

Herausgegeben von:  
Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner  
Dr. Wolfgang Dirnbacher †  
o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves  
RA Mag. Dr. Till Hausmann  
HR Dr. Elisabeth Lovrek  
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer  
Dir. Theodor Österreicher  
a. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl  
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer  
a. Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch  
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth

Schriftleitung:  
RA Mag. Dr. Till Hausmann  
a. Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch

Redaktionsassistentin:  
Dr. Olaf Riss LL.M.

# wohnrechtliche blätter:wobl

---

**Heft 5 Mai 2013 26. Jahrgang**

ISSN 0933-2766 WOBLEA 26 (5) 127-159

---

Wohnrechtliche Blätter 26, 127-138 (2013)  
Printed in Austria

**wobl**

Prof. Dr. *Paul T. Schrader*, LL.M.oec., Augsburg

## Ein rechtsvergleichender Blick auf die Folgen unwirksamer Endrenovierungsklauseln

*Nach der fünften Klauselentscheidung des OGH ist nun geklärt, dass zahlreiche in Mietverträgen enthaltene Endrenovierungsverpflichtungen unwirksam sind. Dennoch renovieren viele Mieter bei Rückstellung der Bestandsache in der irrigen Annahme, hierzu verpflichtet zu sein. Im folgenden Beitrag werden die Konsequenzen einer nicht geschuldeten Renovierung, insbesondere im Hinblick auf Ersatzansprüche des Mieters, dargestellt. Dabei erfolgt die Darstellung rechtsvergleichend zur Rechtslage in Deutschland und der dort vorhandenen Rsp des BGH zu den Folgen unwirksamer Renovierungsklauseln. Einige der hausgemachten Probleme, die der Argumentation des BGH anhaften, könnten möglicherweise nach der Rechtslage in Österreich umgangen werden.*

**Deskriptoren:** Allgemeine Geschäftsbedingungen, Aufwandsersatz, BGB, Endrenovierungspflichten, Formularmietvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gewährleistung, grobliche Benachteiligung, Inhaltskontrolle;

§ 879 Abs 3, §§ 1035 ff, § 1096 Abs 1, § 1109, § 1111 ABGB; § 9 KSchG.

### Inhaltsübersicht

- A. Ausgangssituation
  - I. Unwirksamkeit von (End-)Renovierungsklauseln in Mietverträgen
  - II. Vergleichbarkeit der österreichischen mit der deutschen Rechtslage im Hinblick auf die Endrenovierungsklauseln
    - 1. Begründungsansatz des OGH für die Klauselunwirksamkeit
    - 2. Begründungsansatz des BGH für die Klauselunwirksamkeit
    - 3. Besonderheit des Zusammenspiels von ABGB, MRG und KSchG
    - 4. Unterstelltes Verhältnis von Miethöhe und Endrenovierungspflicht durch den BGH („Entgeltthese“)
    - 5. Forderung konkreter Verknüpfung von Miethöhe und Endrenovierungspflicht durch den OGH überzeugend
- B. Folgen der Klauselunwirksamkeit bei Mietvertragsende
  - I. Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für Ersatz der Aufwendungen
    - 1. Vertraglicher Schadenersatzanspruch
    - 2. Geschäftsführung ohne Auftrag
    - 3. Bereicherungsrechtlicher Kondiktionsanspruch
  - II. Verjährung des Ersatzanspruchs des Mieters gegen den Vermieter
- C. Resümee

## A. Ausgangssituation

### I. Unwirksamkeit von (End-)Renovierungsklauseln in Mietverträgen

In der fünften Klauselentscheidung<sup>1</sup> stellte der OGH unter anderem die Unwirksamkeit einer Klausel fest, nach der der Mieter verpflichtet werden sollte, das Mietobjekt „bei Beendigung des Mietverhältnisses ordnungsgemäß in weißer Farbe ausgemalt [...] zurückzustellen“. Der OGH begründete die Unwirksamkeit der Klausel vor allem mit der gröblichen Benachteiligung des Mieters als Ergebnis der AGB-Kontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB. Dabei führte der OGH aus, dass die Klausel sowohl im Voll- als auch im Teil- und Nichtanwendungsbereich des MRG unwirksam sei und zwar auch nicht nur im Anwendungsbereich des KSchG,<sup>2</sup> sondern sogar im Verhältnis von zwei Verbrauchern, so dass auch Verträge erfasst seien, die zwischen Mietern und (privaten) Kleinvermietern geschlossen wurden.<sup>3</sup>

In der sehr umfangreichen Urteilsbegründung der fünften Klauselentscheidung setzte sich der OGH einerseits umfassend mit einschlägiger Lit und Rsp auseinander, andererseits richtete er im Rahmen der Urteilsbegründung den Blick auch auf die deutsche Rechtslage, die maßgeblich durch zahlreiche BGH-Entscheidungen zu den dort sog „Schönheitsreparaturklauseln“ geprägt wird.<sup>4</sup> Dieser rechtsvergleichende Ansatz<sup>5</sup> soll in dem vorliegenden Beitrag für ein sehr praxisrelevantes Folgeproblem der Klauselunwirksamkeit aufgegriffen werden: Die höchstrichterlich festgestellte Klauselunwirksamkeit schafft für Mietverhältnisse, in denen wortlautidentische Klauseln verwendet wurden, aus *rechtlicher* Perspektive Sicherheit: Die Klausel ist unwirksam. Der Mieter schuldet die in der Klausel aufgeführten Arbeiten nicht. Je nachdem, ob der Vertrag dem Voll-, Teil- oder Nichtanwendungsbereich des MRG unterfällt, variiert das Pflichtenprogramm des Mieters zwischen (nur) der Beseitigung mieterseits zu vertretender Schäden (Nicht- und Teilanwendungsbereich des MRG) gem § 1111 ABGB und der Instandhaltungspflicht des Mieters (§ 8 Abs 1 MRG) unter Abschluss der den Vermieter treffenden Erhaltungs-

pflichten, die in § 3 MRG definiert sind,<sup>6</sup> wenn der Vertrag dem Vollanwendungsbereich des MRG unterfällt.<sup>7</sup> Zumindest deckt sich das (formular-)vertraglich vorgeschriebene (aber unwirksame) Pflichtenprogramm nicht mit dem (nunmehr) geschuldeten Pflichtenprogramm des Mieters. In *rechtstatsächlicher* Sicht ist dem scheidenden Mieter diese Diskrepanz zwischen den aus dem Vertrag ablesbaren Pflichten bei Rückstellung des Mietobjektes und der vorgenommenen rechtlichen Bewertung der Wirksamkeit der Endrenovierungsklausel häufig nicht bekannt. Daraus ergibt sich ein vielfach auftretendes Problem: Der Mieter renoviert die Bestandsache, obwohl er dazu nicht verpflichtet ist.

Diese rechtstatsächliche Ausgangslage stellte sich auch in Deutschland ein, nachdem der BGH im Jahre 2004<sup>8</sup> die ersten Entscheidungen bezüglich der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklauseln gefällt hatte. Es entbrannte eine breite Diskussion<sup>9</sup> über die Folgen, insbesondere über die rechtlichen Möglichkeiten einer Kompensation der (nicht geschuldeten) Aufwendungen des Mieters, der die Endrenovierung in der irrigen Annahme einer (ja nur) vermeintlich vertraglich übernommenen Pflicht ausgeführt hatte.

Vom BGH liegen nunmehr einige Entscheidungen<sup>10</sup> hierzu vor. Sie sind stark von der Fortführung der bisherigen Rsp zu den Schönheitsreparaturen und insbesondere von dem wirtschaftlichen Verständnis dieser Klauseln durch den BGH geprägt. Hieraus ergeben sich einige Schwierigkeiten bei der Bewältigung der Folgen der unwirksamen Klauseln. Interessant für die Rechtsentwicklung in Österreich wäre es, diese (hausgemachten) Probleme vermeiden zu können.

### II. Vergleichbarkeit der österreichischen mit der deutschen Rechtslage im Hinblick auf die Endrenovierungsklauseln

Die rechtstatsächlich auftretenden Folgeprobleme unwirksamer Endrenovierungsklauseln sind in Deutschland und Österreich ähnlich: Der Mieter weiß nichts von der Unwirksamkeit der ihn verpflichtenden Klausel und renoviert daraufhin das Bestandsobjekt vor Rückstellung. Gewarnt sei vor dem Versuch, die Argumente des BGH in diesem

<sup>1</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x in wobl 2012, 404.

<sup>2</sup> In den vorausgegangenen Klauselentscheidungen (OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f; OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g) begründete der OGH die Klauselunwirksamkeit mit einem Verstoß gegen § 9 KSchG (unzulässiger Ausschluss zwingender Gewährleistungsrechte).

<sup>3</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x, Punkt 6.3.3 ge) in wobl 2012, 404 (411).

<sup>4</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x, Punkt 6.3.3 gb) in wobl 2012, 404 (411) unter Bezugnahme auf BGH 12.9.2007, VIII ZR 316/06 (Klausel verpflichtete nur zur Endrenovierung, nicht aber zu laufenden Schönheitsreparaturen während des Mietverhältnisses) sowie BGH 14.12.2010, VIII ZR 198/10 (Farbvorgabe „weiß“ für die Auszugsdekoration).

<sup>5</sup> *Vonkilch*, wobl 2012, 413 (415), begrüßt nachhaltig die Berücksichtigung der Judikatur des BGH durch den OGH.

