGB erreicht³⁴²). Davon losgelöst ist freilich die Frage zu sehen, ob es überhaupt sinnvoll ist, eine derartige Regelung in einen Muster-Mietvertrag aufzunehmen³⁴³).

7. Zu § 7 – Schönheitsreparaturen

Hierzu im einzelnen weiter oben Ziff. I, 6.

Gleichwohl ist festzuhalten, daß die Regelung von § 7 Abs. 3 Satz 4 wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 4 *unwirksam* ist. Es ist anerkannt, daß bei der Durchführung von Schönheitsreparaturen die Norm des

§ 326 BGB zu beachten ist, da die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter/AGB-Kunden – wegen ihres wirtschaftlichen Gewichts – eine *Hauptpflicht* verkörpern³⁴⁴). Geht man mit der h. M. davon aus, daß die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter eine Hauptpflicht darstellt, so erfordert § 11 Nr. 4, daß der Vermieter/AGB-Verwender dem Mieter/AGB-Kunden eine *Nachfrist* setzt³⁴⁵). Zur Frage, ob der Vermieter/AGB-Verwender auf das nach § 326 BGB vorgesehene Erfordernis der Ablehnungsandrohung wirksam verzichten kann³⁴⁶).

8. Zu § 9 – Aufrechnung und Zurückbehaltung

Die dort vorgesehene Regelung *erweitert* den Tatbestand von § 552 a BGB³⁴⁷). Ungeachtet der Tatsache, daß § 552 a BGB eine *Sonderregelung* darstellt, verstößt § 9 deswegen gegen § 11 Nr. 3, weil die in § 552 a BGB vorgesehene Anzeigepflicht Voraussetzung der Aufrechnungsbefugnis des Mieters/AGB-Kunden ist (vgl. »nur«). So gesehen läuft die Bestimmung von § 9 darauf hinaus, dem Mieter/AGB-Kunden auch das Recht – entgegen § 11 Nr. 3 – abzuschneiden, mit unbestrittenen und rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen die Aufrechnung zu erklären³⁴⁸). Darüber hinaus verstößt § 9 aber auch gegen § 11 Nr. 2b³⁴⁹), weil diese Bestimmung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in bezug auf solche Ansprüche des Mieters/AGB-Kunden ausschließt, die innerhalb eines Monats, gerechnet von der Anzeige gem. § 552 a BGB an, entstanden sind. Andererseits ist – nach der andernorts vertretenen Auffassung³⁵⁰) – im Auge zu behalten, daß die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, welches auf einen auf Zahlung gerichteten Gegenanspruch bezogen ist, als *Aufrechnung* zu qualifizieren ist.

9. Zu § 10 – Benutzung der Mietsache

a) Die Klausel in § 10 Abs. 2 Ziff. 1 ist nach § 9 Abs. 1 *unwirksam*³⁵¹). Denn die – teilweise – Überlassung von Mietraum an einen *Ehegatten* oder dessen Kinder ist nicht davon abhängig, daß der Vermieter hierzu seine Zustimmung erteilt. Vielmehr muß der Mietvertrag dem Mieter gestattet, Angehörige aufzunehmen³⁵²). Nahe Angehörige, die *keine Dritten* sind, sind: Verwandte und Verschwägte, Adoptierte, Pflegekinder³⁵³). Auch die *Verlobte* ist kein Dritter im Sinn von § 549 BGB sowie im Sinn von § 10 Abs. 2 Ziff. 1³⁵⁴).

b) Die Bestimmung von § 10 Abs. 2–4 in Verbindung mit § 10 Abs. 3 – betreffend die *Tierhaltung* – ist nach § 9 Abs. 1 nicht zu beanstanden³⁵⁵). Die nach § 9 Abs. 1 geschuldete Bilanz der gegenseitigen Interessen ist in dieser Bestimmung in zutreffender Weise berücksichtigt: Der Vermieter kann gem. § 10 Abs. 3 die *Zustimmung* zur Tierhaltung dann jedenfalls nicht verweigern, wenn durch die Tierhaltung irgendwelche Belästigung der Hausbewohner und Nachbarn sowie etwaige Beeinträchtigung der Mietsache oder des Grundstücks »nicht zu erwarten« sind³⁵⁶).

