

# Gewerberaummiete: AGB-rechtliche Grenzen der Überwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung

Deutscher Mietgerichtstag Dortmund, 22. März 2019, 14.30 Uhr

RiBGH Hartmut Guhling

## Einleitung

Die Frage ist seit vielen Jahren ein Dauerbrenner im Bereich der Gewerberaummiete: In welchem Umfang kann der Vermieter seine Pflicht, das Mietobjekt instand zu halten und zu setzen, formularmäßig auf den Mieter verlagern? Eine Frage zu stellen, ist das eine, sie zu beantworten jedoch das andere. Und so erscheint in diesem Bereich noch einiges ungeklärt; zu anderen Punkten hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, ohne dass die Literatur damit zufrieden ist. Unklarheiten resultieren schließlich nicht zuletzt daraus, dass der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH sich seit Frühjahr 2015 des Themas Schönheitsreparaturklauseln intensiv angenommen hat, die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf die Gewerberaummiete - für die der XII. Zivilsenat des BGH zuständig ist - aber noch keiner höchstrichterlichen Überprüfung zugeführt worden sind. Verbindliche Antworten hierzu können Sie natürlich heute nicht von mir erwarten. Ich will aber im Folgenden versuchen, mich solchen etwas zu nähern - wozu dann hoffentlich die Diskussion im Anschluss an meinen Vortrag ebenfalls etwas beitragen kann.

## 1. Begriffsbestimmungen

Vorab sind jedoch erst einmal einige Begrifflichkeiten näher zu beleuchten. Denn um zu wissen, wessen sich der Vermieter durch Instandhaltungs- und Instandsetzungsklauseln entledigen will, müssen wir klären, was die Begriffe der Instandhaltung und Instandsetzung erfassen.

a) Die Instandhaltung wird in § 28 Abs. 1 Satz 1 der II. Berechnungsverordnung definiert. Diese Verordnung ist unmittelbar nur auf preisgebundenen Wohnraum anzuwenden. Doch vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen der Parteien ist die Definition auch ansonsten für das Verständnis des Begriffs der Instandhaltung maßgeblich.<sup>1</sup> Umfasst sind danach alle Maßnahmen, „die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs der Mietsache ergriffen werden müssen, um die infolge Abnutzung durch vertragsgemäßen Gebrauch, Alterung oder

---

<sup>1</sup> Vgl. BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863 f. = NJW-RR 2006, 84 ff.

Witterungseinflüsse entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.“

b) Demgegenüber geht es bei der Instandsetzung - für die es an einer gesetzlichen Definition fehlt - um Maßnahmen zur Beseitigung von Schäden, so dass die Instandsetzungskosten die Kosten für Reparatur und Wiederbeschaffung umfassen.<sup>2</sup> Mit anderen Worten: Gemeint ist die Wiederherstellung des vertrags- und ordnungsgemäßen Zustands der Mietsache, soweit die Abweichungen hiervon nicht auf gewöhnlicher Abnutzung, auf Alterung oder Umwelteinflüssen beruhen und sich damit „lediglich“ im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs im Sinne des § 538 BGB bewegen.<sup>3</sup>

Zu denken ist dabei vor allem an durch den Mieter oder Dritte verursachte Schäden oder solche aufgrund von Naturereignissen wie Hochwasser oder Blitzschlag.<sup>4</sup> Die Abgrenzung zur „bloßen“ Instandhaltung kann im Einzelfall schwierig sein, wie etwa ein vom OLG Brandenburg entschiedener Fall zeigt: Dort hatte der Mieter nur die Instandhaltung übernommen und es ging um die Kosten für die vollständige Erneuerung der in die Jahre gekommenen Dacheindeckung einer Halle. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ging dies über eine Instandhaltung hinaus.<sup>5</sup>

c) Wie sind nun die sog. Schönheitsreparaturen in dieses Raster einzusortieren? Nach allgemeiner Auffassung, die sich auf die Definition in § 28 Abs. 4 Satz 3 der II. Berechnungsverordnung stützt, ist von diesem Begriff „nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen“ umfasst.<sup>6</sup> Diskutiert wird, ob bei nicht anzustreichenden Fußböden auch das Versetzen in einen ansehnlichen Zustand gemeint ist. Der BGH hat das bejaht und eine Grundreinigung eines Teppichbodens für erforderlich gehalten.<sup>7</sup> Dies ist nach wie vor bestritten, weil es sich um eine abzulehnende ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen handele.<sup>8</sup> Eine solche Auslegung ist jedoch auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich und kann geboten sein.<sup>9</sup>

Unabhängig von dieser Einzelfrage geht es bei den Schönheitsreparaturen aber durchweg darum, die Mietsache zu erhalten. Sie sind damit ein - wenn auch auf-

---

<sup>2</sup> Vgl. BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863 f. = NJW-RR 2006, 84 ff.

<sup>3</sup> Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 103 mwN.

<sup>4</sup> Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 103 mwN.

<sup>5</sup> OLG Brandenburg Urteil vom 13. November 2002 - 3 U 166/98 - ZMR 2003, 909 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 15/07 - NJW 2009, 510 Rn. 19 f.

<sup>7</sup> Vgl. BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 15/07 - NJW 2009, 510 Rn. 18 ff.

