

# Beschränkung von Gewährleistungsrechten

Walter Fallak

Rechtsanwalt und Notar, Wiesbaden

## 1. Einführung

Im Mietrecht der §§ 535 ff. BGB stehen dem Mieter neben dem Erfüllungsanspruch auch Gewährleistungsansprüche in Form der Mietminderung gemäß § 536 BGB, des Schadensersatzes gemäß § 536 a BGB und der Kündigung gemäß § 543 BGB zu.

Diese Gewährleistungsansprüche werden gesetzlich beschränkt, beispielsweise bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mieters von einem Mangel nach §§ 536 b, 543 Abs. 4 BGB oder bei Verletzung der Anzeigepflicht nach § 536 c BGB. Hinzu kommen die allgemeinen Regelungen der § 280 Abs. 1 BGB (z. B. bei vom Mieter verschuldeten Mängeln) und § 242 BGB. Gewährleistungsbeschränkungen und –ausschlüsse sind aber auch und insbesondere durch Vereinbarungen der Vertragsparteien möglich. Daneben gibt es die weitere Gestaltungsmöglichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung und die der Pflichtenüberbürdung und -ausschlüsse.

## 2. Der Mangelbegriff

Voraussetzung der Anwendung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts ist das Vorliegen eines Mangels im Sinne des § 536 BGB (für das Recht zum Schadensersatz § 536 a BGB, für die Kündigung gilt ein eigener Mangelbegriff nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Der Begriff des Mangels ist traditionell ein Oberbegriff, der sowohl den Fehler, als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften umfasst<sup>1</sup>.

§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert die negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit als Aufhebung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch. Es gilt der subjektive Fehlerbegriff<sup>2</sup>. Danach sind es allein die Vertragsparteien, die bestimmen, welchen Zustand die Mietsache spätestens bei Überlassung an den Mieter während der gesamten Vertragsdauer haben muss. Es geht um die nach dem Parteiwillen zu bestimmende, vertragsgemäße Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, also um ihre Sollbeschaffenheit oder Solltauglichkeit. Der vertragsgemäße Gebrauch bestimmt sich also nach dem Inhalt des Mietvertrages zum Zeitpunkt seines Abschlusses<sup>3</sup>.

Die Bestandteile des Fehlerbegriffs sind

- der vertragsgemäße Gebrauch und
- die Zustandsbeschreibung.

Was zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gehört ergibt sich zunächst aus dem Nutzungszweck, der zwischen Vermieter und Mieter festzulegen ist. Dieser kann ausdrücklich definiert sein oder sich auch aus der Auslegung ergeben. Bei der Auslegung richtet sich die Sollbeschaffenheit danach, was der Mieter nach dem Inhalt und Zweck des Mietvertrages sowie nach den von den Parteien bei Vertragsschluss vorausgesetzten Umständen redlicher- und vernünftiger Weise erwarten darf.

Neben der Festlegung des Nutzungszweckes und somit der Maßlatte für den vertragsgemäßen Gebrauch können die Parteien durch Beschaffenheitsvereinbarungen zusätzlich definieren, wie das Mietobjekt tatsächlich beschaffen sein muss und zwar in Form von

---

<sup>1</sup> Derleder NZM 2002, 676

<sup>2</sup> BGHZ 49, 350, BGH NJW 1982, 696; BGH NJW-RR 1991, 204, BGH NJW-RR 1991, 970; OLG Celle ZMR 1985, 10; OLG Hamm NJW-RR 1987, 969; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, § 536 Rdnr. 2; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536 Rdnr.16; Lindner-Figura, Kap. 14 Rdnr. 219

<sup>3</sup> OLG Celle ZMR 1985, 10; LG Mannheim ZMR 1990, 220; LG Nürnberg-Fürth WuM 1985, 20; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536, Rdnr. 19; Sternel, Rdnr. II 138 und 511; Lindner-Figura, Kap. 14 Rdnr. 225; so schon Kubisch, NJW 1958, 1084

Zustandsbeschreibungen oder Beschaffenheitsvereinbarungen. Hierdurch können sogar Zustände des Mietgegenstandes festgelegt werden, die den Nutzungszweck erheblich beeinträchtigen. Gerade solche Beschaffenheitsvereinbarungen beschränken dann auch die Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten des Vermieters.

Zur Fehlerklassifizierung sei auf Rechtsprechung und Literatur hierzu verwiesen. Die Erheblichkeit des Fehlers ist nur bei der Frage der Mietminderung und fristlosen Kündigung bedeutend. Zugesicherte Eigenschaften oder die Frage, ob vor Überlassung der Mietsache die allgemeinen Gewährleistungsrechte oder die mietrechtsspezifischen Gewährleistungsrechte anzuwenden sind sprengen den Rahmen dieser Abhandlung und verdienen eine ausführlichere Behandlung.

### **3. Die gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse**

Der Vollständigkeit halber soll zunächst kurz auf die gesetzliche Gewährleistungsausschlüsse kurz eingegangen werden.

#### **3.1. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters vom Mangel**

Gemäß § 536 b, § 543 Abs. 4 BGB sind Gewährleistungsrechte des Mieters gesetzlich ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel bei Vertragsschluss kennt. Gleichgestellt ist grob fahrlässige Unkenntnis von einem Mangel.

#### **3.2. Verletzung der Anzeigepflicht**

Gemäß § 536 c BGB sind Gewährleistungsrechte ausgeschlossen, wenn der Mieter einen Mangel oder eine Gefahrenlage nicht unverzüglich anzeigt.

#### **3.3. Vom Mieter zu vertretende Mängel**

In dem Fall des vom Mieter zu vertretenden Mangels sind Gewährleistungsrechte nach einhelliger Meinung ausgeschlossen. Der Mieter schuldet vielmehr dem Vermieter Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB.

#### **3.4. Ausschluss nach Treu und Glauben**

Einzelfallabhängig kann auch hier ein Gewährleistungsausschluss vorliegen.

#### **3.5. In Analogie zu § 536 b BGB**

Sowohl nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats, als auch des XII. Zivilsenats<sup>4</sup> ist bei vorbehaltloser Zahlung des Mietzinses trotz Kenntnis des Mangels § 536 b BGB entgegen ihrer früheren Rechtsprechung zu § 539 a. F. BGB nicht mehr anwendbar.

## **4. Die vertraglichen Gewährleistungsausschlüsse**

### **4.1. Die Arten der Freizeichnungsklauseln**

Zu unterscheiden ist zwischen Gewährleistungsausschlüssen und Gewährleistungsbeschränkungen und Haftungsbegrenzungen.

