

Haftungs- und Minderungsausschluss im Gewerberaummietrecht – Zulässigkeit der Klauseln – alternative Vertragsgestaltung

Dr. Ulrich Leo und Nima Ghassemi-Tabar¹

A. Einleitung

Haftungs- und Minderungsausschlussklauseln finden in Gewerberaummietverträgen weite Verbreitung. Individualvertragliche Regelungen zu Haftungs- und Minderungsausschlüssen sind bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit bzw. unter Beachtung von Treu und Glauben² und der weiteren allgemeinen Regelungen³ möglich⁴. Diese sollen daher nicht Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein.

In der Rechtspraxis wird eine Vielzahl, wahrscheinlich sogar die Mehrzahl der Gewerberaummietverträge auf Grundlage von Vertragsmustern im Sinne der §§ 305 f. BGB abgeschlossen. Hier sind die Gestaltungsmöglichkeiten für entsprechende Regelungen deutlich eingegrenzt.

Spätestens seit dem Jahr 2005 ist zu beobachten, dass der BGH⁵ und ihm nachfolgend die Instanzrechtsprechung⁶ die §§ 305 f. BGB zunehmend strenger auf Formularmietverträge anwendet. Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB⁷, die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB⁸ und das Verbot der unangemessenen Benachteiligung des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB haben in der täglichen Praxis des Gewerberaummietrechts ein deutlich höheres Gewicht erlangt⁹. Es stellt sich weiterhin die Frage, ob trotz manch gegenteiliger Aussage¹⁰ nach und nach der Schutz des Gewerberaummieters vor belastenden AGB den des Wohnraummieters angeglichen wird¹¹. Wo die Grenzlinien im Einzelnen verlaufen ist alles andere als eindeutig geklärt.

¹ Die Autoren sind Rechtsanwälte im Essener Büro der Sozietät GÖRG.

² BGH, NJW 1984, 2404.

³ Dose, NZM 2009, 381.

⁴ BGH, NZM 2002, 655; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Hübner/Griesbach/Fuerst, Kap. 14. Rz. 311; Staudinger – Emmerich, § 536 BGB, Rz. 72, m.w.N..

⁵ BGH, NZM 2005, 863; ZMR 2007, 187; NZM 2008, 522; 609.

⁶ Vgl. zuletzt: KG, NJOZ 2010, 149.

⁷ vgl. BGH, NZM 2005, 863; Urt. v. 09.12.2009 – XII ZR 109/08; Schultz, Gewerberaummiere, S. 19; kritisch zur Rechtsprechung des BGH: Joachim, NZM 2008, 316.

⁸ Vgl. etwa: BGH, ZMR 2007, 187; NZM 2008, 522; 609; Dose, NZM 2009, 381, 383.

⁹ Kritisch zur Entwicklung: Emmerich, NZM 2009, 16.

¹⁰ BGH, NZM 2007, 517, Rz. 9.

¹¹ In diese Richtung weist u.a.: BGH, NZM 2005, 504.

Seit geraumer Zeit wird in der Literatur zudem (wieder) heftig über die Frage diskutiert, ob die im unternehmerischen Geschäftsverkehr erfolgende Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den BGH angemessen ist¹². Zum Teil wird kritisiert, dass der BGH die in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene Differenzierung zwischen Verbraucherverträgen und solchen mit Unternehmen nicht hinreichend berücksichtige, sondern über eine vermeintliche Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB weitestgehend neutralisiere^{13, 14}. Damit werde das ungeschriebene gesetzliche Leitbild eines im Vergleich zum Verbraucher weniger zu schützenden Unternehmers verletzt¹⁵ und einem Ausweichen des Rechtsverkehrs ins ausländische, etwa schweizerische oder österreichische Recht Vorschub geleistet¹⁶. Des Weiteren sei mit dem Begriff des „Aushandelns“¹⁷ in § 305 Abs. 1 den Gerichten ein Instrument an die Hand gegeben, den Anwendungsbereich der §§ 305 f. BGB angemessen einzuschränken. Die überaus strenge Rechtsprechung des BGH zum Aushandeln sei durch eine dem Verkehr zwischen Unternehmern angepasste großzügigere Verständnisweise auszutauschen¹⁸, um u.a. den Unternehmern ausreichend Spielräume für privatautonomes Verhalten zu geben, die angesichts sich schnell ändernder Erfordernisse der globalen Wirtschaft unverzichtbar seien¹⁹. Gegebenenfalls müsse der Gesetzgeber hier auf die fehlende Umsetzung durch klarstellende Ergänzungen der §§ 305 f. reagieren²⁰.

Demgegenüber wird darauf verwiesen, dass im Rahmen von Formularverträgen das dispositives Recht faktisch und vom Gesetzgeber gewollt²¹ in einem erheblichen Umfang zu zwingendem Recht geworden sei²². Denn viele Abweichungen vom dispositiven Recht erwiesen sich als nach Maßgabe des § 307 BGB unwirksam. Dies sei maßgeblich sowohl für die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Verbraucher Verwendung finden, als auch für diejenigen, die gegenüber Unternehmern zur Anwendung gelangen. Den §§ 308, 309 BGB komme im Rahmen der Prüfung nach Maßgabe des § 307

¹² *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 f.; *Berger*, NJW 2010, 465 f.; v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977 f.; *Kappus*, NJW 2006, 15; *Bieber*, NJW 2008, 3774; *Palandt-Grüneberg*, § 305 BGB, Rz. 22.

¹³ *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 f.; *Berger*, NJW 2010, 465 f.; s.a. *Lenkatis/Löwisch*, ZIP 2009, 441; *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1980 f.

¹⁴ *Wolf/Lindacher/Pfeiffer – Wolf*, § 310 Abs. 1, Rz. 22 lehnt eine Indizwirkung wohl auch de lege lata ab; differenzierend: *MüKo – Basedow*, § 310 BGB, Rz. 7.

¹⁵ *Lenkatis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 443.

¹⁶ So schon *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1979; *Berger*, NJW 2010, 465 f.

¹⁷ Vgl. zum Verständnis der Rechtsprechung und wohl h.M. *Schultz*, *Gewerberaummiete*, S. 16.

¹⁸ *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 f.; *Berger*, NJW 2010, 465 f.; *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1979.

¹⁹ *Lenkatis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 443.

²⁰ *Berger*, NJW 2010, 465 f.

²¹ *Hensen*, NJW 1987, 1986, 1988.

²² v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977, 2979.

BGB zu recht Indizwirkung zu²³, da sie eine konkretisierte Ausgestaltung der Grundregel des § 307 BGB seien²⁴. Der Begriff des Aushandelns müsse streng ausgelegt werden. Nur so sei gewährleistet, dass dem Verwendungsgegner ein Mindestmaß an Vertragsfreiheit verbleibe²⁵. Die bisherige Rechtsprechung sei Ausdruck eines sehr feinsinnig vom Gesetzgeber austarierten Sozialmodells, das nicht verändert werden sollte²⁶.