<sup>8</sup> Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 80, 184.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BGH Rechtsentscheid vom 30. Oktober 1984 - VIII ARZ 1/84 - BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480 ff.

grund der Rechtsprechung spezieller - Teilbereich der Instandhaltung.<sup>10</sup> Nicht selten werden sie auch bei Mietverträgen über Gewerberaum separat in Klauseln behandelt. Zwingend ist das nicht, weil sie auch von einer Regelung zur Instandhaltung eingeschlossen werden.

d) Schließlich sind die Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung zu den Betriebskosten abzugrenzen. Zwar dienen auch bestimmte regelmäßig durchzuführende Maßnahmen etwa zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit einer technischen Anlage im Ergebnis der Gewährleistung des vertragsgerechten Zustands der Mietsache und weisen daher eine Nähe zur Instandhaltung auf. Sie betreffen aber nicht Mängel an der Substanz der Immobilie oder ihrer Teile und gehören daher nicht zur Instandhaltung.<sup>11</sup> Beispiele hierfür sind die Kosten für die Prüfung der Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit der Fahrstühle oder der Heizungsanlage und die Gebühren des Schornsteinfegers.<sup>12</sup>

## **2. Gesetzliche Regelung zur Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht**

Die gesetzliche Regelung zur Instandhaltung und -setzung ergibt sich aus §§ 535 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, 538 BGB: Der Vermieter hat die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten; Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten. Von vorneherein kein Fall der vom Gesetz dem Vermieter auferlegten Instandsetzungspflicht ist es daher, wenn eine Beschädigung der Mietsache den vertragsgemäßen Gebrauch überschreitet und vom Mieter oder dessen Erfüllungsgehilfen zu vertreten ist. Insoweit ist der Mieter ohnedies schadensersatzpflichtig.<sup>13</sup>

Zu beachten ist zudem, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Vermieter nicht grenzenlos zur Mangelbeseitigung verpflichtet ist. Vielmehr kann eine solche im Ausnahmefall unzumutbar sein, wenn nämlich der erforderliche Aufwand die "Opfergrenze" überschreitet. Wann das anzunehmen ist, muss danach von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Es darf kein krasses Missverhältnis entstehen zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits.<sup>14</sup> Auch bei völliger Zerstörung bestehen keine Erhaltungspflichten des Vermieters, weil sich die

---

<sup>10</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 102; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Mieta 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 181.

<sup>11</sup> BGH Urteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 221/08 - NJW 2010, 226 Rn. 12.

<sup>12</sup> Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 105.

<sup>13</sup> Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 106.

<sup>14</sup> Vgl. BGH Urteil vom 21. April 2010 - VIII ZR 131/09 - NJW 2010, 2050 Rn. 22.

Rechtsfolgen dann nach den Bestimmungen zur Unmöglichkeit richten.<sup>15</sup> Auf Verjährung kann sich der Vermieter während des laufenden Mietvertrags hingegen nicht berufen. Bei der Hauptleistungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB handelt es sich nämlich um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung.<sup>16</sup>

### **3. Überwälzung der Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht auf den Mieter**

Ausgehend von dieser Gesetzeslage stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit durch vertragliche Vereinbarungen eine Änderung dieser Pflichtenlage zum Nachteil des Mieters bewirkt werden kann.

#### **a) Durch Individualvereinbarung**

Man ist versucht, zu sagen: Eigentlich ganz einfach und äußerst weitgehend - nämlich durch einzelvertragliche Vereinbarung! Denn es ist höchstrichterlich geklärt und allgemein anerkannt, dass der Mieter von Gewerberäumen durch eine entsprechende Individualvereinbarung grundsätzlich weitgehend zu Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet werden kann, selbst wenn dies im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führt.<sup>17</sup> Nicht auf Rechtsbedenken trifft sogar die einzelvertragliche Überwälzung der Erhaltung für „Dach und Fach“. <sup>18</sup> Die Grenze bildet insoweit allein die Sittenwidrigkeit des § 138 BGB.

Der vertragliche Spielraum, den das Gesetz den Mietvertragsparteien insoweit im Bereich der Gewerberaummieta belässt, ist ungleich größer als bei der Wohnraummieta. Dort schränken die §§ 536 Abs. 4, 569 Abs. 5 BGB - und ggf. auch § 556 Abs. 4 BGB - als Schutzvorschriften zugunsten des Mieters die Möglichkeit, den Vermieter von seiner Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht zu Lasten des Mieters zu befreien, im Ergebnis massiv ein. Wenn man so will, ist das gesetzliche Leitbild der Gewerberaummieta also in diesem Bereich weniger starr und nicht so fest an die Zuweisung der Sachgefahr an den Vermieter gebunden wie bei der Wohnraummieta.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber selbst hat damit - sicherlich mit Blick auf die typischer Weise geringere Schutzbedürftigkeit von Unternehmern<sup>20</sup> sowie auf die weitaus größere Vielgestaltigkeit von Nutzungskonzepten, Interessenlagen und Verteilung der Kräfteverhältnisse - der Vertragsfreiheit bedeutend größeren Raum gegeben. Diesen

---

<sup>15</sup> Vgl. zu Einzelheiten Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 107.

<sup>16</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 104/09 - NZM 2010, 235 f. = NJW 2010, 1292 Rn. 17 f.

<sup>17</sup> BGH Urteil vom 26. November 2014 - XII ZR 120/13 - NZM 2015, 251 Rn. 24 mwN.

<sup>18</sup> Vgl. BGH Urteil vom 8. Januar 2014 - XII ZR 12/13 - NJW 2014, 920 Rn. 13 mwN.

<sup>19</sup> Anders wohl BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006.

<sup>20</sup> Vgl. auch BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006.