*Gewährleistungsausschluss/Gewährleistungsbeschränkung* erfasst den Anspruchsgrund und hindert dadurch die Anspruchsentstehung. Dabei kann ein Haftungsausschluss bzw. eine Beschränkung der Haftung des Vermieters hinsichtlich Schadensersatzansprüchen vereinbart werden, gleiches ist zu Mietminderung und Kündigung des Mieters denkbar. Der

---

<sup>4</sup> BGH NJW 2005, 1503; BGHZ 155, 380

Freizeichnungsgegenstand dabei ist also die Mietzinsminderung bei Vorliegen eines Mangels, das Recht auf fristlose Kündigung und jegliche Art von Schadensersatzansprüchen<sup>5</sup>.

Die *Haftungsbegrenzung* beschränkt den Haftungsumfang, lässt also die Anspruchentstehung dem Grunde nach unberührt. Hierzu gehören unter anderem summenmäßige Haftungsbeschränkungen, Haftungsbegrenzung auf Personen- oder Sachschäden, Abbedingung der Haftung für entgangenen Gewinn, Ausschluss des nicht vorhersehbaren Schadens, Ausgrenzung des Mangelfolgeschadens.

Dieser Beitrag befassen uns hier mit Gewährleistungsausschlüssen und –beschränkungen.

## 4.2. Die vertragliche Gestaltung

Hier sind sowohl individualvertragliche, als auch Abreden durch allgemeine Geschäftsbedingungen denkbar.

### 4.2.1. Individualabreden

Sie sind aufgrund der Privatautonomie der Parteien in sehr umfangreicher Weise möglich und finden ihre Schranken in den Schutzvorschriften der §§ 138 und 826 BGB und durch die Grenzen von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Oft wird hierbei auch eine einschränkende Auslegung vorgenommen.

### 4.2.2. Formularklauseln

Eine Formularklausel liegt bereits dann vor, wenn der Verwender nur die Absicht hat, die betreffende Klausel mehrfach einzusetzen<sup>6</sup>. Bei Wohnraummietverhältnissen gilt zusätzlich § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB, wonach dann, wenn ein Unternehmer die Klausel gegenüber einem Verbraucher, was typischerweise ein Wohnraummieter ist, stellt, die einmalige Verwendung ausreicht.

Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB sind nicht unmittelbar für Mietverträge von Gewerberaum anwendbar.

Im Rahmen der Kontrolle des § 307 BGB behalten aber die zu den Klauselverboten entwickelten Grundsätze und Zielvorgaben regelmäßig ihre Gültigkeit, weshalb die Einschlägigkeit der in §§ 308, 309 BGB ausgesprochenen Klauselverbote nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>7</sup> die Unwirksamkeit einer Klausel indizieren kann.

*Der persönliche Anwendungsbereich auf Gewerberaummieter:*

Bei der Bewertung von Formularklauseln wird der Mieter von Gewerberaum im Allgemeinen für weniger schützwürdig gehalten, als der Wohnraummieter. Interessant und über den Einzelfall hinausgehend ist hier allerdings der Standpunkt des XII. Zivilsenats zur Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters im Rahmen der Prüfung nach Maßgabe des § 307 BGB<sup>8</sup>. Eine gesetzliche Besserstellung des Wohnraummieters gegenüber dem Geschäftsraummieter ist danach bei Schönheitsreparaturen nicht ersichtlich. Aus der vereinzelt Besserstellung dürfe nicht der Schluss gezogen werden, das Gesetz habe den Mieter von Geschäftsräumen generell weniger vor belastenden, allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen wollen. Das AGB-Recht wirke gegenüber Unternehmern nur hinsichtlich der Klauselverbote einschränkend (jetzt § 310 BGB), nicht aber hinsichtlich der Generalklausel (jetzt § 307 BGB). Der Unternehmer habe bei der langfristigen Anmietung von Geschäftsräumen regelmäßig keine Kenntnis der besonderen Risikosituation. Auch der Hinweis, das Miethöhe und Klauselnachteile miteinander korrespondieren, hat den Bundesgerichtshof zu Recht nicht überzeugt<sup>9</sup>. Damit lasse sich jede nachteilige Klausel

<sup>5</sup> Wolf/Eckert/Ball, Rz. 351ff; Joachim, NZM 2003, 387

<sup>6</sup> BGH NZM 2002, 35; BGHZ 144, 242

<sup>7</sup> BGHZ 90, 273 = NJW 1984, 1750; BGH NJW 1984, 2941; BGHZ 103, 316 = NJW 1988, 1785

<sup>8</sup> BGH NZM 2005, 504

<sup>9</sup> BGH NZM 2005, 504

rechtfertigen. Setzt sich diese Betrachtungsweise durch, ist der Spielraum bei der Gestaltung von Formularmietverträgen bei Gewerberaum stark eingeschränkt. Die Schutzbedürftigkeit des Wohnraummieters und des Geschäftsraummieters ist danach bei der Anwendung des § 307 BGB gleich zu gewichten. Nach diesem Kriterium sind nunmehr die jeweiligen, vertraglichen Gewährleistungsausschlüsse zu betrachten.

### 4.3. Vollständiger Ausschluss der Gewährleistung

Der vollständige Ausschluss jeglicher Gewährleistung ist im Mietrecht bedenklich. Soweit Gewährleistungsausschlüsse und –beschränkungen in Individualvereinbarungen geschehen, ist dies in den Grenzen von Treu und Glauben nach §§ 138, 242 BGB sowie § 536 Abs.4 BGB und von § 536 d BGB noch zulässig<sup>10</sup>, so zum Beispiel bei Vorliegen eines Mangels auf Mietzinsminderung zu verzichten<sup>11</sup> oder auf das Recht zur fristlosen Kündigung.

Zu beachten ist hier allerdings das Verbot des Ausschlusses der fristlosen Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung gemäß §§ 569 Abs. 1, 578 Abs. 2 Satz 2 BGB sowie § 536 d BGB, wonach eine vertragliche, einschränkende Haftung des Vermieters für Sach- und Rechtsmängel nichtig ist, wenn dieser einen Mangel arglistig verschweigt.