Unausgesprochen schlägt sich dieser Meinungsstreit auch im Rahmen der Beurteilung von Haftungs- und Mietminderungsklauseln in der Gewerberaummieta nieder.

B. Formularvertragliche Haftungsausschluss und -begrenzungsklauseln

1. Ausschluss der verschuldensunabhängigen Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Sachmängel der Mietsache (§ 536 a Abs.1 1. Alt. BGB)

§ 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB erlegt dem Vermieter für bei Vertragsschluss bzw. bei der Vermietung eines noch nicht fertig gestellten bzw. noch errichtenden Objektes zum Zeitpunkt der Übergabe²⁷ vorhandene Mängel eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht auf²⁸. Da (nahezu) alle gängigen Haftpflichtversicherungen für Grundstückseigentümer/Vermieter einen Ausschluss des Versicherungsschutzes für die verschuldensunabhängige Garantiehafung beinhalten, ist sie für den Vermieter besonders tückisch. Denn die mitunter erst nach etlichen Jahren eintretenden und gegebenenfalls unvermeidlichen Schäden treffen ihn dadurch wirtschaftlich voll und können durchaus existenzbedrohende Ausmaße erreichen.

In ständiger Rechtsprechung geht der BGH²⁹ von der Möglichkeit eines formularvertraglichen Ausschlusses der verschuldensunabhängigen Garantiehafung zumindest für Sachmängel³⁰ aus. Für anfängliche Rechtsmängel kann der Vermieter wohl seine Garantiehafung nicht

²³ *Ulmer/Brandner/Hensen – Ulmer*, § 310 BGB, Rz. 27.

²⁴ *Dose*, NZM 2009, 381, 383.

²⁵ v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977, 2981.

²⁶ v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977, 2981.

²⁷ vgl. *Staudinger-Emmerich*, § 536 a BGB, Rz. 6 m.w.N. der BGH-Rspr.; *Lützenkirchen*, AHB Mietrecht A, Rz. 431 m.w.N.

²⁸ vgl. generell zu Haftung nach Maßgabe des § 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB: *Lindner-Figura/Opree/Stellmann-Hübner/Griesbach/Fürst*, Kap. 14, Rz. 314 f.

²⁹ BGH, NJW-RR 1991, 74; ZMR 1993, 320 = NJW-RR 1993, 519; NZM 2002, 784; *Wolf/Eckert/Ball*, Rz. 396; *Elzer/Riecke-Feldhahn*, § 536 a BGB, Rz. 3.

³⁰ BGH, NJW-RR 1991, 74.

wirksam formularmäßig ausschließen³¹. Dies ist im Ergebnis weniger dramatisch als auf den ersten Blick erscheint, da der BGH³² auch das Fehlen öffentlich-rechtlicher Genehmigungen unter den Begriff des Sachmangels subsumiert.

Praxistipp: Der den Mieter im Vorfeld eines Abschlusses beratende Anwalt/Anwältin dürfte sich schadensersatzpflichtig machen, wenn kein Hinweis auf das Risiko der fehlenden Versicherbarkeit und der formularvertraglichen Abdingbarkeit der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung erfolgt. Entsprechendes gilt für die Prüfung von Gewerberaummietverträgen im Rahmen einer für den Käufer durchgeführten Due Dilligence Prüfung vor Ankauf eines vermieteten Objektes. Denn der Erwerber tritt nach Maßgabe des § 566 Abs. 1 BGB auch in die verschuldensunabhängige Garantiehaftung für anfängliche Mängel ein³³.

Bei der Gestaltung entsprechender Klauseln ist hohe Sorgfalt bei der Formulierung angezeigt, da die Rechtsprechung³⁴ dazu neigt, auch hier die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB in aller Strenge anzuwenden³⁵ und deutlich werden muss, dass die Haftung für ursprüngliche Rechtsmängel nicht eingeschränkt wird. Zur Wahrung des Transparenzgebots wird zu recht empfohlen, den Ausschluss an herausgehobener Stelle im Vertrag vorzunehmen und ihn wörtlich und nicht bloß mit einer Inbezugnahme des § 536a BGB zu umschreiben³⁶. Angesichts des bestehenden Unwirksamkeitsrisikos weitergehender Haftungsbegrenzungen (s.u.), dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion³⁷ und der „Blue-Pencil-Theorie“³⁸ des BGH ist bei der

³¹ *Bub/Treier-Kraemer*, III.B., Rz. 1427; *Schmidt-Futterer-Eisenschmid*, § 536 BGB, Rz. 239; a.A. wohl *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Hübner/Griesbach/Fuerst*, Kap. 14. Rz. 333, *MüKo – Häublein*, § 536a BGB, Rz. 21.

³² BGH, NJW 1988, 2664.

³³ *Emmerich/Sonnenschein-Emmerich*, § 536a BGB, Rz.4.

³⁴ Z.B. OLG Karlsruhe, ZMR 2009, 33, rkr. d. Nichtannahmebeschluss des BGH; großzügiger noch: BGH, NZM 2002, 784.

³⁵ Z.B. soll die formularvertragliche Klausel, *„Für Veränderungen an der Mietsache oder Störungen in ihrer Benutzbarkeit infolge höherer Gewalt oder sonstiger Umstände, die die Vermieterin nicht zu vertreten hat, kann die Mieterin weder die Miete mindern noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben noch Schadensersatz verlangen“*, nach OLG Karlsruhe (a.a.O.) keinen Ausschluss der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung des Vermieters enthalten. Denn die Klausel sei insoweit unklar im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB.

³⁶ *Bieber/Ingendoh-Bieber*, § 5, Rz. 164.

³⁷ St. Rspr.: BGH, NJW 1989, 2247, 2249; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer – Lindacher*, § 306 BGB, Rz. 26 f. m.w.N.

Formulierung entsprechender Vertragsbestimmungen darauf zu achten, den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung so von weitergehenden Haftungsausschlüssen zu trennen, dass diese gestrichen werden können und gleichwohl inhaltlich und sprachlich unversehrt der Ausschluss der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung für Sachmängel bestehen bleibt.

