

I.	Einleitung.....	2
II.	Haftungsausschluss und –begrenzung bei der Wohnraummiete	2
1.	Freizeichnungsklauseln	2
a.	Haftungsausschluss.....	2
b.	Haftungsbegrenzung.....	3
c.	Freizeichnungsgegenstand.....	3
d.	Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln.....	3
2.	Bisherige und neue Rechtslage.....	3
a.	Formularmäßig ausschließbar: Garantiehaftung des Vermieters	3
b.	Formularmäßig unbegrenzt: Haftung für jede Schuldform bei Integritätsverletzungen	4
c.	Formularmäßig abdingbar nach neuer Rechtslage	4
d.	Grobe Fahrlässigkeit als Grenze des Haftungsausschlusses.....	5
3.	Haftungsbegrenzungen und ähnliche Regelungen	5
a.	Verbot der Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen.....	5
b.	Verbot jedweder Beschränkung von Schadensersatzansprüchen.....	6
c.	Zu weit reichende Haftungsbegrenzung als überraschende Klausel	7
d.	Haftungsausschluss durch Risikoregelung bzgl. der Hauptleistungspflichten.....	7
e.	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	7
4.	Aktuelle BGH-Entscheidungen	8
a.	Haftungsausschluss des Vermieters für leichte Fahrlässigkeit – „Wassereinbruchsfall“	8
b.	Formularmäßiger Ausschluss der Gewährleistung für anfängliche Mängel - „Schadstoffbelastetes Kasernengelände“	8
III.	Zweistufige Vorgehensweise bei der Klauselüberprüfung.....	9
1.	Erhaltungspflicht des Vermieters als Kern- bzw. Kardinalspflicht.....	9
2.	Gefährdung des Vertragszwecks	9
a.	Tatsächliche Beherrschbarkeit des Schadensrisikos durch den Mieter	9
b.	Zumutbare Versicherbarkeit des Schadensrisikos.....	10
IV.	Gewerbliche Miete	10
1.	Weitergehende Regelungsmöglichkeiten bei gewerblicher Miete	10
2.	Erhaltungspflicht als Kern- bzw. Kardinalspflicht.....	10
3.	Gefährdung des Vertragszwecks	11
a.	Beherrschbarkeit des Schadensrisikos.....	11
b.	Versicherbarkeit des Schadensrisikos	11
V.	Auswirkungen auf die Kautelarjurisprudenz.....	12
1.	Eingeschränkte wirksame Haftungsbeschränkung	12
2.	Eventueller Haftungsausschluss wegen formularvertraglicher Übertragung der Instandhaltungspflicht für „Dach und Fach“ auf den Mieter	12
3.	Klausel- bzw. Formulierungsvorschläge	13
4.	Eventueller Verstoß gegen das Transparenzverbot	14
5.	Vorrang der Individualabrede.....	15
VI.	Ergebnis und Ausblick.....	16

Mietrechtliche Haftungsausschluss- und –begrenzungsvereinbarungen nach der Schuldrechtsreform

I. Einleitung

Das am 01.01.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreformgesetz bzw. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) hat sechs Paragraphen des gerade erst am 01.09.2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz (MRG) geändert.¹ Das SMG weist zu den Mietrechtsnormen nur einige Anpassungen, gleichwohl erhebliche Auswirkungen auf.² Das MRG und das SMG sowie teilweise das Schadensrechtsänderungsgesetz (SchadÄG) haben zu wesentlichen Konkretisierungen und tendenziell Begrenzungen von vermierterseitigen Haftungsausschluss- und Haftungsbegrenzungsvereinbarungen im Mietrecht geführt; derartige Haftungsfreizeichnungen des Vermieters stehen im Blickfeld der Betrachtungen. Nach der Schuldrechtsreform wird die Vertragsfreiheit im Hinblick auf Haftungsausschlüsse und –begrenzungen tendenziell eingeschränkt. Zu diesen grundsätzlichen Tendenzen tragen wesentlich bei die Änderungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vornehmlich § 309 Ziffer 7 BGB über den Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden. Maßgeblichen Einfluss auf dieses weitreichende Thema erlangt die BGH-Rechtsprechung, und zwar ersichtlich zunehmend.

Der mietrechtliche Praktiker sieht sich in seinen einschlägigen kautelarjuristischen Bemühungen ständig wachsenden Herausforderungen und größeren Hindernissen ausgesetzt. Die durch das SMG geänderten und neu geschaffenen BGB-Bestimmungen gelten grundsätzlich für sämtliche Mietverträge, welche ab dem 01.01.2002 abgeschlossen werden. Auf vor diesem Termin eingegangene Mietverträge sind die Vorschriften ab dem 01.01.2003 anzuwenden. Gemäß Art. 229 § 5 EGBGB sind für mietrechtliche Alt- bzw. Uraltverträge die neuen Vorschriften, namentlich nach dem Bürgerlichen Recht, in der aktuellen Fassung anzuwenden.³ Auch vor dem Hintergrund dieser Entwicklung besteht dringender Handlungsbedarf in der mietrechtlichen Kautelarjurisprudenz. Die Judikatur hat ein „dynamisches Dauerthema“ erhalten. Der Diskussionsprozess hat begonnen und dauert zukünftig an.

II. Haftungsausschluss und –begrenzung bei der Wohnraummiete

1. Freizeichnungsklauseln

Freizeichnungsklauseln bilden einen Schwerpunkt in zahlreichen Formularverträgen, und zwar auch im Mietrecht. Sie gliedern sich wie folgt auf:⁴

a. Haftungsausschluss

Er erfasst den Anspruchsgrund und hindert die Anspruchsenstehung. Hier interessierende Beispiele sind die Abbedingung bestimmter Ansprüche oder der Haftungsausschluss für bestimmte Pflichten.

1 Vgl. dazu näher Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 103ff; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., 2003, Einf. v. § 535 Rz. 77 f; Kossmann, Wohnraummietrecht, 6.Aufl. 2003, S.16f.

2 Emmerich, NZM 2002, 362; Gruber, WuM 2002, 252; Horst, DWW 2002, 6; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535, Rz. 77 g; Heinrichs, WuM 2002, 643; Lützenkirchen, Wohnraummiete, 2002, S. 1; Kossmann, S.16ff.; Jaeger, AnwaltInfo Mietrecht, 2003, 22.

3 Zu den Einzelheiten Börstinghaus, a.a.O.; Heinrichs, NZM 2003, 6, 7ff.; ders., WuM 2002, 643; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535, Rz. 77 g.

4 Palandt/Weidenkaff, § 307 Rz. 42f.; ähnlich Bub/Treier/Bub, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, II Rz. 524ff.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8.Aufl. 2000, Rz. 369ff.; Lützenkirchen, Wohnraummiete, S. 151ff.

b. Haftungsbegrenzung

Sie beschränkt den Haftungsumfang, lässt die Anspruchsentstehung dem Grunde nach unberührt. Beispielhaft anzuführen sind die

- aa. summenmäßigen Haftungsbeschränkungen,
- bb. Haftungsbegrenzungen auf Personen- oder Sachschäden,
- cc. Abbedingung der Haftung für entgangenen Gewinn,
- dd. Ausschluss des nicht vorhersehbaren Schadens,
- ee. Ausgrenzung des Mangelfolgeschadens.

Zur Haftungsbegrenzung zählen zudem Bestimmungen, durch die der Vermieter

- ff. die Haftung subsidiär eintreten lässt oder
- gg. die Haftung zeitlich festlegend so beschränkt.

c. Freizeichnungsgegenstand

Gegenstand der Freizeichnung⁵ sind jegliche Schadensersatzansprüche. Verschiedene Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz können im jeweiligen Fall erfüllt sein, z.B. Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB als zentrale Anspruchsnorm des SMG und des Leistungsstörungenrechts, ferner Verzug sowie Unmöglichkeit. Derartige Ansprüche können ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit der konkurrierende vertragliche Anspruch der Freizeichnung unterliegt.⁶

d. Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln

Zu umfassende Freizeichnungsklauseln, die z.B. die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und sog. Integritätsverletzungen abbedingen und mithin gegen § 309 Nr. 7 BGB verstoßen, sind wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion im ABG-Recht insgesamt unwirksam.⁷ Gleiches gilt, falls die Freizeichnungsklauseln die aus § 307 BGB resultierenden Wirksamkeitsschranken nicht berücksichtigen.⁸ Nachfolgend sind Art und Umfang von vorformulierten Freizeichnungsregelungen des Vermieters im Mietrecht zu erfassen sowie deren Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit darzustellen. Die Tendenz weist in Richtung der Begrenzung von mietrechtlichen Freizeichnungsklauseln des Vermieters, namentlich im Wohnraummietrecht.

