AGB-Kontrolle: Der Wohnungsmieter als Maßstab für den Schutz des Gewerbemieters?

Von Rechtsanwalt Dr. *Joachim Wichert*, Frankfurt a.M.*)

I. Einführung

Seit einigen Jahren lässt sich eine gewisse Tendenz beobachten, die AGB-Kontrolle von Gewerbemietverträgen der AGB-Kontrolle von Wohnungsmietverträgen anzugleichen.[1] Das betrifft in erster Linie die Rechtsprechung zur Überwälzung von Schönheitsreparaturen. Dort hat der BGH explizit auf die vergleichbare Schutzbedürftigkeit von Wohnungs- und Gewerbemieter abgestellt.[2] Seitdem besteht die Befürchtung, dass die vielen im Wohnungsmietrecht zu Schönheitsreparaturen ergangenen Entscheidungen nach und nach auch auf das Gewerbemietrecht übertragen werden. Die neueste Frage dazu ist: Wird die im Wohnungsmietrecht vor dem Aus stehende Quotenklausel[3] auch im Gewerbemietrecht verworfen?[4]

In einem gewissen Gegensatz dazu hält der XII. Senat des BGH bislang daran fest, dass sonstige Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten innerhalb der gemieteten Gewerberäumen in deutlich größerem Umfang auf den Mieter übertragen werden können als im Wohnungsmietrecht.[5] Die dort geltenden strengen Obergrenzen für Kleinreparaturen (pro Einzelfall bis zu Euro 100,–, jährlich nicht mehr als insgesamt etwa 8% der Jahreskaltmiete)[6] sind bislang nicht im Wege der AGB-Kontrolle ins Gewerbemietrecht übertragen worden, was aber im Schrifttum bereits kritisiert wird.[7] Auch in anderen Entscheidungen hat der XII. Senat des BGH bei der AGB-Kontrolle die Besonderheiten des Gewerbemietrechts berücksichtigt.[8] Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt sich also kein einheitliches Bild.

Dagegen befürworten Teile des Schrifttums eine schärfere AGB-rechtliche Kontrolle des Gewerbemietvertrags und eine weitergehende Gleichstellung zwischen Wohnungs- und Gewerbemieter. Etwa bei der Kontrolle von Betriebskosten auf den Mieter anhand § 307 BGB.[9] Oder auch bei der Frage, wann die vom Vermieter gestellten AGB durch Verhandlungen der Parteien als Individualvereinbarungen gewertet werden können. So wird teilweise die besonders weitgehende (und im Unternehmerverkehr besonders praxisferne) Auffassung vertreten, dass der Vermieter den Mieter über Vor- und Nachteile der vom Gesetz abweichenden Klauseln „belehren" muss, damit er sich später auf eine Individualvereinbarung berufen darf.[10]

Über das Mietrecht hinaus wird im Schrifttum lebhaft diskutiert, ob Verträge zwischen Unternehmen bei der AGB-Kontrolle ähnlichen Wertungen unterliegen wie Verträge mit Verbrauchern.[11] Insbesondere geht es darum, ob über § 307 BGB die Kontrollmaßstäbe des Verbraucherschutzrechtes auf Verträge zwischen Unternehmen anzuwenden sind. Auch die Frage, wann im Unternehmerverkehr eine Klausel durch „Aushandlung" zu einer Individualvereinbarung wird, ist umstritten.[12]

Der vorliegende Beitrag befasst sich nicht mit den allgemeinen AGB-rechtlichen Kontrollmaßstäben bei Verträgen zwischen Unternehmern. Die insofern diskutierten Wertungen spielen mittelbar aber auch im Gewerbemietrecht und daher auch im vorliegenden Beitrag eine große Rolle. In erster Linie geht es aber um die besondere Frage, ob die strengen Maßstäbe der AGB-Kontrolle von Wohnraummietverträgen auch auf Gewerbemietverträge angewendet werden müssen. Um es vorneweg zu sagen: Die Antwort ist ein klares „Nein".

II. Gesetzlich vorgegebene Unterschiede zwischen Wohnraum- und Gewerbemietrecht

1. Mietrecht

Der Gewerbemietvertrag ist für Unternehmen durchweg von großer Bedeutung. Er gehört zum Betrieb seines Gewerbes und ist daher Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB.[13] Es hätte also nahe gelegen, die Gewerbemiete auch ausdrücklich im HGB zu regeln, ebenso wie etwa der Handelskauf oder das Frachtgeschäft. Tatsächlich ist dies nicht geschehen, die Regelungen zum Gewerbemietvertrag finden sich bekanntlich im BGB.

Allerdings ist die Gewerbemiete nicht eigenständig im BGB geregelt. Statt dessen bestimmt § 578 Abs. 2 BGB, dass die allgemeinen mietrechtlichen und einige der besonderen wohnraummietrechtlichen Vorschriften entspre-

---

*) www.aclanz.de

1) Das konstatieren auch *Ghassemi-Tabar/Leo*, AGB im Gewerberaummietrecht, 2011, Rdn. 2; Rdn. 259 ff.

2) BGH, 6.4.2005 – XII ZR 308/02 –, ZMR 2005, 527 [530] = Info M 2005 (laufende Renovierung und Endrenovierung), 193; BGH, 8.10.2008 – XII ZR 84/06 – ZMR 2009, 110 [113] = Info M 2008, 422 (starre Fristen); dazu *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, 2013, Baustein 163 Rdn. 3 ff., Baustein 164 Rdn. 3 ff.

3) Zum Wohnungsmietrecht: Hinweisbeschluss BGH, 22.1.2014 – VIII ZR 352/12 –; *Schmid*, IMR 2014, 89.

4) Dafür jetzt bereits *Schmid*, IMR 2014, 89, 90 f. mit dem Argument, es seien keine Umstände ersichtlich, welche eine unterschiedliche Behandlung von Wohnraum- und Gewerbemietrecht rechtfertigten.

5) BGH, 26.9.2012 – XII ZR 112/10 –, NZM 2013, 85 Rdn. 17; BGH, 6.4.2005 – XII ZR 158/01 –, ZMR 2013, 29 [31] = Info M 2005, 196; OLG Frankfurt, 21.6.2012 – 2 U 46/12 –, Info M 2012, 326; *Kraemer/Paschke*, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, Rdn. 2623; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete, 5. Aufl. 2014, Kap. 15, Rdn. 20 ff.; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rdn. 410.

6) Vgl. MünchKomm-*Häublein*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rdn. 110; *Kraemer/Paschke*, in: Bub/Treier (Fn. 4), Rdn. 2626.

7) *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837 [841], für Kostenklauseln, während Vornahmeklauseln in größerem Maß zulässig sein sollen; in diese Richtung auch Graf von Westphalen/*Drettmann*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerk, 34. Ergänzungslieferung 2013, „Geschäftsraummiete", Rdn. 50. Anders aber *Streyl*, Zu den Grenzen der Umlage von Betriebskosten in der Geschäftsraummiete in: Weimarer Immobilienrechtstage 2013, S. 85 [92].

