

MietRB 2015, 50 (Heft 02)

Beiträge für die Beratungspraxis

von RAin Iris Knackstedt und, RAin Rebecca Schultz, Hannover

Do's and Dont's im Gewerberaummietvertrag – Ein Leitfaden für die Gestaltung von gewerblichen Mietverträgen

Der Gewerberaummietvertrag unterliegt, anders als der Wohnraummietvertrag, in den Grenzen des § 307 BGB der freien Gestaltung; seine Regelungen haben daher, insbesondere in Hinblick auf Mietentwicklung und Laufzeit eine besondere Bedeutung in der Praxis. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die zu beachtenden Problempunkte bei der Gestaltung von Gewerberaummietverträgen geben.

I. Die gesetzliche Schriftform

Wegen der vorzeitigen Kündbarkeit auch langfristiger Gewerbemietverträge hat die Wahrung der in § 550 BGB geregelten gesetzlichen Schriftform eine immense Praxisrelevanz.

MietRB 2015, 51

1. Geltungsbereich und Wahrung

Grundsätzlich unterliegt nicht der gesamte Vertragsinhalt dem Schriftformerfordernis. Nur die **wesentlichen Vertragsbestimmungen**, also die sog. „essentialia negotii“, die für den Vertragsabschluss erforderlich sind, insbesondere die Regelungen über die Vertragsparteien, das Mietobjekt, die Mietzeit, und die Miete müssen der Schriftform genügen.¹ Der Schriftform bedürfen hingegen nicht auch solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind.² Auch sind **Konstellationen denkbar und in der Praxis alltäglich**, in denen Mietverträge **zwar auf unbestimmte Zeit** abgeschlossen (und somit grundsätzlich formfrei zulässig sind), gleichfalls aber **Vereinbarungen** getroffen werden, welche die Vertragslaufzeit indirekt oder direkt auf über ein Jahr festsetzen. So z.B. im Rahmen eines **Kündungsverzichts** des Vermieters auf längere Zeit als ein Jahr. Auch in diesem Falle greift das Schriftformerfordernis ein, da das an sich auf unbestimmte Zeit geschlossene Mietverhältnis somit indirekt auf mindestens ein Jahr geschlossen wurde. Entsprechend gilt dies für die Vereinbarung einer Verlängerungsoption mit einer Laufzeit von über einem Jahr. Ebenso hat der BGH³ entschieden, dass **Untermietverträge** mit einer Vertragslaufzeit von über einem Jahr der Schriftform unterliegen. Keine Anwendung hingegen findet § 550 BGB im Rahmen des Abschlusses von Mietvorverträgen.⁴ Die Parteien können sich in einem Vorvertrag mithin verpflichten, einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von über einem Jahr abzuschließen. Hieraus kann zwar ein Anspruch auf Abschluss eines formgerechten Mietvertrages resultieren. Der Vorvertrag bindet jedoch nicht den potentiellen Erwerber einer Immobilie. Neben § 550 BGB kann aber auch die Beachtung weiterer Formvorschriften aufgrund besonderer, im Mietvertrag enthaltener Regelungen zwingend notwendig sein. So etwa im Rahmen der Vereinbarung einer **Kaufoption** oder eines **Vorkaufrechts** im Mietvertrag selbst. Eine derartige Vereinbarung bedarf der notariellen Beurkundung gem. § 311b Abs. 1 BGB. Auch **wettbewerbsbeschränkende Absprachen** i.S.v. § 18 GWB unterliegen besonderen Schriftformerfordernissen.⁵ Letzteres wird häufig übersehen.

Welche Anforderungen im Detail an die Wahrung der Schriftform gestellt werden, ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 126 BGB (dieser gilt auch für § 550 BGB).⁶ Gemäß § 126 Abs. 1 BGB müssen die Parteien zur Einhaltung der Schriftform die **Urkunde eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels eines notariell** beglaubigten Handzeichen unterzeichnen. Liegen mehrere Ausfertigungen des Vertrages vor, so kann auf das Erfordernis der Unterzeichnung auf derselben Urkunde verzichtet werden, wenn jede Partei die für die andere Seite bestimmte Urkunde unterzeichnet (vgl. § 126 Abs. 2 BGB). Zur Einhaltung der Schriftform müssen die Unterschriften **das gesamte Vertragswerk** abdecken, § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Unterschriften müssen den

Vertragstext also **räumlich abschließen**.⁷ Entspricht die Vertragsurkunde einmal den gesetzlichen Anforderungen an die Schriftform, ist eine **nachträgliche Zerstörung unerheblich**.⁸ Tritt auf einer Seite eine Personenmehrheit auf, so ist entweder die Unterzeichnung aller Personen erforderlich oder aber die Vertreterstellung des Unterzeichnenden kommt in der Urkunde zum Ausdruck. Hierbei ist bereits die Verwendung eines Firmenstempels zur Kennzeichnung ausreichend.