Ein vollständiger Gewährleistungsausspruch führte dazu, dass dem Mieter das gesamte Risiko der Vermieterleistung überbürdet würde und er bei einer Mangelhaftigkeit oder sogar dem Untergang der Mietsache auch weiterhin verpflichtet wäre, den Mietzins in vollem Umfang zu zahlen. Er hätte darüber hinaus weder Schadensersatz-, noch Kündigungsrechte. Auf Vermieterseite verbliebe nur die Pflicht zur Überlassung der Mietsache in beliebigem Zustand, während der Mieter weiterhin zur vollständigen Zahlung des Mietzinses verpflichtet bliebe. Die hierdurch entstehende Störung des Äquivalenzverhältnisses ist im Ergebnis untragbar. Das Klauselverbot zum Gewährleistungsrecht gemäß § 309 Ziffer 8 b BGB ist zwar nach Auffassung des Bundesgerichtshofes<sup>12</sup> auf Mietverhältnisse nicht anwendbar. Dennoch liegt nach einhelliger Meinung in dem vollständigen Ausschluss aller Gewährleistungsrechte in jedem Fall ein Verstoß gegen die Gestaltungspflichten bei Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>13</sup> vor. Eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte ist allerdings nach überwiegender Meinung auch in Formulklauseln möglich<sup>14</sup>. Umstritten bleibt ihr Umfang<sup>15</sup>.

### 4.4. Ausschluss und Einschränkung der Mietminderung

#### 4.4.1. Der vollständige Ausschluss

Gemäß § 536 Abs. 4 BGB ist ein Ausschluss oder eine Beschränkung des Mietminderungsrechts in Wohnraummietverhältnissen auch für Individualvereinbarungen unzulässig. Dies ist bei der Gewerberaummiets anders<sup>16</sup>. Eine das Mietminderungsrecht einschränkende Vereinbarung ist dort grundsätzlich restriktiv auszulegen, da sie den Mieter in besonderem

<sup>10</sup> BGHZ 29, 289; BGHZ 91, 375 = BGH NJW 1984, 2404 = BGH ZMR 1984, 370 = BGH WuM 1984, 1100; KG GE 2001, 345; Lindner-Figura, Kap. 14 Rdnr. 304; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 346; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536 Rdnr. 386

<sup>11</sup> BGH WM 1959, 1424; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 346

<sup>12</sup> BGHZ 94, 180 = NJW 1985, 1547; BGH NJW 1981, 2405; BGHZ 91, 375.

BGH NJW 1985, 1547 auf Leasingverträge bezogen war und zwar auf § 11 Nr. 10 a – f AGBG

<sup>13</sup> BGH NJW 1981, 2405; BGHZ 91, 375; BGH NJW 1977, 195; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536, Rdnr. 390; Sternel, Rdnr. II 682; Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 353; Bub, NZM 1998, 789

<sup>14</sup> BGH ZMR 1984, 370; Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 379; Bub in Bub/Treier, II Rdnr. 518; Thaler/Tachezy, NZM 2000, 748

<sup>15</sup> BGHZ 91, 375; OLG München ZMR 1987, 16

<sup>16</sup> BGHZ 91, 375; Lindner-Figura, Kap. 14 Rdnr. 304; OLG Düsseldorf MDR 1982, 850; Emmerich/Sonnenschein, § 536, Rdnr. 41; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536, Rdn. 386

Maße belasten und benachteiligen kann<sup>17</sup>. Es kann nur in engen und fest umrissenden Grenzen hingenommen werden, dass der Vermieter wesentliche, ihm obliegende Pflichten auf den Mieter abwälzt. Überschreitet der Ausschluss einer Mietminderung die Grenzen von Treu und Glauben, ist diese *Individualvereinbarung* nicht insgesamt unwirksam, sondern bleibt insoweit aufrechterhalten, als dies mit Treu und Glauben vereinbar ist<sup>18</sup>. Diese geltungserhaltende Reduktion rechtfertigt sichtbar eine Individualvereinbarung damit, dass beide Vertragspartner über diesen Vertragsteil verhandelt haben und jedenfalls grundsätzlich die Abwälzung der Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht bzw. des Abbedingen der Mietminderung wollten. Ob und in welchem Umfang eine Mietminderung in *Formularklauseln* ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, ist aufgrund der Regelung des § 536 Abs. 4 BGB auch nur bei Gewerberaummietverhältnissen zu diskutieren.

#### 4.4.2. Die Einschränkung

Bei Geschäftsraummietverträgen kann das Minderungsrecht auch formularvertraglich stark eingeschränkt werden, da die Minderung nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört<sup>19</sup>. So kann sie davon abhängig gemacht werden, dass sie mit einer bestimmten Frist – gegebenenfalls schriftlich – angekündigt und begründet wird<sup>20</sup>. Es kann auch formularvertraglich an Voraussetzungen geknüpft werden, dass eine dem Vermieter gesetzte, angemessene Mängelbeseitigungsfrist ungenutzt verstrichen ist<sup>21</sup>. Auch für Fälle der Störung der Versorgung von Wärmeenergie, Gas, Strom oder Wasser oder Störung technischer Einrichtungen kann die Mietminderung ausgeschlossen werden, sofern sie nicht auf ein Verschulden des Vermieters beruht<sup>22</sup>. Auch der Ausschluss der Minderung für andere Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (Verkehrsumleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.) und durch die die gewerbliche Nutzung beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- oder Geschäftsrückgang) wird als zulässig erachtet<sup>23</sup>. Lediglich der vollständige Ausschluss der Mietminderung ist unwirksam.

##### 4.4.2.1. Der Vorrang des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion vor der einschränkenden Auslegung einer Formularklausel

Problematisch sind die Klauseln, bei denen die *Geltendmachung* des Mietminderungsrechts ausgeschlossen ist. Hier wird bei Formularklauseln eine einschränkende, verwenderfeindliche Auslegung dahingehend vorgenommen, dass dem Mieter in diesen Fällen das Recht zur Rückforderung aufgrund der Mietminderung zuviel gezahlter Beträge verbleibt<sup>24</sup>.

