



**Wanderer und Partner**

# **„Die formularvertragliche Überwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtungen im Gewerbemietverhältnis“**

**Sarah Markmann**

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

## Welche Lastenverteilung ist gesetzlich geregelt (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB)?

*„Der **Vermieter** hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Zustand geeigneten Gebrauch zu überlassen und sie während des Mietverhältnisses in diesem Zustand zu erhalten.“*

- Diese vermietetseitige Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf die dem Mieter zum ausschließlichen Gebrauch überlassenen Mieträume, sondern auch auf sämtliche Gebäudeteile und Grundstücksteile, unabhängig davon, ob sie dem Mieter mitvermietet oder nur zur Mitbenutzung überlassen sind (KG WuM 1984,42). Insbesondere sind die Zugänge zu den Mieträumen sowie Treppenhäuser in einem verkehrssicheren und in einem Zustand zu erhalten, durch den der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht beeinträchtigt wird.
- Umfang und Grenzen der Erhaltungspflicht des Vermieters bestimmen sich in erster Linie anhand des vereinbarten Mietzwecks, der vereinbarten Ausstattung sowie des Alters und der Art der Mietsache, also aller Umstände, die zur Bestimmung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache herangezogen werden.

## Wie sind Instandhaltung und Instandsetzung definiert?

Eine gesetzliche Definition gibt es nicht. Der BGH definiert die Begriffe wie folgt (u.a. BGH vom 06.04.2005, XII ZR 158/01):

- *Unter den Kosten der Instandhaltung werden – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen der Parteien – in Anlehnung an § 28 Abs. 1 Zweite BV – die Kosten verstanden, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.*
- *Bei den Instandsetzungskosten handelt es sich in der Regel um Kosten aus Reparatur und Wiederbeschaffung.*
- *Unter den Begriff der Instandsetzung fallen also Arbeiten, mit denen nach Übergabe der Mietsache an den Mieter aufgetretene Mängel behoben werden. Zentrale Pflicht ist die Behebung bereits eingetretener Mängel zur Wiederherstellung des den bestimmungsgemäßen Gebrauch ermöglichenden Zustand der Mietsache.*

## Wie sind Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten von Betriebs- und Wartungskosten abzugrenzen?

- In Abgrenzung zu Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten sind **Betriebskosten** solche Kosten, die durch regelmäßig anfallende Maßnahmen entstehen und nicht durch eine **bereits eingetretene Störung** oder einen **bereits eingetretenen Mangel** verursacht wurden bzw. die der Überprüfung der Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit einer technischen Einrichtung dienen.
- Bezüglich der **Wartungskosten** fehlt eine gesetzliche Definition. Man wird darunter die Kosten verstehen können, die durch die Pflege oder Kontrolle von (technischen) Anlagen; nicht hingegen ihrer Reparatur ausgelöst werden. Soweit diese Kosten im Katalog des § 2 BetrKV ausdrücklich genannt sind, sind sie kraft gesetzlicher Anordnung Betriebskosten.
- Es ist fraglich, ob Wartungskosten im Sinne reiner Pflegearbeiten auch den Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten zuzuordnen sind.

## **Wie kann eine Abweichung des gesetzlichen Grundsatzes bezüglich der vermierterseitigen Instandsetzungs- und Instandhaltungsverpflichtung erreicht werden?**

Die Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist grundsätzlich abdingbar.

Erforderlich ist aber eine wirksame vertragliche Regelung, sei es durch

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (meistens) oder
2. Individualvereinbarung

## Was ist eine Individualvereinbarung?

- Eine Individualvereinbarung liegt im Gegensatz zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, wenn der Vertragsinhalt zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt wurde.
- Aushandeln bedeutet dabei mehr als nur Verhandeln.
- Der Verwender muss den Kerngehalt des Vertragswerkes inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen.
- Im Einzelfall kann eine „Ausstrahlungswirkung“ bzw. Paketlösung in Betracht kommen, wobei der Vermieter diesbezüglich ein erhebliches Prozessrisiko trägt.

### ➤ **Praxistip:**

Aus Beweiszwecken sollte eine sehr gute und detaillierte Dokumentation der Verhandlungen erfolgen, damit dargelegt und bewiesen werden kann, dass eine Individualvereinbarung vorliegt. Gespräche/Telefonate sollten sogleich in einer E-Mail zusammengefasst werden.

## Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)?

- Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 305 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (sog. Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt.
- Dabei ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde (hier: Mietvertrag) selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.



## Wie weitgehend kann eine Übertragung durch individualvertragliche Regelung erreicht werden?

- Individualvertraglich kann die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung weitestgehend auf den Mieter abgewälzt werden – dies soll bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit möglich sein (OLG Saarbrücken vom 21.02.2003; NZM 2003, 438; BGH vom 05.06.2002, XII ZR 220/99 = BGHZ 151, 53, 62) und kann sogar bezüglich der Erhaltungspflicht anfänglicher Mängel gelten (OLG Saarbrücken a.a.O.).
- Entsprechende Regelungen werden jedoch eher einschränkend ausgelegt (u.a. OLG Hamm NJW-RR 1993, 1229).

## Wie weitgehend kann eine formularvertragliche Übertragung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erreicht werden?

- Die formularvertragliche Überwälzung der Verpflichtung zur Instandsetzung und Instandhaltung im **Inneren der Mietsache**, wenn und soweit sie durch den Mietgebrauch veranlasst oder dem Risikobereich des Mieters zugeordnet ist, soll zulässig sein (BGH vom 06.05.2005, XII ZR 158/01 = NZM 2005,863; BGH vom 26.09.2012, XII ZR 112/10 = NJW 2013,41). Vertragliche Klauseln sollten also immer diese doppelte Einschränkung enthalten.
- Eine Auslegung derartiger Klauseln erfolgt aber dahingehend, dass sie einen ordnungsgemäßen Zustand der Mietsache bei Vertragsbeginn voraussetzen. Die formularvertragliche Abwälzung bei bereits zuvor genutzter Mieträume soll unwirksam sein, da der Mieter sonst auch den von dem Vornutzer verursachten Verschleiß übernehmen müsste.
- Der Zustand der Mietsache bei Vertragsbeginn sollte in den mietvertraglichen Regelungen konkret bezeichnet werden.