2. Bisherige und neue Rechtslage

a. Formulärmäßig ausschließbar: Garantiehafung des Vermieters

Die Garantiehafung des Vermieters für bei Vertragsabschluß bereits vorhandene Mängel der Mietsache findet sich in § 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB. Es geht um anfängliche Mängel der Mietsache. Dieser Anspruch ist wegen § 535 Abs. 1 S. 2 BGB (Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters) nicht auf Gewährleistung gerichtet, sondern ist ein

5 Palandt/Weidenkaff, § 307, Rz. 44; Bub/Treier/Bub, II Rz. 524; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 369; Lützenkirchen, S. 151f.; zum Schadensersatz des Vermieters nach der „Jahrhundertflut“ im Osten, Eisenschmid, NZM 2002, 889.

6 BGH, NJW 1979, 2148; 1985, 595; Palandt/Weidenkaff, § 307, Rz. 44; Lützenkirchen, S. 152f.; Graf v. Westphalen, NZM 2002, 368; Emmerich, NZM 2002, 362,365; zu Schönheitsreparaturen nach der Schuldrechtsreform, Langenberg, NZM 2002, 972.

7 BGHZ 86, 297; NJW 1999, 1031; Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 307 Rz. 8 a, § 307 Rz. 53; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 980; Kossmann, S.17; Lützenkirchen, S. 152f.; Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 106f..

8 BGHZ 93, 48; NJW 1991, 2563; 1993, 335; NJW-RR 1998, 1426; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 53; Lützenkirchen, S. 152ff.

Anspruch wegen Nichterfüllung und erfasst sämtliche Mängel i.S.v. § 536 BGB.⁹ Diese für das Mietrecht typische Garantiehafung des Vermieters greift auch unter der Geltung des MRG und SMG ein.¹⁰ Sie ist gerichtet auf Schadensersatz.

Das SMG hat die früheren Tatbestandsmerkmale „wegen Nichterfüllung“ gestrichen und nicht durch die Termini „statt Leistung“ ersetzt; gleichwohl ist „Schadensersatz“ weit aufzufassen. Der Nichterfüllungsschaden beinhaltet den Nachteil, der darin besteht, dass der Mieter die Vermieterleistung mangelhaft erhält, vor allem den Minderwert, die Mangelbeseitigungskosten, Vertragskosten und den entgangenen Gewinn, §§ 249ff., 252 BGB.¹¹

b. Formularmäßig unbegrenzt: Haftung für jede Schuldform bei Integritätsverletzungen

Nach dem neuen Klauselverbot des § 309 Nr. 7 a BGB ist eine Haftungsbeschränkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und mithin Miet-Formularverträgen unwirksam, wonach der Vermieter bzw. Verwender die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, Körpers oder der Gesundheit ausschließt oder beschränkt, und zwar auch dann, wenn dem Verletzter nur einfache Fahrlässigkeit i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB zur Last fällt.¹² Dieses Klauselverbot greift unabhängig davon, auf welche Anspruchsgrundlage der Anspruch gestützt wird. Erfasst sind vertragliche, vorvertragliche und deliktische Ansprüche.¹³ Der Freizeichnungsausschluss schließt zudem gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen i.S.v. § 278 S. 1 BGB ein.¹⁴ Hervorzuheben ist, dass sich der Schutz auf Ansprüche aus einer schuldhaften Pflichtverletzung gem. §§ 276, 280 ff. BGB beschränkt. Wie eingangs betont, kann demzufolge die schuldunabhängige Haftung des Vermieters nach § 536 a BGB, die sog. Garantiehafung, auch weiterhin durch formularvertragliche Regelung ausgeschlossen werden, und zwar auch insoweit, als es Körperschäden betrifft.¹⁵

c. Garantiehafung: Formularmäßig abdingbar - auch nach neuer Rechtslage

Die erwähnte Garantiehafung des Vermieters ist durch Formulklausel abdingbar, und zwar weitreichend im gewerblichen Mietrecht. Im Wohnraummietrecht ist – wie so oft: in differenzierter Betrachtung – nur für anfängliche Mängel der Mietsache ein Haftungsausschluss möglich, und zwar unter Hinweis auf § 536 Abs. 4 BGB, wonach das gesetzliche Mietminderungsrecht des Wohnraummieters unabdingbar ist. Für Gewerberaum ist die umfassende Abbedingung erst dann nicht mehr rechtsgemäß, wenn die Sachgefahr vollständig dem Mieter überbürdet wird, §§ 536 Abs. 4, 307 BGB.¹⁶

Grundsätzlich möglich ist ein formularmäßiger Haftungsausschluss für nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vom Vermieter verursachte Mängel der gewerblich genutzten Mietsache.¹⁷

9 Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 2.; Bub/Treier/Bub, II, Rz. 515, 520; Graf v. Westphalen, NZM 2002, 368, 370ff; Lützenkirchen, S. 151ff.; Eisenschmid, NZM 2002, 889, 890.

10 Emmerich, NZM 2002, 362; Börstinghaus, ZGS, 2002, 102, 103; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Palandt/Heinrichs, § 307, Rz. 128; Lützenkirchen, S. 153.

11 BGH, NZM 1998, 666, OLZ München, ZMR 1966, 322; Palandt/Weidenkaff, § 535 a Rz. 14.

12 So aktuell Heinrichs, NZM 2003, 6, 7; Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 40; Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 108f.; Lützenkirchen, S. 153f.; Kossmann, S.17; zuvor Bub/Treier/Bub, Rz. 525.

13 Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 41; Lützenkirchen S. 152f.

14 OLG Koblenz, NJW-RR 1997, 331; Bub/Treier/Bub, II Rz. 524.

15 BGH, NJW-RR 1991, 74; 1993, 519 zur alten Rechtslage; Heinrichs, NZM 2003, 6, 9 zur aktuellen Rechtslage; ferner Lützenkirchen, S. 152ff.

16 BGH, NJW-RR 1993, 519; NJW-RR 1991, 74.; OLG Naumburg, NJW-RR 2000, 823; Palandt/Weidenkaff, § 536 Rz. 2; ders., § 536 Rz. 7.

17 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 735; OLG Koblenz, NZM 2000, 622, OLG Köln, NJW-RR 2001, 1302; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 7.

Nach neuer und nachfolgend näher zu beleuchtender BGH-Entscheidung ist ein solcher Haftungsausschluss nicht vornehmbar bei Wohnraum für nachträgliche Sachmängel.¹⁸

Der zulässige Ausschluss vertraglicher Schadensersatzansprüche erfasst zudem außervertragliche Ansprüche, welche auf denselben Sachverhalt gerichtet sind.

d. Grobe Fahrlässigkeit als Grenze des Haftungsausschlusses

Umstritten war unter Geltung des alten BGB und AGBG die Frage, inwieweit der Vermieter für leicht fahrlässig verschuldete, nach Vertragsschluss entstandene Mängel der Mietsache einen formularvertraglichen Haftungsausschluss herbeiführen konnte. Einigkeit bestand darin, dass ein solcher Haftungsausschluss seine Grenze bei grober Fahrlässigkeit fand, § 11 Nr. 7 AGBG = § 309 Nr. 7 b BGB.¹⁹ Nach neuer Rechtslage stellt die grobe Fahrlässigkeit stets, die leichte Fahrlässigkeit nunmehr regelmäßig, zumindest im Wohnraummietrecht die – rechtswidrige - Grenze dar. Der formularmäßige Haftungsausschluss wird zunehmend eingeschränkt.