Aspekt muss man übrigens letztlich auch stets im Blick haben, wenn es um die AGB-rechtliche Prüfung von Gewerberaummietverträgen geht.

Damit bin ich bei dem Punkt, der der zuvor ausgerufenen „Einfachheit“ in der Praxis entgegensteht, nämlich der Rechtswirklichkeit: Unser Rechtsverkehr ist davon geprägt, dass ganz regelmäßig auf Vertragsvordrucke zurückgegriffen wird, wohl weil es einfacher erscheint, größere Rechtssicherheit verspricht - schließlich hat sich das ja jemand überlegt, der schon etwas davon verstehen wird - und nicht zuletzt Rechtsberatungskosten spart. Ob eine Individualvereinbarung oder eben doch Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, ist nach § 305 Abs. 1 BGB abzugrenzen. Dabei sind zwei Fragen zu beantworten: Ist die betreffende vertragliche Regelung im Einzelnen ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB)? Und falls nein: Wer hat den mithin nicht speziell für diesen Vertrag vorgefertigten Text gestellt im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB? Denn nur wenn es der Vermieter war, kann sich der Mieter darauf berufen, die im Vertrag enthaltene Überwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache sei gemäß § 307 BGB unwirksam. Den Begriff des Stellens will ich hier aus Zeitgründen allerdings nicht weiter beleuchten, auf das „Aushandeln“ komme ich gleich nochmals kurz zurück.

## **b) Durch Vermieter-AGB**

Gehen wir daher im Folgenden davon aus, dass wir es mit von Vermieterseite gestellten, nicht ausgehandelten Vertragsbedingungen, also mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu tun haben. Wie liegt es dann dem Grundsatz nach mit der Übertragbarkeit von Instandhaltung und -setzung auf den Mieter?

### **aa) Unterschied Wohnraum - Gewerberaum**

Ich hatte es bereits angedeutet: Bei der Wohnraummiete, die uns jedenfalls als Ausgangspunkt und Vergleichsmaßstab auch für den Gewerberaum interessieren muss, sind die entsprechenden Möglichkeiten äußerst beschränkt. Als gesichert kann gelten, dass dort mittels Vermieter-AGB nur Klein- und Schönheitsreparaturen auf den Mieter überwälzt werden können; dabei dürfte es sich um eine lange, bereits Verkehrssitte gewordene Übung handeln.<sup>21</sup> Allerdings ist auch dies bestritten, weil § 556 Abs. 4 BGB jede Übertragung der Erhaltungslast über die in § 2 BetrKV genannten Fälle hinaus verbiete.<sup>22</sup> Ausgehend von den eingangs vorgenommenen Begriffsbestimmungen ist die Instandhaltung/-setzung jedoch keine Frage der Betriebskosten, so dass § 556 Abs. 4 BGB im Ergebnis wohl nicht als Gegenargument verfängt.

---

<sup>21</sup> Vgl. BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006.

<sup>22</sup> Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 70.

Für die Gewerberaummiete verhält es sich nach der Rechtsprechung des hierfür zuständigen XII. Zivilsenats des BGH anders, nämlich - aus Vermietersicht - großzügiger. Hierzu an dieser Stelle erst einmal nur der Grundsatz - ich komme später auf Einzelheiten zu sprechen: Der BGH hat wiederholt ausgesprochen, dass die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Mieter übertragen werden kann, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind.<sup>23</sup> Soweit es um den räumlich bzw. von den Nutzungsverhältnissen her darüber hinausgehenden Bereich geht, läuft die Rechtsprechung des BGH auf die Erforderlichkeit einer höhenmäßigen Begrenzung der Kostenlast des Mieters hinaus.<sup>24</sup> Auch diese eher liberale Rechtsauffassung ist in der Literatur bestritten.<sup>25</sup>

#### bb) Stellschraube „Aushandeln“?

Um den sich bereits mit der kurzen Wiedergabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung angedeuteten Problemen und Grenzen aus dem Weg zu gehen, wird auch immer wieder erwogen, im unternehmerischen Verkehr die Anforderungen an das Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB weniger streng zu sehen. Dies hat der BGH bislang jedoch für einzelne Klauseln abgelehnt.<sup>26</sup>

Ausgeschlossen erscheint damit aber nicht die Möglichkeit der „Ausstrahlungswirkung“ bzw. „Paketlösung“:<sup>27</sup> Wurden viele Aspekte eines komplexen Vertragswerks umfangreich und langwierig ausgehandelt und bleibt eine damit in sachlichem Zusammenhang stehende Klausel, die nicht zur Disposition gestellt wurde, unverändert, weil an anderer Stelle des Vertrags eine Kompensation stattgefunden hat, kann im Einzelfall das gesamte Klauselwerk und damit auch die streitige Klausel als individuell ausgehandelt zu qualifizieren sein.<sup>28</sup> So ist etwa auch der XII. Zivilsenat des BGH bei zwei getrennten Klauseln eines Mietvertrags bezüglich der Schönheitsreparaturen einerseits und der Bestimmungen zum Teppichboden andererseits für beide Regelungen von Individualvereinbarungen ausgegangen, obwohl nur die Regelung zum Teppichboden auf Wunsch des Mieters geändert worden war.<sup>29</sup> Mithin kann im Einzelfall trotz sprachlich unveränderter Übernahme der Regelung eine Individualver-

---

<sup>23</sup> BGH Urteile vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rdn. 22; vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rdn. 17 und vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863.

