



# **Kaution – Zahlungsverzug – Schönheitsreparaturen - Wohnungsabnahme**

**Dr. Klaus Lützenkirchen**  
*Rechtsanwalt*

*Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Lehrbeauftragter an der TH Köln*

✉ Aachener Str. 1053-1055, 50958 Köln

✉ luetzenkirchen@ld-ra.de

☎ 0221-1792910

## INHALT

<b>1</b>	<b>Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution.....</b>	<b>1</b>
1.1	Gläubiger des Anspruchs .....	1
1.2	Schuldner des Rückzahlungsanspruchs.....	2
1.3	Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs.....	3
1.4	Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung) .....	7
1.4.1	Allgemeines .....	7
1.4.2	Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs .....	7
1.4.3	Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs .....	9
1.4.4	Verrechnungen des Mieters .....	12
1.5	Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen.....	13
1.6	Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung.....	14
1.7	Verjährung .....	15
<b>2</b>	<b>Die Kündigung wegen Zahlungsverzugs.....</b>	<b>16</b>
2.1	Miete .....	16
2.2	Rückstandsermittlung .....	19
2.2.1	Maßgeblicher Zeitpunkt .....	20
2.2.1.1	Erlöschen durch Zahlung, § 543 Abs. 2 S. 2 BGB.....	21
2.2.1.2	Erlöschen durch Aufrechnung.....	22
2.2.2	§ 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 1 BGB.....	24
2.2.3	§ 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB.....	25
2.2.4	§ 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB .....	26
2.3	Verzug .....	26
2.3.1	Fällige Mieten .....	26
2.3.2	Keine Einrede .....	27
2.3.3	Verschulden des Mieters .....	30
2.3.3.1	Eigenes Verschulden.....	30
2.3.3.1.1	Lastschriftinzug.....	31
2.3.3.1.2	Hinterlegung .....	33
2.3.3.1.3	Überzogene Minderung.....	34
2.3.3.1.4	Nichtbeachtung einer Mieterhöhung .....	38
2.3.3.2	Zurechnung fremden Verschuldens .....	39

2.3.4	Treuwidrige Kündigung .....	41
2.3.5	Beweislast .....	43
<b>3</b>	<b>Schönheitsreparaturen .....</b>	<b>44</b>
3.1	Begriff der Schönheitsreparaturen .....	45
3.2	Abgrenzung zu Schadensersatz .....	49
3.3	Wirksame Überbürdung .....	52
3.3.1.1	Inhaltlich bestimmte Klausel .....	58
3.3.1.2	Inhaltlich abweichende Begriffsbestimmung .....	58
3.3.2	Fälligkeit .....	60
3.3.2.1	Überbürdung ohne Fristen .....	60
3.3.2.2	Zu kurze Fristen .....	62
3.3.2.3	Starre Fristenpläne .....	64
3.3.2.4	Bedarfsklausel .....	66
3.3.3	Art der Ausführung .....	67
3.3.4	Fachhandwerkerklauseln .....	70
3.3.5	Farbwahl .....	71
3.3.5.1	Wirksamkeit von Vorgaben für die Mietzeit .....	71
3.3.5.2	Wirksamkeit von Vorgaben für die Rückgabe .....	72
3.3.5.3	Ausführungsbeispiele .....	74
3.4	Spezielle Klauseln .....	77
3.4.1	Anfangsrenovierung .....	77
3.4.2	laufende Renovierung .....	78
3.4.3	Endrenovierungsklausel .....	78
3.4.4	Tapezierfähigkeit .....	80
3.4.5	Schiedsgutachterklauseln .....	81
3.4.6	Summierungseffekt in der Wohnraummiete .....	81
3.4.6.1	Anfangsrenovierung/laufende Renovierung .....	83
3.4.6.2	Laufende Renovierung/Schlussrenovierung .....	84
3.4.6.3	Vermeidung des Summierungseffektes .....	86
3.5	Durchsetzung der Renovierungspflicht des Mieters .....	87
3.5.1	Während der Mietzeit .....	87
3.5.1.1	Erfüllungsanspruch .....	88

3.5.1.2	Vorschussanspruch .....	88
3.5.1.3	Kündigung .....	90
3.5.2	Nach Mietende .....	90
3.5.2.1	Die Fristsetzung.....	91
3.5.2.1.1	Leistungsaufforderung .....	91
3.5.2.1.2	Eigentliche Fristsetzung .....	92
3.5.2.1.3	Ablehnungsandrohung? .....	94
3.5.2.1.4	Entbehrlichkeit der Fristsetzung.....	95
3.5.2.1.5	Schaden .....	96
3.5.3	Sinnlose Renovierung wegen Modernisierung/Umbau.....	96
3.6	Rechtsfolge unwirksamer Renovierungsklausel.....	98
<b>4</b>	<b>Abnahmeprotokoll .....</b>	<b>101</b>
4.1	Wirkung des Protokolls .....	101
4.2	Widerufsbelehrung .....	105
4.3	Sonstige Vereinbarungen anlässlich der Rückgabe .....	105

# 1 Der Anspruch auf Rückzahlung der Barkaution

Durch die Leistung der Kaution entsteht ein Treuhandverhältnis zwischen den Parteien. Diese Treuhandabrede enthält bereits den durch das Mietende aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch<sup>1</sup>. Tritt also das Mietende ein, entsteht der Rückzahlungsanspruch durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung, seine Fälligkeit ist vom Ablauf der (angemessenen) Prüfungsfrist abhängig<sup>2</sup>. Auch wenn der Anspruch nur in der Höhe entsteht, bis zu der dem Vermieter Gegenansprüche zustehen, trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für seine Gegenforderungen<sup>3</sup>. Da der Mieter den Rückforderungsanspruch auch im Urkundenprozess geltend machen kann, wozu er in der Regel eine Quittung über die Zahlung benötigt, muss der Vermieter seine Gegenansprüche in diesem Fall durch Urkunden belegen.

## 1.1 Gläubiger des Anspruchs

Der Kautionsrückzahlungsanspruch ist grundsätzlich vom Mieter, also bei mehreren Mietern von allen geltend zu machen<sup>4</sup>, und zwar mit Zahlung an alle Berechtigten<sup>5</sup>. Die (alleinige) Aktivlegitimation der Personenmehrheit besteht auch dann, wenn die Sicherheit nur von einem Mieter geleistet wurde<sup>6</sup>. Wurde allerdings die Kaution nach Beendigung eines Mietvertrages mit zwei Mietern auf den neuen Mietvertrag mit nur einem Mieter übertragen, ist auch nur dieser Mieter Gläubiger der Rückzahlung<sup>7</sup>. Hat die Gemeinde/das Sozialamt oder eine sonstige Behörde zu Beginn des Vertrages die Kaution für beide Mieter gezahlt, soll die Abtretung eines Mieters ausreichen, um die Aktivlegitimation der Gemeinde zu begründen, jedenfalls dann, wenn die Kaution für den Mieter erfolgt, welcher sodann seinen Kautionsrückzahlungsanspruch abtritt<sup>8</sup>. Die Aktivlegitimation der Mieter ist grundsätzlich nicht mehr gegeben, wenn einer der Mieter

---

<sup>1</sup> BGH v. 24.3.1999 – XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 537; BGH v. 8.7.1982 – VIII ARZ 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186; Schmidt-Futterer/Blank, § 551 BGB Rz. 95; Emmerich/Sonnenschein, § 551 BGB Rz. 22..

<sup>2</sup> Zur Formulierung der entsprechenden Klageanträge vgl. *Lehmann-Richter*, WuM 2014, 8 (10).

<sup>3</sup> *Ludley*, NZM 2013, 777 (780).

<sup>4</sup> KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

<sup>5</sup> LG Flensburg v. 9.10.2008 – 1 S 56/08, GE 2009, 717.

<sup>6</sup> KG v. 2.2.2012 – 8 U 193/11, ZMR 2012, 695.

<sup>7</sup> AG München v. 3.12.2013 – 433 C 23094/13, ZMR 2014, 374.

<sup>8</sup> AG Pinneberg v. 5.12.2003 – 66 C 202/03, ZMR 2004, 276.

während der Mietzeit in Insolvenz gefallen ist<sup>9</sup>. Hat der Insolvenzverwalter die Wohnung des Schuldners (Mieters) nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO frei gegeben, erfasst die Freigabe auch den (aufschiebend bedingten) Anspruch auf Rückzahlung der Kautions<sup>10</sup>, so dass der Mieter (wieder) aktiv legitimiert ist.

Ist einer von mehreren Mietern während der Mietzeit ausgezogen, ist zu differenzieren. Wurde der Mietvertrag unter Ausscheiden des ausgezogenen Mieters mit dem/den verbliebenen Mieter/n fortgesetzt, sind grundsätzlich die Verbliebenen allein klagebefugt. Dafür spricht in der Regel, wenn der Vermieter nach einer Bitte um Entlassung die Korrespondenz mit der/den Verbliebenen weiterführt, insbesondere rechtsgeschäftliche Erklärungen nur diesen gegenüber abgibt<sup>11</sup>. Lehnt der Vermieter ein Ausscheiden (schlüssig) ab, muss der Anspruch von allen geltend gemacht oder jedenfalls Zahlung an alle verlangt werden.

Verstirbt der Mieter und wird das Mietverhältnis nach § 563 BGB fortgesetzt, wird der Eintretende Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs. Das Gleiche gilt für den überlebenden Mitmieter i.S.d. § 563a BGB<sup>12</sup>. Nach dessen Tod treten dessen Erben nach § 564 BGB auch in die Kautionsabrede ein, solange keine Berechtigten i.S.v. § 563 BGB vorhanden sind.

## 1.2 Schuldner des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch richtet sich gegen den Vermieter. Mehrere Vermieter haften als Gesamtschuldner nach den §§ 421 ff. BGB. Selbst wenn die Kautions seinerzeit an den Hausverwalter geleistet wurde, kann von ihm keine Rückforderung verlangt werden<sup>13</sup>, wenn nicht die Voraussetzungen für eine persönliche Haftung z.B. nach § 311 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB vorliegen.

Der Zwangsverwalter haftet auf Rückzahlung, wenn die Zwangsverwaltung vor Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs eingerichtet wird, und zwar unabhängig davon, ob er die Kautions (vom Schuldner) erhalten hat<sup>14</sup>. Seine Rückgewährs-

---

<sup>9</sup> AG Brandenburg v. 25.4.2012 – 31 C 175/10, GE 2012, 758.

<sup>10</sup> BGH v. 16.3.2017 – IX ZB 45/15, GE 2017, 587.

<sup>11</sup> LG Berlin v. 20.7.2010 – 63 S 632/09, GE 2011, 266.

<sup>12</sup> AG Düsseldorf v. 18.8.2011 – 50 C 3305/11, ZMR 2012, 629.

<sup>13</sup> LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

<sup>14</sup> BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 11/03, WuM 2003, 630.

pflicht erstreckt sich auch auf die Zinsen, selbst wenn sie nicht erwirtschaftet wurden<sup>15</sup>. Erwirbt der Mieter das Objekt in der Zwangsversteigerung selbst durch Zuschlag, besteht kein Anspruch gegen den Zwangsverwalter, und zwar auch kein Schadensersatzanspruch<sup>16</sup>. Der Mietvertrag erlischt durch Konfusion<sup>17</sup>.

Im Falle des Vermieterwechsels richtet sich die Rechtslage nach § 566a BGB. Insoweit besteht kein Hindernis für den (bisherigen) Vermieter, sich aus der Kautions zu befriedigen, selbst wenn er die Erklärung erst nach dem Vermieterwechsel abgegeben hat<sup>18</sup>.

### 1.3 Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs

Der Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit wird grundsätzlich erst fällig, wenn dem Vermieter keine Forderungen mehr aus dem Mietvertrag zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen kann<sup>19</sup>. Um dies feststellen zu können, wird dem Vermieter nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist zur Prüfung<sup>20</sup> und Entscheidung, ob und inwieweit der Vermieter die Kautions für seine Forderungen aus dem Mietvertrag und dessen Abwicklung in Anspruch nehmen will<sup>21</sup>, eingeräumt. Diese Zeitspanne kann ohne weiteres sechs Monate dauern<sup>22</sup> - aber auch länger<sup>23</sup>. Aus Sinn und Zweck der Prüfungsfrist folgt, dass sie solange dauert, bis der Vermieter seine Ansprüche dem Grunde nach ermitteln und die Höhe in etwa nach Erfahrungswerten bestimmen kann, so dass der Mieter ersehen kann, ob und ggf. in welchem Um-

<sup>15</sup> AG Wetzlar v. 15.3.2011 – 38 C 987/10, WuM 2012, 376.

<sup>16</sup> BGH v. 9.6.2010 – VIII ZR 189/09, MDR 2010, 916 = NZM 2010, 698.

<sup>17</sup> BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 13/08, NJW 2009, 1076 = WuM 2009, 127 = GE 2009, 260 = NZM 2009, 151.

<sup>18</sup> OLG Frankfurt v. 15.4.2011 – 2 U 192/10, GE 2011, 885.

<sup>19</sup> BGH v. 18.1.2017 - VIII ZR 263/15, MDR 2017, 324 = ZMR 2017, 354 (Leasing); BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, MDR 2016, 1323 = WuM 2016, 620 = NZM 2016, 762 mit Anm. *Ludley*; BGH v. 24.3.1999 – XII ZR 124/97, MDR 1999, 988 = WuM 1999, 397 = ZMR 1999, 53; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; *Häublein*, ZMR 2017, 445 (453).

<sup>20</sup> BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf v. 28.9.2006 – 10 U 61/06, GE 2006, 1613 = ZMR 2007, 269 = OLGR 2007, 302.

<sup>22</sup> LG Berlin v. 30.12.2010 – 65 S 139/10, GE 2011, 268; LG Ulm v. 19.12.2007 – 1 S 164/07, DWW 2008, 96; LG Darmstadt v. 7.9.2005 – 7 S 72/05, WuM 2006, 708; AG Potsdam v. 30.8.2007 – 23 C 76/06, ZMR 2011, 48.

<sup>23</sup> AG Dortmund v. 19.6.2018 - 425 C 376/18, juris.

fang eine sofortige Rückzahlung stattfindet und/oder die Kautions für Ansprüche verbraucht werden soll. Umso mehr ist der Mieter aber nicht berechtigt, seine Kautions durch Nichtzahlung der Miete in den letzten Monaten „abzuwohnen“<sup>24</sup>.

Die Prüfungsfrist ist mit sechs Monaten nicht starr festgelegt. Vielmehr ist der Vermieter berechtigt, die Kautions (ausnahmsweise) auch länger einzubehalten, wenn nach wie vor mögliche Ansprüche im Raum stehen, die ein besonderes Sicherungsbedürfnis rechtfertigen<sup>25</sup>. Denn die Kautions sichert auch künftige Ansprüche des Vermieters<sup>26</sup>. Deshalb ist die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs solange gehindert, wie ernsthaft nicht bezifferbare Gegenansprüche in Betracht kommen. Diese liegen z.B. vor, wenn die Abwicklung eines vom Mieter verursachten Wasserschadens längere Zeit in Anspruch nimmt<sup>27</sup>. Andererseits verlängert sich die Prüfungsfrist nicht dadurch, dass der Vermieter seine Ansprüche noch nicht der Höhe nach vollständig bestimmen kann. Es reicht aus, dass sie bestimmbar sind, wie z.B. die Nachforderung aus einer zukünftigen Betriebskostenabrechnung<sup>28</sup>.

Kann der Vermieter jedoch schon früher abrechnen, z.B. weil er dem Mieter alle Ansprüche mitgeteilt hat, wird der Rückzahlungsanspruch in diesem Zeitpunkt fällig, sofern keine Gegenansprüche mehr bestehen<sup>29</sup>. Eine Prüfungsfrist entfällt völlig, wenn der Vermieter – insbesondere stillschweigend – zu erkennen gegeben hat, dass er die Kautions nicht mehr in Anspruch nehmen will. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Vermieter bei der Rückgabe erklärt, die Wohnung befinde sich in einem ordnungsgemäßen Zustand. Hier soll es ihm verwehrt sein, wegen Schadensersatzansprüchen auf die Kautions zurückzugreifen, wenn er nachträglich feststellt, dass noch Ansprüche aus dem Rückgabestand hergeleitet werden könnten. Ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche soll erst recht gegeben sein, wenn die Kautions – vorbehaltlos – ganz

---

<sup>24</sup> AG München v. 7.4.2016 – 432 C 1707/16, ZMR 2017, 69.

<sup>25</sup> LG Köln v. 20.9.2006 – 10 S 78/05, Info M 2007, 110; OLG Düsseldorf v. 19.6.2007 – 24 U 55/07, OLGR 2008, 513 = ZMR 2008, 708 (33 Monate).

<sup>26</sup> BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, MDR 2006, 1100 = GE 2006, 510 = NZM 2006, 343 m.w.N.

<sup>27</sup> AG Hamburg-Blankenese v. 18.7.2012 – 531 C 347/11, ZMR 2012, 783.

<sup>28</sup> AG Bergheim v. 6.10.2011 – 24 C 162/11, n.v.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 – I-10 U 46/03, WuM 2003, 621.



oder teilweise zurückgezahlt wird<sup>30</sup>, obwohl der Vermieter zuvor deutlich gemacht hat, dass seine Ansprüche jedenfalls höher sind als der noch einbehalten Betrag. Insoweit muss in jedem Fall auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, inwieweit das Verhalten des Vermieters geeignet ist, einen Verzicht auf die Inanspruchnahme der Kautions und damit auf Gegenansprüche zu begründen. Das kommt bei Verpfändung eines Sparbuchs in Betracht, wenn der Vermieter das Sparbuch an den Mieter herausgibt. Darin liegt die (stillschweigende) Abtretung, so dass auch ein Anspruch auf Freigabe besteht<sup>31</sup>. Andererseits muss jedenfalls bei Wohnraum, für den §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG gelten, berücksichtigt werden, dass die Kautions ohnehin nur für Ansprüche gilt, die aus der Beschädigung der Mietsache oder unterlassenen Schönheitsreparaturen resultieren.

Bei der Annahme eines Verzichts des Vermieters auf Inanspruchnahme der Kautions ist Vorsicht geboten: denn an die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen<sup>32</sup>. Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsverneinend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer interessengerechten Auslegung zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme<sup>33</sup>. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmefall beruft, muss deshalb einen nachvollziehbaren Grund darlegen, warum der Forderungsinhaber bereit gewesen sein sollte, auf seine Forderung zu verzichten<sup>34</sup>. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggf. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages

---

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, WuM 2001, 439 = ZMR 2001, 962 = NZM 2001, 893; OLG München v. 14.7.1989 – 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20; AG Tiergarten v. 16.5.2007 - 4 C 592 06, GE 2007, 855.

<sup>31</sup> LG Augsburg v. 23.2.2010 – 4 S 3445/09, WuM 2011, 366.

<sup>32</sup> z.B. BGH v. 3.6.2008 - XI ZR 353/07, MDR 2008, 1051 = NJW 2008, 2842; BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris.

<sup>33</sup> BGH v. 15.1.2002 - X ZR 91/00, MDR 2002, 749 = NJW 2002, 1044.

<sup>34</sup> BGH v. 19.9.2006 - X ZR 49/05, zitiert nach juris; BGH v. 10.5.2001 - VII ZR 356/00, MDR 2001, 859 = NJW 2001, 2325.

zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten<sup>35</sup>. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kauti-  
on nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt  
bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem  
Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusam-  
menhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzwei-  
deutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall  
einer ausdrücklichen Willenserklärung. Das Vermietersverhalten kann auch den  
Umständen nach (§§ 133, 157 BGB) als konkludenter Verzicht oder Erlass zu  
werten sein. In Betracht kommt, dass damit nicht berücksichtigte Forderungen  
des Vermieters erlassen werden<sup>36</sup>, wenn dieser ein Mietverhältnis unter Be-  
rücksichtigung der Kauti-  
on abrechnet und er das Abrechnungsguthaben an den  
Mieter auszahlt. Als weitere Option ist denkbar, dass der Vermieter durch eine  
vorbehaltlose Rückzahlung der Kauti-  
on trotz erkannter oder zumindest leicht  
erkennbarer Mängel in der Regel aus der Sicht des Mieters schlüssig zu erken-  
nen gibt, dass er den Zustand der Mietsache als vertragsgemäß anerkennt und  
insoweit auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet<sup>37</sup>.

Ist die angemessene Prüfungsfrist im Einzelfall abgelaufen, entfällt ein etwaiges  
„Recht“ an der Kauti-  
on<sup>38</sup>, sofern der Vermieter keine Abrechnung erteilt und  
keine relevanten Gründe für eine spätere Abrechnung darlegt. Ist nur noch über  
geleistete Betriebskostenvorauszahlungen abzurechnen<sup>39</sup>, entsteht insoweit -  
vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen - ein Zurückbehaltungsrecht, das  
spätestens mit Eintritt der Abrechnungsreife hinsichtlich der Vorauszahlungen  
entfällt<sup>40</sup>. Das Zurückbehaltungsrecht soll ausnahmsweise nicht bestehen, wenn  
für eine Nachforderung das Jobcenter einstandspflichtig ist<sup>41</sup>. Der Höhe nach ist  
der Einbehalt nicht auf den Betrag einer Monatsmiete beschränkt<sup>42</sup>, sondern  
orientiert sich an der Nachforderung aus der letzten Abrechnung zzgl. eines

---

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 – 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf v. 26.4.2001 - 24 U 133/00, ZMR 2001, 962.

<sup>37</sup> OLG München v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89, NJW-RR 1990, 20.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 – 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.

<sup>39</sup> BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05, WuM 2006, 197 = NJW 2006, 1422; OLG Düsseldorf v.  
1.10.2009 – 10 U 58/09, IMR 2010, 134.

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf v. 12.6.2001 – 24 U 168/00, ZMR 2002, 37.

<sup>41</sup> AG Saarbrücken v. 23.8.2017 – 4 C 348/16 (04), WuM 2017, 634 (zweifelhaft).

<sup>42</sup> A.A. AG Köln v. 9.8.2004 – 201 C 169/02, WuM 2004, 609.

Sicherheitszuschlages für eingetretene Erhöhungen<sup>43</sup>. Endete die letzte Abrechnung mit einem Guthaben, entfällt das Zurückbehaltungsrecht nicht grundsätzlich<sup>44</sup>. Vielmehr kommt es auf die Höhe des Sicherheitszuschlages an, der sich an den bekannten Preissteigerungen orientiert.

Macht der Mieter den Rückzahlungsanspruch verfrüht geltend, kann darin eine Nebenpflichtverletzung liegen, die über § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser greift jedenfalls durch, wenn der Vermieter bereits sechs Wochen nach Ende der Mietzeit zur Rückgabe der Sicherheit aufgefordert wird<sup>45</sup>. Ansonsten ist bei der Prüfung des Verschuldens darauf abzustellen, inwieweit der Mieter davon ausgehen konnte, dass die Prüfungsfrist bereits abgelaufen ist.

## **1.4 Modalitäten der Erfüllung (Aufrechnung)**

### **1.4.1 Allgemeines**

Der bloße Rückzahlungsanspruch wird im Wege der Erfüllungsklage (Zahlungsklage) geltend gemacht. Ihr muss grundsätzlich eine Abrechnung des Vermieters vorausgehen, in der er nicht nur den Gesamtbetrag der durch die angewachsenen Zinsen erhöhten Kautionsanzugabe hat, sondern den Betrag der Zinsen gesondert auswerfen muss<sup>46</sup>. Auf diese Abrechnung hat der Mieter einen Anspruch, dessen Inhalt sich nach § 259 BGB richtet und daher auch im Wege der Stufenklage verfolgt werden kann. In der Abrechnung kann der Vermieter seine Gegenansprüche aufführen und im Wege der Aufrechnung jedenfalls dann in Abzug bringen, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind<sup>47</sup>. Werden durch die Auflösung des Sparbuchs Kosten (z.B. Bankgebühren) ausgelöst, hat diese der Mieter im notwendigen Umfang zu tragen<sup>48</sup>.

### **1.4.2 Zeitpunkt der Auflösung des Sparbuchs**

Der Zweck der Kautionsstellung liegt vor allem darin, den Vermieter hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem Mietvertrag (in begrenztem Umfang) abzusichern

---

<sup>43</sup> Häublein, ZMR 2017, 445 (451).

<sup>44</sup> A.A. AG Krefeld v. 12.6.2007 – 12 C 301/06, zitiert nach juris.

<sup>45</sup> LG Würzburg v. 20.4.2011 – 43 S 67/11, Info M 2011, 274.

<sup>46</sup> AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

<sup>47</sup> AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

<sup>48</sup> AG Frankenthal v. 30.10.2014 – 3a C 270/14, ZMR 2016, 295.

und sich auf vereinfachte Weise schnell befriedigen zu können<sup>49</sup>. Trotz dieses Sicherungszwecks kann sich der Vermieter bei streitigen Ansprüchen nicht vor Austragung eines Streites über die Berechtigung seiner Ansprüche aus der Kautionsbefriedigung<sup>50</sup>. Vielmehr steht ihm bis zur Entscheidung über die Begründetheit seiner Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht zu<sup>51</sup>. Demnach kann er den Liquiditätsvorteil, der durch eine Auflösung herbeigeführt wird, erst generieren, wenn er eine Abrechnung über die Kautionserteilung hat<sup>52</sup> und seine Forderungen unstreitig, entscheidungsreif oder rechtskräftig festgestellt sind<sup>53</sup>. Denn die Kautionsbefriedigung hat grundsätzlich nur eine Sicherungsfunktion<sup>54</sup>. Andernfalls wird dem Mieter das Insolvenzrisiko des Vermieters überbürdet, was durch § 551 Abs. 2 BGB gerade verhindert werden soll. Dieser Grundsatz tritt bei streitigen Forderungen nicht hinter den Zweck, dem Vermieter eine vereinfachte Befriedigungsmöglichkeit zu verschaffen, zurück<sup>55</sup>. Deshalb kann der Vermieter bei streitigen Forderungen auch erst auf die Kautionsbefriedigung zurückgreifen (z.B. durch Auflösung des Sparbuchs), wenn seine Forderungen rechtskräftig festgestellt sind.

Der Mieter kann deshalb auch im Wege der einstweiligen Verfügung verhindern, dass der Vermieter die Kautionsbefriedigung bei Fälligkeit in Anspruch nimmt, weil nach seiner Auffassung keine aufrechenbaren Ansprüche bestehen<sup>56</sup>. Zwar tritt mit dem Mietende die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückzahlungsanspruch aus der Treuhandabrede steht<sup>57</sup>, ein und der Rückzahlungsanspruch

---

<sup>49</sup> LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

<sup>50</sup> BGH v. 9.6.2015 - VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = 2015, 847 = NZM 2015, 736; BGH v. 11.7.2012 - VIII ZR 36/12, WuM 2012, 502 Rz. 10; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

<sup>51</sup> LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; LG Darmstadt v. 11.9.2007 – 25 S 135/07, WuM 2008, 726; Staudinger/*Emmerich*, § 551 BGB Rz. 31; a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164.

<sup>52</sup> KG v. 9.9.2013 – 8 U 254/12, GE 2013, 1586, das dem Vermieter aber bei vorfälliger Inanspruchnahme der Kautionsbefriedigung ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 390, 273 BGB zuerkennt, solange die Abrechnung noch nicht vorliegt.

<sup>53</sup> LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096; LG Halle v. 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

<sup>54</sup> AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

<sup>55</sup> a.A. LG Hamburg v. 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164; Schmidt-Futterer/Blank, § 551 BGB Rz. 95.

<sup>56</sup> OLG Karlsruhe v. 18.8.2008 – 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = ZMR 2009, 120 = NJW-RR 2009, 514; LG Berlin v. 20.7.2017 – 67 S 111/17, WuM 2017, 527 = ZMR 2017, 730 = GE 2017, 1096.

<sup>57</sup> BGH v. 8.7.1982 – VIII AZR 3/82, MDR 1982, 925 = WuM 1982, 240 = NJW 1982, 2186.

entsteht. Seine Fälligkeit ist aber noch vom Ablauf der Prüfungsfrist und der Abrechnung abhängig. Solange besteht die Treuhandabrede und die daraus resultierende Pflicht zur insolvenzfesten Anlegung aus § 551 Abs. 3 BGB fort. Insoweit spielt es für den Erlass einer einstweiligen Verfügung keine Rolle, ob die Ansprüche des Vermieters streitig sind. Dies gilt auch, wenn die Parteien vereinbart haben, dass sich der Vermieter jederzeit aus der Kautionsbefriedigung kann<sup>58</sup>. Denn eine solche Klausel ist unwirksam.

### 1.4.3 Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs

Der Rückzahlungsanspruch erlischt durch Erfüllung, spätestens also durch Herausgabe der Sicherheit an den Mieter oder sonstigen Berechtigten. Der Anspruch kann nur in der Form verlangt und erfüllt werden, in der die Kautionsbefriedigung vom Vermieter erlangt wurde. Deshalb kann z.B. keine Rückzahlung verlangt werden, wenn eine Bürgschaft überlassen wurde<sup>59</sup>.

In der Regel erklärt der Vermieter zumindest teilweise die Aufrechnung gegenüber dem Rückzahlungsanspruch schon in der Abrechnung, wenn ihm eigene Ansprüche zustehen. Die Aufrechnung kann allerdings nur Tilgungswirkung (§ 387 BGB) erzeugen, wenn die Ansprüche rechtskräftig festgestellt oder unstreitig sind<sup>60</sup>. Denn die „bloße“ Sicherungsfunktion der Kautionsbefriedigung gebietet es, dass die Kautionsbefriedigung solange insolvenzfest angelegt bleibt, bis sicher feststeht, dass der Vermieter seine Ansprüche daraus befriedigen darf<sup>61</sup>. Daraus folgt ein Aufrechnungsverbot für streitige Ansprüche<sup>62</sup>. Bestreitet der Mieter die Ansprüche des Vermieters, muss dieser im Zweifel auf Zahlung (vor Ablauf der Verjährung) klagen. Denkbar ist u.U. auch eine Feststellungsklage, mit der das Recht zur Aufrechnung in Höhe der geltend gemachten Ansprüche festgestellt werden soll. Im Hinblick auf § 387 BGB müssen dafür seine Ansprüche zusätzlich fällig sein. Für den Kautionsrückzahlungsanspruch ist es ausreichend, wenn er er-

---

<sup>58</sup> LG Potsdam v. 21.1.2007 – 11 S 192/06, 2007, GE 1253.

<sup>59</sup> LG Kaiserslautern v. 9.4.2002 – 1 S 12/02, WuM 2003, 630.

<sup>60</sup> AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598 Rz. 20.

<sup>61</sup> *Milger*, WImmoT 2014, 7 (15).

<sup>62</sup> AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; *Milger*, WImmoT 2014, 7 (15).

füllbar ist<sup>63</sup>. Dies ist – vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Mietvertrag – ab Mietende der Fall.

Zur wirksamen Aufrechnung gehört eine Aufrechnungserklärung gegenüber dem Mieter. Diese kann stillschweigend abgegeben werden und wird oftmals in der Übersendung der Kautionsabrechnung zu sehen sein. Dies setzt aber voraus, dass die Aufrechnungserklärung zumindest inhaltlich bestimmbar ist und die Ansprüche identifizierbar dem Grund und der Höhe nach angegeben werden. Eine Reihenfolge der Verrechnung muss aber grundsätzlich nicht erklärt werden, denn im Zweifel gelten über § 396 BGB die §§ 366 Abs. 2, 367 BGB<sup>64</sup>. Deshalb ist das Kautionsguthaben zunächst gegen fällige Nebenkostennachforderungen und erst dann auf die restliche Miete zu verrechnen<sup>65</sup>, sofern der Vermieter die Verrechnungsreihenfolge bei der Kautionsabrechnung nicht bestimmt hat.

Ohne weitere Anhaltspunkte erlischt der Rückzahlungsanspruch noch nicht dadurch, dass der Vermieter eine Forderungsaufstellung an einen Dritten (z.B. den Bürgen) übermittelt. Deshalb kann er die vereinnahmte Kautionssumme (z.B. aus der Bürgschaft) gegenüber dem Mieter noch anders verrechnen<sup>66</sup>.

Bei der Aufrechnung hat der Vermieter Aufrechnungsverbote zu beachten. Als solches wirkt die Sicherungsabrede, die die insolvenzfesten Anlage der Kautions gebietet. Daher besteht ein Aufrechnungsverbot für Ansprüche, die nicht rechtskräftig festgestellt oder unstreitig sind<sup>67</sup>. Bestreitet der Mieter die Ansprüche des Vermieters, muss dieser im Zweifel auf Zahlung (vor Ablauf der Verjährung) klagen. Denkbar ist u.U. auch eine Feststellungsklage, mit der das Recht zur Aufrechnung in Höhe der geltend gemachten Ansprüche festgestellt werden soll. Auf jeden Fall ist zu beachten, dass § 215 BGB bei streitigen Ansprüchen des Vermieters nicht gilt, weil wegen des Aufrechnungsverbots gerade keine Aufrechnungslage in unverjährter Zeit vorgelegen hat. Diese sollen sich z.B.

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu Erman/Wagner, § 387 BGB Rz. 21.

<sup>64</sup> BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

<sup>65</sup> OLG Düsseldorf v. 25.10.2001 – 10 U 122/00, DWW 2002, 28; a.A. OLG Düsseldorf v. 18.1.2001 – 10 U 152/99, ZMR 2001, 528.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

<sup>67</sup> AG Dortmund v. 13.3.2018 - 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; Milger, WImmoT 2014, 7 (15).

aus der Unwirksamkeit der Kautionsabrede ergeben<sup>68</sup>. In dieser Situation kann ein Aufrechnungsverbot aber nur aus einer (konkludenten) Einigung hergeleitet werden. Dafür fehlt es in der Regel an einem entsprechenden Willen des Vermieters. Aus der Natur der Sache oder dem Zweck der Verbotsnorm des § 551 Abs. 4 BGB lassen sich zu Lasten des Vermieters keine Aufrechnungsbeschränkungen ableiten. Das gilt auch bei preisgebundenem Wohnraum, wenn ein Verstoß nach §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG vorliegt. Denn der Mieter ist durch die Möglichkeit, mit seinem Bereicherungsanspruch im laufenden Mietvertrag aufzurechnen<sup>69</sup>, ausreichend geschützt.

Hat der Vermieter die Kautionsabrede ohne Grund oder in der irrigen Annahme in Anspruch genommen, ihm würden Ansprüche zustehen, begeht er regelmäßig eine fahrlässige Verletzung des Treuhandvertrages. Fahrlässig handelt er bei falscher Beurteilung der Rechtslage nur dann nicht, wenn er sich sicher sein konnte, dass ein Gericht nicht anders als von ihm angenommen entscheiden würde<sup>70</sup>. Ansonsten kommt es darauf an, ob sein Handeln plausibel war und er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausreichend genutzt hat.

Erfüllungsort ist im Zweifel die Wohnung<sup>71</sup>. Die Verjährung richtet sich nach § 195 BGB, wobei Modifizierungen nach § 202 BGB in den Grenzen des § 307 BGB zulässig sind<sup>72</sup>.

Mangels Aufrechnungslage kann der Vermieter nicht mehr mit Ansprüchen aufrechnen, die bereits vor Mietende verjährt sind, § 215 BGB<sup>73</sup>. Dieser Fall kann insbesondere eintreten, wenn die Rückgabe mehr als sechs Monate vor Beendigung des Mietvertrages stattgefunden hat und anlässlich der Rückgabe keine verjährungshemmenden Abreden getroffen oder keine entsprechenden Maßnahmen (z.B. Klageerhebung) eingeleitet wurden. Allerdings kann der Vermieter trotz rechtskräftiger Abweisung seiner Schadensersatzansprüche wegen Ver-

---

<sup>68</sup> AG Gießen v. 31.8.2000 – 48 M 248/00, ZMR 2001, 459; AG Dortmund 28.2.1997 – 125 C 15016/96, WuM 1997, 212.

<sup>69</sup> Dazu LG Potsdam v. 13.2.2003 – 11 S 177/02, WuM 2003, 206 = MM 2003, 141.

<sup>70</sup> BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, MDR 2006, 802 m. Anm. *Walter* = WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340 = MietRB 2006, 157.

<sup>71</sup> AG Freiburg v. 7.12.2007 – 7 C 2246/07, WuM 2010, 449.

<sup>72</sup> AG Erfurt v. 9.6.2010 – 5 C 30/10, WuM 2010, 561.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf v. 30.10.2001 – 24 U 77/01, WuM 2002, 495 = ZMR 2002, 658; AG Montabaur v. 23.4.2013 – 5 C 309/12, zitiert nach juris.

jährung noch aufrechnen, wenn sich die Ansprüche in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden haben<sup>74</sup>.

In Fortentwicklung der Bestimmung des § 216 BGB ist davon auszugehen, dass der Vermieter, der im Besitz einer Barkaution ist, diese Sicherheit in Anspruch nehmen kann, obwohl die gesicherte Forderung bereits vor Eintritt der Aufrechnungslage verjährt ist<sup>75</sup>. Nach § 216 BGB kann der Inhaber einer dinglichen Sicherung diese auch dann in Anspruch nehmen, wenn die gesicherte Forderung verjährt ist. Solange die Sicherungsabrede oder der Charakter der Sicherheit nichts anderes erfordern, kann der Vermieter jedenfalls die Barkaution auch für verjährte Ansprüche verwerten, für die § 215 BGB nicht greift<sup>76</sup>.

Der Vermieter muss eine Abrechnung über die Kaution vorlegen, die den Anforderungen des § 259 BGB gerecht wird. Dazu ist die Vorlage einer nach Kapital, jeweiligem Zinssatz und Erhöhungsbetrag geordneten Zusammenstellung erforderlich. Klageweise kann dieser Anspruch im Wege der Stufenklage geltend gemacht werden<sup>77</sup>.