³³⁰) Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 Rdnr. 36 m. w. N.

³³¹) S. 373.

³³²) Vgl. auch *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 173.

³³³) *Sonnenschein*, NJW 1980 S. 1713, 1718; vgl. auch weiter oben Ziff. I, 3.

³³⁴) *Schmidt-Futterer*, NJW 1976 S. 921, 922; *Bunte*, S. 373; *Hensen*, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 502.

³³⁵) Rdnr. II, 98.

³³⁶) RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 94.

³³⁷) Kritisch hierzu *Gelhaar* in RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 95; wie hier *Bunte*, S. 373; *Sternel*, Rdnr. II, 174 m. w. N.

³³⁸) *Soergel/Kummer*, vor § 535 Rdnr. 205.

³³⁹) Vgl. auch *Bunte*, S. 374.

³⁴⁰) *Sternel*, Rdnr. IV, 58; *Löwe*, NJW 1972 S. 2017, 2019; vgl. auch *Soergel/Kummer*, § 564 a Rdnr. 14 m. w. N.

³⁴¹) Hierzu *Staudinger/Sonnenschein*, § 564 a Rdnr. 23; *Soergel/Kummer*, § 564 a Rdnr. 15; *Palandt/Putzo*, § 564 a Anm. 4.

³⁴²) Hierzu OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 1741 ff.; *Soergel/Kummer*, § 552 Rdnr. 11 ff.; *Staudinger/Emmerich*, § 552 Rdnr. 32 ff. m. w. N.

³⁴³) Hierzu *Gelhaar* in RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 97.

³⁴⁴) BGH, NJW 1977 S. 36; OLG Hamburg, NJW 1973 S. 2211 jeweils m. w. N.; hierzu auch *Sternel*, Rdnr. II, 333; *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 359; a. M. *Palandt/Putzo*, § 536 Anm. 4c, cc.

³⁴⁵) *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 16f.

³⁴⁶) Vgl. im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 6 ff. m. w. N.

³⁴⁷) Vgl. auch *Soergel/Kummer*, § 552 a Rdnr. 3; im einzelnen auch Ziff. I, 9.

³⁴⁸) Hierzu *Staudinger/Emmerich*, § 552 a Rdnr. 15; *Sternel*, Rdnr. II, 103 ff.; *Staudinger/Schlosser*, § 9 Rdnr. 148.

³⁴⁹) So *Bunte*, S. 375.

³⁵⁰) *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 2 Rdnr. 26f.

³⁵¹) A. M. *Bunte*, a. a. O., S. 375.

³⁵²) Vgl. BGH, NJW 1964 S. 403; LG Aachen, FanRZ 1968 S. 312; im einzelnen *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 255 ff.

³⁵³) LG Köln, MDR 1972 S. 612; LG Mannheim, NJW 1975 S. 1663.

³⁵⁴) *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 258; *Gelhaar* in RGRK-BGB, § 549 Rdnr. 2; *Staudinger/Emmerich*, § 549 Rdnr. 3a ff. m. w. N.

³⁵⁵) *Bunte*, a. a. O., S. 375; *Soergel/Kummer*, vor § 535 Rdnr. 214 m. w. N.

³⁵⁶) Vgl. hierzu auch *Soergel/Kummer*, §§ 535, 536 Rdnr. 237 ff.; vgl. auch *Gelhaar* in RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 101; *Sternel*, Rdnr. II, 295 ff. m. w. N.

c) Die Bestimmung von § 10 Abs. 6 verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist deshalb *unwirksam*: Die dort normierte *verschuldensunabhängige Haftung* ist mit den Grundprinzipien der §§ 276, 823 BGB nicht vereinbar³⁵⁷). Es ist nicht einzusehen, warum der Mieter »ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für *alle Schäden*« haften soll, welche – bei vorliegender Zustimmung des Vermieters – dann eintreten, wenn z. B. die Mietsache nicht zu Wohnzwecken, sondern zu gewerblichen Zwecken verwendet wird. Denn wenn die Zustimmung des Vermieters vorliegt, ist auch die Nutzungsänderung von dieser Zustimmung erfaßt, so daß für eine Haftungsverschärfung weder Raum noch legitimer Grund besteht.

