

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 9 Abs. 1, 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG; 315 Abs. 1 und 3 BGB

### **1. In einem Formularymietvertrag über Wohnraum ist unwirksam**

**1.1 eine Klausel, in der sich der Vermieter die Bestimmung eines "geeigneten, auch unterschiedlichen Umlegungsmaßstabs" für die Betriebskosten und, "soweit zulässig", die angemessene Abänderung des Verteilungsschlüssels zu Anfang eines neuen Abrechnungszeitraums vorbehält;**

**1.2 eine Klausel, die dem Vermieter das Recht einräumt, "soweit zulässig", bei einer Erhöhung oder Neueinführung von Betriebskosten oder bei Erhöhung der Kapitalkosten den Mehrbetrag vom Zeitpunkt der Entstehung an umzulegen;**

**1.3 eine Klausel, die das Halten von Haustieren uneingeschränkt verbietet;**

**1.4 eine Klausel, die den Mieter verpflichtet, bei Beendigung des Mietverhältnisses Dübeleinsätze und -löcher spurlos zu beseitigen.**

### **2. Zulässig ist**

**2.1 als deklaratorische Klausel der formularmäßige Hinweis auf die Schadensersatzpflicht des Mieters bei nicht rechtzeitiger Mängelanzeige auch ohne Hinweis auf die Verschuldensvoraussetzung;**

**2.2 die formularmäßige Freizeichnung des Vermieters von der Kabelanschlusspflicht bei vorhandenem Breitbandkabelanschluß in Trägerschaft eines Dritten.**

BGH, Urteil vom 20.01.1993; Az.: VIII ZR 10/92

### **Tatbestand:**

Der Beklagte, der die Interessen der Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer in Hessen verfolgt, ist Herausgeber eines Mietvertragsformulars für Wohnräume, das auch im Wege des freien Verkaufs vertrieben wurde. Der Kläger, der die Interessen der Mieter in K.

und Umgebung wahrnimmt, hat aus diesem Vertragsformular 33 Klauseln beanstandet. Der Aufforderung, die weitere Verwendung der Klauseln zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, ist der Beklagte nicht nachgekommen. Der Formularvertrag enthält - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - u.a. folgende Bestimmungen:

§ 4 Nr. 2 Satz 1 und 2 (Nr. 2 des Klagantrags):

"Ist in der Spalte "Verteilungsschlüssel" ein solcher nicht eingesetzt, so kann der Vermieter einen geeigneten, auch unterschiedlichen Umlegungsmaßstab bestimmen. Der Vermieter kann während der Mietzeit zu Anfang eines neuen Berechnungszeitraums, soweit zulässig, den Verteilungsschlüssel angemessen neu bilden."

§ 4 Nr. 3 (Nr. 3 des Klagantrags):

"Soweit zulässig, ist der Vermieter bei Erhöhung bzw. Neueinführung von Betriebskosten berechtigt, den entsprechenden Mehrbetrag vom Zeitpunkt der Entstehung umzulegen. Das gleiche gilt für eine Erhöhung der Kapitalkosten."

§ 12 Satz 7 (Nr. 16 des Klagantrags):

"Soweit ein Breitbandkabelanschluß in der Wohnung vorhanden ist, der von einem Dritten, der das Haus verkabelt hat, betrieben wird, ist der Vermieter nicht verpflichtet, einen Kabelanschluß herzustellen, (noch dem Mieter zu gestatten, eine eigene Antenne anzubringen)."

§ 13 Satz 1 (Nr. 17 des Klagantrags):

"Das Halten von Haustieren ist unzulässig."

§ 16 Nr. 1 Satz 3 (Nr. 22 des Klagantrags):

"Für einen durch nicht rechtzeitige Anzeige verursachten weiteren Schaden ist der Mieter ersatzpflichtig."

§ 16 Nr. 4 c letzter Satz (Nr. 26 des Klagantrags):

"Bei Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter verpflichtet, Dübeleinsätze zu entfernen, Löcher ordnungsgemäß und unkenntlich zu verschließen, etwa durchbohrte Kacheln durch gleichartige zu ersetzen."