8) BGH, 26.9.1992 – XII ZR 129/90 –, NJW 1992, 2283; BGH, 3.3.2010 – XII ZR 131/08 –, ZMR 2010, 596 [597] = NZM 2010, 361 [362 f.].

9) So *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837, bezüglich Verwaltungskosten und Kosten für Instandhaltung von Gemeinschaftsflächen.

10) In diese Richtung wohl *Kappus*, NZM 2010, 529 [538, 542]; tendenziell anders allerdings *Kappus*, NJW 2006, 15.

11) *Dauner-Lieb*, AnwBl 2013, 845; *Berger*, NJW 2010, 465; *Graf v. Westphalen*, AnwBl 2013, 850; *Kästle*, NZG 2014, 288 (AGB-Kontrolle von M&A-Verträgen); *Miethaner*, NJW 2010, 3121.

12) Dazu *Berger*, NJW 2010, 465 [467 ff.]; *Dauner-Lieb*, AnwBl 2013, 845 [848]; *Leuschner*, JZ 2010, 875 [882 f.].

13) Vgl. MünchKomm/*K. Schmidt*, HGB, 2. Aufl. 2009, § 343 Rdn. 15.

chend anwendbar sind. Wohnraummietrecht ist in erster Regel Mieterschutzrecht. Eine Reihe von Regelungen sind dergestalt zwingend, dass von ihnen nicht zu Lasten des Mieters abgewichen werden darf, etwa §§536 Abs.4, 547 Abs.2 BGB Indem das BGB nicht alle mieterschützenden Regeln des Wohnraummietrechts für das Gewerbemietrecht übernommen hat, differenziert es selbst in nicht unbeträchtlicher Weise zwischen dem Schutzbedürfnis des Wohnraummieters und dem des Gewerbemieters.

Daraus kann aber nur der Schluss gezogen werden, dass schon das Mietrecht im BGB dem Verhandlungsbedürfnis im Gewerbemietrecht eine nicht unerhebliche Rolle beimisst. Eine AGB-rechtliche Gleichstellung zwischen Wohnraum- und Gewerbemieter liefe dem zuwider.

2. AGB-Recht

Das AGB-Recht behandelt zwar nicht gesondert Wohnraum- und Gewerbemietrecht. Die Unterscheidung spielt aber mittelbar eine bedeutende Rolle. Maßgeblich dafür sind die Begriffe Verbraucher und Unternehmer.

Der Wohnraummieter ist Verbraucher im Sinne des §13 BGB. Denn der Abschluss eines Wohnraummietvertrags ist weder der gewerblichen noch sonstigen beruflichen Tätigkeit des Mieters zuzurechnen. Dagegen ist der Mieter eines Gewerbemietvertrags regelmäßig Unternehmer im Sinne des §14 BGB. Beim Abschluss eines Gewerbemietvertrags handelt er regelmäßig in Ausübung seiner gewerblichen oder sonstigen beruflichen Tätigkeit.[14] Dies gilt nicht nur für große Handelsfirmen, sondern auch für Freiberufler, Handwerker und Kleingewerbe.[15] Allenfalls bei einem Existenzgründer ist streitig, ob er als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist.[16] Die überwiegende Auffassung hält ihn für einen Unternehmer, wenn das betreffende Rechtsgeschäft zur Aufnahme einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit dient, wie regelmäßig bei Abschluss eines Gewerbemietvertrags.[17]

Zugunsten des Verbrauchers, also auch des Wohnraummieters, gilt das AGB-Recht in vollem Umfang. Darüber hinaus sieht §310 Abs.3 BGB sogar noch gewisse Erleichterungen vor. So reicht etwa entgegen §305 Abs.1 BGB die einmalige Verwendungsabsicht für die Anwendung des AGB-Rechts aus.

Dagegen gilt zugunsten des Unternehmers, also auch des Gewerbemieters, das AGB-Recht nur eingeschränkt. Werden gegenüber einem Unternehmer AGB verwendet, so sind gemäß §310 Abs.1 BGB bei der AGB-Kontrolle folgende Vorschriften nicht anzuwenden: §305 Abs.2 und 3 BGB, §§308 und 309 BGB. Anwendbar sind dagegen §§305 Abs.1, 307 BGB. Dabei sind allerdings nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut die „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" zu berücksichtigen.

Von Handelsbräuchen ist auch in §346 HGB die Rede. Danach ist unter Kaufleuten bei der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Für einen Handelsbrauch im Sinne des §346 HGB bedarf es einer verpflichtenden Regel, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen Übung der beteiligten Kreise beruht.[18] Wer sich in einem Rechtstreit auf einen solchen Handelsbrauch gemäß §346 HGB beruft, hat die Darlegungs- und Beweislast für dessen Bestehen und Inhalt.[19] Ob diese strengen Voraussetzungen für Handelsbräuche unter Kaufleuten auch dem Verständnis des §310 Abs.1 S.2 BGB zugrunde zu legen sind, ist zweifelhaft. Mehr spricht dafür, dass nach §310 Abs.1 S.2 BGB die tatsächlichen Bedürfnisse des Handelsverkehrs auch unterhalb der Schwelle des §346 HGB zu berücksichtigen sind.[20] In diesem Sinne lässt sich auch die Entscheidung des BGH zu den verlängerten Öffnungszeiten in einem Einkaufszentrum verstehen, wo es lapidar heißt:[21]

Für die Inhaltskontrolle von Formularverträgen, die – wie hier – gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, sind die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach §310 Abs.3 BGB angemessen zu berücksichtigen. Es entspricht verbreiteter Übung und den Erwartungen des Publikums, dass ein Discount-Markt mit der größten Ladenfläche in einem Einkaufszentrum während der Öffnungszeiten des Zentrums durchgehend – also ohne Mittagspausen, Ruhetage oder Betriebsferien – offengehalten wird.

Ein solches Verständnis entspricht der Begründung zum Regierungsentwurf für das 1977 in Kraft getretene AGB-Gesetz, wo es heißt, dass der kaufmännische Rechtsverkehr einer „stärkeren Elastizität" bedürfe.[22] Und ein solches Verständnis entspricht auch der ausdrücklichen Regelung in §310 Abs.4 S.2 BGB, wonach die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen *„die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen"* hat.

Schließlich ist in Rechnung zu stellen, dass das Handelsrecht auf dem Leitbild des selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Kaufmanns basiert.[23] Dieses Leitbild kann ohne Weiteres auf alle Unternehmer im Sinne von §14 BGB ausgedehnt werden.[24] Eine umfassende AGB-Kontrolle, welche sich an dem Schutzbedürfnis von Verbrauchern orientiert, läuft diesem Leitbild zuwider. Sie bedeutet eine *„unangemessene – wenn auch wohlgemeinte – Bevormundung"*[25] und Erschwerung im Wirtschaftsverkehr.