3. Haftungsbegrenzungen und ähnliche Regelungen

a. Verbot der Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Bekanntermaßen sind gem. § 309 Nr. 5 a BGB Schadenspauschalierungen des Verwenders und Vermieters unwirksam, wenn

1. Alt. die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt, oder
2. Alt. dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.

Dies entsprach im Wesentlichen der alten Rechtslage nach § 11 Nr. 5 a AGBG. Danach erachtete der BGH Klauseln mit Formulierungen wie „die Kosten betragen“²⁰ oder „ist mit ...% zu verzinsen“²¹ für unwirksam. Demgegenüber sind fast identische Formulierungen wie „wird ein Aufschlag von ...% erhoben“²², ferner „kann ...% ohne Nachweis als Entschädigung fordern“²³ oder „wird mit ...berechnet“²⁴ von der Judikatur unbeanstandet geblieben. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen sind nur begrenzt möglich. Mietrechtliche Haftungsbegrenzungen auf Höchstbeträge sind in Formularverträgen unwirksam, sofern der Höchstbetrag die vertragstypischen vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt.²⁵

18 BGH, NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz 7; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders. Wohnraummiete, S. 153f.; Eisenschmid, NZM 2002, 889, 892 im Umkehrschluß.

19 BGH, NZM 2002, 116; OLG Stuttgart, NJW 1984, 2226; OLG Hamburg, ZMR 1985, 235; Heinrichs, NZM 2003, 6, 7, 9f.; Bub/Treier/Bub; II Rz. 525; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 371; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 7; Lützenkirchen, S. 153f.; Kossmann, S.17.

20 BGH, NJW 1985, 634; Heinrichs, NZM 2003, 6, 9.

21 BGH, NJW 1984, 2941; ZIP 1996, 1997; Heinrichs, a.a.O..

22 BGH, NJW 1985, 321; Heinrichs, a.a.O..

23 BGH, NJW 1982, 2316, 2317; Heinrichs, a.a.O.; Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 27.

24 BGHZ 98, 265 = NJW 1987, 319; Heinrichs, a.a.O..

25 BGH, NJW 1993, 335 = ZIP 1993, 46; dazu EWIR 1993, 107 (Pfister); BGH, NJW 1984, 1350 = ZIP 1984, 457; Bub/ Treier/Bub, II Rz. 531.; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 387; Joachim, Wohnraummietvertrag, 2002, Rz. 515.

b. Verbot jedweder Beschränkung von Schadensersatzansprüchen

Grundsätzlich rechtsunwirksam sind Beschränkungen der Anspruchshöhe, der Ausschluss bestimmter Schadenspositionen.²⁶ Bei den sich aus § 307 BGB herzuleitenden Freizeichnungsverboten sind Haftungsbegrenzungen unwirksam, soweit sie vertragstypische, vorhersehbare Schäden ausgrenzen.²⁷

Rechtswidrig und –unwirksam sind zudem Beschneidungen des Schmerzensgelds, welches aufgrund des SchadÄG auch bei Vertragsverletzungen geschuldet wird, falls eines der in § 253 Abs. 2 BGB aufgelisteten Rechtsgüter verletzt worden ist.²⁸ Hinzuzufügen ist, dass die hier genannten Rechtsgüter auch die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung umfassen. Der Schmerzensgeldanspruch wird durch § 309 Nr. 7a BGB geschützt.²⁹ Bei den so zu bestimmenden Integritätsverletzungen ist eine Haftungsfreizeichnung – auch im Mietrecht³⁰ – unwirksam.

Eine rechtswidrige Haftungsbegrenzung ist des Weiteren zu bejahen, wenn die Verjährungsfrist bei Schadensersatzansprüchen unter die „halbierte 10-Jahres-Frist“ von § 199 Abs. 4 BGB, mithin unter 5 Jahre verkürzt wird.³¹

Eine klauselwidrige Haftungsbegrenzung wird zudem von der Rechtsprechung angenommen, wenn die Haftung durch eine Subsidiaritätsklausel beschnitten wird.³²

Die Gerichte verfolgen mit der weitreichenden Klauselkontrolle zugleich den effektiven Mieterschutz. Eine unzulässige Haftungseinschränkung liegt auch dann vor, wenn die in Rede stehende Klausel nicht die Ersatzpflicht, sondern – gleichsam in einer „Vorstufe“ – die Sorgfaltspflicht des Vermieters abbedingt, wesentlich einschränkt oder ein bestimmtes Risiko nur dem Mieter zuweist.³³ Eine Klauselwidrigkeit wird von der Judikatur allerdings dann verneint, wenn die vermeintlich abbedungene Pflicht der Rechtsnatur des Vertrages zufolge gar nicht existiert.³⁴

Vorstehend sind beispielhaft „Anwendungsvarianten“ der Haftungsfreizeichnung aufgelistet.

26 BGH, NJW 1987, 2820 zu § 11 Nr. 7 AGBG a.F.; Heinrichs, a.a.O.; Bub/Treier/Bub, II Rz. 524f.; Wolf/Eckert/Ball, Rz.387ff.; Lützenkirchen, S. 152ff.

27 BGH, NJW 1993, 335; NJW 2001, 292; NJW 2001, 302; NJW-RR 2001, 342; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 49; Bub/Treier/Bub, II Rz. 526; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 387; Lützenkirchen, S. 153f.

28 Jaeger, AnwaltInfo Mietrecht 2003, 22; Heinrichs, a.a.O.; Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 42; Bub/Treier/Bub, a.a.O..

29 Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 42.

30 Bub/Treier/Bub, II Rz. 525., Palandt/Heinrichs, a.a.O..

31 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 440 zu § 11 Nr. 7 AGBG a.F.; Bub/Treier/Bub, II Rz. 524.; Heinrichs, a.a.O.; Palandt/Heinrichs, „ 202 Rz. 11; zu Verjährungsklauseln in AGB aufgrund des SMG Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109; Börstinghaus, ZGS, 2002, 102, 103ff..

32 BGH, NJW-RR 1989, 992 zu § 11 Nr. 7 AGBG a.F.; Heinrichs, NZM 2003, 6, 9f..

33 BGHZ 146, 138 = NJW 2001, 751; Heinrichs, NZM 2003, 6, 10; Bub/Treier/Bub, II Rz. 524, 527; allgem.zu Risikozuweisungen im Miet- und Pachtrecht Bub/Treier/Bub, II Rz. 633ff; Joachim, BB 1988, 779; ders., ZIP 1991, 966, 971; ders., NWB 1994, 2841, 2848; ders., NZM 2000, 785, 789.

34 OLG Hamm, NJW-RR 1989, 668; Heinrichs, a.a.O..

c. Zu weit reichende Haftungsbegrenzung als überraschende Klausel

Im Rahmen der Klauselkontrolle kann eine Unwirksamkeit formularmäßiger Mietvertragsregelungen überdies aus dem Gesichtspunkt der überraschenden Klausel erfolgen. Danach sind Formularregelungen unwirksam, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Mieter mit ihnen nicht zu rechnen braucht, § 305 c Abs. 1 BGB. Zu weit reichende Haftungsbegrenzungen und ähnlich gelagerte Regelungen können daher u. U. als überraschende Klausel zu werten und demgemäss unwirksam sein.³⁵

d. Haftungsausschluss durch Risikoregelung bzgl. der Hauptleistungspflichten

Mietvertragsklauseln, welche die Hauptleistungspflichten des Vermieters einschränken, ausgestalten oder modifizieren, unterliegen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB.³⁶ Ein zu überprüfender und ggf. unwirksamer Haftungsausschluss liegt namentlich vor, wenn die objektive Vermieterpflicht, hier gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zur Gebrauchsgewährung und –erhaltung der Mietsache, ausgeschlossen und ein bestimmtes Risiko nur dem Mieter auferlegt wird. Die Vermieterpflichten sind genau zu erfassen. Falls das Risiko zeitweiliger Zugangsbeschränkungen und –unterbrechungen allgemein vom Mieter zu tragen ist, kommt damit zum Ausdruck, dass der Vermieter für daraus erwachsende Schäden nicht eintreten will.³⁷ Darin liegt ein gem. § 309 Nr. 7 BGB rechtsunwirksamer Haftungsausschluss.

e. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

Die vorstehend aufgelisteten Anwendungsformen des Klauselverbots stehen in Einklang mit den Vorgaben der Europäischen Richtlinie 93-13-EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die Nr. 1a des Anhangs der Richtlinie wird durch das SMG umgesetzt.³⁸ Diese EU-Vorgabe findet ihren weitreichenden Ausdruck in § 309 Nr. 7 a BGB. Kommende höchstrichterliche Rechtsentscheidungen werden den in der Tendenz zunehmenden Anwendungsbereich zukünftig ausgestalten.³⁹

Eine in ihrem konkreten Ausmaß derzeit ebenfalls noch nicht absehbare Schranke für formularmäßige Freizeichnungen im Mietrecht resultiert aus der weiteren wichtigen SMG-Regelung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, sog. Transparenzgebot. Auch dies geht auf EU-rechtliche Vorgaben zurück.⁴⁰ Das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung kann zur weiteren Einschränkung der Haftungsfreizeichnung beitragen.