<sup>6</sup> Wobei allerdings das Ausmalen nicht eindeutig in die Kategorie „Instandhaltung“ und „Erhaltung“ eingeordnet werden kann. Der OGH bezeichnete das Ausmalen zutreffend als „Graubereich“, OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x, Punkt 6.3.3 ba) in wobl 2012, 404 (409).

<sup>7</sup> Hierzu *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (197).

<sup>8</sup> Den Beginn der Entscheidungswelle markiert das Urteil des BGH 23.6.2004, VIII ZR 361/03 in NZM 2004, 653.

<sup>9</sup> Umfassend mit zahlreichen weiteren Literaturangaben *Schapiro*, ZfIR 2011, 639.

<sup>10</sup> BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 (Bereicherungsausgleich bei rechtsgrundlos erbrachten Renovierungen); BGH 4.5.2011, VIII ZR 195/10 in NJW 2011, 1866; BGH 20.6.2012, VIII ZR 12/12 in NJW 2012, 3031 (beide: mietvertragliche kurze Verjährung).

Zusammenhang unmittelbar auf die Rechtslage in Österreich übertragen zu wollen. Einige Gemeinsamkeiten in der gesetzlichen Ausgangslage könnten hierzu leicht verleiten. Ein ganz erheblicher Unterschied besteht jedoch in der Entstehung des Begründungsweges der Unwirksamkeit der Renovierungsklauseln.

### 1. Begründungsansatz des OGH für die Klauselunwirksamkeit

Bekanntlich standen in Österreich ebenso wie in Deutschland zunächst die Klauseln auf dem Prüfstand, die den laufenden Erhaltungsaufwand auf den Mieter abwälzten.<sup>11</sup> Den entscheidenden Unterschied bildet die Gesetzessystematik, da es in der deutschen Rechtslage eine im MRG enthaltene Regelungsmaterie hinsichtlich der Verteilung der Erhaltungspflichten nicht gibt. Der OGH begründete die Klauselunwirksamkeit vorerst mit dem Argument, dass die in den Klauseln enthaltene Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter einen Gewährleistungsausschluss darstelle, der, gemessen an den spezifischen Verteilungen der Erhaltungspflichten nach § 1096 ABGB bzw in dessen Anwendungsbereich nach dem spezielleren und abschließenden § 3 MRG,<sup>12</sup> unwirksam ist.<sup>13</sup>

Erst später richtete der OGH<sup>14</sup> den Blick auf die Endrenovierungsklauseln. Dabei kann das Argument des Gewährleistungsausschlusses nicht recht verfangen, denn schließlich geht es nicht um eine Erhaltungspflicht während der Zeit der Gebrauchsüberlassung, sondern um eine Pflicht zur Rückstellung in einem bestimmten Zustand nach Beendigung des Mietverhältnisses. In diesem Zusammenhang wurde in der umfassend begründeten fünften Klauselentscheidung<sup>15</sup> unter anderem auch der Prüfungsmaßstab der AGB-Prüfung (§ 879 Abs 3 ABGB) angelegt.

### 2. Begründungsansatz des BGH für die Klauselunwirksamkeit

Der BGH<sup>16</sup> ging bislang nicht von einer durch die Klausel bewirkten Gewährleistungsbeschrän-

kung aus, sondern prüfte Schönheitsreparaturklauseln stets an den Anforderungen des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB), da es sich bei den verwendeten Klauseln in der Regel um Mietvertragsformulare handelte.<sup>17</sup> Eine die Klauselunwirksamkeit begründende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders erblickte der BGH immer (und auch in der Regel nur dann), wenn dem Mieter eine umfangreichere Pflicht durch die Klausel auferlegt wird, als den Vermieter nach der gesetzlichen Konzeption treffen würde. Die Übertragung der den Vermieter treffenden Erhaltungspflicht (§ 535 I 2 BGB) auf den Mieter hält der BGH problemlos für zulässig. Eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Mieters sieht der BGH nicht, da § 535 I 2 BGB disponibles Recht sei.<sup>18</sup> Nur wenn es zu einer Asymmetrie zwischen dem gesetzlich vorgeschriebenen Umfang<sup>19</sup> der ursprünglich vermietetseitigen Erhaltungspflichten und den nach der Klausel den Mieter treffenden Arbeiten kommt, führt dies zu einer unangemessenen Benachteiligung und damit zu einer Unwirksamkeit der Klausel. Eine solche Pflichtenasymmetrie tritt regelmäßig auf, wenn die formularvertraglich begründete Pflicht des Mieters nicht vom Erhaltungszustand (und damit von der Renovierungsbedürftigkeit) des Mietobjektes abhängt, denn der Vermieter schuldet nach § 535 Abs 1 Satz 2 BGB auch nur dann Erhaltungsmaßnahmen, wenn Renovierungsbedarf tatsächlich besteht. Eine von der Renovierungsbedürftigkeit unabhängige Klausel, die dem Mieter die Endrenovierungspflicht auferlegt, benachteiligt (bei verbraucherungünstigster Auslegung der Klausel) den Mieter daher immer unangemessen, weil der Mieter möglicherweise bei Auszug renovieren muss,

enthaltene) Klausel auf die Wirksamkeit einer formularvertraglichen Klausel ausübt: nach dem BGH (14.5.2003, VIII ZR 308/02 in NJW 2003, 2234) sind dann sämtliche Verpflichtungen bzgl. der Renovierungen unwirksam (sog Summierungeffekt): Die formularvertragliche ist nach den Anforderungen des AGB-Rechts und die individualvertragliche Klausel ist wegen des sachlichen Zusammenhangs der Rechtsgeschäfte gem § 139 BGB ebenfalls nichtig, vgl dazu BGH, 5.4.2006, VIII ZR 163/05 in NJW 2006, 2116 (2117 Tz 20); sowie Schrader, JURA 2010, 241 (248).

<sup>17</sup> Da das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl in Deutschland als auch in Österreich auf der Richtlinie 93/13/EWG beruht, ist zumindest im Hinblick auf die in der Richtlinie vorgeschriebenen Mindeststandards von einer vergleichbaren Rechtslage für die Anfangsbetrachtung auszugehen.

<sup>18</sup> Zur Disponibilität: BGH 8.10.2008, XII ZR 84/06 in NZM 2008, 890 Tz 12.

<sup>19</sup> Anders als in Österreich gibt es in Deutschland eine gesetzliche Definition des Umfangs von Schönheitsreparaturen: In § 28 Abs 3 Zweite BerechnungsVO (BGBl I S 2178) ist definiert, welche Arbeiten zu den Schönheitsreparaturen zählen. Diese Norm gilt unmittelbar für die Wirtschaftlichkeitsberechnung und vor allem für öffentlich geförderten Wohnraum bei Anwendung des Zweiten Wohnungsbaugesetzes oder des Wohnungsbindungsgesetzes. Sie wird für die Ermittlung des Umfangs von Schönheitsreparaturen generell herangezogen, vgl BGH 18.2.2009, VIII ZR 210/08 in NJW 2009, 1408 Tz 11.

<sup>11</sup> Vgl OGH 24.3.2009, 5 Ob 17/09z (defekte Heiztherme); OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f; OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g.

<sup>12</sup> Vgl OGH 24.3.2009, 5 Ob 17/09z; ebenso OGH 02.06.2009, 9 Ob 57/08k und hierzu *Stabentheiner*, MietR<sup>3</sup> Rz 158.

<sup>13</sup> So eindeutig auf die Einschränkung der Gewährleistungsrechte abstellend: OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f zu Klausel 31 sowie OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g; Krit hierzu bereits *Vonkilch*, wobl 2007, 349 (353).

<sup>14</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x in wobl 2012, 404 (fünfte Klauselentscheidung).

<sup>15</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x in wobl 2012, 404.

<sup>16</sup> Die wenigen Urteile, die der BGH zu individualvertraglichen Klauseln gefällt hat, lassen deutlich erkennen, dass nach der Judikatur des BGH eine Übertragung der Erhaltungspflichten auf den Mieter grundsätzlich zulässig ist (BGH, 18.3.2009, XII ZR 200/06 in NJW-RR 2009, 947, 948 Tz 18). Sehr beachtlich ist der Einfluss, den eine individualvertragliche (bspw. die Endrenovie-

obwohl er evtl. gerade erst in die renovierte Wohnung eingezogen war<sup>20</sup> oder aber kürzlich erst renoviert hatte und nun vor Rückstellung nochmals streichen muss, obwohl der Renovierungszustand dies gar nicht erfordert.<sup>21</sup>

### 3. Besonderheit des Zusammenspiels von ABGB, MRG und KSchG

Der vom OGH favorisierte gewährleistungsrechtliche Prüfungsmaßstab der Renovierungsklauseln ist vor allem auf die Rsp-Entwicklung und das Zusammenspiel von ABGB, MRG und KSchG zurückzuführen: In den anfangs zu entscheidenden Fällen stellte der OGH darauf ab, dass der Mieter durch die Endrenovierungsklauseln auch verpflichtet werde, sogar unerhebliche Gebrauchsspuren zu beseitigen, die im Vollanwendungsbereich des MRG gegen § 10 MRG und im Teilanwendungsbereich zumindest gegen § 9 Abs 1 KSchG verstoßen.<sup>22</sup> Der OGH stellte bei der Prüfung einer Endrenovierungsklausel am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB in einer früheren Entscheidung<sup>23</sup> ferner darauf ab, dass eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung vom dispositiven Recht (§ 1109 ABGB) fehle und die Klausel einseitig im Interesse des Vermieters liege, der nicht einmal mehr die mieterseitigen Gebrauchsspuren vor einer Weitervermietung beseitigen brauche. In dieser E verweist der OGH auch auf das Verhältnis zwischen gewöhnlicher Abnutzung und der Mietzahlung des Mieters:<sup>24</sup> Die Mietzahlung stellt gerade die Kompensation der gewöhnlichen Abnutzung dar.