3. Ergebnis

„Aus der vereinzelten Besserstellung des Wohnungsmieters kann nicht der Schluss gezogen werden, das Gesetz habe den Mieter von Geschäftsräumen generell weniger vor belastenden AGB schützen wollen. Zwar erlaubt das Gesetz für Mietverträge über Geschäftsräume eine weitergehende Beschränkung, zumal die

14) *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn.2), Baustein 9 Rdn.7.
15) *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn.1), Rdn.249.
16) Zum Meinungsstand MünchKomm-*Micklitz* (Fn.6), §13 Rdn.50ff.; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn.2), Baustein 6 Rdn.5.
17) BGH, 15.11.2007 – III ZR 295/06 –, NJW 2008, 435 [436]; *Lindner-Figura*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete, 3.Aufl. 2012, Kap.7 Rdn.44.
18) BGH, 25.11.1993 – VII ZR 17/93 –, NJW 1994, 659; Oetker/*Pamp*, HGB, 3.Aufl. 2013, §346 Rdn.6.
19) BGH, 16.12.2008 – VI ZR 48/08 – NJW-RR 2009, 715; *Baumbach/Hopt* HGB, 36.Aufl. 2014, §346 Rdn.13.
20) Dazu NK-BGB/*Kollmann*, 2.Aufl. 2012, §310 Rdn.7ff.; *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658; in diese Richtung auch BGH, 3.3.2010 – XII ZR 131/08 –, ZMR 2010, 596 [597] = NZM 2010, 361 [364].
21) BGH, 3.3.2010 – XII ZR 131/08 –, ZMR 2010, 596 [597] = NZM 2010, 361 [362f.].
22) BT-Drucks. 7/3919, S.24.
23) *Schöne*, in: Graf von Westphalen (Fn.7), Rdn.72, 79; *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn.1), Rdn.269.
24) *Schöne*, in: Graf von Westphalen (Fn.7), Rdn.79.
25) *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn.1), Rdn.269.

Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB für Unternehmer nicht gelten. Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist aber in diesen Vorschriften nicht geregelt und deswegen an § 307 BGB zu messen, einer Bestimmung, die für Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen gilt ... "[26]

Dieser pauschalen Feststellung des BGH kann nicht beigetreten werden. Der Gewerbemieter ist deutlich weniger schutzwürdig als der Wohnungsmieter.[27] Eine Gleichstellung ist deshalb auch im Rahmen des § 307 BGB abzulehnen. Dagegen spricht nicht, dass § 307 BGB *„für Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen gilt."* Es handelt sich bei § 307 BGB um eine Generalklausel, die von der Rechtsprechung differenziert und interessengerecht angewendet werden kann. Verbraucher und Unternehmer sind schon vom Gesetz deutlich unterschieden. Diese Unterscheidung darf nicht durch eine pauschale Gleichsetzung im Rahmen der AGB-Kontrolle unterlaufen werden. All dies gilt bereits für das geltende Recht, einer Gesetzesänderung bedarf es nicht.[28]

Die Unterscheidung Verbraucher und Unternehmer ist auch bei der Anwendung des § 305 Abs. 1 BGB und der Auslegung des Begriffes „Aushandeln" zu beachten. Auch insofern ist eine Gesetzesänderung nicht nötig.

III. Auswirkungen auf die AGB-Kontrolle im Gewerbemietrecht

Wie wirken sich nun die gesetzlichen Unterschiede von Wohnungs- und Gewerbemietrecht in der AGB-Kontrolle von Mietverträgen aus? Dies sei im Folgenden anhand einiger wichtiger Themenbereiche beispielshaft illustriert.

1. Anforderungen an Individualvereinbarung gemäß § 305 Abs. 1 BGB

Auch im Gewerbemietrecht ist § 305 Abs. 1 BGB anwendbar. Danach setzt eine Individualvereinbarung voraus, dass die jeweilige betreffende Vertragsregelung im Einzelnen „ausgehandelt" ist. Bei AGB gegenüber Verbrauchern, aber zum Teil auch gegenüber Unternehmern, ist die Rechtsprechung überwiegend streng. Folgende Kriterien lassen sich ausmachen:

„Aushandeln" ist mehr als „Verhandeln". Aus der gesetzlichen Formulierung wird überwiegend abgeleitet, dass der Verwender (= Vermieter) den jeweiligen gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellen muss.[29] Teilweise wird sogar verlangt, dass der Verwender seinem Vertragspartner die abweichende Klausel erläutern muss, damit von einer Individualvereinbarung ausgegangen werden kann.[30] Gegenüber Verbrauchern reicht es nicht aus, dass der Verwender die Wahl zwischen zwei bereits ausformulierten Alternativen lässt.

Das bedeutet zwar nicht zwingend, dass sich die Klausel nach Aushandlung und Erläuterung geändert haben muss. Aber in der Regel wird eine ausgehandelte Klausel nicht mehr der ursprünglichen Klausel entsprechen. Im Umkehrschluss heißt das, dass eine vom Vermieter vorgeschlagene Klausel, die sich im Laufe der Verhandlungen nicht ändert, im Regelfall keine Individualvereinbarung ist.[31] Wird eine Klausel vom Verwender von vornherein als unverhandelbar bezeichnet, schließt das insofern eine Individualvereinbarung aus.[32]

Bei Verträgen mit Verbrauchern und Wohnungsmietern mag das überzeugen. Aber sollen diese strengen Grundsätze auch gegenüber Unternehmen und Gewerbemietern gelten? Zwingend ist dies jedenfalls nicht. § 305 Abs. 1 BGB lässt insofern durchaus einen hinreichenden Auslegungsspielraum. Denn die Formulierung „im Einzelnen aushandeln" ist ausreichend flexibel, um die Besonderheiten im unternehmerischen Verkehr zu berücksichtigen.[33] Das bedeutet:

Auch im unternehmerischen Verkehr mag „aushandeln" mehr als „verhandeln" sein. Der Vertrag muss dann also auch im unternehmerischen Verkehr vom Verwender ernsthaft und mit realer Veränderungsmöglichkeit zur Disposition gestellt worden sein. Die bloße Erörterung des Vertragsentwurfs oder die bloß allgemein geäußerte Verhandlungsbereitschaft genügen nicht.

Grundsätzlich mag auch im unternehmerischen Verkehr richtig sein, dass sich der Vertrag bzw. einzelne Klauseln nach dem Prozess des Aushandelns in aller Regel verändert haben. Wenn überhaupt nichts verändert wurde, ist das zumindest erklärungsbedürftig. Denn es muss der Verdacht ausgeräumt werden, dass der Gewerbevermieter seine Verhandlungsbereitschaft nur vorgespielt hat. Allerdings gibt es auch die Fälle, in denen der Gewerbevermieter reale Verhandlungsbereitschaft zeigt, ja zu Verhandlungen auffordert, der Gewerbemieter aber darauf nicht eingeht, sondern den Vertragsentwurf akzeptiert. Dem kann durchaus die Strategie des vermeintlich schutzbedürftigen, aber gut beratenen Gewerbemieters zugrunde liegen, den Gewerbevermieter in die „AGB-Falle" zu locken.[34] In einem solchen Fall scheint es kaum angemessen, wenn der Vertrag später einer umfassenden AGB-Kontrolle unterliegt, weil der Gewerbemieter bewusst nicht verhandelt hat.[35] Das bedeutet: Wenn eine vom Gewerbevermieter vorgeschlagene Klausel unverändert in den Vertrag übernommen wurde, bedeutet dies nicht automatisch, dass sie nicht ausverhandelt worden ist. Es ist vielmehr sorgfältig zu ermitteln, warum dies geschehen ist. Eine ernsthafte Aufforderung sollte im unternehmerischen Verkehr für eine Individualvereinbarung ausreichen.