Darüber hinaus wird EU-rechtlichen Anforderungen zufolge in der Rechtsprechung verstärkt auf vertragswesentliche bzw. leistungstypische Pflichten, mithin sog. Kardinalspflichten, abgehoben. Diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe hat in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden, wonach eine unangemessene Benachteiligung grundsätzlich anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung wesentliche Vertragsrechte bzw. –

35 Bub/Treier/Bub, II Rz. 516.

36 BGHZ 146, 138 = NJW 2001, 751.

37 BGHZ 146, 138, 142 = NJW 2001, 751, 752; zuvor Bub/Treier/Bub, II Rz. 527.

38 ABIEG Nr. L 95 v 21.05.1993; dazu Heinrichs, NZM 2003, 6, 10; Palandt/Heinrichs, § 310 Rz. 7ff..

39 Zur Mitwirkung des EuGH bei Auslegung der §§ 305ff. BGB Palandt/Heinrichs, § 310 Rz. 23ff..

40 Zum Transparenzgebot des Gemeinschaftsrechts Palandt/Heinrichs, § 310 Rz. 26.

pflichten derart einschränkt, dass die Vertragszweckerreichung gefährdet ist. Bezüglich dieser wesentlichen Pflichten kann der Vermieter seine Schadensersatzhaftung zukünftig regelmäßig nicht ausschließen und auch tendenziell nicht begrenzen. Dies hat der BGH in einer neueren Entscheidung zum Wohnraummietrecht dokumentiert, wonach die Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, eine Kern- bzw. Kardinalspflicht des Vermieters darstellt, mit der Folge, dass er seine Schadensersatzhaftung für Mängel auch bei einfacher Fahrlässigkeit nicht mehr wirksam abbedingen kann.⁴¹ Art und Umfang der Vermieterleistungen bzw. –pflichten rücken in das Zentrum der juristischen Betrachtung und entsprechender Risikozuweisungen.

4. Aktuelle BGH-Entscheidungen

Zwei aktuelle, BGH-Judikate verdeutlichen die kautelarjuristischen Möglichkeiten und Grenzen der mietrechtlichen Haftungsfreizeichnung.

a. Haftungsausschluss des Vermieters für leichte Fahrlässigkeit – „Wassereinbruchsfall“

In einem aktuellen Rechtsentscheid vom 24.10.2001 erachtet der BGH folgende in einem vom Vermieter gestellten Formularmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel für AGB-widrig gemäß § 9 AGBGB a.F. = § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB: 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, ist rechtsunwirksam. Die Formulklausel lautet: „Führt ein Mangel des Mietobjekts zu Sach- oder Vermögensschäden, so haftet der Vermieter gegenüber dem Mieter ... für diese Schäden - auch aus unerlaubter Handlung – nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit“.⁴²

b. Formularmäßiger Ausschluss der Gewährleistung für anfängliche Mängel - „Schadstoffbelastetes Kasernengelände“

In einer weiteren Entscheidung vom 03.07.2002 erachtet der BGH den formularmäßigen Gewährleistungsausschluss für anfängliche Mängel bei für möglich gehaltener gesundheitsgefährdender Schadstoffbelastung der Mieträume für grundsätzlich zulässig.⁴³ Bei dieser Entscheidung ist auf zwei wesentliche Gesichtspunkte aufmerksam zu machen, und zwar

aa. der Fall betrifft die gewerbliche Mieta, welche bekanntlich eine differenziertere Beurteilung als das Wohnraummietrecht ermöglicht. Allgemein anerkanntermaßen ist es hier in weitaus größerem Umfang zulässig, Gewährleistungsrechte des Mieters vertraglich auszuschließen, zumindest jedoch einzuschränken.⁴⁴

bb. Zudem handelt es sich um die mietrechtliche Besonderheit des seit jeher grundsätzlich möglichen vertraglichen Ausschlusses der Gewährleistung für anfängliche Mängel der Mietsache.

41 BGH, NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116; Heinrichs, NZM 2003, 6, 10; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 26, 35; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; zuvor bereits Bub/Treier/Bub, II Rz. 524ff..

42 BGH, NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116; dazu Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 108f.; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 128; Fritz, NZM 2002, 713, 717f.; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders., S. 152f..

43 BGH, NZM 2002, 784; zuvor bereits BGH, NJW-RR 1991, 74; NJW-RR 1993, 519; dazu Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 128.

44 So Bub/Treier/Bub, II Rz. 461, 462 c, 476, 518; Eisenschmid, NZM 2002, 889, 892; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 7; Thaler/Tachezy, NZM 2000, 748; Lützenkirchen, S. 1ff..

III. Zweistufige Vorgehensweise bei der Klauselüberprüfung

In der erwähnten BGH-Entscheidung zum Haftungsausschluss des Vermieters für leichte Fahrlässigkeit verfährt der BGH dogmatisch und setzt sich dezidiert mit § 9 Abs. 2 AGBG, nunmehr § 307 Abs. 2 BGB, auseinander.⁴⁵ Angezeigt ist eine zweistufige Prüfung. Zum einen muss festgestellt werden, dass eine vertragstypische bzw. –wesentliche Pflicht eingeschränkt wird, sog. Kern- bzw. Kardinalspflicht. Zum anderen muss geprüft werden, ob dadurch im jeweiligen Fall die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

1. Erhaltungspflicht des Vermieters als Kern- bzw. Kardinalspflicht

§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB enthält die Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Dies stellt nach absolut herrschender Meinung eine vertragswesentliche Pflicht, mithin Kern- bzw. Kardinalspflicht, dar,⁴⁶ weil es sich um eine Hauptleistungspflicht handelt. Diese Pflicht erfährt eine erhebliche Einschränkung, wenn ihre Verletzung ohne Sanktionen bleibt. Auch bei relativ geringer Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache kann ein erheblicher Schaden bzw. Folgeschaden erwachsen. Selbst wenn dem Mieter mietrechtliche Minderungsrechte zustehen, reicht dies zur Erfüllung des das Wohnraummietrecht beherrschenden Mieterschutzes⁴⁷ nicht aus. Der Schadensersatzanspruch des Mieters beinhaltet deshalb auch, einer Außerachtlassung der Instandhaltungspflicht des Vermieters wirksam vorzubeugen.

2. Gefährdung des Vertragszwecks

Bei Schadensnahme der eigenen Einrichtungsgegenstände des Mieters ist eine grundsätzliche Gefährdung des Vertragszwecks gegeben. Dem Mieter könnte eine wesentliche Grundlage für die Nutzung der Mietsache als Wohnung abhanden kommen, wenn die beschädigten Sachen nicht ersetzt, zumindest vollständig repariert würden.

