

# **Übertragbarkeit der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs auf Gewerberaummietverträge - Minderungsausschluß, Betriebskosten, Flächenabweichungen, Schönheitsreparaturen**

## **I. Einleitung**

Die Zuständigkeit für das Mietrecht ist beim BGH gespalten. An sich weist der Geschäftsverteilungsplan<sup>1</sup> des BGH dem XII. Zivilsenat alle Rechtsstreitigkeiten über Miet- und Pachtverhältnisse zu. Dies gilt jedoch nur, soweit nicht eine Sonderzuständigkeit des III. des V., des VI. oder des VIII. Zivilsenats begründet ist. Von diesen speziellen Zuständigkeiten hat seit der ZPO-Reform die Zuständigkeit des VIII. Senats für das Wohnraummietrecht, auch vom Umfang her, besondere Bedeutung gewonnen. Die Restmenge, die dem XII. Senat nach Abzug der Sonderzuständigkeiten für das Miet- und Pachtrecht verbleibt, ist in erster Linie die Geschäftsraummiete und die Pacht, aber auch so exotische Streitigkeiten wie die über die Verpachtung flächenloser Milchreferenzmengen.

Natürlich kann es bei der genannten Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen dem VIII. und XII. Zivilsenat zu unterschiedlichen Rechtsansichten über bestimmte Probleme des Mietrechts kommen. Wie dann zu verfahren ist, ist in § 132 GVG geregelt. Die Absätze 2 und 3 der genannten Vorschrift regeln die sog. Divergenzvorlage. Danach gilt folgendes: Will ein Senat von einer Entscheidung eines anderen Senats in einer entscheidungserheblichen Frage abweichen, so hat er zunächst bei dem anderen Senat anzufragen, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhalten will. Ist dies nicht der Fall, kann der anfragende Senat auf der Grundlage seiner Rechtsansicht entscheiden. Hält der befragte Senat an seiner Rechtsansicht fest, muß der anfragende Senat, wenn er

---

<sup>1</sup> Vgl. im einzelnen unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

seinerseits an seiner abweichenden Meinung festhält, die Rechtsfrage dem Großen Senat für Zivilsachen vorlegen. Dieser besteht aus dem Präsidenten und einem Richter aus jedem Zivilsenat. Vorlagen an den Großen Zivilsenat sind jedoch sehr selten, etwa eine alle zwei bis drei Jahre.

Solange eine bestimmte Rechtsfrage durch den BGH noch nicht entschieden ist, kann jeder Senat diese Rechtsfrage natürlich so entscheiden, wie er es für richtig hält. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung könnte er allerdings auch dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen. Eine solche Grundsatzvorlage nach § 132 Abs. 4 GVG ist jedoch noch seltener als eine Divergenzvorlage. Sie wird es wohl im Mietrecht nie geben.

Andererseits sind unterschiedliche Rechtsmeinungen zwischen einzelnen Zivilsenaten des BGH nichts Ungewöhnliches. Ungewöhnlich ist eher, daß diese Meinungsunterschiede mit Verve ausgefochten werden. Aber auch das gibt es. Stephan Lorenz<sup>2</sup> hat einmal in diesem Zusammenhang vom Krieg der Senate gesprochen. Gemeint waren aber nicht der VIII. und der XII. Senat, sondern der IX. und der XI. Senat bei Streitigkeiten über die Sittenwidrigkeiten von Bürgschaften naher Angehöriger<sup>3</sup>. Insoweit kann ich Sie beruhigen, oder muß Sie vielleicht enttäuschen, der VIII. und der XII. Senat stehen nicht im Krieg miteinander. Vielmehr bestehen zwischen ihnen Frieden und gute Beziehungen, weshalb die Probleme, die beide Senate betreffen auch im Vorfeld besprochen und geklärt werden.

---

<sup>2</sup> NJW 1998, 2937

<sup>3</sup> Vgl. Vorlagebeschluß des XI. Zivilsenats an den Großen Senat für Zivilsachen NJW 1999, 2584

## **II. Berührungspunkte zwischen Wohnraum- und Gewerberaummietrecht in der Rechtsprechung beider Senate**

### 1. Minderungsausschluß; Mangelbegriff

a) Minderungsausschluß. An den guten Beziehungen zwischen den Senaten änderte auch nichts das Urteil des VIII. Senats vom 16. Juli 2003<sup>4</sup> zur Frage der analogen Anwendung des § 536 b BGB. Es geht um folgendes: Während der Mietzeit tritt ein Mangel auf, den der Mieter dem Vermieter meldet. Der Vermieter schafft keine Abhilfe. Der Mieter zahlt die Miete vorbehaltlos weiter. Nach der Rechtsprechung des XII. Senats<sup>5</sup> verlor der Mieter nach § 539 BGB a.F. analog sein Minderungsrecht für Vergangenheit und Zukunft nach etwa sechs Monaten seit Kenntnis des Mangels und vorbehaltloser Mietzahlung. Dem hat sich der VIII. Senat für die Zeit bis zum 1. September 2001, dem Inkrafttreten des neuen Mietrechts, angeschlossen. Für die Zeit ab 1. September 2001 hat der VIII. Senat die analoge Anwendung des § 536 b BGB, der dem § 539 BGB a.F. entspricht, jedoch verneint. Dies mit der Begründung, der Gesetzgeber habe bei der Mietrechtsreform das Problem gesehen. Eine planwidrige Lücke des Gesetzes liege somit nicht mehr vor. Deshalb sei, soweit die neuen Vorschriften anwendbar seien, eine Analogie nunmehr ausgeschlossen. Vielmehr beurteile sich für die Zeit ab 1. September 2001 die Frage der Gewährleistung ausschließlich nach § 536 c BGB. Danach aber verliere der Mieter nicht das Recht auf die Minderung, wenn er trotz Kenntnis des Mangels die Miete vorbehaltlos etwa sechs Monate lang weiterzahle. Möglich sei jedoch un-