Im unternehmerischen Verkehr ist es geradezu lebensfremd zu fordern, dass der Verwender die andere Seite im Rahmen des Aushandelns über den rechtlichen Gehalt bestimmter Klauseln aufklären muss. Das passt bei Unternehmern grundsätzlich nicht. Hier ist vielmehr zu unter-

---

26) BGH, 8.10.2008 – XII ZR 84/06 –, ZMR 2009, 110 [113] = Info M 2008, 422; so auch schon BGH, 6.4.2005 – XII ZR 308/12 –, ZMR 2005, 527 [530] = Info M 2005, 193.
27) Vgl. auch *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 265 ff.; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete (Fn. 5), Kap. 2 Rdn. 40; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 8 Rdn. 4 f.
28) MünchKomm-*Basedow* (Fn. 6), § 307 Rdn. 18.
29) BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12 –, Info M 2013, 42.
30) BGH, 19.5.2005 – III ZR 437/04 –, NJW 2005, 2543 (Partnerschaftsvermittlung); *Kappus*, NZM 2010, 529 [538].
31) BGH, 26.2.1992 – XII ZR 129/90 – NJW 1992, 2283 [2284].
32) BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12 –, Info M 2013, 42.
33) Vgl. *Pfeifer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeifer, AGBG, 6. Aufl., 2013, § 305 Rdn. 39; NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 305 Rdn. 25; Palandt/*Grünberg*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 Rdn. 22; *Neuhaus* (Fn. .5), Rdn. 197 f.; *Lindner-Figura*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Fn. 17), Kap. 7 Rdn. 27.
34) *Schöne*, in: Graf von Westphalen (Fn. 7), Rdn. 77; *Miethaner*, NJW 2010, 3121 [3126].
35) NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 305 Rdn. 26.

stellen und zu erwarten, dass jede Seite ihre eigenen Interessen im Blick hat und sich selbst ausreichend informiert. Dieser Aspekt kann also im Gewerbemietrecht keine Rolle spielen.

Im unternehmerischen Verkehr generell und auch bei Verhandlungen über Gewerbemietverträge gibt es häufig sog. Paketlösungen. Es werden pauschal bestimmte Klauseln akzeptiert, wenn bestimmte andere Klauseln geändert werden. Das sollte, zumindest wenn hinreichend intensiv verhandelt worden ist, genügen, um den gesamten Vertrag als Individualvereinbarung zu werten.[36] Es wäre unangemessen, ja sogar unfair, später das Paket wieder aufzuschnüren und einzelne Klauseln einer gesonderten AGB-Prüfung zu unterwerfen. Das sollte auch dann gelten, wenn der Vermieter eine Klausel als unverhandelbar bezeichnet, der Mieter dafür aber an anderer Stelle Kompensationen aushandelt.[37] Solche Paketlösungen sollten also auch im Gewerbemietrecht akzeptiert werden.

Im unternehmerischen Verkehr sollten zudem auch sog. Tarifwahlklauseln für eine Individualvereinbarung ausreichen. Beispiel aus dem Gewerbemietrecht: Der Vermieter bietet dem Mieter an, entweder die Schönheitsreparaturen zu übernehmen oder eine höhere Miete zu zahlen. Gegenüber Verbrauchern lässt die Rechtsprechung solche Tarifwahlklauseln nur unter strengen Voraussetzungen als Individualvereinbarung gelten.[38] Unter Unternehmern und somit im Gewerbemietrecht kann man ohne weiteres diese Voraussetzungen lockern. Insbesondere sollte es dem Gewerbevermieter nicht schaden, wenn er die Tarifwahlklausel vorgegeben und vorformuliert hat.

2. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB

a. Kriterien im unternehmerischen Verkehr

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn der Klauselverwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchsetzt, ohne dessen Belange zu berücksichtigen und ohne ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.[39] Maßstab dessen ist, wie weit sich die jeweilige Klausel vom dispositiven Recht entfernt.[40] Zugleich hat eine umfassende Interessenabwägung stattzufinden; die Interessen der Vertragsparteien sind danach nach einem generellen typisierenden Maßstab abzuwägen, es kommt also nicht ohne Weiteres auf die Sonderinteressen der konkreten Vertragsparteien an.[41]

Auch dann, wenn die beiden in § 307 Abs. 2 BGB genannten Regelbeispiele – Abweichung vom Kerngehalt des Gesetzes; Verletzung von Kardinalpflichten und Gefährdung des Vertragszwecks – vorliegen, bedeutet dies nicht automatisch eine unangemessene Benachteiligung in Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Vielmehr bedarf es auch insofern zusätzlich einer Interessenabwägung unter Zugrundelegung eines generellen typisierten Maßstabs.[42]

Bei der stets notwendigen Interessenabwägung lassen sich die Belange des unternehmerischen Verkehrs berücksichtigen. Das bedeutet:

Zunächst ist einzuräumen, dass der Abschluss eines Gewerbemietvertrags für kaum einen Gewerbemieter zum Standard- oder Massengeschäft gehört. Im Gegenteil, Gewerbemietverträge werden in der Regel langfristig abgeschlossen und entsprechend selten verhandelt. Anders ist es bei großen Einzelhandelsunternehmen mit vielen Filialen in großen Städten. Solche Unternehmen setzen aber häufig ihre eigenen AGB durch (dazu unten unter IV). Dieser Gesichtspunkt – Gewerbemietvertrag kein Standardgeschäft – kann aber nun nicht zu einer pauschalen Gleichsetzung von Wohnungs- und Gewerbemieter führen. Es gibt nämlich eine Reihe weiterer Gesichtspunkte, bei denen sich Wohnungs- und Gewerbemieter unterscheiden.