<sup>24</sup> BGH Versäumnisurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 25.

<sup>25</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 188.

<sup>26</sup> Vgl. etwa BGH Urteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16 - NJW 2017, 2995 Rn. 23 f. mwN.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Guhling in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 305 Rn. 32 ff. mwN.

<sup>28</sup> BGH Urteile vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12 - NZM 2013, 159 = NJW 2013, 856 Rn. 13 und vom 25. Oktober 2012 - VII ZR 56/11 - NJW 2013, 2027 Rn. 20.

<sup>29</sup> BGH Urteil vom 18. März 2009 - XII ZR 200/06 NZM 2009, 397 = NJW-RR 2009, 947.

einbarung vorliegen, wobei der Vermieter im Streitfall insoweit ein ganz erhebliches Prozessrisiko trägt.

#### **4. AGB-rechtliche Grenzen der Überwälzung**

Welches sind nun die AGB-rechtlichen Grenzen für die Überwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung auf den Mieter? Nun, sie werden durch die Vorschriften der §§ 305c ff. BGB gezogen, die von der Rechtsprechung ausgelegt und angewandt werden. Dabei sind zwar grobe Leitlinien etabliert, aber noch eine Reihe von Detailfragen offen.

##### **a) Normen**

Um uns diese Grenzen zu erschließen, müssen wir zuerst einen Blick auf die einschlägigen Vorschriften werfen:

##### **aa) Überraschkungsklauseln**

Beginnen wir mit § 305 c Abs. 1 BGB, der sog. Überraschkungsklauseln behandelt. Danach werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil.

Der BGH hat hierzu entschieden, dass eine Klausel dann überraschend ist, wenn sie einen - gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden - Inhalt hat, mit dem der Vertragspartner des Verwenders nicht zu rechnen braucht.<sup>30</sup> Ein Überraschkungseffekt kann sich auch aus der Stellung der Klausel im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben.<sup>31</sup> Rechtstechnisch wird solchen Überraschkungsklauseln nicht etwa die Wirksamkeit abgesprochen. Es bedarf vielmehr keiner Wirksamkeitskontrolle, weil die entsprechende Klausel schon nicht vom beiderseitigen Vertragsbindungswillen umfasst und daher nicht in den Vertrag einbezogen ist.

##### **bb) Unangemessene Benachteiligung**

Kommt der Klausel kein solcherart überraschender Charakter zu, so ist sie auf ihre Rechtswirksamkeit hin zu überprüfen. Zentrale Norm hierfür ist § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, die sog. Generalklausel. Sie besagt, dass Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

---

<sup>30</sup> BGH Versäumnisurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 14.

<sup>31</sup> BGH Versäumnisurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 15.

Einen besonderen Anwendungsfall dieser Generalklausel erfasst dann § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, indem er bestimmt: Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Regelungsgegenstand ist mithin die sog. Intransparenz. Was darunter zu verstehen ist, lässt sich von der anderen Richtung aus festlegen. Hinreichende Transparenz im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nämlich eine ausreichend klare Abgrenzung voraus, welche Mängel von der Klausel umfasst sein sollen.

Schließlich hält § 307 Abs. 2 BGB zwei Regelbeispiele für die Generalklausel des Absatz 1 Satz 1 bereit. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung (Nr. 1) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder (Nr. 2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

#### cc) Unklarheitenregelung

Ergänzt werden diese Bestimmungen über die Nichteinbeziehung bzw. Unwirksamkeit von Formulklauseln durch die sog. Unklarheitenregelung des § 305 c Abs. 2 BGB, gemäß der Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Daraus folgt: Die Bestimmung setzt eine Mehrdeutigkeit der zur Beurteilung stehenden Klausel voraus. Dies ist weder bereits der Fall, wenn allgemein Streit über die Auslegung oder die Tragweite einer Klausel besteht, noch, wenn der Wortlaut der Klausel zwar theoretisch verschiedene Auslegungsalternativen zulässt, dies aber praktisch fernliegend und/oder ersichtlich nicht interessengerecht ist und daher nicht ernstlich in Betracht kommt.<sup>32</sup> Im Rahmen der Unwirksamkeitskontrolle ist von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen. Bei Vorliegen einer wirksamen Klausel ist dann die kundenfreundlichste Auslegung maßgeblich.

#### dd) Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

Die Rechtsfolgen einer Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben sich aus § 306 BGB. Anders als sonst im Schuldrecht (§ 139 BGB) ist die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nur höchst ausnahmsweise die Folge der Unwirksamkeit einer Klausel.<sup>33</sup> Vielmehr wird die Vertragslücke durch das dispositive Gesetzes-

---

<sup>32</sup> BGH Urteil vom 14. Mai 2014 - VIII ZR 116/13 - RdE 2014, 440 Rn. 20 mwN.