### 4. Unterstelltes Verhältnis von Miethöhe und Endrenovierungspflicht durch den BGH („Entgeltthese“)

Nach Ansicht des BGH spielt der Zusammenhang zwischen Miethöhe und Endrenovierungspflicht für die Beurteilung der Interessenabwägung im Rahmen der AGB-Prüfung keine Rolle. Vielmehr unterstellt der BGH diesbezüglich eine vertragliche Einigung der Parteien: In stRsp geht

der BGH davon aus, dass der Schönheitsreparaturklausel der Wille der Vertragsparteien zugrunde liege, dass der Mieter die gesetzlich an sich dem Vermieter obliegenden Erhaltungspflichten gem § 535 Abs 1 Satz 2 BGB übernimmt und der Mieter im Gegenzug dazu (stillschweigend) eine nur verringerte Miete zahlt. Diese Überlegung wird allgemein „Entgeltthese“ genannt.<sup>25</sup> Dieser Ausgangspunkt führt zu einer Reihe von (rechtlichen) Problemen, die sich auch auf die Folgen der unwirksamen Klausel auswirken. In tatsächlicher Hinsicht ist eine solche „Anrechnung“ der Erhaltungspflicht auf die Höhe der Miete (nach dem Prinzip: „Streichen statt Mietzahlen“) aber äußerst fraglich, insbesondere weil es bei Mietvertragsabschluss üblicherweise keine Wahlmöglichkeit des Mieters zwischen zwei Tarifen (mit Schönheitsreparaturverpflichtung – geringerer Mietzins / ohne Schönheitsreparaturverpflichtung – höherer Mietzins) zu geben scheint.<sup>26</sup>

### 5. Forderung konkreter Verknüpfung von Miethöhe und Endrenovierungspflicht durch den OGH überzeugend

Das vom BGH zugrunde gelegte, aber keinesfalls selbstverständliche wirtschaftliche Verständnis einer synallagmatischen Verbindung von der Verpflichtung zur Erhaltung bzw Endrenovierung und einer im Gegenzug dazu verringerter Mietzinshöhe führt bei den Betrachtungen des OGH vielmehr zu einem überzeugend gegenteiligen Ergebnis: Die gröbliche Benachteiligung des Mieters begründet der OGH nämlich ferner mit dem Argument, „dass die Klausel keinen erkennbaren Bezug zwischen der Verpflichtung zum ‚Endausmalen‘ (als geldwerte Einmalleistung des Mieters) zur Mietzinshöhe herstellt und schon gar keine adäquate Berücksichtigung bei deren Ermittlung vorsieht“.<sup>27</sup> Mit der Forderung nach einer vom OGH offensichtlich angesprochenen „konkreten Entgeltthese“ hat sich der BGH bisher nicht auseinandergesetzt, sondern geht in stRsp stillschweigend davon aus, dass die Vermieter eine solche Anrechnung tätigen würden.<sup>28</sup>

Dies mag für die während der Mietzeit notwendig werdenden Schönheitsreparaturen (dh für die

<sup>20</sup> Dies ist ein in Österreich weniger relevantes Argument, wenn man die zeitliche Mindestfrist von drei Jahren nach § 29 Abs 1 MRG bedenkt.

<sup>21</sup> Diese Argumentation erfasst auch sämtliche Klauselvarianten, wie Tapetenentfernungsklauseln (BGH 5.4.2006, VIII ZR 152/05 in NJW 2006, 2115), da dem Mieter jeweils mehr Pflichten auferlegt werden, als den Vermieter nach dem Gesetz treffen würden: Der Vermieter müsste im Rahmen seiner Erhaltungspflichten auch nicht die Tapeten entfernen.

<sup>22</sup> OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f zu Klausel 31: Verstoß gegen § 10 MRG, weil auf den Ersatzanspruch nicht im Vorhinein verzichtet werden kann und Verstoß gegen § 9 KSchG, da „jedenfalls der Ersatz notwendiger Aufwendungen nicht abbedungen werden kann, weil ansonsten der Gewährleistungsanspruch des Konsumenten unterlaufen würde, wenn er zur Selbsthilfe gegriffen hat.“

<sup>23</sup> OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a (Punkte 5 f).

<sup>24</sup> OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a (Punkt 6.2.)

<sup>25</sup> Ursprünglich zurückhaltender BGH 5.6.2002, XII ZR 220/99 in NZM 2002, 665: „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.“ Nachfolgend klarer die Entgeltthese unterstellend: BGH 27. 5. 2009, VIII ZR 302/07 in NZM 2009, 541 Tz 20: „Mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen ist.“

<sup>26</sup> Hierzu kritisch zu Recht *Vonkilch*, wobl 2010, 404 (415).

<sup>27</sup> OGH 27.2.2012, 2 Ob 215/10x (Punkt 6.3.3 gd) in wobl 2012, 404 (411).

<sup>28</sup> BGH 5.6.2002, XII ZR 220/99 in NZM 2002, 665; BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NZM 2009, 541 Tz 20.

Konstellationen, die der BGH anfangs zu entscheiden hatte) theoretisch noch überzeugen, wenn gleich die tatsächliche Anrechnung fraglich ist. Jedoch versagt die Entgeltthese bei der wirtschaftlichen Betrachtung einer isolierten Endrenovierungsklausel: Die Renovierung stellt ausschließlich einen einmaligen Aufwand dar. Die Miete ist hingegen regelmäßig zu zahlen. Wie der einmalige Aufwand der Endrenovierung auf die regelmäßig zu zahlende Miete (stillschweigend) angerechnet werden soll, bleibt unklar. Die Miete wird üblicherweise für einen gewissen Zeitraum gezahlt und stillschweigend entsprechend kalkuliert. Deshalb führt ein Vertrag ohne eine „konkrete Entgeltklausel“ immer dazu, dass der einmalige Aufwand der Renovierung vom Mieter entweder über- oder unterbezahlt wird. Dies bewirkt daher in der Regel eine unangemessene (bzw. gröbliche) Benachteiligung des Mieters. Aus diesem Grund ist die angedeutete Forderung des OGH nach einer transparenten und konkreten Anrechnungsklausel überzeugender als die Annahme einer stillschweigenden Abrede über die Anrechnung des Erhaltungsaufwandes, wie sie der BGH vornimmt.

## B. Folgen der Klauselunwirksamkeit bei Mietvertragsende

Wenn auch mit teils unterschiedlichen Begründungen sind in Formularmietverträgen enthaltene Endrenovierungsklauseln – wie dargestellt – sowohl in Österreich als auch in Deutschland häufig unwirksam. In der Praxis stellt sich nachfolgend das Problem eines möglichen Ausgleichs, wenn der Mieter in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Formularklausel dennoch Endrenovierungsarbeiten ausführt.

### I. Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für Ersatz der Aufwendungen

Für einen Ausgleichsanspruch der mieterseitig erbrachten, jedoch von ihm nicht geschuldeten Renovierungsarbeiten, kommen ein vertraglicher Schadenersatzanspruch, ein mietvertraglich begründeter Aufwendungsersatzanspruch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag sowie ferner ein Kondiktionsanspruch nach dem Bereicherungsrecht in Betracht. Dem BGH<sup>29</sup> lag diese Fallgestaltung für die Beantwortung nach dem BGB kürzlich in mehreren Verfahren zur Entscheidung vor. Die in diesem Zusammenhang angeführten Argumente könnten für die Beantwortung der sich nach der österr. Rechtslage in ähnlicher Weise stellenden Fragen fruchtbar gemacht werden.

#### 1. Vertraglicher Schadenersatzanspruch

Zunächst muss geklärt werden, ob die Verwendung von unwirksamen AGB-Klauseln eine Pflicht-

verletzung im Vertragsverhältnis bzw. Vorvertragsverhältnis darstellen kann. Dabei ist eine differenzierte Betrachtung notwendig. Eine zeitliche Zäsur bilden die Klauselentscheidungen, in denen die Rsp zur Wirksamkeit bestimmter Formularbestimmungen höchstrichterlich Stellung bezogen hat. Insoweit ist zwischen „Altverträgen“ (dh der Vertragsschluss liegt vor der Klauselentscheidung) und „Neuverträgen“ (der Vertragsschluss liegt nach Veröffentlichung der Klauselentscheidung) zu unterscheiden.

#### a) Altverträge: Pflichtverletzung wegen Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln?

Bei Altverträgen kommt eine neben- bzw. vorvertragliche Pflichtverletzung des Verwenders der AGB in Betracht, wenn man eine nebenvertragliche Pflicht (in Rechtsanalogie zu §§ 874, 878, 866 ABGB) generell anerkennt,<sup>30</sup> die zu erhöhter Sorgfaltspflicht führt, wenn eine Person auf die Rechtsgüter eines Anderen (dem möglicherweise auch erst potentiellen Vertragspartner) durch den geschäftlichen Kontakt Einfluss nehmen kann.<sup>31</sup> Dann stellt sich die Frage, ob die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln in einem Vertrag einen Sorgfaltspflichtverstoß begründet.<sup>32</sup> Grundsätzlich wird man davon auszugehen haben, dass bei Altverträgen, die zeitlich vor der Publikation der die Rechtslage klärenden Rsp abgeschlossen wurden, dem Verwender (Vermieter) ein Sorgfaltverstoß nicht vorgeworfen werden kann. Zumindest fehlt es an einem haftungsbegründenden Verschulden des Verwenders, wenn er die Unwirksamkeit nicht kannte und auch nicht kennen konnte.<sup>33</sup> Eine entsprechende Pflicht zur eigenen rechtlichen Prüfung, in deren Rahmen die Unwirksamkeit der AGB-Klausel hätte auffallen müssen, kann auch bei gewerblichen Vermietungsgesellschaften nur soweit angenommen werden, als es zumindest stichhaltige Anhaltspunkte für ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der verwendeten AGB gibt.