So kann aufgrund der notwendigen typisierenden Betrachtungsweise bei einem Gewerbemieter deutlich mehr Geschäftserfahrung unterstellt werden als bei einem Wohnungsmieter. Diese Geschäftserfahrung führt typischerweise zu größeren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeiten.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass für Gewerbemieter die Kalkulierbarkeit der Kosten eine überragend wichtige Rolle spielt. Nachteile des Mietvertrags – Überwälzung der Instandhaltung und Instandsetzung; Überwälzung von Nebenkosten in großem Umfang – werden häufig in Kosten quantifiziert. Insofern spielen Obergrenzen in Mietverträgen eine wichtige Rolle. Denn dann kann auch mit dem schlimmsten Fall kalkuliert werden. Zudem hat der Gewerbemieter die Möglichkeit, die Mietvertragskosten bei der Preisgestaltung seiner Produkte/Dienstleistungen zu berücksichtigen, eine Möglichkeit, die der Wohnraummieter eben nicht hat. Es ist richtig, dass mit diesem Argument, wenn es uferlos angewendet wird, jeder Mieternachteil gerechtfertigt werden könnte. Das heißt aber nicht im Umkehrschluss, dass dieses Argument gar keine Rolle spielt.

In diesem Zusammenhang kann auch von Bedeutung sein, ob der Mietvertrag Nachteile des Gewerbemieters an anderer Stelle kompensiert. Eine solche Kompensation kann zum einen dazu führen, dass es sich um Individualvereinbarungen handelt, eine AGB-Kontrolle also schon nicht vorzunehmen ist, s.o. Wenn dieser Weg aber in dem betreffenden Fall nicht gangbar ist, kann die Kompensation eine womöglich vorliegende unangemessene Benachteiligung entfallen lassen.

---

36) LG Frankfurt, 20.3.2003 – 3/10 O 179/02 –, NZBau 2004, 44, 45: mehr als 40 Stunden Vertragsverhandlungen im Laufe eines Monats; *Miethaner*, NJW 2010, 3121, *Kästle*, NZG 2014, 288293 f.; a.M. BGH, 5.12.1995 – X ZR 14/93 –, NJW-RR 1996, 783 [787 f.]; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen (Fn. 7), „Individualvereinbarung, Rdn. 12; vgl. auch *Kästle*, NZG 2014, 288 [294]: Bei Austausch von markierten Entwürfen ist der gesamte Vertrag als Individualvereinbarung zu werten.

37) Vgl. BGH, 26.9.1992 – XII ZR 129/90 –, NJW 1992, 2283: *„Im kaufmännischen Verkehr kann ein individuelles Aushandeln im übrigen auch dann vorliegen, wenn der Verwender eine bestimmte Klausel als unabdingbar erklärt."* Ähnlich KG, 2.7.2003 – 26 U 113/02 –, NJW-RR 2003, 1599; anders aber BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12 –, Info M 2013, 42.

38) Vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2); Baustein 8 Rdn. 9 ff.

39) So die Formel des BGH, vgl. BGH, 1.2.2005 – X ZR 10/04 –, NJW 2005, 1774; BGH, 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 –, NJW 2006, 46; NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 307 Rdn. 7.

40) BGH, 26.1.1994 – VIII ZR 39/93 –, NJW 1994, 1069 [1071].

41) BGH, 23.4.2010 – LwZR 15/08 –, NZM 2010, 553; NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 307 Rdn. 2; *Wolf*, in: Wolf/Lindacher/Pfeifer (Fn. 33), § 307 Rdn. 2.

42) NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 307 Rdn. 23; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 15 Rdn. 5 f.

Zu erwähnen ist weiterhin, dass auch der Gewerbevermieter seine Kosten kalkuliert. Die Abwälzung von Schönheitsreparaturen, Instandsetzung/Instandhaltung oder Nebenkosten sind Teil seiner Kalkulationsgrundlagen für die Vermietung, zumal in Zeiten, in denen Gewerbemieter eine starke Marktposition haben. Auch der Gewerbevermieter hat also ein nachvollziehbares Interesse an entsprechenden Klauseln.

In diese Richtung geht auch das Bedürfnis beider Parteien an zügiger und reibungsloser Geschäftsabwicklung.[43] Auch dieses Bedürfnis wirkt sich häufig in Pauschalierungen von Kosten und Schadenspositionen aus. Dadurch kann langwieriges Verhandeln und Prozessieren vermieden werden.

Schließlich ist auch die Verkehrssitte der beteiligten Kreise zu berücksichtigen, auch unterhalb der Handelsbräuche gemäß § 346 HGB. Die Überwälzung von Instandsetzung und Instandhaltung in den Innenräumen und die Tragung umfangreicher Nebenkosten durch den Gewerbemieter dürfte sich in der Realität weithin durchgesetzt haben.

Und eine weitere Möglichkeit bietet sich an: Anstatt Wohnungs- und Gewerbemieter im Rahmen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB pauschal gleichzusetzen, kann innerhalb der Gewerbemieter differenziert werden.[44] Es ist durchaus üblich, Generalklauseln durch Fallgruppen zu konkretisieren. Warum soll dies nicht bei der Prüfung, ob ein Gewerbemieter unangemessen benachteiligt ist, geschehen. Ist der Mieter beispielsweise Existenzgründer oder hat er nur ein Kleinunternehmen, etwa eine Änderungsschneider oder Biolädchen, kann er auch im Rahmen einer allgemeinen typisierten Betrachtungsweise von einem Mieter mittlerer Größe und erst Recht von einem Konzernunternehmen mit hohem Umsatz und eigener Rechtsabteilung unterschieden werden.

b. Bedeutung der Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB

Im unternehmerischen Verkehr sind die speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nicht anzuwenden, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB. Allerdings sind die dort aufgeführten Verbote nicht bedeutungslos, sie spielen vielmehr bei der Prüfung des § 307 BGB eine erhebliche Rolle. Die gilt auch bei Gewerbemietverträgen.[45]

Die Rechtsprechung tendiert dazu, den Verstoß gegen einen in §§ 308, 309 BGB geregeltes Verbot als Indiz für einen Verstoß gegen § 307 BGB anzusehen.[46] Dieses Indiz kann dann entwertet werden, wenn die betreffende Klausel wegen der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs angemessen ist. Es hat also auch insofern eine umfassende Interessenabwägung anhand der oben genannten Kriterien stattzufinden.[47] Mit dieser Maßgabe kann die Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB akzeptiert werden.[48]

Eine weitergehende Wirkung der §§ 308, 309 BGB ist dagegen abzulehnen. Die dort enthaltenen Klauselverbote stellen also keine gesetzliche Vermutung für die Erfüllung der Generalklausel in § 307 BGB dar.[49]

c. Beispiel Schönheitsreparaturen

Der Bundesgerichtshof hält auch im Gewerbemietrecht die Vereinbarung **starrer Renovierungsfristen** für eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, also unwirksam.[50] Zur Begründung wird ausdrücklich die Parallele zur Wohnraummiete gezogen. Es bestehe die Gefahr, dass der Mieter renovieren müsste, obwohl die Räume noch nicht renovierungsbedürftig seien.

Im Gewerbemietrecht überzeugt diese Argumentation nicht.[51] Im Gegenteil, starre Renovierungsfristen erleichtern die Kalkulierbarkeit der Kosten. Und sie vermeiden Auseinandersetzungen und Gerichtsprozesse über den konkreten Zustand der Mieträume. Das hat auch für den Mieter Vorteile. Solche starren Renovierungsfristen, wenn sie vernünftig kalkuliert sind, stellen daher keine unangemessene Benachteiligung dar. Im Hinblick auf die Bemessung der Frist scheint es sinnvoll, auch auf die Nutzungsart abzustellen.[52] Die (vernünftigen) Renovierungsfristen bei normalen Büros, bei einem Fischrestaurant und bei einer Bauhalle dürften durchaus unterschiedlich sein.