Nach dem Grundsatz der **Einheit der Urkunde** muss der Vertragsinhalt zudem in einer Urkunde niedergelegt werden. Die wesentlichen, dem Schriftformerfordernis unterliegenden Abreden, müssen dabei in der unterzeichneten Urkunde selbst enthalten sein.⁹ Soweit der Mietvertrag auf andere Schriftstücke Bezug nimmt, so forderte der BGH ursprünglich eine äußerlich erkennbare und körperlich feste Verbindung mit der Haupturkunde (Heftung, Anleimen etc.).¹⁰ Nunmehr lässt er es ausreichen, wenn sich die Einheit der Urkunde auf andere Art und Weise zweifelsfrei ergibt, z.B. aufgrund einer fortlaufenden Paginierung oder fortlaufenden Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einer einheitlichen grafischen Gestaltung oder dem inhaltlichen Zusammenhang des Textes („Auflockerungsrechtsprechung“).¹¹

2. Folgen eines Schriftformverstößes und Heilungsmöglichkeiten

Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Vertrag trotzdem wirksam. Gemäß § 550 Satz 1 BGB gilt der Mietvertrag jedoch als **auf unbestimmte Zeit** abgeschlossen und kann von jeder Partei ordentlich gekündigt werden. Diese gesetzlich geregelte Folge eines Schriftformverstößes ist zwingend. Die Kündigung kann gem. § 550 Satz 2 BGB frühestens nach Ablauf des ersten Jahres nach Überlassung des Mietobjekts erfolgen. Der Vertrag gilt auch dann als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn der Formverstoß erst durch einen **formungültigen Nachtrag** oder durch **Nebenabreden**, die der Schriftform ermangeln, herbeigeführt wird.¹² Diese haben somit „infizierende Wirkung“, erfassen den gesamten Mietvertrag und führen zur ordentlichen Kündbarkeit.¹³ Entsteht der Schriftformver-MietRB 2015, 52stoß erst durch Abschluss eines nicht formgerechten **Nachtrags**, beginnt die einjährige Frist des § 550 Satz 2 BGB erst mit Abschluss dieses Nachtrages.¹⁴ Optionsklauseln und Verlängerungsklauseln und alle sonstigen Bedingungen der Verträge, die mit einem Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit nicht im Einklang stehen, werden damit gegenstandslos.¹⁵ Liegt eine sog. „**Vermietung vom Reißbrett**“ vor, ist der Mietvertrag bereits vor Überlassung des Mietobjekts ordentlich kündbar. Dennoch soll die Kündigung wegen eines Schriftformverstößes erst nach Ablauf eines Jahres nach Überlassung möglich sein.¹⁶

Um derart missliche Folgen eines Formverstoßes zu verhindern, werden in der gewerberaummietrechtlichen Praxis oftmals und in unterschiedlichen Gestaltungsformen¹⁷ sog. **Schriftformheilungsklauseln** verwendet. Weit verbreitet ist insbesondere eine Kombination aus der sog. Vorsorgeklausel und der Nachholklausel¹⁸:

Die Parteien sind verpflichtet bei Nichteinhaltung der Schriftform dieses Vertrages, diese nachträglich herbeizuführen und vor diesem Zeitpunkt nicht wegen der mangelnden Form zu kündigen.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Wirksamkeit solcher Klauseln kontrovers diskutiert. Bereits im Januar letzten Jahres¹⁹ und zuletzt im April 2014²⁰ war der zuständige XII. Zivilsenat mit dieser Problematik rund um die Schriftformheilungsklauseln befasst. Entgegen aller Erwartungen (und Hoffnungen) hat sich der Senat jedoch nicht zur Grundsatzfrage der Wirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln positioniert. In seinen Entscheidungsgründen legte er jedoch dar, dass sich jedenfalls ein Erwerber auf die Regelung des § 550 BGB berufen könne. Da dieser primär dem Schutz des Erwerbers diene, sei eine vorzeitige Kündigung des Erwerbers nicht treuwidrig i.S.d. § 242 BGB. Die Auswirkungen dieser Entscheidung liegen auf der Hand. Der Erwerber einer Immobilie kann sich von einem unliebsamen Vertrag vorzeitig lösen und diese Möglichkeit bereits im Rahmen einer Due Diligence in seiner Kaufentscheidung berücksichtigen.