Die Rechtsprechung hat zwei Kriterien aufgestellt, welche für die grundsätzliche Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses trotz Einschränkung einer Kern- bzw. Kardinalspflicht sprechen.⁴⁸

a. Tatsächliche Beherrschbarkeit des Schadensrisikos durch den Mieter

Der Mieter muss das Risiko des Schadenseintritts innerhalb der Mietsache in tatsächlicher Hinsicht beherrschen können, und zwar aufgrund von Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen.⁴⁹ Hierbei handelt es sich um richterliche Wertungsakte. Im zu entscheidenden Einzelfall stellen die Richter Überlegungen zur tatsächlichen Einflussnahme und Beherrschbarkeit des Mieters und der zu ihm gehörenden Personen auf die Mietsache an. Unter Zugrundelegung eines „Näher dran – Tests“ weist die Judikatur dem Mieter innerhalb der Mieträume gewisse Schadensrisiken zu, wohingegen sie außerhalb dieses „Einfluß-Raums“, bspw. an den Außenwänden, Treppenhaus, „Dach und Fach“,

45 BGH, NZM 2002, 116, 117f.; zuvor bereits BGH, NJW 1988, 1785, 1787; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders., Wohnraummiete, S. 152f.

46 BGHZ, 108, 1, 6 = NJW 1989, 2047; NJW 1996, 383; Bub/Treier/Bub; II, Rz. 516, 525; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 35; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rz. 14 und 30; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019.

47 Zu diesem Grundsatz im Verfassungs- und Zivilrecht sowie allgemein zu dem vertragsmäßigen Gebrauch BVerfG, NZM 1999, 302; Lützenkirchen, Wohnraummiete, S. 16ff; Kossmann, S.5f.

48 BGH, NZM 2002, 116, 117; dazu Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Lützenkirchen, S. 152ff.; zuvor bereits klar Bub/Treier/Bub, II Rz. 527.

49 Zu Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen im (gewerblichen) Miet- und Pachtrecht Bub/Treier/Bub, II Rz. 527, ausführlich 633ff.; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 168ff.; Ostermann, GuT 2003, 39; Joachim, BB 1988, 779; ders., ZIP, 1991, 996, 971; ders., NWB 1994, 2841, 2848; ders., NZM 2000, 785, 789.

sonstiger tragender Teile und Außenanlagen, stets den Vermieter für sämtliche Schadensrisiken und deren Realisierung eintreten lässt.⁵⁰

b. Zumutbare Versicherbarkeit des Schadensrisikos

Darüber hinaus stellt die Rechtsprechung grundsätzliche Überlegungen dahin an, ob sich der Mieter gegen die konkrete Gefahr versichern kann. So bejaht der BGH einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG = § 307 Abs. 2 BGB, d.h. gegen vertragswesentliche Rechte des Mieters, wenn von dem Haftungsausschluss Schäden an eingebrachten Sachen des Mieters umfasst sind, gegen welche er sich üblicherweise nicht zu versichern vermag.⁵¹ Demgemäss hat der Senat entschieden, dass Schäden am Hausrat, welche durch einen Gebäudemangel verursacht sind, durch den Mieter nicht versicherbar sind; ausgenommen davon sind Leitungswasserschäden.

Im aktuellen BGH-Fall über den Haftungsausschluss beim Wassereintritt in die Mietsache aufgrund einer defekten Dachhaut der Wohnimmobilie waren keine Umstände gegeben, welche die grundsätzliche Gefährdung des Vertragszwecks durch die Klausel ausgleichen konnten. Demzufolge gelangt der BGH unter Zustimmung der Lehre zur Rechtsunwirksamkeit der Formularymietvertragsregelung.⁵²

IV. Gewerbliche Miete

1. Weitergehende Regelungsmöglichkeiten bei gewerblicher Miete

Bekanntlich ermöglicht die gewerbliche Miete eine differenziertere und flexiblere Beurteilung als das Wohnraummietrecht; dies gilt namentlich für die mietvertragliche Formularpraxis. Wie erwähnt, ist es in weitaus größerem Umfang zulässig, Gewährleistungsrechte des Mieters und die Haftung des Vermieters vertraglich auszuschließen, zumindest jedoch einzuschränken.⁵³

2. Erhaltungspflicht als Kern- bzw. Kardinalspflicht

Die Pflicht des Vermieters, den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache zu gewährleisten, stellt im gewerblichen Mietrecht ebenfalls eine Kern- bzw. Kardinalspflicht des Vermieters dar. Auch für den gewerblichen Mieter gilt: Durch beschädigtes Inventar wird ihm die Grundlage für die Nutzung der Mietsache zur wirtschaftlichen Aktivität entzogen. Einer Wirtschaftlichkeitsanalyse zufolge sind die dem Mieter treffenden Risiken regelmäßig größer als beim Wohnraummietler. Das gewerbliche Inventar erweist sich regelmäßig als wertvoller. In letzter Konsequenz droht dem gewerblichen Mieter zudem der Existenzverlust seiner Wirtschaftsgrundlage. Dies zeitigt auch Auswirkungen für den gewerblichen Vermieter, wenn nämlich dem Mieter die Grundlage zur Erwirtschaftung der zu entrichtenden Miete wesentlich eingeschränkt wird bzw. sogar in Wegfall gerät.⁵⁴ Zur Diskussion gestellt wird die Einschränkung der Kardinalspflicht durch eine geldsummenmäßige Begrenzung. Diese Einschränkung muss den Anforderungen von § 309 Nr. 5 BGB genügen.

50 Bub/Treier/Bub, II Rz. 527, weiter zu Risikoverteilungen, Rz. 633ff.

51 BGH, NZM 2002, 116, 117; NW 1968, 1718; NJW 1988, 1785; Bub/Treier/Bub, II Rz. 527;

Ulmer/Brandner/Hensen, AGBGB, 4. Aufl., § 9, Rz. 153; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020.

52 BGH, NZM 2002, 116, 117f.; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders., Wohnraummiete, S. 152ff.

53 So Bub/Treier/Bub, II Rz. 461, 462 c, 476, 518; Eisenschmid, NZM 2002, 889, 892; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 7; Thaler/Tachezy, NZM 2000, 748.

54 So Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; ähnlich zuvor Bub/Treier/Bub; II Rz. 518.

3. Gefährdung des Vertragszwecks

Das relativ hohe Schadensrisiko des gewerblichen Mieters korrespondiert mit der regelmäßigen Gefährdung des Vertragszwecks. Dies gilt zunächst dann, wenn dem Mieter die Beseitigung der durch mangelhafte Instandhaltung der Mietsache hervorgerufenen Schäden an eigenen Gegenständen wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann. Eine andere Wertung ist dann angezeigt, wenn der Mieter das Schadensrisiko einerseits beherrschen und andererseits dagegen Versicherungsschutz erlangen kann.

a. Beherrschbarkeit des Schadensrisikos

Der gewerbliche Mieter von Teilflächen einer Immobilie kann grundsätzlich das Risiko bestimmter Schäden nicht beherrschen, weil er keine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit und keinen Zugang zu den dafür wesentlichen Gebäudeteilen besitzt. Regelmäßig vermag er drohende Schäden nicht zu erkennen und kann sie deshalb auch nicht abwenden. Ansatzweise mag etwas anderes gelten, wenn der gewerbliche Mieter das gesamte Gebäude anmietet. Hier ist im Grundsatz eine tatsächliche Erkennbarkeit von Mängeln zu bejahen. Allerdings muss zwischen Erkennbarkeit eines Risikos und dessen Beherrschbarkeit differenziert werden. Nur derjenige kann ein Risiko beherrschen, der bereits vor Schadensrealisierung die zu dessen Vermeidung erforderlichen Informationen sowie die rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten aufweist.⁵⁵

Bei der Anmietung eines Gesamtobjekts, erst recht bei einem Teilobjekt, sind diese Voraussetzungen für den gewerblichen Mieter nicht erfüllt. Meistens besitzt dieser keine Kenntnis über die Bausubstanz der Mietsache. Zudem hat er grundsätzlich keine eventuell noch laufenden Gewährleistungsrechte des Eigentümers bzw. des Vermieters. Die Schadensvermeidung dürfte bei einem Gebäudemangel in der Regel ausgeschlossen sein, wenn dieser äußerlich bereits sichtbar und deren Schadensfolgen greifbar bzw. „schmerzlich fühlbar“ sind.

b. Versicherbarkeit des Schadensrisikos

Der gewerbliche Mieter hat als potentieller Versicherungsnehmer vielfach einen größeren Verhandlungsspielraum beim Abschluss einschlägiger Versicherungsverträge. Überlegungen zur Versicherbarkeit können nur dann zum Ausschluss der Vertragszweckgefährdung führen, falls dem gewerblichen Mieter der Abschluss einer solchen Versicherung zumutbar ist und er eine solche Versicherung wirtschaftlich tragen kann. Regelmäßig dürfte die Versicherungsprämie für vom Mieter nicht beherrschbare Schadensrisiken für diesen wirtschaftlich untragbar, zumindest unrentabel sein. Die üblichen Sachversicherungen bieten auch im gewerblichen Bereich für die hier in Rede stehenden Schadensrisiken keinen adäquaten Versicherungsschutz. Die AWB (Leitungswasserversicherung) und die AFB (Feuerversicherung) enthalten keine Versicherung gegen diese Schadensrisiken.

