

Grenzen der Abwälzung der Instandhaltungspflicht des Gewerberaummieters

I. Gesetzliche Regelung der Instandhaltungspflicht

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Kommt der Vermieter dieser gesetzlichen Pflicht nicht nach, kommen Gewährleistungsansprüche nach den §§ 536 ff. BGB in Betracht¹.

Damit hat das zum 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz² die frühere Vorschrift des § 536 BGB a.F. unverändert übernommen. Schon zu dieser früheren gesetzlichen Regelung hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Instandhaltungspflicht des Vermieters auch die zum vertragsgemäßen Gebrauch erforderlichen Schönheitsreparaturen umfasst³. Soweit eine Instandhaltung und als Teil davon die Schönheitsreparaturen notwendig sind, um den vertragsgemäßen Gebrauch zu erhalten, sind diese nach der gesetzlichen Regelung also vom Vermieter durchzuführen. Daraus folgt aber zugleich, dass Instandhaltungsarbeiten und Schönheitsreparaturen erst dann geschuldet sind, wenn zur Wahrung des vertragsgemäßen Gebrauchs ein Bedarf dafür besteht. Indem der Gesetzgeber § 536 BGB a.F. in

¹ Zur Abgrenzung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 201 ff.

² vom 19. Juni 2001 (BGBl I S. 1149)

Kenntnis dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unverändert als § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in das neue Mietrecht übernommen hat, hat er auch diese Auslegung der gesetzlichen Regelung gebilligt. Der Bundesgerichtshof hat die Vorschrift des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB deswegen auch in seiner neueren Rechtsprechung entsprechend ausgelegt⁴.

Durch diese Regelung hat der Gesetzgeber ein Leitbild geschaffen, das bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung zu beachten ist. Dieses Leitbild läuft darauf hinaus, dass der Vermieter Instandhaltungsarbeiten und Schönheitsreparaturen dann durchzuführen hat, wenn dies zur Wahrung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache erforderlich ist⁵. Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall beantwortet werden. Der Umfang der Instandhaltungspflicht orientiert sich einerseits an dem vertraglich vereinbarten Zweck und kann sich deswegen in Fällen der Wohnraummiete und der Gewerberaummiете (z.B. einer Lagerhalle) stark unterscheiden. Andererseits hängt er auch vom individuellen Erhaltungsstand der Mietsache ab. Zugleich folgt aus diesem gesetzlichen Leitbild aber auch, dass der wirtschaftliche Wert der Instandhaltungspflicht grundsätzlich als Gegenleistung für die geschuldete Gebrauchsgewährung in die Miete eingeflossen ist. Für den preisgebundenen Wohnungsbau gibt § 28 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnung⁶ einen Anhalt für mögliche Kosten der Instandhaltung und der Schönheitsreparaturen. Im Einzelfall ist aber stets zu prüfen, ob sich solche zusätzlichen Kosten am Markt durchsetzen lie-

³ BGHZ 92, 363, 367 f. = NJW 1985, 480, 481

⁴ BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772 [zum Gewerberaummietrecht] und BGH Urteil vom 23. Juni 2004 - VIII ZR 361/03 - NJW 2004, 2586, 2587 [zur Wohnraummiete]

⁵ Vgl. auch Beyer NJW 2008, 2065

⁶ Die zweite Berechnungsverordnung – II. BV in der Fassung vom 12. Oktober 1990, BGBl I Seite 2178

ßen oder ob die Miete ohne Rücksicht auf die gesetzliche Verpflichtung des Vermieters zur Instandhaltungspflicht vereinbart worden ist.

II. Abweichende mietvertragliche Praxis

Schon früh hatte der Bundesgerichtshof auf eine von diesem gesetzlichen Leitbild abweichende mietrechtliche Praxis hingewiesen, die zu einer Verkehrssitte geworden sei. Denn in der weit überwiegenden Anzahl aller Mietverträge wurde jedenfalls die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen vertraglich auf den Mieter übertragen⁷. Der Gesetzgeber hat diese mietrechtliche Praxis bei der Neuregelung des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz vorgefunden und in Kenntnis dessen die frühere gesetzliche Regelung des § 536 BGB a.F. unverändert übernommen. Abweichende Vereinbarungen hat er – anders als z. B. in § 536 Abs. 4 BGB – gerade nicht für unwirksam erklärt. Dies spricht eindeutig dafür, dass er die mietrechtliche Praxis als im Einklang mit dem gesetzlichen Leitbild des Mietrechts stehend akzeptiert und die Vorschrift des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB über die Durchführung der Instandhaltungspflicht und der Schönheitsreparaturen als grundsätzlich disponibel ausgestaltet hat⁸. Das gesetzliche Leitbild des Mietvertrages steht einer vertraglich vereinbarten Übertragung der Instandhaltungspflicht und der Schönheitsreparaturen auf den Mieter somit grundsätzlich nicht entgegen.