---

<sup>4</sup> BGHZ 155, 380 = NZM 2003, 2601 = WuM 2003, 440 = GE 2003, 1145 = ZMR 2003, 667

<sup>5</sup> Vgl. zuletzt Urteil vom 26. Februar 2003 - XII ZR 66/01 - NZM 2003, 355 = ZMR 2003, 341 m.w.N.

ter strengen Voraussetzungen eine Verwirkung oder ein stillschweigender Verzicht des Mieters auf sein Minderungsrecht. Den Großen Senat für Zivilsachen hat der VIII. Senat nicht angerufen. Er mußte es auch nicht. Denn er ist bei der Anwendung des § 539 BGB a.F. nicht von der bisherigen Rechtsprechung des XII. Senats abgewichen: Hinsichtlich der Tragweite des neuen § 536 b BGB gab es noch keine Rechtsprechung des XII. Senats. Dem VIII. Senat stand somit sozusagen das Recht der Erstentscheidung zu. Anders müßte der XII. Senat verfahren, wenn er nunmehr, nach der Entscheidung des VIII. Senats, seine ursprüngliche Rechtsprechung zum alten § 539 BGB auf den neuen § 536 b BGB übertragen wollte. Denn die Frage der analogen Anwendung des § 536 b BGB kann im Gewerberaummietrecht nicht anders entschieden werden als im Wohnraummietrecht: Entweder enthält das Gesetz eine planwidrige Lücke oder es enthält keine planwidrige Lücke. Deshalb müßte der XII. Senat jetzt tatsächlich, wenn er weiter von einer Lücke im Gesetz ausgehen wollte, das Vorlageverfahren nach § 132 GVG in Gang setzen und beim VIII. Senat anfragen, ob dieser seine Rechtsprechung aufrechterhält oder nicht. Sollte dies der Fall sein, was ja wohl zu vermuten ist, könnte der XII. Senat klein bei geben oder den Großen Senat für Zivilsachen anrufen. Wie Sie im Programm bei der Beschreibung des Arbeitskreises gelesen haben, hat ein zwischenzeitlich pensionierter Richter des XII. Senats sich in der NZM<sup>6</sup> literarisch gegen die neue Rechtsprechung des VIII. Senats gewandt. Es soll sich geradezu um einen Aufschrei gehandelt haben. Der besagte Richter, Herr Gerber, ist jedoch zwischenzeitlich aus dem Senat ausgeschieden. Der XII. Senat hat vor kurzem eine Entscheidung getroffen, ob er dem VIII. Senat folgt oder ob er die Rechtsfrage dem Großen Senat vorlegt. Er hat mit Beschluß vom 16. Februar 2005, also am Mittwoch letzter Woche, entschieden, daß er sich der Rechtsprechung des VI-

---

<sup>6</sup> NZM 2003, 825

II. Senats für das Gebiet des gewerblichen Mietrechts anschließt<sup>7</sup>. Gleichzeitig enthält der Beschluß Ausführungen zur Verwirkung des Minderungsrechts.

b) Mangelbegriff. Nach einer Entscheidung des VIII. Senats vom 6. Oktober 2004<sup>8</sup> ist für die Frage, ob eine Mietwohnung Mängel aufweist, in erster Linie die von den Parteien vereinbarte Beschaffenheit der Wohnung maßgebend, nicht die Einhaltung bestimmter technischer Normen. Im speziellen Fall ging es um den Trittschallschutz. Es gilt also der subjektive Mangelbegriff. Liegt jedoch keine Beschaffenheitsvereinbarung vor, so ist die Einhaltung der maßgeblichen Normen geschuldet. Dabei ist der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen. Nimmt der Vermieter jedoch bauliche Veränderungen vor, so müssen die geltenden DIN-Normen eingehalten werden. Die Grundsätze dieses Urteils gelten gleichermaßen für die Geschäftsraummiete.

## 2. Betriebskosten

a) Im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den Betriebskosten hat der VI-II. Senat mit Urteil vom 11. Februar 2004<sup>9</sup> entschieden, daß der Vermieter im Normalfall keine Pflichtverletzung begeht, wenn er mit dem Mieter eine deutlich zu niedrige Betriebskostenvorauszahlung vereinbart. Stelle sich dann heraus, daß die Vorauszahlungen die tatsächlich angefallenen Kosten nicht decken, hat der Mieter gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Schadensersatz nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß (jetzt § 311 Abs. 2 und 3, § 241 Abs. 2 BGB) noch kann er das Mietverhältnis außerordentlich kündigen. Er hat vielmehr die (erhöhten) Betriebskosten zu zahlen. Eine Pflichtverletzung des Vermieters ist nur dann zu bejahen, wenn besondere Umstände vorliegen.