Grundsätzlich sind Formularklauseln bei ihrer Beurteilung allerdings kundenfeindlich auszulegen und es gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Die Regelung des § 305 c Abs. 2 BGB, wonach „Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen“, beinhalten zunächst nur eine Auslegungsregel. Somit ist nach dem Prinzip der kundenfeindlichen Auslegung vorzugehen und zwar auch nach nunmehr herrschender Meinung sowohl im Rahmen der Verbandsklage<sup>25</sup>, als auch im

<sup>17</sup> OLG Hamm ZMR 1982, 206; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536, Rdnr. 386; Sternel, Rdnr. II 681

<sup>18</sup> Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536, Rdnr. 389

<sup>19</sup> BGHZ 91, 375; BGH WM 1993, 914, 915 = BGH ZMR 1993, 320 = BGH NJW-RR 1993, 519; OLG Hamburg NZM 1998, 264 und GuT 2004, 168; OLG München ZMR 1987, 16; OLG Hamm NZM 1998, 438; Bub in Bub/Treier, Rdnr. II 518; Fritz, Rdnr. 171 b; Lindner-Figura, Kap. 14, Rdnr. 305; Bub, NZM 1998, 789; Derleder, NZM 2002, 676

<sup>20</sup> OLG Hamburg NZM 1998, 264

<sup>21</sup> OLG Celle NZM 1998, 265; Bub, NZM 1998, 789

<sup>22</sup> BGH WuM 1976, 152; Bub, NZM 1998, 789

<sup>23</sup> OLG Hamburg GuT 2004, 168; Fritz, Rdnr. 171b

<sup>24</sup> BGHZ 91, 375; BGH ZMR 1993, 320 = BGH WM 1993, 914 = BGH NJW-RR 1993, 519; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 850; so im Ergebnis auch OLG Hamm NZM 1998, 438; OLG Düsseldorf ZMR 1999, 23; Bub in Bub/Treier, II Rdnr. 518; Lindner-Figura, Kap. 14, Rdnr. 305; Bub, NZM 1998, 789; Derleder, NZM 2002, 676

<sup>25</sup> BGH NJW 1986, 1943; BGH NJW 1989, 2750

Individualprozess<sup>26</sup>. Bei der Auslegung von Formulklauseln kommt es gerade nicht auf die Vorschriften der §§ 133, 157 BGB an, mithin nicht auf die Vorstellungen der Parteien, noch auf die Umstände des Einzelfalles. Vielmehr sind Formulklauseln generell abstrakt entsprechend ihrem Wortlaut auszulegen. Maßgeblich ist dabei, wie die Klauseln üblicherweise von Vermieter und Mieter verstanden wird<sup>27</sup>. Für die Wirksamkeitskontrolle in der zu beurteilenden Klausel ist die Auslegung ausschlaggebend, die sich bei der dem Vertragspartner (dem Kunden) nachteiligsten Lesart ergibt, das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung. Stattdessen wird bei Klauseln zur Mietminderung eine enge Auslegung vorgenommen, anstatt auf deren Unwirksamkeit zu schließen. Dies führt zu dem fatalen Ergebnis, dass ansich ihrem Wortlaut nach sehr kundenfeindlichen Klauseln mit dem Ziel ausgelegt werden, ihren Regelungsgehalt lediglich zu reduzieren. Dies ist im Ergebnis nichts anderes, als eine geltungserhaltende Reduktion. So wird die Formulierung „Die Geltendmachung eines Mietminderungsrechts ist ausgeschlossen“ dahingehend ausgelegt, dass kein reduzierter Mietzins gezahlt werden darf, wohl aber die Rechte auf Rückforderung vorbehalten sind. Dem Wortlaut und erst recht der kundenfeindlichsten Auslegung folgend besteht kein Mietminderungsrecht. Wenn die Geltendmachung insgesamt ausgeschlossen ist, dann auch die gerichtliche.

Bei Haftungsausschlüssen in Konzessionsklauseln hatte der Bundesgerichtshof noch eine enge Auslegung abgelehnt und stattdessen die kundenfeindlichste Auslegung gefordert, um so zu einer eindeutigen Unzulässigkeit zu gelangen<sup>28</sup>. Hier hatte er noch betont, dass eine derartige Auslegung gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion von allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoße.

#### **4.4.2.2. Das Transparenzgebot**

Den Verwendern dieser Klauseln kann auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorgeworfen werden. Die bisherige Rechtsprechung zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 9 Abs. 1 AGBG belegt sehr deutlich, dass das Transparenzgebot ein tragendes Prinzip des AGB-Rechts geworden ist. Abgestellt wird dabei prinzipiell auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden<sup>29</sup>, der also nicht weiß, welche Rechte ihm zustehen, so dass der Verwender gehalten ist, die Rechtsposition des Vertragspartners klar und verständlich zu regeln. Der rechtsunkundige Durchschnittskunde muss also in die Lage versetzt werden, die Wirkung einer Klausel ohne Einholung von Rechtsrat zu erkennen<sup>30</sup>. Die Rechte zur Rückforderung zunächst gezahlten Mietzinses nach § 812 BGB ergibt sich aus den zu beurteilenden Klauseln gerade nicht. Ein derartiger Hinweis soll offensichtlich auch vermieden werden. Eine transparente Klausel muss neben dem Ausschluss der Geltendmachung des Mietminderungsrechts also ausdrücklich auf ein Rückforderungsrecht des Mieters verweisen.

### **4.5. Ausschluss und Einschränkung von Schadensersatz**

#### **4.5.1. Der Grundsatz**

Sowohl die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters nach § 536 a Abs. 1, 1. Alternative BGB, als auch die Haftung nach § 536 a BGB insgesamt kann individualvertraglich ausgeschlossen und beschränkt werden. Eine Grenze findet die Abdingbarkeit der Haftung nur für alle Arten von Mietverträgen bei arglistigem Verschweigen des Mangels in § 536 d BGB<sup>31</sup>. Es gelten im Übrigen die allgemeinen Schranken der

<sup>26</sup> BGH NJW 1992, 1097

<sup>27</sup> BGH NJW 1982, 2776; BGH NJW 1982, 2628

<sup>28</sup> BGH NJW 1988, 2664

<sup>29</sup> BGH NJW 2001, 292

<sup>30</sup> BGH NJW 2000, 651

<sup>31</sup> Lindner-Figura, Kap. 14, Rdnr. 325; Eisenschmid in Schmitt-Futterer, § 536 a Rdnr. 169

Vertragsfreiheit der §§ 138, 157, 242 BGB<sup>32</sup>. Da eine an sich dringend gebotene Unabdingbarkeitsklausel, wie bei § 536 Abs. 4 BGB für den Wohnungsmieter, fehlt, sind die Grenzen sehr weit gesteckt.