Hat der Mieter vertraglich die Instandhaltungspflicht oder die Durchführung der Schönheitsreparaturen übernommen, ist die Miete nur noch Gegenleistung für die dem Vermieter verbliebenen Pflichten, etwa die Pflicht zur

⁷ vgl. schon BGHZ 92, 363, 368 = NJW 1985, 480, 481 [zur Wohnraummiete]

⁸ BGH Urteile vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772 und vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006 [zur Gewerberaummiете]

Gebrauchsüberlassung. Die Kosten der Instandhaltung sind dann also nicht in die vereinbarte Miete einkalkuliert.

III. Individualvertragliche Vereinbarungen

Weil die gesetzliche Regelung über die Durchführung der Instandhaltungspflicht in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB – wie ausgeführt - grundsätzlich dispositiv ist, steht sie einer abweichenden einzelvertraglichen Vereinbarung regelmäßig nicht entgegen. Eine individualvertragliche Übertragung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter ist somit in aller Regel wirksam.

Sie findet ihre Grenzen erst in den allgemeinen Vorschriften über die Unwirksamkeit einzelvertraglicher Vereinbarungen. Die Individualvereinbarung ist nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB) oder sittenwidrig (§ 138 BGB) ist. Im Rahmen der Sittenwidrigkeit ist allerdings zu beachten, dass der Tatbestand des § 138 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs objektive und subjektive Voraussetzungen enthält. Im gewerblichen Mietrecht, in dem regelmäßig Unternehmer (§ 14 BGB) als Mieter auftreten, indiziert eine objektive Sittenwidrigkeit nicht zugleich die subjektive Sittenwidrigkeit. Eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten muss deswegen im Einzelfall ausdrücklich festgestellt werden⁹. Weitere Grenzen einzelvertraglicher Regelungen ergeben sich aus den Vorschriften über Treu und Glauben (§ 242 BGB) und über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)¹⁰.

⁹ BGH Urteil vom 14. Juli 2004 – XII ZR 352/00 – NJW 2004, 3553

¹⁰ BGH Urteil vom 18. März 2009 - XII ZR 200/06 - zur Veröffentlichung bestimmt

IV. Übertragung der Instandhaltungspflicht durch Formularverträge

1. Disponible Gesetzesregelung

Die gesetzliche Regelung der Instandhaltungspflicht in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist grundsätzlich disponibel. Die von dem gesetzlichen Leitbild abweichende mietrechtliche Praxis, die der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz vorgefunden hatte, beruhte im Wesentlichen auf Formularverträgen. Weil der Gesetzgeber auch dies akzeptiert und auch insoweit keine ausdrücklichen Grenzen gesetzt hat, kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Instandhaltungspflicht grundsätzlich auch im Rahmen eines Formularvertrages wirksam auf den Mieter übertragen werden kann¹¹.

a) Verhältnis zu allgemeinen Schranken

Formularklauseln finden jedenfalls dort ihre Grenzen, wo auch eine Individualvereinbarung unwirksam wäre. Zusätzlich unterliegen sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen weiteren Grenzen nach den §§ 307 ff. BGB. Diese Vorschriften schließen die Anwendbarkeit der §§ 134, 138, 242 und 313 BGB allerdings nicht aus. Verletzt die Formularklausel also ein gesetzliches Verbot, ist sie auch nach § 134 BGB unwirksam.

Auch die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist zwar als *lex specialis* zur Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB anzusehen. Denn die Grenzen einer wirksamen Formularvereinbarung in § 307 BGB sind deutlich eher erreicht als die Grenzen der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Das gilt schon deswegen, weil § 307 BGB im Gegensatz zu § 138 BGB keine subjektive Vorwerfbarkeit ver-

¹¹ BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772 Tz. 15

langt¹². Gleichwohl bleibt daneben für die Anwendbarkeit des § 138 BGB Raum, etwa in Fällen, in denen sich die Unwirksamkeit der Formulklausel nicht aus der unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners, sondern aus anderen für § 307 BGB nicht relevanten Gründen ergibt. Denn während § 138 BGB den Schutz der Rechtsordnung im Blick hat, zielt die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf die Herstellung der Vertragsgerechtigkeit zum Schutz des Vertragspartners¹³.