#### 1.4.4 Verrechnungen des Mieters

Eine Aufrechnung durch den Mieter ist vor Ablauf der angemessenen Prüfungsfrist bedeutungslos, weil noch kein fälliger Rückforderungsanspruch besteht<sup>78</sup>. Es fehlt also an einer Aufrechnungslage nach § 387 BGB. Erklärt der Mieter nach Eintritt der Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs die Aufrechnung mit mehreren Forderungen, findet über § 396 Abs. 1 BGB eine Verrechnung nach § 366 Abs. 2 BGB statt<sup>79</sup>, wenn sie ohne Tilgungsbestimmung erfolgt oder der Vermieter einer bestimmten Verrechnung unverzüglich widerspricht<sup>80</sup>. Dazu reicht aber der Hinweis des Vermieters, der Kautionsrückzahlungsanspruch sei noch nicht fällig, nicht aus<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> OLG Düsseldorf v. 14.12.2006 – 24 U 113/06, GuT 2007, 211.

<sup>75</sup> *Stellwaag*, ZMR 2014, 350.

<sup>76</sup> § 216 BGB ist analog auf ein abstraktes Schuldversprechen anzuwenden: BGH v. 12.1.2010 – XI ZR 37/09, NJW 2010, 8; BGH v. 17.11.2009 – XI ZR 36/09, NJW 2010, 1144.

<sup>77</sup> OLG Karlsruhe v. 16.6.2009 – 19 W 23/09, NJW-RR 2010, 585.

<sup>78</sup> OLG Düsseldorf v. 16.12.1999 – 10 U 72/98, WuM 2000, 212.

<sup>79</sup> vgl. BGH v. 9.1.2013 – VIII ZR 94/12, MDR 2013, 262 = WuM 2013, 179 = GE 2013, 349 Rz. 17.

<sup>80</sup> Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 5.11.2009 – 24 U 12/09, DWW 2010, 182.

<sup>81</sup> OLG Düsseldorf v. 15.11.2001 – 10 U 142/00, ZMR 2002, 109.



Ein vertragliches Aufrechnungsverbot kann der Verrechnung durch den Mieter entgegenstehen, soweit die Beschränkung wirksam ist<sup>82</sup>. Das setzt in der Regel nicht nur einen Vorbehalt für unbestrittene und rechtskräftige, sondern auch für entscheidungsreife Forderungen voraus.

## 1.5 Aufrechnung mit kautionsfremden Ansprüchen

Der Vermieter kann nach Ablauf der Prüfungsfrist mit allen Ansprüchen aufrechnen, die ihm gegen den Mieter zustehen<sup>83</sup>. Bei preisgebundenem Wohnraum gilt die Beschränkung des §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG nicht fort<sup>84</sup>.

Die h.M.<sup>85</sup> geht allerdings davon aus, dass ein (stillschweigendes) Aufrechnungsverbot besteht, und zwar bei § 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG wegen der Beschränkung der Kautionsaufrechnung auf die darin ausdrücklich genannten (Schadensersatz-)Ansprüche (also keine Aufrechnung z.B. mit Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen<sup>86</sup>) und bei preisfreiem Wohnraum auf Ansprüche aus dem Mietvertrag<sup>87</sup> (also z.B. keine Aufrechnung gegen Ansprüche aus einem zweiten Mietvertrag<sup>88</sup>). Dies soll erst recht gegenüber dem Zwangsverwalter gelten oder für die Rückzahlung einer Sonderkaution (z.B. für die Anbringung einer Parabolantenne)<sup>89</sup>.

Die durch die Kautionsvereinbarung hervorgerufene Zweckbestimmung und der durch die Leistung der Sicherheit hervorgerufene Treuhandcharakter sollen nicht in Abrede gestellt werden. Indessen ist die Zweckbestimmung insbesondere bei §§ 9 Abs. 5 WoBindG, 50 WoFG auf die Befriedigung während der Mietzeit zugeschnitten. Hier erhält der Vermieter das Mietausfallwagnis mit der regelmäßigen Zahlung der Miete. Dieses Surrogat fließt dem Vermieter aber nach Ende der Mietzeit nicht mehr zu. Hat der Mieter nun seine Kautionsab-

---

<sup>82</sup> OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 – 10 U 58/09, ZMR 2010, 356.

<sup>83</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 183; *Blank/Börstinghaus*, § 551 Rz. 82; *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

<sup>84</sup> AG Spandau v. 28.7.2011 – 10 C 222/11, GE 2011, 1488.

<sup>85</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = GE 2012, 1093; OLG Düsseldorf v. 25.10.2007 – 10 U 24/07, ZMR 2008, 47; LG Hamburg v. 13.6.2016 – 307 T 1/16, ZMR 2016, 876; AG Schöneberg v. 12.12.1989 – 16 C 674/89, WuM 1990, 426; *Staudinger/Emmerich*, § 551 BGB Rz. 32.

<sup>86</sup> AG Köln v. 1.8.2007 – 203 C 175/07, WuM 2008, 222.

<sup>87</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12; GE 2012, 1093.

<sup>88</sup> LG Köln v. 31.1.2007 – 10 S 165/06, MietRB 2007, 113 m.w.N.

<sup>89</sup> AG Köln v. 7.4.2008 – 222 C 480/07, NZM 2009, 433.

wohnt und die letzten Mieten nicht bezahlt, müsste der Vermieter nach der h.M. die Kautionszahlung zurückzahlen und wegen der Mieten klagen. Auch im preisfreien Wohnraum bestehen weder dogmatische noch Gründe der Zweckmäßigkeit, den Vermieter mit der Aufrechnung auf Ansprüche aus dem Mietvertrag zu beschränken<sup>90</sup>. Im Gegenteil: Die Sicherheitsleistung hat ihren Hauptzweck gerade am Ende der Mietzeit. Hier bleiben Forderungen offen, die nicht durchlaufende Leistungen (z.B. wiederkehrende Guthaben aus Betriebskostenabrechnungen) verrechnet werden können, so dass das Insolvenzrisiko voll durchschlägt. Selbst wenn der Treuhändercharakter, der das Aufrechnungsverbot im Wesentlichen begründen soll<sup>91</sup>, erst mit der Rückgabe der Sicherheit endet, ist es unserer Rechtsordnung nicht fremd, dass sich Rechte bei Eintritt besonderer Umstände ändern können. Dies ist hier mit der Beendigung des Mietvertrages der Fall. Ansonsten würde der zahlungssäumige Mieter geschützt<sup>92</sup>. Dies gilt auf jeden Fall, wenn es ausdrücklich vereinbart ist. Letzteres ist auch formularvertraglich zulässig.

## 1.6 Rechtsfolgen der Kautionsabrechnung

Allein durch die vorbehaltlose Abrechnung des Vermieters über die Kautionszahlung nach Beendigung des Mietverhältnisses entsteht hinsichtlich weiterer dem Vermieter bekannter Ansprüche kein negatives Schuldanerkenntnis mit der Folge, dass diese Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können<sup>93</sup>. Das Anerkenntnis setzt einen Vertrag voraus. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob in der Kautionsabrechnung des Vermieters ein Angebot auf Abschluss eines Schuldanerkenntnis- oder Erlassvertrages zu sehen ist, dass der Mieter z.B. dadurch annimmt, dass er die Abrechnung widerspruchslos hinnimmt und den Nachforderungsbetrag ohne Vorbehalt zahlt<sup>94</sup>. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob in der vorbehaltlosen Kautionsrückzahlung ein Verzicht des Vermieters auf weitergehende Forderungen liegt oder ob hierin ggfs. das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen ist, große Zurückhaltung geboten<sup>95</sup>. Eine verallgemeinernde Betrachtungsweise kommt insoweit

---

<sup>90</sup> *Dickersbach*, WuM 2006, 595 m.w.N.

<sup>91</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 36/12, MDR 2012, 954 = WuM 2012, 502 = ZMR 2012, 855.

<sup>92</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. III 159a, 183 a.E.

<sup>93</sup> A.A. AG Tiergarten v. 16.5.2007 – 4 C 592/06, GE 2007, 855.

<sup>94</sup> BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, MDR 2007, 262 = WuM 2006, 677 = ZMR 2007, 28.

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 – 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

nicht in Betracht. Nicht jede Auszahlung der Kautionsrückzahlung nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist rechtfertigt bereits die Annahme, der Vermieter wolle keine weiteren Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr erheben. Ein Verzicht oder Forderungserlass im Zusammenhang mit der Kautionsrückzahlung setzt vielmehr grundsätzlich ein unzweideutiges Verhalten voraus. Hierzu bedarf es allerdings nicht in jedem Einzelfall einer ausdrücklichen Willenserklärung. Im Ergebnis müssen die weiteren Umstände zeigen, dass sich die Parteien über den Bestand und die Rechtmäßigkeit der verrechneten Forderungen einig sind<sup>96</sup>. Ein solches Anerkenntnis schließt die Einwendungen beider Parteien aus, die sie bei der Abgabe der Erklärung kannten oder mit denen sie rechnen mussten<sup>97</sup>. Allerdings kann die vorbehaltlose Herausgabe der Kautionsrückzahlung den Tatbestand der Verwirkung begründen. Immerhin besteht ein Anspruch des Mieters auf Rückgabe erst, wenn keine Gegenansprüche des Vermieters (mehr) bestehen.

## 1.7 Verjährung

Der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr verjährt nach § 195 BGB. Dies gilt für jede Art von Pfand (Barkautions, verpfändetes Sparbuch, Bürgschaft etc.). Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Rückforderungsanspruch fällig wird. Dementsprechend ist für die Berechnung der Dreijahresfrist i.d.R. auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Abrechnungsfrist von (bis zu) sechs Monaten abläuft<sup>98</sup>. Gleichzeitig verjähren die Zinsen<sup>99</sup>. Für die Verzugszinsen gilt § 217 BGB.

Ist Gegenstand der Rückgewähr eine Bürgschaft, führt der Eintritt der Verjährung zu einem dauernden Besitzrecht des Vermieters an der Urkunde. Einlösen kann der Vermieter die Urkunde/Bürgschaft nur, soweit nicht auch gegenüber dem Bürgen oder im Hinblick auf die Hauptforderung Verjährung eingetreten ist.

---

<sup>96</sup> LG Mannheim v. 8.2.2006 – 4 S 52/05, WuM 2006, 190 = NZM 2006, 223.

<sup>97</sup> BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 335/81, MDR 1983, 1017 = NJW 1983, 1903 (unter II 2a); BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 94/05, MDR 2006, 1038 = NJW 2006, 903 (unter II 1c), jeweils m.w.N.

<sup>98</sup> LG Oldenburg v. 11.2.2013 – 4 T 93/13, GE 2013, 623; Schmid, ZMR 2014, 257.

<sup>99</sup> LG Lübeck v. 22.7.2010 – 14 S 59/10, ZMR 2011, 42.

## 2 Die Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Die Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzuges nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt zunächst fällige, vom Mieter laufend geschuldete Mieten voraus. Ferner dürfen die Mietzahlungsansprüche des Vermieters zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung<sup>100</sup> noch nicht (vollständig) erfüllt sein. Maßgeblich ist, dass einmal ein Kündigungstatbestand entstanden ist, der bis zum Zugang der Kündigungserklärung nicht wieder erloschen ist<sup>101</sup>. Die Abwägungskriterien des § 543 Abs. 1 BGB finden keine zusätzliche Anwendung<sup>102</sup>.

§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bezweckt den Schutz des Vermieters. Er soll davor bewahrt werden, über einen längeren Zeitraum seiner Pflicht zur Gebrauchsüberlassung nachkommen zu müssen, aber nicht das Entgelt dafür zu erhalten, das er im Rahmen seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung im Voraus fest eingeplant hat und das er zur Erfüllung seiner eigenen regelmäßigen Zahlungsverpflichtungen dringend benötigt<sup>103</sup>.

### 2.1 Miete

Miete i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist grundsätzlich der für den letzten vereinbarten Zeitabschnitt laufend geschuldete Betrag. Das ist die nach den aktuellen Vereinbarungen der Parteien für den relevanten Zeitraum (z.B. Monat) vereinbarte Brutto- oder Gesamtmiete<sup>104</sup>, selbst wenn eine Minderung nach § 536 BGB berechtigt ist<sup>105</sup>. Dementsprechend gehören neben der Grundmiete auch die laufend mit der Miete zu zahlenden Betriebskostenpauschalen und/oder -vorauszahlungen dazu<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 267/09, MDR 2010, 1105 = GE 2010, 1197 = WuM 2010, 571 = NZM 2010, 696 = ZMR 2011, 16; a.A. LG Duisburg v. 24.3.2006 – 13 T 28/06, WuM 2006, 257; LG Köln v. 18.1.2001 – 6 S 221/00, ZMR 2002, 123.

<sup>101</sup> BGH v. 23.9.1987 – VIII ZR 265/86, WuM 1988, 126.

<sup>102</sup> BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313.

<sup>103</sup> OLG Koblenz v. 26.7.1984 - 4 W-RE 386/84, WuM 1984, 269 = ZMR 1984, 351 = juris Rz. 9.

<sup>104</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 84.

<sup>105</sup> BGH v. 27.9.2017 – VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = ZMR 2018, 17.

<sup>106</sup> BGH v. 28.5.1975 – VIII ZR 70/74, WM 1975, 897.

Der ausreichende Rückstand kann sich sogar allein aus den laufenden Zahlungen auf die Betriebskosten (Vorauszahlungen, Pauschale) zusammensetzen<sup>107</sup>, sofern z.B. bei Teilzahlungen des Mieters eine Verrechnung nur auf die anderen Teile der Miete in Betracht kommt. Insoweit ist weder relevant, ob die Abrechnungsperiode abgelaufen ist<sup>108</sup>, noch ob inzwischen Abrechnungsreife eingetreten ist. Denn sanktioniert werden soll die unterlassene Mietzahlung. Ob der dadurch entstehende Rückstand noch als Zahlungsforderung geltend gemacht werden kann, ist davon unabhängig. Denn ein einmal entstandener Kündigungstatbestand entfällt erst, wenn der Rückstand ausgeglichen ist, § 543 Abs. 2 S. 2 BGB.

Demgegenüber sollen die Nachforderungen aus den jährlichen Betriebskostenabrechnungen im Rahmen der Rückstandsermittlung nicht zu berücksichtigen sein<sup>109</sup>. Dies ist – jedenfalls in dieser Allgemeinheit – zweifelhaft<sup>110</sup>. Bei der Vereinbarung von Vorauszahlungen auf Betriebskosten wird – wie sich aus § 556 Abs. 3 BGB ergibt – eine Jahresmiete geschuldet, deren Höhe der Vermieter durch Vorlage der Betriebskostenabrechnung (endgültig) bestimmt<sup>111</sup>. Der BGH hat den Rückstand mit Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen in Höhe von nahezu zwei Monatsmieten als erhebliche Pflichtverletzung<sup>112</sup> und die Nachforderung als wiederkehrende Leistung i.S.v. § 216 BGB<sup>113</sup> angesehen. Gemäß § 556 Abs. 1 BGB sind Betriebskosten Miete. Betriebskostenvorauszahlungen sind Bestandteil der Miete und daher laufende bzw. wiederkehrende Leistungen. Diesen Charakter büßen sie nicht ein, wenn sie in Form der Nachforderung geschuldet werden. Vielmehr ist die Nachforderung ebenfalls eine wiederkehrende Leistung<sup>114</sup>. Deshalb ist z.B. § 536 BGB auf die Nachforderung anwendbar<sup>115</sup>. Wenn die Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung

---

<sup>107</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24; LG Leipzig v. 31.3.2006 – 01HK O 4441/05, ZMR 2006, 608.

<sup>108</sup> LG Berlin v. 12.8.1985 – 61 S 22/85, MDR 1986, 412 f.

<sup>109</sup> OLG Koblenz v. 26.7.1984 – 4 W RE 386/84, ZMR 1984, 351 = WuM 1984, 269; LG Dessau-Roßlau v. 29.12.2016 – 5 S 141/16, ZMR 2017, 481 = IMR 2017, 132.

<sup>110</sup> *Börstinghaus*, WuM 2017, 254 (255).

<sup>111</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284; BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 133/10, WuM 2011, 370 = ZMR 2011, 710.

<sup>112</sup> BGH v. 28.5.1975 – VIII ZR 70/74, WPM 1975, 897.

<sup>113</sup> BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762.

<sup>114</sup> BGH v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, WuM 2016, 620 = ZMR 2016, 768 = NZM 2016, 762.

<sup>115</sup> BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 223/10, WuM 2011, 284.

aber einen Teil der vereinbarten Miete darstellt, kann sie jedenfalls den Tatbestand des § 543 Abs. 2 Nr. 3b) BGB begründen, sofern der Gesamtrückstand des Mieters (laufende Miete + Nachforderung) zwei Monatsmieten erreicht. Gerade weil der Gesetzgeber zum 1.9.2001 den Sprachgebrauch der mietrechtlichen Vorschriften vereinheitlichen wollte, ist es nicht gerechtfertigt, den Begriff Miete in den §§ 535, 536, 543 Abs. 2 Nr. 3, 556 BGB unterschiedlich zu interpretieren. Abgesehen davon benötigt der Vermieter die Nachforderung auch dazu, um seine laufenden Kosten bestreiten zu können. Im Übrigen sind Kumulationen von laufendender Miete und Nachforderungen in jeder Form zulässig. Zumindest ergibt sich daraus ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 Abs. 1 BGB, wenn zwei Monatsmieten erreicht sind<sup>116</sup>.

Neben dem Entgelt für die Überlassung sind alle vereinbarten Zuschläge in die Rückstandsberechnung einzubeziehen. Dazu gehören insbesondere die Zuschläge für Möblierung, Modernisierung, Schönheitreparaturen, Untervermietung, gewerbliche Nutzung<sup>117</sup>.

Bei einem einheitlichen Mietvertrag kommt es ebenfalls auf die gesamte Miete an. Eine (Teil-)Kündigung ist nicht gerechtfertigt, weil der Mieter z.B. für die einheitlich vermietete Garage keine Mietzahlungen mehr leistet, sofern der Rückstand nicht zwei Gesamtmieten erreicht. Umgekehrt ist bei getrennten Verträgen der Rückstand separat zu ermitteln<sup>118</sup>. Das gilt erst recht bei zusammengesetzten Verträgen (z.B. Mietvertrag und Bierlieferungsvertrag).

Anzusetzen ist die für den jeweiligen Zeitabschnitt dem Grunde und der Höhe nach geschuldete Miete. Ist eine Staffelmiete vereinbart, ist ab Eintritt der Staffel die danach zu zahlende Miete maßgeblich. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch für vereinbarte oder aufgrund einseitiger, wirksamer Mietänderung (z.B. nach §§ 558, 559 oder § 560 BGB) eingetretene Erhöhungen. Allerdings ist insoweit § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu beachten. Dies gilt vor allem bei rückwirkend vereinbarten Mieterhöhungen, die für sich ein Kündigungsrecht begründen können, wenn sie sich z.B. gleichmäßig auf die relevanten Zeitabschnitte vereinba-

---

<sup>116</sup> LG Berlin v. 20.2.2015 – 63 S 202/14, GE 2015, 452; a.A. LG Dessau-Roßlau v. 29.12.2016 – 5 S 141/16, ZMR 2017, 481 m.w.N.

<sup>117</sup> Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 89; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, § 543 BGB Rz. 73.

<sup>118</sup> AG Hannover v. 25.5.2009 – 414 C 1533/09, WuM 2009, 480.

rungsgemäß verteilen sollen<sup>119</sup> und nicht eine bloße Einmalzahlung vereinbart wird.

Bei Einmalzahlungen führt die Nichtzahlung selbst dann nicht zur Anwendung des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, wenn ihr Rückstand bezogen auf die vorgesehene Mietzeit den auf zwei Monate entfallenden Betrag erreicht oder sogar übersteigt. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Mieter in einem gerichtlichen Vergleich zur Nachzahlung von Miete, die angesichts einer ungewissen Rechtslage dadurch möglicherweise überhaupt erstmals begründet ist, verpflichtet und der Zahlbetrag die Summe von zwei Monatsmieten übersteigt<sup>120</sup>. Klassische Einmalzahlungen sind Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen oder Baukostenzuschüsse, Mietvorauszahlungen und Kautions<sup>121</sup>, aber auch Prozesskosten.

Haben die Parteien nur eine Miete mit symbolischem Charakter z.B. vom 1 € vereinbart, kann zur Rückstandermittlung nicht auf die vereinbarte Miete abgestellt werden. Vielmehr muss der Berechnung der Wert des Nutzungsinteresses zugrundegelegt werden, dass sich an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientiert<sup>122</sup>.

## 2.2 Rückstandsermittlung

Bei der Rückstandsberechnung ist allein der Betrag der für den Zeitabschnitt vereinbarten Mietschuld maßgeblich<sup>123</sup>. Wegen der kalendermäßigen Bestimmung der Fälligkeit (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) nach dem dritten Werktag geschuldeter Zinsen und sonstiger Verzugsschäden kann jedenfalls nicht nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB gekündigt werden.

Außer Betracht bleiben bei der Rückstandsermittlung verjährte und verwirkte Mieten<sup>124</sup>. Dazu muss sich der Mieter nicht erst die Einrede der Verjährung er-

---

<sup>119</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 543 BGB Rz. 112; a.A. LG Köln v. 9.7.1992 – 6 S 9/92, WuM 1993, 191.

<sup>120</sup> OLG München v. 9.12.2002 – 15 U 2940/02, NZM 2003, 554.

<sup>121</sup> *Staudinger/Emmerich*, § 543 BGB Rz. 49.

<sup>122</sup> BGH v. 15.5.2018 – VIII ZR 150/17, WuM 2018, 514.

<sup>123</sup> vgl. die Beispielfälle bei *Breiholdt*, ZMR 2017, 788.

<sup>124</sup> LG Berlin v. 17.3.1983 – 61 S 165/82, MDR 1983, 843; *Staudinger/Emmerich*, § 543 BGB Rz. 57; a.A. *Sternel*, WuM 2009, 699..

heben. Denn das Leistungsverweigerungsrecht nach § 214 BGB hindert bereits den Verzug<sup>125</sup>.

Hat sich eine Mieterhöhung ergeben, ist bei allen drei Varianten des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB die erhöhte Miete maßgeblich, weil es auf die Miethöhe im Zeitpunkt der Kündigung ankommt und nicht auf die Fälligkeit der jeweiligen Miete<sup>126</sup>. Kommt es auf den erheblichen Rückstand an, der sich nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB nach der Monatsmiete richtet, bildet der erhöhte Betrag ebenso die Hürde wie bei der Bemessung des Gesamtrückstandes i.S.v. § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB.

Im Falle der Minderung gemäß § 536 BGB ist die vertragliche Sollmiete (ohne Minderung) Ausgangspunkt der Berechnung<sup>127</sup>. Das führt dazu, dass der kündigungsrelevante Rückstand stets gleich bleibt, also nicht von Schwankungen nach § 536 BGB abhängt. Wurde die Miete z.B. mit 500 € wirksam vereinbart, beträgt der Rückstand mit zwei Monatsmieten immer 1000 €. Darf der Mieter die Miete um 20% (= 100 €), zahlt aber nur 300 € monatlich, kann der Vermieter erst im 10. Monat kündigen. Denn erst dann liegt ein Rückstand von 1000 € vor. Nach der Auffassung der Gegenmeinung wäre der Rückstand bereits nach acht Monaten erreicht. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit unterliegt der Begriff der Miete im Hinblick auf die Vereinbarung der Parteien allen den Schwankungen durch §§ 138, 556d BGB, § 5 WiStrG oder § 8 Abs. 2 WoBindG.

### 2.2.1 Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Rückstandsberechnung ist nicht auf die Verhältnisse bei der Abgabe der Kündigungserklärung<sup>128</sup>, sondern bei Zugang der Erklärung abzustellen<sup>129</sup>. Zwar unterliegt auch die Kündigung wegen Zahlungsverzuges dem Begrün-

<sup>125</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 543 BGB Rz. 82.

<sup>126</sup> LG Osnabrück v. 13.5.1988 – 11 S 102/88, WuM 1988, 268; AG Lübeck v. 9.1.2017 – 31 C 2199/16, WuM 2017, 200 = ZMR 2017, 405; Staudinger/*Emmerich*, § 543 BGB Rz. 59.

<sup>127</sup> BGH v. 27.9.2017 – VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 m. abl. Anm. *Blank* = ZMR 2018, 16; *Kinne* in *Kinne/Schach/Bieber*, § 543 BGB Rz. 88 (geschuldete Miete); ohne Aussage: BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 = NZM 2012, 637 Rz. 16; a.A. *Schmidt-Futterer/Blank*, § 543 BGB Rz. 114a; *Kellendorfer* in *Spielbauer/Schneider*, § 543 BGB Rz. 21; *Lammel*, § 543 BGB Rz. 109.

<sup>128</sup> LG Köln v. 18.1.2001 – 6 S 221/00, ZMR 2002, 123; LG Köln v. 18.10.1990 – 1 S 215/90, MDR 1991, 157 = WuM 1991, 263; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rz. 1186.

<sup>129</sup> BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 267/09, MDR 2010, 1105 = GE 2010, 1197 = WuM 2010, 571 = NZM 2010, 696 = ZMR 2011, 16.



derungserfordernis des § 569 Abs. 4 BGB und kann der Vermieter im Kündigungsschreiben eine Zahlung nicht berücksichtigen, die er nicht kennt<sup>130</sup>. In dessen wäre in diesem Fall eine Kündigung wirksam, obwohl der Vermieter (materiell vollständig) befriedigt ist, so dass die Zahlung des Mieters nur noch nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB berücksichtigt werden kann. Immerhin kommt es auf den Verzug des Mieters an. Dieser entfällt aber z.B. durch Erfüllung unabhängig vom Willen und der Kenntnis des Vermieters.

Es ist nicht erforderlich, dass in dem Zeitpunkt der Abgabe oder des Zugangs der Kündigung einer der drei Tatbestände des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB (noch) vollständig vorliegt. Vielmehr reicht es aus, dass er einmal (in der Vergangenheit) entstanden und bis zum Zugang der Kündigungserklärung nicht wieder erloschen ist<sup>131</sup>. Erlöschen kann der Tatbestand nur durch Erfüllung, also Zahlung, Aufrechnung oder Hinterlegung.

#### 2.2.1.1 Erlöschen durch Zahlung, § 543 Abs. 2 S. 2 BGB

Ist einer der Kündigungstatbestände nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a oder b) BGB einmal entstanden, hat der Mieter also z.B. zwei Monate hintereinander keine Miete gezahlt, erlischt das Recht zur Kündigung nach dieser Vorschrift erst, wenn der Rückstand vollständig ausgeglichen ist<sup>132</sup>. Die vor dem Zugang der Kündigung<sup>133</sup> erfolgte (vollständige) Zahlung auf den bis dahin entstandenen Rückstand kann auch unter Vorbehalt bewirkt werden. Denn auch mit einer solchen Zahlung wird ein Erlöschen der Mietschuld herbeigeführt. Der Vorbehalt soll lediglich das Risiko aus § 814 BGB vermeiden, also die Annahme, dass die Zahlung in Kenntnis einer Nichtschuld erfolgte<sup>134</sup>. Ob die Zahlung in Teilbeträgen oder als Einmalzahlung herbeigeführt wird, ist unerheblich. Maßgeblich ist

<sup>130</sup> LG Duisburg v. 24.3.2006 – 13 T 28/06, WuM 2006, 257.

<sup>131</sup> BGH v. 23.9.1987 – VIII ZR 265/86, MDR 1988, 225 = WuM 1988, 126 = NJW-RR 1988, 77 = ZMR 1988, 16; KG v. 7.1.2016 – 8 U 205/15, GE 2016, 459.

<sup>132</sup> BGH v. 27.9.2017 – VIII ZR 193/16, MDR 2017, 1352 = WuM 2017, 644 = ZMR 2018, 16 m.w.N.; BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = ZMR 2017, 30 = GE 2016, 1272 Rz. 22; BGH v. 23.9.1987 – VIII ZR 265/86, MDR 1988, 225 = WuM 1988, 126 = NJW-RR 1988, 77 = ZMR 1988, 16; LG Flensburg v. 28.3.2014 – 1 T 8/14, ZMR 2014, 984; AG Pankow/Weißensee v. 14.4.2014 – 9 C 381/13, GE 2014, 805; AG Dortmund v. 2.11.2004 – 125 C 10067/04, WuM 2004, 720; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rz. 125.

<sup>133</sup> BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = ZMR 2017, 30 = GE 2016, 1272 Rz. 22.

<sup>134</sup> LG Frankfurt v. 7.7.1987 – 2/11 S 32/87, WuM 1987, 318.

allein das Ergebnis bis zum Zugang der Kündigung, nämlich die Rückführung des Mietkontos (bezogen auf die laufende Miete) auf Null.

Der Vermieter muss – bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – vollständig befriedigt werden<sup>135</sup>. Eine Teilleistung, mag sie auch erheblich sein, genügt für § 543 Abs. 2 S. 2 BGB nicht<sup>136</sup>. Auf die Höhe des (geringfügigen) verbleibenden Rückstands kommt es nicht an, auch nicht aus dem Gesichtspunkt von § 242 BGB. Dagegen ist für die Rechtzeitigkeit die Erfüllungshandlung maßgeblich<sup>137</sup>. Verjährte Forderungen sollen nur zu tilgen sein, solange sich der Mieter nicht auf Verjährung beruft<sup>138</sup>. Dies ist zweifelhaft. Denn insoweit besteht bereits kein Verzug, weil die Forderung einredebehaftet ist.

Da für die Leistungshandlung des Mieters auf den Eingang des Geldes auf dem Konto des Vermieters abzustellen ist, ist auch mit Blick auf § 543 Abs. 2 S. 2 BGB auf das Prioritätsprinzip abzustellen. Finden Zugang der Kündigung und Zahlung am selben Tag statt, muss im Zweifel der Vermieter darlegen und beweisen, dass der Zugang der Kündigung i.S.v. § 130 BGB vor der Zahlung des Mieters erfolgte.

§ 543 Abs. 2 S. 3 BGB, wonach eine unverzügliche Aufrechnung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, kann schon deshalb nicht auf andere Erfüllungsarten (z.B. Zahlung) analog angewandt werden, da dann der Schutzzweck der Norm in sein Gegenteil verkehrt würde.

### 2.2.1.2 Erlöschen durch Aufrechnung

Nach § 543 Abs. 2 S. 3 BGB hat die Aufrechnung die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, wenn die Gegenforderung bereits vor der Kündigung bestanden hatte und der Mieter unverzüglich die Aufrechnung erklärt. Davon sind auch Aufrechnungen erfasst, die vor dem Zugang der Kündigung oder gleichzeitig mit ihr erklärt werden. Die Aufrechnungslage muss schon vor der Kündigung be-

---

<sup>135</sup> BGH v. 24.8.2016 – VIII ZR 261/15, WuM 2016, 658 = ZMR 2017, 30 = GE 2016, 1272 Rz. 22 m.w.N.

<sup>136</sup> BGH v. 14.7.1970 – VIII ZR 12/69, ZMR 1971, 27.

<sup>137</sup> BGH v. 11.1.2006 – VIII ZR 364/04, MDR 2006, 864 = NJW 2006, 1585.

<sup>138</sup> *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. XII 149.

standen haben<sup>139</sup>. Der Rechtsgrund der zur Aufrechnung gestellten Mietforderung ist ohne Belang.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen der Aufrechnungslage ist der Zugang der Kündigung<sup>140</sup>. Ist die Forderung des Mieters bis dahin entstanden, kann er aufrechnen. Ansonsten bleibt ihm nur der Weg über § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

Davon zu unterscheiden ist die Aufrechnung vor Zugang der Kündigung. Sie tilgt den Rückstand und lässt damit den Kündigungsgrund entfallen. Tilgt sie die Forderung des Vermieters nur teilweise, führt dies in der Regel nicht zum Erlöschen des Kündigungsgrundes<sup>141</sup>. Denn nur die vollständige Tilgung führt zu einem Wegfall eines einmal entstandenen Kündigungsrechts, § 543 Abs. 2 S. 2 BGB.

Das Bestehen einer Aufrechnungsbeschränkung ist in der Wohnraummiete unbeachtlich. Denn solche Regelungen werden durch § 569 Abs. 5 S. 1 BGB verboten. Zwar bestimmt § 556b Abs. 2 BGB, dass z.B. mit den dort bezeichneten Ansprüchen trotz eines (wirksamen) Aufrechnungsverbots nach vorheriger Ankündigung von einem Monat aufgerechnet werden kann. § 556b BGB setzt aber ein wirksames Aufrechnungsverbot voraus. Da ein Aufrechnungsverbot aber die Schutzvorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu Lasten des Mieters einschränkt, ist es unwirksam.

Die Aufrechnung muss grundsätzlich ausdrücklich erklärt werden, was aber formfrei möglich ist. Zwar kann auch die Aufrechnung durch schlüssiges Verhalten, etwa durch die Aufzählung von Gegenansprüchen geltend gemacht werden, wenn sich daraus ablesen lässt, dass der Mieter die Forderung des Vermieters mit den z.B. aufgezählten Ansprüchen tilgen will. In der Übersendung einer Mängelliste kann aber eine eindeutige Aufrechnungserklärung jedenfalls nicht gesehen werden<sup>142</sup>.

Ob die Handlungsweise des Mieters unverzüglich ist, beurteilt sich nach § 121 Abs. 1 BGB. Diese Voraussetzungen liegen zwei Monate nach Zugang der

---

<sup>139</sup> BGH v. 2.6.1959 – VIII ZR 20/59, MDR 1959, 754 = NJW 1959, 2017.

<sup>140</sup> *Blank/Börstinghaus*, § 543 BGB Rz. 121.

<sup>141</sup> A.A. *Staudinger/Emmerich*, § 543 BGB Rz. 66 (a.E.).

<sup>142</sup> OLG Brandenburg v. 5.1.2011 – 3 U 55/10, MietRB 2011, 174.

Kündigung nicht mehr vor<sup>143</sup>. Der Anspruch auf Auskehrung der Kaution kann vom Mieter nicht unverzüglich zur Aufrechnung gestellt werden. Abgesehen von mangelnder Fälligkeit schränkt § 543 Abs. 2 S. 3 BGB den § 389 BGB (rückwirkende Kraft der Aufrechnung) aus Gründen der Rechtssicherheit zugunsten des Vermieters dahin ein, dass die Aufrechnungslage bereits vor der Kündigung bestanden haben muss.

Im Übrigen kann die Aufrechnungserklärung des Mieters nur dann zur Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges führen, wenn die Gegenforderung so bestimmt bezeichnet ist, dass sie der Vermieter prüfen kann<sup>144</sup>. Der allgemeine Hinweis auf eine Aufrechnungsbefugnis genügt nicht<sup>145</sup>. Anderenfalls ließe sich nicht feststellen, welche konkrete Gegenforderung aus einem bestimmten Lebenssachverhalt im Wege der Aufrechnung mit den rückständigen Mietforderungen gemäß § 389 BGB erloschen ist und damit anderweitig nicht mehr geltend gemacht werden kann.

### **2.2.2 § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 1 BGB**

Danach muss sich der Mieter mit zwei aufeinander folgenden Mieten in Verzug befinden. Diese Alternative wirft keine besonderen Probleme auf. Voraussetzung ist, dass der Mieter an zwei aufeinander folgenden Terminen überhaupt keine Miete zahlt. Dagegen stellt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB nicht darauf ab, ob bei einem Gesamtvergleich der für eine gewisse Zeit zu entrichtenden Miete mit den real geleisteten Zahlungen eine Differenz verbleibt, die der Entgeltschuld für zwei aufeinander folgende Termine ganz oder weitgehend entspricht<sup>146</sup>.

Mit Zahlungsterminen, auf die hier abgestellt wird, sind die Fälligkeitstermine gemeint, an denen nach dem Vertrag oder, sofern eine Regelung dazu fehlt, nach § 556b Abs. 1 BGB die Miete zu entrichten ist. Dabei kann es sich um Wochen-, Monats-, Quartals- oder Jahrestermine handeln.

---

<sup>143</sup> LG Hamburg v. 20.8.2010 – 311 S 156/10, ZMR 2011, 129 (für Gewerberaummietvertrag).

<sup>144</sup> OLG Celle v. 16.2.2007 – 2 U 9/07, OLGR Celle 2007, 349 = GE 2007, 1252.

<sup>145</sup> Bub/Treier/*Grapentin*, IV Rz. 377.

<sup>146</sup> OLG Brandenburg v. 24.2.2010 – 3 U 112/09, zitiert nach juris.

### 2.2.3 § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB

Diese Alternative setzt voraus<sup>147</sup>, dass der nicht unerhebliche Gesamtrückstand aus zwei aufeinander folgenden Terminen resultiert<sup>148</sup>. Der erhebliche Rückstand bemisst sich für die Wohnraummiete nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB und muss daher mehr als eine Monatsgesamtmiete betragen. Das ist schon bei einem Rückstand von einer Monatsmiete + 0,01 Euro der Fall. Hat sich von dem einen zum anderen Zahlungstermin eine Mieterhöhung ergeben, ist für die Bemessung des ausreichenden Rückstandes die höhere Miete maßgeblich.

Die Bewertung hat allein anhand der Summe der beiden aufeinanderfolgenden Mieten, die nicht oder nicht vollständig bezahlt wurden, zu erfolgen. Insoweit ist es unerheblich, ob die Miete monatlich oder für längere Zeiträume geschuldet wird<sup>149</sup>. Dies macht bereits der Wortlaut deutlich. Andererseits genügt zur Erfüllung dieses Tatbestandes nicht, dass sich der Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind<sup>150</sup>. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a Alt. 2 BGB setzt vielmehr voraus, dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert<sup>151</sup>. Diese Auslegung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift<sup>152</sup>.

Allenfalls kann für Altverträge aus der Zeit vor dem 1.9.2001 § 551 Abs. 2 BGB a.F. eingreifen, wonach mangels anderweitiger Regelung eine vierteljährliche Zahlung geschuldet ist. In der Wohnraummiete muss der Rückstand für die beiden Monate mehr als eine Monatsmiete betragen (§ 569 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Daraus ist für andere Mietverträge zu folgern, dass der für Abs. 2 Nr. 3 lit. a relevante Rückstand auch geringer als eine Miete sein kann.

---

<sup>147</sup> BGH v. 23.7.2008 – XII ZR 134/06, MDR 2008, 1265 = WuM 2008, 595.