Bei Formularklauseln regelt § 309 Nr. 7 a BGB das Verbot, die Haftung für Schäden aus Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit auszuschließen oder zu beschränken, selbst wenn der Verletzer nur einfache Fahrlässigkeit zu verantworten hat. Daneben gilt § 309 Nr. 7 b BGB, wonach ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden bei grob fahrlässiger Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen nicht wirksam ist. Nach der Rechtsprechung zu vergleichbaren Regelungsinhalten<sup>33</sup> sind mit diesen Vorgaben unzulässiger Haftungsbegrenzungen in allen – selbst mittelbaren – Beschränkungen der Haftung oder der ihnen zugrunde liegenden Haftungsvoraussetzungen zu sehen<sup>34</sup>. Das Klauselverbot gilt für alle möglichen Ansprüche aus Verschuldenshaftung einschließlich der vertraglichen Ansprüche und zwar für vorvertragliche Pflichtverletzungen im Sinne von § 311 Abs. 2, Abs. 3 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB, ebenso wie für solche aus unerlaubter Handlung<sup>35</sup>. Rechtlich unerheblich ist dabei, ob es sich um Schlecht-, Nicht- oder Zuspätleistung handelt. Festzuhalten ist, dass eine Haftung für eine Pflichtverletzung bei leichter Fahrlässigkeit in diesen Fällen auch im gewerblichen Mietrecht formularmäßig nicht mehr wirksam ausgeschlossen werden kann<sup>36</sup>.

#### **4.5.2. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes, Az: VIII ARZ 1/01<sup>37</sup>.**

Für Wohnraum hat der Bundesgerichtshof folgendes entschieden:

Der vertragliche Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Mieters gegen den Vermieter wegen Sachschäden, welche durch Mängel der Mietsache verursacht sind, für die der Vermieter aufgrund leichter Fahrlässigkeit einzustehen hat, durch die in einem vom Vermieter gestellten Formularmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel: *„führt ein Mangel des Mietobjektes zu Sach- oder Vermögensschäden, so haftet der Vermieter gegenüber dem Mieter ..... für diese Schäden – auch aus unerlaubter Handlung – nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.“*

ist wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG ( § 307 BGB) unwirksam.

##### **4.5.2.1. Der Aufbau der Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof befasst sich dabei mit dem Spannungsverhältnis zwischen der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und den Gewährleistungsrechten des Mieters nach §§ 536 ff BGB. In dem sogenannten „Wassereintrichsfall“ setzt er sich systematisch und dezidiert mit § 9 Abs. 2 AGBG (§ 307 Abs. 2 BGB) auseinander. Er macht dabei erneut deutlich, dass man bei der Überprüfung einer Klausel anhand von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG zweistufig vorgehen muss: Zunächst muss festgestellt werden, dass überhaupt eine vertragswesentliche Pflicht eingeschränkt wird (Kardinalpflicht), in einem zweiten Schritt muss überprüft werden, ob dadurch im konkreten Fall der Vertragszweck gefährdet wird<sup>38</sup>.

##### **4.5.2.2. Die Erhaltungspflicht als Kardinalpflicht**

<sup>32</sup> OLG Köln NZM 2001, 812

<sup>33</sup> Borzutzki-Pasing, NZM 2004, 161

<sup>34</sup> BGH NJW 2001, 751; BGH NJW 1987, 2820; Heinrichs, NZM 2003, 6

<sup>35</sup> Heinrichs in Palandt, § 309 Rdnr.40

<sup>36</sup> BGH NJW 1990, 761; BGHZ 145, 203; OLG Hamm ZMR 1996, 199; Borzutzki-Pasing, NZM 2004, 161; Joachim, NZM 2003, 387; Lindner.Figura Kap. 14, Rdnr. 326

<sup>37</sup> BGH NZM 2002, 116 = BGH WuM 2002, 141 = BGH MDR 2002, 330

<sup>38</sup> BGH NJW 1988, 1787

Nach der Zielrichtung der Vorschrift des § 307 Abs. 2 BGB, eine Aushöhlung der den typischen Vertragszweck prägenden Pflichten zu verhindern, sind jedenfalls die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflichten eines Vertrages als wesentliche Vertragspflichten und somit als Kardinalpflichten anzusehen<sup>39</sup>. Kardinalpflichten sind also vertragswesentliche Pflichten, auf deren Erfüllung der Mieter – weil sie regelmäßig seine eigenen Obhut entzogen sind – angewiesen ist. Neben der Überlassung der Mietsache (228 BGB) gehört hierzu natürlich die Verpflichtung, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten<sup>40</sup>.

#### **4.5.2.3. Gefährdung des Vertragszweckes**

Eine vertragliche Pflicht, wie die zur Erhaltung der Mietsache in vertragsgemäßen Zustand, wird auch dann im Sinne des § 307 Abs. 2 BGB eingeschränkt, wenn ihre Verletzung sanktionslos bleibt<sup>41</sup>. Zwar besteht ein Anspruch auf Mängelbeseitigung und auch gegebenenfalls ein Mietminderungsrecht, ein Mangel der Mietsache kann aber auch zunächst unerkannt bleiben und mit Eintritt seiner Wirkung einen erheblichen Schaden verursachen, während die Gebrauchsminderung der Mietsache durch den Mangel nur vergleichsweise geringfügig ins Gewicht fällt. Die Mietminderung kompensiert im Übrigen keinen, dem Mieter entstehenden Schaden. Der Vertragszweck ist für den Mieter dann gefährdet, wenn der Grundbestand seiner eigenen Einrichtungsgegenstände einen Schaden nimmt, dessen Beseitigung ihm wirtschaftlich nicht zumutbar ist<sup>42</sup>. Würden die beschädigten Gegenstände nicht repariert oder ersetzt, so könnte dem Mieter eine wesentliche Grundlage für die Nutzung der Mieträume als Wohnung entzogen sein. Für die Vertragsgestaltung entscheidend ist, dass der Bundesgerichtshof<sup>43</sup> zwei Kriterien nennt, die für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses trotz Einschränkung einer Kardinalpflicht sprechen:

Zum einen die Beherrschbarkeit des Schadensrisikos in tatsächlicher Hinsicht durch den Mieter, zum anderen dessen Möglichkeit, das Schadensrisiko in zumutbarer Weise zu versichern.

#### **4.5.2.4. Beherrschbarkeit des Schadensrisikos**

Schäden aufgrund der Realisierung eines außerhalb der Mietsache befindlichen Risikos können durch den Mieter nicht durch eigene Vorsichtsmaßnahmen abgewendet werden. Umfasst der Haftungsausschluss auch Mängel, die außerhalb der gemieteten Wohnung bzw. Mietsache liegen können, scheidet schon aus diesen Gründen eine Zulässigkeit aus. Dem Mieter würde ein Schadensrisiko auferlegt, das er weder überschauen, noch vermeiden kann.