Das Landgericht hat, nachdem zuvor bezüglich der Verwendung einer weiteren Klausel ein Teilerkenntnisurteil ergangen war, insgesamt 22 der beanstandeten Klauseln - darunter die Klauseln der §§ 4 Nr. 2 Satz 1 und 2, 12 Satz 7, 13 Satz 1 und 16 Nr. 4 c letzter Satz - für unwirksam angesehen und den Beklagten verurteilt, es zu unterlassen, diese oder inhaltsgleiche Bestimmungen in dem von ihm herausgegebenen Mietvertragsformular zu verwenden oder deren Verwendung zu empfehlen sowie die Klauseln gegenüber den Mitgliedsvereinen zu widerrufen; hinsichtlich der übrigen Klauseln hat es die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in WuM 1992, 56 ff veröffentlicht ist, hat unter teilweiser Zurückweisung der beiderseitigen Berufungen die Verurteilung des Beklagten auf Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung der Verwendung sowie Widerruf weiterer acht Klauseln - darunter der Klauseln der §§ 4 Nr. 3 und 16 Nr. 1 Satz 3 - oder inhaltsgleicher Bestimmungen erstreckt.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte, der im übrigen die Verurteilung hinnimmt, seinen Klagabweisungsantrag hinsichtlich der zuvor wiedergegebenen Klauseln - mit Ausnahme des in Klammern gesetzten Klauselteils - weiter. Der Kläger war in der mündlichen Verhandlung am 9. Dezember 1992, zu der er ordnungsgemäß geladen worden ist, nicht vertreten. Der Beklagte hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision des Beklagten hat nur teilweise Erfolg; das war, soweit die Revision Erfolg hatte, durch Versäumnisurteil auszusprechen.

I. Der Kläger ist als rechtsfähiger Mieterverein gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG befugt, vom Beklagten die Unterlassung und den Widerruf der Empfehlung der Verwendung der beanstandeten Klauseln im nichtkaufmännischen Verkehr zu verlangen (vgl. BGHZ 108, 1 ff); dies wird auch von der Revision nicht mehr bezweifelt. Da der Beklagte die von ihm verlangte strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben hat und die beanstandeten Klauseln weitgehend in den Neufassungen der von ihm herausgegebenen Mietvertragsformulare weiterverwendet, ist auch eine Wiederholungsfahr gegeben.

II. 1. § 4 Nr. 2 Satz 1 und 2 des Mietvertrages.

a) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klausel deshalb zu beanstanden, weil sie entgegen § 315 Abs. 1 BGB das Bestimmungsrecht des Vermieters nicht dahin beschränke, daß der gewählte Umlegungsmaßstab "billigem Ermessen" entsprechen müsse. Eine danach vorzunehmende Leistungsbestimmung erfordere eine Analyse und Bewertung der Interessenlage beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände, so daß der Spielraum des Bestimmungsberechtigten begrenzt sei. Diesen Inhalt habe der Begriff "geeignet" nicht; ob etwas "geeignet" sei, unterliege weitgehend subjektivem Empfinden. Vor allem werde der Vermieter nicht zur Beachtung des § 315 Abs. 1 verpflichtet; seine Entscheidung unterliege zudem nicht der gerichtlichen Überprüfung, wie § 315 Abs. 3 BGB es vorsehe.

b) Die beanstandete Formulklausel stellt in Satz 1 bereits deshalb eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar, weil sie gegen zwingendes Recht insoweit verstößt, als die Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Nr. 17 und 18 der in § 4 des Mietvertrages aufgezählten Betriebskosten) allein nach der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (HeizkV) vom 23. Februar 1981 i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 (BGBl. I 116) zu erfolgen hat. Nach § 6 Abs. 4 HeizkV hat der Gebäudeeigentümer nur die Wahl unter den in § 6 Abs. 2 und in §§ 7-9 HeizkV genannten Abrechnungsmaßstäben. Daß der Vermieter in der Bestimmung eines