2. Formularvertraglicher Ausschluss der bürgengleichen Haftung des Vermieters gemäß § 566 Abs. 2 BGB

Ähnlich wie die verschuldensunabhängige Garantiehaftung wird das Risiko einer Haftung des Vermieters nach einem Verkauf der Mietsache gemäß § 566 Abs. 2 BGB im Rahmen der Vertragsgestaltung allzu häufig übersehen. Erfüllt der Erwerber die gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf ihn übergegangenen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht, haftet der ehemalige Vermieter auf Grund des Verzichts auf die Einrede der Vorausklage de facto gesamtschuldnerisch für die beim Mieter eintretenden Schäden. Hohe Schadenssummen drohen insbesondere bei langfristig abgeschlossenen Mietverträgen im Fall der späteren Zwangsversteigerung bzw. freihändigen Veräußerung des Mietgrundstücks durch einen Insolvenzverwalter nebst anschließender Kündigung durch den Erwerber gemäß §§ 57 a ZVG, 111 InsO. Hierbei soll der ursprüngliche Vermieter auch bei einer Kettenveräußerung für alle aus Nichterfüllung der Vermieterpflichten seitens der späteren Erwerber entstehenden Schäden einzustehen haben³⁹. Dadurch wird das Risiko für den Vermieter unüberschaubar⁴⁰. Da § 566 Abs. 2 BGB kein gesondertes Kündigungsrecht für den Mieter schafft und der Vermieter in jedem Fall bis zum erstmöglichen Kündigungstermin für Schäden und Aufwendungen unabhängig von einer Kündigung des Mieters, (mit)haftet⁴¹, erlangt die potentielle Haftung des Veräußeres zusätzliche Brisanz.

Die mitunter betonte geringe praktische Bedeutung des § 566 Abs. 2 BGB⁴² kann in der Gewerberaummiete nur darauf beruhen, dass es sich um eine etwas verborgen angeordnete Norm handelt, die selbst viele Mietrechtler nicht im aktuellen Bewusstsein haben.

³⁸ Vgl. etwa: BGH, NZM 2002, 784; Wolf/Lindacher/Pfeiffer – Lindacher, § 306 BGB, Rz. 40 f; Palandt – Grüneberg, vor § 307 BGB, Rz. 11.

³⁹ Bub/Treier – Heile, II, Rz. 895.

⁴⁰ Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Tischler, Kap. 2, Rz. 116.

⁴¹ Bub/Treier – Heile, II, Rz. 896; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Tischler, Kap. 2, Rz. 116.

⁴² Sternel, Mietrecht, I, Rz. 72; a.A. Schultz, Gewerberaummiete, S. 184.

Nach h.M.⁴³ soll § 566 BGB insgesamt formularvertraglich nicht abdingbar sein. Teilweise wird der Ausschluss der bürgengleichen Haftung ausdrücklich als Verstoß gegen § 307 BGB angesehen⁴⁴. Hierbei wird übersehen, dass das Gesetz selbst in § 6 Abs. 2 Nr. 2 der Zwangsverwalterverordnung den auf Seiten des Vermieters/Eigentümers bei Neuabschlüssen von Mietverträgen tätigen Zwangsverwalter dazu verpflichtet, für den besonders schadensträchtigen Fall der Zwangsversteigerung der Immobilie bzw. der freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter die bürgengleiche Haftung auszuschließen. Es wird sich bei entsprechenden Vertragsbestimmungen des Verwalters regelmäßig um allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Man wird wohl kaum argumentieren können, die Zwangsverwalterverordnung beinhalte eine unangemessene, gegen Treu und Glauben verstößende Benachteiligung des Mieters.

Allenfalls über das Maß der formularvertraglich zulässigen Abbedingung der bürgengleichen Haftung könnte man diskutieren. Sollen nur die beiden in der Zwangsverwalterverordnung genannten Fälle ausgeschlossen werden können oder kann über die Haftung nach Maßgabe des § 566 Abs. 2 BGB insgesamt in AGB disponiert werden? Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung der Miete kann in § 566 Abs. 2 BGB angesichts der Regelungen in der Zwangsverwalterverordnung nicht enthalten sein. Die Auferlegung einer bürgengleichen Haftung ist im Haftungssystem des BGB ebenso ungewöhnlich wie die verschuldensunabhängige Garantiehaftung, die anerkannter Maßen formularvertraglich ausgeschlossen werden kann. Die Erreichung des Vertragszwecks des Mietvertrags wird durch den Ausschluss der bürgengleichen Haftung nicht gefährdet. Ebenso wenig werden wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben, gefährdet.

Praxistipp: Bis zur Anerkennung der formularvertraglichen Abdingbarkeit oder bei Bestandsverträgen ohne wirksamen Ausschluss der bürgengleichen Haftung kann sich der Vermieter gegen das Risiko der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses nach Zwangsversteigerung oder Verkauf durch den Insolvenzverwalter nur durch Eintragung einer (erstrangigen) beschränkt persönlichen Dienstbarkeit schützen. Denn dem Erwerber wird zwar das außerordentliche Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen. Nach einer Kündigung nutzt der ehemaliger Mieter jedoch auf Grundlage der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit und der Erwerber muss sich fragen, ob er nach

⁴³ *Lehmann-Richter*, MietRB 2009, 267 m.w.N. d. h.M.

⁴⁴ *Lehmann-Richter*, MietRB 2009, 267 ; , § 566 BGB, 5; *Schmidt-Futterer – Gather*, § 566 BGB, Rz. 64.

Beendigung noch einen Anspruch auf Entgelt hat. Dieser Weg ist nicht zuletzt wegen der Eintragungskosten und den schwierigen Verhandlungen mit den ggf. bereits vorhandenen vorrangigen Grundbuchgläubigern teurer und beschwerlicher Weg.

3. Ausschluss der Haftung für die tatsächliche und rechtliche Eignung der Mietsache zum vertraglich vorgesehenen Zweck

§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter zur Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Nach der Rechtsprechung des BGH verstoßen formularvertragliche Regelungen, nach denen der Vermieter für tatsächliche und rechtliche Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nicht einsteht, gegen § 307 BGB und sind damit unzulässig⁴⁵. Dem Mieter muss nach Auffassung des BGH zumindest das Recht verbleiben, die Miete zu mindern und den Vertrag zu kündigen⁴⁶.

4. Begrenzung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

Wie weithin anerkannt ist, kann der Vermieter seine Haftung für die Erfüllung vertragswesentlicher Pflichten und für die Verletzung von Leib und Leben nicht formularvertraglich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzen⁴⁷. Der VIII. Zivilsenat⁴⁸ des BGH hat auf § 307 BGB gestützt für die Wohnraummiete entschieden, dass durch die generelle Begrenzung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eine indirekte und gleichwohl unwirksame Freizeichnung von der vertragswesentlichen Pflichten gegeben ist. Dies kann ohne Weiteres auf die Gewerberaummiets übertragen werden⁴⁹. Denn sowohl das Argument, eine vertragliche Pflicht werde auch dann i.S. von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB eingeschränkt, wenn ihre Verletzung sanktionslos bleibt, als auch die fehlende Versicherbarkeit der potenziell eintretenden Schäden für den Mieter dürfte zumindest für den entgangenen Gewinn des Mieters von Gewerberaum zutreffen.