<sup>148</sup> BGH v. 15.4.1987 – VIII ZR 126/86, MDR 1987, 928 = NJW-RR 1987, 903.

<sup>149</sup> BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 61/07, MDR 2009, 18 = ZMR 2009, 106.

<sup>150</sup> OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – 10 U 166/05, DWW 2006, 240.

<sup>151</sup> BGH v. 15.4.1987 – VIII ZR 126/86, MDR 1987, 928 = NJW-RR 1987, 903; Münch-Komm/Bieber, § 543 BGB Rz. 46; Staudinger/Emmerich, § 543 BGB Rz. 52; Gramlich, § 553 BGB Rz. 10.

<sup>152</sup> BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 61/07, MDR 2009, 18 = ZMR 2009, 106.

### 2.2.4 § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB

Bei diesem Tatbestand muss der Mieter über mehr als zwei Zahlungstermine etwas schuldig geblieben sein. Die Fälligkeitstermine brauchen nicht hintereinander zu liegen.

Der Gesamtrückstand muss die Höhe der Miete für zwei Monate erreichen. Insofern ist im Falle einer Mieterhöhung auf die zuletzt gültige Miete abzustellen. Es genügt, wenn Verzug mit diesem Betrag im Zeitpunkt der Kündigung besteht<sup>153</sup> oder einmal bestanden hat und bis zur Kündigung nicht beseitigt wurde<sup>154</sup>. Das ist aber noch nicht der Fall, wenn sich die Parteien angesichts einer ungewissen Rechtslage über die Höhe der Miete vergleichen und erst dadurch möglicherweise überhaupt erstmals eine Mietforderung begründen<sup>155</sup>.

Die Vorschrift kann auf Verträge, bei denen die Miete in längeren als Monatsabschnitten zu zahlen ist, nicht entsprechend angewendet werden<sup>156</sup>. Andererseits ist ausnahmsweise eine Abmahnung erforderlich, wenn sich dem Vermieter der Schluss aufdrängen muss, dass die Nichtzahlung der Miete nicht auf Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit beruht<sup>157</sup>.

## 2.3 Verzug

### 2.3.1 Fällige Mieten

Verzug (§ 286 BGB) mit der Mietzahlung setzt zunächst Fälligkeit voraus. Diese richtet sich nach dem Vertrag, sonst nach §§ 556b, 579 BGB. Unter Berücksichtigung der Zahlungsdienstrichtlinie<sup>158</sup> ist die Mietschuld nur in der Gewerberaummietae grundsätzlich als Bringschuld zu qualifizieren<sup>159</sup>. In der Wohnraum-

---

<sup>153</sup> LG Berlin v. 27.9.1991 – 64 S 141/91, MDR 1992, 376 = ZMR 1992, 24; *Nierwetberg*, NJW 1991, 1804; Palandt/*Weidenkaff*, § 543 BGB Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 110.

<sup>154</sup> BGH v. 15.4.1987 – VIII ZR 126/86, MDR 1987, 928 = NJW-RR 1987, 903.

<sup>155</sup> OLG München v. 9.12.2002 – 15 U 2940/02, NZM 2003, 554.

<sup>156</sup> Palandt/*Weidenkaff*, § 543 BGB Rz. 25; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 118; a.A. Staudinger/*Emmerich*, Rz. 58; ähnlich MünchKomm/*Bieber*, § 543 BGB Rz. 48.

<sup>157</sup> OLG Düsseldorf v. 25.3.2004 – I-10 U 109/03, MDR 2004, 1234 = ZMR 2004, 570; a.A. OLG Frankfurt v. 10.8.2007 – 2 U 229/06, zitiert nach juris.

<sup>158</sup> Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenverkehr, zur Änderung der Richtlinien 97/7EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie der Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABIEG Nr. L 319 v. 5.12.2007, S. 1.

<sup>159</sup> *Herresthal*, NZM 2011, 833 (837).

miete bleibt sie qualifizierte Schickschuld, so dass den Mieter bei rechtzeitiger Veranlassung der Überweisung nicht die Verzögerungsgefahr trifft, sofern ein Verschulden der Bank vorliegt. Für eine derartige Zurechnung gibt die Richtlinie nichts her<sup>160</sup>. Allerdings hat der Schuldner mit Blick auf §§ 556b Abs. 1, 286 Abs. 2 BGB im Zweifel nur rechtzeitig geleistet, wenn das Geld bis zum dritten Werktag auf dem Konto des Vermieters eingegangen ist, sofern nichts anderes vereinbart ist. Dazu muss die Gutschrift spätestens am dritten Werktag erfolgen und die Wertstellung zum zweiten Werktag herbeiführen<sup>161</sup>.

Die Mietschuld ändert sich z.B. in eine Holschuld, wenn der Mieter vereinbarungsgemäß eine Lastschrift-Einzugsermächtigung erteilt hat. Hier muss der Vermieter bei der Erfüllung mitwirken und die Lastschrift der Bank vorlegen. Auch wenn die Miete mehrfach zurückbelastet wurde, kann der Vermieter das Verfahren nur aussetzen, wenn dies vereinbart ist, also das Recht zur Teilkündigung besteht<sup>162</sup>. Deshalb kann auch nicht auf § 314 BGB zurückgegriffen werden<sup>163</sup>.

Im Hinblick auf die kalendermäßige Bestimmung der Fälligkeit durch § 556b Abs. 1 BGB ist der Eintritt des Verzuges nach § 286 Abs. 2 BGB nicht von einer Mahnung abhängig. Erklärt der Vermieter aber eine fristgebundene (Ab-) Mahnung, kann er nicht vor Ablauf der Frist kündigen. Insoweit kann es dahinstehen, ob er mit der Fristsetzung auf das Kündigungsrecht vorübergehend verzichtet hat<sup>164</sup>. In jedem Fall liegt ein *venire contra factum proprium* (widersprüchliches Verhalten) vor.

### 2.3.2 Keine Einrede

Grundsätzlich reicht das bloße Bestehen einer Einrede (z.B. § 214 BGB), um den Verzug zu hindern<sup>165</sup>. Dazu muss sich der Mieter auf eine Einrede stützen können, die ihm ein dauerndes oder wenigstens zeitweiliges Leistungsverwei-

---

<sup>160</sup> EuGH v. 3.4.2008 – C-306/06, NJW 2008, 1935.

<sup>161</sup> *Herresthal*, NZM 2011, 833 (837).

<sup>162</sup> BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, MDR 1984, 573 = NJW 1984, 871.

<sup>163</sup> A.A. OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, ZMR 2008, 967 = GuT 2008, 349.

<sup>164</sup> so LG Berlin v. 26.9.2017 – 67 S 166/67, WuM 2017, 655.

<sup>165</sup> Erman/*Hager*, § 286 BGB Rz. 21 m.w.N.

gerungsrecht gewährt<sup>166</sup>. War der Verzug bereits eingetreten, bevor die Einrede entstand, findet er mit deren Entstehung sein Ende<sup>167</sup>.

Das gilt grundsätzlich auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB)<sup>168</sup>. Dabei handelt es sich zwar um ein vorübergehendes Leistungshindernis. Sobald sich der Mieter aber auf Mängel beruft – und sei es erst im Prozess –, reklamiert er eine Schlechtleistung des Vermieters und damit eine Störung des Gegenseitigkeitsverhältnisses. Dazu muss er sich nicht ausdrücklich auf die Einrede berufen<sup>169</sup>. Es reicht grundsätzlich aus, dass er sich auf Mängel der Mietsache beruft, die nicht seinem Risikobereich zugerechnet werden müssen. In diesem Fall wirkt das Leistungsverweigerungsrecht im Umfang seines Bestehens auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug befindet; der Verzug ist mit der Entstehung der Einrede beendet<sup>170</sup>.

Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB wegen mangelndem Nachweis der insolvenzfesten Anlage der Kautions hindert den Verzug grundsätzlich nicht nachträglich. Denn dieses Zurückbehaltungsrecht setzt voraus, dass sich der Vermieter in Verzug befand oder der Mieter den Nachweis zumindest vor Entstehung des Zahlungsverzuges geltend gemacht hat und er sich auf die Geltendmachung dieser Einrede beruft. Letzteres ist nachträglich in der Regel nicht möglich. Dies gilt insbesondere, wenn der Mieter erklärt, dass die einbehaltene Miete als Minderung zu verstehen sei, jedenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden soll<sup>171</sup>. Für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wegen mangelnder Abrechnung der Betriebskosten gilt nichts Anderes. Ist der Erwerber in den Mietvertrag eingetreten und hat sich der bisherige Vermieter aus der Kautions wegen Zahlungsrückständen befriedigt, ist es jedenfalls treuwidrig, sich auf ein Zurückbehaltungsrecht zu berufen<sup>172</sup>.

---

<sup>166</sup> BGH v. 16.5.1984 - VIII ZR 18/83, WPM 1984, 1095, 1097 unter II 2 a m.w.N.

<sup>167</sup> BGH v. 16.3.1988 - VIII ZR 184/87, MDR 1988, 668 = ZMR 1988, 291 = NJW 1988, 1778.

<sup>168</sup> BGH v. 18.4.2007 – XII ZR 139/05, MDR 2007, 1065 = GE 2007, 840 = ZMR 2007, 605 Rz. 24 m.w.N.

<sup>169</sup> BGH v. 7.5.1982 – V ZR 90/81, MDR 1982, 836 = NJW 1982, 2242; vgl. dazu auch *Lammel*, WuM 2014, 16; a.A. AG Neukölln v. 11.7.2013 – 6 C 540/12, WuM 2014, 26.

<sup>170</sup> BGH v. 16.3.1988 - VIII ZR 184/87, MDR 1988, 668 = ZMR 1988, 291 = NJW 1988, 1778 Rz. 19.

<sup>171</sup> LG Berlin v. 3.7.2015 – 63 S 305/14, GE 2015, 974.

<sup>172</sup> LG Berlin v. 6.3.2014 – 67 S 425/13, IMR 2014, 370.



Hat der Vermieter die Leistung erbracht wegen der das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wurde, entfällt das Leistungshindernis und tritt grundsätzlich (sofort) Verzug ein<sup>173</sup>. Eine zusätzliche Aufforderung zur Zahlung ist regelmäßig nicht erforderlich<sup>174</sup>, denn der Mieter weiß, was er zurückbehalten hat. Nicht nur wenn eine solche Aufforderung erfolgt, hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob dem Mieter zusätzlich noch eine Prüfungsfrist zuzubilligen ist, ob die Mängelbeseitigung erfolgreich war<sup>175</sup>. Dies wird in der Regel insbesondere dann zu verneinen sein, wenn der Vermieter die Arbeiten durch Fachkräfte hat ausführen lassen. In allen Fällen muss der Mieter aber die (zeitliche) Möglichkeit haben, die Zahlung zu bewirken. Daher wird eine unmittelbar nach der Mängelbeseitigung ausgesprochene Kündigung zur Unzeit zugehen. Eine Ortsabwesenheit des Mieters, der jederzeit mit einer Mängelbeseitigung durch den Vermieter rechnen muss<sup>176</sup>, entlasten den Mieter ebenso wenig wie das Argument, das Geld habe erst flüssig gemacht werden müssen, wenn zwischen der Mängelbeseitigung und dem Zugang der Kündigung ein Zeitraum von 17 Tagen liegt<sup>177</sup>. Es ist ihm in der Regel auch verwehrt, sich auf eine (noch) längere – am Einzel zu bemessende – (Rechnungs-) Prüfungsfrist zu berufen, auch wenn sich der Zahlungsanspruch des Vermieters aus einem mehrere Seiten umfassenden Rechenwerk ergibt<sup>178</sup>.

Die Möglichkeit, gegenüber der Mietforderung aufzurechnen, steht dem Verzug mit der Mietzahlung nicht entgegen<sup>179</sup>. Das ist anders, wenn der Vermieter dem Mieter die Mietzahlung etwa durch Ratenzahlung (teilweise) gestundet hat, und zwar auch, wenn der Rückstand die für § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB maßgebliche Höhe erreicht. In diesem Fall ist der Verzug wegen der Einrede der Stundung gehindert. Hält der Mieter aber die Stundungsvereinbarung zur Raten- und pünktlichen Mietzahlung nicht ein, lebt das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB ohne erneute Abmahnung wieder auf, wenn die Verein-

---

<sup>173</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, MDR 2015, 876 = GE 2015, 1089; a.A.- Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 99.

<sup>174</sup> BGH v. 17.6.2015 - VIII ZR 19/14, MDR 2015, 876 = GE 2015, 1089; a.A. LG Berlin v. 21.3.1995 - 64 S 290/94, GE 1995, 821.

<sup>175</sup> BGH v. 16.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 = IMR 2015, 10.

<sup>176</sup> BGH v. 16.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 = IMR 2015, 10.

<sup>177</sup> BGH v. 16.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 = IMR 2015, 10.

<sup>178</sup> BGH v. 16.9.2014 – VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 = IMR 2015, 10.

<sup>179</sup> BGH v. 15.4.1987 – VIII ZR 126/86, MDR 1987, 928 = ZMR 1987, 289; vgl. aber § 543 Abs. 2 S. 3 BGB.

barung für de Fall der Nicht- oder Zuspätzahlung eine auflösende Bedingung enthält<sup>180</sup>. Andernfalls müssen die Modalitäten der Stundungsvereinbarung eingehalten werden. Mit dem Wegfall der Stundungseinrede gerät der Mieter unmittelbar in Verzug mit den rückständigen Mietzahlungen.

Eine Stundung kann auch durch eine Fristsetzung erfolgen. Denn das setzen einer Frist trotz eingetretenen Verzuges im kündigungsrelevanten Umfang kann vernünftigerweise nur dahin asugelegt werden, dass der Vermieter die mögliche Kündigung bis zum Ablauf der Frist zurückstellen wollte<sup>181</sup>.

Wegen der Kündigungsmöglichkeit infolge Rückstandes mit Erhöhungsbeträgen nach §§ 558–560 BGB ist § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu beachten. Die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB und die danach erhobene Räumungsklage (§ 546 Abs. 1 BGB) setzen nicht voraus, dass der Vermieter die rückständige Miete (zunächst) in einem gesonderten Verfahren eingeklagt hat<sup>182</sup>.

Die Bestellung von Sicherheiten zugunsten des Vermieters verhindert den Mieterverzug grundsätzlich nicht<sup>183</sup>. Der Vermieter ist nicht gehalten, zur Abwendung des Mieterverzuges auf die Mietkaution oder andere Sicherheiten zurückzugreifen<sup>184</sup>.

### 2.3.3 Verschulden des Mieters

#### 2.3.3.1 Eigenes Verschulden

Die nicht geleistete oder verspätete Zahlung muss auf Umständen beruhen, die der Mieter zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB. Für das Verschulden gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 276 BGB), insbesondere hat der Mieter für seine Leistungsfähigkeit einzustehen, selbst wenn er auf Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle angewiesen ist<sup>185</sup>. Deshalb entlastet es den Mieter nicht, wenn die zugesagten Direktzahlungen des Job-Centers irrtümlich nicht erfolgen und er erst durch die fristlose Kündigung davon erfährt<sup>186</sup>. Der Fall, dass das Job-

---

<sup>180</sup> OLG Düsseldorf v. 7.12.2010 – 24 U 141/10, GE 2011, 1159.

<sup>181</sup> LG Berlin v. 26.9.2017 – 67 S 166/17, GE 2017, 1224.

<sup>182</sup> BVerfG v. 15.3.1989 – 1 BvR 1428/88, NJW 1989, 1917.

<sup>183</sup> Wolf/Eckert/Ball, Rz. 910.

<sup>184</sup> BGH v. 12.1.1972 – VIII ZR 26/71, MDR 1972, 411.

<sup>185</sup> BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152 = ZMR 2015, 287 = GE 2015, 313.

<sup>186</sup> BGH v. 17.2.2015 – VIII ZR 236/14, ZMR 2015, 374 = GE 2015, 653.

Center weiterhin an den Zwangsverwalter zahlt anstelle des Erstehers, ist auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn der Mieter dem Job-Center die maßgeblichen Informationen weitergeleitet hat<sup>187</sup>.

Ein Verschulden kann z.B. fehlen, wenn nach dem Tod des Vermieters Ungewissheit über die Rechtsnachfolge besteht, weil im Grundbuch zwar eine Erbengemeinschaft eingetragen wird, insoweit aber ein Vorbehalt wegen eines Nießbrauchs besteht, über dessen Berechtigung noch keine Klarheit (mangels Eintragung) besteht<sup>188</sup>. Das Gleiche soll gelten, wenn eine ausländische Limited als Erwerber auftritt und infolge mehrfachen Verwalterwechsels berechtigte Zweifel bestehen, dass es sich um eine existierende Gesellschaft oder einen wirklich berechtigten Anspruchsteller handelt<sup>189</sup>. Liegt der Mieter nach einem Herzinfarkt im Koma, kommt er mangels Verschuldens nicht in Verzug<sup>190</sup>. Die bloße – wenn auch unverschuldete – Zahlungsunfähigkeit genügt zur Entlastung nicht. Das gilt selbst dann, wenn der Mieter sich ernsthaft bemüht, die bestehenden Rückstände abzubauen<sup>191</sup>.

#### 2.3.3.1.1 Lastschriftinzug

Bei erteilter Einzugsermächtigung soll sich der Mieter darauf verlassen können, dass der Vermieter davon regelmäßig Gebrauch macht<sup>192</sup>. Dennoch besteht auch insoweit eine Kontrollpflicht des Mieters, so dass er in der Regel einmal im Quartal überprüfen muss, ob seine Mietzahlungen erfolgt sind. Spätestens nach Ablauf dieses Zeitraums handelt der Mieter fahrlässig, wenn er sein Konto nicht überprüft.

Mit der Vereinbarung des Lastschrift-Einzugsverfahrens zur Mietzahlung verändert sich die gesetzlich vorgesehene Leistungsmodalität für Geldschulden von einer qualifizierten Schickschuld gemäß § 270 Abs. 1 BGB in eine Holschuld gemäß § 269 BGB<sup>193</sup>. Im Hinblick darauf tritt der Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB grundsätzlich nicht ein, wenn der Gläubiger (= Vermieter) seiner Mitwir-

---

<sup>187</sup> LG Berlin v. 24.11.2017 – 63 S 66/17, GE 2017, 1557.

<sup>188</sup> BGH v. 7.9.2005 – VIII ZR 24/05, MDR 2006, 438 = WuM 2005, 769.

<sup>189</sup> AG Hagen v. 17.6.2010 – 10 C 155/09, ZMR 2011, 729.

<sup>190</sup> LG Hannover v. 17.8.2016 – 4 T 20/16, ZMR 2016, 957.

<sup>191</sup> LG Berlin v. 22.1.2016 – 65 S 442/15, GE 2016, 258.

<sup>192</sup> KG v. 9.6.2008 – 8 U 217/07, MDR 2008, 1331 = ZMR 2009, 30.

<sup>193</sup> BGH v. 7.12.1983 – VIII ZR 257/82, MDR 1984, 573 = NJW 1984, 871 (872).

kungshandlung – Vornahme der Abbuchung in den konkreten Monaten – nicht nachkommt<sup>194</sup>. An diesem Ergebnis ändert die Frage, ob das Konto gedeckt war, in der Regel nichts. Denn die bei der Holschuld erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist für die Annahme des Schuldnerverzugs grundsätzlich nur dann entbehrlich, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners (= Mieters) vorliegt, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Diese kann nicht allein in der mangelnden Deckung auf dem Schuldnerkonto gesehen werden. Hierauf kann allenfalls verzichtet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Konto des Schuldners zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung aufweist<sup>195</sup>.

Die Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung müssen so konkret sein, dass sie insbesondere auch für den Schuldner so eindeutig auf der Hand liegen, dass es treuwidrig wäre, wenn er sich weiterhin auf das Lastschriftverfahren berufen dürfte<sup>196</sup>. Auch für ihn muss es aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von Doppelzahlungen eindeutig erkennbar sein, dass die vereinbarte Abbuchung wegen offensichtlicher Unzumutbarkeit nicht mehr erfolgen wird und er selbst unzweifelhaft für die Rechtzeitigkeit der Leistung zu sorgen hat. Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, genügt ein vorübergehender Liquiditätsengpass trotz mehrmaligen Scheiterns des Lastschriftverfahrens jedenfalls dann nicht, wenn in der Vergangenheit jeweils erfolgreiche Absprachen über die Begleichung der Rückstände getroffen wurden.

Allerdings kann der Schuldnerverzug trotzdem eintreten, wenn der Schuldner das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung des Gläubigers in von ihm zu vertretender Weise (mit-)veranlasst hat<sup>197</sup>. Insoweit gilt für den Verschuldensmaßstab des Schuldners § 300 Abs. 1 BGB, weil die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen. Dazu müsste der Mieter dem Vermieter aber z.B. mitteilen, dass keine ausreichende Deckung auf dem Konto vorhanden ist, oder er müsste die Einzugsermächtigung widerrufen. Die Rücklastschriften der Vormonate und eine vereinbarte Ratenzahlung genügen nicht für eine schuldhaft – grob fahrlässige – Veranlassung der Nichtabbuchung.

---

<sup>194</sup> BGH v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, MDR 1996, 567 = NJW 1996, 1745; BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.

<sup>195</sup> BGH v. 19.10.1977 – IV ZR 149/76, NJW 1978, 215.

<sup>196</sup> OLG Stuttgart v. 2.6.2008 – 5 U 20/08, GuT 2008, 349 (351).

<sup>197</sup> BGH v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469 ff.

### 2.3.3.1.2 Hinterlegung

Gemäß § 372 S. 2 BGB kann der Mieter u.a. dann den Anspruch auf Mietzahlung durch Hinterlegung erfüllen, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Schuldner verpflichtet ist, bei nicht einfach gelagerten Sachverhalten professionellen, kostenpflichtigen Rechtsrat einzuholen, bevor er sich zur Hinterlegung entschließt, ist im Einzelnen umstritten<sup>198</sup>.

Die Voraussetzungen für eine Hinterlegung sind aber nicht gegeben, wenn im Mietvertrag das Konto des Verwalters für die Mietzahlungen angegeben ist, der Vermieter den Verwaltervertrag kündigt und Zahlung an sich verlangt, während der Verwalter weiterhin Zahlung auf das im Mietvertrag angegebene Konto verlangt<sup>199</sup>. Hier besteht über die Person des Gläubigers keine Ungewissheit. Welche Umstände dem Zahlungsverlangen des Verwalters zugrunde liegen, ist für die Gläubigerstellung unerheblich.

Eine (unverschuldete) Ungewissheit führt auch ohne eine Hinterlegung nach § 372 BGB zum Ausschluss eines Verschuldens und damit zur Unbegründetheit einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges. Dies gilt insbesondere bei der Rechtsnachfolge wegen des Todes des Gläubigers (Vermieters).

In diesem Fall darf der Mieter abwarten, bis der oder die Erben unter Bezeichnung ihrer Rechtsstellung an ihn herantreten. Solange das nicht geschieht und der Schuldner auch auf andere Weise Sicherheit darüber gewinnen kann, wer sein Gläubiger ist, unterbleibt die Leistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat<sup>200</sup>.

Obwohl der Schuldner auf andere Weise, z.B. durch Einsicht in das Grundbuch, Sicherheit gewinnen kann, handelt er unverschuldet, wenn im Grundbuch zwar die Erben eingetragen sind, deren Eintragung aber unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs steht und dem Grundbuch nicht zu entnehmen ist, dass der Nießbrauch infolge des Todes erloschen ist<sup>201</sup>. Allerdings muss der Erbe zum

---

<sup>198</sup> Palandt/*Grünberg*, § 372 BGB Rz. 6 m.w.N.

<sup>199</sup> BGH v. 12.12.2003 – XII ZR 23/00, NZM 2003, 315.

<sup>200</sup> BGH v. 7.2.1973 – VIII ZR 205/71, WPM 1973, 386 (387).

<sup>201</sup> BGH v. 7.9.2005 – VIII ZR 24/05, MDR 2006, 438 = WuM 2005, 769.

Nachweis nicht unbedingt einen Erbschein vorlegen. Vielmehr hat er auch die Möglichkeit, einen anderen Nachweis zu erbringen (z.B. durch ein eröffnetes Testament<sup>202</sup>).

### 2.3.3.1.3 Überzogene Minderung

Konnte der Mieter nicht mindern (z.B. Feuchtigkeit verursacht durch falsches Lüfungs- und Heizungsverhalten) oder hat er zu hoch gemindert und wird der kündigungsrelevante Rückstand auch nicht durch § 320 BGB gehindert, kann die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs nur noch ausgeschlossen sein, wenn sich der Mieter unverschuldet zur Minderung berechtigt gehalten hat<sup>203</sup>. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, solange sich der Mieter auf einen Mangel der Mietsache berufe, könne der Vermieter nicht kündigen; der Streit über das Minderungsrecht sei im Verfahren der Leistungsklage auszutragen<sup>204</sup>. Dieser Meinung kann aber nicht gefolgt werden. Auch im Wohnraummietrecht sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere besteht kein Grund, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen<sup>205</sup>. Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen – wie z.B. der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten – Irrtums ist eine geänderte Beurteilung nicht gerechtfertigt<sup>206</sup>. Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wäre es gerechtfertigt, die bloße Einschätzung, z.B. ein Schimmelbefall sei auf einen vom Vermieter zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, für eine Entschuldigung des Mieters ausreichen zu lassen, liefe dies darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte<sup>207</sup>. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass, zumal er nicht mindern muss.

---

<sup>202</sup> BGH v. 7.6.2005 – XI ZR 311/04, MDR 2005, 1352 = WuM 2005, 524.

<sup>203</sup> LG Frankfurt v. 14.11.2003 – 2-11 S 326/02, NZM 2004, 297; LG Kassel v. 8.11.1994 – 1 T 61/94, ZMR 1996, 90; LG Görlitz v. 28.9.1994 – 2 S 48/94, WuM 1994, 601 (602).

<sup>204</sup> LG Berlin v. 22.2.2007 – 62 S 277/05, GE 2007, 1486; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 543 BGB Rz. 103 f.

<sup>205</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103 Rz. 25 ff.

<sup>206</sup> Vgl. BGH v. 27.9.1989 – IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160 (161).

<sup>207</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 = NZM 2012, 637.

Denn der Mieter kann den Minderungsbetrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

Einer Anzeige des Mieters, die Miete zukünftig zu mindern, bedarf es nicht. Es reicht die Anzeige des (angenommenen) Mangels der Mietsache. Die Mietminderung tritt von Gesetzes wegen ein<sup>208</sup>.

Vor diesem Hintergrund kann ein Verschulden des Mieters ausgeschlossen sein, wenn der Vermieter eine laufende Minderung über längere Zeit hingenommen hat und der Mieter diese trotz zwischenzeitlicher Zahlungsaufforderung des Vermieters fortsetzt<sup>209</sup>. Diese Voraussetzungen können aber nicht angenommen werden, wenn der Vermieter (schon) nach sechs Monaten die rückständige Miete anmahnt<sup>210</sup>.

Dennoch kann eine überzogene Minderung schuldhaft sein, so dass die Kündigung durch den unberechtigten Teil der Kürzungen gerechtfertigt sein kann<sup>211</sup>. Insoweit ist bei der Frage, ob der Mieter bei seiner Rechtsausübung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, zu berücksichtigen, auf welcher tatsächlichen oder rechtlichen Grundlage er seine Rechte geltend macht.

Hat der Mieter in tatsächlicher Hinsicht alle Erkenntnisquellen ausgeschöpft, so dass sich der Sachverhalt für ihn ohne Zweifel so darstellt, dass er zur Rechtsausübung berechtigt ist, befindet er sich in einem entschuldigenden Tatsachenirrtum. Dabei ist auf den objektiven Tatbestand abzustellen<sup>212</sup>. Dazu muss er auch überprüfen, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen (z.B. eigenes Heizungs- und Lüftungsverhalten), der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist<sup>213</sup>. Mit dieser Plausibilitätskontrolle<sup>214</sup> hat es grundsätzlich sein Bewenden.

---

<sup>208</sup> AG Köpenick v. 14.10.2010 – 13 C 156/09, GE 2010, 1627.

<sup>209</sup> OLG Köln v. 4.2.2000 – 1 U 92/99; ZMR 2000, 459 (Kürzung der Miete über acht Jahre).

<sup>210</sup> BGH v. 11.4.2012 – XII ZR 48/10, WuM 2012, 323 (325).

<sup>211</sup> BGH v. 15.1.2013 - VIII ZR 411/12, ZMR 2014, 26 = GE 2013, 609.

<sup>212</sup> LG Bückeburg v. 2.12.2010 – 1 S 9/10, ZMR 2012, 623.

<sup>213</sup> Vgl. BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, MDR 2008, 373 = NJW 2008, 1147 (1148).

Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger (hier also der Mieter) die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne den Vorwurf schuldhaften Verhaltens befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt<sup>215</sup>. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird aber außer Acht gelassen, wenn der Mieter wegen Feuchtigkeit mindert, obwohl er infolge Tierhaltung von vornherein nur eingeschränkt lüften kann<sup>216</sup>. Ein Tatsachenirrtum liegt auch vor, wenn der Mieter keine Kenntnis davon hat, dass eine Behörde (hier: JobCenter) aufgrund eines eigenen Versehens die Mietzahlungen an den Vermieter nicht geleistet hat. Allerdings trifft den Mieter bei Pflichterfüllungen durch Dritte eine Überprüfungspflicht, die in der Regel nach einem Monat einsetzt. Verletzt der Mieter diese eigene Pflicht, handelt er ab diesem Zeitpunkt schuldhaft<sup>217</sup>. Berufet sich der Mieter auf Unkenntnis der Nichtzahlung des Jobcenters hat er seine Unkenntnis zu beweisen. Entgegen der Vermutung, er habe zuvor abgemahnt, muss der Mieter den Nichtzugang beweisen<sup>218</sup>.

Großzügiger soll verfahren werden können, wenn der Mieter die Minderungsquote oder das Zurückbehaltungsrecht im Ergebnis zu hoch, aber noch im vertretbaren Rahmen bestimmt bzw. ausgeübt hat (Abwägungsirrtum)<sup>219</sup>. Dies ist nicht gerechtfertigt. In der konkreten Situation sind die vom Mieter vorgetragene Umstände nicht vorhanden oder nicht so dramatisch, wie er sie dargestellt hat. Unabhängig davon, ob die fehlerhafte Bewertung auf einem Tatsachen- oder Rechtsirrtum beruht, können keine anderen Maßstäbe bei der Bemessung der Minderungsquote angesetzt werden. Denn die Differenz zwischen der angenommenen und von einem Gericht festgesetzten Quote zeigt, dass eine Unsicherheit bestand. Wird dem Mieter aber ein Spielraum zugestanden, wird das Risiko seiner Rechtsausübung auf den Vermieter abgewälzt. Ausnahmen können allenfalls bei marginalen Differenzen aus besonderen Umständen des Ein-

---

<sup>214</sup> Ähnlich *Kaiser*, NJW 2008, 1709 (1712) (Evidenzkontrolle).

<sup>215</sup> BGH v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, MDR 2009, 438 = NJW 2009, 1262; BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147 (1148); *Haertlein*, MDR 2009, 1 (2).

<sup>216</sup> BGH v. 11.7.2012 – VIII ZR 138/11, GE 2012, 1161 = ZMR 2012, 1161 = NZM 2012, 637.

<sup>217</sup> LG Berlin v. 24.7.2014 – 67 S 94/14, WuM 2014, 607 = GE 2014, 1200 = ZMR 2015, 547 = IMR 2014, 507.

<sup>218</sup> LG Berlin v. 13.10.2016 – 67 S 285/16, GE 2016, 1507.

<sup>219</sup> *Harke*, NZM 2016, 449 (453).



zelfaltes aus dem Gesichtspunkt von § 242 BGB gerechtfertigt werden. Dabei ist neben dem absoluten Betrag des Einbehalts zu prüfen, inwieweit ein Verhalten des Vermieters zu dem Irrtum beigetragen hat, der Mieter sich auf eine wirklich vergleichbare Einzelfallentscheidung des konkreten oder eines anderen Gerichts berufen kann oder entsprechende Zugeständnisse des Vermieters gegenüber anderen Mietern vorliegen. Ist der Vermieter aber z.B. wegen eigener Darlehensverpflichtungen auf die Mietzahlung angewiesen, ist für die Anwendung des § 242 BGB i.d.R. kein Raum.

Die Rechtslage muss der Schuldner unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig prüfen. Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum insoweit grundsätzlich nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte<sup>220</sup>. Dazu kann nicht von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass zweifelhafte Rechts- und Tatsachenfragen in Forderungsprozessen auszutragen sind, so dass ein Verschulden erst angenommen werden kann, wenn für den Mieter durch eine erstinstanzliche Entscheidung die reale Erkenntnismöglichkeit besteht, dass seine tatsächliche und rechtliche Wertung (hier: der Hellhörigkeit seiner Wohnung) unzutreffend ist<sup>221</sup>. Dafür bietet weder das Gesetz noch der Gedanke des Mieter- oder Kündigungsschutzes eine Grundlage. Vielmehr wird dadurch das Risiko der eigenen Rechtsausübung durch den Mieter ohne rechtfertigenden Grund auf den Vermieter verlagert<sup>222</sup>.

Befindet sich der Mieter in einem Rechtsirrtum, ist sein Verschulden ausgeschlossen, höchstens aber solange ihm das Gericht seine gegenteilige Rechtsansicht nicht mitgeteilt hat<sup>223</sup>. Ein Rechtsirrtum kommt in Betracht, wenn sich die Situation für den Mieter unter Abwägung aller Umstände und Einholung von Rechtsrat so darstellt, dass er ein Minderungs- und/oder Zurückbehaltungsrecht<sup>224</sup> auch in der durchgeführten Höhe ausüben darf. Dazu kann sich der

---

<sup>220</sup> BGH v. 12.7.2006 – X ZR 157/05, MDR 2007, 200 = BB 2006, 1819; BGH v. 26.1.1983 – IVb ZR 351/81, MDR 1983, 651 = NJW 1983, 2318; BGH v. 18.4.1974 – KZR 6/73, NJW 1974, 1903.

<sup>221</sup> A.A. LG Frankfurt v. 14.11.2003 – 2-11 U 326/02, NZM 2004, 297; AG Hamburg-Altona v. 8.1.2008 – 318c C 67/07, ZMR 2008, 297.

<sup>222</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = GE 2007, 46 = WuM 2007, 24.

<sup>223</sup> LG Frankfurt v. 14.11.2003 – 2-11 U 326/02, NZM 2004, 297; AG Hamburg-Altona v. 8.1.2008 – 318c C 67/07, ZMR 2008, 297.

<sup>224</sup> VerfGH Berlin v. 19.8.2005 – VerfGH 84/04, ZMR 2005, 842.

Mieter aber nicht auf eine tägliche Zeitungslektüre berufen, weil hier meist nicht erkennbar ist, auf welchem Sachverhalt die (zugelassene) Reduzierung der Miete beruht<sup>225</sup>. Ebenso handelt der Mieter schuldhaft, wenn er durchgängig mindert, der Mangel jedoch nur zeitweise auftritt<sup>226</sup>. Auch von einem redlichen Mieter kann verlangt werden, dass er statt der Minderung eine Vorbehaltszahlung leistet, wenn sein Einbehalt nicht auf gesicherten Erkenntnissen beruht, so dass sich im Prozess nach Einholung eines Sachverständigengutachtens ergibt, dass einzelne Mängel nicht vorlagen und wegen anderer zu hoch gemindert wurde<sup>227</sup>.

Irrt sich der Mieter über den Umfang einer Aufrechnungsforderung (nur teilweise erforderlicher Aufwendungsersatz wegen Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden), soll es am Verschulden fehlen<sup>228</sup>. Dies erscheint angesichts der dargestellten strengen Maßstäbe zweifelhaft.

Wird ein Verschulden des Mieters festgestellt, kommt eine Treuwidrigkeit nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht<sup>229</sup>. Denn insoweit ist immer zu berücksichtigen, dass mit der Versagung des Räumungsanspruchs das Risiko der Rechtsausübung ohne sachlichen Grund auf den Vermieter abgewälzt wird. Immerhin kann der Mieter das Risiko vermeiden, indem er unter Vorbehalt zahlt<sup>230</sup>. Den Vermieter demgegenüber auf eine Zahlungsklage zu verweisen, kann allenfalls gerechtfertigt sein, wenn der Mieter – sichtbar – den geminderten Betrag zurück- oder hinterlegt.

#### 2.3.3.1.4 Nichtbeachtung einer Mieterhöhung

Bei Mieterhöhungen nach § 559 und § 560 BGB tritt eine unmittelbare Mietänderung ein. Da § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB den Mieter nur schützt, wenn der Vermieter zunächst auf Zahlung der Erhöhungsbeträge geklagt hatte, besteht also für den Mieter, der eine Mieterhöhung für unberechtigt hält, das Risiko der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

---

<sup>225</sup> LG Berlin v. 18.11.2004 – 67 S 173/04, MM 2005, 75.

<sup>226</sup> LG Berlin v. 18.4.2011 – 67 S 502/10, GE 2011, 691.

<sup>227</sup> A.A. AG Lübeck v. 15.6.2011 – 24 C 4044/09, ZMR 2012, 277.

<sup>228</sup> LG Berlin v. 22.2.2007 – 62 S 277/05, GE 2007, 1486.

<sup>229</sup> A.A. LG Berlin v. 22.10.2010 – 63 S 690/09, GE 2010, 1623 (grundsätzliche Treuwidrigkeit).

<sup>230</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = GE 2007, 46 = WuM 2007, 24.

Ergeben sich keine formellen Fehler oder ist ein materieller Fehler der Mieterhöhung aus dem Begehren selbst nicht evident (z.B. falscher Wirkungszeitpunkt), kann der Mieter den Standpunkt, die Mieterhöhung nicht leisten zu müssen, unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nur plausibel vertreten, wenn er sich mit den Grundlagen der Mieterhöhung befasst hat. Dazu muss er zumindest Einsichtnahme in die Berechnungsgrundlagen genommen haben, worauf er sowohl bei § 559 BGB als auch bei § 560 BGB einen Anspruch hat. Zu § 560 BGB ergibt sich dies bereits daraus, dass die Erhöhung der Vorauszahlungen im Zusammenhang mit der Abrechnung erfolgt, zu der der Mieter Einsicht verlangen kann. Bei einer Erhöhung der Pauschale ist das Recht zur Einsichtnahme ebenfalls zulässig.