Demgegenüber ist zu konstatieren, dass die Schadenrisiken durch die vom Vermieter zumeist abgeschlossene Haus- und Grundbesitzerhaftpflichtversicherung abgedeckt sind. Zudem vermag der Vermieter die Kosten dieser Versicherung als Betriebskosten in Ansatz zu bringen und durch formularvertragliche Gestaltung auf den Mieter abzuwälzen. Dies sieht Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 der II. BerechnungsVO ausdrücklich vor. Die Vertragszweckgefährdung ist mithin nicht wegen der Versicherbarkeit des Risikos ausgeschlossen; vielmehr ist sie grundsätzlich zu bejahen und führt somit zur Unwirksamkeit der maßgeblichen Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁵⁶

55 BGHZ 146,138 = NJW 1991, 1886, 1887, zum Missbrauchsrisiko bei Kreditkarten; daran anknüpfend Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; früher bereits Bub/Treier/Bub, II Rz. 527.

56 Zu diesem Ergebnis kommen BGH, NZM 2002, 116, 118; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; zuvor bereits Bub/Treier/Bub, a.a.O..

V. Auswirkungen auf die Kautelarjurisprudenz

1. Eingeschränkte wirksame Haftungsbeschränkung

Bekanntlich zieht die Verwendung einer unwirksamen Passage bzw. Klausel in AGB und mithin im mietrechtlichen Formularvertrag wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion die Unwirksamkeit des gesamten Haftungsausschlusses nach sich.⁵⁷ Der Vermieter hat demgemäss ein erhebliches Interesse an einer wirksamen haftungsbeschränkenden Klausel. Der vom BGH entschiedene Wassereintrichsfall betrifft die Haftung für nachträgliche Mängel der Mietsache, § 536 a. Abs. 1 2. Alt. BGB. Danach kann die Haftung nur noch für nicht wesentliche bzw. nicht typische Vertragspflichten wirksam und auch nur noch auf Fälle der leichten Fahrlässigkeit beschränkt werden.

Ausgenommen davon ist die verschuldensunabhängige Garantiehafung des Vermieters gem. § 536 a. Abs. 1 1. Alt. BGB,⁵⁸ wonach für bei Vertragsabschluß bereits vorhandene Mängel formularvertraglich die Haftung wirksam auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden kann, selbst wenn insoweit vertragswesentliche Pflichten erfasst sind.⁵⁹

Zu beachten ist eine wesentliche Einschränkung aufgrund des SMG: Jeder Haftungsausschluss, also auch für leichte Fahrlässigkeit, ist unwirksam bei Verletzung des Körpers, Lebens und der Gesundheit, also bei sogenannten Integritätsverletzungen gem. § 309, Nr. 7 a und b BGB.⁶⁰ Aufgrund § 253 Abs. 2 BGB infolge des SchadÄG werden auch die Rechtsgüter der Freiheit und sexuellen Selbstbestimmung erfasst. Festzuhalten ist, dass eine Haftung für eine Pflichtverletzung bei leichter Fahrlässigkeit in derartigen Fällen formularmäßig nicht mehr wirksam ausgeschlossen werden kann. Erfasst sind vertragliche Ansprüche, und zwar auch vorvertragliche Pflichtverletzungen i.S.v. §§ 311 Abs. 2, Abs. 3 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB, ebenso wie solche aus unerlaubter Handlung i.S.v. §§ 823ff. BGB. Rechtlich unerheblich ist, ob es sich um Schlechtleistung, Nichtleistung oder Zuspätleistung handelt. Zulässig hingegen ist der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bei allen sonstigen Schäden, insbesondere bei Sachschäden.⁶¹ Demgegenüber ist im Wohnraummietrecht in Verfolgung eines effektiven Mieterschutzes aufgrund des erwähnten Rechtsentscheids des BGH eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit aufgrund von Mängeln der Mietsache insgesamt unzulässig.⁶²

2. Eventueller Haftungsausschluss wegen formularvertraglicher Übertragung der Instandhaltungspflicht für „Dach und Fach“ auf den Mieter

In Rechtsprechung und Lehre wird folgende dogmatische Konstruktion diskutiert, um zu einem möglichst umfassenden Haftungsausschluss zu gelangen: Der Vermieter bürdet dem Mieter die Instandhaltungspflicht „für Dach und Fach“ der Mietsache auf. Geschieht dies in rechtskonformer und wirksamer Weise, haftet der Vermieter nicht für Schäden und auch nicht für Folgeschäden, welche durch Mängel der Substanz, deren Instandhaltung dem Mieter übertragen ist, hervorgerufen werden.

Namhafte Filialmieter im gewerblichen Mietrecht stellen im Rahmen ihrer Kostenkalkulation bis zu 5 % der Jahresmiete ein für die Übernahme der Instandhaltungspflicht für Dach und Fach der Mietsache.

57 BGHZ 86, 297; 114, 342; 120, 122; 146, 138 = NJW 2001, 751,753; NJW 2000, 1110, 1113; NJW 1993, 1135; Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 307 Rz. 8; Heinrichs, NZM 2003, 6, 10; Schmitz/Reischauer, a.a.O..

58 Zu der – für das sonstige Besondere Schuldrecht: atypischen – Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel Emmerich, NZM 2002, 362; Eisenschmid, NZM 2002, 889, 890; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders., Wohnraummiete, S. 152ff..

59 BGH, NZM 2002, 784; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; Lützenkirchen, Wohnraummiete, S.153.

60 Dazu Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 109; Lützenkirchen, S. 153f..

61 Börstinghaus, a.a.O.; Lützenkirchen, a.a.O.; allgemein zum Einfluss des SchadÄG auf die Haftung des Vermieters Jaeger, AnwaltInfo Mietrecht 2003, 22.

62 BGH, NZM 2002, 116; Börstinghaus, a.a.O.; Schmitz/Reischauer, a.a.O.; Lützenkirchen, S.152f..

Allerdings ist nicht abschließend geklärt und nicht höchstrichterlich verbindlich entschieden, ob und vor allem in welchem Umfang die Instandhaltungspflicht für „Dach und Fach“ durch Formularvertrag auf den Mieter abgewälzt werden kann.⁶³

Eingedenk der BGH-Judikatur zur rechtsunwirksamen Einschränkung von Kern- bzw. Kardinalspflichten erscheint dieser Pfad gefahrenträchtig und nicht uneingeschränkt empfehlenswert. Die Gefahr ist grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen, dass eine solche Klausel der Unwirksamkeit anheim fällt und der Vermieter damit der gesetzlichen Haftung gem. §§ 536, 536 a BGB ausgesetzt ist.