3. Fazit

Die wesentlichen Vertragsbedingungen sind möglichst genau zu beschreiben.

Die Anlagen sind detailliert zu benennen und vorsorglich fest mit dem Vertrag zu verbinden. In Nachträgen ist genau auf den Ursprungsvertrag und bisherige Nachträge Bezug zu nehmen.

Die Schriftformheilungsklausel ist zu verwenden (auch bei Nachträgen). Schriftformfehler können etwa durch einen formgerechten **Nachtrag** zum Mietvertrag geheilt werden.²¹

II. Mietanpassungsmöglichkeiten

Im gewerblichen Mietrecht sind gesetzliche Möglichkeiten der Mieterhöhung nicht geregelt. Den Mietvertragsparteien stehen im Rahmen der Vertragsgestaltung jedoch verschiedene **Möglichkeiten** zur Verfügung, die Miete den sich verändernden Gegebenheiten anzupassen.

1. Staffelmiete

Eine Staffelmiete wird in der Praxis meist bei Mietverträgen mit überschaubarer Laufzeit (5 Jahre oder weniger) vereinbart.²² § 557a Abs. 1 BGB, welche die Staffelmiete definiert und die Möglichkeiten deren Vereinbarung einschränkt, ist auf Gewerberaummietverträge nicht anwendbar, auch nicht entsprechend.²³ Auch sonst gelten die wohnungsmietrechtlichen Einschränkungen nicht. Wegen der mangelnden Vorhersehbarkeit der Mietentwicklung empfiehlt sich eine Staffelmiete nur bei kürzeren Laufzeiten.

2. Wertsicherungsklauseln

Sinn und Zweck von Wertsicherungsklauseln ist es, **das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zu erhalten** und beispielsweise inflationsbedingte Verschiebungen auszugleichen.

Die Vertragsparteien können schriftlich vereinbaren, die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI) zu bestimmen. Dies ist die **Legaldefinition für die Indexmiete** in § 557b Abs. 1 BGB. Die Vorschrift gilt nur für die Wohnraummiete, ihre Einschränkungen gelten nicht für das Gewerberaummietrecht.

a) Gleitklauseln/Automatikkláuseln

Sog. Automatikkláuseln unterliegen dem Preisklauselgesetz (PrKG). Nach dessen Neuregelung ist jedoch weder eine Genehmigung, noch ein Negativtest mehr erforderlich. Nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 e) PrKG ist die Bindung an den vom Statistischen Bundesamt (oder jeweiligen Statistischen Landesamt) ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltungskosten oder an einen Verbraucherpreisindex des Statistischen Amtes der Europäischen Gemeinschaft möglich. Sowohl das StBA, als auch die miet- und notarrechtliche Praxis empfehlen den Verbraucherpreisindex für Deutschland als Wertmesser. Voraussetzung für die Vereinbarung einer Automatikkláusel ist jedoch eine Vertragslaufzeit von mindestens 10 Jahren.

MietRB 2015, 53

Beraterhinweis Eine Schriftformproblematik des Mietvertrages tangiert hier in erheblicher Weise auch die Automatikkláusel. Sofern ein Verstoß vorliegt und der Mietvertrag nunmehr auf als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt, liegen die Voraussetzungen der Automatikkláusel (Mindestvertragslaufzeit) nicht mehr vor. Der Mietvertrag ist dann nicht mehr wertgesichert.

Zu beachten ist im Übrigen auch der Fall der **Verzögerung des Mietbeginns**. Zwar ist die 10 Jahre Frist aufgrund des Wortlautes des § 3 PrKG ab Vertragsschluss zu berechnen. Jedoch ist diese Berechnung nicht unumstritten, da sich die Vertragsdauer im Allgemeinen ab Mietbeginn errechnet. Verzögert sich der Mietbeginn (z.B. im Rahmen der Vermietung vom Reißbrett), weil das Objekt noch nicht fertig gestellt worden ist und wird die auf 10 Jahre vereinbarte Laufzeit nicht diesem Umstand angepasst, wäre die Kláusel preisrechtlich nicht mehr zulässig.