Weil die von der Rechtsprechung zum Maßstab nach Treu und Glauben entwickelten Grundsätze in die Inhaltskontrolle von Formularvereinbarungen nach § 307 BGB eingeflossen sind, ergibt sich für beide Vorschriften ein gleicher Beurteilungsmaßstab. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es im Falle einer Formulklausel neben der Anwendbarkeit des § 307 BGB also nicht. Nur soweit § 242 BGB weitergehende Rechtsgrundsätze enthält, bleibt die Bestimmung ergänzend zu der allgemeinen Inhaltskontrolle anwendbar. Das gilt u.a. für die auf § 242 BGB zurückzuführende Ausübungskontrolle, die es einer Partei versagt, sich auf eigene Rechte zu berufen, die sie selbst in treuwidriger Weise herbeigeführt hat¹⁴.

b) Instandhaltung und Instandsetzung

Unter den Kosten der Instandhaltung hat der Bundesgerichtshof - vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen der Parteien - in Anlehnung an § 28 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) die Kosten verstanden, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung

¹² BGH Urteil vom 18. September 1997 - IX ZR 283/96 - NJW 1997, 3372, 3374

¹³ Erman/Roloff BGB 12. Aufl. vor § 307 bis 309 Rdn. 11

¹⁴ BGH Urteil vom 19. Dezember 2007 - XII ZR 13/06 - NJW 2008, 1148, 1150

entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Bei den Instandsetzungskosten handelt es sich in der Regel um Kosten aus Reparatur und Wiederbeschaffung¹⁵.

Die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB ist gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB allerdings auf Klauseln beschränkt, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung unterliegen ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt der gesetzlichen Inhaltskontrolle, weil das Gesetz den Vertragsparteien grundsätzlich freistellt, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen¹⁶. Das gilt aber nicht für vorformulierte, vom dispositiven Recht abweichende Nebenabreden zur Instandhaltungspflicht. Denn sie enthält eine Abänderung der sich aus den § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Vertragspflicht des Vermieters, die Mietsache auf seine Kosten in gebrauchsfähigem Zustand zur Verfügung zu stellen und zu erhalten¹⁷.

2. Abgrenzung zur Individualvereinbarung

Vertragliche Vereinbarungen zur Übertragung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter unterliegen somit unterschiedlichen Grenzen, je nach dem, ob es sich um eine Individualvereinbarung handelt oder ob die Vereinbarung eine Allgemeine Geschäftsbedingung bildet. Um die Wirksamkeit der Vereinbarung prüfen zu können ist deswegen stets vorab zu klären, ob eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder eine Individualvereinbarung vorliegt.

a) Allgemeine Geschäftsbedingung

¹⁵ BGH Urteile vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84 Tz. 24 [zum Gewerberaummietrecht] und vom 7. April 2004 - VIII ZR 146/03 - NJW-RR 2004, 877 [zum Wohnungsmietrecht]; vgl. auch Langenberg Schönheitsreparaturen Instandsetzung und Rückbau 3. Aufl. Teil 2 Rdn. 24

¹⁶ BGHZ 91, 316, 318

¹⁷ BGHZ 108, 1, 4 [zu Schönheitsreparaturen]

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Die Vertragsbedingungen müssen also für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt worden sein. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann der Fall, wenn eine Verwendung für mindestens drei Verträge beabsichtigt ist¹⁸. Ist dies beabsichtigt, gelten die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB allerdings bereits im ersten Verwendungsfall. Auf die Anzahl der Verwendungen kommt es nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nur dann nicht an, wenn ein Unternehmer (§ 14 BGB) eine vorformulierte Vertragsklausel gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB) benutzt und dieser wegen der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen kann.

Allgemeine Vertragsbedingungen liegen nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Dies kann sich ausdrücklich aus der vertraglichen Vereinbarung aber auch aus den Gesamtumständen des Einzelfalles ergeben. Wenn die Parteien etwa mit der Grundreinigung eines Teppichbodens einen Teil der Schönheitsreparaturen¹⁹ ausdrücklich individuell vereinbart haben, erstreckt sich die individuelle Vereinbarung auch darauf, dass es im Übrigen bei der vom Vermieter vorgesehenen Regelung verbleibt. Die individuelle Vereinbarung der Parteien umfasst dann die gesamte Regelung zur Übertragung der Schönheitsreparaturen mit der Folge, dass insoweit keine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt²⁰. Wurde eine Vertragsklausel aus einem Formularvertrag individuell ausgehandelt, ist nur diese als Individualvereinbarung zu be-

¹⁸ BGH Urteil vom 11. Dezember 2003 - VII ZR 31/03 - NJW 2004, 1454 Tz. 17 f.

¹⁹ vgl. insoweit BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 15/07 - NJW 2009, 510 f.