### 2.3.3.2 Zurechnung fremden Verschuldens

Grundsätzlich findet auch im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine Zurechnung des Verschuldens Dritter über § 278 BGB statt<sup>231</sup>. Erfüllungsgehilfe ist insoweit, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird. Deshalb muss sich der Mieter Verzögerungen der kontoführenden Bank des Vermieters bei der Mietgutschrift nicht zurechnen lassen<sup>232</sup>, sehr wohl aber der eigenen Bank.

Ein Rechtsberater (Rechtsanwalt, Mieterverein etc.) wird nicht zur Ausführung der eigentlichen Erfüllungshandlung (= der Zahlung der Miete) tätig, sondern berät den Mieter in rechtlicher Hinsicht bei der Entscheidung darüber, ob erfüllt werden oder z.B. von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht werden soll. Ob ein in dieser Weise mitwirkender Rechtsberater als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist, ist umstritten. Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Berater haften nur für ein Auswahlverschulden<sup>233</sup>. Zu Recht geht die überwiegende Ansicht aber davon aus, dass der Mieter für ein Verschulden seines Rechtsberaters, auch eines Rechtsanwalts, nach § 278 BGB einzustehen hat<sup>234</sup>. Allein so

<sup>231</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = GE 2007, 46 = WuM 2007, 24.

<sup>232</sup> AG Hamburg-Barmbek v. 6.7.2004 – 815 C 550/03, WuM 2005, 769.

<sup>233</sup> LG Karlsruhe v. 23.3.1990 – 5 S 563/89, WuM 1990, 294.

<sup>234</sup> BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454 = GE 2007, 46 = WuM 2007, 24; BGH v. 12.7.2006 – X ZR 157/05, MDR 2007, 200 = BB 2006, 1819; Staudinger/Löwisch, § 286 BGB Rz. 163; Fischer, ZMR 1994, 309 (311); Kinne in Kinne/Schach/Bieber, § 543 BGB Rz. 87.

wird eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner ermöglicht und eine ungerechtfertigte Privilegierung des Beraters verhindert. Müsste der Schuldner nur für eine sorgfältige Auswahl des Beraters haften, ginge eine etwaige Falschberatung durch diesen zulasten des Gläubigers, der an dem Beratungsverhältnis nicht beteiligt ist und dem auch kein Schadensersatzanspruch gegen den Berater zustünde, während der Schuldner dadurch geschützt ist, dass er bei seinem Rechtsberater Regress nehmen kann.

Auch das Fehlverhalten staatlicher Stellen kann dem Mieter im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB grundsätzlich zugerechnet werden<sup>235</sup>. Denn insoweit geht es um die Nichtzahlung der laufenden Schulden und nicht um die Pflichtverletzung, die das Vertrauen in eine zukünftige Vertragserfüllung erschüttert. Der Mieter trägt auch das Risiko, dass die Behörde rechtzeitig an den Erwerber i.S.v. § 566 BGB leistet<sup>236</sup>. Beruht die Nichtzahlung der Behörde auf deren eigenem Fehler, befindet sich der Mieter in einem Tatsachenirrtum, solange er keine Kenntnis davon hat<sup>237</sup>. Allerdings muss der Mieter auch bei Einschaltung der Behörde in regelmäßigen Abständen prüfen, ob seine Schulden bezahlt werden. Der angemessene Prüfungszeitraum beträgt im Regelfall mindestens einen Monat<sup>238</sup>. Ein Verschulden des Mieters besteht erst recht, wenn der Mieter eine verspätete Auszahlung von Transferleistungen dadurch verursacht hat, dass er Nachfragen der Behörde zu seinem Antrag nicht sofort beantworten konnte<sup>239</sup>. Im Übrigen soll es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Vermieter weiß, dass die Miete vom Sozialamt gezahlt wird, und er Mietrückstände auflaufen lässt, die die fristlose Kündigung rechtfertigen, ohne sich vorher mit dem Sozialamt in Verbindung zu setzen<sup>240</sup>. Dies kann aber nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Denn zunächst erhält der

---

<sup>235</sup> LG Berlin v. 24.7.2014 – 67 S 94/14, WuM 2014, 607 = ZMR 2015, 547 = GE 2014, 1200; AG Augsburg v. 11.8.2014 – 16 C 408/14, WuM 2014, 611; AG Frankfurt v. 9.6.2010 – 33 C 1381/10-76, InfoM 2010, 325; Abgrenzung BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09, MDR 2010, 75 = NJW 2009, 3781; LG Berlin v. 19.1.2001 – 64 S 334/00, NZM 2002, 289; LG Mönchengladbach v. 19.2.1983 – S S 345/92, ZMR 1993, 571; a.A. LG Berlin v. 9.1.2012 – 65 T 227/11, NZM 2013, 121 (ausschließliches Fehlverhalten des Jobcenters); *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. XII 131.

<sup>236</sup> AG Bremen v. 2.5.2013 – 9 C 565/12, ZMR 2013, 808.

<sup>237</sup> LG Berlin v. 24.7.2014 – 67 S 94/14, WuM 2014, 607 = ZMR 2015, 547 = GE 2014, 1200.

<sup>238</sup> LG Berlin v. 24.7.2014 – 67 S 94/14, WuM 2014, 607 = ZMR 2015, 547 = GE 2014, 1200.

<sup>239</sup> KG v. 24.7.2008 – 8 U 26/08, DWW 2008, 379 = MM 2008, 334.

<sup>240</sup> LG Saarbrücken v. 30.6.2005 – 13B T 17/05, ZMR 2006, 46; LG Berlin v. 9.8.1994 – 65 S 125/94, WuM 1997, 216; LG Karlsruhe v. 14.7.1989 – 9 S 57/89, ZMR 1989, 421.

Vermieter bei der Behörde keinerlei Auskünfte. Im Übrigen ist der Mieter für die Mietzahlung selbst verantwortlich und muss die Erfüllung auch überwachen, wenn sie durch eine staatliche Stelle bewirkt wird<sup>241</sup>.

Wird die Versagung der staatlichen Unterstützung dadurch herbeigeführt, dass der Vermieter sich weigert, dem Mieter eine Mieterbescheinigung auszustellen, bleibt die Nichtzahlung des Mieters verschuldet. Denn es besteht keine vertragliche (Neben-)Pflicht des Vermieters, dem Mieter eine Bescheinigung auszustellen, damit dieser öffentliche Mittel zur Unterhaltssicherung erhält<sup>242</sup>. Die Mitwirkungspflicht nach § 60 SGB II besteht nur gegenüber der Behörde.

### 2.3.4 Treuwidrige Kündigung

Eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB erfordert grundsätzlich keine Abmahnung, was durch § 543 Abs. 3 S. 2 BGB auch ausdrücklich klargestellt ist. Der Vermieter ist aber vor einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges ausnahmsweise gehalten, den Mieter unter konkreter Darstellung der Zahlungsrückstände abzumahnern, wenn sich ihm der Schluss aufdrängen muss, dass die Nichtzahlung der Miete nicht auf der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit, sondern auf einem bloßen Versehen und auf sonstigen von ihm nicht zu vertretenden Umständen beruht<sup>243</sup>. Fehlt es bei einer derartigen Sachlage an einer Abmahnung, verstößt die Kündigung des Vermieters gegen Treu und Glauben. Dies gilt auch, wenn die Mietzahlungen des Untermieters im Einvernehmen mit dem Vermieter seit längerer Zeit unmittelbar an diesen erfolgt<sup>244</sup>. Dann obliegt es dem Vermieter, dem Mieter vor der Kündigung die konkreten Zahlungsrückstände mitzuteilen, da diese wegen der Zahlungen durch den Untermieter nur ihm bekannt sein können.

Zahlungsverzug des Mieters tritt auch dann ohne Abmahnung ein, wenn der Vermieter über einen längeren Zeitraum verspätete Zahlungen unbeanstandet

---

<sup>241</sup> BGH v. 17.2.2015 – VIII ZR 236/14, ZMR 2015, 374 = GE 2015, 653.

<sup>242</sup> LG Köln v. 20.4.1994 – 1 S 39/04, WuM 1995, 104; AG Wetzlar v. 19.2.2009 – 38 C 1681/08 (38), WuM 2009, 289; a.A. *Sternel*, Mietrecht aktuell, Rz. XII 132.

<sup>243</sup> Vgl. OLG Hamm v. 24.4.1998 – 33 U 97/97, WuM 1998, 485 = ZMR 1998, 493; OLG Düsseldorf v. 8.3.2002 – 10 U 17/01, DWW 2002, 260; LG Berlin v. 9.8.1994 – 65 S 125/94, WuM 1997, 216.

<sup>244</sup> OLG Düsseldorf v. 25.3.2004 – I-10 U 109/04, ZMR 2004, 570 = NZM 2004, 786 = GuT 2004, 122.

hinnimmt<sup>245</sup>. Hat aber der Vermieter einen Rückstand, der ihn zur Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB berechtigt hätte, längere Zeit ohne Beanstandung hingenommen, muss er vor Ausspruch der Kündigung dem Mieter unmissverständlich zu verstehen geben (§ 242 BGB), dass er bei weiterem Verzug kündigen werde bzw. dass er in Zukunft pünktliche Zahlung erwarte<sup>246</sup>. Der Zeitraum muss ein halbes Jahr aber deutlich überschreiten.

Ob frühere Kündigungslagen, die der Vermieter nicht zum Anlass der Kündigung genommen hat, eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtsmissbräuchlich machen, ist einzelfallabhängig<sup>247</sup>. Denn letztlich ist das eine Frage der Verwirkung, so dass beim Mieter ein Vertrauenstatbestand entstanden sein muss, der Vermieter werde höchstens nach Abmahnung oder Fristsetzung kündigen. Dem kann der Vermieter schon dadurch entgegenwirken, dass er überhaupt (zeitnah) z.B. Widerspruch gegen eine Minderung erhebt<sup>248</sup>. Insoweit kann insbesondere keine gerichtliche Geltendmachung verlangt werden, um die evtl. doch zwischenzeitlich eingetretene Verwirkung für die Zukunft zu beseitigen<sup>249</sup>.

Allein weil eine Kautions dem Vermieter eine Befriedungsmöglichkeit bietet, ist die Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich<sup>250</sup>. Das Gleiche gilt, wenn dem Vermieter die Kündigung gelegen kommt, weil er eine bessere Verwertungs- oder Vermietungsmöglichkeit für das Mietobjekt hat<sup>251</sup>.

Schließlich kann eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs treuwidrig sein, wenn der Vermieter durch sein eigenes Verhalten die Zahlungsrückstände mitverursacht hat. Ob diese Voraussetzungen bereits vorliegen, wenn der Vermieter durch eigene Mitteilung einer falschen Miethöhe das Zahlungsverhalten des Mieters beeinflusst hat, muss im Einzelfall entschieden werden. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt in einer Kündigung aber jedenfalls dann, wenn

---

<sup>245</sup> BGH v. 24.2.1959 – VIII ZR 33/58, MDR 1959, 386 = NJW 1959, 766.

<sup>246</sup> BGH v. 22.9.1971 – VIII ZR 135/70, ZMR 1972, 306; BGH v. 24.2.1959 – VIII ZR 33/58, MDR 1959, 386 = NJW 1959, 766; OLG Hamm v. 9.9.1994 – 30 U 73/94, ZMR 1994, 560.

<sup>247</sup> Vgl. OLG Hamm v. 9.9.1994 – 30 U 73/94, ZMR 1994, 560; LG Hamburg v. 9.1.1996 – 316 S 174/95, NJWE-MietR 1996, 104.

<sup>248</sup> BGH v. 4.2.2004 – VIII ZR 171/03, WuM 2004, 198 = MietRB 2004, 161.

<sup>249</sup> A.A. OLG Naumburg v. 4.11.2003 – 9 U 50/03, WuM 2004, 91.

<sup>250</sup> BGH v. 12.1.1972 – VIII ZR 26/71, MDR 1972, 411; a.A. Staudinger/*Emmerich*, § 543 BGB Rz. 61.

<sup>251</sup> Staudinger/*Emmerich*, § 543 BGB Rz. 61.

der Vermieter durch eine eigene, später wieder aufgehobene (Vor-)Pfändung des Mieterkontos Zahlungen des Mieters verhindert hat<sup>252</sup>. War die Pfändung allerdings berechtigt, kann der Mieter sich auf einen Treueverstoß nicht berufen.

### 2.3.5 Beweislast

Der Vermieter muss zunächst die Voraussetzungen seines Kündigungsrechtes und den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung<sup>253</sup> dartun und beweisen. Sodann muss der Mieter darlegen und beweisen die Befriedigung vor Kündigungszugang (§ 543 Abs. 2 S. 2 BGB), Aufrechnungslage vor Kündigungszugang und Unverzüglichkeit der Aufrechnung (§ 543 Abs. 2 S. 3 BGB).

---

<sup>252</sup> LG Hamburg v. 6.9.2012 – 307 S 133/11, ZMR 2012, 948.

<sup>253</sup> *Wolf/Eckert/Ball*, Rz. 913; a.A. *MünchKomm/Bieber*, § 543 BGB Rz. 57.

### 3 Schönheitsreparaturen

Grundsätzlich gehören die Schönheitsreparaturen als Erhaltungsmaßnahme zum Pflichtenprogramm des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Schon wegen der unterschiedlichen Geschmacksvorstellungen, aber auch wegen der Probleme bei der Realisierung der Renovierung (Abstimmung des Termins, Abrücken der Möbel etc.), sind die Vermieter bestrebt, die Last der Renovierung auf den Mieter zu übertragen. Dazu sind verschiedene Modelle denkbar.

Neben der Übertragung der Ausführung kommen unterschiedliche finanzielle Gestaltungen vor. So gibt es Vertragsmuster, die eine Pauschale (ähnlich § 28 Abs. 4 II. BV) ausweisen. Danach ist der Vermieter zur Durchführung verpflichtet, macht aber anhand der Vertragsgestaltung transparent, welcher Betrag in seiner Mietkalkulation für die Renovierung angesetzt worden ist. Davon zu unterscheiden ist eine Klausel, die den Mieter zu einem Kostenbeitrag verpflichtet, sobald der Vermieter die Renovierung erneuert. Derartige Klauseln sind schon deshalb unwirksam, weil der Mieter diese Zahlungspflicht nicht abwenden kann<sup>254</sup>. Führt der Mieter in einem solchen Fall dennoch die Renovierung selber aus, besteht grundsätzlich kein Erstattungsanspruch in Höhe der ausgewiesenen Pauschale. Das gilt erst recht nach Ende der Mietzeit, ohne dass der Vermieter renoviert hätte. Denn die Pauschale ist mit Rechtsgrund (= vertragliche Bestimmung) geleistet. Da der Vermieter zur Ausführung verpflichtet ist, kann eine Erstattung der Aufwendungen für die Selbstvornahme nur unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB herbeigeführt werden. Dazu muss der Vermieter aber zunächst in Verzug gesetzt werden. Für § 812 BGB ist wegen des Rechtsgrundes (Vertragsregelung über die Pauschale) kein Platz<sup>255</sup>.

Enthält der Mietvertrag neben der Pauschale eine zusätzliche Regelung, die dem Mieter in Aussicht stellt, dass der Vermieter die Summe der auf die Schönheitsreparaturen geleisteten Beträge zurückzahlt, besteht grundsätzlich ein Erstattungsanspruch des Mieters, der ohne besondere Vereinbarung nicht von einer Fristsetzung oder sonstiger vorheriger Information des Vermieters abhängig ist<sup>256</sup>. Der Höhe nach berechnet sich der Anspruch nach der verein-

---

<sup>254</sup> LG München I v. 7.4.2016 – 31 S 3878/16, ZMR 2016, 548 = NZM 2016, 382.

<sup>255</sup> LG Trier v. 5.6.2012 – 1 S 44/12, NZM 2012, 860.

<sup>256</sup> BGH v. 3.12.2014 – VIII ZR 224/13, WuM 2015, 80 = ZMR 2015, 212 = GE 2015, 116.



barten Pauschale, die auch nach Auslaufen bzw. ohne Preisbindung an den Werten des § 28 Abs. 4 II. BV orientiert werden kann. Die Erstattungspflicht geht auf den Erwerber über<sup>257</sup>. Der Mieter ist nicht gezwungen, den bis zum Vermieterwechsel geleisteten Betrag vom bisherigen Vermieter zu fordern.

Bei der Klausel muss jedoch auf die Formulierung geachtet werden. Erweckt die Erstattungsklausel den Eindruck, der Vermieter wolle in Wahrheit die Renovierung nicht selbst ausführen, liegt in der Regel ein Verstoß gegen § 551 Abs. 4 BGB vor. Das ist z.B. anzunehmen, wenn dem Mieter die Renovierung (auch unwirksam) überbürdet wurde und er daneben noch einen Betrag für Schönheitsreparaturen zahlen soll. Denn dann stellt sich die Pauschale im Zweifel als (verdeckte) Sicherheit für eine – im Ergebnis allein gewollte – Ausführung der Renovierung durch den Mieter dar. Dies gilt erst recht, wenn die Zahlung offen als Sicherheit deklariert wird. Deshalb kommt z.B. die wirksame Vereinbarung einer Tapetenabwohnpauschale grundsätzlich nur als Teil der Grundmiete in Betracht<sup>258</sup>.

Soweit die Ausführung der Renovierung dem Mieter überbürdet wird, nehmen die Schönheitsreparaturen als Teil der Erhaltungspflicht des Vermieters einen besonderen Status ein. Ihre Abwälzung ist nämlich Verkehrssitte<sup>259</sup>. Deshalb bilden sie eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach von Hauptpflichten nicht durch Formulklauseln abgewichen werden kann. Denn als das AGBG 1977 in Kraft trat, bestand diese Verkehrssitte schon, wie sich aus § 28 Abs. 4 II. BV ergibt. Dieser Verkehrssitte muss sich die Rechtsanwendung anpassen, allerdings nur in dem durch die gesetzliche Definition feststellbaren Umfang.

### 3.1 Begriff der Schönheitsreparaturen

Das Gesetz definiert die Schönheitsreparaturen in § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV. Für Wohnraum ist diese Begriffsbestimmung abschließend, weil sich nur insoweit die eine Abweichung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB rechtfertigende Verkehrssitte feststellen lässt. Danach fallen unter die Schönheitsreparaturen

- Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände

---

<sup>257</sup> BGH v. 3.12.2014 – VIII ZR 224/13, WuM 2015, 80 = ZMR 2015, 212 = GE 2015, 116.

<sup>258</sup> AG Köln v. 5.2.1991 – 218 C 457/90, WuM 1991, 579.

<sup>259</sup> BGH v. 14.7.2004 – VIII ZR 339/03, WuM 2004, 529.

- Anstreichen oder Kalken der Decken
- Streichen der Fußböden
- Streichen der Heizkörper einschl. der Rohre
- Streichen der Innentüren
- Streichen der Fenster von innen
- Streichen der Außentüren von innen

Diese Begriffsbestimmung ist identisch mit der des § 7 des Mustermietvertrages 1976, der aber nicht mehr als verbindlich oder Orientierungshilfe herangezogen werden sollte<sup>260</sup>. Die Art der aufgezählten Arbeiten zeigt, dass der Begriff einer „Reparatur“ im eigentlichen Sinne nicht gemeint ist. Unter einer Reparatur versteht man üblicherweise die Beseitigung eines Schadens. Dagegen versteht man unter den Schönheitsreparaturen vereinfacht ausgedrückt die Durchführung von Tapezier- und Anstreicharbeiten zur Verschönerung der Räume bzw. zur Beseitigung von Gebrauchsspuren.

Im Hinblick darauf beziehen sich die Schönheitsreparaturen bei einem Wohnraummietvertrag grundsätzlich nur auf das Wohnungsinnere<sup>261</sup>. Dies folgt aus der Begriffsdefinition des § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV. Zusätzlich spricht § 28 Abs. 4 S. 1 II. BV von den „Kosten der Schönheitsreparaturen in Wohnungen“. Zum Inneren der Wohnung zählt nicht mehr die Falz der Außenfenster<sup>262</sup> oder eine Loggia<sup>263</sup>, wohl aber ein Wintergarten, nicht jedoch Kellerräume, Dachboden, Garage, Räumlichkeiten außerhalb der Wohnung wie etwa das Außen-WC, ferner nicht das Treppenhaus bei einem Mehrfamilienhaus<sup>264</sup>.

Allein weil der Außenanstrich von Türen und Fenstern in einer Formulklausel nicht ausdrücklich ausgenommen wird, findet aber keine unzulässige Erweiterung des Schönheitsreparaturbegriffes statt<sup>265</sup>. Davon kann – im Wege der Aus-

---

<sup>260</sup> Vgl. BGH v. 26.9.2007 – VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 = GE 2007, 1622 = NZM 2007, 879.

<sup>261</sup> Langenberg, Schönheitsreparaturen, B Rz. 5.

<sup>262</sup> AG Hannover v. 22.8.2003 – 535 C 2521/03, WuM 2007, 406.

<sup>263</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.

<sup>264</sup> Vgl. Harsch, Schönheits- und Kleinreparaturen, Rz. 233 ff.

<sup>265</sup> A.A. LG Berlin v. 18.1.2008 – 63 S 215707, GE 2008, 478.

legung – ausgegangen werden, wenn in der betreffenden Passage des Mietvertrages allein vom „Streichen der Türen“ die Rede ist, diese Anordnung jedoch nach dem „Innenanstrich der Fenster“ und vor der Einbeziehung „sämtlicher anderer Anstriche innerhalb der gemieteten Räume“ getroffen wird<sup>266</sup>. Eine Formulklausel, die allerdings Renovierungsarbeiten an außen liegenden Einrichtungsgegenständen ausdrücklich vorsieht, ist unwirksam<sup>267</sup>.

Der Begriff der Schönheitsreparaturen hat allerdings seit der Einführung des § 28 II. BV schon technisch einige Veränderungen erfahren. Denn Wände und Decken werden heute nicht mehr z.B. „gekalkt“ und auch das „Streichen der Fußböden“ ist nicht mehr üblich. Umso mehr erfasst der Begriff der Schönheitsreparaturen daher auch ohne nähere Definition im Mietvertrag die malermäßige Beseitigung von Gebrauchsspuren. Dazu gehört jede Art von Tapezieren von Wänden, das Streichen der Decken, das Streichen von Heizkörpern und Heizrohren, der Innentüren, der Fenster von innen sowie der Außentüre von innen. An die Stelle des Streichens der Fußböden kann die Grundreinigung des Teppichbodens treten<sup>268</sup>.

Zweifelhaft kann sein, inwieweit der Mieter Schönheitsreparaturen an anderen Bestandteilen der Mietsache schuldet, die nicht ausdrücklich in der Definition des § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV aufgeführt sind (z.B. Holzdecken, Einbauschränke etc.). Der BGH hat eine Ausführungspflicht bisher nicht beanstandet<sup>269</sup>. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass die Schönheitsreparaturen grundsätzlich nur die Leistungen umfassen, die in der Definition des § 28 Abs. 3 S. 3 II. BV erwähnt sind (Wände, Decken, Türen, Fenster, Heizkörper etc.). Im Übrigen ist die Definition auszulegen. Das führt dazu, dass (hölzerne) Fuß- bzw. Scheuerleisten zum Fußboden gehören und damit von § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV erfasst werden<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, WuM 2012, 312.

<sup>267</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573 (Außenanstrich der Fenster).

<sup>268</sup> BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 15/07, MDR 2009, 255 = MietRB 2009, 69 = WuM 2009, 225 = GE 2009, 111 = NZM 2009, 126.

<sup>269</sup> BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, WuM 2012, 312 Rz. 8; BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 48/04, MietRB 2005, 225 = WuM 2005, 241; ähnlich LG Marburg v. 19.12.1979 – 2 S 114/79, ZMR 1980, 180; a.A. LG Berlin v. 17.11.2015 – 67 S 359/15, NZM 2016, 125; LG Nürnberg v. 22.4.2005 - 7 S 12672/04, ZMR 2005, 622.

<sup>270</sup> LG Berlin v. 12.2.2016 – 63 S 106/15, GE 2016, 592.

Allerdings kann auch geprüft werden, inwieweit durch die notwendige Leistung eine in § 28 Abs. 4 S. 3 BGB erwähnte Tätigkeit ersetzt wird, wie das z.B. bei der Grundreinigung des Teppichbodens der Fall ist. Unter dieser Prämisse kann z.B. das Streichen/Lackieren einer Holzdecke/Holzvertäfelung an Wänden zu den Schönheitsreparaturen zählen, obwohl diese Leistung in der Beschreibung der Schönheitsreparaturen nicht erwähnt ist<sup>271</sup>. Denn ob nun der Putz oder die Tapete an Decke und Wänden zu streichen sind, macht von der Art der Tätigkeit keinen Unterschied. Die Unwirksamkeit wegen einer solchen Erweiterung kommt nicht in Betracht<sup>272</sup>. Das Lackieren von Einbaumöbeln oder das Streichen einer Holzdecke sind für sich genommen Leistungen, die den in § 28 Abs. 4 II. BV erfassten Arbeiten zugeordnet werden können<sup>273</sup>. Im Übrigen erspart der Mieter an den bedeckten Flächen entsprechende Leistungen.

Sollen andere als dem klassischen Malerhandwerk zuzuordnende Arbeiten vom Mieter ausgeführt werden, kann dies jedenfalls in der Wohnraummiete formalmäßig nicht im Rahmen der Schönheitsreparaturen vereinbart werden, wenn sie in den Bereich der Instandsetzung fallen. Das gilt namentlich für das Abziehen von Parkett- oder Holzboden, nicht jedoch für das Verschließen von Dübellöchern, deren Herstellung unter § 538 BGB fällt. Zwar sind vor Beginn einer fachgerechten Schönheitsreparatur regelmäßig Dübel zu entfernen und die Löcher zu verspachteln<sup>274</sup>, weil sonst die Tapete nicht glatt aufgetragen werden kann. Insoweit ist aber die Grenze zur Instandsetzung noch nicht überschritten, weil es sich um notwendige Vorbereitungsmaßnahmen handelt<sup>275</sup>.

Der BGH hat den Begriff der Schönheitsreparaturen auch auf die Beseitigung solcher Mängel erweitert, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache herbeigeführt werden und – ohne vertragliche Übernahme – gemäß § 538 BGB von dem Mieter nicht zu vertreten sind<sup>276</sup>. Durch Schönheitsrepara-

---

<sup>271</sup> LG Marburg v. 19.12.1979 - 2 S 114/79, ZMR 1980, 180; *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, I Rz. 5.

<sup>272</sup> a.A. LG Berlin v. 17.11.2015 – 67 S 359/15, WuM 2016, 97 = NZM 2016, 125.

<sup>273</sup> *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, I Rz. 8: auch ohne besondere Erwähnung; a.A. LG Düsseldorf v. 18.11.2005 - 15 O 143/05, MietRB 2006, 125 (Gewerberaummiete): nur bei ausdrücklicher Vereinbarung.

<sup>274</sup> Das gilt selbst bei einer ungewöhnlich hohen Anzahl (hier 59): AG München v. 18.2.2014 – 473 C 32372/13, ZMR 2014, 734.

<sup>275</sup> BGH v. 20.1.1993 – VIII ZR 10/92, MDR 1993, 339 = WuM 1993, 109.

<sup>276</sup> BGH v. 5.10.1994 – XII ZR 15/93, ZMR 1995, 577 = DWW 1995, 279.

turen zu beseitigen sind danach die Folgen typischer Gebrauchsbeschädigungen im Rahmen des Vertragszweckes. Demnach zählt u.a. auch die Beseitigung kleinerer Kratzer im Holzwerk mit zu den Arbeiten, die im Rahmen der Ausführung von Schönheitsreparaturen zu erledigen sind. Nicht dagegen kann im Rahmen einer Renovierung verlangt werden, dass der Mieter Untergrundschäden an Holz, Putz und Mauerwerk beseitigt, die nicht auf vertragsgemäßem Gebrauch beruhen, sondern z.B. auf Materialermüdung<sup>277</sup>.

Die Grenze zur Instandsetzung ist überschritten, wenn eine Klausel dem Mieter von Wohnraum das Abschleifen von Parkettböden auferlegt<sup>278</sup>. Ein Verstoß gegen § 307 BGB liegt selbst dann vor, wenn in der Regelung eine Mindestwohndauer von acht Jahren vorgesehen ist<sup>279</sup>. Denn bei diesen Arbeiten handelt es sich nicht um typische Schönheitsreparaturen, so dass die Beseitigung von Kratzern und Schmarren im üblichen Umfang auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangt werden kann. Dass die Beschädigungen durch nicht vertragsgemäßen Gebrauch entstanden sind, muss der Vermieter im Einzelnen darlegen und beweisen<sup>280</sup>.

### 3.2 Abgrenzung zu Schadensersatz

Schönheitsreparaturen können sich auch als Schadensersatz ergeben. Im Hinblick auf § 538 BGB setzt dies voraus, dass sie durch ein pflichtwidriges Verhalten des Mieters verursacht wurden. Dies kommt in Betracht, wenn der Mieter vertragliche Nebenpflichten verletzt, etwa die Grenzen des ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauchs überschreitet und durch Verletzung seiner Obhutspflichten die Mietsache beschädigt oder verschlechtert. Typische Gebrauchsbeschädigungen im Rahmen des Vertragszwecks (z.B. Kratzer im Holzwerk) sind allerdings durch Schönheitsreparaturen im eigentlichen Sinn zu beseitigen.

Zur Abgrenzung, ob nun die Erfüllung von Schönheitsreparaturen oder Schadensersatz verlangt werden kann, muss darauf abgestellt werden, ob insbeson-

---

<sup>277</sup> LG Berlin v. 29.1.2002 – 64 S 312/01, NZM 2002, 909; a.A. LG Münster v. 4.12.2003 – 8 S 304/03, WuM 2005, 605.

<sup>278</sup> BGH v. 13.1.2010 – VIII ZR 48/09, MDR 2010, 312 = MietRB 2010, 101 = WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432; LG Berlin v. 28.5.2013 – 63 S 347/12, GE 2013, 1004.

<sup>279</sup> OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 –10 U 46/03, WuM 2003, 621 (623).

<sup>280</sup> OLG Düsseldorf v. 16.10.2003 –10 U 46/03, WuM 2003, 621 (622).

dere die Verschlechterung der Mieträume noch unter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache fällt, wobei die Abgrenzungen sowohl nach der Ursache<sup>281</sup> oder der Art des Schadens selbst als auch nach der Art der Schadensbeseitigung nur Hilfsüberlegungen darstellen. Ein abgelaufener Teppichboden oder ein Laufspuren aufweisendes Holzparkett sind zweifellos eine Verschlechterung der Mietsache. Diese ist indessen bedingt durch deren ständigen Gebrauch. Anders hingegen verhält es sich, wenn Teppichböden oder Parkett Beschädigungen aufweisen (z.B. Brand- oder Rotweinflecken). Regelmäßig wird die Frage, ob Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, immer dann relevant, wenn es an einer (wirksamen) Renovierungsverpflichtung fehlt, also z.B. keine Renovierungsverpflichtung im Vertrag geregelt wurde, die Klausel über die Überbürdung von Schönheitsreparaturen unwirksam ist oder die Renovierungsverpflichtung noch nicht fällig ist.

In diesem Zusammenhang wird diskutiert, ob und ggf. wann die Spuren des Rauchens an Wänden und Decken oder auf dem Holzwerk (noch) vom vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache (§ 538 BGB) umfasst werden. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, solange die Parteien keine andere – das Rauchen einschränkende – Vereinbarung getroffen haben<sup>282</sup>. Selbst übermäßiges Rauchen wird als vertragsgemäß angesehen (sog. Raucherexzess)<sup>283</sup>, solange sich die Spuren durch (einfache) Schönheitsreparaturen beseitigen lassen<sup>284</sup>. Insofern kommt es nicht darauf an, ob seit der letzten Renovierung erst eine kurze Zeit vergangen ist. Denn Rauchen ist – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen – grundsätzlich vertragsgemäß, so dass selbst eine „vorzeitige“ Fälligkeit keinen Schadensersatz begründen kann. Mit Rücksicht darauf kann ein Schadensersatzanspruch wegen exzessiven Rauchens z.B. nicht durch Rückschluss aus einer vorgelegten Malerrechnung ermittelt werden, wenn dort lediglich Leistungen wie Tapezieren, Spachteln, Grundieren, Streichen genannt werden. Denn derartige Maßnahmen sind üblicherweise veranlasst, um Schön-

<sup>281</sup> Langenberg, Schönheitsreparaturen, B Rz. 24.

<sup>282</sup> BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, MDR 2007, 205 = WuM 2006, 513 = NZM 2006, 691 = ZMR 2006, 843; LG Karlsruhe v. 14.1.2000 – 9 S 119/99, WuM 2002, 50; LG Hamburg v. 26.4.2001 – 333 S 156/00, WuM 2001, 469; LG Köln v. 28.6.2001 – 30 S 9/01, WuM 2001, 467; LG Köln v. 19.8.1998 – 9 S 188/98, WuM 1998, 596; LG Saarbrücken v. 25.7.1997 – 13 B S 87/97, WuM 1998, 690; a.A. LG Baden-Baden v. 15.6.2001 – 2 S 138/00, WuM 2001, 603; LG Paderborn v. 23.3.2000 – 1 S 2/00, MDR 2000, 878 = NZM 2000, 710.

<sup>283</sup> A.A. Stangl, ZMR 2002, 734; Stapel, NZM 2000, 595 (jeweils m.w.N.).

<sup>284</sup> BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 37/07, MDR 2008, 617 = MietRB 2008, 161 = WuM 2008, 213.

heitsreparaturen auszuführen. Selbst wenn zusätzlich in der Rechnung aufgeführt ist "Decken und Wandflächen mit Isolierfarbe (Nikotin vergilbt) zwischen- und schlussbeschichten", kann sich eine Schadenersatzpflicht des Mieters erst dann ergeben, wenn aus dem Vortrag des Vermieters ersichtlich ist, ob diese Maßnahme ausschließlich zur Renovierung erforderlich war oder ob sie ganz oder teilweise der Vorbeugung gegen künftige Rauchspuren in der Wohnung dient<sup>285</sup>.

Schadenersatzansprüche kommen aber in Betracht, wenn sich infolge des Rauchens in der Wohnung

- der Tabakgeruch „sozusagen wie in einer Gaststätte festsetzt“<sup>286</sup>,
- Tapeten und Raufaser ablösen<sup>287</sup>, diese (schon nach kurzer Mietzeit) mehrfach gestrichen oder speziell behandelt werden mussten<sup>288</sup>,
- Teppichböden trotz mehrfacher Reinigung den Standort der Möbel (farblich) wiedergeben<sup>289</sup> oder
- Drückerplatten zur Toilettenspülung derart vergilbt waren, dass aus ursprünglich weißem Material inzwischen ein fast brauner Farbton geworden war<sup>290</sup>.

Für den Schadenersatzanspruch ist es unerheblich, ob der Mietvertrag eine wirksame Renovierungsklausel enthält. Maßgeblich ist allein, dass spezielle Folgen des Rauchens bestehen, die durch einfache Schönheitsreparaturen nicht beseitigt werden können. Dieser Anspruch beruht wie bei der eigenwilligen Farbwahl auf der Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme durch den Mieter. Denn am Ende der Mietzeit hat der Vermieter ein höherwertiges Interesse, die Wohnung in einem Zustand zurück zu erhalten, der die Weitervermietung nicht stört.

---

<sup>285</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 242/13, MDR 2015, 636 = WuM 2015, 343 = ZMR 2015, 690.

<sup>286</sup> AG Tuttlingen v. 19.5.1999 – 1 C 52/99, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141; ähnlich AG Rosenheim v. 12.4.1994 – 16 C 1946/93, WuM 1995, 583 (584).

<sup>287</sup> AG Tuttlingen v. 19.5.1999 – 1 C 52/99, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141.

<sup>288</sup> LG Paderborn v. 23.3.2000 – 1 S 2/00, NZM 2000, 710; AG Bremerhaven v. 12.8.2004 – 56 C 0286/02, WuM 2006, 219; AG Cham v. 11.4.2002 – 1 C 0019/02, ZMR 2002, 761.

<sup>289</sup> AG Tuttlingen v. 19.5.1999 – 1 C 52/99, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141.

<sup>290</sup> LG Koblenz v. 27.10.2005 – 14 S 76/05, ZMR 2006, 288; AG Cham v. 11.4.2002 – 1 C 0019/02, ZMR 2002, 761.

### 3.3 Wirksame Überbürdung

Obwohl die Überbürdung der Renovierung auf den Mieter eine Verkehrssitte darstellt, muss eine Vereinbarung geschlossen werden, um die Pflicht zu begründen. Im Hinblick auf § 310 Abs. 3 BGB richtet sich jedenfalls bei der Wohnraummiete die Wirksamkeit (bei Individualvereinbarungen ggfs. über § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) in der Regel nach § 307 BGB, soweit die Klausel vom Vermieter i.S.v. § 305 BGB gestellt wurde. Bei der Wirksamkeitsprüfung im Rahmen des § 307 BGB ist zu beachten, dass die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen, soweit sie dem Mieter im Mietvertrag auferlegt ist, eine einheitliche, nicht in Einzelmaßnahmen aufspaltbare Rechtspflicht ist mit der Folge, dass die Unwirksamkeit der einen Einzelaspekt dieser einheitlichen Pflicht betreffenden Bestimmung in der gebotenen Gesamtschau der Regelung zur Unwirksamkeit der gesamten Vornahmeklausel führt<sup>291</sup>. Denn Konkretisierungen der Schönheitsreparaturverpflichtung hinsichtlich ihres gegenständlichen und zeitlichen Umfangs sowie ihrer Ausführungsart sind inhaltlich derart eng mit der Verpflichtung selbst verknüpft, dass diese bei einer Beschränkung der Unwirksamkeit auf die unzulässige Ausführungsmodalität inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde; eine solche inhaltliche Umgestaltung der Vornahmepflicht widerspräche dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener formularvertraglicher Regelungen<sup>292</sup>. Dies gilt auch, wenn die inhaltliche Ausgestaltung der einheitlichen Pflicht in verschiedenen, sprachlich voneinander unabhängigen Klauseln geregelt ist<sup>293</sup>.

Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>294</sup> hat der BGH<sup>295</sup> im Hinblick auf die die kundenfeindlichste Auslegung, die mittlerweile als Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 307 BGB auch im Individualprozess gilt<sup>296</sup>, für die Frage der unangemessenen Benachteiligung darauf abgestellt, ob die Wohnung in unrenov-

<sup>291</sup> BGH v. 18. 3. 2015 - VIII ZR 21/13, MDR 2015, 580 = WuM 2015, 348 = ZMR 2015, 689; BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, MDR 2010, 312 = MietRB 2010, 101 = WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432 Rz. 14.

<sup>292</sup> BGH v. 28.3.2007 - VIII ZR 199/06, MDR 2007, 944 = MietRB 2007, 167 = WuM 2007, 259 = ZMR 2007, 528 = NZM 2007, 398 Rz. 11 m.w.N.

<sup>293</sup> BGH v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, MDR 2010, 312 = MietRB 2010, 101 = WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432 Rz. 14.

<sup>294</sup> Vgl. BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, MDR 1987, 927 = WuM 1987, 306; BGH v. 6.7.1988 - VIII ARZ 1/88, WuM 1988, 294.

<sup>295</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>296</sup> BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 285/12, MDR 2013, 900 = GE 2013, 997 m.w.N.



viertem bzw. renovierungsbedürftigem Zustand zu Beginn des Mietvertrages übergeben wurde. Deshalb kann der Ausgleichsgedanke (= Schönheitsreparaturen sind ein Teil der Gegenleistung)<sup>297</sup> aber auch die Überlegung, dass der Vermieter den vertragstreuen Mieter durch Hinweis auf die Regelungen im Mietvertrag davon abhalten kann, die Anfangsrenovierung zu fordern, die unangemessene Benachteiligung begründen<sup>298</sup>.

Als unrenoviert oder renovierungsbedürftig gilt eine Wohnung nicht erst dann, wenn sie übermäßig stark abgenutzt oder gar völlig abgewohnt ist<sup>299</sup>. Maßgeblich ist, ob die dem Mieter überlassene Wohnung bei einer Gesamtschau<sup>300</sup> erhebliche Gebrauchsspuren aus einem vorvertraglichen Zeitraum aufweist. Auf eine Abgrenzung zwischen einer nicht renovierten und einer renovierungsbedürftigen Wohnung kommt es dabei nicht an, weil beide Begriffe Mieträume mit Gebrauchsspuren beschreiben und die Grenze fließend ist<sup>301</sup>. Um vorvertragliche Abnutzungs- und Gebrauchsspuren zu beseitigen und damit eine "renovierte" Wohnung zu übergeben, muss der Vermieter die Mieträume bei Vertragsbeginn nicht stets komplett frisch renovieren<sup>302</sup>. Im Einzelfall kann die Vornahme geringer Auffrischungsarbeiten ausreichen<sup>303</sup>. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bleiben Abnutzungs- und Gebrauchsspuren außer Acht, die so unerheblich sind, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Es kommt letztlich darauf an, ob die überlassenen Mieträume den Gesamteindruck einer renovierten Wohnung vermitteln<sup>304</sup>. Die Betrachtung kann auf einzelne Räume beschränkt werden. Ist nur ein Raum renovierungsbedürftig, muss der Vermieter in diesem Raum renovieren oder eine Kompensation schaffen. Ansonsten gilt die Wohnung insgesamt als unrenoviert<sup>305</sup>. Eine Reduzierung der formularmäßigen Pflicht des Mieters zur Renovierung auf die

---

<sup>297</sup> Langenberg, NZM 2014, 299 (300) unter Hinweis auf BGH v. 22.1.2014 – VIII ZR 135/13, GE 2014, 313.

<sup>298</sup> Vgl. LG Heilbronn v. 22.7.2014 – 2 S 63/13, GE 2014, 1453 = IMR 2014, 368; dazu auch Horst, MietRB 2014, 338.

<sup>299</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>300</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>301</sup> BGH v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, MDR 1987, 927 = WuM 1987, 306.

<sup>302</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>303</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>304</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>305</sup> Wiek, WuM 2016, 71 (72) m.w.N.

renoviert übergebenen Teile kommt schon wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht in Betracht<sup>306</sup>.

556c

Relevante Gebrauchsspuren sind z.B. gegeben, wenn in der Wohnung

- Verschmutzungen an den Wänden und/oder Decken vorliegen,
- Wände nicht vollständig gestrichen oder tapeziert sind,
- ins Auge fallende Nagel- oder Dübellöcher bestehen,
- Schatten von Bildern oder Möbeln sich an der Wand absetzen,
- Kratzer an Türen und sonstigem Holzwerk sichtbar sind,
- Lackabplatzungen an den Fenstern vorhanden sind<sup>307</sup>,
- die Renovierung unfachmännisch ausgeführt wurde.

Im Übrigen soll ein renovierter Zustand in der Regel ausgeschlossen sein, wenn der vorherige Nutzer die Wohnung zwar komplett renoviert hat, danach aber noch einige Zeit genutzt (1/4 Jahr) hat<sup>308</sup>. Allerdings kann nicht allein auf den Zeitablauf abgestellt werden. Maßgeblich ist, ob die Wohnung erhebliche Gebrauchsspuren aufweist<sup>309</sup>. Dies kann unterstellt werden, wenn die Parteien die Anfangsrenovierung vertraglich dem Mieter überbürdet haben<sup>310</sup>.

Der Anfangszustand ist nicht deshalb unerheblich, weil der Mieter sich gegenüber dem Vormieter verpflichtet hat, dessen (veremintliche) Endrenovierungsverpflichtung zu übernehmen<sup>311</sup>. Im Verhältnis zum Vermieter ist er nämlich dann so zu behandeln, als habe er die Wohnung in (frisch) renoviertem Zustand übernommen. Er muss sich so stellen lassen, als habe der Vormieter die Reno-

---

<sup>306</sup> *Wiek*, WuM 2016, 71 (75).

<sup>307</sup> LG Berlin v. 4.6.2015 – 67 S 140/15, MDR 2016, 821 = WuM 2015, 541 = ZMR 2015, 714 = GE 2015, 917.

<sup>308</sup> LG Karlsruhe v. 2.11.1989 - 5 S 164/89, WuM 1990, 201; *Wiek*, WuM 2016, 71 (72).

<sup>309</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>310</sup> LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

<sup>311</sup> BGH v. 22.8.2018 - VIII ZR 277/16, ■.

vierung durchgeführt. Ob die Vergütung durch den Vormieter, die zumeist durch überlassene Einrichtungen erfolgt, angemessen ist, ist nicht zu prüfen.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Wohnung bereits bei Mietbeginn unrenoviert oder renovierungsbedürftig war, trägt der Mieter<sup>312</sup>. Insoweit stehen dem Mieter verschiedene Beweismittel zur Verfügung. Er kann schon bei Mietbeginn darauf hinwirken, dass ein gemeinsames Übergabeprotokoll gefertigt wird. Der Zustand der Wohnung bei Mietbeginn kann fotografisch festgehalten werden. Beweiswert kommt auch Belegen zu, welche die Renovierungskosten des Mieters dokumentieren. Schließlich können etwaige Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis oder beauftragte Handwerker als Zeugen für den Zustand der Wohnung bei Mietbeginn benannt werden<sup>313</sup>. Sieht der Mietvertrag ausdrücklich vor, dass der Vermieter keine Arbeiten zu leisten hat, ist der Vortrag des Mieters, die Wohnung sei unrenoviert übergeben worden, nicht ausreichend<sup>314</sup>. Er muss entweder den damaligen Zustand beschreiben oder welche Maßnahmen erforderlich waren, um einen bezugsfertigen Zustand herbeizuführen. Zugunsten des Mieters kann Renovierungsbedürftigkeit angenommen werden, wenn die Parteien die Anfangsrenovierung vertraglich dem Mieter überbürdet haben<sup>315</sup>. Der Vermieter muss eine etwaige Vereinbarung zwischen dem Vormieter und dem Mieter beweisen.

Wurde die Wohnung unrenoviert oder renovierungsbedürftig übergeben, ist die formularvertragliche Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter gleichwohl wirksam, sofern die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung vorvertraglicher Abnutzungsspuren durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert wird, durch den der Mieter so gestellt wird, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden<sup>316</sup>. Voraussetzung ist stets, dass der Ausgleich, der dem Mieter gewährt ist, angemessenen ist. Die Parteien können sich etwa dafür entscheiden, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovie-

---

<sup>312</sup> BGH v. 18.5.1983 - VIII ZR 83/82, NJW 1983 (1854) unter II 3; BGH v. 29.5.1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763 unter II 3 a; BGH v. 21.11.1995 - XI ZR 255/94, NJW 1996, 388 unter II 2 b bb; BGH v. 6.12.2002 - V ZR 220/02, BGHZ 153, 148 (155); *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 818 (819).

<sup>313</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>314</sup> LG Berlin v. 18.8.2015 – 63 S 114/14, GE 2015, 1163.

<sup>315</sup> LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

<sup>316</sup> vgl. BGH v. 25.10.1995 - VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389 unter II 2 d; BGH v. 23.4.1991 - XI ZR 128/90, BGHZ 114, 238 (246) m.w.N.

rungsaufwand für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete zu entrichten hat<sup>317</sup>. Ein (vorformulierter) pauschaler Abzug von 20% von der Miete für die ersten drei Monate<sup>318</sup> kann nur angemessen sein, wenn durch einen Zusatz (z.B. als Anlage zum Mietvertrag) zu erkennen ist, dass die Parteien durch eine zusätzliche Vergütung (z.B. Zuzahlung des Vermieters, Erlass bestimmter Betriebskosten) auf die konkreten Abnutzungserscheinungen der Wohnung individuell eingegangen sind. In diesem Fall ist auch eine Nulllösung denkbar. Soll die Mietreduzierung über eine längere Dauer gewährt werden, muss die Vereinbarung zugleich sicher stellen, dass der Mieter den Vorteil tatsächlich auch realisieren kann. Dazu wird i.d.R. die Vereinbarung eines Kündungsverzichts notwendig sein, dessen Laufzeit sich an der Kompensation orientiert. Maßgeblich soll insoweit die objektive Angemessenheit des Ausgleichsbetrages sein<sup>319</sup>. Es ist also zu prüfen, welche Kosten zur Beseitigung der vorhandenen Gebrauchsspuren vom Vermieter im Zeitpunkt der Übergabe hätten aufgewendet werden müssen<sup>320</sup>. Danach liegt ein angemessener Ausgleich noch nicht vor, wenn der Mieter zu Beginn des Mietverhältnisses Streifarbeiten in drei von vier Zimmern vornehmen musste und im Gegenzug eine halbe Miete (= 318,62 €) erlassen wurde<sup>321</sup>. Das Gleiche gilt für eine Zahlung des Vermieters von 200 DM bei Abschluss des Mietvertrages im Jahre 1969<sup>322</sup>. Dagegen wird der Erlass einer Miete (700 €) für geringe Schäden am Holzfußboden, Scheuerleisten und Türen sowie den mangelnden Anstrich der Wände in Bad und Küche als ausreichend angesehen<sup>323</sup>. Bei allem ist zu berücksichtigen, dass „mietfreie Zeit“ im Hinblick auf § 535 BGB die vertragsgemäße Nutzung (= Wohnen) ohne Entgelt bedeutet<sup>324</sup>. Diese Leistung wird grundsätzlich nicht gewährt, wenn der

---

<sup>317</sup> vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 76.

<sup>318</sup> Vgl. *Beyer*, NZM-Info S. V; *Horst*, DWW 2015, 82 (84).

<sup>319</sup> AG Mitte v. 11.2.2003 – 25 C 362/01, MM 2003, 384; *Artz*, WuM 2017, 120 (121).

<sup>320</sup> *Wiek*, WuM 2016, 71 (74); für eine Orientierung an den Kosten der Eigenarbeit des Mieters: *Langenberg*, NZM 2015, 684; für eine prozentuale Beteiligung des Vermieters an den Kosten entsprechend dem Grad der Abnutzung: *Artz*, WuM 2017, 120 (121), dazu kritisch *Beyer*, WuM 2017, 122.

<sup>321</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338 = ZMR 2015, 685 = NZM 2015, 374.

<sup>322</sup> LG Berlin v. 9.2.2016 – 63 S 216/14, GE 2016, 395.

<sup>323</sup> LG Berlin v. 2.10.2015 – 63 S 335/14, GE 2015, 1403.

<sup>324</sup> AG Mitte v. 11.2.2003 – 25 C 362/01, MM 2003, 384.

Vermieter in der mietfreien Zeit renovieren muss. Die Zeit, die der Mieter für die Renovierung benötigt, muss also grundsätzlich zusätzlich geregelt werden, wenn die Vergütung durch den Vermieter nicht schon weit über dem objektiven Wert der Renovierung liegt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Gewährung einer angemessenen Ausgleichsleistung obliegt dem Vermieter als Klauselverwender<sup>325</sup>.

Problematisch sind Klauseln, die die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf die bei der Übergabe renovierten Teile der Mietsache beschränken. Insoweit nutzt es zunächst nicht, die Renovierungspflicht in einzelne Gewerke aufzuteilen und in mehreren Absätzen zu regeln. Denn die Renovierungspflicht ist im Hinblick auf die durch § 28 Abs. 4 II.BV erfassten Leistungen einheitlich zu sehen<sup>326</sup>. Soweit in der Klausel darauf abgestellt wird, dass nur die Teile zu renovieren sind, die in nicht renovierungsbedürftigem Zustand übergeben wurden, soll die Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein, weil die Entgeltthese nicht greift<sup>327</sup>. Dies ist zweifelhaft, da auch denkbar ist, dass der Vermieter nur ein einzelnes Gewerk aus der Definition des § 28 Abs. 4 II.BV in die Miete kalkuliert. Probleme ergeben sich jedoch durch die Formulierung im Hinblick auf das Transparenzgebot.

Der Überbürdung der Renovierungslast kann kein Verstoß gegen § 536 Abs. 4 BGB entgegengehalten werden<sup>328</sup>. Zwar wird ist der Mieter durch die Überbürdung der Schönheitsreparaturen gehindert, sich bei erheblicher Abnutzung auf eine Minderung zu berufen. Es ist den Parteien aber unbenommen, die Risikokreise im Rahmen der Sollbeschaffenheit ohne Verstoß gegen § 536 Abs. 4 BGB zu regeln<sup>329</sup>.

Sofern nicht bereits der Anfangszustand zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 BGB führt, gelten folgende (zusätzliche) Anforderungen für die Wirksamkeitsprüfung nach § 307 BGB:

---

<sup>325</sup> BGH v. 29.5.1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763.

<sup>326</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 21/13; WuM 2015, 348.

<sup>327</sup> *Wiek*, WuM 2016, 71 (75).

<sup>328</sup> LG Berlin v. 2.5.2018 – 64 S 120/17, GE 2018, 710; a.A. LG Berlin v. 9.3.2017 – 67 S 7/17, WuM 2017, 189 = ZMR 2017, 396 = GE 2017, 416.

<sup>329</sup> BGH v. 15.12.2010 – VIII ZR 113/10, MDR 2011, 216 = WuM 2011, 97 = ZMR 2011, 371.

### 3.3.1.1 Inhaltlich bestimmte Klausel

Die Begründung der Renovierungspflicht des Mieters erfordert zunächst eine inhaltlich bestimmte Klausel. Dazu muss die Regelung den vom Gesetz (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) abweichenden Inhalt deutlich machen. Dies wird erreicht, indem dem Mieter die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auferlegt wird.

Auch die Formulierung „Die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt der Mieter“ soll ausreichen<sup>330</sup>. Dies ist aber im Hinblick auf die Vorgaben für Vorklauseln bei Kleinreparaturen zweifelhaft. Dort muss die Kostentragung geregelt sein, um eine unzulässige Vornahmepflicht zu vermeiden. Allein die Verkehrssitte ist kein ausreichendes Argument, eine umgekehrte Interpretation zuzulassen. Jedenfalls greifen wenigstens die Regeln des § 305c Abs. 2 BGB<sup>331</sup>. Ausreichend ist aber die Klausel „Der Mieter wird Schönheitsreparaturen nach den Erfordernissen der Praxis vornehmen“, da nach der Verkehrssitte kein Zweifel besteht, dass es sich um eine den Mieter belastende (wirksame) Renovierungsklausel handelt<sup>332</sup>.

### 3.3.1.2 Inhaltlich abweichende Begriffsbestimmung

Da § 28 Abs. 4 II. BV die Ausnahme von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB definiert, sind Klauseln unwirksam, die den Begriff der Schönheitsreparaturen erweitern. Maßstab ist die Definition in § 28 Abs. 4 II. BV. Sieht der Mietvertrag eine davon abweichende Begriffsbestimmung vor, führt dies in der Regel zu einer Abweichung, die mit § 307 BGB kollidiert. Insoweit lässt sich auch keine Reduzierung der Klausel auf ein zulässiges Maß z.B. durch Anwendung des blue-pencil-Tests herbeiführen. Denn Schönheitsreparaturen werden als Teil der Gegenleistung verstanden. Werden sie durch die Wirksamkeitsprüfung nach § 307 BGB inhaltlich verändert, würde dem Vermieter etwas anderes gegeben, als er als Gegenleistung haben wollte<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> BGH v. 14.7.2004 – VIII ZR 339/03, WuM 2004, 529.

<sup>331</sup> so auch: LG Berlin v. 9.3.2017 – 67 S z7/17, WuM 2017, 189 GE 2017, 416.

<sup>332</sup> OLG Düsseldorf v. 8.6.2006 – 24 U 166/05, DWW 2007, 20.

<sup>333</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.

Mit Rücksicht darauf sind Klauseln unwirksam, die die Erneuerung von Teppichböden<sup>334</sup> oder das Abziehen von Parkettböden der Renovierungspflicht zuordnen. Diese Klauseln halten den Anforderungen des § 307 BGB nicht stand<sup>335</sup>. Das Gleiche soll bei einer räumlichen Erweiterung z.B. auf den Außenanstrich der Fenster gelten<sup>336</sup>. Von einer solchen Erweiterung ist schon auszugehen, wenn die Klausel entgegen § 28 Abs. 4 II. BV nicht die Einschränkung „von innen“ enthält<sup>337</sup>. Derartige Klauseln benachteiligen den Mieter unangemessen, weil der Außenanstrich der Fenster und Türen nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fällt, der in § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV definiert ist. Soweit es um Türen und Fenster geht, gehöre zu den Schönheitsreparaturen im Sinne dieser Bestimmung, die den Maßstab dafür bildet, welche Arbeiten dem Mieter in einer Formulklausel auferlegt werden dürften, nur das Streichen der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen, nicht aber der Außenanstrich von Türen und Fenstern. Ebenso wenig gehört der Anstrich einer Loggia zu den Schönheitsreparaturen<sup>338</sup>.

Nicht zur Unwirksamkeit führen Abweichungen von der Definition des § 28 Abs. 4 BGB, die nur eine darin beschriebene Leistung ersetzen. Das gilt z.B. für die Grundreinigung des Teppichbodens, die an die Stelle des Streichens der Fußböden tritt<sup>339</sup>. Deshalb kann das Leistungsbild auch auf den Anstrich von Einbaumöbeln erweitert werden. Denn dadurch entfällt regelmäßig ein Teil der Renovierungspflicht an Wänden und Decken<sup>340</sup>.

Ebenso unwirksam ist eine Klausel, die die Renovierungspflicht des Mieters an bestimmte Ereignisse knüpft. Deshalb hält eine Bestimmung, die den Mieter anlässlich einer Modernisierungsmaßnahme des Vermieters zur Renovierung verpflichtet<sup>341</sup>, der Inhaltskontrolle nicht stand. Zwar hat der Mieter dadurch

---

<sup>334</sup> OLG Hamm v. 22.3.1991 – 30 REMiet 3/90, WuM 1991, 248.

<sup>335</sup> BGH v. 13.1.2010 – VIII ZR 48/09, MDR 2010, 312 = MietRB 2010, 101 = WuM 2010, 85 = GE 2010, 335 = NZM 2010, 157 = ZMR 2010, 432; LG Berlin v. 28.5.2013 – 63 S 347/12, GE 2013, 1004.

<sup>336</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573; LG Berlin v. 11.6.2004 – 65 S 406/03, WuM 2004, 497.

<sup>337</sup> KG v. 17.9.2007 – 8 U 77/07, GE 2008, 987.

<sup>338</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 210/08, MDR 2009, 621 = MietRB 2009, 192 = WuM 2009, 286 = GE 2009, 573.

<sup>339</sup> BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 15/07, WuM 2009, 225 = GE 2009, 111 = NZM 2009, 126.

<sup>340</sup> a.A. LG Berlin v. 17.11.2016 – 67 S 359/15, GE 2016, 127.

<sup>341</sup> LG Berlin v. 29.5.2001 – 64 S 599/00, NZM 2002, 121.

möglicherweise Modernisierungskosten gespart<sup>342</sup>. Indessen stellt eine solche Überbürdung schon deshalb eine unangemessene Benachteiligung dar, da der Mieter unabhängig von der Fälligkeit der Renovierung zur Leistung verpflichtet wird, ohne zu wissen, ob er die Leistung wird abnutzen können. Nichts anderes gilt, wenn an andere unbestimmte Ereignisse angeknüpft wird.

### 3.3.2 Fälligkeit

Der Vermieter kann die Ausführung von Schönheitsreparaturen verlangen, sobald die Verpflichtung des Mieters fällig ist, § 271 BGB. Maßgebliches Kriterium für die Fälligkeit ist die Renovierungsbedürftigkeit der (einzelnen) Räume, die grundsätzlich konkret festgestellt werden muss. Renovierungsbedürftigkeit tritt ein, wenn die Dekoration verbraucht bzw. abgenutzt ist, sich die Räume in einem mangelhaften, d.h. nicht mehr zur Weitervermietung geeigneten Zustand befinden<sup>343</sup>. Von diesen Anforderungen weicht eine formularmäßige Klausel nicht ab, wenn sie bestimmt: „Alle Schönheitsreparaturen sind fachgerecht, nach Zweck und Art der Mieträume, regelmäßig auszuführen, wenn das Aussehen der Räume des Mietobjektes mehr als nur unerheblich durch den Gebrauch beeinträchtigt wird“<sup>344</sup>.

Allerdings setzt der Eintritt der Fälligkeit voraus, dass sich die Räume in einem zur Durchführung von Schönheitsreparaturen geeigneten Zustand befinden. Solange Schönheitsreparaturen wegen bauseitiger Schäden nicht sinnvoll und fachgerecht ausgeführt werden können, tritt deren Fälligkeit nicht ein<sup>345</sup>. Dazu sind allerdings mehr als einige Risse erforderlich<sup>346</sup>. In Betracht kommen Wasserschäden, baubedingte Schimmelbildung, offene Wände wegen Instandsetzung von Leitungen etc.

#### 3.3.2.1 Überbürdung ohne Fristen

Oftmals werden Fristenpläne zu der Klausel, mit der die Renovierungspflicht auf den Mieter überbürdet wird, vereinbart, die – jedenfalls von den Verwendern –

---

<sup>342</sup> BGH v. 30.3.2011 – VIII ZR 173/10, MDR 2011, 591 = MietRB 2011, 170 = WuM 2011, 293 = GE 2011, 681 = ZMR 2011, 622.

<sup>343</sup> KG v. 28.4.2008 – 8 U 154/07, MietRB 2009, 64 (65) = GE 2009, 448.

<sup>344</sup> LG Dresden v. 14.3.2014 – 4 S 63/13, ZMR 2014, 641 (642) m.Anm. s; vgl. auch BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, ZMR 2012, 617.

<sup>345</sup> KG v. 8.12.2003 – 8 U 163/03, GE 2004, 297.

<sup>346</sup> AG Hamburg v. 17.1.2002 – 37a C 281/00, ZMR 2002, 433.



als Orientierungshilfe für die Bestimmung der Fälligkeit verstanden werden. Auch die Rechtsprechung hat sich zur Bewertung der Fälligkeit an dem Mietvertrag des Bundesjustizministeriums (BMJ) von 1976 orientiert, sofern der Mietvertrag keinen Fristenplan regelt<sup>347</sup>. Danach sollen Schönheitsreparaturen im Allgemeinen in Küchen, Bädern und Duschen alle drei Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle fünf Jahre und in anderen Nebenräumen alle sieben Jahre erforderlich sein. Enthält eine Klausel diese Fristen in weicher Form, führt dies nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 BGB<sup>348</sup>, obwohl die Fristen nicht mehr zeitgerecht sein sollen<sup>349</sup>.

Wird ein Fristenplan nicht geregelt, muss die Renovierungsbedürftigkeit festgestellt werden. Dazu soll nach einem Teil der Rechtsprechung die Darstellung reiner Abnutzungserscheinungen nicht ausreichen. Vielmehr wird eine Substanzgefährdung der Mietsache verlangt<sup>350</sup>. Diese besonderen Anforderungen sind aber nicht gerechtfertigt<sup>351</sup>. Es mag zwar sein, dass verschmutzte Tapeten oder Decken, verblässende Farben an Türen und Fenstern nicht die Substanz der Mietsache gefährden. Immerhin ist die Renovierungspflicht aber ein Teil der Gegenleistung des Mieters, die in die Kalkulation des Vermieters einfließt. Damit trägt sie zum Äquivalenzverhältnis Rechnung. Das optische Erscheinungsbild einer Dekoration ist auch ein relevanter Faktor bei der Verkehrswertbildung, so dass dem Vermieter das Recht zusteht, auf Einhaltung vertraglich übernommener Verpflichtungen zu bestehen<sup>352</sup>.

Zur substantiierten Darstellung der Renovierungsbedürftigkeit ist es zumindest erforderlich, für alle Räume, die renoviert werden sollen, den Zustand der einzelnen Teile (Wände, Decken, Türen, Fenster, Heizkörper etc.) vorzutragen. Die Bezugnahme auf ein Gutachten reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn darin nur beschrieben ist, welche Arbeiten auszuführen sind, ohne dass erkennbar ist, warum dies der Fall sein soll<sup>353</sup>. Das Gleiche gilt für ein Abnahmeprotokoll,

---

<sup>347</sup> BGH v. 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84, WuM 1985, 46.

<sup>348</sup> LG Dresden v. 14.3.2014 – 4 S 63/13, ZMR 2014, 641 (642) m. Anm. *Leist.*

<sup>349</sup> BGH v. 26.9.2007 – VIII ZR 143/06, ZMR 2008, 30 m.w.N.

<sup>350</sup> LG München I v. 26.2.2004 – 31 S 17622/02, WuM 2004, 602; LG Berlin v. 14.11.1996 – 61 S 309/95, WuM 1997, 210; LG Düsseldorf v. 21.4.1995 – 21 S 403/94, WuM 1996, 90.

<sup>351</sup> BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 192/04, MDR 2005, 921 = WuM 2005, 383 = NZM 2005, 450.

<sup>352</sup> Im Ergebnis ebenso: LG Berlin v. 20.6.2002 – 67 S 466/01, NZM 2004, 458.

<sup>353</sup> OLG Düsseldorf v. 7.4.2005 – I-10 U 191/04, ZMR 2005, 705.

sofern danach die Pflicht zur Renovierung nicht unstreitig ist. Da – auch während des laufenden Mietvertrages – vereinbarte Fristen zumindest als Orientierungshilfe für die Fälligkeit dienen können, kann der Hinweis auf einen vereinbarten Fristenplan die schlüssige Darlegung der Renovierungsbedürftigkeit zumindest erleichtern.

### 3.3.2.2 Zu kurze Fristen

Im Mustermietvertrag des BMJ von 1976 sind Fristen für die Ausführung von Renovierungsleistungen vorgesehen, und zwar für Küche, Bad und WC eine Frist von drei Jahren, für Wohnräume von fünf Jahren und für Nebenräume von sieben Jahren. Werden davon abweichend im Mietvertrag kürzere Renovierungsfristen geregelt, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Renovierungsabrede<sup>354</sup>, und zwar selbst dann, wenn nur eine von mehreren Fristen zu kurz bemessen ist<sup>355</sup>. Deshalb wird Gesamtnichtigkeit der Renovierungsvereinbarung bejaht für den Fall, dass für Anstricharbeiten in den Wohnräumen angemessene Fristen vereinbart wurden, hingegen der Innenanstrich der Fenster, Türen, Heizkörper und -rohre nach vier Jahren vorgesehen war<sup>356</sup>. Andererseits<sup>357</sup> wurde für diesen Fall eine Teilnichtigkeit angenommen und die unwirksame Frist durch die des Mustermietvertrages ersetzt. Dies ist jedoch nicht richtig. § 306 BGB schreibt die Geltung des Gesetzes vor. Da der Vermieter durch die kürzere Frist zum Ausdruck bringt, dass er die Gegenleistung des Mieters höher ansetzt als üblich, tritt Gesamtnichtigkeit ein.

Der BGH hat zum Ausdruck gebracht, dass die Fristen des Mustermietvertrages des BMJ von 1976 bei der Beurteilung von Renovierungsklauseln nur noch herangezogen werden können, wenn der Vertragsschluss vor dem 1.1.2008 stattgefunden hat<sup>358</sup>. Möglicherweise gelten daher in Zukunft andere, insbesondere längere Fristen. Ein Rückgriff auf die Zeiträume in der Wertermittlungsrichtlinie zur ImmoWertVO 2010 (WertR 2006) ist aber nicht hilfreich<sup>359</sup>. Diese Werte re-

---

<sup>354</sup> LG Berlin v. 18.3.2003 – 64 S 133/02, MM 2004, (169), 37; AG Mettmann v. 9.3.2004 – 21 C 279/03, WuM 2004, 462; AG Lörrach v. 21.2.1996 – 4 C 66/96, WuM 1996, 613.

<sup>355</sup> Offenlassend LG Frankfurt v. 7.11.2003 – 217 S 38/03, NZM 2004, 62.

<sup>356</sup> LG Berlin v. 7.11.2003 – 63 S 178/03, GE 2004, 425.

<sup>357</sup> LG Köln v. 26.1.1995 – 1 S 106/94, KM 31 Nr. 15.

<sup>358</sup> BGH v. 26.9.2007 – VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 = NZM 2007, 879.

<sup>359</sup> A.A. *Langenberg*, WuM 2006, 122 (der danach Fristen von 5, 8 und 10 Jahre entwickelt); vgl. dazu auch BGH v. 26.9.2007 – VIII ZR 143/06, WuM 2007, 684 = NZM 2007, 879.

präsentieren nämlich die Lebensdauer der dort bezeichneten Baumaterialien. Um Fristen für eine Abnutzung, die Renovierungsbedarf erzeugt, als Orientierung festlegen zu können, muss auf Erfahrungswerte zurückgegriffen werden. Dazu muss aber hinsichtlich der verschiedenen Nutzungen differenziert werden, was letztlich die Einholung von Sachverständigengutachten im Einzelfall erfordert.

Die Funktion von (allein wirksamen) weichen Fristenplänen besteht in der zeitlichen Orientierung bei der Feststellung der Fälligkeit und der Bemessung der Höhe des Abgeltungsanspruchs. Da im Zusammenhang mit Abgeltungsklauseln aber ohnehin nur mehrere Berechnungsbeispiele im Mietvertrag die Transparenz verdeutlichen sollen, kann dadurch weder eine Verbindlichkeit anderer Fristen herbeigeführt noch die richtige Zeitbestimmung ermittelt werden. Denn es geht allein darum, dem Mieter die Auswirkungen seiner Abnutzung auf die Höhe des Anspruchs des Vermieters nahe zu bringen. Dafür ist aber keine Fristenregelung bei der Ausführung von Schönheitsreparaturen erforderlich.

Demnach beschränkt sich der Zweck von (weichen) Fristenplänen auf eine Beweiserleichterung. Sind nach dem Mietvertrag vereinbarte Regelfristen bei Ende des Mietvertrages nicht abgelaufen, sieht die Regelung über die Renovierung aber vor, dass bei starker oder geringer Abnutzung seit Mietbeginn kürzere oder längere Fristen nach dem Grad der Erforderlichkeit einzuhalten sind, enthält die Klausel damit eine sog. „weiche“ Ausführungsfrist. Soll die Fristenregelung in den AGB aber nur für den Regelfall gelten und Ausnahmen nach dem Erhaltungszustand zulassen, trifft den Mieter die Beweislast, dass entgegen der im Vertrag genannten Frist noch keine Renovierungsbedürftigkeit besteht<sup>360</sup>. Nimmt der Vermieter umgekehrt aber für sich eine Verkürzung der Regelfristen in Anspruch, muss er darlegen und beweisen, dass der Erhaltungszustand der Mieträume eine frühere Ausführung der Schönheitsreparaturen erfordert<sup>361</sup>.

Wer diese Vorteile in Anspruch nehmen will, sollte einen Fristenplan regeln. Dabei muss er jedoch Vorsorge treffen, dass die gewählten Fristen unangemessen und damit unwirksam sind. Für diesen Fall muss in der Regel der Ver-

---

<sup>360</sup> BGH v. 8.10.2008 – XII ZR 84/06, MDR 2009, 77 = MietRB 2008, 354 = GE 2008, 1556 = NJW 2008, 3772 = NZM 2008, 890.

<sup>361</sup> OLG Düsseldorf v. 1.10.2009 – 10 U 58/09, ZMR 2010, 356 = GE 2009, 1553.

mieter den Eintritt der Fälligkeit anhand des Zustandes darlegen und beweisen. Werden weiche Fristen geregelt, ist die Versuchung groß, den Zustand nicht festzuhalten. Werden sie zwar weich, aber zu kurz bemessen, sind sie unwirksam und führen auch keine Orientierungshilfe herbei. Deshalb sollte nicht nur derzeit von der Regelung von Renovierungsfristen abgesehen werden.

### 3.3.2.3 *Starre Fristenpläne*

Unter „starrten Fristenplänen“ sind Vereinbarungen zu verstehen, die für die Fälligkeit allein auf den Fristablauf abstellen, ohne dass – insbesondere unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes – der Zustand der Räume von Bedeutung sein soll<sup>362</sup>. Diese Klauseln formulieren regelmäßig, dass die Renovierung „spätestens“, „mindestens“ oder „innerhalb“ bestimmter Zeiten auszuführen ist, können aber auch durch die bloße Verwendung der Formulierung „verpflichtet ist“ entstehen. Selbst die Formulierung „Als angemessene Zeitabstände der Schönheitsreparaturen gelten ...“ soll unter AGB-Gesichtspunkten die Auslegung als starrer Fristenplan zulassen<sup>363</sup>.

Der BGH<sup>364</sup> sieht bei Formulierungen, die die Fristen nicht nur als Orientierungshilfe darstellen, eine „starre“ Fälligkeitsregelung, die zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führt, und zwar selbst dann, wenn der Fristenplan mit der starren Formulierung in einem gesonderten Absatz geregelt ist<sup>365</sup> oder eine starre Frist nur für einzelene Leistungen der einheitlichen Renovierungspflicht gelten soll<sup>366</sup>. Denn auch bei objektiv fehlender Renovierungsbedürftigkeit der Räume bestehe nach dem Wortlaut solcher Klauseln nach Ablauf der im Vertrag genannten Fristen die ausnahmslose Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Der üblicherweise anfallende Renovierungsbedarf in Wohnräumen sei hingegen dem Mustermietvertrag 1976 des

---

<sup>362</sup> Häublein, ZMR 2001, 139 (140) sowie LG Hamburg v. 8.3.2004 – 311 S 104/03, WuM 2004, 194; LG Frankfurt v. 7.11.2003 – 2-17 S 38/03, NZM 2004, 62; LG Gießen v. 4.2.2004 – 1 S 197/03, WuM 2004, 197; LG Duisburg v. 11.11.2003 – 13 S 209/03, NZM 2004, 63.

<sup>363</sup> LG Gießen v. 4.7.2012 – 1 S 11/12, NZM 2013, 122.

<sup>364</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 21/13, , MDR 2015, 580 = WuM 2015, 348 = ZMR 2015, 689; BGH v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, MDR 2004, 1290 = WuM 2004, 463 = NZM 2004, 653 = MietRB 2004, 313.

<sup>365</sup> BGH v. 22.9.2004 – VIII ZR 360/03, MDR 2005, 84 = MietRB 2005, 1 = NZM 2004, 901 = DWW 2004, 328.

<sup>366</sup> BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 21/13, , MDR 2015, 580 = WuM 2015, 348 = ZMR 2015, 689.

BMJ zu entnehmen. Hiervon würden die entsprechenden Formulierungen insbesondere hinsichtlich der Vorgabe abweichen, wonach der Fristenplan nicht lediglich für den Regelfall des „im Allgemeinen“ entstehenden Renovierungsbedarfs gelten solle, sondern die Renovierung grundsätzlich nach Ablauf der jeweiligen Frist vorgeschrieben sei.

Die Unzulässigkeit der Fristenbestimmung führt zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturverpflichtung insgesamt, weil sie sich unmittelbar auf den Inhalt der Renovierungspflicht auswirkt. Denn soll sich die Renovierungspflicht allein an festgelegten Zeiten orientieren, ist auch die Anzahl der während der Dauer eines Mietverhältnisses durchzuführenden Schönheitsreparaturen von dem Fristenplan abhängig, so dass die bestimmten Zeiten auch die wirtschaftliche Belastung festlegen<sup>367</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn in der Klausel die Fristen nur durch Angabe eines nach Jahren zu bemessenden Zeitraums ohne einen aufweichenden Zusatz („in der Regel“, „im Allgemeinen“, „regelmäßig“ etc.) bezeichnet sind<sup>368</sup>. Die Annahme eines starren Fristenplanes ist also nicht nur gerechtfertigt, wenn i.V.m. den Fristen „mindestens“, „spätestens“ oder „innerhalb“ formuliert wird. Gleiches gilt für eine Formulierung, nach welcher auf die üblichen Fristen Bezug genommen wird und diese mit drei Jahren, vier bis fünf Jahren und sechs Jahren angegeben werden<sup>369</sup>.