---

<sup>7</sup> Beschluß vom 16. Februar 2005 - XII ZR 24/02 - zur Veröffentlichung bestimmt.

<sup>8</sup> Az.: VIII ZR 355/03 - NZM 2005, 218 = WuM 2004, 718

<sup>9</sup> Az.: VIII ZR 195/03 - NZM 2004, 251 = WuM 2004, 201 = GE 2004, 416 = ZMR 2004, 347; vgl. dazu Besprechungen von Artz NZM 2004, 328; Derckx NZM 2004, 321

Solche besonderen Umstände sind z.B. dann gegeben, wenn der Vermieter die Höhe der Betriebskosten zusichert oder den Mieter über die tatsächliche Höhe arglistig täuscht, um ihm zum Vertragsschluß zu veranlassen. Dadurch, daß der Vermieter bestimmte Vorauszahlungen verlangt, erklärt er dem Mieter nicht, daß diese die Betriebskosten in etwa auch tatsächlich decken. Dieser Rechtsprechung des VIII. Senats hat sich der XII. Senat in einem Urteil vom 28. April 2004<sup>10</sup> ausdrücklich für die Gewerberaummiete angeschlossen. Auch hier hätte der XII. Senat, wenn er anders hätte entscheiden wollen, das Vorlageverfahren nach § 132 GVG in Gang setzen müssen. Denn eine Abweichung wegen der Besonderheiten der Geschäftsraummiete hätte sich nicht begründen lassen. Im Gegenteil: Der Geschäftsraummieter ist regelmäßig weniger aufklärungsbedürftig als der Wohnraummieter. Wenn schon dem Wohnraummieter nicht vom Vermieter ungefragt klar gemacht werden muß, daß die Vorauszahlungen die Betriebskosten möglicherweise bei weitem nicht decken, dann gilt das erst recht für den gewerblichen Mieter. Der XII. Senat hat zwar in seinem Urteil klar herausgestellt, daß der Vermieter gegenüber dem Mieter grundsätzlich eine Aufklärungspflicht hat. Er muß den Mieter über alle Umstände aufklären, die für den Entschluß des Mieters, den Vertrag zu schließen, für den Vermieter erkennbar von Bedeutung sind. Jedoch ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen. Der Mieter muß selbst prüfen, ob der Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht. Es ist seine Sache bei den Vertragsverhandlungen zu den klärungsbedürftigen Punkten Fragen zu stellen. Dann hat der Vermieter auch wahrheitsgemäß Auskunft zu geben. Es ist hier somit der „mündige“ Mieter gefordert, der seine Interessen auch tatsächlich wahrnimmt.

Beide Senate haben offengelassen, welche Ansprüche dem Mieter im Falle der Pflichtverletzung des Vermieters zustehen. Vertreten wird dazu, daß

---

<sup>10</sup> Az.: XII ZR 21/02 - NZM 2004, 619 = GuT 2004, 160 = ZMR 2004, 653

der Vermieter die Miete nach Treu und Glauben von den tatsächlichen Betriebskosten freizustellen hat, soweit sie die Vorauszahlungen deutlich übersteigen. Zum anderen werden dem Mieter ein Kündigungsrecht und der Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen, also das sogenannte negative Interesse, zugesprochen<sup>11</sup>.

b) Bei den Betriebskosten hat der VIII. Senat in einem weiteren Fall gegenüber dem XII. Senat die Meinungsführerschaft übernommen. Es geht um die Frage, inwieweit nach einem Vermieterwechsel nach § 571 BGB a.F. (= 566 BGB), also nach Eigentumsumschreibung im Grundbuch, zur Abrechnung der Betriebskosten sowie zur Erhebung von etwaigen Nachzahlungen bzw. zur Auszahlung etwaiger Guthaben der alte oder der neue Vermieter zuständig ist. Der VIII. Senat hat mit Urteil vom 3. Dezember 2003<sup>12</sup> entschieden, daß es nicht, wie sonst im Rahmen von § 571 BGB a. F., darauf ankommt, ob der Zahlungsanspruch vor der Eigentumsumschreibung im Grundbuch oder danach fällig geworden ist, so daß für fällige Ansprüche vor Eigentumsumschreibung der Veräußerer zuständig bleibt und für Ansprüche, die nach der Eigentumsumschreibung fällig werden, der Erwerber zuständig wird. Vielmehr kommt es nach der genannten Entscheidung des VIII. Senats aus Praktikabilitätsgründen darauf an, ob der Abrechnungszeitraum für die Betriebskosten vor oder nach dem Eigentumsübergang abgeschlossen war. War der Abrechnungszeitraum vor

---

<sup>11</sup> Vgl. hierzu OLG Dresden NZM 2004, 68; Blank WuM 2004, 243, 246; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 8. Aufl. § 556 BGB Rdn. 390, 392; Rips in Betriebskosten-Kommentar § 556 BGB Rdn. 74 ff.