Umlegungsmaßstabes für die Betriebskostenarten "Heizung" und "Warmwasser" aufgrund der rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vorgehenden Vorschriften der Heizkostenverordnung beschränkt ist (§ 2 HeizkV), ergibt sich aus der beanstandeten Formulklausel nicht. Hinsichtlich der übrigen Betriebskostenarten steht zwar dem Vermieter bei fehlender vertraglicher Vereinbarung eines Verteilungsschlüssels das Recht zu, einen solchen dann gemäß §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen (OLG Hamm, Rechtsentscheid vom 27. September 1983 - NJW 1984, 984 f; Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 6. Aufl., § 4 MHRG Rdnr. 14; Sternel, *Mietrecht*, 3. Aufl., III 357; von Brunn in Bub/Treier, *Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete*, Kap. III Rdnr. 49). § 4 Nr. 2 Satz 1 des Formularvertrages läßt aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht erkennen, daß das Bestimmungsrecht des Vermieters in dieser Weise auszuüben und damit eingeschränkt ist. Denn bei der Festlegung eines lediglich "geeigneten" Umlegungsmaßstabes ist die Interessenlage beider Vertragsteile, auf die im Rahmen einer Bestimmung nach billigem Ermessen abzustellen ist (BGHZ 41, 271, 279; BGH, Urteil vom 27. April 1981 - II ZR 103/80 = WM 1981, 842 unter II a.E.), nicht notwendig zu berücksichtigen.

c) Auch die vom Berufungsgericht nicht ausdrücklich erörterte Regelung des § 4 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrages, nach welcher dem Vermieter das Recht eingeräumt ist, "während der Mietzeit zu Anfang eines neuen Berechnungszeitraumes, soweit zulässig, den Verteilungsschlüssel angemessen neu (zu) bilden", ist unwirksam. Gemäß § 6 Abs. 4 Satz 2 HeizkV wird für die Betriebskostenarten "Heizung" und "Warmwasser" dem Grundeigentümer nur in genau bezeichneten Ausnahmefällen ein Abänderungsrecht eingeräumt (vgl. von Brunn in Bub/Treier, Kap. III Rdnr. 100). Ein unterschiedslos gewährtes Abänderungsrecht des Vermieters verstößt deshalb auch insoweit gegen bindende Vorschriften der Heizkostenverordnung. Durch den Zusatz "soweit gesetzlich zulässig" wird die Unwirksamkeitsfolge der gegen das AGB-Gesetz verstoßenden Regelung ebenfalls nicht beseitigt (Senatsurteil vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 231/90 = WM 1991, 1591 unter II 5 m.w.Nachw.). Im übrigen kann der Vermieter sich eine Änderung des Verteilungsschlüssels nach billigem Ermessen nur vorbehalten, wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen; eine solche Einschränkung der Abänderungsbefugnis des Vermieters enthält die Klausel gleichfalls nicht.

2. § 4 Nr. 3 des Mietvertrages.

a) Das Berufungsgericht hält die Klausel für unwirksam, weil sie einmal dem Vermieter die Möglichkeit eröffne, den Bestand der Klausel insgesamt zu sichern, obwohl die Klausel zumindest teilweise zu einer unbilligen Benachteiligung des Mieters führen könne. § 4 MHG erlaube die rückwirkende Umlegung von Betriebskosten auf den Mieter nur in einem gewissen Umfang und nicht ohne Erhöhungsverlangen. Außerdem verstoße die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil durch den Zusatz die Rechtsposition des Mieters im konkreten Einzelfall nicht klar und eindeutig ausgewiesen werde; ferner habe auf die Vorschriften der §§ 4, 5 MHG hingewiesen werden müssen.

b) Auch die Revision geht davon aus, daß Erhöhungen der Betriebskosten im Sinne von § 27 der II. BV sowie der Kapitalkosten nur nach §§ 4, 5 MHG

erfolgen können, wobei eine rückwirkende Erhöhung der Kapitalkosten ausgeschlossen ist, da § 5 Abs. 2 MHG nur auf § 4 Abs. 3 Satz 1 MHG, nicht aber auf Satz 2 dieser Regelung verweist (Schultz in Bub/Treier, Kap. III, Rdnr. 599 m.w.Nachw.; siehe auch Palandt/Putzo, BGB, 52. Aufl., § 5 MHG Rdnr. 10). Die Revision meint jedoch, wenn - wie hier - für einen Teil der Betriebskostenerhöhungen § 4 Abs. 3 Satz 2 MHG, für einen anderen Teil § 5 MHG und für einen weiteren Teil keine der beiden Bestimmungen gelte, so müsse schon wegen dieser Unterschiedlichkeit der Regelungen dem Vermieter eine pauschale Verweisung auf das "Zulässige" erlaubt sein.