⁴⁵ BGH, NJW 1988, 2664; GuT 2007, 434; KG, GuT 2007, 214; ZMR 2010, 31; OLG Düsseldorf GuT 2005, 14; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 401; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 310 BGB, Rz. 607.

⁴⁶ BGH, NJW 1988, 2664.

⁴⁷ Sternel, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 440; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Hübner/Griesbach/Fuerst, Kap. 14, Rz. 333; BGH, NJW-RR 1998, 1426 (zum Transportrecht).

⁴⁸ BGH, NZM 2002, 116.

⁴⁹ Zur Übertragbarkeit der auf § 307 BGB beruhenden Rechtsprechung auf die Gewerberaummiets s.u. und BGH, NZM 2005, 504; 2008, 890.

Zu recht wird weiterhin darauf verwiesen, dass sich ein unzulässiger Ausschluss der Haftung für fahrlässig verursachte Gesundheitsschäden auch indirekt – etwa durch die Beschränkung der Haftung für Schäden auf Grund von Feuchtigkeit in der Mietsache – ergeben kann⁵⁰. Auch derartige Ausschlüsse sind daher zumindest sehr kritisch zu betrachten.

Unter den Begriff der vertragswesentlichen Pflichten soll auch die Verpflichtung zur pünktlichen Übergabe zu fassen sein⁵¹. Gleichwohl wird teilweise eine diesbezügliche Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in Formularverträgen für zulässig erachtet⁵². Nach einer differenzierenden Auffassung, soll im Zusammenhang mit der verspäteten Übergabe der Mietsache die Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit zulässig sein, wenn dem Mieter das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach Maßgabe des § 543 BGB verbleibt und ihm die Ansprüche gegen Dritte (Bauhandwerker, Vormieter etc.) abgetreten werden⁵³.

Da es zusätzlich als unangemessen benachteiligend erscheint, wenn sich der Vermieter für die leichte Fahrlässigkeit für Fälle freizeichnet, die durch die Versicherungen abgedeckt werden, deren Kosten der Mieter im Rahmen der Betriebskostenabwälzung zu tragen hat⁵⁴, verbleibt für eine formularvertragliche Einschränkung der Verschuldenshaftung bei Lichte betrachtet kaum Raum. Man kann allenfalls darüber nachdenken, die Haftung des Vermieters auf die Höhe der von ihm abgeschlossenen und Versicherungen, die die typischen Risiken auch der Höhe nach (zur Wirksamkeit der Klausel) abdecken müssen, zu begrenzen⁵⁵. Die praktische Relevanz derartiger Regelungen dürfte eher gering sein.

5. Erforderliche Vorkehrungen aus Mietersicht

Aus Mietersicht ist es geboten, entsprechende Haftungsausschlüsse vor Abschluss eines entsprechenden Mietvertrags mit den eigenen (Sach)Versicherern für das Objekt abzustimmen und sich den durch Abschluss des Mietvertrages mit dem Haftungsausschluss zugunsten des Vermieters uneingeschränkten Versicherungsschutz zu Gunsten des Mieters schriftlich bestätigen zu lassen. Denn der Verzicht auf die Haftung eines Dritten und damit der Ausschluss des Rückgriffs des Versicherers im Schadensfall kann gemäß §§ 86, 28 VVG eine zum Ausschluss des Versicherungsschutzes führende Obliegenheitsverletzung darstellen. Nur

⁵⁰ *Sternel*, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 441.

⁵¹ *Sternel*, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 442.

⁵² OLG Düsseldorf, NZM 2008, 893; *Wolf/Eckert/Ball*, Rz. 394; a.A. *Sternel*, Mietrecht aktuell, VIII, Rz. 442; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* – Hau, M, Rz. 116 .

⁵³ *Fritz*, Rz, 154; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann* – *Hübner/Griesbach/Fuerst*, Kap. 14. Rz. 63.

⁵⁴ Vgl. hierzu: *Wolf/Eckert/Ball*, Rz. 400.

⁵⁵ Vgl. *Fritz*, Rz. 162 a.

„übliche“ vom Mieter akzeptierte Haftungsausschlüsse sollen den Versicherungsschutz unberührt lassen. Erfahrungsgemäß erteilen die Sachversicherer für den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung für Sachmängel problemlos entsprechende Bestätigungen. Bei umfangreichen Ausschlüssen der Haftung – etwa bei der generellen Begrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit – dürfte dies nicht oder nur schwer erreichbar sein. Ein weiterer Gesichtspunkt der bei der Prüfung entsprechender Haftungsbegrenzungsklauseln im Rahmen des § 307 BGB zu berücksichtigen sein dürfte.

C. Minderungsausschlüsse

1. Gesetzlicher Rahmen

Anders als im Bereich der Wohnraummiete ist das Minderungsrecht auf Grund der Nichtanwendbarkeit des § 536 Abs. 4 BGB in der Gewerberaummiete nach herrschender Meinung abdingbar⁵⁶. Dies soll im begrenzten Umfang auch im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich sein.

2. Formularvertragliche Minderungsbeschränkungen

Formularvertraglich ist der vollständige Ausschluss der Minderung nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁷ nicht zulässig. Denn hierdurch werde das das Schuldrecht prägende Äquivalenzprinzip zwischen Miete und Wert der Gebrauchsüberlassung empfindlich gestört und die dem Mietvertrag innewohnenden Risiken in unangemessener Weise auf den Mieter verlagert⁵⁸. Dies gelte auch, wenn Mängel der Minderung zu Grunde liegen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, oder solche, die der Vermieter nicht beseitigen kann⁵⁹. Abweichende Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligten den Mieter unangemessen und seien daher gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr.1 BGB unwirksam.

Nach ständiger Rechtsprechung sollen formularvertragliche Minderungsbeschränkungen in Geschäftsraummietverträgen, die den Mieter bei Vorliegen eines umstrittenen, weder

⁵⁶ BGH, NZM 2008, 609; *Schmidt-Futterer – Eisenschmid*, § 536 BGB, Rz. 426 m.w.N; a.A. *Bieber*, NZM 2006, 683, 688.

⁵⁷ BGH, NZM 2008, 522; 609; *Lützenkirchen/Dickersbach*, Vertragsstörungen im Mietrecht, Rz.1116; *Feldhahn*, ZMR 2008, 89, 93.

⁵⁸ BGH, NZM 2008, 522, Rz. 20.

