

Entscheidungsbesprechung

Schönheitsreparaturen bei unrenoviert überlassener Wohnung und unwirksamer Abwälzung auf den Mieter

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

2. Die hiernach den Vermieter treffende Instandhaltungslast – vorliegend die Ausführung von Schönheitsreparaturen – bestimmt sich nach dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand; dies kann auch der unrenovierte bzw. renovierungsbedürftige Zustand der Wohnung zum Zeitpunkt ihrer Überlassung sein. Bei einer wesentlichen Verschlechterung des anfänglichen Dekorationszustands kommt ein Instandhaltungsanspruch des Mieters in Betracht. Da die (Wieder-)Herstellung dieses ursprünglichen Dekorationszustands der Wohnung in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist und deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien liegt, ist in diesen Fällen allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interessengerecht, durch welche der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann der Mieter eine solche Renovierung verlangen, muss sich aber wegen der dadurch bewirkten Besserstellung gegenüber dem unrenovierten (vertragsgemäßen) Zustand bei Mietbeginn in angemessenem – in der Regel hälftigem – Umfang an den erforderlichen Kosten beteiligen.

3. Diese Kostenbeteiligung kann der auf Durchführung von Schönheitsreparaturen in Anspruch genommene Vermieter dem Mieter nach Art eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 1 BGB) entgegenhalten. Der Mieter kann – insbesondere zur Vermeidung eines teilweisen Unterliegens – im Klageverfahren seiner Kostenbeteiligungspflicht dadurch Rechnung tragen, dass er die Vornahme der Schönheitsreparaturen nur Zug um Zug gegen Zahlung seines Kostenbeitrags verlangt. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 306, 307, 535, 536, 536a, 242, 273, 275
ZPO §§ 3, 287

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18 (LG Berlin, AG Berlin-Charlottenburg)¹

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18 (LG Berlin, AG Berlin-Schöneberg)²

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2020, 3517 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3b0a1fbd327ce3e37992c188dcb40dea&nr=109038&pos=0&anz=1> (18.1.2021).

I. Einleitung

Grundsätzlich trifft den Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen. Diese Pflicht darf er zwar auf den Mieter abwälzen, er muss aber die Grenzen einer AGB-Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB beachten.³ Mit einem Paukenschlag hat der BGH im Jahr 2015 eine solche Abwälzung für unangemessen erklärt, wenn die Wohnung unrenoviert oder renovierungsbedürftig ohne angemessenen Ausgleich übernommen wurde.⁴ Im Anschluss hieran hat sich der BGH in seinen beiden vorliegenden Entscheidungen vom 8.7.2020 mit den Folgen einer solchen unwirksamen Schönheitsreparaturklausel beschäftigt.

II. Sachverhalt

Der zugrundeliegende Sachverhalt ist ähnlich. Die Kläger mieteten eine zuvor besichtigte, unrenovierte Wohnung und waren vertraglich zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Zwischenzeitlich hatte sich der Zustand der Wohnung verschlechtert. Daher forderte ein Mieter vom Vermieter die Vornahme von Reparaturarbeiten (Verfahren VIII ZR 270/18), ein anderer nach erfolgloser Aufforderung einen Kostenvorschuss für eigene Reparaturarbeiten (Verfahren VIII ZR 163/18). In der Berufung vor dem LG Berlin hatte die erste Klage Erfolg,⁵ die letztere wurde zurückgewiesen.⁶ Der BGH hob beide Urteile auf und wies die Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.⁷

III. Überblick zu Schönheitsreparaturen

Zum besseren Verständnis beider Urteile ist zunächst ein Blick auf die Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturen zu werfen. Grundsätzlich trägt der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Instandhaltungspflicht, zu der auch die Ausführungen von Schönheitsreparaturen gehören.⁸ Dies entspricht systematisch auch der Wertung des § 538 BGB. Der Vermieter kann diese Pflicht zwar in dem Mietvertrag auf den Mieter

² Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2020, 3523 und online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0dc4117159bdba512fb7ccec1f30ee0&nr=109002&pos=0&anz=1> (18.1.2021).