#### **4.5.2.5. Versicherbarkeit des Schadens**

In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall stellte ein Sachverständiger fest, dass Schäden am Hausrat, die durch einen Gebäudemangel verursacht sind – mit Ausnahme von Leitungswasserschäden – durch die Mieter nicht versicherbar sind.

### **4.5.3. Prüfung der Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das Gewerbemietrecht**

#### **4.5.3.1. Die Kardinalpflicht**

<sup>39</sup> BGH NZM 2002, 116 = BGH WuM 2002, 141 = BGH MDR 2002, 330; BGH NJW 1989, 2247; BGH NJW 1985, 480; BGH VersR 1979, 901; Bub in Bub/Treier, 3. Aufl. II Rdnr. 527; Joachim, NZM 2003, 387

<sup>40</sup> BGH aaO.; Joachim, NZM 2003, 387; Borzutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 167; Graf von Westphalen, NZM 2002, 368; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019

<sup>41</sup> BGH WuM 2002, 141

<sup>42</sup> BGH WuM 2002, 141

<sup>43</sup> in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung so BGH NJW 1968, 1718; BGH NJW 1991, 1886; BGH NJW 1988, 1785

Auch in gewerblichen Mietverhältnissen ist es grundsätzlich eine Kardinalpflicht des Vermieters, den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu gewährleisten<sup>44</sup>.

#### **4.5.3.2. Gefährdung des Vertragszwecks**

Das hohe Schadensrisiko des gewerblichen Mieters korrespondiert mit der regelmäßigen Gefährdung des Vertragszwecks. Durch beschädigtes Inventar wird dem Gewerberaummieter die Grundlage für die Nutzung der Mietsache zur wirtschaftlichen Aktivität entzogen. Bei einem Gewerberaummieter ist das ihn treffende Risiko sogar größer, weil sich sein Inventar oft als wertvoller als das eines Wohnraummieters erweist. Letztlich droht dem gewerblichen Mieter zudem sogar der Existenzverlust.

#### **4.5.3.3. Beherrschbarkeit des Schadensrisikos**

Bei der Anmietung von Teilflächen eines Gebäudes geltend dieselben Argumente, wie bei einem Wohnraummieter. Ob dies auch bei der Anmietung eines Gesamtobjektes durch einen Mieter in Verbindung mit der Übernahme umfangreicher Instandhaltungen und Instandsetzungen der Fall ist, mag hier zunächst offen bleiben.

#### **4.5.3.4. Versicherbarkeit des Schadens**

Hier kann die Versicherbarkeit nur dann zu einem Ausschluss des Vertragszwecks führen, wenn dem gewerblichen Mieter der Abschluss einer solchen Versicherung auch zumutbar und somit für ihn wirtschaftlich tragbar ist. Es ist eher unwahrscheinlich, dass ein Mieter eine Versicherung findet, die von ihm nicht beherrschbare Schadensrisiken zu zumutbaren Konditionen deckt.

#### **4.5.4. Der Ausschluss der Garantiehftung**

Nach allgemeiner Meinung ist der Ausschluss der Garantiehftung des § 536 a BGB auch in Formulklauseln zulässig<sup>45</sup>.

#### **4.5.5. Die Zulässigkeit des Ausschlusses für einfache Fahrlässigkeit bei anfänglichen Mängeln**

Fraglich ist, ob die Haftung für Sachschäden aufgrund anfänglicher Mängel der Mietsache auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit formularvertraglich beschränkt werden kann<sup>46</sup>. Nach den Prüfungskriterien des Bundesgerichtshofes, Az: VIII ZR 1/01 muss aber auch eine Klausel, die eine Haftung des Vermieters für anfängliche Sachmängel bei einfacher Fahrlässigkeit ausschließt, als unzulässig erachtet werden. Die Verpflichtung des Vermieters zur Überlassung des Mietgegenstandes in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand ist ebenso Kardinalpflicht, wie die Erhaltung der Mietsache.

Die Beherrschbarkeit des Schadensrisikos ist für den Mieter in diesen Fällen sogar noch geringer, weil er die Bausubstanz bei Vertragsschluss kaum kennt und die Mietsache auch noch nicht nutzt. Hierzu sowie zur Versicherbarkeit des Schadensrisikos sei im Übrigen auf die obigen Ausführungen verwiesen.

#### **4.5.6. Kündigungsausschluss**

Eine Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung ist gemäß § 569 Abs. 1 BGB (bei Gewerbemietverhältnissen über die Verweisung des § 578 Abs. 2 Satz 2 BGB) weder

<sup>44</sup> Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1020; Thaler/Tachezy, NZM 2000, 748

<sup>45</sup> BGH NZM 2002, 784; BGH NJW-RR 1993, 519; OLG Düsseldorf NZM 2000, 188; OLG Stuttgart NJW 1984, 2226; BayObLG NJW 1985, 1716

<sup>46</sup> so andeutungsweise BGH NZM 2002, 784; Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 379; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 536a Rdnr. 33; dafür: OLG Düsseldorf NZM 2000, 188; OLG Koblenz NZM 2000, 622; OLG Köln NZM 2001, 812; Joachim NZM 2003, 387

individualvertraglich und erst recht nicht durch Formulklauseln abdingbar<sup>47</sup>. Das Kündigungsrecht wegen nicht rechtzeitiger Überlassung der Mietsache gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist formularmäßig nur für solche Fälle ausschließbar, dass die Verzögerung mit Übergabe nicht vom Vermieter zu vertreten ist. Die Überlassung der Mietsache ist Kardinalpflicht des Vermieters. Umfasst der Ausschluss dagegen auch die Kündigung in Fällen des Verzuges oder der vom Vermieter zu vertretenden Unmöglichkeit, verstößt dies gegen § 309 Nr. 8 a BGB<sup>48</sup>. Da das Kündigungsrecht des Mieters bei Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauches zu einem zentralen Schutzrecht zu zählen ist<sup>49</sup>, gilt ein formularmäßiger Ausschluss selbst im kaufmännischen Geschäftsverkehr als unwirksam.