Der Bundesgerichtshof hat sich im Gewerbemietrecht noch nicht zu **isolierten Endrenovierungsklauseln** geäußert. Zieht man aber die Parallele zum Wohnungsmietrecht, liegt folgende Argumentation nahe: Es besteht die Gefahr, dass bei Mietende die Räume noch nicht renovierungsbedürftig sind und der Mieter gleichwohl renovieren muss.[53] Insofern wirken Endrenovierungsklauseln wie starre Fristen.

Diese Argumentation sollte nicht für das Gewerbemietrecht übernommen werden. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass im Gewerbemietrecht in aller Regel befristete Verträge mit fester Laufzeit vereinbart werden. Das Mietende ist also, anders als beim normalen Wohnungsmietvertrag, nicht ungewiss. Im Übrigen gilt das zu den starren Fristen Gesagte entsprechend. Endrenovierungsklauseln bewirken Kalkulierbarkeit und vermeiden Streit. Die Renovierungsfrist entspricht der Laufzeit des Vertrages. Zumindest bei einer Laufzeit von 5 Jahren oder länger dürfte das regelmäßig keine unangemessene Benachteiligung bedeuten.

Die **Kombination von laufenden Schönheitsreparaturen und Endrenovierung** ist vom Bundesgerichtshof auch im

---

43) MünchKomm-*Wurmnest* (Fn. 6), § 307 Rdn. 80.
44) Vgl. NK-BGB/*Kollmann* (Fn. 20), § 310 Rdn. 10.
45) BGH, 9.6.2010 – XII ZR 171/08 –, ZMR 2011, 19; BGH, 21.7.2010 – XII ZR 189/08 –, ZMR 2011, 360; *Lindner-Figura*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Fn. 17), Kap. 7 Rdn. 95 ff.
46) BGH, 27.6.2007 – XII ZR 54/05 –, ZMR 2007, 854 [856] = NZM 2007, 684 [685]; BGH, 19.12.2007 – XII ZR 13/06 –, ZMR 2008, 278 [280] = NZM 2008, 206.
47) *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 258.
48) So auch *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 258.
49) *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 258.
50) BGH, 8.10.2008 – XII ZR 84/06 –, ZMR 2009, 110 [113], Info M 2008, 422 f., mit Anmerkungen *Fritz*, *Kappus*, *Schultz*, *Seldeneck*, *Wichert*; vgl. auch KG, 22.5.2008 – 8 U 205/07 –, NZM 2008, 643; so auch Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 548 Rdn. 124; im Ergebnis wie der BGH: *Emmerich*, NZM 2009, 16, der jegliche formularmäßige Überwälzung von Schönheitsreparaturen für unwirksam hält, *„weil es zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Miete nach § 535 I 2 BGB gehört, dass die Reparaturpflicht während der ganzen Vertragsdauer den Vermieter trifft.“*
51) Vgl. auch die Überlegungen von *Ahlt*, GuT 2005, 47 [50 f.]; *Fritz*, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl. 2005, Rdn. 181.
52) Vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 162, Rdn. 6; Baustein 163 Rdn. 8.
53) BGH, 12.9.2007 – VIII ZR 316/06 –, ZMR 2008, 102 [104] = Info M 2007, 349; so auch für das Gewerbemietrecht Schmidt-Futterer/*Langenberg* (Fn. 50), § 548 Rdn. 128; anders *Dose*, NZM 2009, 381 [384 f.]; *Fallak*, ZMR 2013, 161 [166 ff.]; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 165 Rdn. 4 f.; vgl. auch OLG Frankfurt, v. 21.6.2012 – 2 U 46/12 –, ZMR 2013, 29 [31] = Info M 2012, 326, wonach eine Klausel ist, die dem Mieter die Instandhaltungslast zu Vertragsende auferlegt.

Gewerbemietrecht als unangemessene Benachteiligung betrachtet und die entsprechenden Klauseln verworfen worden.[54] Begründung: Die Endrenovierung ist auch dann durchzuführen, wenn der Mieter kurz vorher die Verpflichtung zur laufenden Renovierung nachgekommen ist, die Räume zum Mietende also nicht renovierungsbedürftig sind (unzulässiger Summierungseffekt). Diese Argumentation lässt sich zwar grundsätzlich auch im Gewerbemietrecht hören. Allerdings: Dort sind in der Regel keine unbefristeten Mietverträge, sondern solche mit fester Laufzeit vereinbart. Daher lassen sich die Pflicht zur laufenden Renovierung und die Endrenovierung durchaus vernünftig und kalkulierbar kombinieren. Beispiel: 10-jähriger Mietvertrag, Renovierungspflicht alle 5 Jahre und Endrenovierung.

Quotenabgeltungsklauseln hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, im Gewerbemietrecht noch nicht behandelt. Das mag auch daran liegen, dass solche Klauseln zwar im Wohnraummietrecht häufig, im Gewerbemietrecht aber eher selten vorkommen. Wenn sie dort aber zu beurteilen sind, stellen sie regelmäßig keine unangemessene Benachteiligung dar, gerade auch dann nicht, wenn sie an starre und somit kalkulierbare Fristen gebunden sind. Auch die bisher im Wohnungsmietrecht aufgestellten Einschränkungen – Abwendungspflicht durch Mieter; Berechnung nicht nach vom Vermieter ausgewählten Fachgeschäfts –[55] sollten nicht in das Gewerbemietrecht übernommen werden.

Auch die weitere wohnraumrechtliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln – **Erweiterungen der Schönheitsreparaturen, Farbwahlklausel, Fachhandwerkerklauseln** – kann nicht ohne Weiteres für die Gewerbemiete übernommen werden. Vielmehr ist jeweils anhand der Kriterien, die im unternehmerischen Verkehr gelten, gesondert zu prüfen, ob eine unangemessene Benachteiligung des Gewerbemieters vorliegt.

d. Beispiel Klauseln zu Instandhaltung und Instandsetzung

Im Wohnraummietrecht sind Klauseln, welche dem Mieter weitere Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten übertragen, wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. In engen Grenzen werden Kleinreparaturklauseln zugelassen, wonach sich der Mieter an bestimmten Reparaturen finanziell beteiligen muss (pro Einzelfall bis zu Euro 100,-, jährlich nicht mehr als insgesamt etwa 8 % der Jahreskaltmiete).[56]

Die überwiegende Auffassung übernimmt diese engen Grenzen für das Gewerbemietrecht nicht. Dort sind vielmehr Instandhaltungs- und Instandsetzungsklauseln grundsätzlich wirksam, wenn sie sich auf die Mieträume selbst beziehen. Um zu verhindern, dass der Mieter mit Arbeiten belastet wird, die nicht auf seinem Mietgebrauch beruhen, werden folgende Einschränkungen vertreten: Die Abnutzung muss innerhalb der Mietzeit aufgetreten, also nicht schon vorhanden sein, sie darf nicht Maßnahmen außerhalb der Mieträume betreffen und muss „Dach und Fach" ausnehmen.[57] Diese Einschränkungen sind gerechtfertigt. Auch im unternehmerischen Verkehr kann es nicht angehen, dass der Mieter Abnutzungen beseitigen oder zahlen muss, die er nicht verursacht hat. Besonderheiten bestehen bei Kosten für Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten, die über die Nebenkosten abgerechnet werden (dazu unten unter e).