<sup>33</sup> Vgl. dazu Guhling in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 306 Rn. 1 ff. mwN.

recht geschlossen.<sup>34</sup> Die Klausel selbst ist regelmäßig insgesamt unwirksam, es gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.<sup>35</sup>

Wichtige Ausnahme hiervon ist der sog. blue-pencil-Test bei Klauseln, die in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil zerlegt werden können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, auch wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen - unwirksamen - Regelungen stehen. Nur dann, wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel.<sup>36</sup>

## **b) Grundsätze**

Aus dieser Rechtslage lassen sich folgende grundsätzliche Überlegungen im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht dem Mieter auferlegt werden soll, ableiten:

aa) Mit Blick auf die Unklarheitenregelung gilt, dass eine möglichst präzise Bezeichnung der Pflicht nötig ist, die den Mieter treffen soll - auch wenn die Auslegung der Unwirksamkeitsprüfung vorgeht.<sup>37</sup> Man kann sich nämlich nicht darauf verlassen, dass diese Auslegung stets so zu dem für den Vermieter jedenfalls nicht völlig unzutraglichen Ergebnis führt, wie das bei dem schon erwähnten Beispiel mit der Grundreinigung von Teppichböden im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturklauseln der Fall war.<sup>38</sup> Gegenbeispiel gefällig: Die Verpflichtung zur „bezugsfertigen“ Rückgabe begründet nach Ansicht des BGH keine Endrenovierungspflicht. Vielmehr muss der Mieter die Mieträume nur in einem Erhaltungszustand zurückgeben, der es dem Vermieter ermöglicht, einem neuen Mieter die Räume in einem bezugsgeeigneten und vertragsgemäßen Zustand zu überlassen.<sup>39</sup>

Anders als teilweise vertreten<sup>40</sup> halte ich es nicht für problematisch, wenn dem Mieter nur die „Instandhaltung“ auferlegt wird; denn diese ist definiert und von den weiter-

---

<sup>34</sup> Vgl. zu Einzelheiten Guhling in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 306 Rn. 6 f. mwN.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Guhling in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 306 Rn. 14 ff. mwN.

<sup>36</sup> BGH Urteil vom 14. Januar 2015 - XII ZR 176/13 - NJW 2015, 928 Rn. 23 mwN.

<sup>37</sup> Dazu Guhling in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 305c BGB Rn. 25 ff. mwN.

<sup>38</sup> BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 15/07 - NJW 2009, 510.

<sup>39</sup> BGH Urteil vom 12. März 2014 - XII ZR 108/13 - NJW 2014, 1444 Rn. 27.

<sup>40</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Mieta 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 190.

gehenden Maßnahmen der Instandsetzung abgrenzbar. Allerdings ist dann Letztere eben nicht auf den Mieter übertragen.<sup>41</sup> Sollte - was wohl kaum vorkommen dürfte - allein die „Instandsetzung“ übertragen sein, lässt sich ausgehend von der Instandhaltung eine Negativ-Auslegung vornehmen. Kollisionen mit dem Verbot der Intransparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) sehe ich insoweit eigentlich nicht.<sup>42</sup>

bb) Eine unbeschränkte Übertragung der Erhaltungslast auf den Mieter durch Vermieter-AGB ist nicht möglich. Hierin läge eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, weil sich eine solche Regelung mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, wonach Instandhaltung und -setzung der Mietsache grundsätzlich dem Vermieter zugeordnet sind, nicht vereinbaren ließe. Auf der anderen Seite ist - wie zuvor bereits herausgearbeitet - das Gesetz insoweit bei der Gewerberaummiete von vorneherein wesentlich offener als bei der Wohnraummiete. Dies muss sich auch in den AGB-rechtlichen Möglichkeiten niederschlagen. Anders als in der Literatur teilweise vertreten gibt es daher für die aktuelle Rechtsprechung des BGH durchaus einen plausiblen Ansatzpunkt, ohne dass man dazu kommen müsste, dass eine teilweise Überwälzung in der Gewerberaummiete branchenüblich ist.<sup>43</sup>

Danach ist die Übertragung der Erhaltungslast zum einen mit einer räumlichen Beschränkung möglich, indem sie sich nur auf solche Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind.<sup>44</sup> Dies ist im Übrigen auch deswegen sachgerecht, weil sich die konflikträchtige Frage, ob insoweit ein grundsätzlich vom Vermieter zu beseitigender Mangel oder aber ein ohnehin der Schadensersatzpflicht des Mieters zuzuordnender Schaden vorliegt, damit nicht stellt. Eine zusätzliche höhenmäßige Begrenzung dürfte hier nicht erforderlich sein.<sup>45</sup>

Zum anderen ist nach Auffassung des BGH aber auch eine räumlich darüber hinausgehende AGB-Regelung möglich, die sich damit auch auf nicht allein vom Mieter und seinen Kunden genutzte Bereiche und technische Einrichtungen beziehen kann. Allerdings bedarf es dann einer höhenmäßigen Begrenzung, um zum einen dem Einwand der Intransparenz und zum anderen dem der (sonstigen) unangemessenen Benachteiligung des Mieters zu begegnen. Entschieden hat der BGH dies dem Grundsatz nach für die Überbürdung der Instandhaltung und Instandsetzung für die

---

<sup>41</sup> Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 117 mwN.

<sup>42</sup> A.A. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 190; Allerdings: BGH Urteil vom 14. Februar 2007 - VIII ZR 123/06 - NJW 2007, 1356 Rn. 10: Instandhaltung und Instandsetzung seien „weitgehend inhaltsgleiche Begriffe“.

<sup>43</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 188 mwN.

<sup>44</sup> BGH Urteile vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 22; vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 17 und vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863.