Aufgrund der Regelung in § 8 PrKG stellen die vorgenannten Szenarien für den Vermieter jedoch nicht den „Supergau“ dar. Denn nach dieser Norm tritt eine etwaige **Unwirksamkeit der Kláusel** erst zum Zeitpunkt des **rechtskräftig festgestellten** Verstoßes ein.

Beraterhinweis Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken²⁴ gegen das PrKG dürfte im Falle eines Rechtsstreites der Weg bis zum BGH offen stehen. Während der Dauer eines solchen Rechtsstreits kann die Miete entsprechend der Kláusel verlangt werden. Zudem ist eine **Rückzahlung** im Falle des Obliegens des Vermieters **nicht möglich!** Trotz verfassungsrechtlicher Bedenken gegen das PrKG sollte von dessen Wirksamkeit ausgegangen werden.

Bei der Formulierung einer Automatikklausele muss eine „**neutrale**“ Vereinbarung getroffen werden. Sowohl die Erhöhungsmöglichkeit, als auch das Absinken der Miete je nach Veränderung des Indexes muss gewährleistet sein. Zu beachten ist, dass zwar ein „gekappter“ Index vereinbart werden kann (z.B.: VPI steigt um 10 %, die Miete wird aber nur um 5 % erhöht). Nicht jedoch kann zu Lasten des Mieters vereinbart werden, dass bei einem Anstieg des VPI um 10 %, eine Erhöhung der Miete um 20 % erfolgt. Letzteres wäre unzulässig.

b) Leistungsvorbehaltsklauseln

Bei den Leistungsvorbehaltsklauseln hält sich der Vermieter vor, die Gegenleistung für die Raumüberlassung neu festzulegen. Der Leistungsvorbehalt unterliegt nicht dem Preisklauselgesetz (PrKG). Im Gegensatz zu sog. Automatikklauseln, fehlt bei Leistungsvorbehaltsklauseln die feste Bindung an die Bezugsgröße. Die vom Mieter zu zahlende Miete kann bei Veränderung der Bezugsgröße oder nach Ablauf einer bestimmten Zeit zwar geändert werden. Die Veränderung stellt aber lediglich Voraussetzung für eine noch festzulegende bzw. gesondert zu vereinbarende Miethöhe dar. Der VPI kann als Erhöhungsmaßstab dienen. Entscheidend ist aber, dass die Einräumung eines Ermessensspielraumes hinsichtlich der Höhe des Mietzinses gewährleistet sein muss und dies auch in der Klausel klargestellt wird (z.B. „... unter Einschluss von Billigkeitserwägungen“). Da der Leistungsvorbehalt nicht dem PrKG unterliegt, kann eine **einseitige Erhöhung vereinbart** werden und die **Herabsetzung ausgeschlossen** werden. Im Rahmen der Anpassung oder Neufestsetzung kann auf die Bestimmung durch einen Dritten (Schiedsgutachter) aus Kostengründen verzichtet werden. Der Vermieter ist gem. § 315 BGB berechtigt, die Anpassung selbst festzusetzen. Diese, bis dato nur in der Literatur vertretenen Ansicht, hat sich nunmehr der BGH angeschlossen.²⁵

c) Spannungsklauseln

Eine sog. Spannungsklausel ist eine Wertsicherungsklausel, in der als Wertmesser für die Anpassung der Miete eine im Wesentlichen **gleichartige oder** zumindest **vergleichbare Leistung** angegeben wird.²⁶ Solange kein „Gewerbemietenspiegel“ vorliegt, ist von einer Spannungsklausel abzuraten.

3. Umsatz- und Gewinnbeteiligungsklauseln

Derartige Klauseln sind nicht ausdrücklich im PrKG erwähnt. Hier führt nur eine mittelbare Auswirkung von Preisänderungen zu einer Änderung der Miete (werden bestimmte Umsatz- oder Gewinn Grenzen überschritten, erhöht sich die Miete). Derartige Klauseln haben kaum praktische Bedeutung.²⁷ Hingegen sind Klauseln mit einer Umsatzmiete in Kombination mit Mindestmieten, welche wiederum wertgesichert sind, weit verbreitet im Rahmen der Vermietung an Einkaufszentren und im Einzelhandel. Sofern eine Umsatzmiete vereinbart wird, sollte neben der **wertgesicherten Mindestmiete** auch eine **Betriebspflicht** vereinbart werden.