Dabei wird verkannt, daß andere Nebenkosten als die in Anl. 3 zu § 27 II. BV genannten Betriebskosten, auch wenn der Mieter sich zu deren Übernahme verpflichtet hat, nicht gemäß § 4 MHG umlagefähig sind, sondern einen Bestandteil der Grundmiete nach § 2 MHG bilden; der Vermieter ist bei Erhöhung der Nebenkostenansätze vielmehr auf diejenigen Betriebskosten im Sinne der Anl. 3 zu § 27 II. BV beschränkt, die als umlagefähig vereinbart sind (OLG Koblenz, Rechtsentscheid vom 7. Januar 1986 ZMR 1987, 87; von Brunn in Bub/Treier, Kap. III, Rdnr. 27; Sternel III 335). Scheidet aber eine Umlegungsmöglichkeit bei Erhöhung oder Neueinführung der in § 4 Nr. 1 b des Mietvertrages genannten, nicht in der Anl. 3 zu § 27 II. BV erfaßten Betriebskosten von vornherein aus, so verletzt die Klausel auch insoweit zwingendes Recht. Soweit der Vermieter darüber hinaus berechtigt sein soll, erhöhte oder neu eingeführte Betriebskosten vom Zeitpunkt der Entstehung in Höhe des Mehrbetrages anteilig auf die Miete umzulegen, verstößt dies, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, wegen der umfassenden Rückwirkungsmöglichkeit gegen § 4 Abs. 2 MHG (vgl. Sternel III, 338). Eine bloße Verweisung auf die gesetzliche Regelung, wie die Revision meint, liegt daher gerade nicht vor.

3. § 12 Satz 7 des Mietvertrages.

a) Das Berufungsgericht hält diese Formularklausel für unwirksam, weil sie in ihrem ersten Teil zu allgemein gehalten sei und das informelle Selbstbestimmungsrecht des Mieters verletzen könne. Der zweite Teil der Klausel habe keinen Bestand, weil dem Mieter, von dem nicht ohne Prüfung des Einzelfalls die Einrichtung eines Anschlusses an das Kabelfernsehen verlangt werden könne, auch nicht generell in einem Formularvertrag eine eigene Antenne nach Verkabelung des Mietobjekts verweigert werden dürfe.

Die Revision, die sich nur noch gegen die Unwirksamkeit des 1. Halbs. des § 12 Satz 7 des Mietvertrages wendet, rügt insoweit, das Berufungsgericht habe übersehen, daß dann, wenn dem Mieter die Anbringung einer eigenen Antenne zu gestatten sei, dieser nicht mehr unangemessen benachteiligt werde, wenn der Vermieter seine Verpflichtung ausschließe, einen Kabelanschluß herzustellen. Die Unwirksamkeit des 2. Halbs. der Klausel müsse daher zur Wirksamkeit des 1. Halbs. führen.

b) Insoweit mußte die Revision Erfolg haben. Wird dem Mieter nach Wegfall des zweiten Teils der Formularklausel nicht (mehr) untersagt, eine eigene Antenne anzubringen, so ist keine Benachteiligung des Mieters erkennbar, wenn dieser bei bereits vorhandenem Breitbandkabelanschluß in seiner Wohnung vom Vermieter nicht die Herstellung eines - weiteren - Kabelanschlusses verlangen kann. Das Interesse des Mieters, nach seiner Wahl an den bestehenden Empfangsmöglichkeiten von Rundfunk- und

Fernsehausstrahlungen teilzuhaben, ist in ausreichendem Maße gewahrt, wenn er hierfür entweder eine Antenne oder einen vorhandenen Kabelanschluß nutzen kann. Ein weitergehendes Nutzungsinteresse des Mieters ist nicht ersichtlich.