<sup>12</sup> Az.: VIII ZR 168/03 - NZM 2004, 188 = WuM 2004, 94 = ZMR 2004, 250

dem Eigentumsübergang abgeschlossen, bleibt der Veräußerer für die Abrechnung sowie für die Erhebung von Nachzahlungen und für die Auszahlungen von Guthaben zuständig. Ist der Abrechnungszeitraum bei Eigentumsübergang noch nicht abgeschlossen, ist im Verhältnis zum Mieter allein der Erwerber zuständig, abzurechnen, Nachzahlungen zu erheben oder Guthaben auszuführen. Dem hat sich der XII. Senat in einem Beschluß vom 29. September 2004<sup>13</sup> angeschlossen. Es handelte sich um einen Beschluß nach § 91 a ZPO. Der Beklagte hatte die Klageforderung, nachdem der VIII. Senat das Urteil vom 3. Dezember erlassen hatte, freiwillig gezahlt. Offenbar war auch er der Meinung, daß der VIII. Senat mit seinem Urteil recht hat und sein Ergebnis nicht nur für die Wohnraum-, sondern auch für die Geschäftsraummiete gelte. Genau genommen hatte sich aber schon der VIII. Senat in seinem Urteil einer Entscheidung<sup>14</sup> des III. Senats angeschlossen, der deshalb nach dem Geschäftsverteilungsplan zuständig war, weil sich der Eigentumsübergang nicht nach dem BGB, sondern nach dem Vermögensgesetz vollzogen hatte. Die Rechtsfrage ist also zunächst entschieden worden vom III. Senat, dem hat sich der VIII. Senat und dem wiederum der XII. Senat angeschlossen. Da soll noch jemand sagen, zwischen den BGH-Senaten bestünde, was das Mietrecht betrifft, keine Einigkeit.

c) Die Tragung der Betriebskosten kann bekanntlich durch eine vertragliche Vereinbarung vom Vermieter auf den Mieter abgewälzt werden. Streitig ist, ob dies in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch geschehen kann, daß es dort lediglich heißt: „Der Mieter trägt die Betriebskosten gemäß Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung“ bzw. daß es jetzt heißt: „Der Mieter trägt die Betriebskosten nach der Betriebskostenverordnung“. Zum Teil wird

---

<sup>13</sup> Az.: XII ZR 148/02 - NZM 2005, 17 = GE 2004, 1522 = DWW 2004, 329

<sup>14</sup> Urteil vom 14. September 2000 - III ZR 211/99 - NZM 2001, 158 = GE 2000, 1471 = WuM 2000, 609 = ZMR 2001, 17

argumentiert, die Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB oder werde nach § 305 Abs. 2 BGB schon gar nicht in den Mietvertrag einbezogen. Dies könne nur vermieden werden, wenn die einzelnen Betriebskosten im Vertrag selbst genannt werden oder wenigstens die Verordnung dem Vertrag beigelegt werde<sup>15</sup>. Allerdings hat der VIII. Senat in einem Urteil vom 7. April 2004<sup>16</sup>, in dem es um die Kosten der Dachrinnenreinigung ging, ausgeführt, daß der formularmäßige Verweis auf Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV für die Umlegung der Betriebskosten der dortigen Positionen 1 bis 16 auf den Wohnungsmieter nach der Rechtsprechung genüge. Es leuchtet ein, daß dies für die Geschäftsraummiete erst recht gelten müßte. Jedenfalls wäre es absurd, wenn der VIII. Senat für die Wohnraummiete den Verweis auf die genannten gesetzlichen Vorschriften genügen lassen würde, der XII. Senat hingegen für die Gewerberaummiete aus Gründen der Transparenz strengere Forderungen aufstellen würde. Vielmehr dürfte es bei Gewerberaum genügen, wenn dem Mieter die Verpflichtung auferlegt wird, die „Betriebskosten“ zu tragen. Der Begriff ist dann vom durchschnittlichen Gewerberaumm Mieter im Sinne von § 2 der BetrKV (bzw. der Anlage 3 zu § 27 Abs.1 II. BV) zu verstehen, wobei jedoch die sonstigen Betriebskosten im Sinne der Position 17 wohl nicht abgewälzt wären. Allerdings frage ich mich, ob für das Wohnraummietrecht durch das genannte Urteil des VIII. Senats zur Dachrinnenreinigung, wonach der Verweis auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV dem Transparenzgebot genügt, das letzte Wort bereits gesprochen ist. Denn ein Mietvertrag über Wohnraum ist in aller Regel ein Verbrauchervertrag, also ein Vertrag zwischen einem Unternehmer, dem Vermieter, und einem Verbraucher, dem Mieter. Dies bedeutet, daß jedenfalls § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, der das Transparenzgebot im deutschen Recht

---

<sup>15</sup> Vgl. Schumacher NZM 2003, 13; Pfeilschiffer WuM 2002, 73, 75; Hinz ZMR 2003, 77, 79; Blank/Börstinghaus *Miete* 2. Aufl. § 556 Rdn. 82; a.A. Heinrichs NZM 2003, 6