⁵⁹ So auch *Bub/Treier – Kraemer*, III, Rz. 1363.

entscheidungsreifen, noch rechtskräftig festgestellten Mangels einstweilen zur Zahlung der vollen Miete verpflichtet und ihn wegen der überzahlten Miete auf einen Rückzahlungsanspruch nach Maßgabe des § 812 BGB verweisen, nicht unangemessen benachteiligen⁶⁰. Die Klauseln werden regelmäßig mit der Einschränkung der Aufrechnung und Zurückbehaltung auf unbestrittene, entscheidungsreife⁶¹ oder rechtskräftig festgestellte Forderungen kombiniert, um eine Aufrechnung mit dem bestrittenen Minderungsbetrag im Folgemonat zu verhindern (sog. „Abkoppelungsklauseln“)⁶².

Mit einer derartig weiten Einschränkung der Minderung werde dem berechtigten Interesse des Vermieters auf zunächst einmal vollständige Mietzahlung Rechnung getragen, die es ihm ermögliche, seinen Kapitaleinsatz zu erfüllen⁶³. Dieses Argument hat mittlerweile durch die vom BGH anerkannte Möglichkeit zur Durchsetzung von Mietzahlungsansprüchen im Urkundsverfahren⁶⁴ einiges von seiner Überzeugungskraft verloren⁶⁵. Letztlich besteht der wesentliche Vorteil der Abkoppelungsklausel im Vergleich zur Urkundsklage in der faktischen Freizeichnung von der verschuldensunabhängigen Haftung nach Maßgabe des § 717 Abs. 2 ZPO im Fall der im Ergebnis unberechtigten Vollstreckung eines im Nachverfahren aufgehobenen Vorbehaltsurteils im Urkundsverfahren. Weiterhin soll durch entsprechende vertragliche Regelungen die alsbaldige Klärung der Frage des Vorliegens von Mängeln gefördert werden⁶⁶. Auch dieses Argument vermag nicht unbedingt zu überzeugen, da im Falle der Minderung das Vorliegen des Mangels ebenso schnell im Nachverfahren oder im einfachen Mietzahlungsklageverfahren geklärt wird, wenn keine Abkoppelungsklausel im Vertrag enthalten ist. Gegen die vorgenannten vermeintlichen Vorteile steht für den Mieter bei tatsächlichen Vorliegen eines Mangels das Risiko der späteren Insolvenz des Vermieters nebst späteren faktischen „Leerlaufens“ des Rückforderungsanspruchs⁶⁷ bzw. bei Nichtzahlung der laufenden Inanspruchnahme im Wege der Urkundsklage und der außerordentlichen Kündigung nach Maßgabe des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Wie man der jüngeren BGH – Rechtsprechung⁶⁸ entnehmen kann, muss der formularvertraglichen Minderungseinschränkungsklausel zu entnehmen sein, dass im Falle

⁶⁰ BGH, NZM 2008, 609, Rz. 18 m.w.N.

⁶¹ Vgl. zum Inhalt des Begriffs der „Entscheidungsreife“ Horst, GuT 2006, 59.

⁶² Horst, GuT 2006, 59.

⁶³ BGH, NZM 2008, 609, Rz. 19; Törnig, NZM 2009, 847.

⁶⁴ BGH, NZM 1999, 401.

⁶⁵ Vgl. zu den einschneidenden Auswirkungen der Möglichkeit der Urkundsklage in Kombination mit einer „Abkopplungsklausel“: Horst, ZMR 2006, 172 f.

⁶⁶ BGH, NJW-RR 1993, 519.

⁶⁷ Vgl. hierzu: Feldhahn, ZMR 2008, 89 f.

⁶⁸ BGH, NZM 2008, 522; 609; Blank/Börstinghaus, § 536 BGB, Rz. 117.

des Vorhandenseins eines Mangels die Rückforderung des Mieters nach Maßgabe des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausgeschlossen ist. Welche genauen Anforderungen hier zu erfüllen sind und ob der BGH seine ältere, zu Gunsten des Vermieters recht großzügige Rechtsprechung zu einzelnen Klauseln, die den verbleibenden Rückforderungsanspruch zumindest teilweise nur indirekt erkennen ließen, uneingeschränkt aufrecht erhält⁶⁹, hat der BGH noch nicht geklärt. Hier ist gewisse Skepsis angezeigt: Denn der BGH legt bei objektiv mehrdeutigen Klauseln im Wege der „kundenfeindlichsten Auslegung“ verstärkt diejenige im Rahmen der Prüfung nach Maßgabe des § 307 BGB zu Grunde, die den Verwendungsgegner am stärksten belastet⁷⁰.

Klauseln, die ihrem Wortlaut nach weder direkt, noch indirekt das Bestehenbleiben von Rückforderungsansprüchen nach Maßgabe des § 812 BGB beinhalten, dürften damit entgegen anderslautenden instanzgerichtlichen Entscheidungen aus der Vergangenheit⁷¹ einer Prüfung am Maßstab des § 307 BGB nicht mehr standhalten⁷². In der Literatur werden dem entsprechend erste Stimmen laut, die einen unmissverständlichen Hinweis auf das Rückforderungsrecht des Mieters verlangen⁷³. Hier sollte die Rechtsprechung behutsam vorgehen, da sich die Vertragspraxis – rechtlich anerkannter Vertrauensschutz⁷⁴ hin oder her - an der älteren Rechtsprechung des BGH⁷⁵ orientiert hat.

Unklar ist weiterhin, ob früher verbreitete und von den Instanzgerichten als wirksam erachtete formularvertragliche Einschränkungen der Minderung im Lichte der neuen Rechtsprechung des BGH standhalten werden:

- Nachdem der BGH⁷⁶ davon ausgeht, dass sich die Miete zumindest aus der Kaltmiete und den Nebenkosten zusammensetzt, dürfte eine Begrenzung der Mietminderung auf die Kaltmiete unzulässig sein⁷⁷.

⁶⁹ So lautete die im Jahr 1993 vom BGH zu beurteilende Klausel wie folgt, „Auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtzinses) und Zurückbehaltung verzichtet der Pächter, soweit dies gesetzlich zulässig ist und soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.“

⁷⁰ BGH, NZM 2008, 522, Rz. 17; Dose, NZM 2009, 381.

⁷¹ OLG Karlsruhe, BeckRS 2005, 13138.

⁷² Vgl. a. MüKo - Häublein § 536 BGB, Rz. 34.

⁷³ Bieber/Ingendoh – Bieber, § 5, Rz. 177.

⁷⁴ Vgl. Horst, NZM 2007, 185

⁷⁵ Insbesondere BGH NJW-RR 1993, 519.

⁷⁶ BGH, NZM 2005, 455.

⁷⁷ Sternel, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 436 a.