Eine parallele Fallkonstellation hinsichtlich der Aufklärungspflicht bei „an sich rechtmäßigem“ Verhalten verdeutlicht dies: Nach der Rsp des BGH braucht der Vertragspartner grundsätzlich nicht darüber aufzuklären, dass es günstigere (eigene oder fremde) Angebote als das gerade unterbreite-

<sup>30</sup> Abl mit umfassender Begründung *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor §§ 918-933 Rz 14 ff, der das Bestehen nebenvertraglicher Ansprüche bestreitet und stattdessen allein von einer deliktischen Haftung ausgeht. Diese Unterscheidung hat vor allem Auswirkungen auf die Haftung für Gehilfen.

<sup>31</sup> Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>11</sup> II 15.

<sup>32</sup> Dies wird grundsätzlich bejaht: vgl. BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 Tz 10 mwN: Ein Schadenersatzanspruch besteht bei der verschuldeten Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln durch den Verwender immer dann, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt.

<sup>33</sup> So auch *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (199 f).

<sup>29</sup> BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 (grundlegend); BGH 4.5.2011, VIII ZR 195/10 in NJW 2011, 1866; BGH 20.6.2012, VIII ZR 12/12 in NJW 2012, 3031 (beide zur Folgefrage der Verjährung des Ausgleichsanspruchs).

te Angebot gibt.<sup>34</sup> Eine Ausnahme hiervon gilt aber beispielsweise dann, wenn der angebotene (insoweit „rechtmäßige“), erhöhte Tarif für die Miete eines Unfallersatzfahrzeugs dazu führen kann, dass die gegnerische Versicherung diesen erhöhten Tarif nicht ausgleichen wird.<sup>35</sup> Dann besteht über die möglicherweise gefährdete Regulierung des angebotenen Tarifs eine Aufklärungspflicht, weil dies den Fahrzeugvermieter hätte zweifeln lassen müssen.

Natürlich spielt bei der Interessenabwägung, ob eine Aufklärungspflicht besteht, auch eine Rolle, dass die Formulklauseln in allgemein verwendeten und (handels-)üblichen Formularen enthalten sind, die zudem von einschlägigen Interessenverbänden empfohlen wurden und verbandsorganisierten, regelmäßigen Anpassungen unterliegen.<sup>36</sup> Allerdings kann die Üblichkeit und freie Verfügbarkeit der Formulare kein Freifahrtschein für die eigene, vollkommen unkritische Übernahme solcher Klauseln in eigene Verträge der Vermieter sein, auch wenn das gesamte Klauselwerk dem Vertrag zugrunde gelegt wird. In Deutschland war es sogar das Bundesministerium der Justiz, das 1976 einen Mustermietformularvertrag veröffentlichte.<sup>37</sup> Die Regelung zu den Schönheitsreparaturen war darin allgemein umschrieben und mit Regelfristen zur Orientierung versehen. Über die Jahre schlichen sich immer mehr kleinere Änderungen in dieses handelsübliche Formular ein, das von Vermietern bei der Vertragsgestaltung herangezogen wurde. Letztlich waren die „zur Orientierung“ gedachten Fristen, bei denen „im Allgemeinen“ Renovierungsbedarf besteht, zu „starren Fristen“ geändert worden, innerhalb derer der Mieter die Schönheitsreparaturen „mindestens“<sup>38</sup> zu erbringen hat.<sup>39</sup>

Diese Entwicklung der üblich gewordenen, den Mieter benachteiligenden Kautelarpraxis darf einem institutionellen Vermieter nicht zum Vorteil gereichen, denn schließlich trägt er das wirtschaftliche Risiko der Unwirksamkeit der von ihm ver-

wendeten AGB (§ 306 BGB; § 879 Abs 3 ABGB).<sup>40</sup> Daher trifft ihn auch die grundsätzliche Pflicht, vor der Verwendung eines (wenn auch üblichen) Formulars zu prüfen, dass dadurch dem Vertragspartner zumindest kein Schaden entsteht, weil bspw eine Klausel unwirksam ist. Allerdings darf man die Anforderungen an die Einschätzung bzgl der Wirksamkeit der AGB durch den Verwender nicht überspannen, so dass er anstehende (aber möglicherweise noch gar nicht abzusehende) höchstrichterliche Entscheidungen über die Wirksamkeit voraussehen müsste.<sup>41</sup>

#### b) Altverträge: Pflichtverletzung wegen unterlassener Aufklärung über die Unwirksamkeit der AGB-Klausel?

Für Altverträge interessant dürfte auch die Fragestellung sein, ob den Vermieter, der eine unwirksame AGB-Klausel verwendet hat (und allein darin keine schuldhaftige Nebenvertragspflichtverletzung zu sehen ist) bei nunmehr anstehendem Mietende (z.B. nach Kündigung) verpflichtet ist, den Mieter auf die Unwirksamkeit der Klausel hinzuweisen. Diese Frage hatte der BGH<sup>42</sup> im Hinblick auf die Schönheitsreparaturen nicht entschieden, weil er das Ersatzverlangen stattdessen auf andere Anspruchsgrundlagen stützen konnte.

Es erscheint nicht selbstverständlich, dass in solchen Situationen eine Aufklärungspflicht besteht. Nach der stRsp des BGH setzt eine Aufklärungspflicht voraus, dass die mitzuteilenden Tatsachen für den Willensentschluss der anderen Partei erkennbar „von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann“.<sup>43</sup> Eine Aufklärungspflicht

<sup>40</sup> Unter Rückbezug auf die Richtlinie 93/13/EWG; vgl so nun eindeutig EuGH 14. 6. 2012, C-618/10 (*Banco Español / Camino*) Rn 58 ff: Der Verwender soll keine Vorteile aus seiner Verwendung unwirksamer AGB ziehen können, daher verbietet sich auch eine geltungserhaltende Reduktion einer unwirksamen AGB-Klausel.

<sup>41</sup> Sehr hoch sind allerdings die Anforderungen, die der BGH (25.10.2006, VIII ZR 102/06 Tz 25) an eine unverschuldete Fehlbeurteilung der Rechtslage stellt: So muss der Betroffene die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rsp sorgfältig prüfen. Begibt sich der Betroffene erkennbar in einen Grenzbereich des Zulässigen, trifft ihn die Last einer abweichenden höchstrichterlichen Beurteilung der Frage, denn der Betroffene „darf nicht das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage dem Gläubiger zuschieben“. Anders insoweit die Instanzrechtsprechung: Das LG Kassel, 7.10.2010, 1 S 67/10 in NJW 2010, 3666 (3667), geht davon aus, dass klar geäußerte Zweifel in der Lit (in mehreren führenden Mietrechtskommentaren) an der Wirksamkeit der Klausel nicht zu der Antizipationspflicht des Verwenders der Klausel führen, da für das Verschulden die „Rechtsprechung – hier wird Recht gesprochen – und nicht die Kommentarliteratur“ entscheidend sei.

<sup>42</sup> BGH 27. 5. 2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590; dazu jedoch anders LG Kassel, 7.10.2010, 1 S 67/10 in NJW 2010, 3666.

<sup>43</sup> BGH 17.10.1985, IX ZR 168/84 in NJW-RR 1986, 210 mwN sowie BGH 28.6.2006, XII ZR 50/04 in NJW 2006, 2618 Tz 15.

<sup>34</sup> BGH 28.6.2006, XII ZR 50/04 in NJW 2006, 2618 Tz 29.

<sup>35</sup> BGH 28.6.2006, XII ZR 50/04 in NJW 2006, 2618 Tz 29.

<sup>36</sup> Bspw bietet in Deutschland die „Haus & Grund Eigentümerschutz-Gemeinschaft“ einen Mustermietvertrag an. In Österreich bietet u.a. die Wirtschaftskammer (WKO) Mustermietverträge auf ihrer Homepage an.

<sup>37</sup> Dieser Mustermietvertrag ist abgedruckt bei *Gelhaar* in RGRK<sup>12</sup> (1978) Vor § 535 Rz 87.

<sup>38</sup> BGH 8.10.2008, XII ZR 84/06 in NZM 2008, 890.