<sup>16</sup> Az.: VIII ZR 167/03 - NZM 2004, 417 = WuM 2004, 290 = GE 2004, 613 = ZMR 2004, 430

enthält, im Lichte der Richtlinie 93/13/EWG<sup>17</sup> des Rates über mißbräuchliche Klausel vom 5. April 1993 auszulegen ist. Von den Vorgaben der Richtlinie darf nicht zuungunsten<sup>18</sup> des Verbrauchers, also des Mieters, abgewichen werden. Das Transparenzgebot der Richtlinie ist in ihrem Art. 5 enthalten. Ist also Art. 5 der Richtlinie so auszulegen, daß er einem bloßen Verweis auf gesetzliche Vorschriften entgegensteht, dann ist § 307 bzw. § 305 BGB richtlinienkonform genauso auszulegen. Die Auslegung des auf den konkreten Fall anzuwendenden deutschen Rechts hängt also von der Auslegung des Art. 5 der Richtlinie ab. Die Richtlinie aber darf der BGH, da es sich nicht um einen klaren Fall<sup>19</sup> handelt, nicht letztinstanzlich selbst auslegen, sondern muß<sup>20</sup> dem EuGH nach Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag eine entsprechende Auslegungsfrage zu Art. 5 der Richtlinie stellen<sup>21</sup>. Diese Anforderungen gelten aber nur für den VIII. Senat. Der XII. Senat hingegen ist an die Vorgaben der Richtlinie nicht gebunden. Denn diese gilt nur für Verbraucherverträge. Ein Mietvertrag über Geschäftsraum aber wird regelmäßig zwischen zwei Unternehmen ohne Beteiligung eines Verbrauchers geschlossen. Allerdings könnte wohl auch der XII. Senat vorlegen, wenn er der Meinung sein sollte, daß im Gewerberaummietrecht die gleiche Regelung wie im Wohnraummietrecht gelten sollten<sup>22</sup>. Insbesondere könnten aber auch alle Instanzgerichte nach Art. 234 EG-Vertrag die Frage nach der Auslegung des Art. 5 der Richtlinie vorlegen, wenn sie mit der Rechtsansicht des VIII. Senats nicht einverstanden wären.

---

<sup>17</sup> ABl. 1993 Nr. L 95/29 aufrufbar über [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>18</sup> Nach Art. 18 der Richtlinie können die Mitgliedsstaaten zum Schutz der Verbraucher strengere Vorschriften erlassen. Die Grundfreiheiten und der gemeinschaftliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müssen freilich gewahrt bleiben.

<sup>19</sup> Dies gilt aufgrund der zahlreichen von der Rechtsprechung abweichenden Meinungen in der Literatur vgl. z.B. Blank/Börstinghaus *Miete* 2. Aufl. § 556 BGB Rdn. 82, 90; Pfeilschifter *WuM* 2002, 73, 75; Hinz *ZMR* 2003, 77, 79; Schumacher *NZM* 2003, 13, 16

<sup>20</sup> Zur Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte vgl. EuGH, 283/81, Slg. 1982, 3415- CILFIT = *NJW* 1983, 257

<sup>21</sup> Vgl. dazu Palandt/Heinrichs 64. Aufl. § 310 BGB Rdn. 26

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, C-306/99, Slg. 2003, I-1-BIAO, abrufbar über [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)

d) Umgekehrt wird für die Rechtsprechung des VIII. Senats von Bedeutung sein ein Urteil des XII. Senats in einem Rechtsstreit der am 3. März vor dem XII. Senat verhandelt werden wird. Dabei geht es um die Berechnungsgrundlage für Mietminderungen. Die Bandbreite der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung ist groß. Vertreten wird, daß sich die Mietminderung aus der Bruttomiete einschließlich aller Vorauszahlungen berechnet, aber auch, daß nur die Kaltmiete heranzuziehen sei.<sup>23</sup> Auch alle denkbaren Zwischenlösungen werden verfochten. Wie sich der Senat entscheiden wird, kann ich Ihnen noch nicht verraten.

### 3. Flächenabweichungen

Der VIII. Senat hat in zwei Urteilen vom 24. März 2004<sup>24</sup> entschieden, daß eine gemietete Wohnung, deren Wohnfläche kleiner ist als im Mietvertrag angegeben, einen Mangel im Sinne von § 536 BGB aufweist. Eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit brauche nicht dargelegt zu werden. Allerdings sei der Mangel nur erheblich, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10 % kleiner sei als die im Mietvertrag angegebene. Die Wohnfläche selbst könne im Regelfall nach den Bestimmungen der Wohnflächenverordnung berechnet werden.