3. Klausel- bzw. Formulierungsvorschläge

Ein versierter Praktiker hat in seinem Referat vor dem Forum des Mietgerichtstages die Ansicht vertreten, dass wohl kaum eine der häufig anzutreffenden Haftungsfreizeichnungs- bzw. Haftungsbeschränkungsklauseln zugunsten des Vermieters einer sorgfältigen Inhaltskontrolle standhält.⁶⁴ Im Anschluss daran können Klausel- bzw. Formulierungsvorschläge nur mit äußerster Vorsicht zur Diskussion gestellt werden. Demgemäß könnte allgemein gehalten getextet werden, und zwar für das Wohnraummietrecht und das gewerbliche Mietrecht.⁶⁵

- a. Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters ist ausgeschlossen. Er haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Für leichte Fahrlässigkeit haftet er nur bei Verletzung wesentlicher bzw. typischer Vertragspflichten (sog. Kern- bzw. Kardinalspflichten, d.h. aus einer Verletzung vertraglicher Pflichten, welche die vertragsgemäße Durchführung ermöglichen und auf deren Erfüllung der Mieter vertraut).
- b. Dieser Haftungsausschluss greift nicht bei der Verletzung des Körpers, Lebens, der Gesundheit, Freiheit oder sexuellen Selbstbestimmung, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Vermieters oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen.
- c. Der Haftungsausschluss greift ferner nicht ein, wenn der Vermieter eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zugesichert oder einen Mangel arglistig verschwiegen hat.
- d. Der Haftungsausschluss greift des weiteren nicht ein bei Schäden, für die eine Versicherung des Vermieters gegeben ist, z.B. eine Haus- und Grundeigentümerhaftpflichtversicherung oder eine Wohngebäudeversicherung.
- e. Soweit sich die Vertragspflicht auf Mängel erstreckt, welche bei Vertragsschluss bzw. Übergabe der Mietsache bestanden, haftet der Vermieter unbeschadet b, c und d nicht für leichte Fahrlässigkeit.

Aus Gründen der Vorsicht und des effektiven Mieterschutzes könnte für das Wohnraummietrecht ein noch eingeschränkterer Haftungsausschluss wie folgt getextet werden:

- a. Die Garantiehafteung des Vermieters wegen anfänglicher Mängel der Mietsache, die bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden waren, wird ausgeschlossen.
- b. Dieser Haftungsausschluss zu a. greift nicht ein, soweit der Vermieter
 - aa. die Mangelfreiheit der Mietsache oder eine bestimmte Eigenschaft zugesichert,
 - bb. einen Mangel arglistig verschwiegen hat.
- c. Die Haftung des Vermieters ist beschränkt auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, wenn der Vermieter keinen Ersatz von einem Dritten (z.B. Versicherung) zu erlangen vermag und sich ein vertragsuntypisches und praktisch nicht vorhersehbares Risiko realisiert (z.B. Einlagerung wertvoller Sachen).

63 Für eine Abwälzung bzw. Übertragung OLG Saarbrücken, NJW-RR 1997, 249; dagegen OLG Dresden, NJW 1997, 395; Stornel, MietR, 3. Aufl. 1988, II Rz. 376; eingeschränkt und vorsichtig vorgehend

Bub/Treier/Bub, II Rz. 460; grundsätzliche Bedenken äußernd Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020.

64 Hensen, NZM 1999, 151, 154f.; so auch Fritz, NZM 2002, 713, 717.

65 Ähnlich Fritz, NZM 2002, 713, 717; Lützenkirchen, Klauselvorschlag S. 151 und Erläuterungen S. 151ff; eingehend Bub/Treier/Bub, II Rz. 525f.; Bub/Treier/Kraemer, III Rz. 1293 jeweils m.w.N.; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1021; Joachim, Wohnraummietvertrag, Rz. 284f zum Haftungsausschluss und zur Individualvereinbarung.

- d. Diese Haftungsbeschränkung zu c. greift nicht ein bei Schäden aus der Verletzung des Lebens, Körpers, der Gesundheit, Freiheit oder sexuellen Selbstbestimmung des Mieters, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Vermieters oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Vermieters beruhen.
- e. Der Vermieter ist zum Abschluss einer Haus- und Grundeigentümerhaftpflichtversicherung verpflichtet.

4. Eventueller Verstoß gegen das Transparenzgebot

Bei Durchsicht der vorstehenden Klauselvorschläge erhebt sich die berechtigte Frage, was überhaupt nach den mannigfaltigen Ausschlussformeln noch an rechtlich relevanter Substanz verbleibt, die durch Formulklauseln einer Gestaltung in Form einer Haftungsfreizeichnung zugänglich ist. Im Kern ist eine Haftungsfreizeichnung für vertragsuntypische Schäden⁶⁶ und im Ergebnis nicht vorhersehbare, mithin außergewöhnliche Schadensverläufe denkbar, diskutierbar und vertraglich vereinbar.

Darüber hinaus stellt sich die drängende Frage, ob eine derart umfangreiche und komplizierte Klausel mit ihren „verästelten Formulierungen“ und „Freistellungen von der Freizeichnung“ dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügt.⁶⁷ Es mag trefflich darüber gestritten werden, ob die Klausel das Gebot der Klarheit und der Deutlichkeit noch erfüllt und ob derartige Haftungsausschlussregelungen in sich verständlich sind.

Der Anwendungsbereich des Transparenzgebots ist derzeit nicht klar, geschweige denn abschließend konturiert. Nach dem Konzept des SMG-Gesetzgebers können selbst Preis- und Leistungsabreden gegen das Transparenzgebot verstoßen, § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 BGB. Weitreichende und differenzierte Mietzahlungsbestimmungen, z.B. für die Nutzung bestimmter Bereiche der Mietsache und/oder deren Nutzung zu unterschiedlichen Tages- oder Saisonzeiten greift ein verschieden ausdifferenziertes Mietzahlungssystem, können u.U. gegen das Transparenzgebot verstoßen. Über eine differenzierte Nutzungsregelung der Mietsache meint mancher Vermieter – zumindest tatsächlich –, seine Haftung für Risiken der Mietsache reduzieren, in jedem Fall überschaubarer gestalten zu können. Beispielsweise sei an große Freizeit- und Ferienparks, Hotel- bzw. Clubanlagen mit Spiel-, Sport- und Freizeiteinrichtungen gedacht. Zu detaillierte Nutzungs- und Entgeltsysteme können gegen das Transparenzgebot verstoßen. Zugleich können sie eine unzulässige – faktische Nutzungsbegrenzung des Vermieters nach sich ziehen.⁶⁸

Unter Beachtung des Transparenzgebots ist der Verwender verpflichtet, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners klar und verständlich darzustellen. Letzterer soll bei Vertragsabschluß sich hinreichend über Art und Ausmaß der Vertragsbedingungen informieren, vor allem seine künftigen finanziellen Verbindlichkeiten nachvollziehen und einordnen können. Für diesen Informations- und Wertungsakt kommt es an auf die Auffassungsgabe des juristisch nicht ausgebildeten Durchschnittsmieters.⁶⁹ Mithin stellt die Transparenzkontrolle darauf ab, ob begründete Zweifel hinsichtlich der Verständlichkeit und Klarheit beim aufmerksamen, sorgfältigen Durchschnittsmieter, welcher Nichtjurist ist, verbleiben.

⁶⁶ BGH, NJW 1985, 3016; OLG Naumburg, NZM 2000, 1183; Bub/Treier/Kraemer, III Rz. 1293; Fritz, NZM 2002, 713, 717; Palandt/Weidenkaff, § 536 a Rz. 7; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz 49.

⁶⁷ Diese Frage wirft ausdrücklich Fritz auf, NZM 2002, 713, 714, 717; zum Transparenzgebot AnwKomm/Heinrichs, § 307, Rz. 8; ders., NZM 2003, 6,7; Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 16ff.; Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 108; Kappus, NZM 2002, 761, 762ff, insb. 767; Schumacher, NZM 2003, 13.

⁶⁸ BGHZ 146, 138 = NJW 2001, 751,752; Schmitz/Reischauer, NZM 2002,1019,1020.

⁶⁹ BGHZ, 106, 259; 146, 138, 142 = NJW 2001, 751, 752; Stempel, Partner im Gespräch (PiG) 55 (1989), S. 79, 86; Fritz, NZM 2002, 713, 714; Kappus, NZM 2002, 761, 767.