<sup>39</sup> Sicherlich tragen Juristen für die Defizite bei der frühzeitigen Eindämmung solcher Pflichtenerweiterungen eine entscheidende Verantwortung (vgl *Häublein*, ZMR 2009, 1 [4]), allerdings beruht diese Rechtsentwicklung mehr auf einer mit den Vermietern übermäßig gut gemeinten Kautelarpraxis als auf einem Versäumen von klaren Vorgaben. Der Mustermietvertrag von 1976 enthielt eine klare Verbindung der Renovierungspflicht mit der Erforderlichkeit der Renovierung (dh vom Erhaltungszustand), vgl Nr 5 der Anlage des Mustermietvertrages 1976.

setzt bereits gedanklich ein Informationsdefizit des Aufzuklärenden voraus.<sup>44</sup> Beruht das Fehlen der Information (von der Unwirksamkeit der Klausel und damit einhergehend auch das Nichtbestehen der Renovierungspflicht) auf Umständen, die der potentiell Aufzuklärende rasch und typischerweise selbst ändern kann, indem er sich die Information selbst besorgt, bleibt kaum Raum für die Statuierung einer Aufklärungspflicht. Hierbei spielen zwei Faktoren eine entscheidende Rolle: Erstens kann der scheidende Mieter ohne Weiteres durch die überaus medial ausgewerteten und verbreiteten Konsequenzen dieser Rsp-Entwicklung<sup>45</sup> von den ihm günstigen Tatsachen Kenntnis erhalten.<sup>46</sup> Zweitens ist dem Mieter zumutbar, mit dem Vermieter Rücksprache über den (geschuldeten) Übergabezustand der Wohnung zu halten. Dies bedeutet für den Mieter regelmäßig keinen Mehraufwand, schließlich sind die Modalitäten der Übergabe (Zeitpunkt) ohnehin mit dem Vermieter abzuklären.<sup>47</sup> Dem Mieter ist außerdem klar, dass sich der Zustand der Wohnung zwischen Kündigungszeitpunkt und Rückstellung zumindest in Bezug auf die eingebrachten Sachen erheblich ändern wird. Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Mieter die vermeintliche Endrenovierungspflicht auch aus dem Vertrag ablesen kann und er daher möglicherweise gar keinen Anlass für eine Nachfrage sieht: Diese vermeintliche „Klarheit“ hat der Vermieter initiiert, indem er die (erst nunmehr erkannten unwirksamen) Klausel in den Vertrag eingeführt hat.<sup>48</sup>

Nach der stRsp des OGH besteht keine allgemeine Rechtspflicht, über alle vertragswesentlichen Umstände aufzuklären. Ob eine Aufklärungspflicht besteht, hängt letztlich von der Übung des redlichen Verkehrs ab.<sup>49</sup> Zumindest wenn der andere Vertragsteil eine unzutreffende Meinung äußert, muss der Vertragspartner diesen erkannten Irrtum klarstellen.<sup>50</sup> Das gilt aber auch, wenn dem Vertragspartner der Irrtum ohne die Äußerung einer Meinung auffallen musste.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Staudinger/Olzen, BGB (2005) § 241 Rz 438.

<sup>45</sup> Zur starken Wahrnehmung der vorausgegangenen Klauselentscheidungen in der Öffentlichkeit bereits *Stabenheimer*, MietR<sup>3</sup> Rz 118.

<sup>46</sup> Ebenso *Vonkilch*, wobl 2007, 185, 200.

<sup>47</sup> Dem BGB ist bspw kein eindeutiger Zeitpunkt zu entnehmen, wann genau die Mietwohnung zurückzugeben ist: Zu dieser (rechtlich) sehr streitigen Frage vgl *Bieber* in MünchKomm-BGB<sup>6</sup> (2012) § 546 Rz 14 ff., wobei dieser Streit gewöhnlich durch einen tatsächlich herbeigeführten Konsens im Rahmen einer Abrede gelöst wird.

<sup>48</sup> *Schapiro*, ZfIR 2011, 639 (641), stellt auf das gefahrerhöhende Verhalten des Vermieters durch die Verwendung der unwirksamen Klausel ab.

<sup>49</sup> OGH in SZ 68/105: Eine unterlassene Aufklärung ist nur dann eine stillschweigende Erklärung, wenn der Erklärungsempfänger dies aus Treu und Glauben schließen durfte.

<sup>50</sup> OGH in SZ 57/94; OGH in SZ 57/78.

<sup>51</sup> *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Vor §§ 918-933 Rnz 15, verweist diesbezüglich auf § 871 Abs 2 ABGB, der allerdings nur positivrechtliche Aufklärungspflichten erfasst.

Daher wird man wohl bei der (wenn auch nicht schuldhaften) Verursachung einer Fehlvorstellung durch die Verwendung der (nunmehr als unwirksam eingestuft) Endrenovierungsklausel davon ausgehen müssen, dass der Vermieter den Mieter zumindest auf die Klausel-Rsp hinweisen muss, wenn diese zum Ende des Mietverhältnisses relevant wird. Zu weit geht aber die Annahme einer Pflicht zur Rechtsberatung, so dass dem Vermieter beispielsweise bei leicht abgewandelter Endrenovierungsklausel, bei der keine offensichtliche Übereinstimmung mit Fällen, die höchstrichterlich entschieden wurden, gegeben ist, eine eigene Einschätzung abverlangt würde. Die rechtliche Einschätzung kann keinesfalls Pflicht des Vermieters sein. Sollte es darüber Streit geben, so ist der Mieter auf den Klageweg verwiesen. Wenn sich der Mieter mit seiner Rechtsansicht sicher ist, dass auch die in seinem Mietvertrag enthaltene Klausel unwirksam ist, so bleibt es ihm unbenommen, die Leistung nicht zu erbringen und im vermierterseits angestregten Klageverfahren hinsichtlich des Ersatzes der Renovierungskosten seine Rechtsansichten auf seine Gefahr des Prozessverlustes zur Überprüfung zu stellen.

#### c) Neuverträge: Pflichtverletzung zumindest bei gewerblichen Vermietern immer zu vertreten

Bei Neuverträgen, die nach der Veröffentlichung der Klausel-Rsp des OGH abgeschlossen wurden, ist davon auszugehen, dass zumindest der gewerblich tätige Vermieter von der Unwirksamkeit der Klausel Kenntnis hätte haben können und ihn eine entsprechende Pflicht trifft, sich beraten zu lassen, wenn er die Kenntnis nicht hat.<sup>52</sup> Daher wird in den Fällen regelmäßig eine schuldhaft nebenvertragliche Pflichtverletzung gegeben sein, in denen der Vermieter eine „alte“ (höchststrichterlich bereits als unwirksam eingestufte) Klausel verwendet.<sup>53</sup> Dies führt zu einem nebenvertraglichen Schadenersatzanspruch des renovierenden Mieters gegen den Vermieter, wenn der Mieter die Renovierungsleistungen in der irrigen Annahme ausführt, er sei dazu verpflichtet, weil sich diese Pflicht aus der Mietvertragsklausel ablesen lässt und der Vermieter damit rechnen musste.

In den vom BGH dazu entschiedenen Fällen<sup>54</sup> lagen bislang nur Altverträge vor, bei denen der BGH davon ausging, dass zumindest kein Verschulden des Vermieters bei der Verwendung der

<sup>52</sup> Insb im Vergleich zu den Banken *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (199 f); der BGH geht davon aus, dass mit dem ersten grundlegenden Urteil (23. 6. 2004, VIII ZR 361/03 in NZM 2004, 653) die Rechtslage zumindest für den Beginn der Regelverjährung geklärt war, so dass von der Kenntnis bzw dem Kennenmüssen der Unwirksamkeit der Klausel auszugehen ist, vgl BGH 31.1.2012, VIII ZR 141/11 in NJW 2012, 1572.

<sup>53</sup> Hierzu *Schrader*, JURA 2010, 241 (242); *Schrader*, ZJS 2009, 426 (427).

<sup>54</sup> *Schrader* 27. 5. 2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 Tz 12.

Klauseln vorlag.<sup>55</sup> Somit stützte der BGH das mietseitige Begehren auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht auf einen Anspruch aus nebenvertraglicher Pflichtverletzung.

## 2. Geschäftsführung ohne Auftrag

### a) Renovierung als Aufwand des Mieters und Ersatzansprüche

Die Renovierung des Mieters ist ein Aufwand, den der Mieter auf die Mietsache macht. Daher stellt sich die Frage, ob dem Bestandnehmer ein Ersatzanspruch über die Verweisung in § 1097 Satz 2 ABGB nach den Regeln der angewandten Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) zusteht. Der Verweis in § 1097 Satz 2 ABGB auf die Regeln der GoA enthält zwei Alternativen: Auf die notwendige GoA gem § 1036 ABGB wird verwiesen, wenn es sich um einen Aufwand auf die Bestandsache handelt, der dem Bestandgeber obliegt. Außerdem wird unabhängig davon, wem die Erhaltungsverpflichtung obliegt, auf die nützliche GoA (§ 1037 ABGB) verwiesen.

### b) Rechtsgrundverweisung im BGB und fehlender Fremdgeschäftsführungswille (Ergebnis der „Entgeltthese“)

Im BGB ist im Mietrecht eine nur vermeintlich ähnliche Verweisung auf die Regeln der GoA enthalten. Für den Ersatz eines vom Mieter erbrachten Aufwandes unterscheidet das BGB zwischen Aufwendungen, die vom Mieter im Rahmen der Beseitigung eines Mangels erbracht werden (§ 536a Abs 2 Satz 1 BGB) und sonstigen Aufwendungen (§ 539 Abs 1 BGB), dh solchen, die der Mieter außerhalb der Mangelbeseitigung auf die Mietsache tätigt.