- Klauseln, nach denen das Minderungsrecht des Mieters ein Verschulden des Vermieters am Entstehen und der Fortdauer von Mängeln voraussetzt, sind in der Vergangenheit⁷⁸ als wirksam angesehen worden⁷⁹. Dies dürfte angesichts der jüngeren BGH-Rechtsprechung⁸⁰ nicht mehr zu halten sein⁸¹.
- Das KG⁸² hält Formularvertragsklauseln für wirksam, nach denen der Mieter eine Minderung nur bei vom Vermieter ausdrücklich zugestandenem oder rechtskräftig bestätigten Minderungen oder bei gleichzeitiger Hinterlegung des Minderungsbetrags bei einer Justizkasse durch Abzug von der laufenden Mietzahlung durchführen darf. Für den Bereich der Aufrechnung hat der BGH⁸³ ein Zustimmungserfordernis wegen Verstoßes gegen § 307 BGB für unwirksam erachtet, da die Klausel es ins Belieben des Vermieters stelle, ob de facto die Aufrechnung auf rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt wird. Es liegt nahe, diese Argumentation auch auf die Minderung zu übertragen und damit entgegen dem KG die einschlägige Klausel für unwirksam zu erachten. Denn auch hier hätte es der Vermieter in der Hand, den Mieter bezüglich einer dem Grunde und der Höhe nach unstrittigen Minderung durch Verweigerung seines ausdrücklichen Zugestehens zur vollständigen Zahlung zu veranlassen⁸⁴.
- Auch erscheint es fraglich, ob zukünftig noch Klauseln als wirksam angesehen werden können, die die Ausübung der Minderung von einer Ankündigung des Mieters mit einer Frist abhängig machen⁸⁵ ohne gleichzeitig klarzustellen, dass die bis zum Ablauf der Frist aufgelaufenen Minderungsbeträge ebenfalls durch Abzug von der Miete verwirklicht werden können oder insoweit die Rückforderung nach Maßgabe des § 812 Abs. 1 S.1. 1. Alt BGB nicht ausgeschlossen ist.

⁷⁸ OLG Hamburg, ZMR 2004, 432; KG, Beck LSK 2001, 150465; *Blank/Börstinghaus*, § 536 BGB, Rz. 117; *Neuhaus*, Rz. 209; *Ulmer/Brandner/Hensen – Hensen*, Anh. § 310 BGB, Rz. 608.

⁷⁹ Einschränkung: OLG Naumburg, NZM 2000, 1182.

⁸⁰ BGH, NZM 2008, 609 Rz. 20.

⁸¹ In diesem Sinn auch: *Sternel*, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 436; *Wolf/Eckert/Ball*, Rz. 404; *Herrlein/Kandelhard – Kandelhard*, § 536 BGB, Rz. 63.

⁸² KG, GuT 2009, 300 = NJOZ 2010, 148.

⁸³ BGH, NZM 2007, 684.

⁸⁴ In diesem Sinne auch: *Sternel*, Mietrecht aktuell, VIII., Rz. 436 a.

⁸⁵ Für die Wirksamkeit entsprechender Klauseln: OLG Hamm, ZMR 1997, 520; KG, NZM 2002, 387; OLG Koblenz, BeckRS 2006, 520; *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann – Hübner/Griesbach/Fuerst*, Kap. 14. Rz. 312; *Schmidt-Futterer – Eisenschmid*, § 536 BGB, Rz. 427; *Blank/Börstinghaus*, § 536 BGB, Rz. 117.

- Mehr als zweifelhaft erscheinen auch die in der Vergangenheit als wirksam angesehenen Klauseln⁸⁶, nach denen eine Minderung nur zulässig sein soll, wenn sich der Mieter mit seinen Zahlungsverpflichtungen nicht im Verzug oder einschneidender noch nicht im Rückstand befindet⁸⁷.
- Das OLG Köln⁸⁸ hat folgende Regelung bezüglich der Minderung als wirksam angesehen:
*„Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen, noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadenersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.“*⁸⁹

3. Einschränkung des Minderungsausschlusses bei Vermögensverfall des Vermieters?

Im Konkurs oder im Fall der Insolvenz des Vermieters soll ein vertraglich vereinbartes Minderungsverbot und damit die Verpflichtung des Mieters, zunächst einmal die volle Miete zu zahlen und den überzahlten Betrag (im Prozesswege) zurückzufordern, nach Auffassung des OLG Rostock⁹⁰ unwirksam sein, wenn dies aufgrund Massearmut etc. zu einem endgültigen Ausfall des Minderungsrechtes führen würde. Das OLG Stuttgart⁹¹ sieht bei Vermögensverfall des Vermieters den Mieter bei streitigen Mängeln nur Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung in Höhe der maximal in Betracht kommenden Minderung zur Zahlung der vollen laufenden Miete verpflichtet⁹².

Auch in diesem Zusammenhang kann man fragen, ob und wie lange noch einschlägige Mietminderungsausschlussklauseln von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als wirksam angesehen werden, die für den vorgenannten Fall der massiven Vermögensverschlechterung

⁸⁶ KG, NZM 2002, 387; OLG Koblenz, BeckRS 2006, 520.

⁸⁷ Zu recht kritisch hierzu: *Feldhahn*, ZMR 2008, 89.

⁸⁸ OLG Köln, BeckRS 2010, 02458

⁸⁹ *Voß*, INFO M, 2010, 69 hält die Klausel für unwirksam.

⁹⁰ OLG Rostock, GuT 2005, 17; vgl. a. BGH, NJW 1975, 442; 1984,357; NJW-RR 1991, 971.

⁹¹ OLG Stuttgart, NZM 2009, 32 zu einem Individualvertrag.

⁹² Vgl. a. *Horst*, GuT 2006, 59, 62 m.w.N.

keine Vorkehrung zu Gunsten des Mieters treffen. Greift hier die kundenfeindlichste Auslegung, nach der auch bei Vermögensverfall und drohendem endgültigen Verlust des auf Grund der tatsächlich bestehenden Minderung zunächst einmal Zahlung vom Mieter in voller Höhe zu leisten ist, mit der Folge der Unwirksamkeit der gesamten Regelung oder behilft man sich weiterhin mit dem Rückgriff auf § 242 BGB?⁹³ Daher erscheinen die in der Literatur vorgeschlagenen Formulierungen wie z.B.,

„Der Mieter kann nur dann die laufende Miete mindern oder mit Forderungen gegen die Miete aufrechnen bzw. ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die Mietminderung oder die Forderung des Mieters unbestritten oder rechtskräftig festgestellt wird. Das Recht des Mieters, eine Mietminderung oder seine anderweitigen Forderungen gegen den Vermieter als eigene Rechte in einem gesonderten Rechtsstreit geltend zu machen, bleibt unberührt.“⁹⁴,
nur bedingt sicher.