²⁰ BGH Urteil vom 18. März 2009 - XII ZR 200/06 - zur Veröffentlichung bestimmt

handeln, während es im Übrigen bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbleibt.

b) Vorrang der Individualabrede

Haben die Parteien zu einer vertraglichen Vereinbarung sowohl eine Allgemeine Geschäftsbedingung als auch eine Individualabreden getroffen, hat nach § 305 b BGB stets die Individualabrede Vorrang vor der Allgemeinen Geschäftsbedingung. Das ist auch dann der Fall, wenn die Individualvereinbarung nachträglich mündlich geschlossen wurde. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Parteien eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigt haben oder sich der Kollision mit der Allgemeinen Geschäftsbedingung bewusst geworden sind²¹. Wäre die Formulklausel nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam, hat dies also keinen Einfluss auf die Wirksamkeit einer zusätzlich getroffenen Individualvereinbarung über denselben Vertragsgegenstand²².

c) Überraschende und mehrdeutige Klauseln

Allgemeine Vertragsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden²³. Die Auslegung nach objektiven Kriterien ist deswegen erforderlich, weil mangels Vereinbarung kein übereinstimmender Wille der Parteien vorliegt. Wenn der Vertragspartner des Verwenders schon keinen Einfluss auf den Inhalt der Formulklausel hat, kann - anders als bei der Auslegung von Individualvereinbarungen - nicht auf seinen Willen abgestellt

²¹ BGHZ 164, 133, 136 = NJW 2006, 138, 139

²² BGH Urteil vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 71/08 - zur Veröffentlichung bestimmt

²³ BGH Urteile vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772 Tz. 14 und vom 25. Juli 1992 - IX ZR 24/92 - NJW 1992, 2629

werden. Wie die vom Verwender vorgegebene Vertragsklausel zu verstehen ist, ergibt sich vielmehr allein aus objektiven Umständen. Dies ist auch deswegen geboten, weil dieselbe Allgemeine Geschäftsbedingung gegenüber verschiedenen Vertragspartnern benutzt werden soll.

Bleiben nach der Auslegung anhand objektiver Kriterien, insbesondere also nach dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang mit anderen Vertragsklauseln Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, gehen diese nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Ist die Klausel folglich mehrdeutig, ohne dass die Möglichkeit besteht, die Mehrdeutigkeit im Rahmen der objektiven Auslegung zu beseitigen, greift die Auslegungsregel des § 305 c Abs. 2 BGB. Wenn eine der Auslegungsvarianten gegen die Klauselverbote der §§ 307 ff. BGB verstößt, führt dies zu der kundenfeindlichsten Variante und damit zur Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung²⁴.

d) Überraschende Klausel

Ergibt die Auslegung einer Formulklausel oder eine von mehreren Auslegungsmöglichkeiten eine Vereinbarung, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihr nicht zu rechnen brauchte, ist diese nicht Vertragsbestandteil geworden (§ 305 c Abs. 1 BGB)²⁵. Auch insoweit gilt im Zweifel die für den Vertragspartner des Verwenders ungünstigste Auslegung, mit der Folge, dass die Vereinbarung nicht wirksam ist und nach § 306 Abs. 2 BGB an ihre Stelle die gesetzliche Regelung tritt.

²⁴ BGH Urteile vom 23. April 2008 - XII ZR 62/06 - NJW 2008, 2497, 2498 und vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05 - NJW 2008, 2254, 2255

²⁵ BGH Urteil vom 12. Juli 2007 – VII ZR 154/06 – NJW 2007, 3423

3. Besondere Klauselverbote

Handelt es sich bei einer vertraglichen Vereinbarung um Allgemeine Geschäftsbedingungen, ist ihr Inhalt durch die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB) und die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) begrenzt. Für die Übertragung der Instandhaltungspflicht auf den Gewerberaummietter ist insbesondere § 309 Nr. 12 BGB zu beachten, der eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Teils ändert, für unwirksam erklärt.

Diese besonderen Klauselverbote finden nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB allerdings keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Unternehmer ist nach § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Diese Voraussetzungen sind im Rahmen des Gewerberaummietrechts regelmäßig gegeben. Denn Gewerberaum wird grundsätzlich im Rahmen der Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des Mieters angemietet. Die besonderen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB sind deswegen im Gewerberaummietrecht regelmäßig nicht anwendbar²⁶.

4. Allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB

a) Prüfungsumfang

Obwohl die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB im Gewerberaummietrecht regelmäßig nicht anwendbar sind, schließt dies nicht aus, eine ent-

²⁶ vgl. auch Erman/Roloff BGB 12. Aufl. § 307 Rdn. 35 ff.

sprechende formularvertragliche Klausel nach den Maßstäben der allgemeinen Inhaltskontrolle des § 307 BGB zu prüfen. Denn die besonderen Klauselverbote stellen eine konkretisierte Ausgestaltung des allgemeinen Benachteiligungsverbots des § 307 BGB dar²⁷. Unter dessen weiteren Voraussetzungen finden entsprechende Verstöße auch im Geschäftsverkehr ihre Grenzen.

b) Prüfungsmaßstab

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche unangemessene Benachteiligung kann sich schon daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). In solchen Fällen ist allerdings zunächst vorrangig zu prüfen, ob die Allgemeine Geschäftsbedingung in der nach § 305 c Abs. 2 BGB verwenderfeindlichsten Auslegung überhaupt Vertragsbestandteil geworden ist (§ 305 c Abs. 1 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Formularbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist (§ 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Nach diesem Maßstab müssen Formulklauseln also klar und verständlich sein und sich an den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, mithin an dem gesetzlichen Leitbild, messen lassen. Je weiter sich die Formulklausel vom gesetzlichen Leitbild entfernt, desto mehr nähert sie sich der unangemessenen Benachteiligung i.S. des § 307 BGB. Die Verpflichtung zur Instandhal-

²⁷ BGH Urteil vom 27. Juni 2007 – XII ZR 54/05 – NJW 2007, 3421

tung und Instandsetzung kann bei der Gewerberaummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind²⁸ (vgl. unten 5 d).

5. Einzelne Formularklauseln

a) Kombination von turnusmäßigen Schönheitsreparaturen und Endrenovierungsklausel

Zum Wohnraummietrecht vertritt der Bundesgerichtshof bereits seit längerem die Auffassung, dass eine Regelung in einem Formularvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparaturen bei Vertragsende renoviert zu übergeben, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 BGB unwirksam ist. Die unzulässige Kombination führt zur Unwirksamkeit sowohl der Endrenovierungsklausel als auch der Klausel, die die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter regelt²⁹. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folgezeit auch auf die Geschäftsraummiete übertragen³⁰.

Zwar kann die Instandhaltungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB als disponibles Recht grundsätzlich auch durch Formularvertrag auf den Mieter übertragen werden. Dabei ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1

²⁸ BGH Urteile vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84 Tz. 24 und vom 25. Februar 1987 - VIII ZR 88/86 - NJW-RR 1987, 906; vgl. auch Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1080; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 370; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 535 Rdn. 77 m.w.N.; Langenberg Schönheitsreparaturen Instandsetzung und Rückbau 3. Aufl. Teil 2 Rdn. 36; Fritz Gewerberaummietrecht 4. Aufl. Rdn. 183

²⁹ BGH Urteile vom 25. Juni 2003 - VIII ZR 335/02 - NZM 203, 755, vom 14. Mai 2003 - VIII ZR 203/02 - NJW 2003, 2234, 2235 und vom 3. Juni 1998 - VIII ZR 317/97 - NJW 1998, 3114, 3115

³⁰ BGH Urteile vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006, 2007 f.

BGB aber der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung zu beachten. Wenn die Übertragung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter also im Einzelfall gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstößt, ist sie unangemessen und damit unwirksam.

Das ist bei einer Kombination turnusmäßig vorzunehmender Schönheitsreparaturen mit einer Endrenovierungsklausel regelmäßig der Fall. Denn die Regelung entfernt sich weiter als erforderlich vom gesetzlichen Leitbild und führt zu einer zusätzlichen Verschärfung der vertraglichen Pflichten zu Lasten des Mieters. Er müsste dann eine Endrenovierung vornehmen unabhängig davon, wann die letzte Schönheitsreparatur erfolgt ist und ob überhaupt ein Bedarf hierfür besteht. Eine so weitgehende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages hat der Bundesgerichtshof für nicht mit § 307 BGB vereinbar erachtet. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die vereinzelt Besserstellungen des Wohnraummieters gegenüber einem Gewerberaummieter nicht den Schluss zulasse, das Gesetz habe den Mieter von Geschäftsräumen generell weniger vor belastenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen wollen. Zwar könne ein Geschäftsraummieter mit den Risiken eines Mietvertrages besser vertraut sein als ein Wohnungsmieter. Die Problematik einer Endrenovierung stelle sich aber erst am Ende einer bei der Geschäftsraummieter häufig langen Vertragsdauer. Auch der nicht besonders erfahrene Geschäftsraummieter gehe deswegen bei Vertragsschluss nicht von einer entsprechenden Endrenovierungsverpflichtung aus. Selbst wenn er diese Problematik erkenne, könne nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass er nach der örtlichen Marktsituation eine solche Klausel abwenden könne. Ob der Gewerberaummieter die Kosten

einer Endrenovierung in die Preise für seine Waren- und Dienstleistungen ein-kalkulieren könne, stehe ebenfalls nicht fest³¹.