<sup>45</sup> Vorsichtiger Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 120: je nach den Umständen des Einzelfalls beispielsweise 25 % einer Monatsmiete pro einzelner Maßnahme und eine Monatsmiete pro Vertragsjahr.

technischen Einrichtungen eines kompletten Einrichtungszentrums, ohne sich allerdings zu einer betragsmäßigen oder auch - etwa an der Miete ausgerichteten - prozentualen Obergrenze äußern zu müssen.<sup>46</sup> Trotz der auch hieran teilweise in der Literatur geäußerten Kritik,<sup>47</sup> die meines Erachtens die gesetzlichen Unterschiede zwischen Wohn- und Gewerberaummiete zu wenig in den Blick nimmt, wird man hiervon ausgehen dürfen. Wo dann eine zulässige Grenze liegt, lässt sich aktuell hingegen nur schwer abschätzen. Mir persönlich erschiene ein Wert von 10 % der Miete (ohne Betriebskosten) grundsätzlich als taugliche Richtgröße.<sup>48</sup>

Besonderheiten können im Übrigen für spezielle Vertragsgestaltungen gelten: Im Fall eines „Sale-and-Lease-Back“, bei dem der Eigentümer in die Mieterstellung wechselt, um liquide Finanzmittel zu erlangen, kann dem Mieter gegebenenfalls auch die Erhaltung von „Dach und Fach“ übertragen werden,<sup>49</sup> was ansonsten jedenfalls ohne höhenmäßige Begrenzung nicht möglich sein dürfte. Ebenso liegt es beim Immobilienleasing. Anders als ein Mieter, der das Objekt ausschließlich zur Nutzung über einen bestimmten Zeitraum erhält, erlangt der Leasingnehmer von Anfang an eine mehr dem Eigentümer als dem Mieter vergleichbare Rechtsstellung. Dies rechtfertigt es, ihn in Bezug auf die Sach- und Preisgefahr bei der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ähnlich wie einen Käufer zu behandeln.<sup>50</sup> Demgegenüber dürften sog. triple-net-Vermietungen im Hinblick auf die Übertragbarkeit der Erhaltungslast genauso wie „normale“ Gewerberaummietverträge zu behandeln sein. Bei ihnen wird sowohl die Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht als auch die Kostenlast für die Betriebskosten sowie für alle Steuern, Abgaben und Versicherungen auf den Mieter abgewälzt. Das geht per Individualvereinbarung, nicht aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>51</sup>

### **c) Bedeutung der Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturen**

Zu der dargestellten Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH tritt allerdings auch die des VIII. Zivilsenats, die sich mit der AGB-rechtlichen Behandlung von Schönheitsreparaturen auseinandersetzt. Wir erinnern uns: Diese Schönheitsreparaturen sind ein Teil der Instandhaltung. Mithin kann diese Rechtsprechung auch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Überwälzung der Erhaltungslast haben, selbst wenn diese nicht auf die Schönheitsreparaturen beschränkt ist.

---

<sup>46</sup> BGH Versäumnisurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 25.

<sup>47</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 193 ff.

<sup>48</sup> Vgl. auch Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 121 mwN.

<sup>49</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 124.

<sup>50</sup> BGH Urteil vom 26. November 2014 - XII ZR 120/13 - NZM 2015, 251 Rn. 38 mwN.

<sup>51</sup> Ebenso Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 187.

aa) Zuerst in der gebotenen Kürze, was die gerade seit Anfang 2015 hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung besagt: Im Falle einer dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung hält die formularvertragliche Überwälzung der nach der gesetzlichen Regelung den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt, der ihn so stellt, als habe der Vermieter ihm eine renovierte Wohnung überlassen.<sup>52</sup> Dies ist die für uns insbesondere relevante Aussage.

Außerdem hat der BGH Quotenabgeltungsklauseln für unwirksam erklärt, weil sie bei Vertragsbeginn mehrfach hypothetische Betrachtungen erfordern und eine sichere Einschätzung der tatsächlichen Kostenbelastung nicht zulassen.<sup>53</sup> Darüber hinaus ist ein starrer Fristenplan nur dann zulässig, wenn er zugleich die nötige Flexibilität gibt („es sei denn, sie sind nicht erforderlich“).<sup>54</sup>

bb) Für die Gewerberaummiete ist vor allem die Aussage zu unrenoviert überlassenen Räumen von Belang: Überträgt man sie auf Gewerberäume, so könnte die Instandhaltung und -setzung auch bei dem Bereich, der dem Mieter zu seiner ausschließlichen Nutzung zugewiesen ist, nur dann mittels Allgemeinen Geschäftsbedingungen übertragen werden, wenn insoweit bei Vertragsbeginn nichts offen ist.<sup>55</sup> Ansonsten würde der Mieter für nicht in die Zeit seines Mietgebrauchs fallende Schäden aufkommen müssen. Bei Licht betrachtet dürfte diese Sichtweise ohnehin mit dem Sinn zusammenhängen, der hinter der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats steht: Dem Mieter kann das an Erhaltungsmaßnahmen per Allgemeinen Geschäftsbedingungen auferlegt werden, was auf seine Mietzeit zurückgeht. Das gilt nicht nur in räumlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht.<sup>56</sup> Daher spricht nach meinem Dafürhalten einiges dafür, dass der XII. Zivilsenat des BGH hierzu keine Sonderwege beschreiten wird.

Um der Gefahr der Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel zu begegnen, bieten sich daher folgende Modelle an: Am problemlosesten dürfte die Übergabe neuer oder neuwertiger Räume (also ohne einen „Stau“ an Erhaltungsmaßnahmen) sein. In Betracht kommt aber auch, dass die Vertragsparteien den Zustand bei Vertragsbe-

---

<sup>52</sup> BGH Urteile vom 18. März 2015 - VIII ZR 185/14 - BGHZ 204, 302 = NJW 2015, 1594 Rn. 15 ff. und vom 22. August 2018 - VIII ZR 277/16 - NJW 2018, 3302 Rn. 20.