Dagegen soll die Übernahme der Formulierung des Mustermietvertrages 1976 („... *im Allgemeinen* ...“) zulässig sein und insbesondere nicht zur Annahme einer unzulässigen Bedarfsklausel führen<sup>370</sup>. Auch die Formulierung „in der Regel ... spätestens ...“ führt nicht zur Annahme einer starren Frist, da für den verständigen Mieter ersichtlich ist, dass innerhalb der Fristen eine Renovierung nur durchzuführen ist, wenn eine normale Abnutzung vorliegt<sup>371</sup>. Zur Annahme

---

<sup>367</sup> BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, MDR 2007, 205 = WuM 2006, 513.

<sup>368</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 178/05, MDR 2006, 1273 = MietRB 2006, 230 = WuM 2006, 248.

<sup>369</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 106/05, MDR 2006, 1216 = MietRB 2006, 257 = WuM 2006, 377.

<sup>370</sup> BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, WuM 2004, 333 = NZM 2004, 497 = MietRB 2004, 253.

<sup>371</sup> BGH v. 13.7.2005 – VIII ZR 351/04, MDR 2006, 257 = WuM 2005, 716 = ZMR 2005, 934; a.A. OLG Düsseldorf v. 7.10.2004 – I-10 U 70/04, WuM 2004, 603 (605) = NZM 2004, 866.

eines flexiblen Fristenplans führt ebenso die Verwendung des Begriffs „regelmäßig“ bei den Fristen<sup>372</sup>.

Obwohl ein starrer Fristenplan vereinbart wurde, tritt die Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel nicht ein, wenn dem Mieter ein Anspruch auf Verlängerung der Fristen eingeräumt wird<sup>373</sup>. Denn insoweit ist für den Mieter ersichtlich, dass der starr scheinende Fristenplan aufgeweicht werden kann. Selbst wenn der Mieter keinen Antrag stellen kann, sondern die Verlängerung vom Vermieter allein nach billigem Ermessen entschieden wird, wird die Starrheit eines Fristenplans wieder aufgehoben<sup>374</sup>.

#### 3.3.2.4 Bedarfsklausel

Eine sog. Bedarfsklausel liegt vor, wenn der Mieter die Renovierung „bei Bedarf“ ausführen soll, sich die Fälligkeit also am Zustand der Räume im Zeitpunkt der Feststellung orientieren soll. Derartige Klauseln sollen unwirksam sein, wenn die Wohnung bei Vertragsbeginn unrenoviert oder jedenfalls nicht vollständig renoviert war, so dass der Mieter bei Eintritt des „Bedarfs“ auch Abnutzungen des Vormieters beseitigen muss<sup>375</sup>. Demgegenüber sieht der BGH<sup>376</sup> in derartigen Klauseln selbst dann eine wirksame Übertragung der Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, wenn nach dem Wortlaut auf den „Grad der Abnutzung“ abgestellt wird<sup>377</sup>.

Allerdings bezieht sich der BGH in seiner Begründung auf den (Regel-)Fristenplan des Mietvertrages des BMJ von 1976, dessen Fristen aus der Sicht eines verständigen Mieters mangels gegenteiliger Anhaltspunkte erst mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen sollen. Ob diese Argumentation im Lichte der kundenfeindlichsten Auslegung und insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie auch bei Übergabe einer unrenovierten Wohnung aus-

---

<sup>372</sup> BGH v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, GE 2012, 821 ZMR 2012, 617.

<sup>373</sup> BGH v. 20.10.2004 – VIII ZR 378/03, MDR 2005, 266 = WuM 2005, 50 = ZMR 2005, 109 = MietRB 2005, 62.

<sup>374</sup> BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 48/04, MietRB 2005, 225 = WuM 2005, 241 = ZMR 2005, 768 = NZM 2005, 299.

<sup>375</sup> OLG Stuttgart v. 17.2.1989 – 8 REMiet 2/88, MDR 1989, 546 = WuM 1989, 121; LG Köln v. 12.1.1994 – 10 S 372/93, KM 31 Nr. 23.

<sup>376</sup> BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 17/04, MDR 2005, 679 = WuM 2005, 243 = MietRB 2005, 170.

<sup>377</sup> A.A. OLG Celle v. 30.1.1996 – 2 UH 1/96, WuM 1996, 202; LG Gießen v. 4.7.2012 – 1 S 11/12, WuM 2012, 604.

reicht, ist zweifelhaft. Denn es lässt sich gerade nicht feststellen, welcher Anteil der Abnutzung auf den Mieter entfällt. Deshalb kann es nicht ausgeschlossen werden, dass der Mieter Abnutzungen des Vormieters beseitigen muss, was zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Das muss auch gelten, wenn der Grad der Abnutzung inhaltlich festgelegt wird, indem z.B. für die Fälligkeit auf eine „nicht unerhebliche Abnutzung“ abgestellt wird<sup>378</sup>. Maßgeblich ist insoweit allerdings nicht, dass in diesem Fall bereits bei leichter bis mittelgradigen Beeinträchtigungen die Renovierung auszuführen ist<sup>379</sup>. Vielmehr tritt die Unwirksamkeit allein deshalb ein, weil der Vermieter vom Mieter damit auch die Beseitigung von Gebrauchsspuren verlangen kann, die nicht von ihm stammen.

### 3.3.3 Art der Ausführung

Auch ohne besonderen Zusatz müssen Schönheitsreparaturen stets „fachgerecht in mittlerer Art und Güte“ ausgeführt werden<sup>380</sup>. Was darunter zu verstehen ist, wird nicht einheitlich bewertet. Fest steht jedenfalls, dass die Qualität der durchgeführten Arbeiten nicht den Regeln eines Fachhandwerkerbetriebes entsprechen muss<sup>381</sup>. Bei der Beurteilung der Qualität können also nicht ohne weiteres die VOB bzw. die dazu ergangenen DIN-Normen angewendet werden.

Schönheitsreparaturen entsprechen regelmäßig dann mittlerer Art und Güte, wenn sie, ohne die Mietsache zu beschädigen, sorgfältig und geschickt ausgeführt sind und zu einem Zustand geführt haben, der bis zum Ablauf des nächsten Renovierungsintervalls eine Erneuerung nicht erforderlich macht<sup>382</sup>. Eine Aufklärungspflicht des Vermieters, welche Maßnahmen der Mieter treffen muss und welche Qualitätsanforderungen bestehen, besteht nicht. Der Mieter ist grundsätzlich allein für die Erfüllung seiner Pflicht verantwortlich.

Nur ausnahmsweise kann sich eine Hinweispflicht des Vermieters zu einer konkreten Ausführungsart ergeben, um die fachgerechte Erfüllung durch den Mieter zu ermöglichen. Das ist z.B. der Fall, wenn sich in den Mieträumen Glasfasertapete befindet, die nicht ohne weiteres von Raufasertapete zu unterscheiden

---

<sup>378</sup> A.A. LG Dresden v. 14.3.2014 – 4 S 63/13, GE 2014, 1587.

<sup>379</sup> So aber OLG Hamm v. 14.7.2009 – 28 U 14/09, MietRB 2009, 330 = WuM 2011, 597.

<sup>380</sup> BGH v. 6.7.1988 – VIII ARZ 1/88, WuM 1988, 294.

<sup>381</sup> LG Frankfurt v. 15.11.1988 – 2/11 S 224/88, WuM 1989, 562; LG Osnabrück v. 30.12.1985 – 2 S 74/84, WuM 1988, 107; AG Friedberg v. 30.1.1985 – C 635/83, WuM 1988, 108.

<sup>382</sup> *Lützenkirchen*, WuM 1989, 110 (111).

ist und nur mit Latex-, nicht aber mit Dispersionsfarbe gestrichen werden darf<sup>383</sup>. Haben die Parteien zur Ausführung der Renovierung keine Vereinbarungen getroffen, kann der Mieter eine unrenoviert überlassene Wohnung mittels einer Lasertechnik bearbeiten<sup>384</sup>.

Vor allem in den Vertragsmustern der ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen findet sich häufig eine Klausel, wonach der Mieter nur mit Zustimmung des Vermieters von der bisherigen Ausführungsart abweichen darf. Eine solche Klausel ist zumindest unklar (§ 305c Abs. 2 BGB)<sup>385</sup>. Das Gleiche gilt, wenn das Zustimmungserfordernis erst bei erheblichen Abweichungen bestehen soll<sup>386</sup>. Die Unklarheit resultiert daraus, dass nicht eindeutig zu ermitteln ist, was unter „Ausführungsart“ zu verstehen ist. Dieser Begriff kann sich entweder auf die Grundausstattung beziehen, auf die Ausgestaltung im Einzelnen oder auf beides. Es ist mithin nicht zu erkennen, ob jegliche Veränderung zustimmungspflichtig sein soll oder wo sonst die Grenze zwischen zustimmungspflichtigen und zustimmungsfreien Veränderungen liegt<sup>387</sup>. Ein Zustimmungsvorbehalt für jegliche Abweichung von der bisherigen „Ausführungsart“ – etwa die Wahl eines abweichenden Farbtons des Wand- oder Deckenanstrichs oder einer anderen Tapetenart – würde den Mieter unangemessen in der Möglichkeit beschränken, sich in der Mietwohnung nach seinem Geschmack einzurichten, ohne dass für eine so weitgehende Beschränkung ein anerkanntes Interesse des Vermieters zu erkennen ist. Insoweit spielt es keine Rolle, wenn die Klausel und die Renovierungspflicht in zwei unterschiedlichen Abschnitten geregelt sind<sup>388</sup> oder die Zustimmung nur bei erheblichen Abweichungen notwendig sein soll<sup>389</sup>.

Zur fachgerechten Ausführung gehört jedenfalls am Ende der Mietzeit die Verwendung von wisch- und waschfester Farbe<sup>390</sup>. Dabei ist auch immer zu beach-

---

<sup>383</sup> AG Freiburg v. 26.6.2001 – 11 C 4898/00, ZMR 2001, 897.

<sup>384</sup> LG Mannheim v. 27.11.2002 – 4 S 216/01, NZM 2003, 511.

<sup>385</sup> BGH v. 28.3.2007 – VIII ZR 199/06, MDR 2007, 944 = MietRB 2007, 167 = WuM 2007, 259 = ZMR 2007, 528 = NZM 2007, 398.

<sup>386</sup> BGH v. 11.9.2012 – VIII ZR 237/11, GuT 2013, 6.

<sup>387</sup> Vgl. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, I. B Rz. 76.

<sup>388</sup> LG Berlin v. 29.5.2007 – 63 S 442/06, GE 2007, 845.

<sup>389</sup> BGH v. 11.9.2012 – VIII ZR 237/11, ZMR 2013, 108.

<sup>390</sup> AG Freiburg v. 9.5.1985 – 3 C 293/84, WuM 1986, 242; a.A. LG Mannheim v. 19.8.1976 – 4 S 41/76, ZMR 1977, 153.



ten, dass Raufasertapete drei- oder mehrfach überstrichen werden kann, bevor sie erneuert werden muss<sup>391</sup>. Allerdings ist es dem Vermieter jedenfalls AGB-mäßig in der Regel verwehrt, dem Mieter für die Durchführung von Schönheitsreparaturen Vorgaben zu bestimmten Materialien zu machen. Auch die Verwendung der Materialien unterliegt dem Ermessen des Mieters bzw. seinen Geschmacksvorstellungen, solange er keine Veränderung oder Beschädigung der Mietsache herbeiführt. Ergibt daher die kundenfeindlichste Auslegung, dass die Renovierungsklausel ein Verbot der Verwendung wasserlöslicher Farben (Acrylfarbe) enthält und demgegenüber ölhaltige Farbe (Alkydharzfarbe) vorschreibt, ist die gesamte formularmäßige Bestimmung unwirksam<sup>392</sup>.

Abgesehen davon kommt eine nicht fachgerechte Ausführung in Betracht durch

- Pinselhaare und Schmutzpartikel im Lackstrich<sup>393</sup>,
- vor Anstrich der Fenster nicht beseitigte Löcher, Risse und Unebenheiten<sup>394</sup>,
- Verwendung von Mischbinderfarbe, die abkreidet<sup>395</sup>,
- gesundheitsgefährdende Anstriche<sup>396</sup>,
- Überstreichen von Normaltapeten<sup>397</sup>,
- nicht deckenden Anstrich,
- Nichtabdecken von Holzteilen, die an anzustreichende Tapeten grenzen,
- Überstreichen von Fliesen oder Tür- und Fensterbeschlägen,
- Überstreichen einer Stuckdecke, obwohl dies mietvertraglich verboten wurde<sup>398</sup>,

---

<sup>391</sup> AG Münster v. 19.3.1998 – 49 C 774/97, WuM 1998, 569.

<sup>392</sup> LG Berlin v. 20.12.2013 – 63 S 216/13, GE 2014, 253.

<sup>393</sup> LG Düsseldorf v. 27.6.1989 – 24 S 569/88, DWW 1989, 392; AG Köln v. 25.11.1988 – 205 C 331/88, WuM 1989, 136.

<sup>394</sup> AG Köln v. 25.11.1988 – 205 C 331/88, WuM 1989, 136.

<sup>395</sup> AG Köln v. 30.4.1985 – 205 C 358/84, WuM 1987, 150.

<sup>396</sup> *Gather*, DWW 1993, 353.

<sup>397</sup> *Hummel*, ZMR 1990, 368.

<sup>398</sup> LG Berlin v. 6.8.2002 – 65 S 460/01, WuM 2004, 233.

- Kleben von Tapeten verkehrt herum<sup>399</sup>,
- überlappend geklebte Tapeten,
- Raufasertapete im Bad<sup>400</sup>,
- Bekleben von Holz (Fenster, Türen etc.) und Küchenwänden mit Kunststoffolie<sup>401</sup>.

Entsprechen die Arbeiten des Mieters nicht den Qualitätsanforderungen, besteht ein Schadensersatzanspruch des Vermieters aus § 280 BGB. Dazu muss der Vermieter konkrete Mängel einer Renovierung darlegen und den beanstandeten Zustand beschreiben, damit der Mieter erkennen kann, inwieweit der Vermieter den Vertrag als nicht erfüllt ansieht<sup>402</sup>. Befinden sich Teile der Mietsache (hier: Fenster und Türen) aber bereits zu Beginn der Mietzeit in einem desolaten Zustand, hat der Vermieter keinen Schadensersatzanspruch wegen unsachgemäß ausgeführter Schönheitsreparaturen<sup>403</sup>.

### 3.3.4 Fachhandwerkerklauseln

Der Mieter schuldet zwar auch ohne besondere Erwähnung eine fachgerechte Durchführung. Dennoch kann der Vermieter formularmäßig keine Ausführung durch Fachhandwerker oder entsprechend der Regeln der VOB fordern<sup>404</sup>. Derartige sog. Fachhandwerkerklauseln sind unwirksam. Denn der Mieter muss in der Lage sein, auch ohne fremde Hilfe die Vertragserfüllung herbeizuführen. Maßgeblich ist allein das Ergebnis, das fachgerecht mittlerer Art und Güte sein muss.

Deshalb ist auch eine „verkappte“ Fachhandwerkerklausel unwirksam. Darunter fallen Klauseln mit der Formulierung „ausführen zu lassen“ o.Ä.<sup>405</sup>. Derartige Klauseln sind zumindest unklar, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn hinsichtlich einer Ausführung der geschuldeten Schönheitsreparaturen können sie dahin verstanden werden, dass dem Mieter die Möglichkeit einer Selbstvornahme verschlos-

---

<sup>399</sup> AG Köln v. 11.12.1975 – 151 C 716/74, WuM 1988, 110.

<sup>400</sup> LG Hamburg v. 22.5.1989 – 7 T 57/89, WuM 1991, 29 (zweifelhaft).

<sup>401</sup> LG Köln v. 19.2.1988 – 12 S 169/87, WuM 1989, 136.

<sup>402</sup> KG v. 24.4.2003 – 12 U 275/01, MietRB 2003, 37 = ZMR 2003, 676.

<sup>403</sup> LG Berlin v. 29.1.2002 – 64 S 312/01, NZM 2002, 909.

<sup>404</sup> OLG Stuttgart v. 19.8.1993 – 8 REMiet 2/92, WuM 1993, 528.

<sup>405</sup> LG München v. 30.9.2009 – 15 S 6274/09, NZM 2010, 40.

sen sein soll<sup>406</sup>. Zwar ist eine andere Auslegung möglich. Sie ist jedoch nicht zwingend und schließt insbesondere nicht die Möglichkeit der gegenteiligen Auslegung aus, nach der dem Mieter entsprechend dem vom Verwender gewählten Wortlaut der Klausel eine Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen verschlossen sein sollte.

### 3.3.5 Farbwahl

#### 3.3.5.1 Wirksamkeit von Vorgaben für die Mietzeit

Während der Mietzeit kann der Mieter grundsätzlich nach Belieben dekorieren<sup>407</sup>. Da der Vermieter am Ende der Mietzeit ein anerkanntes Interesse daran hat, die Wohnung in einem Zustand zurückzuerhalten, der ihm die Weitervermietung nicht erschwert, nimmt der Mieter mit einer „originellen“ Farb- oder Ausführungswahl in Kauf, dass er am Ende des Mietverhältnisses einen Neuanstrich in neutralen Farben anbringen muss, obwohl die Dekoration noch nicht abgenutzt ist.

Enthält der Formular-Vertrag Farb- oder Ausführungsvorgaben, die auch während des laufenden Mietverhältnisses für den Mieter bei der Ausführung von Schönheitsreparaturen relevant werden können, sind die betreffenden Klauseln unwirksam<sup>408</sup>. Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter dazu, die Wohnung auch während der Dauer des Mietverhältnisses in einem der Farbwahlklausel entsprechenden Zustand „vorzuhalten“. Dabei reicht es im Hinblick auf die kundenfeindlichste Auslegung von AGB bereits aus, dass die Geltung der Farbvorgaben für die Dauer der Mietzeit nicht ausgeschlossen werden kann. Entsprechend unwirksam sind Klauseln, die dem Mieter bestimmte Dekorationsstechniken (hier: Anstrich in Lasurtechnik) verbieten<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> BGH v. 9.6.2010 – VIII ZR 294/09, MDR 2010, 916 = MietRB 2010, 259 = NZM 2010, 615 = ZMR 2011, 190 m. Anm. *Riecke*.

<sup>407</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 166/08, WuM 2009, 224 = GE 2009, 574 = NZM 2009, 313; LG Lübeck v. 21.11.2000 – 14 S 221/00, NZM 2002, 485.

<sup>408</sup> BGH v. 22.2.2012 – VIII ZR 205/11, NZM 2012, 338; BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 198/10, MietRB 2011, 103 = WuM 2011, 96 = ZMR 2011, 369; BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 = GE 2011, 477; BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 166/08, WuM 2009, 224 = GE 2009, 574 = NZM 2009, 313.

<sup>409</sup> LG Berlin v. 7.2.2014 – 18 S 108/13, GE 2014, 939.

Eine unzulässige Farbwahlvorgabe erfolgt auch durch die Bestimmung, die vom Mieter u.a. das „Weißen der Decken und Oberwände“<sup>410</sup> verlangt<sup>411</sup>. Denn diese Formulklausel benachteiligt den Mieter regelmäßig deshalb unangemessen, weil sie ihn auch während des Mietverhältnisses zu einer Dekoration in einer ihm vorgegebenen Farbwahl verpflichte und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränkt, ohne dass dafür ein anerkanntes Interesse des Vermieters besteht. Jedenfalls soll es nicht fernliegen, unter dem Begriff „Weißen“ nicht lediglich ein Synonym für „Streichen“, sondern auch einen Anstrich in weißer Farbe zu verstehen. Lässt die Klausel somit auch diese Auslegung zu, so sei sie gemäß § 305c Abs. 2 BGB in dieser dem Mieter günstigsten, weil zur Unwirksamkeit der Klausel führenden Auslegung zugrunde zu legen. Versteht man das Weißen wie das umgangssprachliche Tünchen, kann man kaum noch einen Unterschied zu dem in § 28 Abs. 4 II. BV erwähnten Kalken erkennen. Wird aber ausdrücklich die Verwendung von weißer Farbe verlangt, liegt eine unzulässige Farbwahlklausel vor, wenn das Farbdiktat nicht ausdrücklich auf die Rückgabe beschränkt ist<sup>412</sup>.

### 3.3.5.2 Wirksamkeit von Vorgaben für die Rückgabe

Der Vermieter ist insbesondere vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung daran interessiert, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Deshalb wird überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben<sup>413</sup>. Umso mehr kann der Vermieter verlangen, dass der Mieter die Räume in hellen, neut-

---

<sup>410</sup> BGH v. 21.9.2011 – VIII ZR 47/11, GE 2011, 1481; BGH v. 23.9.2009 – VIII ZR 344/08, MDR 2010, 20 = MietRB 2010, 4 = GE 2009, 1488 = NZM 2009, 903.

<sup>411</sup> Nichts anderes gilt, wenn „Weißeln“ verlangt wird: AG München v. 18.2.2014 – 473 C 32372/13, ZMR 2014, 734.

<sup>412</sup> BGH v. 22.2.2012 – VIII ZR 205/11, NZM 2012, 338.

<sup>413</sup> *Emmerich*, NZM 2000, 1165 (1161); *Kraemer*, NZM 2003, 417 (421); *Blank/Börstinghaus*, § 535 BGB Rz. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, I. E Rz. 372 f.

ralen und deckenden Farben gestrichen zurückgibt<sup>414</sup>, und zwar auch ohne entsprechende Klausel für die Rückgabe<sup>415</sup>.

Eine auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezogene Klausel mit diesen Vorgaben (helle, neutrale und deckende Farben) ist wirksam, wenn sie keine Festlegung auf eine spezielle Dekorationsweise enthält<sup>416</sup>. Denn sie stellt auf eine Bandbreite ab, die zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passt und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar sei. Davon zu unterscheiden ist aber eine Klausel, die den Mieter am Ende der Mietzeit verpflichten soll, die Räume in weiß gestrichen zurückzugeben<sup>417</sup>. Die Farbvorgabe bezieht sich zwar nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und erlaubt es dem Mieter somit, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren. Die Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe („weiß“) im Zeitpunkt der Rückgabe schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters aber in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Denn das Interesse des Vermieters an der ungestörten Weitervermietung erfordert es nicht, den Mieter für den Zeitpunkt des Auszugs zwingend auf einen weißen Anstrich festzulegen. Auch eine Dekoration in anderen dezenten Farbtönen erschwert eine Weitervermietung nicht. Ob diese Begründung auch auf Klauseln angewendet werden kann, in denen der weiße Anstrich nur für den Fall vorgegeben wird, dass eine Endrenovierung fällig ist, ist zweifelhaft. Allerdings muss die Formulierung eindeutig sein. Bezieht sich die Farbvorgabe allein auf die fällige Endrenovierung hält die Klausel § 307 BGB stand („Sind bei Beendigung des Mietvertrages Scxhönheitsreparaturen fällig, sind diese in weiß auszuführen.“).

Die Verpflichtung des Mieters, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile in keinem anderen als den nach einer Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben

---

<sup>414</sup> BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, MDR 2008, 1028 = MietRB 2008, 257 = NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

<sup>415</sup> A.A. AG Schöneberg v. 10.9.2013 – 3 C 95/13, GE 2013, 1659.

<sup>416</sup> BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, MDR 2008, 1028 = MietRB 2008, 257 = NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

<sup>417</sup> BGH v. 22.2.2012 – VIII ZR 205/11, NZM 2012, 338; BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 198/10, MietRB 2011, 103 = WuM 2011, 96 = ZMR 2011, 369; BGH v. 14.12.2010 – VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 = GE 2011, 477.

(Hamburger Holzklause), ist für sich genommen ebenfalls unbedenklich<sup>418</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn der Wortlaut z.B. in Bezug auf „lackierte“ Holzteile hinsichtlich der farblichen Gestaltung keinen Gestaltungsspielraum einräumt, weil die Klausel den Mieter insoweit auf den allein zulässigen ursprünglichen Farbton festlegt. Denn bei umfassender Würdigung der Interessen der Parteien ist auch diese Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit des Mieters nicht zu beanstanden, weil auf Seiten des Vermieters der Umstand ins Gewicht fällt, dass bei einer transparenten Lackierung oder Lasur eine Veränderung des Farbtons entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit einem Eingriff in die Substanz der lackierten/lasierten Holzteile (Abschleifen) rückgängig gemacht werden kann. Eine Veränderung der Mieträume, die eine Substanzverletzung zur Folge habe, ist dem Mieter aber nicht gestattet.

### 3.3.5.3 Ausführungsbeispiele

Für die Farbwahl des Rückgabeszustandes ist der Geschmack des (konkreten) Nachmieters nicht ausschlaggebend<sup>419</sup>. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob die Farb- oder Ausführungswahl des Mieters die Weitervermietbarkeit erschweren kann<sup>420</sup>. Das ist nicht der Fall, wenn sie in hellen, neutralen und deckenden Farben gehalten ist, was mit „vertretbar“<sup>421</sup> nur unzureichend umschrieben ist. Denn der Maßstab ist soweit wie möglich zu objektivieren. Dazu muss der Mieter unaufdringliche Farben und/oder vom Muster her zurückhaltend gestaltete Tapeten wählen<sup>422</sup>.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Mieter im Zeitpunkt des Streichens in einer ungewöhnlichen Farbkomponente noch von seiner Gestaltungsfreiheit Gebrauch machen durfte oder schon Rücksicht auf die (Weiter-)Vermietbarkeit nehmen musste<sup>423</sup>. Denn die Pflicht, eine Wohnung, die in außergewöhnlichen Farben gestrichen ist, am Ende der Mietzeit in hellen, deckenden und neutralen Farben gestrichen zurückzugeben, ergibt sich aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB

<sup>418</sup> BGH v. 22.10.2008 – VIII ZR 283/07, MDR 2009, 75 = MietRB 2009, 1 = WuM 2008, 722 = NZM 2008, 926 = GE 2008, 1621.

<sup>419</sup> AG Oberhausen v. 6.11.1973 – 12 C 421/72, WuM 1975, 14.

<sup>420</sup> BGH v. 18.6.2008 – VIII ZR 224/07, MDR 2008, 1028 = MietRB 2008, 257 = NJW 2008, 2499 = WuM 2008, 472 = GE 2008, 1045.

<sup>421</sup> AG Weißenburg v. 30.5.2001 – 2 C 0114/00, WuM 2003, 355.

<sup>422</sup> LG Berlin v. 5.1.2007 – 65 S 224/06, NZM 2007, 801.

<sup>423</sup> BGH v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 Rz. 15; a.A. LG Nürnberg-Fürth v. 12.9.2003 – 7 S 3578/03, WuM 2007, 406.

(Gebot der Rücksichtnahme). Denn am Ende der Mietzeit überwiegt das Interesse des Vermieters an der problemlosen Weitervermietung das Interesse des Mieters an der freien Gestaltung des farblichen Zustandes der Wohnung. Ein abweichender Rückgabezustand begründet weder eine Verletzung der Rückgabepflicht<sup>424</sup> noch ist die Entscheidung über exzessives Rauchen einschlägig<sup>425</sup>. Vielmehr ergeben sich Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 241 Abs. 2, 242 BGB<sup>426</sup>, was insbesondere bei der Schadenshöhe zu berücksichtigen ist. Deshalb ist der Mieter auch bei unwirksamer Renovierungsklausel verpflichtet, die eigenwillige Renovierung in eine helle, neutrale und deckende Dekoration umzuwandeln<sup>427</sup>.

Sofern der Vermieter daraus einen Schadensersatzanspruch herleiten will, soll er nach der Differenzhypothese nur den Mehraufwand verlangen können<sup>428</sup>. Dies ist nicht richtig. Denn damit erhielte der Vermieter u.U. „Stückwerk“, was die Weitervermietung (erneut) behindern würde. Deshalb ist es zutreffend, die Renovierungskosten für die gesamte Wohnung anzusetzen und ggf. eine Korrektur über den Abzug „neu für alt“ herbeizuführen<sup>429</sup>. Dieser kann bei einer zweieinhalbjährigen Mietzeit 30% betragen<sup>430</sup>.

Dies ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn unterstellt werden kann, dass im Zeitpunkt der Rückgabe die Renovierung in akzeptablen Farben noch nicht fällig gewesen wäre oder vom Nachmieter akzeptiert worden wäre. Dann stellt sich nämlich die Renovierung zur Beseitigung der eigenwilligen Farbkombinationen des Mieters in vollem Umfang als Schaden des Vermieters dar.

Im Einzelfall bleibt die Entscheidung jedoch schwierig. Als Orientierung soll die nachstehende Übersicht dienen. Danach können folgende Zustände Schwierigkeiten bei der Weitervermietung hervorrufen und müssen daher vom Vermieter nicht akzeptiert werden:

---

<sup>424</sup> A.A. *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, E Rz. 373.

<sup>425</sup> A.A. *Eisenschmid*, WuM 2010, 459, 466 f.

<sup>426</sup> BGH v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23.

<sup>427</sup> AG Reinbek v. 22.8.2007 – 5 C 212/05, ZMR 2008, 217 (Zebratapete).

<sup>428</sup> BGH v. 31.8.2010 – VIII ZR 42/09, GE 2011, 263; LG Berlin v. 10.6.2002 – 62 S 576/01, MM 2002, 384.

<sup>429</sup> BGH v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23.

<sup>430</sup> BGH v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, WuM 2014, 23 Rz. 22.

- hellblau marmorierte Tapete<sup>431</sup>,
- (intensiv gestaltete) altrosafarbene Mustertapete<sup>432</sup>,
- Verwendung von „Schockfarben“<sup>433</sup>,
- Anstrich in kräftigen Farbtönen (rot, blau, [moos-]grün)<sup>434</sup>,
- Anstrich der Wände in lila, blau und schwarz<sup>435</sup>,
- Anstrich der Wände in grüner, roter und blauer Farbe<sup>436</sup>,
- dunkelbraune Mustertapete und orangefarbene Wischtechnik<sup>437</sup>,
- Bordüre sowie lindgrüner Anstrich<sup>438</sup>,
- grellgrüne Küche<sup>439</sup>,
- Anstrich mit „rotem Vollton“<sup>440</sup>,
- teils weiß, teils Terracotta-Wischtechnik und maisgelb<sup>441</sup>,
- blau lackierte Türrahmen<sup>442</sup>,
- dunkelbrauner Anstrich der Türen<sup>443</sup>,
- Braunbeizen von weißen Türen<sup>444</sup>,
- Umlackieren von Fenster- und Türrahmen<sup>445</sup>,
- Streichen der Türen und Heizkörper mit Wandfarbe<sup>446</sup>,

---

<sup>431</sup> LG Lübeck v. 21.11.2000 – 14 S 221/00, NZM 2002, 485.

<sup>432</sup> LG Berlin v. 5.1.2007 – 65 S 224/06, NZM 2007, 801.

<sup>433</sup> *Hummel*, ZMR 1990, 368.

<sup>434</sup> KG v. 9.6.2005 – 8 U 211/04, MDR 2006, 440 = MietRB 2005, 311 = NZM 2005, 663.

<sup>435</sup> *Schach*, jurisPR-MietR 18/2008 Anm. 2.

<sup>436</sup> AG Burgwedel v. 30.9.2005 – 73 C 123/05, WuM 2005, 771.

<sup>437</sup> LG Berlin v. 30.9.2016 – 65 S 63/16, GE 2016, 1444.

<sup>438</sup> LG Berlin v. 21.8.2001 – 64 S 135/01, NZM 2002, 120.

<sup>439</sup> LG Hamburg v. 15.10.1998 – 327 S 79/98, NZM 1999, 838.

<sup>440</sup> LG Frankfurt v. 31.7.2007 – 2/11 S 125/06, NZM 2007, 922.

<sup>441</sup> AG Schöneberg v. 6.9.2007 – 106 C 332/06, GE 2007, 1493.

<sup>442</sup> LG Berlin v. 29.11.1994 – 64 S 249/94, GE 1995, 115.

<sup>443</sup> KG v. 22.11.1984 – 8 U 87/84, GE 1985, 251.

<sup>444</sup> AG Münster v. 6.5.1987 – 7 C 98/87, WuM 1988, 110.

<sup>445</sup> LG Aachen v. 2.12.1987 – 7 S 234/87, WuM 1988, 300.



- farbliche Umgestaltung, die das äußerliche Erscheinungsbild wesentlich verändert (farbig lackierte Naturholzrahmen)<sup>447</sup>,
- farbig gestrichene Heizkörper<sup>448</sup>,
- mit Wolken bemalte Decke<sup>449</sup>,
- Aufkleben einer Fototapete,
- Zebratapete<sup>450</sup>,
- Anbringen von Schaumstoffplatten an der Küchendecke<sup>451</sup>.

### 3.4 Spezielle Klauseln

#### 3.4.1 Anfangsrenovierung

Die Anfangsrenovierung kann individuell grundsätzlich auf den Mieter übertragen werden. Zur Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung soll dem Mieter allerdings ein angemessener Ausgleich jedenfalls dann zu gewähren sein, wenn er auch zur laufenden Renovierung verpflichtet sein soll<sup>452</sup>. Im preisgebundenen Wohnraum verstößt sie nicht gegen § 9 Abs. 1 WoBindG, weil es sich nicht um eine einmalige Leistung handelt<sup>453</sup>. Eine Formulklausel ist aber nach § 307 BGB unwirksam. Denn die Schönheitsreparaturen sind ein Teil der Gegenleistung<sup>454</sup>. Bei Ausführung der Anfangsrenovierung hat der Mieter aber noch nichts erhalten, was er vergüten könnte. Er tritt also in Vorleistung, ohne jemals die Chance zu haben, eine Leistung des Vermieters abwohnen (= vergüten) zu können. Eine andere Sicht ist nur gerechtfertigt, wenn der Vermieter für die Leistung des Mieters eine Vergütung entrichtet. Diese kann z.B. in einer mietfreien Zeit oder anderen, insbesondere wirtschaftlichen Vorteilen bestehen.

---

<sup>446</sup> AG Hamburg-Altona v. 4.5.2017 – 318b C 31/16, ZMR 2017, 651 (Fristsetzung nach § 281 BGB erforderlich).

<sup>447</sup> LG Aachen v. 17.10.1996 – 6 S 90/96, WuM 1998, 596.

<sup>448</sup> LG Berlin v. 8.11.1994 – 64 S 213/94, GE 1995, 249.

<sup>449</sup> AG Schöneberg v. 6.9.2007 – 106 C 332/06, GE 2007, 1493.

<sup>450</sup> AG Reinbek v. 22.8.2007 – 5 C 212/05, ZMR 2008, 217.

<sup>451</sup> LG Köln v. 19.2.1988 – 12 S 169/87, WuM 1989, 136.

<sup>452</sup> LG Paderborn v. 13.12.2017 – 1 S 10/17, IMR 2018, 143 (*Emmert*); vgl. auch BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, WuM 2015, 338.

<sup>453</sup> LG Berlin v. 17.11.2017 – 63 S 69/17, GE 2017, 1556.

<sup>454</sup> BGH v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, MDR 1987, 927 = WuM 1987, 306.

Grundsätzlich kann der Mieter nicht verlangen, dass ihm eine frisch renovierte Wohnung überlassen wird. Vielmehr muss er geringfügige Abnutzungserscheinungen hinnehmen; die Räume müssen einen Zustand aufweisen, die den Mieter nicht zwingen, alsbald nach der Übernahme eine Renovierung durchzuführen<sup>455</sup>.

Ist eine Anfangsrenovierung erforderlich, ohne dass eine vertragliche Regelung über die Zuständigkeit getroffen wird, besteht ein Anspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Diesen verwirkt er regelmäßig nach etwa sechs Monaten<sup>456</sup>. Eine Verjährung tritt nicht ein, weil es sich um einen Teil des Anspruchs aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB handelt, der als Dauerverpflichtung nicht verjährt.

### 3.4.2 laufende Renovierung

Die Klauseln „Der Mieter trägt die Kosten der Schönheitsreparaturen“ oder „Die Schönheitsreparaturen werden vom Mieter getragen“<sup>457</sup> sollen klar und verständlich i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dem Mieter die Vornahme der geschuldeten Arbeiten überbürden.

### 3.4.3 Endrenovierungsklausel

Enthält der Mietvertrag keine ausdrückliche Endrenovierungsklausel, aber eine wirksame Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen während des Mietvertrages, ist spätestens bei Vertragsende zu renovieren, wenn Fälligkeit der Renovierung eingetreten ist<sup>458</sup>. In diesem Zusammenhang können Fristen eine Orientierung zur Fälligkeit bieten<sup>459</sup>.

Ungültig sind Formulklauseln, die den Mieter verpflichten, bei Vertragsende unabhängig vom Zeitpunkt der zuletzt vom Vermieter oder Mieter ausgeführten Renovierung die Schönheitsreparaturen durchzuführen<sup>460</sup>. Nach dem Leitbild der §§ 546, 538 hat der Mieter Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch eingetreten sind, bei

---

<sup>455</sup> LG Hamburg v. 15.7.1986 – 16 S 90/86, WuM 1986, 275.

<sup>456</sup> BGH v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, WuM 1987, 306.

<sup>457</sup> LG Berlin v. 2.5.2018 – 64 S 120/17, GE 2018, 710.

<sup>458</sup> OLG Bremen v. 30.8.1982 – 1 UH 1/82 (a), WuM 1982, 317.

<sup>459</sup> OLG Hamm v. 27.2.1981 – 4 REMiet 4/80, WuM 1981, 77; OLG Frankfurt v. 22.9.1981 – 20 REMiet 1/81, WuM 1981, 272.

<sup>460</sup> BGH v. 3.6.1998 – VIII ZR 317/97, WuM 1998, 592.