Für zulässig hat der Bundesgerichtshof allerdings Abgeltungsklauseln erachtet, die bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Zahlung unter Berücksichtigung des Erhaltungszustands nach der letzten Schönheitsreparatur festlegen³². Auch das wird im Gewerberaummietrecht nicht anders zu beurteilen sein.

b) Schönheitsreparaturen mit starren Fristen

Für das Wohnraummietrecht hatte der Bundesgerichtshof Allgemeine Geschäftsbedingungen, mit denen Schönheitsreparaturen nach einem "starren" Fristenplan auf den Mieter übertragen wurden, für unwirksam erachtet, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und ihm eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als sie den Vermieter ohne eine solche vertragliche Klausel treffen würde³³. Ausnahmen sind nur für solche Formulklauseln geboten, die eine Renovierung innerhalb bestimmter Fristen nur für den Regelfall vorsehen, diese aber vom tatsächlichen Erhaltungszustand abhängig machen³⁴.

Die Übertragung von Schönheitsreparaturen nach einer starren Fristenregelung beschränkt sich nicht darauf, die sonst dem Vermieter obliegende Instandhaltungspflicht auf den Mieter zu übertragen. Denn der Vermieter wäre im Rahmen des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet, wenn dies zur Wahrung des vertragsgemäßen Gebrauchs geboten wäre. Mit der Aufnahme starrer Fristen wird über die Über-

³¹ BGH Urteil vom 6. April 2005 – XII ZR 308/02 – NJW 2005, 2006 Tz. 26

³² BGH Urteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06 - NJW 2007, 879 Tz. 12

³³ BGH Urteil vom 23. Juni 2004 - VIII ZR 361/03 - NJW 2004, 2586, 2587

³⁴ BGH Urteile vom 13. Juli 2005 - VIII ZR 351/04 - NJW 2005, 3416 und vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06 - NJW 2007, 3632 f.

tragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter hinaus eine Regelung geschaffen, die dem Mieter deutlich mehr abverlangt, als der Vermieter ohne die vertragliche Vereinbarung leisten müsste.

Schließlich ist eine solche vertragliche Vereinbarung auch nicht durch ein schutzwürdiges Interesse des Vermieters gerechtfertigt. Soweit der Vermieter wegen der nicht in die Miete einkalkulierten Kosten und zur Außendarstellung seines Mietobjekts daran interessiert ist, dass der Mieter die übernommenen Schönheitsreparaturen auch tatsächlich durchführt, geht dieses Interesse nicht über den am Zustand des Mietobjekts orientierten Renovierungsbedarf hinaus. Ein legitimes Interesse des Vermieters, Beweisschwierigkeiten in einem möglichen Rechtsstreit zu vermeiden, ist auf andere Weise hinreichend geschützt. Wenn die Formularklausel eine Fristenregelung nur für den Regelfall vorsehen und Ausnahmen nach dem Erhaltungszustand zulassen würde, träfe den Mieter die Beweislast, dass entgegen der im Vertrag genannten Frist noch kein Renovierungsbedarf besteht. Weil das Klauselverbot des § 309 Nr. 12 BGB im Gewerberaummietrecht regelmäßig nicht gilt (§ 310 Abs. 1 BGB), könnte der Vermieter sein berechtigtes Interesse auch durch eine derart eingeschränkte Formularklausel hinreichend schützen³⁵.

c) Isolierte Endrenovierung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs benachteiligt eine formularvertragliche Endrenovierungspflicht des Mieters, die unabhängig vom Zustand der Wohnung geschuldet ist, den Mieter auch dann entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 307 Abs. 1 BGB) wenn der Mieter während der Vertragslaufzeit nicht zur Instandhaltung verpflichtet war. Denn eine solche Vertragsklausel kann dazu führen, dass der Mieter im Falle der Kündigung des Ver-

³⁵ vgl. BGH Urteil vom 22. Oktober 2008 - VIII ZR 283/07 - NJW 2009, 62 f.

trages auch dann zu einer vollständigen Renovierung verpflichtet ist, wenn er die Wohnung zuvor ohne vertragliche Verpflichtung renoviert hatte und ein Bedarf zu erneuten Schönheitsreparaturen noch nicht gegeben ist³⁶. Gleiches kann sich ergeben, wenn eine Instandhaltung nach besonders kurzer Vertragszeit noch nicht erforderlich ist.