D. Der Ausweg? Vertragliche Regelungen

1. Zurückhaltende Anwendung der §§ 305 f BGB in der Gewerberaummieta?

Unabhängig von der Frage, wie der eingangs geschilderte Streit um die Handhabung der Klauselkontrolle nach Maßgabe der §§ 305 f. BGB generell zu lösen ist, gilt es einige Besonderheiten des Mietrechts und des Gewerberaummietrechts zu beachten:

Die §§ 535 f. sind ganz wesentlich und häufig einseitig aus dem Blickwinkel des Wohnraummietrechtes und der existentiellen Bedeutung der Wohnung für den Mieter formuliert worden. Das Gewerberaummietrecht ist in den §§ 535 - 548, 578 nur in einem mehr als unvollständigen Umfang geregelt. Bereits hieraus ergeben sich erhebliche Unschärfen des dispositiven Rechts und die Notwendigkeit zu relativ weiten Freiräumen bei der Vertragsgestaltung, die der BGH⁹⁵ bereits zugestanden hat. Regelungen zu den im Gesetz nicht geregelten Bereichen Mietanpassung, Umsatzsteueroption des Vermieters⁹⁶, Laufzeitverlängerungen, Konkurrenzschutz, Betriebspflicht, etc. sind in aller Regel in Gewerberaummietverträgen unverzichtbar.

⁹³ Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung erscheint eine derartige Verschärfung nicht unbedingt als wahrscheinlich.

⁹⁴ Törnig, NZM 2009, 847.

⁹⁵ BGH, NJW 2001, 3480 = NZM 2001, 854.

⁹⁶ Vgl. hierzu Fritz, Rz. 99 f, 708; Lützenkirchen, AHB Mietrecht A, Rz. 341; Sontheimer, NJW 1997, 693.

Hinzu kommt, dass eine Reihe von Regelungen, wie z.B. die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des § 536 Abs. 1 1. Alternative BGB dem (Haftungs-) System des BGB eher fremd sind und daher allgemein anerkannt formularvertraglich abbedungen werden können.

Schließlich sind nicht unerhebliche Teile des dispositiven Gesetzesrechtes, wie z.B. § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB mit seiner Verpflichtung zur Tragung der Betriebskosten durch den Vermieter von der Realität überholt worden. Entsprechendes gilt für die standardmäßig erfolgende Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter entgegen § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB als weitest verbreitete Übung in den beteiligten Geschäftskreisen.

Zu beachten ist weiterhin die den Sondervorschriften des HGB und des § 14 BGB zugrunde liegende gesetzgeberische Grundentscheidung, nach der Kaufleute/Unternehmer qua Definition eine geringere Schutzwürdigkeit im Rechtsverkehr zugunsten einer größeren Vertragsfreiheit und der Möglichkeit, schnell, kostengünstig und unkompliziert Verträge abschließen zu können, unterliegen. Die teilweise in der Literatur⁹⁷ beschworene in Rahmen von Formularverträgen quasi – zwingende Rechtsnatur der BGB-Vorschriften zur Miete erscheinen damit als eine an den Bedürfnissen der Rechtspraxis der Wohnraummiete ausgerichtete, unangemessene – wenn auch wohlgemeinte – Bevormundung.

Eine einschränkende und zurückhaltende Anwendung des Instrumentariums der §§ 305 f., insbesondere des § 307 BGB würde einer weiteren Gefahr vorbeugen:

Die ausdifferenzierte Rechtsprechung des XII. Zivilsenats zum Schriftformerfordernis mit der damit einhergehenden relativen Unüberschaubarkeit hat dazu geführt, dass in der Literatur Stimmen laut werden, die ein Einschreiten des Gesetzgebers des § 550 BGB fordern⁹⁸. Eine erhebliche Einschränkung der Fungibilität von Grundstücken wäre sicherlich die Folge der Streichung oder massiven Einschränkung bzw. noch weiteren Lockerung des Schriftformerfordernisses⁹⁹.

Die aufkeimende Diskussion um eine Klarstellung einzelner Normen aus dem Bereich der Regelungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen sollte aufhorchen lassen.

⁹⁷ v. Westphalen, NJW 2009, 2977 f.

⁹⁸ Aufderhaar/Jaeger, ZfIR 2010, 117.

⁹⁹ Vieles spricht dafür, zukünftig die Anforderungen an das Schriftformerfordernis wieder herauf zu setzen.

Auch bei der Klauselkontrolle im Bereich der Gewerberaummiete gilt: „Weniger ist mehr.“ Eine einfache, klare, sich dort - wo möglich - in Zurückhaltung übende und vor allen Dingen voraussehbare Rechtsprechung¹⁰⁰ zu formularvertraglichen Mietvertragsregelungen ist Grundlage für den Abschluss von Gewerberaummietverhältnissen und damit der Substanz, auf der Arbeitsplätze geschaffen werden können. Erste Entscheidungen des BGH¹⁰¹, in denen er z.B. relativ großzügig von einem Vorliegen einer Individualvereinbarung ausgegangen ist, lassen hoffen¹⁰².

Die Kautelarpraxis wird jedoch zumindest bis zur endgültigen Klärung des Prüfungsumfangs von formularvertraglichen Klauseln im Rahmen des Möglichen anderweit zu verfahren haben:

2. Beschaffenheitsvereinbarungen

In der Gewerberaummiete gilt der subjektive Mangelbegriff¹⁰³. Demnach haben es die Parteien in der Hand, durch die Vereinbarung eines schlechten baulichen Standards Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters insoweit auszuschließen¹⁰⁴. Dies ist jedoch – wie dargestellt – nur durch individualvertragliche Vereinbarungen möglich.

Praxishinweis: Hierbei ist auf eindeutige Formulierungen zu achten, da z.B. die Regelung, „der Mieter hat das Objekt besichtigt und übernimmt es im derzeitigen Zustand“, nicht als Vereinbarung eines mangelhaften Zustands der Mietsache als vertragsgemäß angesehen wird¹⁰⁵.

3. Abbedingung der der gesetzlichen Verteilung der Instandhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtungen

¹⁰⁰ Vgl. hierzu a.: *Lenkatis/Löwisch*, ZIP 2009, 441; *Emmerich*, NZM 2009, 16.

¹⁰¹ BGH, NZM 2009, 397.

¹⁰² Vgl.a.: BGH, Urt. v. 9.12.2009 – XII ZR 109/08 zur Verneinung der Intransparenz des Begriffs, „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“.

¹⁰³ BGH, NZM 2006, 582 f.; 626 f.

¹⁰⁴ BGH, NZM 2006, 582, 583

¹⁰⁵ BGH, NZM 2007, 484.