Rückgabe der Wohnung nicht zu vertreten. Umso mehr kann nicht allein deshalb eine Renovierungspflicht unabhängig vom Renovierungsbedarf konstatiert werden. Immerhin würde davon auch der Fall erfasst, dass der Mieter, der gerade erst renoviert hat und dessen Mietvertrag wegen nachfolgend eingetretener Kündigung drei Monate später endet, zur Übergabe im renovierten Zustand erneut eine Renovierung ausführen müsste.

Daran ändert auch die Konstellation nichts, in der keine Klausel über eine laufende Renovierung geregelt ist, dafür aber eine unbedingte Endrenovierungsverpflichtung (sog. isolierte Endrenovierung). Selbst wenn dem Mieter eine renovierte Wohnung übergeben wurde, ist diese Endrenovierungsklausel unwirksam<sup>461</sup>. Denn der Wortlaut verpflichtet den Mieter ebenso zur Renovierung, obwohl kein Renovierungsbedarf (= Fälligkeit von Schönheitsreparaturen) eingetreten ist. Die Unwirksamkeit einer derartigen Konstellation kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass in einer (zusätzlichen) Regelung klargestellt wird: „Der Vermieter schuldet keine Schönheitsreparaturen.“<sup>462</sup> Denn dies führt zu einer Umgehung des § 306 BGB. Danach gilt nämlich im Falle der Unwirksamkeit nach § 307 BGB die Hauptpflicht des § 535 Abs. 1 BGB. Diese Rechtsfolge würde durch die Klausel abbedungen.

Keine Renovierungspflicht zieht eine Klausel nach sich, die den Mieter (lediglich) verpflichtet, die Wohnung sauber oder besenrein zu halten oder zu übergeben<sup>463</sup>. Bei einer solchen Klausel ist der Mieter nur verpflichtet, grobe Verschmutzungen zu beseitigen („mit dem Besen grob gereinigt“<sup>464</sup>). Auch die Regelung, wonach der Mieter die Wohnung in „bezugsfertigem Zustand“ zurückgeben soll, begründet keine Endrenovierungsverpflichtung<sup>465</sup> oder die Anwendung des Summierungseffektes<sup>466</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass jedenfalls

---

<sup>461</sup> BGH v. 12.9.2007 – VIII ZR 316/06, WuM 2007, 682.

<sup>462</sup> So aber: *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 818 (820).

<sup>463</sup> BGH v. 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84, WuM 1985, 47; OLG Düsseldorf v. 3.3.1994 – 10 U 133/93, WuM 1994, 323.

<sup>464</sup> BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, MDR 2007, 205 = WuM 2006, 513.

<sup>465</sup> BGH v. 10.7.1991 – XII ZR 105/90, MDR 1992, 159 = WuM 1991, 550 = NJW 1991, 2416; BGH v. 13.1.1982 – VIII ZR 186/80, WuM 1982, 296; OLG Düsseldorf v. 11.6.2002 – 24 U 183/01, WuM 2002, 545 = ZMR 2003, 25 = DWW 2002, 328; zweifelnd *Langenberg*, Schönheitsreparaturen, C Rz. 155.

<sup>466</sup> BGH v. 12.3.2014 – XII ZR 108/13, MDR 2014, 518 = NZM 2014, 306 = DWW 2014, 127 = ZMR 2014, 622 = NJW 2014, 1444.

bei gleichzeitiger Übernahme der laufenden Renovierung ein Verstoß gegen das Übermaßverbot gegeben sei<sup>467</sup>. Dabei wird übersehen, dass die Klausel den Mieter am Ende der Mietzeit nur zur Renovierung zwingt, wenn Renovierungsbedürftigkeit besteht. Ansonsten ist die Mietsache nämlich bezugsfertig. Immerhin hat der (nachfolgende) Mieter keinen Anspruch auf eine frisch renovierte Wohnung<sup>468</sup>.

#### 3.4.4 Tapezierfähigkeit

Viele Vermieter überlassen die Wohnung zu Beginn des Mietvertrages im tapezierfähigen Zustand, also ohne Tapete an den Wänden, und verlangen bei Auszug des Mieters die Wiederherstellung dieses Zustandes. Dies hat für den Mieter den Vorteil, dass er sich die Wohnung so dekorieren kann, wie es seinen Geschmacksvorstellungen entspricht, und führt in der Praxis am Ende des Mietvertrages zu keinen Schwierigkeiten über unterschiedliche Geschmacksvorstellungen. Diese Praxis ist jedoch rechtlich höchst zweifelhaft<sup>469</sup>, obwohl dazu Klauseln – allerdings mit „AGB-rechtlich gebotenem Warnhinweis“ – vorgeschlagen werden<sup>470</sup>.

Die Herbeiführung der Tapezierfähigkeit ist ein Teil der im Rahmen der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen geschuldeten Leistungen. Denn der Mieter muss wenigstens die bei einer Renovierung notwendigen Vorarbeiten (z.B. Abkratzen der Tapete, Glätten der Wände) erbringen. Damit kann die Leistung nicht anders beurteilt werden als die Frage der Durchführung von Schönheitsreparaturen.

Dies ruft für den Vermieter bei Beginn des Mietvertrages das Risiko hervor, dass der Mieter ihn auf Durchführung einer Anfangsrenovierung in Anspruch nimmt, weil die Überbürdung der Anfangsrenovierung in jedem Falle unwirksam ist. Enthält der Mietvertrag die Verpflichtung, die Wohnung in jedem Falle bei Beendigung des Mietvertrages in tapezierfähigem Zustand zurückzugeben, ist diese Klausel nach den Grundsätzen für Endrenovierungsklauseln unwirksam,

---

<sup>467</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg, § 538 BGB Rz. 127.

<sup>468</sup> LG Hamburg v. 15.7.1986 – 16 S 90/86, WuM 1986, 275.

<sup>469</sup> LG Düsseldorf v. 7.3.2002 – 21 S 163/01, NZM 2002, 779; LG Saarbrücken v. 21.7.2000 – 13 B S 65/00, NZM 2000, 1179; Lützenkirchen, NZM 1998, 942.

<sup>470</sup> Blank, NZM 1998, 705.

wenn sie nicht darauf abstellt, wann die letzte Renovierung durchgeführt wurde<sup>471</sup>.

### 3.4.5 Schiedsgutachterklauseln

Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Höhe und Umfang von nicht oder nicht richtig ausgeführten/erforderlichen Schönheitsreparaturen, Abnutzungen der Mietsache oder Mietsachschäden, welche über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehen, werden nicht selten Schiedsgutachterabreden in Mietverträgen (vor-) formuliert. Danach soll der Streit (außergerichtlich) i.d.R. durch einen öffentlich bestellter Sachverständiger entschieden werden, der im Bedarfsfalle z.B. vom Präsidenten der zuständigen IHK/HWK bestimmt wird. Gleichzeitig wird geregelt, dass die Parteien die Ergebnisse dieses Privatgutachtens anerkennen. Derartige Klauseln sind gemäß § 307 BGB bereits deswegen wegen unangemessener Benachteiligung des Verwendungsgegners unwirksam, weil sie den Eindruck erwecken, die Entscheidung des Schiedsgutachters hinsichtlich der Ausführungspflicht zu Schönheitsreparaturen oder zu anderen Schadensbeseitigungspflichten des Mieters sei in jedem Fall bindend selbst dann, wenn sie offenbar unbillig im Sinne des § 319 BGB ist<sup>472</sup>. Rechtliches Gehör des Mieters wird nicht gewährt<sup>473</sup>. Zudem überlässt die Klausel ihrem Inhalt nach es auch dem Gutachter, Feststellungen zu Fragen vertragsgemäßen oder vertragswidrigen Gebrauches einer Mietsache zu treffen, ohne dass hierfür irgendein rechtstaatliches Verfahren vorgesehen ist und benachteiligt nicht zuletzt deswegen den Mieter unangemessen<sup>474</sup>.

### 3.4.6 Summierungseffekt in der Wohnraummiete

Da die Renovierungsleistung des Mieters nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>475</sup> einen Teil der Gegenleistung des Mieters darstellt, kann die Wirksamkeitsprüfung nicht allein auf die Regelungen beschränkt sein, die für die jeweils relevante Renovierungsphase (Anfangsrenovierung, laufende Renovierung,

---

<sup>471</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 152/05, MDR 2006, 1215 = MietRB 2006, 229 = WuM 2006, 308; BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 109/05, MDR 2006, 1217 = MietRB 2006, 229 = WuM 2006, 310.

<sup>472</sup> BGH v. 14.7.1987 - X ZR 38/86, NJW 1987, 2818.

<sup>473</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 317 BGB Rz.130.

<sup>474</sup> AG Leipzig v. 8.5.2014 – 166 C 3153/13, WuM 2014, 602 = NZM 2015, 83.

<sup>475</sup> BGH v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, WuM 1987, 306 m.w.N.

Endrenovierung) gelten sollen. Vielmehr muss die Gegenleistung als Ganzes bewertet werden, um die Angemessenheit i.S.v. § 307 BGB vollständig erfassen zu können. In diese Prüfung müssen alle die (einheitliche) Renovierungsleistung des Mieters ergänzenden Bestimmungen einbezogen werden. Nur so wird ersichtlich, wie der Vermieter als Verwender der AGB die Gegenleistung des Mieters bewertet hat.

Dabei muss zunächst nicht zwischen Individual- und Formulklausel unterschieden werden. Führt die Summe aller ergänzenden Renovierungsbestimmungen zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 BGB, sind die formularmäßigen „Anteile der Gesamtgegenleistung“, also die Formulklauseln, unwirksam. Demnach kann eine Renovierungsklausel für sich genommen wirksam sein; der Verbund mit einer oder mehreren ergänzenden Regelungen zur Renovierung kann jedoch die Unwirksamkeit aller (Formular-)Klauseln herbeiführen<sup>476</sup>. Insoweit ist es unerheblich, ob die Verpflichtungen des Mieters, Renovierungsleistungen in den einzelnen Phasen zu erbringen, in einer Bestimmung des Vertrages oder an unterschiedlichen Stellen geregelt ist<sup>477</sup>. Solange die weiteren Regelungen keine eigenständige Bedeutung haben, handelt es sich um eine Gesamtregelung zu einer einheitlichen Leistung, nämlich den Schönheitsreparaturen. Dies gilt selbst dann, wenn eine der mehreren Klauseln individualvertraglich zustande gekommen ist<sup>478</sup>.

Nur solche Klauseln, die zwar die Renovierung betreffen, aber selbständige Geltung haben sollen, also die eigentliche Renovierungspflicht des Mieters nicht ergänzen, sondern an ihre Stelle treten, werden nicht in die Gesamtbewertung einbezogen<sup>479</sup>. Das trifft etwa für die Endrenovierungsklausel zu, die die Pflicht des Mieters nicht allein an die Beendigung des Mietvertrages, sondern zusätzlich an den Ablauf bestimmter Fristen knüpft<sup>480</sup>. Durch die zeitliche Komponente wird deutlich, dass die Endrenovierungspflicht als solche unabhängig von der Renovierungspflicht während der Mietzeit stehen soll. Auch die Klauseln zur

---

<sup>476</sup> BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, MDR 2003, 1041 = MietRB 2003, 1 = ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436.

<sup>477</sup> Langenberg, Schönheitsreparaturen, I. D Rz. 40.

<sup>478</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 163/05, MDR 2006, 1094 = WuM 2006, 306; BGH v. 2.12.1992 – VIII ARZ 5/92, WuM 1993, 175.

<sup>479</sup> Beyer, GE 2007, 122 (124); a.A. Eisenhardt, WuM 2013, 332.

<sup>480</sup> Beispiel: BGH v. 28.6.2006 – VIII ZR 124/05, MDR 2007, 205 = WuM 2006, 513 = NZM 2006, 691.

Abgeltung der Nutzung bei nicht fälliger Renovierung gehören hierher, weil sie einen völlig unabhängigen Aspekt der Renovierungsverpflichtung des Mieters regeln.

Auf dieser Grundlage sind folgende Konstellationen zu unterscheiden, wobei darauf zu achten ist, dass in die Prüfung nur die Vereinbarungen der Parteien einbezogen werden und nicht ihre tatsächlichen Handlungen:

#### *3.4.6.1 Anfangsrenovierung/laufende Renovierung*

Wird mit dem Mieter die Anfangsrenovierung individuell vereinbart, ergeben sich gegen die Wirksamkeit der Bestimmung keine Bedenken<sup>481</sup>. Unzulässig ist aber eine Kombination von individuell vereinbarter Anfangsrenovierung (= wirksam) und der formularvertraglich festgelegten laufenden Renovierung zu vereinbaren<sup>482</sup>. Diese Kombination führt zur Unwirksamkeit der Klausel für die laufende Schönheitsreparatur.

Eine Individualvereinbarung kann z.B. darin gesehen werden, dass der Vermieter dem Mieter die Übernahme der Wohnung in renoviertem oder unrenoviertem Zustand zur Disposition stellt und sich die Parteien für eine dieser beiden Möglichkeiten entscheiden. Das Gleiche kann gelten, wenn der Vermieter bei den Vertragsverhandlungen mit dem Mieter die laufende Renovierung zur Disposition stellt, indem er für die Alternativen unterschiedliche Mietpreise nennt.

Beruft sich der Mieter z.B. im Rechtsstreit darauf, er habe die Wohnung bei Beginn des Mietvertrages renovieren müssen, ohne dass der Vertrag ausdrücklich eine Verpflichtung zur Anfangsrenovierung regelt, kommt es auf den tatsächlichen Anfangszustand der Räume an<sup>483</sup>. War dieser Zustand derartig schlecht, dass eine sofortige Nutzung der Räume nur nach vorheriger Renovierung möglich war, und ist im Mietvertrag z.B. geregelt, dass der Mieter die Wohnung im renovierten Zustand übernimmt, ist von einer stillschweigenden (individuellen) Überbürdung der Anfangsrenovierung auszugehen. Dies gilt erst recht, wenn der Mieter ausdrücklich danach fragt, ob die Wohnung renoviert übergeben

---

<sup>481</sup> Oske, Schönheitsreparaturen, S. 16.

<sup>482</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 163/05, MDR 2006, 1094 = WuM 2006, 306; OLG Celle v. 3.3.1999 – 2 U 86/98, ZMR 1999, 470; LG Berlin v. 11.7.2000 – 63 S 512/99, ZMR 2001, 31.

<sup>483</sup> A.A. LG Berlin v. 24.8.2001 – 64 S 29/00, NZM 2002, 119.

wird. Antwortet der Vermieter darauf nicht oder gibt sogar an, dass die Räume unrenoviert übergeben werden, kann eine konkludente Pflicht zur Anfangsrenovierung des Mieters angenommen werden, wenn Renovierungsbedarf (= Fälligkeit von Schönheitsreparaturen) bestand.

#### 3.4.6.2 *Laufende Renovierung/Schlussrenovierung*

Wird die Renovierung während der Laufzeit des Mietvertrages allein individuell auf den Mieter übertragen, ist sie gültig. Dies rechtfertigt sich schon aus der Überlegung heraus, dass die formularmäßige laufende Renovierung für uneingeschränkt zulässig erachtet wird.

Bedenklich ist allerdings die Klauselkombination von Pflicht zur laufenden Renovierung und Pflicht zur (unbedingeten) Endrenovierung. Letzteres ist auch dann für den Summierungseffekt anzunehmen, wenn eine Klausel dem Mieter vorschreibt, die Wohnung in weiß gestrichen zurückzugeben<sup>484</sup>. Nach dem Inhalt einer solchen Klausel kann nämlich über den Summierungseffekt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters eintreten. Denn auch hier wird der Fall erfasst, dass der Mieter soeben die laufenden Renovierungsleistungen erbracht hat und kurze Zeit später ohne sein Zutun das Ende der Mietzeit eintritt, so dass er – nach dem Wortlaut des Vertrages – erneut renovieren müsste, ohne dass Renovierungsbedarf besteht.

Insoweit ist unerheblich, ob die Klausel über die laufende Renovierung oder die Endrenovierung unwirksam ist. Ebenso ist es unbedeutend, aus welchem Grund z.B. die Klausel über die laufende Renovierung zu beanstanden ist. Selbst die bloße Vereinbarung eines unwirksamen Fristenplans führt den Summierungseffekt herbei<sup>485</sup>, sofern die Klauseln nicht selbständig nebeneinander stehen sollen<sup>486</sup>.

Wird eine formularmäßige Überwälzung laufender Schönheitsreparaturen mit einer formularmäßigen Endrenovierungsverpflichtung kombiniert, die unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Dekorationsarbeiten bestehen soll, tritt der Summierungseffekt ein, der die gesamte Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf

---

<sup>484</sup> AG Dortmund v. 26.6.2014 – 425 C 2787/14, GE 2014, 1455 = NZM 2014, 826.

<sup>485</sup> LG Berlin v. 10.10.2002 – 62 S 213/02, WuM 2002, 668.

<sup>486</sup> Beyer, GE 2007, 122 (124).



den Mieter nach § 307 BGB unwirksam macht<sup>487</sup>. Das gilt selbst dann, wenn die (unwirksame) Endrenovierungsklausel erst in der Anlage zum Mietvertrag geregelt ist und die Regelungen wechselseitig Bezug nehmen<sup>488</sup>.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Endrenovierungsverpflichtung überhaupt im konkreten Fall zur Anwendung kommt. Die Beurteilung des Summierungseffekts erfolgt abstrakt: Die gesamte Gegenleistung des Mieters wird anhand der Formulierungen des Mietvertrages bewertet, um ihre Unangemessenheit feststellen zu können. Ist ihre Unwirksamkeit gegeben, kann z.B. nicht mehr auf die Klausel zur laufenden Renovierung aus Verzugsgesichtspunkten zurückgegriffen werden<sup>489</sup>.

Ist die Endrenovierungsverpflichtung individuell begründet worden, beschränkt sich die Wirkung des Summierungseffekts gemäß §§ 306, 307 BGB auf die Formulklausel zur laufenden Renovierung<sup>490</sup>. Dies gilt erst recht, wenn die individuelle Regelung nachträglich (z.B. im Übergabeprotokoll) vereinbart wurde<sup>491</sup>. Die Unwirksamkeit der individuellen Endrenovierungsregelung kann nur über § 139 BGB eintreten. Denn ihre Schranken findet die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung vor allem in den Verbotsgesetzen i.S.d. § 134 BGB, im Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dafür, dass eine Endrenovierungsklausel gegen diese Schranken verstößt, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Die Individualabrede unterliegt auch nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB<sup>492</sup>. Dennoch ist zu prüfen, ob die eine Vereinbarung im Zweifel ohne die andere getroffen wurde,

---

<sup>487</sup> BGH v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, MDR 2003, 1041 = MietRB 2003, 1 = ZMR 2003, 653 = WuM 2003, 436; LG Landau v. 26.3.2002 – 1 S 3/02, ZMR 2002, 429; LG Berlin v. 29.6.2004 – 63 S 34/04, MM 2004, 339; LG Hamburg v. 14.4.2000 – 311 S 205/99, NZM 2000, 541; LG Frankfurt v. 30.6.2000 – 2/17 S 340/99, WuM 2000, 545; AG Köln v. 13.2.2001 – 210 C 279/00, WuM 2001, 443; AG Königstein v. 23.10.2000 – 21 C 225/00-12, NZM 2000, 1181; AG Köln v. 18.6.2002 – 218 C 483/01, WuM 2003, 315; a.A. LG München I v. 3.1.2003 – 31 S 10293/01, NZM 2003, 512.

<sup>488</sup> BGH v. 25.6.2003 – VIII ZR 335/02, MDR 2003, 1349 = MietRB 2003, 93 = NZM 2003, 755.

<sup>489</sup> LG Landau v. 26.3.2002 – 1 S 3/02, ZMR 2002, 429.

<sup>490</sup> LG München II v. 24.10.2000 – 12 S 3755/00, NZM 2001, 951; LG Hanau v. 24.3.2006 – 2 S 324/05, InfoM 2006, 119; LG Hamburg v. 8.11.2007 – 307 S 164/06, ZMR 2008, 454; a.A. AG Mettmann v. 9.3.2004 – 21 C 279/03, WuM 2004, 462.

<sup>491</sup> BGH v. 14.1.2009 – VIII ZR 71/08, MDR 2009, 372 = MietRB 2009, 160 = WuM 2009, 173 = GE 2009, 321 = ZMR 2009, 358 m. Anm. *Disput*.

<sup>492</sup> BGH v. 18.3.2009 – XII ZR 200/06, MDR 2009, 678 = MietRB 2009, 162 = GE 2009, 647 = NZM 2009, 397.

§ 139 BGB<sup>493</sup>. Das ist bei nachträglicher Vereinbarung zu verneinen<sup>494</sup>. Denn hier wird in der Regel dem bereits bestehenden Mietvertrag später noch eine weitere Abrede hinzugefügt, ohne den sonstigen Bestand an Rechten und Pflichten zu verändern. Insoweit spricht auch keine Vermutung für einen inneren Zusammenhang<sup>495</sup>. Deshalb sind besondere Feststellungen im Einzelfall zu treffen.

Keine unzulässige Kombination soll in der formularmäßigen Verpflichtung zur laufenden Renovierung mit der Bestimmung zur Rückgabe in „sofort bezugsfähigem Zustand“ liegen<sup>496</sup>. Ebenso unbedenklich ist eine mietvertragliche Klausel, die einen angemessenen Fristenplan enthält und den Mieter verpflichtet, „je nach Grad der Abnutzung“ am Ende der Mietzeit zu renovieren<sup>497</sup>.

#### 3.4.6.3 Vermeidung des Summierungseffektes

Der Summierungseffekt greift durch, wenn die gesamte Renovierungsleistung, wie sie im Vertrag geregelt ist, bei abstrakter Bewertung zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses führt, so dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Diese Benachteiligung kann z.B. vermieden werden, wenn eine zusätzliche Leistung des Vermieters, die im Zusammenhang mit der Renovierungsverpflichtung des Mieters steht, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherstellt.

Wollen die Parteien daher vertraglich begründen, dass der Mieter die Anfangsrenovierung durchführt, kann das Gleichgewicht z.B. durch einen Mietnachlass oder eine vergleichbare (angemessene) Leistung des Vermieters hergestellt werden. Allerdings soll insoweit ein Verzicht des Vermieters auf die Grundmieten für die ersten Monate nicht ausreichen, wenn der Mieter die „mietfreie“ Zeit fast ausschließlich zur Renovierung benötigt. Denn darin soll eine „zusätzliche“ Leistung des Vermieters nicht zu sehen sein, weil dem Mieter die Wohnung für die Dauer der Renovierung gerade nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch (=

---

<sup>493</sup> BGH v. 5.4.2006 – VIII ZR 163/05, MDR 2006, 1094 = NJW 2006, 2116 (Rz. 20); AG Dortmund v. 26.6.2014 – 425 C 2787/14, GE 2014, 1455 = NZM 2014, 826.

<sup>494</sup> BGH v. 14.1.2009 – VIII ZR 71/08, MDR 2009, 372 = MietRB 2009, 160 = WuM 2009, 173 = GE 2009, 321 = ZMR 2009, 358 m. Anm. *Disput*.

<sup>495</sup> BGH v. 18.3.2009 – XII ZR 200/06, MDR 2009, 678 = MietRB 2009, 162 = GE 2009, 647 = NZM 2009, 397.

<sup>496</sup> LG Leipzig v. 26.3.2002 – 16 S 9370/00, DWW 2002, 333.

<sup>497</sup> BGH v. 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, MietRB 2004, 253 = NZM 2004, 497.

Wohnen) zur Verfügung stand<sup>498</sup>. Maßgeblich soll insoweit die objektive Angemessenheit des Ausgleichsbetrages sein<sup>499</sup>.

Dies ist bedenklich, zumal sich das Gericht an der Renovierung durch eine Fachkraft orientiert. Immerhin handelt es sich um eine Eigenleistung des Mieters, die z.B. bei Beendigung des Mietvertrages und beabsichtigten Umbaumaßnahmen des Vermieters nach dem Aufwand bewertet wird, den der Mieter bei der Ausführung einer Renovierung in Eigenleistung hätte bestreiten müssen. Vorsichtshalber sollte klargestellt werden, welche Zeit die Parteien für die Renovierungsleistung kalkulieren. Bei der Frage, wie sie die Renovierungsleistung des Mieters der Höhe nach bewerten, bestehen nur die Grenzen der §§ 134, 138 BGB.

Keinen Effekt haben in der Regel (handschriftliche) Zusätze im Übergabeprotokoll. Soweit sie sich bloß auf die im Vertrag begründete Renovierungspflicht beziehen, entfalten sie zumeist nur deklaratorische Wirkung<sup>500</sup>. Eine eigenständige Bedeutung kann ihnen aber zukommen, wenn sie die im Vertrag geregelte Renovierungspflicht inhaltlich abändern, indem z.B. eine zusätzliche Endrenovierung bestimmt wird<sup>501</sup>.

### 3.5 Durchsetzung der Renovierungspflicht des Mieters

#### 3.5.1 Während der Mietzeit

Sind die Schönheitsreparaturen fällig und weigert sich der Mieter, sie auszuführen, hat der Vermieter die Möglichkeiten, mit

- dem Erfüllungsanspruch,
- dem Vorschussanspruch oder
- der ordentlichen Kündigung

zu reagieren.

---

<sup>498</sup> AG Mitte v. 11.2.2003 – 25 C 362/01, MM 2003, 384.

<sup>499</sup> AG Mitte v. 29.3.2007 – 18 C 113/06, GE 2007, 787; ebso *Wiek*, WuM 2016, 71 (74).

<sup>500</sup> LG Berlin v. 28.5.2013 – 63 S 347/12, GE 2013, 1004.

<sup>501</sup> BGH v. 14.1.2009 – VIII ZR 71/08, MDR 2009, 372 = MietRB 2009, 160 = WuM 2009, 173 = GE 2009, 321 = ZMR 2009, 358 m. Anm. *Disput*.

### 3.5.1.1 Erfüllungsanspruch

Der Erfüllungsanspruch ist darauf gerichtet, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen durchführt. Kommt der Mieter einer entsprechenden Aufforderung mit Fristsetzung nicht nach, muss der Vermieter den Mieter auf Durchführung gerichtlich in Anspruch nehmen. Dementsprechend müsste ein Klageantrag die vorzunehmenden Arbeiten im Einzelnen spezifizieren. In einem obsiegenden Urteil würde also tenoriert, dass der Mieter die genau bezeichneten Arbeiten auszuführen hätte.

Materiell setzt der Anspruch noch voraus, dass die vom Mieter durchzuführende Renovierung auch möglich ist. Das ist i.d.R. nicht der Fall, wenn Substanzschäden vorhanden sind, deren Beseitigung der vorleistungspflichtige Vermieter im Rahmen seiner Erhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) schuldet. Insoweit muss geprüft werden, ob nicht ein Phänomen besteht, das bei den vom Mieter im Rahmen der Renovierung zu leistenden Vorarbeiten ohnehin beseitigt wird. Das trifft auf Risse in der Wohnzimmerdecke zumeist nicht zu<sup>502</sup>.

Ein solcher Titel könnte nur gemäß § 887 ZPO vollstreckt werden. Diese Vorschrift regelt die Verurteilung zu Handlungen, die auch ein Dritter vornehmen könnte. Nach § 887 Abs. 2 ZPO kann der Vermieter den Mieter auf Zahlung eines Vorschusses verklagen, wenn er nach der Rechtskraft des Urteils die im Titel bestimmten Handlungen nicht vornimmt. Dieses Verfahren ist langwierig und u.U. kompliziert.

### 3.5.1.2 Vorschussanspruch

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>503</sup> besteht ein solcher Anspruch, sobald die Renovierung fällig ist und sich der Mieter in Verzug befindet<sup>504</sup>. Für die Fälligkeit ist grundsätzlich auf die Renovierungsbedürftigkeit abzustellen. Dabei sind aber im Vertrag enthaltene Vorgaben (z.B. Erforderlichkeit, um nachhaltige Schäden zu vermeiden) zu berücksichtigen<sup>505</sup>. Zur Herbeiführung des Verzuges ist eine bestimmte Leistungsaufforderung (= Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB) erfor-

---

<sup>502</sup> LG Berlin v. 7.2.2017 – 67 S 20/17, WuM 2017, 134.

<sup>503</sup> BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 192/04, MDR 2005, 921 = WuM 2005, 383 = NZM 2005, 450; BGH v. 30.5.1990 – VIII ZR 207/89, MDR 1991, 142 = WuM 1990, 494.

<sup>504</sup> Aber nicht nach Ende der Mietzeit: *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315.

<sup>505</sup> BGH v. 17.2.2015 – VIII ZR 232/14, WuM 2015, 338.

derlich, die in der Praxis mit einer angemessenen Fristsetzung verbunden werden sollte. Verstreicht die gesetzte angemessene Frist ungenutzt, kann der Vermieter auf der Grundlage eines Kostenvoranschlages eines Malerbetriebes die voraussichtlich notwendigen Kosten zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verlangen. Nach Durchführung der Arbeiten muss über den Vorschuss abgerechnet werden.

Ein Vorschussanspruch soll nicht bestehen, wenn dem Vermieter kein messbarer Vermögensschaden durch die unterlassene Renovierung entstanden ist<sup>506</sup>. Ist dieser nicht messbar, soll der Vermieter nach § 887 ZPO vorgehen müssen, also zunächst auf Erfüllung klagen, um in der Zwangsvollstreckung ggf. seinen Vorschussanspruch geltend machen zu können. Ein Vermögensschaden war in dem vom BGH<sup>507</sup> entschiedenen Fall gegeben, weil die Parteien eine Umsatzmiete vereinbart hatten, so dass sich der mangelhafte Dekorationszustand unmittelbar auf die sinkende Miete auswirken konnte. Bei der Vermietung von Wohnraum soll ein solcher Fall erst eintreten können, wenn eine Substanzgefährdung vorliegt.

Bei dieser Sichtweise wird allerdings übersehen, dass die Renovierungspflicht einen Teil der Gegenleistung des Mieters darstellt und die Vorgehensweise über den Vorschussanspruch nach den §§ 280, 286 BGB nicht nur auf Billigkeitserwägungen beruht, sondern auch auf der Überlegung, dass bei einer Anwendung des § 281 BGB der Erfüllungsanspruch untergeht, obwohl der Mietvertrag noch fortbesteht, § 281 Abs. 4 BGB. Ebenso wie die Fälligkeit der Schönheitsreparaturen während der Mietzeit nicht von der Substanzbeeinträchtigung abhängig ist<sup>508</sup>, kann dieser Umstand bei den weiteren Voraussetzungen des Vorschussanspruchs berücksichtigt werden. Der Vermieter erhält eben nicht die Gegenleistung, die die Parteien vereinbart haben. Dadurch, dass die Fälligkeit nicht allein vom Ablauf der Frist abhängig ist, sondern auch Renovierungsbedürftigkeit eingetreten sein muss, ist der Mieter ausreichend vor einer unberechtigten Inanspruchnahme geschützt.

---

<sup>506</sup> LG Berlin v. 7.12.2001 – 62 S 100/01, NZM 2002, 1026.

<sup>507</sup> BGH v. 30.5.1990 – VIII ZR 207/89, MDR 1991, 142 = WuM 1990, 494 = NJW 1990, 2376.

<sup>508</sup> BGH v. 6.4.2005 – VIII ZR 192/04, MDR 2005, 921 = WuM 2005, 383 = NZM 2005, 450.

Diese Vorgehensweise hat den Nachteil, dass der Vermieter im Ergebnis die Arbeiten selbst ausführen (lassen) muss. Wirkt der Mieter dabei nicht mit, muss der Vermieter zusätzlich über § 555a BGB vorgehen und auch das Abrücken der Möbel etc. besorgen. Im Übrigen ist u.U. auch eine Zutrittsklage notwendig, wenn der Mieter die Durchführung der Arbeiten nicht freiwillig gewähren lässt.

Der Vermieter kann sich für den Vorschussanspruch grundsätzlich keine zusätzliche Kautionsversprechen lassen<sup>509</sup>, wie z.B. im Fall des § 554a BGB. Denn damit verstößt er jedenfalls dann gegen § 551 Abs. 4 BGB, wenn die Vereinbarung zeitgleich mit dem Mietvertrag geschlossen wird. Nach Abschluss des Mietvertrages ist eine Kautionsvereinbarung frei verhandelbar, weil § 551 Abs. 4 BGB nicht mehr anwendbar ist.

### 3.5.1.3 Kündigung

Eine zur Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausreichende schuldhaft, nicht mehr unerhebliche Pflichtverletzung liegt vor, wenn ein Mieter seit mehr als einem Jahrzehnt keine Schönheitsreparaturen vorgenommen hat und sich auch nicht bemüht, hierfür das Sozialamt um Hilfe zu bitten, und ferner aufgrund der finanziellen Lage des Mieters bei seinem Tod nicht damit gerechnet werden kann, dass noch auf seine Kosten eine Renovierung durchgeführt werden kann. In diesem Fall kommt es wegen der Vernachlässigung nicht auf eine Substanzgefährdung an<sup>510</sup>.

### 3.5.2 Nach Mietende

Grundsätzlich muss der Vermieter in diesem Stadium nach § 281 BGB vorgehen, weil die Schönheitsreparaturen als Teil der Gegenleistung i.S.v. § 535 Abs. 2 BGB zu den Hauptpflichten im Mietverhältnis gehören<sup>511</sup>. Dazu muss der Verzug des Mieters mit der Leistung (Renovierung) herbeigeführt werden. Verzug tritt ein, wenn eine Leistung fällig ist und der Mieter trotz Mahnung die Leistung nicht erbracht hat. Ist § 326 BGB a.F. einschlägig, kann die Fristsetzung

---

<sup>509</sup> LG Hannover v. 28.2.2001 – 12 S 1107/00, NZM 2002, 120.

<sup>510</sup> LG Hamburg v. 2.3.1982 – 16 S 287/81, WuM 1984, 85; AG Hamburg v. 15.11.2001 – 41B C 90/01, NZM 2002, 735.

<sup>511</sup> BGH v. 5.10.1994 – XII ZR 15/93, ZMR 1995, 577 m.w.N.; Fervers, WuM 2017, 429.

mit Ablehnungsandrohung mit der Mahnung verbunden werden<sup>512</sup>, es muss also nicht erst Verzug herbeigeführt werden.

### 3.5.2.1 Die Fristsetzung

#### 3.5.2.1.1 Leistungsaufforderung

Die Fristsetzung ist zunächst eine Leistungsaufforderung. Dabei muss der Vermieter Art und Umfang der Renovierungsarbeiten bestimmbar bezeichnen<sup>513</sup>. Wie der Mieter die Leistung erbringt, also auf welche Art und Weise er die Ansprüche erfüllt, liegt in seinem Ermessen, solange er sich innerhalb der vertraglichen Verpflichtungen hält<sup>514</sup>.

In der Regel reicht es aus, die Leistung so zu bezeichnen, wie dies in § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV definiert ist. Danach umfassen Schönheitsreparaturen das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschl. Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Wird der Mieter also aufgefordert, diese Arbeiten auszuführen, liegt grundsätzlich bereits eine bestimmte Leistungsaufforderung vor<sup>515</sup>. Auf keinen Fall ausreichend ist die Formulierung „Vornahme der Schönheitsreparaturen“<sup>516</sup> oder der bloße Hinweis auf eine in einer Klausel beschriebene Ausführungsform<sup>517</sup>.

Bei der Verwendung von Formularschreiben (= für eine Vielzahl von Fällen vorbereitete Schreiben) können sich Probleme ergeben, wenn z.B. Kästchen angekreuzt werden müssen und sie nur die formularmäßige Aufforderung, „die Arbeiten auszuführen“ enthalten. Denn damit soll keine ausreichend genaue Bezeichnung erfolgen können<sup>518</sup>. Das Gleiche gilt für die Übersendung eines umfangreichen Abnahmeprotokolls, in welchem Renovierungsmängel bezeichnet sind, deren Beseitigung vom Mieter ausdrücklich verlangt wird und bei de-

---

<sup>512</sup> BGH v. 10.1.1990 – VIII ZR 337/88, NJW-RR 90, 444 m.w.N.; LG Köln v. 17.3.1987 – 12 S 296/86, WuM 1989, 71.

<sup>513</sup> OLG Hamburg v. 20.2.1991 – 4 U 106/90, WuM 1992, 70; LG Köln v. 21.7.1993 – 10 S 137/93, KM 31 Nr. 6.

<sup>514</sup> LG Berlin v. 14.6.1990 – 62 S 506/89, GE 1991, 403.

<sup>515</sup> KG v. 3.7.1995 – 20 U 2209/94, GE 1995, 1011.

<sup>516</sup> LG Berlin v. 16.10.1987 – 64 S 188/87, GE 1988, 33.

<sup>517</sup> LG Karlsruhe v. 9.11.1990 – 9 S 157/90, WuM 1991, 88.

<sup>518</sup> LG Hamburg v. 17.1.1985 – 7 S 229/84, WuM 1986, 311.

nen es zumindest zweifelhaft erscheint, ob der Mieter verpflichtet ist, diese auszuführen<sup>519</sup>.

Ob neben der Beschreibung der auszuführenden Arbeiten auch eine Zustandsbeschreibung der Mietsache erforderlich ist, wird nicht einheitlich bewertet<sup>520</sup>. Zunehmend wird die Beschreibung des Umfangs der Arbeiten für erforderlich gehalten<sup>521</sup>, jedenfalls wenn der Vermieter die vor dem Auszug vom Mieter durchgeführten Schönheitsreparaturen beanstandet<sup>522</sup>. Diese Auffassung stellt jedoch übertriebene Anforderungen. § 281 BGB verlangt auch nach der Schuldrechtsmodernisierung nur eine Fristsetzung als Leistungsaufforderung. Eine Zustandsbeschreibung ist weder gefordert noch erforderlich. Denn es gehört nicht zu den Wirksamkeitsanforderungen des § 281 BGB, dem Schuldner auch noch zu erklären, warum die Leistung gefordert wird.

Die Fristsetzung ist an alle Mieter zu richten. Sie muss dem Mieter auch dann zugehen, wenn für ihn ein Betreuer bestellt ist<sup>523</sup>.