Darüber hinaus spricht aber einiges dafür, im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB eine Kostenobergrenze zu fordern. Denn zum einen können die betreffenden Arbeiten ganz erhebliche unüberschaubare Kosten aufwerfen. Zum anderen kann der Mieter, wenn es eine Obergrenze gibt, die schlimmstenfalls auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren. Allerdings sind nicht die engen wohnraummietrechtlichen Grenzen zu übernehmen. Zu denken ist eher an 30 bis 40 % der Jahresnettomiete. Immerhin geht es ja um Schäden, die durch den Mietgebrauch des Mieters veranlasst sind.

e. Beispiel Nebenkosten: Umlage von Verwaltungskosten und Instandhaltungskosten Gemeinflächen

Der BGH ist großzügig bei der formularmäßigen Umlage von **Verwaltungskosten**.[58] Dabei fällt auf, dass die AGB-Kontrolle sich auf die Einhaltung des Transparenzgebots und auf die Überraschungswirkung gemäß § 305c BGB beschränkt; eine darüberhinausgehende Angemessenheitsprüfung findet nicht statt.[59] Ob dies heißen soll, dass es sich bei der Umlage von Verwaltungskosten um eine kontrollfreie Preisabrede handelt, ist unklar. An anderer Stelle hat der BGH eindeutig festgestellt, dass Nebenkostenvereinbarungen, weil sie vom dispositiven Recht abweichen, keine kontrollfreien Preisabreden sind, sie also in vollem Umfang § 307 BGB unterliegen.[60]

Die Umlage von Verwaltungskosten hält aber auch einer Angemessenheitskontrolle stand. Sie ist in Gewerbemietverträgen üblich. Es ist auch nicht so, dass die Verwaltung ausschließlich dem Vermieter nützt.[61] Eine gut geführte Verwaltung hat mittelbar auch Vorteile für die Mieter. Wenn dem die Rechtsprechung des BGH zu Verwaltungskosten von Banken entgegengehalten wird,[62] kann das nicht überzeugen. Zum einen handelt es sich um ganz andere Verwaltungsleistungen in einem ganz anderen Gebiet. Zum anderen betreffen die zitierten Urteile AGB gegenüber Verbraucher. Der Gewerbemieter ist aber gerade kein Verbraucher, sondern Unternehmer.

Der Gesichtspunkt der Kostenkalkulierbarkeit mag allenfalls dafür sprechen, eine Kostenobergrenze zu verlangen. Auch eine feste Verwaltungspauschale ist denkbar. In Betracht kommen 3-5 % der Jahresnettomiete. Der BGH hält aber eine Obergrenze für entbehrlich, weil der Mieter die Kosten auch so abschätzen könne und er zusätzlich durch das Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt sei; Verwaltungskosten in Höhe von 5,5 % könnten noch angemessen sein.[63]

---

54) BGH, 6.4.2005 – XII ZR 308/12 –, Info M 2005, 193; vgl. aber zum BGH, 12.3.2014 – XII ZR 108/13 –, ZMR 2014, 622 (Rückgabe in „bezugsfertigem Zustand").
55) Vgl. zuletzt BGH, 29.5.2013 – VIII ZR 285/12 –, ZMR 2013, 791.
56) Vgl. MünchKomm-*Häublein* (Fn. 6), § 535 Rdn. 110; *Kraemer/Paschke*, in: *Bub/Treier* (Fn. 4), Rdn. 2626.
57) Vgl. die Nachweise in Fn. 5.
58) BGH, 9.12.2009 – XII ZR 109/08 –, ZMR 2010, 351 [353] = Info M 2010, 19; BGH, 24.2.2010 – XII ZR 69/08 –, Info M 2010, 128.
59) Dies beanstandet *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837 [839 f].
60) BGH, 6.4.2005 – XII ZR 158/01 –, ZMR 2005, 844 [847] = NZM 2005, 863.
61) So aber *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837 [840]; dagegen *Streyl* (Fn. 7), 85 [96 f.].
62) So *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837 [840].
63) BGH, 9.12.2009 – XII ZR 109/08 –, ZMR 2010, 351 [353] = Info M 2010, 19; BGH, 24.2.2010 – XII ZR 69/08 –, Info M 2010, 128.

Die Umlage von **Instandhaltungskosten für Allgemeinflächen** ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich möglich. Allerdings bedarf es einer Kostenobergrenze, sonst wäre der Mieter mangels Kalkulierbarkeit der Kosten unangemessen benachteiligt.[64] Über die zulässige Kostenobergrenze hat der BGH noch nicht entschieden. Die Vorschläge in der Literatur reichen von 10% der Jahresnettomiete bis zu 30% der abgerechneten Nebenkosten ohne die betreffende Position.[65]

An dieser Sichtweise ist festzuhalten.[66] Für sie spricht, dass die Instandhaltung von Gemeinflächen mittelbar auch dem Mieter einen Vorteil bringt, weil er sie nutzen kann. Wenn der Vermieter zumindest einen Teil der Kosten umlegen kann, motiviert ihn dies, die entsprechenden Maßnahmen zügig und ordnungsgemäß durchzuführen. Außerdem kann eine solche Klausel durchaus auch Auseinandersetzungen zwischen den Parteien vermeiden, nämlich darüber, ob solche Instandhaltungsarbeiten im konkreten Fall erforderlich sind.

3. Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Eine Formularklausel muss klar und verständlich sein. Sonst stellt sie alleine deshalb eine unangemessene Benachteiligung dar. Ob eine Klausel klar und verständlich ist, beurteilt sich nach einem generellen typisierten Maßstab. Es kommt also nicht auf den konkreten Vertragspartner, sondern auf einen verständigen, nicht juristisch gebildeten durchschnittlichen Vertragspartner an.[67] Im unternehmerischen Verkehr ist Maßstab der verständige, nicht juristisch gebildete durchschnittlicher Unternehmer und nicht der Verbraucher.[68]

Im Gewerbemietrecht darf also zur Beurteilung der Transparenz einer Regelung nicht der Wohnungsmieter herangezogen werden. Es kommt vielmehr auf das Verständnis eines verständigen durchschnittlichen Gewerbemieters an. So sieht es auch der BGH:[69]

Zwar ist das Transparenzgebot im Geschäftsverkehr mit Unternehmen nicht in gleicher Strenge wie gegenüber Verbrauchern anzuwenden. Insbesondere kann bei Unternehmern aufgrund ihrer Geschäftserfahrung sowie aufgrund der Maßgeblichkeit von Handelsgewohnheiten und Handelsbräuchen von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden ...