<sup>53</sup> BGH Urteil vom 18. März 2015 - VIII ZR 242/13 - BGHZ 204, 316 = NJW 2015, 1871 Rn. 24.

<sup>54</sup> BGH Urteil vom 18. März 2015 - VIII ZR 21/13 - NJW 2015, 1874; vgl. dazu auch BGH Urteil vom 8. Oktober 2008 - XII ZR 84/06 - NJW 2008, 3772.

<sup>55</sup> Vgl. auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 185.

<sup>56</sup> Vgl. auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 189; Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. Rn. 138 f.

ginn als den vertraglich geschuldeten und damit auch zu erhaltenden vereinbaren, weil der Mieter dann nur die Erhaltung auf diesem Stand übernimmt. Allerdings erfordert dies eine möglichst präzise Dokumentation dieses Zustands; bleiben Zweifel, ob die Verschlechterung in die Mietzeit fällt, gehen diese zu Lasten des Vermieters. Schließlich kann dem Mieter eine finanzielle Kompensation gewährt werden. Dabei besteht jedoch die Gefahr, dass diese als nicht ausreichend erachtet und deshalb eine unangemessene Benachteiligung bejaht wird.<sup>57</sup> Zusätzlich problematisch wird es bei technischen Einrichtungen, die der Mieter von gebrauchttem Gewerberaum allein nutzt und für die er aufgrund Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Erhaltungslast tragen soll. Sind diese Einrichtungen nämlich bei Mietbeginn schon technisch - jedenfalls teilweise - verschlissen, müsste der Mieter bei ihrem Ausfall während seiner Mietzeit letztlich auch für die Gebrauchsfolgen vor Vertragsbeginn aufkommen.<sup>58</sup>

## **5. Einzelne Klauselarten**

Kommen wir schließlich noch zu einzelnen Arten von Klauseln, mit denen die Instandhaltung und -setzung ganz oder teilweise auf den Mieter übertragen werden soll:

### **a) Vornahmeklauseln**

Der - wenn Sie so wollen - „Grundfall“ ist die Vornahmeklausel, mit der der Gewerberaummieter zur Ausführung von Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet wird. Hierfür gilt all das uneingeschränkt, was wir bislang besprochen haben.

### **b) Unterfall: Endrenovierungsklauseln**

Ein Unterfall einer solchen Vornahmeklausel ist die Endrenovierungsklausel, mit der dem Mieter aufgegeben wird, das Mietobjekt am Ende der Mietzeit herzurichten. Bei der Wohnraummiete ist eine solche Klausel unwirksam, weil sie selbst bei renoviert überlassenen Räumen die Gefahr birgt, dass der Mieter nach kurzer Mietzeit zu Instandhaltungsmaßnahmen verpflichtet wird, obwohl der Abnutzungsgrad dies eigentlich noch nicht erforderlich macht.<sup>59</sup>

Für Gewerberaum ist das noch nicht entschieden. Klar ist hier allerdings, dass die Klausel in Kombination mit einer Schönheitsreparaturklausel aufgrund des Summierungseffekts zur unangemessenen Benachteiligung führt.<sup>60</sup> Anders könnte es sich bei

---

<sup>57</sup> Vgl. dazu Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieter 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 138 f.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 189.

<sup>59</sup> BGH Urteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 316/06 - NJW 2007, 3776 f.

<sup>60</sup> BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 308/02 - NJW 2005, 2006.

einer isolierten Endrenovierungspflicht verhalten, wenn renovierte Räume übergeben wurden und eine ausreichend lange feste Mietzeit vereinbart ist.<sup>61</sup> Allerdings müsste dann wohl zusätzlich geregelt sein, dass diese Pflicht bei vorzeitiger Vertragsbeendigung (jedenfalls vor Ablauf einer ausreichend langen und festgelegten Zeitspanne) entweder überhaupt nicht zum Tragen kommt oder nur dann, wenn die Räume renovierungsbedürftig sind.<sup>62</sup>

### **c) Unterfall: Anfangsrenovierungsklauseln**

Zweiter zu erwähnender Unterfall der Vornahmeklausel ist die Anfangsrenovierungsklausel. Zu ihr fehlt es gänzlich an höchstrichterlicher Rechtsprechung, die Literatur ist sich uneinig.<sup>63</sup> Nimmt man in den Blick, dass es dem Vermieter verwehrt sein dürfte, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dem Mieter (ohne Kostenbegrenzung) die Pflicht aufzuerlegen, nicht mit seinem Mietgebrauch zusammenhängende Schäden zu beseitigen, bestehen an der Wirksamkeit einer solchen Klausel erhebliche Zweifel. Anders kann es aber liegen, wenn der Mieter im Gegenzug eine ausreichende Kompensation erhält.

### **d) Kostenübernahmeklauseln**

Kostenübernahmeklauseln, mit denen dem Mieter die Kosten von, nicht aber die Pflicht zur Instandhaltung und -setzung ganz oder teilweise auferlegt werden, spielen vor allem bei den nicht allein dem Mietgebrauch des Mieters unterliegenden Flächen und Einrichtungen eine Rolle. Wie ich bereits ausgeführt habe, können solche Klauseln bei entsprechender höhenmäßiger Beschränkung einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten.