#### 3.5.2.1.2 Eigentliche Fristsetzung

Mit der Leistungsbestimmung ist zugleich eine angemessene Frist zu setzen. Die Angemessenheit liegt in der Regel bei zwei Wochen<sup>524</sup>.

Ob eine Fristsetzung ohne die Bestimmung eines konkreten Zeitpunktes wirksam ist, wird nicht einheitlich gesehen. Überwiegend wird die Bestimmung eines konkreten Zeitraums, entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, zu dem die Frist abläuft, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden, verlangt<sup>525</sup>. Danach genügt die Aufforderung zur „sofortigen“ bzw. „unverzöglichen“ oder „umgehenden“ Leistung nicht. Teilweise wird dies damit begründet, dass nach dem Wegfall der nach früherem Recht vorgesehenen Ablehnungsandrohung allein die Fristset-

<sup>519</sup> LG Hamburg v. 25.9.1984 – 16 S 109/84, WuM 1986, 242.

<sup>520</sup> Dagegen: LG Köln v. 21.7.1993 – 10 S 137/93, KM 31 Nr. 6; *Emmerich*, NZM 2000, 1159; dafür: AG Köln v. 25.6.1998 – 205 C 498/97, n.v.

<sup>521</sup> KG v. 24.4.2003 – 12 U 275/01, ZMR 2003, 676 = MietRB 2003, 37.

<sup>522</sup> KG v. 22.1.2007 – 12 U 28/06, MDR 2007, 880 = GE 2007, 781 = ZMR 2007, 450.

<sup>523</sup> AG Königstein v. 18.6.2001 – 21 C 605/01-12, NZM 2001, 667.

<sup>524</sup> LG Berlin v. 14.10.1988 – 65 S 489/87, GE 1989, 413; KG v. 30.10.2006 – 8 U 38/06, WuM 2007, 71.

<sup>525</sup> MünchKomm/*Ernst*, § 323 Rz. 68; Palandt/*Grüneberg*, § 281 BGB Rz. 9; Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rz. 80.



zung die Warnfunktion gegenüber dem Schuldner erfülle und an sie deshalb strenge Anforderungen zu stellen seien<sup>526</sup>. Andere Stimmen lassen eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung ausreichen<sup>527</sup>, zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit<sup>528</sup>. Letztere Auffassung ist richtig<sup>529</sup>. Denn schon dem Begriff der Fristsetzung lässt sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben sei. Eine in dieser Weise bestimmte Frist verlangt § 281 Abs. 1 BGB – anders als § 286 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB für den Verzugseintritt ohne Mahnung – nicht. Vielmehr kann die Dauer einer Frist grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden; dies ist insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Fristen häufig der Fall<sup>530</sup>. Nach allgemeiner Meinung ist eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar ist<sup>531</sup>. Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung „in angemessener Zeit“, „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ zu bewirken, wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist. Nichts anderes gilt, wenn der Vermieter die Leistung verlangt und formuliert „gehe ich rechtlich gegen sie vor“<sup>532</sup> oder eine „schnelle Behebung der Mängel“ verlangt wird<sup>533</sup>.

Grundsätzlich ist eine zu kurz bemessene Frist unschädlich, da sie sich automatisch auf eine angemessene verlängert. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Vermieter die Nachfrist nur zum Schein setzt oder erkennbar ist, dass die Leistung trotz Fristsetzung durch den Mieter nicht akzeptiert wird<sup>534</sup>. Die Beurteilung richtet sich vor allem danach, ob es dem Schuldner (Mieter) innerhalb der gesetzten Frist überhaupt möglich ist, zu einem vertragsgerechten Verhalten zurückzukehren<sup>535</sup>. Auf keinen Fall ist es ausreichend, den Mieter aufzufordern,

---

<sup>526</sup> MünchKomm/Ernst, § 323 BGB Rz. 68.

<sup>527</sup> Staudinger/Otto, § 281 BGB Rz. B 62 und § 323 BGB Rz. B 59; Bamberger/Roth/Unberath, § 281 BGB Rz. 16.

<sup>528</sup> Jauernig/Stadler, § 281 BGB Rz. 6; vgl. auch MünchKomm/Ernst, § 323 BGB Rz. 74.

<sup>529</sup> BGH v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, MDR 2009, 1329 = WuM 2009, 580.

<sup>530</sup> MünchKomm/Grothe, § 186 BGB Rz. 4.

<sup>531</sup> RG v. 8.6.1928 – III 426/27, RGZ 120, 355, 362; Palandt/Heinrichs, § 186 BGB Rz. 3; Erman/Palm, Vor § 186 BGB Rz. 1; Bamberger/Roth/Henrich, § 186 BGB Rz. 2; Kesseler in Prütting/Wegen/Weinreich, § 186 BGB Rz. 3.

<sup>532</sup> BGH v. 18.3.2015 - VIII ZR 176/14, MDR 2015, 176.

<sup>533</sup> BGH v. 13.7.2016 – VIII ZR 49/15, GE 2016, 1205.

<sup>534</sup> BGH v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, MDR 1986, 302 = NJW 1985, 2640.

<sup>535</sup> LG Köln v. 23.10.1997 – 1 S 125/97, KM 31 Nr. 37.

bis zu einem bestimmten Termin zu erklären, ob er die Renovierung ausführt<sup>536</sup>. Bittet der Mieter um Fristverlängerung, kann er damit hinsichtlich der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis<sup>537</sup> begründen und jedenfalls nicht mehr die Notwendigkeit der Arbeiten bestreiten<sup>538</sup>.

### 3.5.2.1.3 Ablehnungsandrohung?

Bis zum 31.12.2001 musste der Vermieter am Ende der Mietzeit nach § 326 BGB a.F. vorgehen, um Schadensersatz verlangen zu können. Nach dieser Vorschrift war neben der Fristsetzung eine sog. Ablehnungsandrohung erforderlich. Dies ist eine Erklärung, die deutlich macht, dass der Gläubiger die Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen wird. Enthält der Vertrag z.B. die Klausel: „Schadensersatz kann der Vermieter nach einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung verlangen“, könnte eine weitere Anwendung des § 326 BGB a.F. in Betracht kommen.

Zwar ist das Schuldrecht in der Fassung vor dem 1.1.2002 selbst dann nicht auf Verträge anwendbar, wenn diese vor diesem Datum geschlossen wurden. Denn zum 1.1.2003 sollte das modernisierte Schuldrecht auch für Altverträge über Dauerschuldverhältnisse gelten, Art. 229 § 5 Abs. 2 BGB. Indessen ist es den Parteien unbenommen, für den Anspruch des Gläubigers, zumal wenn er Verwender i.S.d. § 305 BGB ist, schärfere Anforderungen an die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu vereinbaren. Enthält also der Mietvertrag eine (Formular-)Klausel, die den Schadensersatzanspruch des Vermieters von einer Ablehnungsandrohung abhängig macht, ist diese Regelung grundsätzlich beachtlich. Das gilt erst recht, wenn sie in einem Vertrag enthalten ist, der nach dem 1.1.2002 geschlossen wurde.

Eine Ablehnungsandrohung als Erfordernis für einen Schadensersatzanspruch sah § 326 BGB a.F. in der bis 31.12.2001 gültigen Fassung vor. Insoweit konnte die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mit der Mahnung verbunden werden<sup>539</sup>, es musste also nicht erst Verzug herbeigeführt werden. Der Erklärung

---

<sup>536</sup> OLG München v. 11.11.1994 – 21 U 2262/94, NJWE-MietR 1997, 106.

<sup>537</sup> KG v. 6.4.2006 – 8 U 99/05, GE 2006, 1230.

<sup>538</sup> KG v. 1.12.2005 – 8 U 249/04, GE 2006, 1230.

<sup>539</sup> BGH v. 10.1.1990 – VIII ZR 337/88, NJW-RR 90, 444 m.w.N., LG Köln v. 17.3.1987 – 12 S 296/86, WuM 1989, 71.

musste der Schuldner entnehmen können, dass ihm letztmalig Gelegenheit zur Erfüllung seiner Pflicht gegeben wird. Diesen Anforderungen werden Ankündigungen, nach Ablauf der Frist werde z.B. „ein Fachhandwerker beauftragt“ oder „die Ansprüche gerichtlich durchgesetzt“, nicht gerecht. Im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen, die an eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung geknüpft sind (der Mieter verliert sein Recht auf Durchführung; der Vermieter erhält den Anspruch auf Schadensersatz in Geld), gelten sehr strenge Anforderungen. Das Gesetz schreibt insoweit vor, dass die Frist mit einer Ablehnungsandrohung verbunden sein muss.

#### 3.5.2.1.4 Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Eine Fristsetzung (auch wenn sie mit Ablehnungsandrohung versehen werden müsste) ist entbehrlich, wenn eine sog. endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegt<sup>540</sup>, § 281 Abs. 2 BGB. Dies ist nur anzunehmen, wenn der Mieter die Erfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert<sup>541</sup>, im Ergebnis also kein Zweifel daran bestehen kann, dass der Mieter die Ausführung von Schönheitsreparaturen aufgrund seiner Erklärung nicht vornehmen wird. Notwendig ist aber, dass der Vermieter dem Mieter deutlich macht, was er von ihm im Einzelnen erwartet bzw. welche Arbeiten durchgeführt werden sollen<sup>542</sup>. Allein die Erklärung, rechtlich nicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet zu sein, kann nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung bewertet werden<sup>543</sup>. Hierin liegt lediglich die Äußerung einer Rechtsansicht. Sobald sich der Mieter also auf rechtlichen Rat beruft oder seine Erklärung als Rechtsansicht zu verstehen ist, muss die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung doch noch erklärt werden. Das gilt auch, wenn der Rechtsanwalt des Mieters erklärt, sämtliche im Protokoll aufgelisteten Mängel würden von der normalen Abnutzung herrühren<sup>544</sup>.

Ob eine endgültige Erfüllungsverweigerung bereits vorliegt, wenn der Mieter ohne Durchführung der fälligen Renovierungsarbeiten auszieht, ist nicht immer

---

<sup>540</sup> BGH v. 2.10.1996 – XII ZR 65/95, WuM 1997, 217; OLG Hamburg v. 29.10.1997 – 4 U 81/97, WuM 1998, 17.

<sup>541</sup> BGH v. 16.6.1982 – VIII ZR 89/81, MDR 1983, 223 = NJW 1982, 2316; BGH v. 12.12.1991 – IX ZR 178/91, NJW 1992, 971.

<sup>542</sup> KG v. 30.10.2006 – 8 U 38/06, WuM 2007, 71.

<sup>543</sup> LG Wiesbaden v. 19.8.1985 – 1 S 6/85, WuM 1986, 113.

<sup>544</sup> LG Hamburg v. 11.10.2012 – 307 S 70/12, ZMR 2013, 116.

eindeutig. Als ausreichende Erfüllungsverweigerung wurde es angesehen, dass der Mieter, ohne seine neue Anschrift zu hinterlassen und ohne hinsichtlich der Renovierung etwas zu veranlassen, ausgezogen war, wobei weder eine Ummeldung erfolgt noch ein Nachsendeantrag gestellt worden war<sup>545</sup>. Hat der Vermieter jedoch vor dem Auszug in einem Schreiben den Eindruck erweckt, er werde nach der Räumung gesondert an ihn herantreten, stellt der bloße Auszug keine Erfüllungsverweigerung dar<sup>546</sup>.

Das Erfordernis der Fristsetzung kann auch nicht formularmäßig abbedungen werden. Eine Klausel, nach der der Vermieter berechtigt sein soll, ohne Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung Räume zu öffnen, zu reinigen und in einen bezugsfertigen Zustand zu bringen, verstößt gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, da sie von dem wesentlichen Grundgedanken des § 281 Abs. 1 BGB (Nachfristsetzung) abweicht<sup>547</sup>.

#### 3.5.2.1.5 Schaden

Liegen die Voraussetzungen des § 281 BGB vor, kann der Vermieter Schadensersatz im Umfang der notwendigen Arbeiten verlangen. Regelmäßig kann dazu die Rechnung des ausführenden Handwerkers herangezogen werden. Hat der Vermieter die Arbeiten selbst ausgeführt, kann er seinen tatsächlichen Aufwand berechnen oder auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags (allerdings ohne Umsatzsteuer) den Schaden geltend machen.

663b

Auch eine abstrakte Schadensberechnung ist zulässig<sup>548</sup>. Ein Vorschussanspruch kommt nur bei entsprechender vertraglicher Regelung in Betracht<sup>549</sup>.

### 3.5.3 Sinnlose Renovierung wegen Modernisierung/Umbau

Einem Vermieter steht ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Geld ohne vorherige Fristsetzung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu, wenn die Schönheitsreparaturen wegen anschließenden Um-

---

<sup>545</sup> LG Köln v. 11.9.1997 – 1 S 375/96, KM 31 Nr. 32.

<sup>546</sup> KG v. 9.6.2008 – 12 U 183/07, MDR 2008, 1204 = MietRB 2009, 33 = WuM 2008, 592 = GE 2008, 1127 = GuT 2008, 342.

<sup>547</sup> KG v. 30.10.2006 – 8 U 38/06, WuM 2007, 71.

<sup>548</sup> A.A. *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315.

<sup>549</sup> *Lehmann-Richter*, NZM 2018, 315.

baus<sup>550</sup> sinnlos werden<sup>551</sup>. Denn will der Vermieter die Mieträume nach dem Auszug des Mieters umbauen, ist er regelmäßig an einer Sachleistung des Mieters nicht mehr interessiert. Bei dieser Sachlage wäre es zum einen widersinnig, den zum Umbau entschlossenen Vermieter an dem Anspruch auf Erfüllung der von dem Mieter vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen festzuhalten, obwohl bei Erfüllung dieser Pflicht das Geschaffene alsbald wieder zerstört würde. Zum anderen würde es regelmäßig in Widerspruch zu dem Inhalt des Mietvertrages stehen, den Mieter von seiner Verpflichtung zu befreien, ohne dass er hierfür einen Ausgleich entrichten müsste. Denn die im Vertrag übernommene Verpflichtung des Mieters zur Vornahme der Schönheitsreparaturen stellt sich im Regelfall als Teil des Entgelts dar, das er als Gegenleistung für die Leistung des Vermieters zu entrichten hat. Daher entspricht es nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien, dem Vermieter anstelle des wirtschaftlich sinnlos gewordenen Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen einen entsprechenden Geldanspruch zu geben.

Eine vergleichbare Interessenlage besteht nicht, wenn der Vermieter das Mietobjekt verkaufen will und daher für ihn die Schönheitsreparaturen sinnlos werden<sup>552</sup>. In diesem Fall kann der Vermieter nur nach § 281 BGB vorgehen

Der Zahlungsanspruch des Vermieters entsteht, sobald der Mieter von der Absicht des Vermieters, die Mieträume umzubauen, Kenntnis erlangt<sup>553</sup>. Er wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Mieter in Kenntnis der Umbauabsichten des Vermieters vor Rückgabe renoviert oder sich zur Renovierung nach dem Umbau bereiterklärt<sup>554</sup>. Der Anspruch soll dem Vermieter auch zustehen, wenn er das Objekt mittlerweile verkauft hat, insbesondere geht der Anspruch nach dem Fälligkeitsprinzip des § 566 BGB nicht auf den Erwerber über. Letzteres ist aber zumindest zweifelhaft, wenn der Vermieter schon bei Beendigung

---

<sup>550</sup> BGH v. 25.6.1980 – VIII ZR 260/79, MDR 1981, 45 = WuM 1980, 241 = ZMR 1980, 378; BGH v. 5.6.2002 – XII ZR 220/99, MDR 2002, 1304 = NJW 2002, 2383 = NZM 2002, 655 = WuM 2002, 484.

<sup>551</sup> Zweifelnd für den Fall eines AGB-Vertrages: *Klocke*, WuM 2014, 575 (576).

<sup>552</sup> BGH v. 12.2.2014 – XII ZR 76/13, WuM 2014, 201 = ZMR 2014, 532 = GE 2014, 453; a.A. OLG Koblenz v. 12.4.2013 – 10 U 832/12, MDR 2013, 964 = ZMR 2013, 883.

<sup>553</sup> OLG Koblenz v. 12.4.2013 – 10 U 832/12, MDR 2013, 964 = ZMR 2013, 883.

<sup>554</sup> OLG Oldenburg v. 14.1.2000 - 13 U 66/99, WuM 2000, 301 = ZMR 2000, 528 = NZM 2000, 828.

des Mietvertrages (auch) die Absicht hegte, das Mietobjekt zu verkaufen<sup>555</sup>. Dafür spricht eine Vermutung, tatsächlich keine Umbauarbeiten durchgeführt oder doch wenigstens begonnen wurden. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert nicht daran, dass es sich (auch) um für den Mieter speziell herbeigeführte Umbauten handelt, an denen die Renovierung (teilweise) durchgeführt werden muss. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei Vertragsschluss nicht feststeht, dass diese Umbauten von keinem nachfolgenden Mieter verwendet werden können<sup>556</sup>. Allerdings fehlt die zur Auslegung notwendige Lücke, wenn der Zahlungsanspruch bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich erwähnt wurde, ohne dass er später im Mietvertrag geregelt wurde.

Bei der Höhe des Anspruchs ist zu unterscheiden: Durfte der Mieter nach dem Mietvertrag die Arbeiten in Eigenleistung bzw. durch Verwandte oder Bekannte ausführen lassen, schuldet er als Ausgleich nur die Materialkosten und ein geringes Entgelt, das an „Freunde“ gezahlt wird<sup>557</sup>. Der Vermieter kann aber dann den Anspruch auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags eines Malers berechnen, wenn der Mieter die von ihm geschuldete Ausführung von Schönheitsreparaturen endgültig abgelehnt hatte. Eine derartige Verweigerung liegt auch vor, wenn der Mieter dem Vermieter erklärt, er könne die Renovierung wegen der geplanten Maßnahme nicht (mehr) verlangen und müsse sich auf den Zahlungsanspruch in Höhe der ersparten Eigenleistung beschränken<sup>558</sup>.

### 3.6 Rechtsfolge unwirksamer Renovierungsklausel

Verstößt die Klausel gegen § 307 BGB (was der Regelfall ist), gilt über § 306 BGB das Gesetz. Diese Rechtsfolge kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass in einer (zusätzlichen) Regelung klargestellt wird: „Der Vermieter schuldet keine Schönheitsreparaturen.“<sup>559</sup> Denn dies führt zu einer Umgehung des § 306 BGB. Danach gilt nämlich im Falle der Unwirksamkeit nach § 307 BGB die Hauptpflicht des § 535 Abs. 1 BGB. Diese Rechtsfolge würde durch die Klausel abbedungen. Demnach fällt die Renovierungspflicht infolge der Un-

---

<sup>555</sup> BGH v. 12.2.2014 – XII ZR 76/13, WuM 2014, 201 = ZMR 2014, 532 = GE 2014, 453.

<sup>556</sup> OLG Koblenz v. 12.4.2013 – 10 U 832/12, MDR 2013, 964 = ZMR 2013, 883.

<sup>557</sup> BGH v. 20.10.2004 – VIII ZR 378/03, MDR 2005, 266 = MietRB 2005, 62 = GE 2005, 51 = WuM 2005, 50 = NZM 2005, 58 = ZMR 2005, 109.

<sup>558</sup> KG v. 28.4.2008 – 8 U 154/07, MietRB 2009, 64 (65) = GE 2009, 448.

<sup>559</sup> So aber: *Lehmann-Richter*, NZM 2014, 818 (820).

wirksamkeit der Klausel im Rahmen des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB wieder an den Vermieter zurück. Auch das Anerkenntnis des Mieters z.B. in einem Rückgabeprotokoll, zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet zu sein, begründet bei unwirksamer Klausel in aller Regel keine (neue) Renovierungspflicht. Denn prinzipiell ist davon auszugehen, dass der Mieter bei dieser Vereinbarung an die Klausel im Mietvertrag anknüpft<sup>560</sup>. Eine eigenständige Vereinbarung kann allenfalls angenommen werden, wenn die Unwirksamkeit der Klausel zwischen den Parteien zuvor diskutiert wurde.

Im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 306 BGB muss der Vermieter, sobald Renovierungsbedarf besteht, die Schönheitsreparaturen ausführen. Insoweit ergibt sich ein Duldungsanspruch nach § 555a BGB. Dieser beschränkt sich aber grundsätzlich auf eine fachgerechte Renovierung in hellen, gedeckten und neutralen Farben. Davon wird ein hellblauer Anstrich nicht erfasst<sup>561</sup>. Besteht der Vermieter auf seiner davon abweichenden Farbwahl, verstößt er gegen das Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB); zumal wenn er die Wohnung weiß gestrichen übergeben hat<sup>562</sup>. I.d.R. ist er verpflichtet, die (Farb-) Wünsche des Mieters zu berücksichtigen<sup>563</sup>, selbst wenn er im Rahmen seiner Mängelbeseitigungspflicht tätig wird. Dies gilt erst recht, wenn der Mieter evtl. entstehende Mehrkosten übernehmen will und keine schutzwürdigen Interessen des Vermieters entgegenstehen<sup>564</sup>.

Kommt der Vermieter mit der Renovierung (= Mängelbeseitigung) in Verzug, bestehen die Rechte des § 536a BGB auf Ersatzvornahme und Schadensersatz wegen Verzugs einschließlich Vorschussanspruch. Der Mieter kann auch mindern, § 536 BGB. Hat der Mieter übermäßig abgenutzt, besteht u.U. ein Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 BGB. Das kann z.B. in der Wohnung eines Rauchers angenommen werden, wenn er den Mangel (= Renovierungsbedarf) nicht anzeigt und dadurch Nikotin bis in den Putz eindringen kann, so

---

<sup>560</sup> LG Frankenthal v. 19.11.2014 – 2 S 173/14, ZMR 2015, 552.

<sup>561</sup> AG Mitte v. 8.8.2013 – 121 C 135/13, ZMR 2014, 799 = GE 2013, 1285.

<sup>562</sup> LG Berlin v. 19.11.2013 – 67 S 372/13, GE 2014, 253.

<sup>563</sup> LG Bremen v. 18.5.2017 – 1 S 37/17, WuM 2017, 710.

<sup>564</sup> LG Berlin v. 23.5.2017 – 67 S 416/16, WuM 2017, 395 = ZMR 2017, 733 = GE 2017, 834.

dass neben der reinen Renovierung (z.B. Austausch der Tapeten) zusätzliche Maßnahmen erforderlich sind<sup>565</sup>.

Hat der Mieter trotz unwirksamer Renovierungsklausel Schönheitsreparaturen zwar ausgeführt, aber nicht fachgerecht, besteht grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch des Vermieters aus § 280 Abs. 1 BGB. Der Höhe nach ist dieser Anspruch aber nur begründet, wenn durch die nicht fachgerechte Maßnahme des Mieters zusätzliche Schäden entstanden sind<sup>566</sup>. Solche Schäden ergeben sich z.B., wenn der Mieter Tapete auf Tapete klebt. Hier ist die Zulage des Malers für das Entfernen der weiteren Tapete der zusätzliche Schaden des Vermieters. Macht der Mieter nach eigener nicht fachgerechter Renovierung den Erfüllungsanspruch gegenüber dem Vermieter geltend, verhält er sich widersprüchlich (*venire contra factum proprium*)<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> BGH v. 5.3.2008 – VIII ZR 37/07, MDR 2008, 617 = MietRB 2008, 161 = NZM 2008, 318 = ZMR 2008, 524 mit Anm. *Schläger*.

<sup>566</sup> BGH v. 18.2.2009 – VIII ZR 166/08, WuM 2009, 224 = NZM 2009, 313 = GE 2009, 574; LG Berlin v. 26.2.2013 – 63 S 199/12, GE 2013, 1005.

<sup>567</sup> BGH v. 17.3.2015 – VIII ZR 251/14, WuM 2015, 350 = GE 2015, 652.



## 4 Abnahmeprotokoll

### 4.1 Wirkung des Protokolls

Eine Pflicht zur Durchführung einer Abnahme ist gesetzlich nicht geregelt. Die Rückgabe ist bereits vollzogen, wenn die Besitzverhältnisse nach den Vorgaben des § 546 BGB verändert werden. Allerdings lässt sich eine Pflicht zur Abnahme, also mindestens eine einvernehmliche Zustandsfeststellung, vertraglich regeln. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die Parteien im Mietvertrag bestimmt haben, dass über die Rückgabe und den vorgefundenen Zustand ein Protokoll zu fertigen ist.

Es ist anerkannt, dass bei Bescheinigung des Vermieters im Abnahmeprotokoll bezüglich der Mangelfreiheit der Mietsache es dem Vermieter versagt ist, sich später auf bestehende Mängel, die er hätte visuell wahrnehmen können, zu berufen<sup>568</sup>. Rechtsgrundlage des Abschneidens von Ansprüchen des Vermieters nach vorbehaltloser Rücknahme einer Mietwohnung kann im Einzelfall

- ein tatsächliches Anerkenntnis,
- ein Erlassvertrag,
- eine Verzichtserklärung,
- ein negatives Schuldanerkentnis i.S.v. § 397 Abs. 2 BGB,
- ein deklaratorisches Schuldanerkentnis oder
- ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB

sein<sup>569</sup>. Die Abgrenzung erfolgt nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und der abgegebenen Erklärungen<sup>570</sup>.

---

<sup>568</sup> BGH v. 10.11.1982 – VIII ZR 252/81, MDR 1983, 394 = ZMR 1983, 93 = NJW 1983, 446; KG v. 13.2.2003 – 8 U 371/01, GE 2003, 524.

<sup>569</sup> Nachweise bei Schmidt-Futterer/Streyll, § 546 BGB Rz. 55; Stornel, Mietrecht aktuell, Rz. XIII 33 f.; Blank/Börstinghaus, § 538 BGB Rz. 6; Lehmann-Richter, ZMR 2006, 833 f.

<sup>570</sup> Vgl. auch Erman/Wagner, § 397 BGB Rz. 1.

Beschränkt sich der Erklärungswert auf die bloße Beschreibung des Zustandes, liegt regelmäßig ein tatsächliches Anerkenntnis vor. Dies führt zwar keine Verbindlichkeit der Feststellung herbei. Indessen trägt derjenige, der sich auf einen abweichenden Zustand beruft, dafür die volle Beweislast<sup>571</sup>.

Ein Erlassvertrag i.S.v. § 397 Abs. 1 BGB kommt in Betracht, wenn zwischen den Parteien Einigkeit über das Bestehen einer Forderung (z.B. des Vermieters) herrscht und diese Schuld (z.B. zugunsten des Mieters) erledigt werden soll, ohne dass das der Schuld zugrundeliegende Schuldverhältnis aufgehoben wird. Da der Mietvertrag in der gegebenen Situation regelmäßig beendet ist, kommt diese Erledigung in der Praxis kaum vor.

Der Verzichtvertrag kommt zustande, wenn durch Vereinbarung festgestellt wird, dass der Gläubiger den ihm zustehenden Anspruch aufgibt<sup>572</sup>. Oftmals lässt sich der Verzicht nur schwer vom Erlass unterscheiden. Häufig handelt es sich beim Verzicht auch um ein einseitiges Rechtsgeschäft.

In vielen Fällen wird das Protokoll, das anlässlich einer Wohnungsübergabe über den Zustand der Räume gefertigt wird, als negatives Schuldanerkennnis der Parteien, insbesondere des Vermieters i.S.v. § 397 Abs. 2 BGB angesehen<sup>573</sup>. Das setzt voraus<sup>574</sup>, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen<sup>575</sup>. Ansprüche bzw. Zustände, die für bestimmte Ansprüche vorliegen müssen, die in dem Protokoll nicht vermerkt sind, können danach nicht mehr geltend gemacht werden. Allerdings sind derartige Erklärungen einschränkend auszulegen. Denn eine Vermutung für einen Verzicht auf Rechte besteht nicht<sup>576</sup>.

---

<sup>571</sup> BGH v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = GuT 2009, 122 = NJW 2009, 580.

<sup>572</sup> Erman/Wagner, § 397 BGB Rz. 1.

<sup>573</sup> LG Potsdam v. 26.2.2009 – 11 S 127/08, GE 2009, 519; LG München I v. 25.9.2002 – 15 S 22038/01, NZM 2003, 714; LG Hamburg v. 15.10.1998 – 327 S 79/98, ZMR 1999, 405 = NZM 1999, 838; AG Leonberg v. 3.2.2015 – 4 C 469/14, IMR 2015, 278; *Blank*, PiG 52, 43.

<sup>574</sup> BGH v. 11.1.2007 – VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530 m.w.N.

<sup>575</sup> BGH v. 1.12.1994 – VII ZR 215/93, NJW 1995, 960; BGH v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, NJW 1995, 3311; BGH v. 29.4.1999 – VII ZR 248/98, BauR 1999, 1021 = ZfBR 1999, 310; BGH v. 6.12.2001 – VII ZR 241/00, BauR 2002, 613 = NZBau 2002, 338.

<sup>576</sup> BGH v. 13.1.1999 – XII ZR 208/96, NZM 1999, 371 = NJW-RR 1999, 593.

Die Anerkenntniswirkung gilt auch dann, wenn die äußeren Umstände nicht geeignet waren, den Zustand vollständig zu erfassen (z.B. schlechte Beleuchtung bei abendlicher Rückgabe), oder sich erst bei näherer Untersuchung feststellen lassen, die Parteien, insbesondere der Vermieter aber eine bloße visuelle Prüfung durchgeführt haben<sup>577</sup>. Der Mieter darf insoweit annehmen, der Vermieter verzichte auf Ansprüche aus Zuständen, die er bei gehöriger Prüfung hätte erkennen können<sup>578</sup>. Allerdings ist der Vermieter grundsätzlich nicht mit Ansprüchen ausgeschlossen, wenn sich die dazu notwendigen Feststellungen erst bei Hinzuziehung eines Sachverständigen oder sonstigen Fachmannes treffen lassen<sup>579</sup>. Das Gegenteil muss – eindeutig<sup>580</sup> – vereinbart werden.

Ohne ein schriftliches Protokoll soll eine Anerkenntniswirkung entstehen, wenn der Vermieter sich anlässlich der Wohnungsübergabe zufrieden über den Renovierungszustand geäußert hat<sup>581</sup> oder die sofortige Rückzahlung der Kautions zugesagt<sup>582</sup>, im Ergebnis also keinerlei Vorbehalte gemacht hat<sup>583</sup>. Dies gilt erst recht, wenn er dem Mieter versichert, mit der Schlüsselrückgabe sei die Sache erledigt<sup>584</sup>. Erst recht gelten diese Grundsätze im kaufmännischen Verkehr, wenn ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben vorliegt, also eine Partei nach der Abnahme die dabei getroffenen Abreden einseitig schriftlich festhält und die andere Partei dem nicht widerspricht<sup>585</sup>.

Die für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses notwendigen Umstände liegen in der Regel vor, wenn die Parteien anlässlich der Rückgabe nicht nur Zustandsfeststellungen treffen, sondern auch über die daraus herzuleitenden Ansprüche (z.B. wegen Schönheitsreparaturen) debattieren und deren Bestehen regeln<sup>586</sup>. Insoweit ist es unbedeutend, ob die Durchführung, Abgeltung oder die Leistung von Schadensersatz vereinbart wird. Solange die Parteien die Wirkungen nicht ausdrücklich festlegen, muss auch bei dem dekla-

---

<sup>577</sup> *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 834 (835).

<sup>578</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546 BGB Rz. 57.

<sup>579</sup> Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546 BGB Rz. 57.

<sup>580</sup> BGH v. 13.1.1999 – XII ZR 208/96, NZM 1999, 371 = NJW-RR 1999, 593.

<sup>581</sup> LG Köln v. 18.5.2000 – 1 S 307/99, KM 36 Nr. 7.

<sup>582</sup> AG Köln v. 30.11.1999 – 201 C 341/99, KM 36 Nr. 8.

<sup>583</sup> OLG Hamm v. 10.5.2012 – 28 U 166/11, zitiert nach juris m.w.N.

<sup>584</sup> LG Görlitz v. 10.2.1999 – 2 S 112/98, WuM 1999, 363.

<sup>585</sup> OLG Düsseldorf v. 18.12.2003 – I-10 U 184/02, NZM 2004, 260.

<sup>586</sup> *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 834 (836).

ratorischen Schuldanerkenntnis geprüft werden, ob die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen<sup>587</sup>.

Gerade weil Erklärungen vom Empfängerhorizont auszulegen sind, kann dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis keine Wirkung beigemessen werden, die über die Kenntnis der Erklärenden hinausgeht. Deshalb kann z.B. in der Verpflichtung zur Durchführung einer Renovierung keine Bestätigung einer unwirksamen Klausel im Mietvertrag gesehen werden, solange der Mieter die Unwirksamkeit nicht kannte<sup>588</sup>. Der Mieter kann sein Anerkenntnis also nach § 812 Abs. 2 BGB kondizieren, wenn die Parteien nicht ausdrücklich die Unwirksamkeit der Klausel angesprochen hatten<sup>589</sup>.

Sind die Erklärungen, die zu dem Anerkenntnis führen, im Protokoll für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert, ist zu unterscheiden. Die Beweislastumkehr, die durch das Anerkenntnis herbeigeführt wird, begründet keinen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB<sup>590</sup>. Denn sie ist Rechtsfolge der Vereinbarung und nicht Gegenstand. Werden aber Erklärungen fingiert (§ 308 Nr. 5 BGB) oder soll der Vermieter das Recht haben, auch ohne Mahnung Schadensersatz z.B. für nicht ausgeführte Schönheitsreparaturen zu verlangen (§ 309 Nr. 4 BGB), muss eine Inhaltskontrolle stattfinden. Eine vorformulierte Auftragserteilung an den Vermieter mit Verpflichtung zum Aufwendungsersatz wegen der auftragsgemäß durchgeführten Renovierung ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie auch den Fall erfasst, dass der Mieter nicht (wirksam) zur Renovierung verpflichtet war<sup>591</sup>. Will der Vermieter darstellen, dass die Vereinbarung dennoch ausgehandelt wurde, trifft ihn die Beweislast.

---

<sup>587</sup> BGH v. 11.1.2007 – VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530; BGH v. 6.12.2001 – VII ZR 241/00, BauR 2002, 613 = NZBau 2002, 338; BGH v. 29.4.1999 – VII ZR 248/98, BauR 1999, 1021 = ZfBR 1999, 310; BGH v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, NJW 1995, 3311; BGH v. 1.12.1994 – VII ZR 215/93, NJW 1995, 960.

<sup>588</sup> AG Hildesheim v. 27.2.2009 – 49 C 144/08, NJW-RR 2009, 1613; *Lehmann-Richter*, GE 2009, 1023 (1024).

<sup>589</sup> *Lehmann-Richter*, ZMR 2006, 834 (837); im Ergebnis ebenso, jedoch durch Auslegung: LG Berlin v. 28.5.2013 – 63 S 347/12, IMR 2013, 499..

<sup>590</sup> BGH v. 5.3.1991 – XI ZR 75/90, MDR 1991, 841 = NJW 1991, 1677.

<sup>591</sup> BGH v. 29.5.2013 – VIII ZR 285/12, GE 2013, 997.

## 4.2 Widerrufsbelehrung

Unabhängig davon, wie der Inhalt des Rückgabeprotokolls gewertet wird, liegt jedenfalls ein Vertrag bei der Vermietung von Wohnraum vor, so dass die Grundsätze über Widerrufsgeschäfte anwendbar sind, § 312 Abs. 4 BGB. Deshalb kann der Mieter eine z.B. im Abnahmeprotokoll dokumentierte, außerhalb der Geschäftsräume des Vermieters (§ 312b BGB) zustande gekommene Vereinbarung über Renovierungs- und/oder Schadensbeseitigungspflichten noch ein Jahr und 14 Tage (§ 357 Abs. 3 BGB) nach Abschluss widerrufen, wenn er nicht entsprechend § 356 Abs. 3 BGB belehrt wurde. Dies kann im Hinblick auf die Verjährung nach § 548 BGB verheerende Folgen haben. Denn durch den Widerruf wird der Vertrag beseitigt und es gilt der vor der Vereinbarung bestehende Zustand. Hat eine Information über das Widerrufsrecht stattgefunden ist der Vermieter gut beraten, gegenüber dem Mieter dennoch (vorsorglich) die gesetzlichen Voraussetzungen für seine evtl. nach dem Widerruf wiederauflebende Ansprüche herbeizuführen. Daher sollte er vorsorglich z.B. zum Ablauf der Widerrufsfrist eine Fristsetzung nach § 281 BGB wegen unterlassener Schönheitsreparaturen erklären.

## 4.3 Sonstige Vereinbarungen anlässlich der Rückgabe

Im Rahmen der Rückgabe können die Parteien über ihre (wechselseitigen) Ansprüche verhandeln und sie durch ein Anerkenntnis oder eine Abgeltung regeln. Denkbar ist insoweit, dass der Mieter auf die Rückzahlung der Kaution verzichtet oder eine – ggf. darüber hinausgehende – Pauschale zur Abgeltung der Ansprüche des Vermieters vereinbart wird. Auch eine Ausgleichsquittung, mit der beide Parteien auf ihre wechselseitigen Ansprüche verzichten, kommt in Betracht. Bei der Annahme stillschweigender Einigungen über einen Erlass oder Verzicht weitergehender Ansprüche ist aber vorsicht geboten. Allein die Rückzahlung der Kaution kann ohne besondere (zusätzliche) Umstände einen solchen Verzicht nicht begründen<sup>592</sup>.

Die Grenzen für die Zulässigkeit solcher Abreden ergeben sich regelmäßig aus §§ 134, 138 BGB, sofern die Rückgabe nicht als Haustürwiderrufgeschäft zu

---

<sup>592</sup> OLG Düsseldorf v. 17.3.2011 – 10 U 156/10, ZMR 2013, 626.

werten ist<sup>593</sup> oder Klauseln zur Anwendung kommen, die der Vermieter für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert hat.

---

<sup>593</sup> AG Köln v. 18.8.2005 – 222 C 82/05, KM 31 Nr. 52; *Löfflad*, MietRB 2004, 87.