## In welchem Umfang können Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung von Gemeinschaftsflächen formularvertraglich auf den Mieter übertragen werden?

- Dies ist grundsätzlich formularvertraglich nur dann möglich, wenn eine höhenmäßige Begrenzung der von dem Mieter zu tragenden Kosten und eine genaue, dem Transparenzgebot genügende Bezeichnung der von dem Mieter zu tragenden Kosten erfolgt (BGH vom 06.04.2005; XII ZR 158/01; ZMR 2005, 844): *„Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird.“*
- Mieter darf nicht unbegrenzt mit Kostenlast für bereits vorhandene Mängel/Abnutzungen belastet werden.
- Kostengrenze: 8% bis maximal 10% der Jahresnettomiete sollen angemessen sein (u.a. OLG Brandenburg vom 05.04.2022, 3 U 144/20; BGH NZM 2005, 863).
- Formulklauseln, die dem Mieter die Instandhaltung an Dach und Fach aufbürden, sollen unwirksam sein (OLG Rostock, NJW-RR 2010, 442). Sonst unangemessene Benachteiligung des Mieters.

## Wie sind „Dach und Fach“ definiert?

Es gibt keine gesetzliche Definition. Es empfiehlt sich die folgende Definition:

Unter „*Dach und Fach*“ im Sinne dieses Mietvertrages verstehen die Vertragsparteien die gesamte tragende Konstruktion des Mietobjekts mit Fundamenten, Dach sowie Außenwänden inklusive etwaiger Fassadenverkleidungen, Vordächer sowie außen mit dem Objekt fest verbundene Teile, konstruktive Decken ohne abgehängte Decken, aber inklusive Unterbodenkonstruktionen, tragende Wände, Aufzugsschächte sowie alle innerhalb des Mauerwerks verlegten technischen Einrichtungen bis zum Austritt aus dem Mauerwerk in die Mieträume.

### ➤ **Praxistip:**

Der Mietvertrag sollte immer eine Definition von Dach und Fach enthalten.

Grundlegend BGH vom 06.04.2005, XII ZR 158/01:

„Nach [§ 535 Absatz I](#) BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des *Senats* bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so dass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags benachteiligen den Mieter unangemessen; die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt.“

## Praxistip

- Vorsicht ist geboten bei mietvertraglichen Regelungen, die eine Aufzählung von technischen Geräten beinhalten, auf die sich die Instandhaltungs- und/oder Instandsetzungspflicht des Mieters auch beziehen soll. Hier sollte eine vollständige und abschließende Auflistung der technischen Geräte erfolgen, keine Auflistung, die mit *u.a.* oder *etc.* endet. Dies birgt das Risiko, dass die Regelung als unklar, intransparent und damit als unwirksam bewertet wird.
- Die mietvertraglichen Regelungen sollten immer deutlich differenzieren zwischen der Instandsetzungs- und Instandhaltungsverpflichtung in den exklusiv von dem Mieter genutzten Mietflächen und den Gemeinschaftsflächen.

## Wann entfällt die Instandsetzungspflicht des Vermieters?

- Die vermietetseitige Verpflichtung entfällt, wenn die Beschädigung vom Mieter selbst oder einem seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten ist bzw. diese seiner Risikosphäre zuzuordnen oder auf einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache zurückzuführen sind.
- Die Erhaltungspflicht entfällt auch für Mängel und eine sich daraus ergebende Gebrauchsbeeinträchtigung, soweit die Mietvertragsparteien „einen bestimmten bei Überlassung vorhandenen (schlechten) Zustand der Mietsache konkret als vertragsgemäß vereinbart haben“, was häufig anzunehmen ist, *„wenn der Mieter den Mietvertrag in positiver Kenntnis eines bestimmten mangels abschließt d.h. die Mietsache wie sie ist, akzeptiert“* (BGH NZM 2011, 197).
- Wegen solcher ihm bekannter, als vertragsgemäß vereinbarter Mängel (negative Beschaffenheitsvereinbarung) kann der Mieter keine Minderungs-, Schadensersatz oder Aufwendungsersatzansprüche geltend machen. Der von dem Mieter akzeptierte Zustand ist dann der vertragsgemäße Zustand.

## Last but not least..

- **Kurze Verjährungsfrist des § 548 BGB beachten!! Gilt für auf den Mieter abgewälzte Instandhaltung- und Instandsetzungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturverpflichtung**

*„Die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt in dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält.“*

- **Das heißt: sechs Monate ab dem tatsächlichen Rückerhalt der Mietsache!**

Es kommt nicht auf den Ablauf einer Kündigungsfrist oder das Vertragsende gemäß Mietvertrag an. Ausschlaggebend für den Beginn der Frist ist der tatsächliche Rückerhalt (meistens durch Schlüsselrückgabe! = endgültige Aufgabe des Besitzes durch den Mieter).



Wanderer und Partner Rechtsanwälte PartG mbB  
Bürocenter am Lützowplatz  
Karl-Heinrich-Ulrichs-Str. 24  
10785 Berlin

Telefon: +49 (30) 405 994 - 0  
Telefax: +49 (30) 405 994 - 16

E-Mail: [info@wir-wanderer.de](mailto:info@wir-wanderer.de)



**Wanderer und Partner**