## 5. Die Beschaffenheitsvereinbarungen

### 5.1. Ihr Inhalt

Der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs ist das zentrale Kriterium des Mietrechts<sup>50</sup>. Es beschreibt die Kardinalpflicht des Vermieters<sup>51</sup>. Die Anforderungen, die an die Gebrauchstauglichkeit gestellt werden können, sind umso größer, je detaillierter die beabsichtigte Nutzung im Vertrag beschrieben ist. Maßgeblich ist also zunächst immer die vertragliche Zweckbestimmung. Das Mietobjekt muss zu dem vorgesehenen Zweck geeignet sein. Schließlich und darüber hinaus können die Parteien durch die Beschaffenheitsvereinbarung den Sollzustand der Mietsache weiter definieren. Neben der reinen Gebrauchstauglichkeit bieten solche Vereinbarungen zur Sollbeschaffenheit weitere Anhaltspunkte dafür, ob ein Zustand als Mangel zu qualifizieren ist. Durch sie kann die Gewährleistung in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt oder auch erweitert werden.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung befasst sich mit dem konkreten Zustand der Mietsache und nicht unmittelbar mit dem eigentlichen Nutzungszweck. Es liegt also auch dann kein Mangel vor, wenn bei Vertragsabschluss der tatsächliche Zustand von dem üblichen oder dem zur Erfüllung des Nutzungszwecks erforderlichen Zustand abweicht, die Parteien aber genau diesen Zustand vertraglich als noch geschuldet vereinbart haben<sup>52</sup>. Die Beschaffenheitsvereinbarung stellt somit keine Reglementierung des vertraglich vereinbarten Nutzungszwecks dar, sondern ist ein separates, objektives Kriterium, das die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit zusätzlich fixieren, einschränken oder erweitern kann. Der nach dem Vertragszweck und der Verkehrssitte übliche Gebrauch wird also dadurch nicht definiert. Vielmehr können die Parteien sogar einen über- oder unterdurchschnittlichen oder nach üblichen Maßstäben auch mangelhaften Zustand der Mietsache als vertragsgemäß festlegen<sup>53</sup>.

### 5.2. Die Art der Abrede:

#### 5.2.1. Individualabreden

Hierbei ist die Beschaffenheitsvereinbarung beispielsweise dadurch möglich, dass ein bestimmter Erhaltungszustand des Hauses festgehalten wird oder aber dadurch, dass dem Mieter Herrichtungspflichten aufgebürdet werden. Bei Individualvereinbarungen wird der

<sup>47</sup> vgl. hierzu auch BGHZ 29, 289, aber ohnehin § 569 Abs. 1, § 578 Abs. 2 Satz 2 BGB und Schumacher, WuM 2004, 311

<sup>48</sup> Blank in Schmidt-Futterer, § 543, Rdnr. 200

<sup>49</sup> Stornel, Rdnr. IV 474

<sup>50</sup> Kraemer in Bub/Treier III A Rdnr. 980; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, § 535, Rdnr. 169

<sup>51</sup> OLG Düsseldorf DWW 1993, 197

<sup>52</sup> BGHZ 101, 253; BGH NJW-RR 1993, 522; Kraemer in Bub/Treier, III B Rdnr. 1328; Kraemer, WuM 2000, 515

<sup>53</sup> BGHZ 101, 253, 269; BGH NJW-RR 1993, 522; Kraemer in Bub/Treier, III B Rdnr. 1328

konkrete, von der üblichen Beschaffenheit abweichende Zustand zwischen den Parteien erörtert, so dass sich diese sowohl über den genauen Inhalt, als auch über die Tragweite der Vereinbarung einig sind und um ihre Chancen und Risiken wissen.

### 5.2.2. Formularklauseln

Hier ist hingegen ein konkreter Hinweis auf den aktuellen, schlechteren Zustand der Mietsache selten, da sie für eine Vielzahl von Fällen gedacht ist. Deswegen erwartet sie der Mieter, von Ausnahmen abgesehen<sup>54</sup>, auch nicht, so dass sie im Sinne des § 305 c BGB überraschend ist. Gleiches muss für vom Mieter verwendete Formulare gelten, in denen ein besserer Zustand gefordert wird.

### 5.2.3. Das Zustandekommen durch schlüssiges Verhalten

Bei Beschaffenheitsvereinbarungen durch schlüssiges Verhalten müssen zu der bloßen Kenntnis des Mieters von dem Mangel und einer rügelosen Hinnahme schon zu Beginn des Mietverhältnisses Umstände hinzutreten, die eine rechtsgeschäftliche, von einem entsprechenden Willen getragene Erklärung des Mieters erkennen lassen, die vorhandene Beschaffenheit als vertragsgemäß verbindlich festzulegen.

Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich und vermischt die Voraussetzungen für den Verlust der Gewährleistungsansprüche gemäß § 536 b BGB bzw. für seine analoge Anwendung aufgrund der Rechtsprechung zu § 539 BGB a.F. mit den Voraussetzungen für das Nichtentstehen eines Erfüllungsanspruches durch Beschaffenheitsvereinbarung aufgrund schlüssigen Verhaltens<sup>55</sup>. Gerade weil Beschaffenheitsvereinbarungen viel weitgehendere Verluste von Rechten des Mieters mit sich bringen, müssen für ihr Zustandekommen durch schlüssiges Verhalten höhere Anforderungen bestehen. Dies kann z. B. in der Formulierung „Die Mietsache wird übernommen, wie sie ist.“<sup>56</sup> gesehen werden oder aber auch im deutlichen Verhalten des Mieters bei Vertragsunterzeichnung. Das kann beispielsweise sein,

- wenn offensichtliche, augenscheinliche Mängel vorliegen oder
- der Vermieter bei Vertragsverhandlungen auf Mängel aufmerksam macht und dabei zu erkennen gibt, diese nicht mehr beseitigen zu wollen und
- der Mieter den Vertrag schließt, ohne auf vertragliche Vereinbarungen zu bestehen, wonach diese Mängel noch zu beseitigen sind.

Als anderes Beispiel kommt in Betracht,

- dass die Parteien in Ansehung des aktuellen Zustandes der Mietsache, ohne bestimmte augenscheinliche Mängel anzusprechen einen niedrigeren Mietzins vereinbaren.

Später auftretende Umstände können allenfalls noch Indizien für eine Beschaffenheitsvereinbarung durch schlüssiges Verhalten sein oder aber für eine Verwirkung von Erfüllungsansprüchen.