³ Ausführlich zur Rechtsprechung des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln siehe v. *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 2017, § 535 Rn. 101 ff. (der die ausufernde Diskussion zu Schönheitsreparaturen als „chaotisch“ bezeichnet). Eine prägnante Übersicht hierzu erfolgt unter III.

⁴ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (statt vieler BGH NJW 1987, 2575). Die Terminologie einer „Paukenschlag“-Rechtsprechung teilt *Artz*, NZM 2020, 769 (770).

⁵ Siehe LG Berlin, Urt. v. 24.7.2018 – 63 S 283/17.

⁶ Siehe LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16.

⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 49; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 42 f.

⁸ Statt vieler BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 16 m.w.N.

abwälzen, die Klausel muss aber einer Angemessenheitskontrolle nach den § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB standhalten.

Eine Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist demnach nicht per se unangemessen. Denn der Vermieter vergütet diese Abwälzung durch eine geringere Miete. Eine gerichtliche Kontrolle solcher Klauseln kommt daher einer unzulässigen Preiskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nahe (sog. Entgeltthese).⁹ Auch kann der Mieter durch einen möglichst schonenden Gebrauch der Mietsache den Reparaturbedarf der Mietsache geringhalten und daher von einem niedrigerem Reparaturaufwand profitieren.¹⁰

Dennoch ist der wesentliche Grundgedanke der §§ 535 Abs. 1 S. 2, 538 BGB zu beachten. Demnach dürfen dem Mieter keine Pflichten auferlegt werden, die der Vermieter nicht selbst zu tragen hätte.¹¹ In seinem Urteil vom 18.3.2015 hat der BGH daher entschieden, dass eine Abwälzung unangemessen ist, sofern die Wohnung dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassen und ihm ein angemessener Ausgleich nicht gewährt wurde.¹² Denn bei kundenfeindlichster Auslegung wäre der Mieter auch verpflichtet, sämtliche Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen, sodass er die Wohnung in einem besseren Zustand zurückgeben müsste, als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat.¹³

Es kann daher bereits an dieser Stelle festgehalten werden, was auch in beiden Revisionsverfahren unstrittig war, dass die vertragliche Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter vorliegend mangels Gewährung eines angemessenen Ausgleichs unangemessen und damit nach § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Ungeklärt waren aber bislang die Folgefragen: Wer trägt nun die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen? Und wie muss sich die

⁹ Statt vieler BGH NJW 1980, 2347 (2347 f.) m.w.N. Gegen diese Entgeltthese, auch Ausgleichsprinzip genannt, wird insbesondere argumentiert, der Vermieter nehme stets „genau die Miete, die der Markt zulasse“ und versuche zusätzlich, die Ausführung von Schönheitsreparaturen abzuwälzen. Zu dieser Kritik näher v. *Emmerich*, in: Genzow (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Graf v. Westphalen zum 70. Geburtstag, 2010, S. 127 (128) m.w.N.

¹⁰ *Häublein*, in: Henssler u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 535 Rn. 143. Zusätzlich verweist die Rechtsprechung auf eine entsprechende Verkehrssitte zur vertraglichen Abwälzung von Schönheitsreparaturen (siehe nur BGH NJW 1987, 2575 [2576] m.w.N.), was mit Blick auf die Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB nicht unproblematisch erscheint. Zu dieser Kritik näher v. *Emmerich* (Fn. 3), § 535 Rn. 110 m.w.N.

¹¹ Statt vieler BGH NJW 2004, 2586 (2587) zu Renovierungsklauseln mit starren Fristen. Zu diesem sog. Reziprozitätsargument näher *Häublein*, ZMR 2000, 139 (141).

¹² BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24 m. Anm. *Lehmann-Richter*, NJW 2015, 598 ff.

¹³ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 24. Zustimmung v. *Emmerich*, JuS 2015, 840 (841: „Rückkehr zum Gesetz“); in diesem Sinne auch *Kappus*, NZM 2016, 609 (621), nach dem sich die „Sonne des Gesetzes“ zeige; demgegenüber kritisch *Graf v. Westphalen*, NZM 2016, 10 (13).

andere Vertragspartei hieran beteiligen? Diese beiden Fragen hat der BGH mit seinen vorliegenden Entscheidungen beantwortet.