Ob diese Rechtsprechung grenzenlos auf das Gewerberaummietrecht übertragbar ist, kann zweifelhaft sein. Denn sie knüpft an das unvorhersehbare Vertragsende infolge der Kündigung einer Vertragspartei an. Sieht ein Gewerberaummietvertrag ebenfalls eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vor, scheint zwar keine Abweichung von der Rechtsprechung zum Wohnraummietrecht angebracht. Mietverträge über Gewerberäume werden aber häufig für eine feste Zeit abgeschlossen. Der Mieter weiß dann seit Vertragsbeginn wann das Mietverhältnis endet und kann den Umfang seiner Instandhaltung darauf einrichten. Wenn zudem die Vertragsdauer im Einklang mit dem Renovierungsbedarf steht und dies bereits bei Vertragsschluss absehbar ist, könnte eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben i.S. des § 307 Abs. 1 BGB ausscheiden. Dem Mieter würde lediglich eine Instandhaltungspflicht auferlegt, die sonst auch den Vermieter treffen würde und die bei der Bemessung der Miete berücksichtigt werden kann. Dem steht in solchen Fällen nicht die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung entgegen. Denn wenn der Vermieter den Grund für die außerordentliche Kündigung durch den Mieter gesetzt hat, bleibt dem Mieter ein Anspruch auf Schadensersatz; wenn der Mieter selbst den Kündigungsgrund gesetzt hat, dürfte es an einer unangemessenen Benachteiligung i.S. des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB fehlen.

d) Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ohne Höhenbeschränkung

³⁶ BGH Urteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 316/06 - NJW 2007, 3776 Tz. 15

Wie schon ausgeführt können bei der Gewerberaummieta nicht nur die Schönheitsreparaturen, sondern auch die Pflichten zur Instandhaltung und Instandsetzung grundsätzlich formularmäßig auf den Mieter übertragen werden. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, werden ihm außerdem die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt. Solche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages benachteiligen den Mieter unangemessen³⁷. Die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist allenfalls wirksam, wenn sie in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen erfolgt. In der Literatur und Rechtsprechung wird hierzu beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete vorgeschlagen³⁸. Dies muss auch für sonstige Instandhaltungskosten gelten, soweit sie sich auf Mängel erstrecken, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters entzogen sind.

³⁷ BGH Urteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84 Tz. 25; Schmidt-Futterer/Langenberg aaO § 538 BGB Rdn. 29

³⁸ BGH Urteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84 Tz. 25 ; Kraemer in Bub/Treier aaO; Fritz aaO Rdn. 183, 229; Bub NZM 1998, 789, 793; Wodicka NZM 1999, 1081; KG NJW-RR 2003, 586

V. Folgen der Unwirksamkeit einer formularvertraglichen Vereinbarung

1. Keine geltungserhaltende Reduktion

Sind einzelne Formulklauseln nach den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, richtet sich der Inhalt des Vertrages insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB).

Verstößt der Inhalt einer einheitlichen Formulklausel nur teilweise gegen die §§ 307 ff. BGB, so führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf eine Formulklausel, die gegen die Vorschriften der §§ 307 ff. BGB verstößt, nicht im Wege der sog. geltungserhaltenden Reduktion auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden³⁹. Um der Gefahr einer Unwirksamkeit der gesamten Klausel zu entgehen und eine Formulklauseln sicher zu gestalten hat Börstinghaus deswegen den Satz geprägt: "Weniger ist mehr!"⁴⁰.

2. Trennung einzelner Bestandteile

Zwar darf eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegen § 307 BGB verstößt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Wege der so genannten geltungserhaltenden Reduktion auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden. Lässt sich eine Formulklausel jedoch nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen

³⁹ BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772 Tz. 32

⁴⁰ Börstinghaus Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Wohnraummietrecht 1. Halbjahr 2009 ZAP Fach 4R Seite 1027

Teils nach der gleichfalls ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich unbedenklich⁴¹. Nur dann ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unbedenklich⁴². Ist eine Formarklausel wegen Verstoßes gegen die §§ 307 ff. BGB unwirksam, muss deswegen stets geprüft werden, ob die Unwirksamkeit die gesamte Regelung erfasst oder ob die Formarklausel in mehrere inhaltlich unabhängige Teile aufgespaltet werden kann (sog. blue-pencil-test)⁴³.

a) Verschiedene Nebenkosten

Im Falle einer unwirksamen Nebenkostenvereinbarung hat der Bundesgerichtshof die Formularvereinbarung zu weiteren Nebenkosten aufrechterhalten. Denn sprachlich verblieb nach Streichung der unwirksamen Regelungsteile ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest. Auch handelte es sich bei den einzelnen Klauselteilen, die jeweils die Übertragung verschiedener Kosten regelten, obwohl sie denselben Sachkomplex betrafen, um nebeneinander stehende, selbständige Regelungsteile, die Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können⁴⁴. Es handelte sich auch nicht nur um unselbständige Beispiele einer umfassenden unwirksamen Regelung. Schließlich stellte der zulässige Klauselrest im Gesamtgefüge des Vertrages auch eine sinnvolle eigenständige Regelung dar⁴⁵.

b) Starre Fristenregelung

⁴¹ BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 – XII ZR 84/06 – NJW 2008, 3772 Tz. 32

⁴² BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 86 Tz. 32 m.w.N.