Das bedeutet, dass der Gewerbevermieter die Klauseln nicht auf „Volkshochschulniveau" formulieren muss. Insbesondere kann er bei dem Gewerbemieter ein gewisses technisches, wirtschaftliches und juristisches Verständnis voraussetzen.[70] Andererseits darf er auch kein „Fachchinesisch" gebrauchen oder ein umfassendes juristisches Verständnis voraussetzen, und zwar auch nicht gegenüber marktmächtigen Mietern.[71]

In Gewerbemietverträgen kann etwa in größerem Umfang auf Regelungen verwiesen werden, ohne dass diese dem Vertrag beigefügt werden müssen. Beispiele sind Verweise auf die Betriebskostenverordnung, auf DIN-Normen (etwa zur Flächenberechnung) oder sonstige zugängliche Regelwerke.[72] Dem Gewerbemieter ist in größerem Umfang zuzumuten, sich selbst über solche Regelungen zu informieren.

Auf der anderen Seite erfordert das Transparenzgebot auch im Gewerbemietrecht, dass der Vertrag die Rechte und Pflichten des Mieters klar und verständlich ausweist. Daher müssen die umgelegten Nebenkosten konkret formuliert sein, ein pauschaler Verweis „sämtliche anfallenden Betriebskosten/Nebenkosten" reicht nicht aus.[73] Ob bei Instandhaltungsklauseln die Herausnahme von „Dach und Fach" ausreichend verständlich ist, erscheint zweifelhaft. Der sorgfältige Klauselersteller wird konkretisieren, was damit gemeint ist.

IV. Umgang mit Mieter-AGB

Marktstarke Mieter benutzen nicht selten ihre eigenen AGB. Dort werden häufig sehr weitgehend Mieterinteressen durchgesetzt. Beispiele: unbeschränkte Vormietrechte;[74] verschuldensunabhängige Ausschlussfrist für Nebenkostennachforderungen.[75] Die Kontrolle von Mieter-AGB richtet sich gleichfalls nach den gelockerten Maßstäben im unternehmerischen Verkehr. Auch der unternehmerisch tätige Gewerbevermieter kann nicht generell dem Verbraucher oder Wohnungsmieter gleichgesetzt werden.

Allerdings ist eines zu berücksichtigen: Das Gewerbemietrecht ist grundsätzlich mieterfreundlich ausgestaltet. Weicht der Gewerbemieter in seinen AGB zu seinen Gunsten nach oben ab, dürfte dies deshalb eher zu einer unangemessenen Benachteiligung des Gewerbevermieters führen.[76] Zur Begründung dessen kann ergänzend angeführt werden, dass die Unwirksamkeit einer Klausel lediglich dazu führt, dass die (mieterfreundlichen) gesetzlichen Regelungen anwendbar sind. Der Mieter fällt also weich.

Bestimmte Vermieter können allerdings auch Verbraucher sein, vor allem, wenn sie nur ihr eigenes Vermögen verwalten.[77] In dem Fall findet natürlich eine umfassende AGB-Kontrolle der vom Gewerbemieter gestellten AGB statt.

V. Fazit

Das Gewerbemietrecht ist keine AGB-freie Zone und soll es auch nicht sein. Bei jeder AGB-Kontrolle ist aber zu beachten, dass die Vertragsparteien in aller Regel Unternehmer sind. Darum verbietet sich insbesondere eine pauschale Gleichsetzung des Schutzbedürfnisses von Wohnungs-

---

64) BGH, 6.4.2005 – XII ZR 158/01 –, ZMR 2005, 844 [847] = Info M 2005, 197; BGH, 26.9.2012 – XII ZR 112/10 –, Info M 2012, 482; *Wolf/Eckert/Ball* (Fn. 5), Rdn. 411.

65) Vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 69 Rdn. 5 f.; *Fritz* (Fn. 51), Rdn. 183.

66) Anders *Lehmann-Richter*, ZMR 2012, 837 [841].

67) BGH, 9.12.2009 – XII ZR 109/08 –, ZMR 2010, 351 [353] = NZM 2010, 123 [125]; BGH, 16.5.2006 – XII ZR 13/05 –, ZMR 2007, 846 [848] = Info M 2007, 174.

68) BGH, 16.5.2007 – XII ZR 13/05 –, ZMR 2007, 846 [848] = Info M 2007, 174; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 15 Rdn. 12; vgl. auch *Kappus*, NJW 2006, 15.

69) BGH, 16.5.2007 – XII ZR 13/05 –, ZMR 2007, 846 [848] = Info M 2007, 174; *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 380; *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 15 Rdn. 12).

70) *Seldeneck/Wichert/Fallak*, (Fn. 2), Baustein 15 Rdn. 12.

71) BGH, 21.7.2010 – XII ZR 189/08 –, ZMR 2011, 360 [362] = NZM 2010, 668; BGH, 26.9.2012 – XII ZR 112/10 –, NZM 2013, 85; *Neuhaus* (Fn. 5), Kap 2 Rdn. 54 f.

72) BGH, 7.4.2004 – VIII ZR 146/03 –, Info M 2004, 15 (Verweis auf Betriebskostenverordnung im Wohnungsmietrecht ausreichend); BGH, 4.10.2000, XII ZR 44/98, NJW-RR 2001, 439 [440] (Verweis auf Bruttogrundfläche gemäß DIN 277 ausreichend).

73) OLG Düsseldorf, 26.9.2002 – 10 U 170/01 –, ZMR 2003, 109 [110]; vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 61 Rdn. 4.

74) Vgl. LG Karlsruhe, 7.5.2013 – 11 O 53/11 –, NZM 2013, 861; *Leo/Kappus*, NZM 2013, 665.

75) OLG Jena, 4.7.2012 – 7 U 48/12 –, Info M 2012, 537.

76) Dazu *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 11 Rdn. 2; vgl. auch *Ghassemi-Tabar/Leo* (Fn. 1), Rdn. 245 f.

77) *Seldeneck/Wichert/Fallak* (Fn. 2), Baustein 9 Rdn. 8.

mieter und Gewerbemieter. Der Wohnungsmieter ist Verbraucher, als solcher ist er durch das AGB-Recht besonders geschützt. Der Gewerbemieter ist in aller Regel Unternehmer, als solcher kann und soll er sich in erster Linie selbst schützen.

Für diese Differenzierung bedarf es keiner Gesetzesänderung. Die Generalklausel des § 307 BGB, aber auch die weite Formulierung in § 305 BGB zur Individualvereinbarung sind ausreichend flexibel, sodass Unterschiedliches auch unterschiedlich beurteilt werden kann. Es ist zu wünschen, dass dies im Gewerbemietrecht künftig mehr beherzigt wird.