4. § 13 Satz 1 des Mietvertrages.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann das in der Klausel vorgesehene totale Verbot einer Tierhaltung keinen Bestand haben, da es nicht die nach § 9 Abs. 1 AGBG geschuldete Bilanz der gegenseitigen Interessen berücksichtigt. Dies trifft zu. Das Verbot erfaßt alle Tiere, die des Nutzens oder Vergnügens wegen von Menschen gehalten werden, mithin auch solche, deren Vorhandensein von Natur aus - wie es etwa bei Zierfischen im Aquarium der Fall ist - keinen Einfluß auf die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Vermieter und Mieter von Wohnraum haben kann.

5. § 16 Nr. 1 Satz 3 des Mietvertrages.

a) Nach Auffassung des Berufungsgerichts orientiert sich die Klausel zwar weitgehend an der gesetzlichen Regelung des § 545 BGB. Da sie jedoch nicht ausweise, daß der Mieter seine Anzeigepflicht nur verletze, wenn er den Mangel zumindest grob fahrlässig nicht erkannt habe, verstoße sie gegen das Transparenzgebot und sei geeignet, den Mieter von der Berufung auf die für ihn günstige Rechtsprechung abzuhalten.

b) Dem kann nicht gefolgt werden. Die Klausel gibt - ebenso wie der vorangehende Satz 2 des § 16 des Mietvertrages - die gesetzliche Regelung des § 545 BGB, wenn auch verkürzt, inhaltlich unverändert wieder. Derartige deklaratorische Klauseln, die lediglich den Inhalt der einschlägigen gesetzlichen Regelung wiederholen, unterliegen der Inhaltskontrolle nicht (Senatsurteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 38/90 = WM 1991, 1306 unter II 9 b m.w.Nachw.). Der Umstand, daß die Klausel - ebenso wie § 545 Abs. 2 BGB - nicht erkennen läßt, daß die Haftung des Mieters wegen Verletzung der Anzeigepflicht Verschulden voraussetzt, steht dem nicht entgegen. Bei einer der gesetzlichen Regelung entsprechenden Klausel ist davon auszugehen, daß sie im Streitfall in gleicher Weise wie diese ausgelegt wird; die Gefahr einer - rechtsirrigen - Annahme des Mieters, er hafte bei unterlassener Anzeige auch für einen schuldlos nicht erkannten Schaden, ist bei der fraglichen Klausel nicht größer, als wenn der Wortlaut des § 545 BGB wiederholt worden wäre. Eine Benachteiligung des Mieters besteht daher bei der gewählten Klauselfassung nicht.

6. § 16 Nr. 4 c letzter Satz des Mietvertrages.

a) Hierzu führt das Berufungsgericht aus, es gehöre zum vertragsgemäßen Gebrauch, daß der Mieter Dübel setzen und Kacheln, insbesondere in Bädern und in der Küche, anbohren dürfe. Die Grenze für das Gebrauchsrecht des Mieters sei das verkehrsübliche Maß. Soweit der Vermieter es unterlassen habe, in einem Bad die Halterung für die üblichen Installationsgegenstände wie Spiegel, Konsole, Handtuchhalter anzubringen, sei der Mieter berechtigt, dies nachzuholen.

b) Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich. Die Klausel verwirklicht einseitig das Vermieterinteresse, wenn sie dem Mieter die Beseitigung von

Dübeln und Bohrlöchern auch in den Fällen auferlegt, in denen ihr Anbringen zum vertragsgemäßen Gebrauch unerlässlich war. Eine Einschränkung der Beseitigungspflicht des Mieters ist nicht getroffen; damit liegt bereits insoweit eine unangemessene Benachteiligung des Mieters vor. Da die Klausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll nicht in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennbar ist, kann sie auch nicht in ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1988 - V ZR 75/87 = WM 1989, 88 unter I 2 b; Senatsurteil vom 18. Januar 1989 - VIII ZR 142/88 = WM 1989, 538 unter I 2 b bb). Ob die weiter vorgesehene einschränkungslose Ersatzpflicht des Mieters für durchbohrte Kacheln einer Nachprüfung standhielte, bedarf danach keiner Entscheidung.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.