4. Fazit

Bei Laufzeiten von mindestens 10 Jahren (auch 5 Jahre und 5 Jahre Option) empfiehlt sich trotz des Risikos deflationärer Entwicklungen die Automatikklausele, bei kürzeren Laufzeiten bietet sich die Leistungsvorbehaltsklausel an, in der ebenfalls auf die Indexentwicklung Bezug genommen werden kann.

III. Betriebskosten

Die Regelung über die Umlage von Betriebskosten spielt im gewerblichen Mietvertrag eine entscheidende Rolle. Anders als im Wohnraummietrecht muss dezidiert im Mietvertrag geregelt werden, welche Betriebskosten auf den Mieter umgelegt werden sollen. Nach § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB können die Mietvertragsparteien vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten trägt. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Mieter keine Kosten zu tragen hat, die nicht durch Vereinbarung im Mietvertrag umge-MietRB 2015, 54gelegt wurden. Grundsätzlich trägt daher der Vermieter die Betriebskosten, die dann (mangels gesonderter Vereinbarung) mit der Miete abgegolten sind.

1. Mietstruktur

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Betriebskosten auf den Mieter umzulegen. Zu beachten ist aber, dass die einmal gewählte Mietstruktur grundsätzlich für das gesamte Mietverhältnis bindend bleibt.²⁸

2. Umlage/Bestimmtheit

Die Betriebskosten können formularvertraglich auf den Mieter abgewälzt werden. Für eine wirksame Abwälzung der Betriebskosten auf den Mieter ist erforderlich, dass die Vereinbarung über die Abwälzung eindeutig formuliert ist und sich hieraus ausdrücklich und unmissverständlich die auf den Mieter abgewälzten Betriebskosten ergeben.²⁹ Ist dies nicht der Fall, ist die Klausel unwirksam mit der Folge, dass die eigentlich auf den Mieter abzuwälzenden Betriebskosten doch vom Vermieter zu tragen sind. Nachfolgend einige Klauseln, die von der Rechtsprechung als **unwirksam** angesehen wurden:

Der Mieter trägt alle Betriebskosten.³⁰

Der Mieter hat (neben im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten) alle hier nicht aufgeführten Kosten in Ansehung des Mietobjekts zu tragen.³¹

Sämtliche anfallenden Nebenkosten/Betriebskosten gehen anteilig zu Lasten des Mieters. Hierfür leistet der Mieter eine monatliche Betriebskostenvorauszahlung von ... € + MwSt. exkl. Stromkosten. Die Nebenkostenvorauszahlung wird jährlich aufgrund der tatsächlich anfallenden Kosten neu festgelegt.³²

Dem Bestimmtheiterfordernis kann auf verschiedene Weise genügt werden. Einfachste Möglichkeit ist zunächst im Mietvertrag direkt auf den Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV zu **verweisen**. Eine reine Bezugnahme reicht dabei aus, es ist nicht erforderlich, die BetrKV physisch dem Mietvertrag als Anlage beizufügen.³³

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die einzelnen Betriebskostenarten im Mietvertrag zu **benennen**. Für die Praxis ist diese Möglichkeit jedoch nur bedingt zu empfehlen, da in diesem Fall auch nur die im Mietvertrag genannten Betriebskostenarten auf den Mieter umgelegt werden. Eine Anpassung der umzulegenden Betriebskosten ist dann nur durch Abschluss eines formwirksamen Nachtrags möglich.

Beraterhinweis Anders ist es bei der eben genannten Verweisung auf den Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV. Wird die Verweisung mit dem Zusatz „in ihrer jeweils gültigen Fassung“ aufgenommen, handelt es sich um eine sog. **dynamische Verweisung**. Diese hat den Vorteil, dass Änderungen der BetrKV ohne gesonderte Vereinbarung zwischen den Mietvertragsparteien Vertragsinhalt werden.³⁴

Anders als im Wohnraummietrecht besteht im Gewerberaummietrecht auch die Möglichkeit, sonstige Betriebskosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV, die nicht explizit in der BetrKV genannt sind, umzulegen.³⁵ Allerdings genügt hier eine Verweisung nicht, so dass diese Kosten im Mietvertrag einzeln benannt werden müssen.³⁶ Unter § 2 Nr. 17 BetrKV fallen vor allem die Umlage von Instandhaltungskosten für Gemeinschaftsflächen, Verwaltungskosten oder auch Centermanagementkosten, welche formularmäßig möglich ist.