Wie weit diese Rechtsprechung auf das Gewerberaummietrecht übertragen werden kann, erscheint zweifelhaft<sup>25</sup>. Einleuchtend erscheint mir persönlich, daß eine Flächenabweichung ein quantitativer Mangel, sozusagen eine Minderlieferung darstellt. Auf die Darlegung einer Gebrauchsminderung kommt es daher nicht an. Unklar aber ist insbesondere im Rahmen der Gewerbe-

---

<sup>23</sup> Az.: XII ZR 225/03, Revisionsverfahren zum Urteil des KG vom 13. Oktober 2003 - 12 U 104/03 GuT 2004, 9 = NZM 2004, 70 = WuM 2004, 17 mit Anm. Wüstefeld WuM 2004, 197 = ZMR 2004, 112

<sup>24</sup> Az.: VIII ZR 44/03 - NZM 2004, 454 = WuM 2004, 337 = GE 2004, 680 = ZMR 2004, 501  
Az.: VIII ZR 295/03 - NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336 = GE 2004, 682 = ZMR 2004, 495

<sup>25</sup> Vgl. dazu Joachim GuT 2004, 207, 210 f.; Scheffler NZM 2005, 41; Schul/Wichert ZMR 2002, 633; Eisenschmid in Betriebskosten-Kommentar § 3 WoFIV Rdn. 1 ff.

raummiete, auf welche Methode bei der Flächenberechnung zurückgegriffen werden soll, wenn die Parteien, wie üblich, im Vertrag die Fläche zwar angegeben haben, aber zur Methode ihrer Berechnung nichts gesagt haben. Ist dann auf die WohnflächenVO, die DIN 277, oder ist auf die sogenannte GIF-Richtlinien abzustellen? Gibt es insoweit Verkehrsauffassungen? Im Rechtsstreit werden die Tatrichter jedenfalls hierüber Feststellungen zu treffen haben. Im übrigen habe ich auch Bedenken gegen die Übertragung der starren 10 %-Regelung des VIII. Senats auf das gewerbliche Mietrecht. 10 % Abweichung und kein erheblicher Mangel, das erscheint jedenfalls für das gewerbliche Mietrecht ziemlich großzügig zu sein. Man wird wohl auch zu differenzieren haben, ob es sich etwa um eine Anwaltskanzlei in einem Altbau, einem modernen Großraumbüro oder eine Lagerhalle handelt. Was die Flächenabweichungen betrifft, sehe ich also, auch nach den Entscheidungen des VIII. Senats, für das Gewerberaummietrecht so ziemlich alle Fragen offen.

#### 4. Schönheitsreparaturen

a) Dies gilt im wesentlichen auch für das Problem der Schönheitsreparaturen. Zur Frage der Schönheitsreparaturen liegen zwischenzeitlich zahlreiche Entscheidungen des VIII. Senats vor. Sie betreffen einmal den Summierungseffekt<sup>26</sup>, der vom Zusammenspiel zweier Formularklauseln ausgeht und dann auch die Unwirksamkeit von Klauseln bewirken kann, die isoliert betrachtet bedenkenfrei wären. Eine andere Entscheidung behandelt die Quotenklausel<sup>27</sup>, wonach der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses vor Ablauf der Frist zur Ausführung von Schönheitsreparaturen zu einer anteiligen Kostenbeteiligung an den Renovierungsarbeiten verpflichtet wird. Die Quotenklausel wird im

---

<sup>26</sup> Urteil vom 14. Mai 2003 - VIII ZR 308/02 - NZM 2003, 394 = GE 2003, 944 = WuM 2003, 436 = ZMR 2003, 653

<sup>27</sup> Urteil vom 26. Mai 2004 - VIII ZR 77/03 - NZM 2004, 615 = GE 2004, 954 = WuM 2004, 466 = ZMR 2004, 659

wesentlichen als zulässig angesehen. Formulklauseln hingegen, die dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach einem starren Fristenplan<sup>28</sup> auferlegen, hat der VIII. Senat als unwirksam angesehen: Solche Klauseln benachteiligten den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen im Sinne von § 307 BGB. Dabei hält der BGH die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter grundsätzlich für zulässig. Sie sei weitgehend üblich. Die Abwälzung werde auch bei der Kalkulation der Höhe der Miete berücksichtigt. Die Durchführung der Schönheitsreparaturen seitens des Mieters stelle somit einen Teil des vom Vermieter nach dem Vertrag zu entrichtenden Entgelts dar. Starre Fristen belasteten jedoch den Mieter unangemessen; denn der Mieter müsse mehr leisten als der Vermieter leisten müßte, wenn die Verpflichtung bei ihm, dem Vermieter, geblieben wäre. Der Vermieter müßte nämlich die Schönheitsreparaturen nur dann durchführen, wenn hierzu eine Notwendigkeit besteht. Der Mieter hingegen muß bei Ablauf einer starren Frist die Schönheitsreparatur auch durchführen, wenn an sich noch kein Bedarf bestünde. Dadurch ist er unangemessen benachteiligt. Ein schützenswertes Interesse des Vermieters an der starren Frist sei nicht erkennbar. Die Klausel ist nach der Rechtsprechung des VIII. Senats damit insgesamt unwirksam. Folglich muß der Vermieter nach der gesetzlichen Regelung in § 535 BGB die Schönheitsreparaturen tragen.