10. Zu § 12 – Haushaltsmaschinen

Die Bestimmung, wonach der Mieter berechtigt ist, in den Mieträumen *Haushaltsmaschinen*, z. B. Wasch- und Geschirrspülmaschinen etc. aufzustellen, sofern die Kapazität der vorhandenen Installationen hierfür ausreicht, ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden³⁵⁸). Auch ist es nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 wirksam, daß der Vermieter seine Zustimmung zur Installation von Haushaltsmaschinen davon abhängig macht, daß »Belästigungen der Hausbewohner und Nachbarn« sowie etwaige »Beeinträchtigungen der Mietsache und des Grundstücks nicht zu erwarten sind«³⁵⁹).

11. Zu § 13 – Instandhaltung der Mietsache

a) Diese Bestimmung steht grundsätzlich im Einklang mit den Erfordernissen von § 9 Abs. 2 Nr. 1. Dies gilt auch für die *Beweislastregel* gem. § 13 Abs. 3. Danach hat der Mieter zu beweisen, daß – bei Verletzung einer ihn treffenden Sorgfalts- und Anzeigepflicht – *kein Verschulden* vorlag³⁶⁰). Aus diesem Grund liegt auch ein Verstoß gegen § 11 Nr. 15 nicht vor; denn § 13 Abs. 3 berücksichtigt in diesem Punkt die von der Judikatur entwickelten Grundsätze zur Beweislastumkehr, weicht also im Sinn von § 11 Nr. 15 nicht von der durch die Judikatur ausgeprägten, typisierten Beweislastverteilung ab³⁶¹).

b) *Bedenklich* ist die Regelung von § 13 Abs. 4, weil dort das dem Mieter zustehende Selbstbeseitigungsrecht gem. § 538 Abs. 2 BGB ausgeschlossen wird. Indessen ist zu berücksichtigen, daß das Recht des Mieters auf *Mietminderung* gemäß § 537 BGB »unberührt« bleibt, so daß es – trotz der Abweichung vom dispositiven Recht im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 – an der erforderlichen unangemessenen Benachteiligung des AGB-Kunden/Mieters hier – jedenfalls in der Regel – fehlt. Nur in Ausnahmefällen, in denen der Vermieter die Ausführung der gebotenen Instandhaltungsarbeiten ungebührlich oder gar treuwidrig verzögert, wird Anlaß bestehen, dem Vermieter/AGB-Verwender die Berufung auf § 13 Abs. 4 wegen des darin liegenden »individuellen Rechtsmißbrauchs« zu versagen: Der AGB-Kunde/Mieter ist dann berechtigt, das ihm gem. § 538 Abs. 2 BGB zustehende Selbstbeseitigungsrecht auszuüben.

c) Hinzunehmen ist allerdings die Beschränkung der Haftung des Vermieters auf *Verschulden*, obwohl hierin eine Abweichung vom dispositiven Recht gem. § 538 BGB – erste Alternative – liegt³⁶²). Entscheidend ist auch hier, daß in jedem Fall das Recht des Mieters unberührt bleibt, Mietminderung gem. § 537 BGB zu verlangen. Damit sind die Interessen des AGB-Kunden/Mieters – im Regelfall – ausreichend geschützt³⁶³).

12. Zu § 15 – Rückgabe der Mietsache

a) Die in § 15 Abs. 1 normierte *verschuldensunabhängige Haftung* steht nicht mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 in Widerspruch³⁶⁴). Es ist nicht zu beanstanden, daß der Vermieter/AGB-Verwender den Mieter verpflichtet, »*alle Schlüssel*« bei Ende des Mietvertrages zurückzugeben.

Das gleiche gilt insoweit, als der Vermieter/AGB-Verwender den Mieter verpflichtet, die Mietsache »vollständig geräumt und sauber zurückzugeben«³⁶⁵).

b) Die Bestimmung in § 15 Abs. 3, wonach der Mieter – bei Vornahme baulicher Veränderungen an der Mietsache – auf Verlangen des Vermieters bei Beendigung des Mietvertrages verpflichtet ist, diese »auf seine Kosten« zu beseitigen und den »ursprünglichen Zustand wiederherzustellen«, ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *wirksam*. Maßgebend ist nämlich, daß dem Vermieter/AGB-Verwender eine – wie auch immer geartete – Bereicherung nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden darf, und zwar auch nicht auf dem Umweg einer Entschädigungspflicht³⁶⁶).