Alternativ oder zusätzlich zu Beschaffenheitsvereinbarungen können die Vertragsparteien durch eine von der gesetzlichen Verteilung der Pflichten abweichende Regelung der Instandhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtungen („Erhaltungslast“) indirekt den Gewährleistungsumfang des Vermieters beschränken. Denn wenn und soweit der Mieter hierfür zuständig ist, kann bei Unzulänglichkeiten der Mietsache auf Grund fehlender Erfüllung der Erhaltungslastverpflichtungen der Mieter keine Rechte gegen den Vermieter geltend machen.

Aber auch hier stellt sich wieder die Frage, wo die Grenzen der formularvertraglichen Abwälzungsverpflichtungen liegen. Bei allen Unsicherheiten in den Einzelheiten ist dem Grundsatz nach anerkannt, dass der Mieter zur Übernahme der laufenden Schönheitsreparaturen im Bereich der ihm zum ausschließlichen Gebrauch überlassenen Räumlichkeiten durch allgemeine Geschäftsbedingungen verpflichtet werden kann¹⁰⁶. Weiterhin ist geklärt, dass der Mieter formularvertraglich nicht zur Durchführung, sondern nur zu einer in Höhe auf einen Prozentsatz der Jahreskaltmiete begrenzten Beteiligung an den Kosten der Instandhaltung und –setzung der zum Gemeingebrauch vermieteten Flächen und technischen Einrichtungen verpflichtet werden kann.

Da der BGH in seinen Urteilen zu den Schönheitsreparaturklauseln in Gewerberaummietverträgen eine dem Wohnraummieter vergleichbare Schutzwürdigkeit des Gewerberaummieters vor belastenden, an § 307 BGB zu messenden allgemeinen Geschäftsbedingungen postuliert hat, erscheint es fraglich, ob die Abwälzung der Instandhaltung und Instandsetzung im Bereich der zum ausschließlichen Gebrauch vermieteten Räumlichkeiten in der Gewerberaummiets in allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam erfolgen kann. Denn für den Bereich der Wohnraummiets hat der VIII. Zivilsenat¹⁰⁷ dies für unzulässig erklärt. Nur die Abwälzung einer begrenzten Kostenbeteiligung und nicht die Durchführung der Arbeiten soll dem Mieter auferlegt werden können. Dies mit einer Begrenzung der Kosten im Einzelfall und bezogen auf das Kalenderjahr auf einen Bruchteil der Jahreskaltmiete.

Die einschlägige Entscheidung wurde im Wesentlichen Umfang auf § 9 AGBG = § 307 BGB gestützt. Eine Norm, die nach der Auffassung des BGH mehr oder weniger gleich auf die Wohnraum- und die Gewerberaummiets angewandt wird. Nach Auffassung des XII. Zivilsenats kann aus der vereinzelt Besserstellung des Wohnraummieters – etwa durch § 536 Abs. 4 BGB – nicht der Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber habe den

¹⁰⁶ BGH, NZM 2008, 890.

¹⁰⁷ BGH, NJW 1989, 2247.

Gewerberaummieter weniger vor belastenden AGB schützen wollen¹⁰⁸. Ob die vom BGH gleichzeitig bestätigte geringere Schutzwürdigkeit des Gewerberaummieters ihn dazu veranlassen wird, die Abwälzung der Erhaltungslast im Bereich der zum ausschließlichen Gebrauch überlassenen Räumlichkeiten generell oder zumindest in dem auf dem Mietgebrauch beruhenden Umfang formularvertraglich zuzulassen, muss abgewartet werden¹⁰⁹.

Eine Entscheidung des XII. Zivilsenats vom 6.4.2005¹¹⁰ gibt hier möglicher Weise einen Hinweis¹¹¹, dass der BGH hier zu Gunsten der Vertragsfreiheit in der Gewerberaummiete entscheiden wird.

4. Mietzweckvereinbarungen

Der Umfang der Gewährleistungspflicht wird gemäß § 535 Abs. 1 S.2 BGB im Wesentlichen von dem vereinbarten Mietzweck bestimmt. Ist im Mietvertrag lediglich eine Vermietung zu „gewerblichen Zwecken“ erfolgt, steht der Vermieter für die konkrete Eignung des Objektes zu dem dann vom Mieter verwirklichten Zweck nicht ein, wenn man dem OLG Düsseldorf¹¹² folgen will. In aller Regel wird sich dieser vermeintliche Königsweg jedoch verbieten, da entweder bereits bestehende Konkurrenzschutzverpflichtungen des Vermieters dem entgegenstehen oder aber zumindest Nutzungen befürchtet werden müssen, die vom Vermieter nicht gewünscht werden (Tendenzbetriebe, lärmintensive Nutzungen etc.). Nach Auffassung des KG¹¹³ greift die vorbeschriebene Begünstigung des Vermieters überdies nicht ein, wenn der Vermieter vom konkreten Verwendungszweck des Mieters Kenntnis hat und die Mietsache hierzu nicht uneingeschränkt geeignet ist.

E. Fazit

Für wesentliche Bereiche der formularvertraglichen Haftungs- und Minderungsausschlussregelungen bestehen auf Grund der jüngeren Entwicklung der AGB – Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH nicht unerhebliche Unsicherheiten.

¹⁰⁸ BGH, NZM 2005, 504; 2008, 890, Rz. 23; v. *Westphalen* NJW 2009, 2977.

¹⁰⁹ Generell ablehnend ohne konkrete bezugnahme auf die Gewerberaummiete: v. *Westphalen* NJW 2009, 2977

¹¹⁰ BGH, NZM 2005, 863.

¹¹¹ Vgl. a. *Schultz*, Gewerberaummiete, S. 173.

¹¹² OLG Düsseldorf, GuT 2004, 81.

¹¹³ KG, GuT 2009, 305.

Ob mit der von einem Teil der Literatur favorisierten faktischen Verbindlichkeit des dispositiven Rechts des BGB im Bereich von Formulklauseln der intendierte Schutz der Vertragspartner erreicht wird, darf bezweifelt werden. Denn es wird den besonders marktstarken Vermietern und Mietern ggf. mit einem - durch den Vertragspartner im Entgeltbereich später auszugleichenden - erheblichen Einsatz von juristisch geschulten Personal gelingen, die wesentlichen, den Vertragspartner wirtschaftlich belastenden Vertragsregelungen der von ihnen vorgelegten Mustern auszuhandeln, dies in einer gerichtsfesten Weise zu dokumentieren und damit dem Anwendungsbereich der §§ 305 f. BGB zu entziehen. Am Ende – so steht zu befürchten – wird der Schutz der tatsächlich oder auch nur vermeintlich Schwächeren herabgesetzt. Dies um den Preis kosten- und zeitaufwendiger Verhandlungen.