IV. Analyse der Entscheidungen

In dem Verfahren VIII ZR 163/18 verlangte der Mieter gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Vorschuss,¹⁴ im parallelen Verfahren VIII ZR 270/18 verlangte er gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Durchführung von Reparaturarbeiten. Gemeinsamer Nenner ist das Vorhandensein einer mangelhaften Mietsache. Lehrbuchmäßig führt der BGH aus, ein Mangel der Mietsache liege vor, wenn deren tatsächlicher Zustand für den Mieter nachteilig vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweiche, was vorliegend aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Verschlechterung des Dekorationszustands zu bejahen sei.¹⁵

1. Ausschluss durch mietvertragliche Abwälzung

Fraglich war jedoch, ob der Anspruch aufgrund des Mietvertrags ausgeschlossen ist. Denn in beiden Fällen hatte sich der Mieter vertraglich zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Wie bereits gesehen ist diese Abwälzung jedoch mangels Gewährung eines angemessenen Ausgleichs gem. § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam, was der BGH jeweils kurz feststellt.¹⁶ An die Stelle dieser unwirksamen Klausel trete gem. § 306 Abs. 2 BGB die dispositiven gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Demzufolge habe der Vermieter die Instandhaltungslast in vollem Umfang zu tragen.¹⁷

Das LG Berlin hat in dem Berufungsverfahren hierzu Bedenken geäußert. Denn dies verleihe den Verbraucherschützenden Regelungen in den §§ 306 f. BGB einen von Vermietern als „punitiv empfundenen“ Charakter, welcher diesen Vorschriften fremd bleiben solle.¹⁸ Daher bemühte dies eine andere Lösung. Es ließ schlicht die durch die Unwirksamkeit entstandene „Vertragslücke“ unberührt, sodass keine Partei die Verpflichtung trafe, Schönheitsreparaturen durchzuführen, beide aber hierzu berechtigt seien. Dies hat das Gericht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 157, 242 BGB hergeleitet.¹⁹

Der BGH verneint jedoch sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolge einer solcher Auslegung. Bereits das Vorliegen einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke wird abgelehnt, da die dispositive Vorschrift des § 535 Abs. 1 S. 2

¹⁴ Zum Charakter des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB als Vorschussanspruch siehe BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 14 m.w.N.

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 13 f.; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 33. Zum vertragsgemäßen „Soll-Zustand“ der Wohnung nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB näher unter IV. 2.

¹⁶ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 15; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 15.

¹⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 16; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 16.

¹⁸ LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16, Rn. 20.

¹⁹ LG Berlin, Urt. v. 2.5.2018 – 18 S 392/16, Rn. 20.

BGB greife, was dem gesetzlichen Leitbild entspreche.²⁰ Obiter dictum weist der BGH sodann darauf hin, dass eine Vertragsauslegung nicht zur Folge hätte, dass keine Partei zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet wäre. Denn dies würde den Vermieter einseitig privilegieren und widerspräche daher dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB.²¹

2. Umfang der Instandhaltungspflicht

Auf Rechtsfolgenseite war sodann der Umfang der Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu ermitteln. Der BGH stellt fest, dass entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht²² nicht der renovierte Zustand der maßgebliche sei, sondern der unrenovierte Zustand der Wohnung bei Überlassung.²³ Dieser sei der vertragsgemäße und damit der nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu erhaltende „Soll-Zustand“. Denn für den Mieter sei durch die Besichtigung ersichtlich gewesen, dass er eine unrenovierte Wohnung übernehme, sodass er die Mietsache in diesem Zustand akzeptiert habe.²⁴

Entgegen der Auffassung der Revisionsparteien sei hierzu nicht die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs nötig, da dies allein für die Wirksamkeit der formularvertraglichen Abwälzung der Schönheitsreparaturen relevant sei.²⁵ Der BGH nutzt die Gelegenheit, um mit einem weiteren Trugschluss aus seinem Urteil aus dem Jahr 2015 aufzuräumen. So drehe sich die unwirksame Verpflichtung des Mieters, auch Gebrauchsspuren des Vermieters zu beseitigen, nicht automatisch in eine entsprechende Pflicht des Vermieters um. Viel-

mehr richte sich die Pflicht des Vermieters originär nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁶

3. Kostenbeteiligung des Mieters

Den Vermieter träge daher gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht, den unrenovierten Zustand der Wohnung bei Überlassung wiederherzustellen. Allerdings entstehe diese Pflicht erst, wenn sich der Zustand wesentlich verschlechtert habe.²⁷ Die Wiederherstellung eines unrenovierten Zustandes sei jedoch i.d.R. nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll und läge deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien. Eine Schönheitsreparatur sei daher nur sach- und interessengerecht, wenn der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetze.²⁸

Und nun schließt sich der Kreis. Zu einer solchen Wiederherstellung sei der Vermieter ja nicht verpflichtet. Es drohe eine Übervorteilung des Mieters, da er die Wohnung in einem besseren Zustand erhalte, als der Vermieter vertraglich schulde.²⁹ Der BGH bemüht daher das Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB. So habe der Mieter sich angemessen, i.d.R. hälftig, finanziell an den Renovierungskosten zu beteiligen. Der Umfang der Kostenbeteiligung im Einzelfall sei jedoch Sache des Patrichters, der insoweit von der ihm nach § 287 Abs. 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen könne.³⁰

Fordert der Mieter die Durchführung näher bezeichneter Arbeiten nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, könne der Vermieter diese Kostenbeteiligung nach Art eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.³¹ Verlangt der Mieter demgegenüber Kostenvorschuss nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, sei der Anspruch unter Kostenbeteiligung des Mieters nach § 242 BGB erfüllbar.³² Ein entsprechendes

²⁰ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 17; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 17. Zustimmend *Artz*, NZM 2020, 769 (770); *Zehlein*, NZM 2020, 708 (709). Es ist zwar im Einzelfall denkbar, dass auch bei Vorliegen einer dispositiven Vorschrift eine ergänzende Vertragsauslegung erfolgt. Hierzu wäre jedoch eine atypische Interessenlage nötig, was vorliegend eindeutig nicht der Fall ist. Zu dieser Ausnahme näher *Wendland*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 56. Ed., Stand: 1.11.2020, § 157 Rn. 39 m.w.N.

²¹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 18 f.; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 18 f.

²² So etwa *Artz*, NZM 2015, 801 (804 f.); *Flatow*, WuM 2009, 208 (209); *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), Kommentar zum Mietrecht, 12. Aufl. 2015, BGB § 538 Rn. 204. Dem war auch das Berufungsgericht gefolgt, siehe LG Berlin, Urt. v. 24.7.2018 – 63 S 283/17, Rn. 23 ff.

²³ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 20; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 21. In diesem Sinne bereits *Hartmann*, WuM 2015, 406 (408); *Lehmann-Richter*, WuM 2016, 529 (534). Zustimmend nun *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535; *Flatow*, jM 2020, 449 (454); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311); kritisch demgegenüber *Artz*, NZM 2020, 769 (771 f.: „den falschen von zwei möglichen Wegen gewählt“).

²⁴ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 24; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 22.

²⁵ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 25.

²⁶ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 28; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 27.

²⁷ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 31; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 33. Kritisch mit Blick auf eine fehlende Definition zur Wesentlichkeit *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (312); demgegenüber *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 („der BGH schweigt hierzu aus gutem Grund“).

²⁸ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 38; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 34.

²⁹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 40; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 35.

³⁰ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 41, 45; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 36, 40. Zustimmend *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 („konsequente Begründung für die ausgewogene Lösung“); *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535 („interessengerecht“); wohl auch *Flatow*, jM 2020, 449 (454); kritisch demgegenüber *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311: „Zweifel an der Überzeugungskraft“); *Wiek*, WuM 2020, 564 (566), der die Lösung des BGH als „grobe[n] Gesetzesverstoß“ bezeichnet.

³¹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, Rn. 44.

³² BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 44. Ob die Kostenbeteiligung des Mieters ipso iure von seinem Vorschussanspruch abgezogen wird oder ob es hierfür einer Auf-

Angebot des Mieters zur Kostenbeteiligung sei zur Verzugsbegründung nach § 286 Abs. 1 BGB nicht nötig, sofern sich der Vermieter hierauf nicht gem. § 273 Abs. 1 BGB berufen hat.³³

V. Kritische Würdigung

Die vorliegenden Entscheidungen orientieren sich an den Bedürfnissen der Praxis und berücksichtigen die legitimen Interessen beider Mietvertragsparteien. Das Urteil des BGH aus dem Jahr 2015 war ein Schock für Vermieter, die in der Kassation der Schönheitsreparaturklausel bei unrenovierten Wohnungen ihre Bestandsinteressen verletzt sahen.³⁴ Durch seine vorliegenden Entscheidungen hat der BGH diese Wunden geheilt. Vermieter müssen nicht – wie befürchtet – auf eigene Kosten die Wohnung renovieren, sondern können eine Kostenbeteiligung des Mieters verlangen. Es wird keine Partei übervorteilt, sodass die Urteile durchaus das Prädikat „salomonisch“ verdienen.³⁵

Dennoch ist das Ergebnis rechtlich nicht überzeugend. Die gefundene Lösung widerspricht der gesetzgeberischen Grundentscheidung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Instandhaltung dem Vermieter auferlegt.³⁶ Ist der Vermieter hierzu nicht in der Lage, tritt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ein, sodass sich die Miete gem. § 536 Abs. 1 BGB ipso iure mindert.³⁷ Gleiches tritt ein, wenn die Wiederherstellung nach § 275 Abs. 2 BGB nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist und sich der Vermieter hierauf beruft.³⁸ Da diese Voraussetzungen bei Schönheitsreparaturen jedoch i.d.R. nicht vorliegen, wie auch der BGH zugibt,³⁹ verbleibt es bei der gesetzlichen Instandhaltungspflicht des Vermieters.

Erst kürzlich hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 6.6.2018 festgestellt, dass richterliche Rechtsfortbildung nicht den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers übergehen und

durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen darf.⁴⁰ Indem der BGH eine Kostenbeteiligungspflicht des Vermieters aus dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB herleitet und das Risiko unwirksamer Klauseln einseitig auf den Mieter abwälzt, verlässt er diese Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.⁴¹ Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und das dahinterstehende Regelungskonzept ist daher nicht auszuschließen, dass zukünftige Verfassungsbeschwerden von betroffenen Mietern Erfolg haben werden.

Stud. iur. Julien Schickling, Frankfurt am Main

rechnungserklärung des Vermieters bedarf, lässt die Entscheidung des BGH offen. Für letztere Lösung plädiert aus prozessrechtlichen Gründen *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (313).

³³ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 48.

³⁴ Auf diesen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes geht der BGH selbst in seinem Urteil aus dem Jahr 2015 ein, siehe BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 39.

³⁵ In diesem Sinne auch *Beyer*, jurisPR-MietR 19/2020 Anm. 1 (der jedoch zugibt, dass die Begründung des BGH „dogmatisch nicht unbedingt zwingend“ ist); *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2020, 431535.

³⁶ Zutreffend *Artz*, NZM 2020, 769 (772); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (311); *Wiek*, WuM 2020, 564 (564 f.).

³⁷ Zum strittigen Vorrang der §§ 536 ff. BGB gegenüber § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nach Übergabe der Mietsache siehe *Häublein* (Fn. 10), Vor § 536 Rn. 8 f., § 536b Rn. 11. Für diesen Hinweis dankt der Autor Prof. Dr. Felix Maultzsch.

³⁸ Zur dieser sog. Opfergrenze näher *Häublein* (Fn. 10), Vor § 536 Rn. 9 m.w.N.

³⁹ BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, Rn. 51 m.w.N.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, Rn. 76 ff. zur Rechtsprechung des BAG zum Anschlussverbot nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

⁴¹ Zutreffend *Wiek*, WuM 2020, 564 (564 f.). Kritisch auch *Artz*, NZM 2020, 769 (770: „Bumerang für den Mieter“); *Lehmann-Richter*, MietRB 2020, 310 (313 f.: „ein systematischer Fremdkörper“); *Zehelein*, NZM 2020, 708 (710), der auf die Privatautonomie und das Risiko einer Kostenkalkulation verweist. In seinem Urteil aus dem Jahr 2015 ging der BGH noch zu Recht davon aus, dass der Verwender im Allgemeinen das Risiko einer unwirksamen Klausel trage (siehe BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 39), wozu er sich mit den vorliegenden Entscheidungen klar in Widerspruch setzt.