Ob und inwieweit diese Argumentation auf das Gewerberaummietrecht zu übertragen ist, erscheint zweifelhaft. Nicht zu verkennen ist, daß den Schönheitsreparaturen im Gewerberaummietrecht bei weitem nicht die überragende

---

<sup>28</sup> Urteil vom 23. Juni 2004 - VIII ZR 361/03 - NZM 2004, 653 = GE 2004, 1023 = WuM 2004, 463 = ZMR 2004, 736

Bedeutung zukommt, die sie im Wohnraummietrecht haben. Der Gewerberaummieter hat augenscheinlich Interesse daran, die Anfangsrenovierung selbst vorzunehmen. Der Vermieter verzichtet dann naturgemäß auf eine Endrenovierung durch den Mieter. Auch die Fristen zur Vornahme der Schönheitsreparaturen spielen, sofern sie überhaupt vereinbart werden, anscheinend keine große Rolle, da der Mieter schon im Hinblick auf seine Kunden dann interessiert ist, sein Lagengeschäft in Schuß zu halten. Jedenfalls aber läßt sich die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des VIII. Senats nicht generell mit dem Argument ablehnen, der Gewerberaummieter sei weniger schutzwürdig als der Wohnungsmieter. Dies ist, was die starren Fristen betrifft kein Grund, daß ihm der Vermieter formularmäßig eine Verpflichtung auferlegt, die ihn nach der gesetzlichen Regelung selbst nicht trifft. Es spricht daher viel für die Lösung des VIII. Senats auch für den Bereich der Gewerberaummieter zu übernehmen<sup>29</sup>. Abweichende Lösungen müßten sich jedenfalls aus den Besonderheiten der Geschäftsraummieter begründen lassen. Hierzu lassen sich zwei in der Literatur vertretene Überlegungen anführen:

In seinem Urteil zur Unwirksamkeit der Starren-Fristen-Klausel hat der VIII. Senat u. a. darauf abgestellt, daß die Wohnung auch nach Ablauf der üblichen Renovierungsfristen nicht zwangsläufig renovierungsbedürftig sein müsse, etwa weil sie der Mieter besonders schonend behandelt oder weil er sie wegen längerer Abwesenheit nicht benutzt habe. Dieses Argument, insbesondere daß die Räume möglicherweise längere Zeit nicht benutzt werden, trifft für Gewerberäume nur ganz selten zu. Gewerberäume werden nicht zum Leerstehen oder nur zu einer gelegentlichen Nutzung, wie etwa eine Zweitwohnung, vermietet.

---

<sup>29</sup> Allerdings hat der VIII. Senat in einer älteren Entscheidung eine formularmäßige Renovierungspflicht im jährlichen Abstand nicht beanstandet, BGHZ 85, 267, 274 = NJW 1983, 446

Vielmehr gehen die Vertragsparteien bei Abschluß des Mietvertrages in aller Regel davon aus, daß die Räume auch tatsächlich genutzt werden. Sollten es dann entgegen den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien zu einem längeren Leerstand kommen, so könnte eine Regelungslücke im Vertrag vorliegen<sup>30</sup>, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden könnte. Danach würde die Renovierungspflicht entfallen oder dem Verlangen des Vermieters zur Renovierung § 242 BGB entgegenstehen<sup>31</sup>, die Klausel jedoch als solche wirksam bleiben.

Darüber hinaus gibt es in diesem Zusammenhang einen gewichtigen Unterschied zwischen Wohnraum- und Gewerberaummietrecht: Der Vermieter von Wohnraum kann bei einer Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB einen Zuschlag verlangen, wenn der Mieter zur Durchführung der Schönheitsreparaturen nicht verpflichtet ist. Ob dies auch gilt, wenn die Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam ist, ist wegen des Sanktionscharakters des § 307 BGB allerdings zweifelhaft. Dem Vermieter von Geschäftsraum ist ein solcher Ausgleich aber auf alle Fälle versagt. Die durch den Wegfall der Formulklausel entstandene Lücke wird nicht durch dispositives Recht gefüllt. Der Vermieter gewerblicher Räume müßte vielmehr das Ende des Mietvertrages abwarten. Die Vertragsparität wäre dann möglicherweise grundlegend gestört. Zu überlegen ist daher, ob im Bereich der Geschäftsraummiete nicht auch deswegen eine ergänzende Vertragsauslegung Platz greifen müßte oder die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden wären. Im Ergebnis käme es dann doch nicht zu einer ersatzlosen Streichung der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen. Zu fragen wäre vielmehr nach der Lösung, die die Parteien gefunden hätten, wenn sie die Unwirksamkeit

---

<sup>30</sup> Vgl. insbes. Fritz Gewerberaummietrecht 4. Aufl. Rdn. 181 u. ders. NJW 2004, 3390

<sup>31</sup> Vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrecht 9. Aufl. Rdnr. 373, 376

der Klausel über die Schönheitsreparaturen bedacht hätten. Nahegelegen wäre dann jedenfalls, daß die Parteien von starren Fristen Abstand genommen hätten. Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH ist ein Vertrag nicht einfach ohne die unwirksame Formulklausel aufrechtzuerhalten, wenn durch den Wegfall der Klausel das Vertragsgleichgewicht grundlegend gefährdet wäre<sup>32</sup>. Dies aber könnte der Fall sein, wenn der gewerbliche Vermieter in einem Einkaufszentrum nunmehr plötzlich in kurzen Intervallen sämtliche Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchführen müßte, obwohl bei der Mietkalkulation davon ausgegangen worden war, daß diese Reparaturen die Mieter zu tragen haben.