### **e) Freizeichnungsklauseln**

Gewissermaßen als Minus zur Übertragung der Erhaltungslast auf den Mieter werden mitunter auch sog. Freizeichnungsklauseln vereinbart, mit denen der Vermieter sich der Instandhaltung und -setzung „entledigt“, ohne diese dem Mieter aufzubürden. Soweit für Vornahmeklauseln die Zulässigkeit zu bejahen ist, gilt dies daher erst recht für eine Freizeichnung.<sup>64</sup> Sofern dem Mieter seine sonstigen Gewährleistungs-

---

<sup>61</sup> Vgl. Dose NZM 2009, 381 ff., 384 f.; Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 145 f.; a.A. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Mieta 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 185, 101.

<sup>62</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 146; in diese Richtung auch für Wohnraum: BGH Urteil vom 28. April 2004 - VIII ZR 230/03 - NJW 2004, 2087 f.

<sup>63</sup> Vgl. einerseits - wohl - für Wirksamkeit Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 143 mwN, andererseits für Unwirksamkeit Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Mieta 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 185 mwN.

<sup>64</sup> So zutreffend Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Mieta 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 192.

rechte erhalten bleiben, dürfte auch eine vollständige Freizeichnung möglich sein.<sup>65</sup> Vergleichbare Probleme wie bei Vornahmeklauseln stellen sich hingegen dann, wenn dem Mieter zugleich seine Mängelrechte abgeschnitten werden, wovon bei einer umfassenden Freizeichnung ohne weitere Einschränkungen möglicherweise ausgegangen werden muss.<sup>66</sup>

#### **f) Beschaffenheitsvereinbarungsklauseln**

Bereits kurz angesprochen hatte ich die „Beschaffenheitsvereinbarungsklauseln“: Mit ihnen kann zum einen der Zustand bei Vertragsschluss dokumentiert werden, was keine weiteren Probleme aufwirft.<sup>67</sup> Sofern jedoch ein künftiger Zustand als vertragsgemäß festgeschrieben werden soll, geht es im Ergebnis um eine Freizeichnung des Vermieters, die nicht anders als die Freizeichnungsklauseln behandelt werden kann.<sup>68</sup>

#### **g) Quotenabgeltungsklauseln**

Erwähnt seien auch die Quotenabgeltungsklauseln. Sie sind in Kombination mit Vornahmeklauseln anzutreffen und sollen den Fall abdecken, dass bei Mietende eine Renovierung noch nicht erforderlich ist. Für die Wohnraummiete hat der BGH solche Klauseln für unwirksam erklärt.<sup>69</sup> Die dafür gegebene Begründung, sie ließen eine sichere Einschätzung der tatsächlichen Kostenbelastung durch den Mieter nicht zu, scheint mir auch bei der Gewerberaummiete zuzutreffen. Zwar sind dort feste Laufzeiten die Regel, doch zum einen steht eine vorzeitige Vertragsbeendigung - etwa aufgrund außerordentlicher Kündigung - auch dort im Raum, und zum anderen ist die Einschätzung des bei Vertragsbeendigung zu erwartenden Erhaltungszustands und damit der Quote ebenso schwierig.<sup>70</sup>

#### **h) Fachhandwerkerklauseln**

Kommen wir schließlich noch kurz auf die sog. Fachhandwerkerklausel zu sprechen. Dem Mieter die Pflicht aufzuerlegen, auf ihn übertragene Erhaltungsmaßnahmen durch einen Fachbetrieb ausführen zu lassen, wird man bei Schönheitsreparaturen -

---

<sup>65</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 161c.

<sup>66</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 161c mwN auch zur Gegenmeinung.

<sup>67</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 180; Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 161d.

<sup>68</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 161d.

<sup>69</sup> BGH Urteil vom 18. März 2015 - VIII ZR 242/13 - BGHZ 204, 316 = NJW 2015, 1871 Rn. 24.

<sup>70</sup> Vgl. Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummiete 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 152 ff.; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung: Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 196.

nicht anders als bei Wohnraum<sup>71</sup> - als unangemessene Benachteiligung ansehen müssen.<sup>72</sup> Soweit es allerdings um sicherheitsrelevante Erhaltungsmaßnahmen - denken sie an Elektroinstallation, Brandschutzanlage oder Fahrstuhlreparatur - geht, kann meines Erachtens vom Mieter durchaus verlangt werden, sich eines Fachbetriebs zu bedienen. Die Formulierung einer entsprechend „wasserdichten“ Klausel ist dann allerdings ein praktisches Problem.

## **Schluss**

Ich komme zum Schluss: Mit der Überwälzung der Erhaltungsmaßnahmen auf den Mieter wird die im Mietvertragsrecht vom Gesetzgeber vorgenommene Gefahrverteilung geändert. Sobald sich der Vermieter dazu Allgemeiner Geschäftsbedingungen bedient, begibt er sich auf potentiell unsicheres Terrain. Unter dem Strich dürfte insoweit gelten: Weniger ist oft mehr, weil die Wahrscheinlichkeit, dass eine Klausel von den Gerichten für unwirksam gehalten wird, steigt, je „offensiver“ sie formuliert ist. Wer auf Nummer sicher gehen will, sollte dem Mieter gegenüber von Anfang an mit offenen Karten spielen und diese Frage einzelvertraglich klären.

---

<sup>71</sup> Vgl. dort etwa BGH Urteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09 - NJW 2010, 2877 Rn. 18 ff.

<sup>72</sup> So auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter Miete 14. Aufl. § 538 BGB Rn. 185; Boerner in Guhling/Günter Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 162.