Beraterhinweis Hinsichtlich der Instandhaltungskosten gilt, dass die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB verstößt.³⁷ Bei der Vertragsgestaltung sollte daher darauf geachtet werden, dass die umzulegenden Instandhaltungskosten konkret der Höhe nach auf einen festen Prozentsatz beschränkt sind.³⁸

Die Umlage von Verwaltungskosten in den AGBs eines Gewerberaummietvertrages ist weder überraschend gem. § 305c BGB, noch verstößt sie gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, auch wenn die Klausel keine Bezifferung oder höhenmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten enthält.³⁹ Hierbei reicht es auch aus, lediglich den Begriff „Verwaltungskosten“ zu nennen, da der BGH davon ausgeht, dass dem Mieter durch den Rückgriff auf die Definition des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV hinreichend klar sein dürfte, welche Belastung auf ihn zukommt.⁴⁰

Anders sieht dies der BGH nach wie vor bei der Umlage von **Centermanagementkosten**. Der Begriff „Centermanagement“ ist zu unbestimmt, so dass für den Mieter nicht MietRB 2015, 55ersichtlich ist, welche Leistungen hiervon erfasst sind. Eine solche pauschale Abwälzung ist damit unwirksam.⁴¹

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Kosten des „Centermanagement“ genauestens definiert werden, damit der Mieter diese zumindest grob abschätzen kann.

3. Stillschweigende Vereinbarung

Nach einer Entscheidung des BGH⁴² kann die Umlage von Betriebskosten auch stillschweigend durch jahrelange Zahlung vereinbart werden. Im Rahmen der Geschäftsraummiete ist jedoch zu beachten, dass eine stillschweigende Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten gegen das Schriftformgebot verstoßen kann.⁴³ Die dadurch entstehenden nicht gewünschten Folgen wurden bereits unter Ziff. 1 dieses Beitrages behandelt. Die stillschweigende Vereinbarung ist daher in der Praxis nicht zu empfehlen. Vielmehr sollte in der Vertragsgestaltung darauf geachtet werden, dass alle in Betracht kommenden Betriebskosten ausdrücklich vereinbart werden.

IV. Ausschluss des Sonderkündigungsrechts nach § 555e BGB

Die Vorschrift des § 555e BGB, wonach der Mieter nach Zugang der Modernisierungs-ankündigung ein Sonderkündigungsrecht erhält, ist auch im Gewerberaummietrecht anwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter durch die Modernisierung nur Vorteile hat. Allerdings hat der gewerbliche Vermieter mangels Verweisung von § 587 Abs. 2. BGB auf § 559 BGB keine gesetzliche Mieterhöhungsmöglichkeit nach Modernisierung. Für den gewerblichen Vermieter stellt dies ein hohes Risiko dar, kann doch der Mieter nach durchgeführter Modernisierung das Mietverhältnis kündigen, obwohl ein langfristiger Mietvertrag abgeschlossen wurde.

Beraterhinweis Lösen lässt sich dieses Problem, indem in der Vertragsgestaltung das Sonderkündigungsrecht nach § 555e BGB ausgeschlossen wird. Der Ausschluss ist entgegen § 555e Abs. 3 BGB im Gewerberaummietrecht zulässig und eine Regelung zu Ungunsten des Mieters in den Grenzen von § 138, 157, 242 BGB möglich.⁴⁴

Zu beachten ist aber, dass bei der Formulierung des Ausschlusses dem Mieter alle übrigen Kündigungsmöglichkeiten erhalten bleiben.⁴⁵

Bei älteren Mietverträgen, die keinen entsprechenden Ausschluss enthalten, ist es ratsam das Sonderkündigungsrecht durch einen Nachtrag mit dem Mieter auszuschließen.⁴⁶

V. Ausschluss anfänglicher Garantiehftung, § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB (klassischer Deal-breaker)