Beseitigt der Mieter einen Mangel selbst, kann er gem § 536a Abs 2 BGB nur dann Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn entweder (Nr 1) der Vermieter mit der Mangelbeseitigung im Verzug ist oder (Nr 2) die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (dh Gefahr im Verzug vorliegt). Diese spezielle Regelung des Mietrechts enthält spezifische Voraussetzungen (Verzug des Vermieters oder Gefahr im Verzug), die vorliegen müssen, damit der mietrechtliche Aufwendungsersatzanspruch des Mieters besteht. Daher ist ein Rückgriff auf andere Ausgleichsansprüche, insbesondere aus GoA oder Bereicherungsrecht, hinsichtlich der Aufwendungen zur Mangelbeseitigung ausgeschlossen.<sup>56</sup>

„Sonstige Aufwendungen“ außerhalb der Mangelbeseitigung (dh vor allem die Entfernung von

üblichen Gebrauchspuren, die keine Mängel sind, zB durch Säubern oder Streichen)<sup>57</sup> kann der Mieter vom Vermieter nach den Regeln der GoA ersetzt verlangen, § 539 Abs 1 BGB. Bei diesem Verweis handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung.<sup>58</sup> Daher muss (anders als bei der Verweisung im ABGB) ein Fremdgeschäftsführungswille vorliegen. Der BGH<sup>59</sup> geht davon aus, dass das Bewusstsein und der Wille, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln, bei dem Mieter nicht vorliegt, der die vermeintlich geschuldeten Schönheitsreparaturen ausführt. Kernargument dafür ist das wirtschaftliche Verständnis der Klausel, das der BGH seinen E in Gestalt der „Entgeltthese“ zugrunde legt: Die Miete zu bezahlen ist ein eigenes Geschäft des Mieters; streicht der Mieter die Wohnung, statt Miete zu bezahlen, führt er damit ebenfalls ein ausschließlich eigenes Geschäft. Dieses fragwürdige<sup>60</sup> wirtschaftliche Verständnis des BGH von der Renovierungsklausel steht daher dem Ersatzanspruch aus der GoA entgegen.

### c) Rechtsfolgenverweisung in § 1097 Satz 2 ABGB durch angewandte Geschäftsführung

Fraglich erscheint, ob sich ähnlich Probleme auch nach österreichischer Rechtslage ergeben können. Ein Aufwandsersatz nach den Regeln der GoA ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dem Geschäftsführer die Absicht fehlt, fremde Interessen zu fördern. Dieser grundsätzliche Ausschluss des Ersatzanspruchs gilt auch dann, wenn jemand ein Geschäft in der Annahme führt, einen entgeltlichen Auftrag auszuführen, der sich aber als unwirksam herausstellt, weil dem Ausführenden dann der Fremdgeschäftsführungswille fehlt.<sup>61</sup> Die Verweisung in § 1097 ABGB auf die Regeln der GoA ist jedoch (anders als nach § 539 Abs 1 BGB) eine reine Rechtsfolgenverweisung, dh die Voraussetzungen der GoA – insbesondere der Fremdgeschäftsführungswille – müssen nicht vorliegen. Daher scheidet ein Aufwendungsersatzanspruch nach den Regeln der GoA (anders als nach der Rechtslage des BGB und der dazu vorliegenden

<sup>57</sup> Der Regelungskontext macht allerdings deutlich, dass das Malen der Wohnung nicht der Hauptanwendungsbereich ist: Gem § 539 Abs 2 BGB ist der Mieter berechtigt, „Einrichtungen“ wegzunehmen, mit denen er die Mietsache versehen hat: Das betrifft vor allem „Einbauten“ und „Umbauten“; belässt er sie im Mietobjekt, besteht der Ersatzanspruch über die Regeln der GoA (wenn deren Voraussetzungen vorliegen) nach Abs 1.

<sup>58</sup> HM: BGH, 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 (2591 Tz 16).

<sup>59</sup> BGH, 27.5.2009, VIII ZR 302/0 in NJW 2009, 2590 (2591 Tz 18).

<sup>60</sup> Zur Entgeltthese krit *Häublein* in MünchKommBGB<sup>6</sup> § 535 Rz 118 mwN.

<sup>61</sup> *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB*<sup>3</sup> § 1035 Rz 4; insoweit aA *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 218 ff, der nach dem hypothetischen Willen differenziert, ob der sich irrtümlich verpflichtet führende Geschäftsführer die Aufwendungen auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit seines (unentgeltlichen) Auftrages getätigt hätte.

<sup>55</sup> Vgl hierzu allerdings: LG Kassel 7.10.2010, 1 S 67/10 in NJW 2010, 3666, das einen entschuldbaren Rechtsirrtum annimmt und daher eine nebenvertragliche Haftung verneint.

<sup>56</sup> Einhellig, vgl dazu Palandt/*Weidenkaff*, BGB (2013) § 536a Rz 17; BGH 16.1.2008, VIII ZR 222/06 in NJW 2008, 1216.



Rsp des BGH) für die Endrenovierung zumindest nicht an diesem Punkt.

Allerdings ist der Verweis selbst in § 1097 Satz 2 Fall 1 ABGB daran geknüpft, dass der Mieter „einen dem Bestandgeber obliegenden Aufwand“ tätigt. Bei der Renovierung durch einen Mieter, dessen Mietvertrag nicht im Anwendungsbereich des MRG liegt, scheint dies kein Problem zu sein, denn gem § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB obliegt die Instandhaltungspflicht dem Vermieter. Insoweit gleicht die gesetzliche Konzeption des ABGB der des BGB (§ 535 Abs 1 Satz 2 BGB enthält die Instandhaltungspflicht des Vermieters).

Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Pflichtenzuordnung hinsichtlich der Instandhaltung bei Verträgen, die im Vollenwendungsbereich des MRG liegen: „Malen der Wände“ ist nicht explizit aus dem (taxativen)<sup>62</sup> Pflichtenprogramm des § 3 MRG zu entnehmen. Daher bleibt offen, ob der Grundsatz der Erhaltungspflicht gem § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB weiterhin (subsidiär, soweit das MRG keine Regelungen enthält) gilt oder das MRG für die Pflichtenbestimmung hinsichtlich der Erhaltung der Mietsache abschließend ist.<sup>63</sup> Von der Beantwortung dieser Frage hängt ab, ob ein Mieter, dessen Vertrag im Vollenwendungsbereich des MRG fällt, und der Renovierungsarbeiten erbringt, dh die Wohnung malt, tatsächlich einen „dem Bestandgeber obliegenden Aufwand“ tätigt. Da der OGH einen Rückgriff auf die im ABGB geregelten Erhaltungspflichten für nicht zulässig ansieht, wenn der Mietvertrag in den Vollenwendungsbereich des MRG fällt (dh § 3 MRG abschließend ist), dürfte ein Ersatzanspruch des renovierenden Mieters gem § 1097 Satz 2 Fall 1 iVm § 1036 ABGB ausgeschlossen sein.<sup>64</sup>

Bei genauerer Betrachtung könnte sich dieses Problem zumindest bei den Endrenovierungen als Scheinproblem entpuppen: § 1097 Satz 2 ABGB enthält schließlich alternativ auch einen Verweis auf § 1037 ABGB für nützliche Verwendungen, die der Mieter auf die Mietsache tätigt. Für diese Verweisung fehlt die einschränkende Voraussetzung, dass es sich um Pflichten handeln muss, die dem Bestandgeber obliegen. Daher stellt sich die Frage,

<sup>62</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und WohnR<sup>22</sup> § 3 MRG Rz 6.

<sup>63</sup> Vonkilch, wobl 2012, 185, 197.

<sup>64</sup> Allerdings hat der OGH, 8.7.2008, 4 Ob 86/08p, in anderem Kontext entschieden, dass reine Oberflächenbehandlungen (wie Maler- Tapezier- und Fußbodenlegerarbeiten) nicht zu der Erhaltungspflicht des Vermieters zählen. Bei dieser Fallkonstellation stritten Mieter und Vermieter darum, wer bei Schäden in der Mietwohnung einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger hat. Daher war relevant, wen diese Erhaltungspflicht an den Ausstattungsteilen trifft. Der OGH stellte dabei auf die wirtschaftliche Betrachtung und nicht auf die sachenrechtliche Zuordnung ab. Der OGH stellte dabei darauf ab, wer „nach der Verkehrssitte“ die Ausbesserungen vorzunehmen hat (Pkt 2 der Entscheidungsgründe). Deshalb ist die Entscheidung aus schadensersatzrechtlicher Perspektive für die rechtliche Zuordnung der Verpflichtung nach § 3 MRG weniger ergiebig. Vgl hierzu Prader, MRG<sup>3</sup> § 3 MRG E 33.

ob die Endrenovierungsarbeiten, die ein Mieter erbringt, den keine (wirksame) Verpflichtung dazu trifft, stets ein nützlicher Aufwand auf die Bestandsache sind. Für die Beantwortung diese Frage wird davon auszugehen sein, dass es sich bei dem in § 1097 ABGB enthaltenen Verweis um eine Rechtsfolgenverweisung handelt, dh um einen Fall der angewandten Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>65</sup> Die Rechtsfolge der angewandten GoA hinsichtlich nützlicher Verwendungen zielt auf den Ersatz der Aufwendungen, die bei Beendigung des Bestandvertrages noch als zum klaren und überwiegenden Vorteil des Bestandgebers zugehörig anzusehen sind.<sup>66</sup> Das bedeutet allerdings nicht generell, dass bereits dann eine nützliche Verwendung vorliegt, wenn mit der Verwendung eine objektive Wertsteigerung des Bestandobjektes verbunden ist, sondern nur, wenn der Vorteil für den Geschäftsherren (dh den Bestandgeber) außer Zweifel steht.<sup>67</sup> Bei der vom Mieter durchgeführten Endrenovierung ist der Vorteil des Vermieters allerdings evident: Er erspart sich den Aufwand, die Gebrauchsspuren des Vermieters (für die er als Gegenleistung den Mietzins erhalten hat) zu beseitigen und der Vermieter kann ohne Zeitverlust für die nun nicht mehr notwendigerweise zu erbringende Renovierung sofort an den Nachmieter weitervermieten. Stellt man mit der stRsp des OGH<sup>68</sup> zur Bestimmung des klaren und überwiegenden Vorteils des Bestandgebers auf die notwendige objektive Bewertung aller Interessen des Geschäftsherren (dh hier des Bestandgebers) ab, so kann ein solcher klarer und überwiegender Vorteil durch die vom Mieter erbrachte Endrenovierung nicht in Abrede gestellt werden.<sup>69</sup>

d) Verkürzung von Vermieterrechten durch die (sofortige) Renovierung durch den Mieter?