13. Zu § 16 – Personenmehrheit als Mieter

Gem. § 16 Abs. 2 ist festgelegt, daß sich mehrere Mieter – unter Vorbehalt schriftlichen Widerrufs – *gegenseitig* verpflichten, Erklärungen, deren Wirkung die Mietsache berührt, entgegenzunehmen ohne abzugeben. Diese gegenseitige Vollmachtsklausel ist nach § 9 Abs. 1 *wirksam*³⁶⁷). In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, daß gem. § 16 Abs. 2 geregelt ist, daß die gegenseitige Bevollmächtigung nicht für den Ausspruch einer *Kündigung* oder eines Mietaufhebungsvertrages gilt, was insbesondere im Fall von Ehestreitigkeiten bedeutsam ist. Denn nur auf diese Weise kann wirksam verhindert werden, daß ein Ehegatte mit dem Vermieter einen Mietaufhebungsvertrag abschließt oder das Mietverhältnis – ohne Wissen des anderen Ehegatten – kündigt³⁶⁸). Demzufolge erweist sich diese Regelung als sach- und interessengerecht.

14. Zu § 17 – Hausordnung

Der in § 17 Abs. 2 vorgesehene *Änderungsvorbehalt* steht mit § 10 Nr. 4 im Einklang. Die Hausordnung darf nämlich vom Vermieter/AGB-Verwender nur dann geändert werden, wenn »dringende Gründe der Ordnung oder der Bewirtschaftung dies erfordern«³⁶⁹). Dabei ist insbesondere auch im Auge zu behalten, daß gem. § 17 Abs. 2 die Hausordnung lediglich subsidiär gilt, d. h. »Bestimmungen der Hausordnung können Bestimmungen dieses Vertrages sowie der Wohnungsbeschreibung und Übergabeverhandlungen« *nicht abändern*. Im einzelnen auch 2 ff. I, 16.

³⁵⁷) A. M. Bunte, a.a.O., S. 375.

³⁵⁸) So auch Bunte, a.a.O., S. 375; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 216; Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 258 ff.

³⁵⁹) Hierzu auch Stempel, Rdnr. II, 327 m. w. N.

³⁶⁰) Hierzu Voelskow in Münch.-Komm., § 545 Rdnr. 23; Soergel/Kummer, § 548 Rdnr. 10 ff.; Palandt/Putzo, § 548 Anm. 1 c.

³⁶¹) Im einzelnen Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 15 Rdnr. 16 ff. m. w. N.; Bunte, a.a.O., S. 375.

³⁶²) Vgl. auch Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 267; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 217.

³⁶³) Vgl. auch Bunte, a.a.O., S. 376.

³⁶⁴) So aber Bunte, a.a.O., S. 376.

³⁶⁵) Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 272 ff.; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 217; der Hinweis bei Bunte, a.a.O., auf § 557 Abs. 4 BGB ist irrig, weil § 15 nicht den Fall der verspäteten Rückgabe der Mietsache betrifft.

³⁶⁶) Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 274; Bunte, a.a.O.; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 221; a. M. Stempel, Rdnr. II, 319, der für das Beseitigungsverlangen des Vermieters ein »berechtigtes Interesse« verlangt; vgl. auch Schmidt-Futterer, NJW 1976 S. 921, 925.

³⁶⁷) Stempel, Rdnr. II, 405; Bunte, a.a.O., S. 376; Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 277; Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 222; in der Sache auch Gelhaar in RGRK-BGB, vor § 535 Rdnr. 104; Sonnenschein, NJW 1980 S. 1713, 1717; im einzelnen Ziff. I, 17 c.

³⁶⁸) Voelskow, a.a.O.

³⁶⁹) Hierzu auch Soergel/Kummer, vor § 535 Rdnr. 228 f.; Bunte, a.a.O.; Voelskow in Münch.-Komm., vor § 535 Rdnr. 282; a. M. Stempel, Rdnr. II, 401.