Die Lösung dieser Probleme halte ich für offen. Sicher ist nur eins: Die Schönheitsreparaturen werden nicht aufhören, uns zu beschäftigen.

b) Zu nennen ist ein weiteres Urteil des VIII. Senats, das vom 19. Januar 2005<sup>33</sup> stammt und das gleichermaßen für das Wohnungs- wie das Gewerberaummietrecht gilt. Es geht um den Beginn der 6-monatigen Verjährungsfrist der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache nach § 548 BGB. Diese beginnt nunmehr nach dem neuen Verjährungsrecht auch dann mit Rückgabe der Mietsache an den Mieter zu laufen, wenn zu diesem Zeitpunkt der Vermieter gegen den Mieter mangels Fristsetzung noch keinen Schadensersatzanspruch in Geld, sondern allein den Erfüllungsanspruch auf Durchführung der Schönheitsreparaturen hat. Der Grund liegt darin, daß nach § 200 BGB der Beginn der Verjährungsfrist jetzt auch

---

<sup>32</sup> Vgl. insbes. Heinrichs NZM 2003, 6, 13; BGHZ 90, 69 (75) = NJW 1984, 1177 (Unwirksamkeit der Tagespreisklausel) BGHZ 137, 153, 157 = NJW 1998, 450; BGH NJW 2002, 3098

<sup>33</sup> Az.: VIII ZR 114/04

schon vor der Entstehung des Anspruchs liegen kann. Nach § 198 BGB a. F. hingegen begann die Verjährungsfrist eines Anspruchs nicht vor dessen Entstehung zu laufen.

5. Beweislast bei Schäden an der Mietsache; Sog. versicherungsrechtliche Lösung

a) Verlangt der Vermieter wegen Schäden an der Mietsache vom Mieter nach § 280 BGB Schadensersatz so trägt der Vermieter die Beweislast, daß die Schadensursache aus dem Obhuts- und Verantwortungsbereich des Mieters stammt. Die Schadensursache muß durch den Mietgebrauch entstanden sein. Deshalb muß der Vermieter auch nachweisen, daß die Schadensursache nicht aus dem Verhalten eines Dritten herrührt, für den der Mieter nicht (nach § 278 BGB) haftet.

Dies haben der VIII. Senat mit Urteil vom 3. November 2004<sup>34</sup> und der XII. Senat mit Urteil vom 10. November 2004<sup>35</sup> jeweils unter Bezugnahme auf frühere Urteile entschieden.

b) Im Urteil des VIII. Senats ist außerdem entschieden, daß der Mieter in der Gebäudeversicherung des Vermieters regelmäßig nicht mitversichert ist, auch wenn er anteilig die Kosen für die Gebäudeversicherung zu tragen hat. Dennoch ist der Mieter vor einem Rückgriff des Versicherers (§ 67 VVG) geschützt. Denn eine ergänzende Auslegung des Versicherungsvertrags ergibt im allgemeinen einen konkludenten Regreßverzicht des Versicherers für die Fälle, in denen der Wohnungsmieter einen Brand- oder Wasserschaden durch leichte Fahrlässigkeit verursacht hat. Der VIII. Senat vertritt also nunmehr auch die

---

<sup>34</sup> Az.: VIII ZR 28/04 - WuM 2005, 57

<sup>35</sup> Az.: XII ZR 71/01 - NZM 2005, 17 = WuM 2005, 54

sog. versicherungsrechtliche Lösung<sup>36</sup>. Diese Lösung schützt den Mieter allerdings nur, wenn der Vermieter tatsächlich die Versicherung in Anspruch nimmt. Der Vermieter ist jedoch aus dem Mietvertrag verpflichtet, den Versicherer und nicht den Mieter in Anspruch zu nehmen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Vermieter ausnahmsweise ein besonderes Interesse hat, den Mieter zu be-  
langen. Ein solches besonderes Interesse besteht jedenfalls nicht schon dann, wenn der Versicherer leistungsfrei geworden ist, weil der Vermieter den Schaden zu spät angezeigt hat.

Diese Ausführungen des VIII. Senats sind nicht auf Argumente gestützt, die sich aus der Wohnraummiete ergeben. Das Urteil gilt deshalb uneingeschränkt auch für die Geschäftsraummiete<sup>37</sup>.

### **III: Schlußbemerkung**

Natürlich beeinflußt sich die Rechtsprechung der beiden Senate gegenseitig. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Senat nicht gezwungen ist, entweder die Rechtsprechung des anderen Senats zu übernehmen oder das Vorlageverfahren an den großen Senat in Gang zu setzen. Diese gegenseitige Beeinflussung beruht jedoch in allen Fällen nicht auf Konfrontation, sondern auf Kooperation.

---

<sup>36</sup> Nach der sog. mietrechtlichen Lösung enthält der Mietvertrag eine stillschweigende Beschränkung der Haftung für die versicherten Schäden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Mieters, so noch Urteil vom 13. Dezember 1995 - VIII ZR 41/95 - BGHZ 131, 288 = ZMR 1996, 184

<sup>37</sup> Vgl. auch Gerber/Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 5. Aufl. Rdn. 277