## 5.3. Die Größe der Mietfläche als Beschaffenheit der Mietsache

Versteht man unter Beschaffenheitsvereinbarung jede Abrede der Parteien, die den Sollzustand abweichend von dem üblichen, vertragsgemäßen Zustand definiert, so stellt auch eine Vereinbarung der Parteien über die Größe der Mietfläche eine solche Beschaffenheitsvereinbarung dar. Die Abrede der Mietfläche als fest vereinbart, ist allerdings keine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern eine Verbindlichkeitsvereinbarung, die gerade nicht den Sollzustand beschreibt, sondern vielmehr endgültig abspricht, dass auch eine Abweichung des tatsächlichen Zustandes zu keinen rechtlichen Konsequenzen führen soll. Die Festlegung der im Mietvertrag angegebenen Mietfläche als verbindlich ist eine Abrede über

<sup>54</sup> Siehe hierzu unten zu Flächenangaben; diese ist nicht überraschend

<sup>55</sup> KG WuM 1984, 42; OLG München WuM 1993, 607; OLG Hamm ZMR 2000, 93; LG Berlin ZMR 1990, 420; LG Hannover WuM 1994, 463;

<sup>56</sup> BGH ZMR 1965, 21

einen unter den Parteien unklaren oder möglicherweise in Zukunft streitigen Sachverhalt. Er fixiert eine Feststellung als verbindlich und zwar unabhängig davon, ob sie tatsächlich auch zutrifft oder nicht<sup>57</sup>.

Individualvertraglich ist sie unbedenklich. Eine Formulklausel, die allerdings ohne die angegebene Mietfläche als fest vereinbart und somit als verbindlich zugrunde legt, stellt unter Berücksichtigung der verbraucherfeindlichsten Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung dar, insbesondere, wenn nicht gleichzeitig sichergestellt ist, dass massive Abweichungen von über 3% bis 5 % noch zur Anpassung des Mietzinses führen können<sup>58</sup>.

#### **5.4. Der Energiepass**

Die Angaben des Energiepasses sind grundsätzlich keine Beschaffenheitsvereinbarungen, sie können es allerdings werden, wenn er zum Gegenstand des Mietvertrages, also zur Anlage, gemacht wird<sup>59</sup>.

#### **6. Andere, die Erfüllung- und die Gewährleistung einschränkende Abreden**

Um den Rahmen dieses Beitrages nicht zu sprengen, sei darauf verwiesen, dass es noch viele andere Abreden gibt, die auf den Ausschluss oder die Beschränkung der Gewährleistung abzielen. Dies sind unter anderem Vereinbarungen zur Überbürdung von Vertragspflichten. So führen Instandhaltungs- und Instandsetzungsklauseln sogar nicht nur dazu, dass der Vermieter von vertraglichen Pflichten entbunden und folglich auch aus der Gewährleistung entlassen wird, vielmehr erlangt er hierdurch sogar einen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Mieter. Konzessionsklauseln dienen dem Ziel, die Mieterrechte wegen des Zustandes der Mietsache zu beschränken.. Zu denken ist weiterhin an Konkurrenzausschlussklauseln, die die Vermieterpflicht zur Einhaltung des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes beseitigt oder Versicherungsabschlussklauseln, bei denen der Mieter ein den Vermieter grundsätzlich treffendes Risiko auf eigene Kosten versichern muss. Derartige Abreden verdienen aber eine differenzierte eigene Behandlung.

#### **7. Zusammenfassung:**

Die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes lässt erkennen, dass bei der Beurteilung von Formulklauseln nicht zwingend eine Besserstellung des Wohnraummieters und somit gleichzeitig eine Schlechterstellung des Gewerberaummieters besteht (BGH NZM 2005, 504). Der vollständige Ausschluss jeglicher Gewährleistung ist individualvertraglich, bei Wohnraummiete eingeschränkt zulässig. Unzulässig ist der vollständige Gewährleistungsausschluss durch Formulklauseln.

Der formularvertragliche Ausschluss von Mietminderungsansprüchen wegen äußerer Umstände, die vom Vermieter nicht zu vertreten sind, wird grundsätzlich als zulässig erachtet. Klauseln, die die Geltendmachung des Mietminderungsrechts ausschließen, werden nach herrschender Meinung so ausgelegt, dass dem Mieter die Rückforderung des aufgrund der Mietminderung zuviel gezahlten Mietzinses nach § 812 BGB verbleibt. Diese Rechtsprechung zu Formulklauseln ist unter Berücksichtigung des Verbots der geltungserhaltenen Reduktion und des Transparenzgebots zu kritisieren.

Da eine Unabdingbarkeitsklausel, wie in § 536 Abs. 4 BGB fehlt, ist die Beschränkung und der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Mieters in Individualvereinbarungen zulässig. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Az: VIII ARZ 1/01) zur Unzulässigkeit von

<sup>57</sup> Kraemer WuM 2000, 519

<sup>58</sup> KG WuM 2006, 35

<sup>59</sup> Horst, NZM 2006, 1; Sternel, NZM 2006, 495

Formularklauseln, die Schadensersatzansprüche des Mieters für eingebrachte Sachen bei vom Vermieter fahrlässig verursachten Mängeln ausschließen, ist sowohl auf das Gewerberaummietrecht zu übertragen, als auch auf Gewährleistungsausschlüsse für die Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel.

Kündigungsausschlüsse sind nur sehr eingeschränkt im Umfang hinsichtlich vom Vermieter nicht zu vertretender Umstände zulässig.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung führt insbesondere bei einer Beschreibung des von der üblichen Beschaffenheit abweichenden, negativen Zustandes der Mietsache über den Verlust eines Erfüllungsanspruches gleichzeitig auch zwangsläufig zum Verlust von Gewährleistungsrechten. Individualvertraglich ist dies nicht zu beanstanden. Zu kritisieren ist die nicht ausreichend ausdifferenzierte Rechtsprechung zur Beschaffenheitsvereinbarung durch schlüssiges Verhalten. Hier ist eine deutlichere Trennung zu den Voraussetzungen des § 536 b BGB und denen zur analogen Anwendung des § 539 BGB a. F. erforderlich. Es müssen besondere Umstände bei Vertragsunterzeichnung hinzutreten, die auf eine Beschaffenheitsvereinbarung durch schlüssiges Verhalten schließen lassen.

Die Größe der Mietfläche ist als Beschaffenheitsvereinbarung einzustufen. Eine Vereinbarung über die Verbindlichkeit der im Mietvertrag angegebenen Mietfläche ist Verbindlichkeitsabrede, die individualvertraglich nicht zu beanstanden ist, in Formularklauseln allerdings nur dann nicht, wenn gleichzeitig festgelegt ist, dass eine erhebliche Abweichung der tatsächlichen Mietfläche von der vertraglich vereinbarten Mietfläche von mehr als 3 bzw. 5 % zu einer Anpassung des Mietzinses führen.