Befürwortet man einen Ersatzanspruch nach den Regeln der GoA, wenn der Mieter die Endrenovierungsarbeiten ausführt, könnten Bedenken aufkommen, weil der Vermieter keine Möglichkeit mehr hat, sich im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag der „aufgedrängten“ Aufwendungen des Mieters zu erwehren, die er nachfolgend ersetzen soll. Die Frage ist daher, ob dem Vermieter nicht doch ein vorrangiges Recht zustehen muss, die Aufwendungen im Rahmen der Endrenovierung selbst auszuführen bzw ausführen zu lassen.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht<sup>4</sup> III Rz 16/4.

<sup>66</sup> Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1097 Rz 4.

<sup>67</sup> OGH SZ 57/167; OGH in JBl 1988, 718; Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1037 Rz 4.

<sup>68</sup> Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1037 Rz 4 mit zahlreichen Nw aus der Rsp.

<sup>69</sup> Vgl auch die in der E OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a (Punkte 5 f) geführte Argumentation bzgl der ausschließlich einseitigen Interessenwahrung des Vermieters durch die dem Mieter auferlegte Pflicht, sogar Gebrauchsspuren zu beseitigen.

<sup>70</sup> Vonkilch, wobl 2007, 185 (198), verweist in diesem Zusammenhang auf den Verlust der Vorsteuerabzugsfähigkeit des Vermieters, wenn dieser – im Gegensatz zur

Ein Argument, das für einen solchen Vorrang der eigenen Erfüllung der Renovierungspflicht durch den Vermieter spricht, ergibt sich aus der konsequenten Fortführung der OGH-Rsp, die die Klauselunwirksamkeit mit der klauselimmanenten Gewährleistungsbeschränkung begründete.<sup>71</sup> Ist die Klausel (nur) wegen eines Verstoßes gegen § 9 KSchG unwirksam, dann ist in der Tat fraglich, wo der leitende Gedanke des GewRÄG im Hinblick auf den Primat der Nacherfüllung durch den Schuldner bleibt.<sup>72</sup> Beschreitet man allerdings den (nun auch vom OGH eingeschlagenen) Begründungsweg, dass die Klausel wegen § 879 Abs 3 ABGB unwirksam ist, so ist wegen der in diesem Punkt vorliegenden Gewährleistungsneutralität des Unwirksamkeitsgrundes die Annahme eines Vorranges der Nacherfüllung durch den Vermieter nicht geboten.

Ein weiteres Argument folgt aus der Zielsetzung der Regeln über die GoA und damit verbunden auch der Regeln, die auf die Rechtsfolgen der GoA verweisen. Der aus einer GoA resultierende Aufwandsersatzanspruch ist nach der Regelungssystematik offensichtlich davon abhängig, die Einmischung in fremde Angelegenheiten nicht zu fördern, sondern im Gegenteil eher einzudämmen. Dies zeigt das in § 1035 ABGB klar formulierte Erfordernis der vorherigen Einholung der Einwilligung von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sich durch das Geschäft eingemischt werden soll. Fehlt eine solche Einwilligung, soll die GoA nur dann zulässig sein, wenn die Notgeschäftsführung betroffen ist (§ 1036 ABGB) und dem gleichgestellt, wenn es um die Erfüllung der dem Bestandgeber obliegenden Aufwendungen (§ 1097 Satz 2 Fall 1 ABGB) geht. Betrachtet man die Endrenovierung als nützliche Aufwendung iSd § 1097 Satz 2 Fall 2 ABGB, bleibt die Frage, ob der Verweis auf § 1037 ABGB auch dessen Satz 1 beinhaltet, dh dass der (renovierende) Mieter zunächst den Vermieter um Einwilligung bzgl der Renovierung ersuchen muss.

Dies sollte im Ergebnis verneint werden. Zwar kann auch in diesem Zusammenhang (wie bereits bei der Statuierung von Aufklärungspflichten des Vermieters) das Argument angeführt werden, dass der Mieter ohne größere Probleme mit dem Vermieter in Kontakt treten könne und in diesem Zusammenhang auch die Frage (nicht nur hinsichtlich des generellen Bestehens der Renovierungspflicht sondern auch) hinsichtlich der Einwilligung in die Endrenovierung zur Diskussion stellen könne. Jedoch ist zu bedenken, dass der getätigte Aufwand des Mieters (Endrenovierung) dem Vermieter nicht „aufgedrängt“ wird. Schließlich hat der Vermieter mit der Verwendung der (zwar nun erkanntermaßen unwirksamen) Klausel deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er daran interessiert ist, dass der Mieter den Aufwand der Endrenovierung

erbringt. Insoweit kommt es für den Vermieter zumindest nicht überraschend, dass er durch die Endrenovierung des Mieters einen klaren und überwiegenden Vorteil erlangt: Diesen hat er angestrebt, als er die Klausel in den Vertrag eingeführt hat. Außerdem trägt der Vermieter als Verwender der AGB das wirtschaftliche Risiko der Unwirksamkeit seiner verwendeten Klauseln.<sup>73</sup> Daher spricht vieles dafür, dass der Mieter dem Vermieter nicht noch eine Möglichkeit einräumen muss, die nur vermeintlich geschuldete Endrenovierung doch lieber selbst durchzuführen. Eine solche Sichtweise würde letztlich dazu führen, dass der Mieter wieder das wirtschaftliche Risiko der Verwendung einer unwirksamen Endrenovierungsklausel tragen müsste. Der Mieter, der ahnungslos renoviert, ist folglich zumindest wirtschaftlich so zu stellen, dass er den Aufwand ersetzt bekommt. Die Rechtslage nach dem ABGB sieht hierfür die Möglichkeit des Ersatzes über die GoA wegen der Rechtsfolgenverweisung vor. Daher sollte dieser Weg konsequent beschritten werden.

### 3. Bereicherungsrechtlicher Kondiktionsanspruch

Nach der Rechtslage des BGB ist ein Aufwendungsersatz über die Regeln der GoA nicht möglich, deshalb verbleibt für einen Ersatzanspruch des Mieters nur das Bereicherungsrecht.<sup>74</sup> In diesem Sinne ist für die erbrachte Werkleistung des Mieters (entsprechend der Entgeltthese) Wertersatz zu leisten.<sup>75</sup>

Bejaht man hingegen einen Aufwendungsersatzanspruch nach den Regeln der GoA, wie es nach dem ABGB möglich scheint, bleibt ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht versperrt,<sup>76</sup> denn die GoA stellt insoweit einen Rechtsgrund für die Leistung dar.

## II. Verjährung des Ersatzanspruchs des Mieters gegen den Vermieter

Im Hinblick auf die österreichische Rechtslage ist gegen einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichs-

eigenen Beauftragung eines Handwerkers – nur die Aufwendungen des Mieters ersetzt.

<sup>71</sup> OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f; OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g.

<sup>72</sup> So überzeugend *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (197).

<sup>73</sup> EuGH 14.6.2012, C-618/10 (*Banco Español / Camino*) Rz 58 ff.

<sup>74</sup> Diesen Weg geht der BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590 (2592 Tz 21 ff).

<sup>75</sup> BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590; krit zur Begrenzung des Bereicherungsanspruchs auf den Wertersatz der Leistung und nicht der objektiven Wertsteigerung durch die Renovierung vgl *Lorenz*, NJW 2009, 2576 (2577).

<sup>76</sup> Vgl *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1035 Rz 6; *Meissel*, Geschäftsführung 218 f unter Differenzierung nach dem hypothetischen Leistungswillen: Hätte der Handelnde auch in Kenntnis der Unwirksamkeit der Verpflichtung geleistet, liegt eine Aufwendung vor, die nach den Regeln der GoA ersetzt wird, andernfalls nach Bereicherungsrecht, allerdings mit der bereicherungsrechtlichen Einschränkung, dass der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner Kenntnis von der Nichtschuld hat; dies kann zu Wertungswidersprüchen führen; vgl *Meissel*, Geschäftsführung 223 f.

anspruch ferner angeführt worden, dass durch ein „mechanisches Ausweichen“ auf § 1431 ABGB die gesetzlichen Wertungen, insbesondere im Hinblick auf Verjährungsvorschriften und Präklusivfristen, ausgehöhlt würden.<sup>77</sup> Gem § 1097 Satz 2 HS 2 ABGB muss der Ersatzanspruch wegen des mieterseitigen Aufwandes innerhalb von sechs Monaten nach Rückstellung der Mietsache gerichtlich geltend gemacht werden. Würde man daneben oder alternativ einen Bereicherungsanspruch als gegeben erachten, stellt sich die Frage, ob dadurch die Präklusivfrist tatsächlich ausgehöhlt wird. Die gleiche Frage stellt sich bei der hier vertretenen Anspruchskonkurrenz des Aufwendungsersatzanspruchs nach den Regeln der GoA und dem vertraglichen Schadenersatzanspruch wegen unterbliebener Aufklärung des Vermieters.