Maßstab ist der auch im angloamerikanischen Recht verwendete „reasonable-man-test“⁷⁰, und zwar vorliegend in der Ausprägung des „reasonable tenant“; diese Wertungs- bzw. „Lehrformel“, eher vielleicht „Leerformel“ des (Rechts)Gefühls, füllt der streitentscheidende Richter im Einzelfall aus. Nicht nur der Nichtjurist vermag den Terminus der Kardinalspflicht nicht ohne weiteres zu verstehen.⁷¹

Das befassete Gericht muss „auf die vertragstypischen Gerechtigkeitserwartungen des redlichen Geschäftsverkehrs abstellen und für den Vertragstyp ein normatives Leitbild herausarbeiten“.⁷² Der komplexe, überaus schwierige Wertungsakt des Streitentscheiders erhellt durch derartige dehnbare, unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. juristische Begründungsformeln.

Die weitere juristische Diskussion kann zur Schaffung von Rechtsklarheit und Transparenz bei Festlegung der Reichweite der grundsätzlich eingeschränkten Haftungsfreizeichnung im Mietrecht beitragen. Wie so oft, gebührt auch hier einer höchstrichterlichen Klärung besondere Beachtung. Mit den erwähnten Entscheidungen beeinflusst die Rechtsprechung nachhaltig die neue Rechtslage und die weitere wissenschaftliche Diskussion. Die Lehre vermag ihrerseits Einfluss auszuüben.

5. Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Formulklauseln, § 305 b BGB (= § 4 AGBG a.F.). Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB (= § 1 Abs. 2 AGBG a.F.). Fraglich könnte sein, ob es „gerichts feste“ Individualabmachungen überhaupt gibt.

Beispielsweise ist von einer Individualvereinbarung im Mietrecht⁷³ dann auszugehen, wenn

- a. die Parteien gesonderte Abreden über im Formalmietvertrag nicht festgelegte Sachverhalte treffen und dies in einem Anhang, einem Zusatz- oder Ergänzungsvertrag enthalten ist, welcher seinerseits nicht vorformuliert sein darf;
- b. die Parteien hinsichtlich im AGB-Vertrag erfasster Sachverhalte abweichende Regelungen treffen.⁷⁴

Um im konkreten Einzelfall vom Vermieter für wichtig erachtete Haftungsbegrenzungen wirksam vereinbaren zu können, sollte dieser den „sicheren Weg“ und damit eine individuelle Vertragsregelung auswählen.⁷⁵ Dies gilt insbesondere im gewerblichen Mietrecht bei den hier vielfach anzutreffenden Vermietungen von Spezial- bzw. Großimmobilien, bspw. Hotels,⁷⁶ Erlebnisgastronomie, Sportstadien, Veranstaltungsräumlichkeiten und Einkaufszentren.⁷⁷ Durch eine korrespondierende Gestaltung der Miethöhe können – schwerpunktmäßig im gewerblichen Mietrecht – Haftungsbeschränkungen ihre Rechtfertigung finden. Eine Literaturstimme verweist darauf, dass eine Individualvereinbarung vorliegt, wenn die Miete zum Ausgleich für die Übernahme der Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten entsprechend reduziert wird.⁷⁸ Art und Umfang der Vermieterpflichten sind durch Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen zu strukturieren. Diese Rechtsgestaltung kann m.E. auf Haftungsbeschränkungen im Grundsatz übertragen werden. Der BGH hat dies in dem aktuellen Fall bei der Schadstoffbelastung von Mieträumen auf einem ehemaligen Kasernengelände grundsätzlich für möglich erachtet.

70 Joachim, The Reasonable Man in German and U.S. Commercial Law, in: Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 14 (1992), 341ff..

71 Bub/Treier/Bub, II Rz. 514, 525; zu den Vermieterpflichten PiG 2003 mit entsprechenden Beiträgen.

72 Palandt/Heinrichs, § 307 Rz. 32; Staudinger/Coester, BGB, 13. Aufl. 1993ff, § 9 AGBG Rz. 204.

73 Dazu näher Bub/Treier/Bub, II Rz. 373ff.

74 Bub/Treier/Bub, II Rz. 377; ders., PiG 20, 49.

75 Zu Individualabreden in der Formularpraxis des Wohnraummietrechts Lützenkirchen, Wohnraummiete, 2002, Grundmuster Wohnungsmietvertrag; Joachim, Wohnraummietvertrag, 2002, Muster 1, Rz. 284ff., Rz. 508ff., 512; allg. Palandt/Heinrichs, § 305 b Rz. 2ff.; Bub/Treier/Bub, II Rz. 373ff..

76 Joachim, NWB 1994, 2841, 2848; ders., NZM 2001, 162.

77 Joachim, NZM 2000, 785.

78 Bub, NZM 1989, 789, 793; Bub/Treier/Bub, II Rz. 460ff..

Bekanntlich hat der BGH hier den formularmäßigen Ausschluss der Gewährleistung für anfängliche Mängel akzeptiert.⁷⁹ Zumindest im gewerblichen Mietrecht sollte diese Möglichkeit angewendet werden. Im Wohnraummietrecht sollte sie behutsam diskutiert und sodann berücksichtigt werden.

Die Haftungsfreizeichnung kann nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen vorgenommen werden. Die Europarechtlichen Vorgaben, welche im SMG und SchadÄG ihren besonderen Ausdruck erfahren haben, sind im gewerblichen Mietrecht und im Wohnraummietrecht im Grundsatz zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hat der Klauselverwender stets dem Verbot des Haftungsausschlusses bei Integritätsverletzungen und des Schutzes höchstpersönlicher Rechtsgüter sowie der Auswirkungen des Transparenzgebots⁸⁰ genügend Aufmerksamkeit zu widmen.

Auch Individualabreden müssen im Einklang mit Recht und Gesetz stehen. Unter Beachtung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit gem. § 311 Abs. 1 BGB sind die allgemeinen Rechtsschranken und Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB zu beachten, welche die Haftungsausschlüsse und –begrenzungen im Mietrecht zumindest dem Grundsatz nach – in eingeschränkter Form - zulassen.

VI. Ergebnis und Ausblick

Der kritische Teilnehmer am „Mietrechts-Verkehr“ fragt sich, nicht zuletzt nach Inkrafttreten der großen Rechtsreformen: „Was geht überhaupt noch“?, „Inwieweit kann die Vermieter-Haftung noch be- bzw. eingeschränkt werden“?

Mietrechtliche Haftungsausschluss- und –begrenzungsklauseln zugunsten des Vermieters werden zukünftig kritischer von Judikatur und Jurisprudenz bewertet. Unter Beachtung EU-rechtlicher Vorgaben lassen das MRG, SMG und SchadÄG nur noch eingeschränkte Freizeichnungen zu. So kann im Grundsatz nur noch die schuldunabhängige Haftung des Vermieters formularmäßig ausgeschlossen werden. Bei Integritätsverletzungen scheidet eine Freizeichnung auch für leichte Fahrlässigkeit des Vermieters aus. Dies haben aktuelle BGH-Entscheidungen bestätigt. Unter Beachtung des – vor allem EU-rechtlich geprägten - Verbraucherschutzes und eines effektiven Mieterschutzes sind im Mietrecht formularmäßige Regelungen auch vor dem Transparenzgebot, dem Verbot überraschender Klauseln, den Schranken für Pauschalierungen von Schadensersatzansprüchen kritisch zu würdigen. Im gewerblichen Mietrecht mag dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bei Vertragspartnern mit im Ausgangspunkt gleichgelagerter wirtschaftlicher Verhandlungsmacht mehr Flexibilität hinsichtlich Schadensausschluss- und –begrenzung eingeräumt sein. Die Ausgestaltung der Vermieterpflichten können Regelungsräume schaffen. Zu dieser sie vorbereitenden und voranbringenden Diskussion wird in Form eines dauerhaften Dialogs aufgerufen. Die weitere Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur bleibt spannend und abzuwarten.

Bei wichtigen und zugleich kritischen Regelungspassagen sollte die kautelarjuristische Mietvertragspraxis verstärkt auf Individualabreden setzen und auch auf diese Weise mehr Vertragsfreiheit wagen.

79 BGH, NZM 2002, 784; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019.

80 So etwa Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 103ff.; Emmerich, NZM 2002, 362; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535, Rz. 77 f.; Kossmann, S. 5ff., 16ff..