⁴³ BGHZ 145, 203 = NJW 2001, 292

⁴⁴ BGH Urteile vom 24. März 1988 - III ZR 21/87 - NJW 1988, 2106, 2107; vom 30. September 1987 - VIII ZR 226/86 - NJW 1988, 198, 200 und Beschluss vom 10. September 1997 - VIII ARZ 1/97 – NJW 1997, 3437, 3439

⁴⁵ BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 86 Tz. 33

Im Rahmen einer unwirksamen starren Fristenregelung zur Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter hat der Bundesgerichtshof hingegen eine Aufteilung in einen unwirksamen und einen wirksamen Teil der Regelung abgelehnt⁴⁶. Ist der Umfang der übertragenen Schönheitsreparaturen in Form einer starren Fristenregelung unwirksam, verbleibt für die Verpflichtung des Mieters kein hinreichender Rahmen. Wegen des inneren Zusammenhangs beider Aspekte wäre eine Gesamtregelung sogar dann unwirksam, wenn eine Regelung zur Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter und die für ihre Erfüllung maßgebenden starren Fristen in zwei verschiedenen Klauseln enthalten wären⁴⁷. Schließlich würde sich allein aus einer zulässigen Freizeichnung des Vermieters von den ihn treffenden gesetzlichen Renovierungspflichten noch keine Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen ergeben.

3. Kompensation

Ist eine Formulklausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im freien Wohnungsmarkt nicht zur Möglichkeit einer Mieterhöhung, mit der die Vertragsstörung kompensiert werden könnte. Weder im Rahmen einer gesetzlich vorgesehenen Mieterhöhung noch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB, noch gemäß § 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei die vertraglich vereinbarte Miete anzupassen⁴⁸. Ob dies auf preisgebundenen Wohnraum übertragen werden kann oder ob insoweit eine Anpassung der Miete nach § 10 WoBindG in Betracht kommt, kann hier dahinstehen.

⁴⁶ BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 – XII ZR 84/06 – NJW 2008, 3772 Tz. 33

⁴⁷ BGH Urteil vom 22. September 2004 - VIII ZR 360/03 - NJW 2004, 3775

⁴⁸ BGH Urteil vom 9. Juli 2008 - VIII ZR 181/07 - NJW 2008, 2840 Tz. 10 ff.

Für das Gewerberaummietrecht kann die Frage nach einer Zulässigkeit der Mieterhöhung ebenfalls dahinstehen. Denn die Vorschriften der §§ 557 ff. BGB sind nach § 578 BGB auf Mietverhältnisse über Gewerberäume nicht anwendbar. Im Einklang mit der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Wohnraummietrecht kommen wegen der unwirksamen Instandhaltungspflicht des Mieters auch keine anderen Möglichkeiten zur Anpassung der Miete in Betracht. Wie im Wohnungsmietrecht scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus, weil die für den Fall der Unwirksamkeit einer Formulklausel nach § 306 Abs. 2 BGB vorgesehene gesetzliche Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB keine den typischen Interessen der Vertragspartner widersprechende Regelung darstellt. Der Verwender einer unzulässigen Formularbestimmung muss sich vielmehr mit dieser ungünstigeren gesetzlichen Regelung begnügen, die der ersatzlose Wegfall der von ihm verwendeten unzulässigen Klausel zur Folge hat. Auch eine Anpassung der vertraglichen Vereinbarung über die Miete wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB scheidet wie im Wohnungsmietrecht aus. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage kein Raum, wenn nach der gesetzlichen Regelung derjenige das Risiko zu tragen hat, der sich auf die Störung beruft⁴⁹. Bei der Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen weist § 306 BGB grundsätzlich dem Verwender das Risiko der Unwirksamkeit und der daraus erwachsenden Folgen zu. Daraus folgt, dass er im Falle einer unwirksamen Formulklausel mangels wirksamer Abwälzung der Schönheitsreparaturen gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die Instandhaltungslast in vollem Umfang zu tragen hat.

⁴⁹ BGH Urteile vom 9. Juli 2008 - VIII ZR 181/07 - NJW 2008, 2840, 2842 Tz. 19 und vom 31. Mai 2006 - VIII ZR 159/05 - NJW 2006, 2771 Tz. 11 ff.