In Deutschland stellte sich diese Frage tatsächlich und war Gegenstand mehrerer Verfahren des BGH.<sup>78</sup> Nach dem BGB ist ein Ersatzanspruch weder nach den speziellen Aufwendungsersatzvorschriften des Mietrechts noch nach den Regeln der GoA gegeben, sondern es ist ausschließlich ein Bereicherungsanspruch gegeben. Ein solcher verjährt normalerweise in der Regelverjährungsfrist, §§ 195, 199 Abs 1 BGB, dh grundsätzlich in drei Jahren, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.<sup>79</sup> Für den speziellen Fall, dass sich der Bereicherungsanspruch auf Aufwendungen des Mieters auf die Mietsache bezieht (zB rechtsgrundlos erbrachte Schönheitsreparaturen), wendet der BGH in weiter Auslegung die mietvertragliche, sehr kurze Verjährungsfrist (§ 548 Abs 2 BGB) von sechs Monaten ab Beendigung des Mietverhältnisses an. Aus systematischer Sicht ist diese Anwendung des ausschließlich spezialgesetzlich normierten Verjährungstatbestandes nicht ganz unproblematisch, denn es besteht gerade kein konkurrierender mietvertraglicher Ersatzanspruch für die Aufwendungen. § 548 Abs 2 BGB steht außerdem im Regelungszusammenhang mietrechtlicher Aufwendungsersatzansprüche.<sup>80</sup> Der BGH führt explizit aus, dass die mietvertragliche Verjährungsfrist für alle Ansprüche im Hinblick auf den Ersatz von Aufwendungen „unabhängig von der (anspruchs-)rechtlichen Einordnung“<sup>81</sup> verjähre.<sup>82</sup> Außerdem erstreckt sich die Verjährung auch auf

Fälle, in denen nicht einmal der Zustand der Wohnung durch die Verwendungen tatsächlich geändert wurde, sondern der Mieter „bloß“ einen Abgeltungsbetrag für die (vermeintliche) Pflicht zur Erbringung von Schönheitsreparaturen zahlte. Hintergrund dieser so weiten Auslegung der recht kurzen Frist des § 548 Abs 2 BGB ist der Zweck der sehr kurzen Verjährungsfrist im Mietrecht: Einerseits soll nach der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses rasch Klarheit über das Bestehen wechselseitiger Ansprüche im Hinblick auf den Zustand der Mietsache bestehen.<sup>83</sup> Andererseits bildet die kurze Verjährungsfrist im Mietrecht ein Korrektiv für regelmäßig erheblich eingeschränkte Nachweis- und Informationsbeschaffungsmöglichkeiten hinsichtlich des Zustands der Mietsache. Schließlich wird die Mietwohnung dem Nachmieter überlassen, der sich diese als persönlichen Lebensbereich auch nach seinen Vorstellungen gestaltet.<sup>84</sup> Daher ist nachvollziehbar, dass die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs 2 BGB recht weit ausgelegt wird.

Dieser Gedanke könnte auch bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 1097 Satz 2 HS 2 ABGB leitend sein. Insb betrifft dies die Frage, ob auch der Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Aufklärung in Bezug auf die Klauselunwirksamkeit der kurzen Präklusivfrist des § 1097 Satz 2 HS 2 ABGB unterfällt. Obwohl der Anspruchsumfang bei dem Ersatz des Schadens (wegen der nebenvertraglichen Pflichtverletzung) in der Regel weiter sein wird als der bloße Ersatz von Aufwendungen nach den Regeln der GoA,<sup>85</sup> konkurriert doch der Schadenersatzanspruch mit dem vom Ursprung her mietvertraglichen Aufwendungsersatzanspruch gem § 1097 Satz 2 iVm § 1036 bzw § 1037 ABGB. Sowohl die Zielrichtung der kurzen Verjährungs- bzw Präklusivfrist als auch die tatsächliche Problemlage sind nach dem BGB und dem ABGB vergleichbar. Da – anders als nach dem BGB – nach der Rechtslage unter dem ABGB sogar ein konkurrierender mietvertraglicher Anspruch (§ 1097 ABGB iVm den Regeln zur GoA) besteht, spricht viel für eine extensive Auslegung der kurzen Verjährungsfrist auch auf den möglicherweise bestehenden nebenvertraglichen Schadenersatzanspruch.

<sup>77</sup> *Gsell*, NZM 2010, 71 (76); *Streyll* in Schmidt-Futrerer, Kommentar zum Mietrecht<sup>10</sup> § 548 Rz 2; *Blank* in Börstinghaus, Miete<sup>3</sup> § 548 Rz 1; BGH 4.5.2011, VIII ZR 195/10 in NJW 2011, 1866 (1867 Tz 12).

<sup>78</sup> *Schrader*, ZJS 2012, 720 (721).

<sup>79</sup> Die eigene Mühewaltung des Bestandnehmers stellt im Allgemeinen keinen ersatzfähigen Aufwand im Rahmen der GoA dar (stRsp OGH 20.10.1999, 3 Ob 79/99k; OGH SZ 67/210 [S 529, 540 f]). Zum gleichen Ergebnis kommt der BGH, der im Rahmen des Bereicherungsanspruchs nur den Wertersatz für die erbrachte (eigene) Werkleistung und nicht die objektive Wertsteigerung der Immobilie zuspricht (BGH 27.5.2009, VIII ZR 302/07 in NJW 2009, 2590). Vom Schadenersatz wird der eigene Aufwand dagegen mitumfasst, da der Schädiger so zu stellen ist, als wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

<sup>77</sup> *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (199).

<sup>78</sup> BGH 4.5.2011, VIII ZR 195/10 in NJW 2011, 1866; BGH 20.6.2012, VIII ZR 12/12 in NJW 2012, 2031.

<sup>79</sup> *Schwab* in MünchKomm-BGB<sup>5</sup> § 812 Rz 422.

<sup>80</sup> Daher war diese Frage vor der Entscheidung des BGH Gegenstand lebhafter Diskussion: *Paschke*, WuM 2008, 647 (651); *Eisenschmid*, WuM 2010, 459 (470); *Blank*, WuM 2010, 234; *Wiek*, WuM 2010, 535 (537); *Klimke/Lehmann-Richter*, WuM 2006, 653 (655); *Jacoby*, ZMR 2010, 335 (337); *Schapiro*, ZfIR 2011, 639 (645).

<sup>81</sup> BGH 20.6.2012, VIII ZR 12/12 in NJW 2012, 3031 (3032 Tz 14).

<sup>82</sup> Anschließend an die grundlegende E BGH 4.5.2011, VIII ZR 195/10 in NJW 2011, 1866 (1867 Tz 14 ff).

### C. Resümee

Hinsichtlich der Folgen unwirksamer Renovierungsklauseln ist die tatsächliche Ausgangssituation in Österreich und Deutschland vergleichbar. Der rechtliche Begründungsweg, der zur Unwirksamkeit einer Endrenovierungsklausel führt, ist dagegen unterschiedlich. Dies ist maßgeblich auf eine unterschiedliche rechtliche Regelungssystematik (Fehlen des MRG, KSchG in Deutschland) und damit verbunden unterschiedlicher Argumentationswege zurückzuführen. Die „Entgeltthese“ des BGH (stillschweigendes Vereinbaren der Anrechnung der Renovierungspflicht auf die Miete) ist bereits in tatsächlicher Hinsicht zweifelhaft. Die Überzeugungskraft geht nach einem Vergleich der Rsp von OGH und BGH in diesem Kontext gänzlich verloren. Zu fordern ist vielmehr (wie der OGH angedeutet hat) eine „konkrete Entgeltklausel“, aus der transparent ersichtlich ist, wie die Anrechnung der Erhaltungspflichten auf die Miete zu erfolgen hat. Das Festhalten an der Entgeltthese und die im Unterschied zum ABGB in § 539 Abs 1 BGB enthaltene Rechtsgrundverweisung auf die Regeln der GoA führen zu einer Notlösung des BGH über den Bereicherungsausgleich gem § 812 Abs 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Der in Österreich mögliche Weg über den Ersatz notwendiger (§§ 1097,

1036 ABGB) oder aber auch nützlicher Verwendungen (§§ 1097, 1037 ABGB) bei den Renovierungen erscheint konsequent.

Eine bisher weder vom BGH noch vom OGH entschiedene Frage ist das Bestehen eines nebenvertraglichen Schadenersatzanspruchs wegen der Verwendung von unwirksamen AGB-Klauseln durch den Vermieter bzw der später unterlassenen Aufklärung des Vermieters über die Klausel-Rsp (Hinweis auf die Unwirksamkeit AGB der verwendeten Klausel). Dieser Anspruch wird in der Regel bei Neuverträgen und unter Umständen sogar auch bei Altverträgen gegeben sein. Hinsichtlich der Verjährung bzw der Präklusion dieses nebenvertraglichen Anspruchs ist § 1097 Satz 2 ABGB aE weit auszulegen und auch auf diese Ansprüche entsprechend anzuwenden (Sechsmonatsfrist). Als Vorbild dafür kann die vom BGH favorisierte, entsprechende Anwendung der kurzen mietvertraglichen Verjährung (§ 548 Abs 2 BGB) auf den nach Ansicht des BGH gegebenen Bereicherungsanspruchs dienen, wenn sich dieser auf Aufwendungen (zB Renovierungsleistungen) auf die Mietsache bezieht.

**Korrespondenz:** Prof. Dr. *Paul T. Schrader*, Universität Augsburg, Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg. E-Mail: paul.schrader@jura.uni-augsburg.de.