Das Gesetz regelt in § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB die anfängliche Garantiehftung des Vermieters Diese setzt voraus, dass der Mangel bei Vertragsabschluss (bzw. bei Fertigstellung oder Übergabe der zunächst noch nicht fertig gestellten Mietsache) zumindest vorhanden war. Der Vermieter haftet hierbei verschuldensunabhängig.⁴⁷ Hier ergibt sich also für den Vermieter ein erhebliches Schadenspotential. Das sich hieraus ergebene Risiko ist vermierterseits nicht versicherbar, da nahezu alle gängigen Haftpflichtversicherungen für Grundstückseigentümer/Vermieter einen Ausschluss des Versicherungsschutzes für die verschuldensunabhängige Garantiehftung beinhalten, während der Mieter grundsätzlich über eine Gebäudeinhaltsversicherung und eine Betriebsunterbrechungsversicherung die Risiken absichern kann. Deshalb stellt dieser Punkt bei der Gestaltung und Verhandlung von Mietverträgen einen klassischen Deal-breaker dar.

Wann ein **anfänglicher** Mangel vorliegt, kann danach beurteilt werden, ob die Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache durch rechtzeitige Inspektion, Instandhaltungsmaßnahmen oder Auswechslung hätte beseitigt werden können und ein Schaden so gar nicht erst entstanden wäre.⁴⁸ Ist dies nicht der Fall, handelt es sich in der Regel um einen anfänglichen Mangel. Von einem anfänglichen Mangel darf jedoch nicht ausgegangen werden, wenn sich infolge Änderung der wissenschaftlichen und/oder technischen Erkenntnisse ein Zustand als mangelhaft herausstellt, der bei Vertragsschluss der damaligen Sollbeschaffenheit entsprach.⁴⁹ Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines anfänglichen Mangels ist grundsätzlich der **Vertragsschluss**,⁵⁰ selbst dann, wenn – wie in der Praxis üblich – Vertragsabschluss und Mietbeginn auseinanderfallen.⁵¹ Sollte die Mietsache zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fertig gestellt sein, kommt es auf deren Übergabe oder Fertigstellung an und die Garantiehftung wird entsprechend angewendet.⁵² Wird der Mietgegenstand veräußert, bleibt der eben genannte Zeitpunkt maßgebend für die anfängliche Garantiehftung. Es ist also nicht so, dass bei jeder Veräußerung die

Garantiehaftung neu begründet wird. Vielmehr muss sich der Erwerber des Mietgegenstandes den Zeitpunkt des Beginns der Garantiehaftung zurechnen lassen.⁵³ Entsprechendes gilt, wenn ein neuer Mieter durch Übernahme des bestehenden Mietverhältnisses in einen Mietvertrag eintritt. Treten daher Mängel erstmalig bei dem neuen Mieter auf, kann er sich nicht mehr auf die anfängliche Garantiehaftung berufen. Für derartige Mängel MietRB 2015, 56 haftet der Vermieter daher nur bei Verschulden.⁵⁴ Abweichendes kann nur dann gelten, wenn der Vermieter diese Garantie erkennbar nicht übernehmen wollte oder der Vermieter mit dem Mieter einen neuen Mietvertrag abgeschlossen hat.

Beraterhinweis Vermietern wird daher im Rahmen von Mietvertragsverhandlungen dringend empfohlen, die anfängliche Garantiehaftung mietvertraglich auszuschließen.

§ 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB ist dispositiv. Individualvertragliche abweichende Regelungen können daher ohne weiteres getroffen werden, jedoch nur innerhalb der Grenzen von § 536d BGB (Arglist), § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB.⁵⁵ Auch in Formularverträgen kann der Schadensersatzanspruch beschränkt werden, allerdings nur insoweit, als es sich nicht um zugesicherte Eigenschaften handelt.⁵⁶ Bei der Formulierung ist genauestens darauf zu achten, dass der Haftungsausschluss nicht für die Verschuldenshaftung für später auftretende Mängel gilt.

Bei der Gestaltung entsprechender Klauseln im Formularvertrag ist weiter dahingehend hohe Sorgfalt geboten, den Haftungsausschluss so zu formulieren, dass eindeutig klar wird, dass lediglich die Haftung für **anfängliche Sachmängel** ausgeschlossen werden soll, jedoch **nicht** diejenige für **anfängliche Rechtsmängel**. Ist dies nicht eindeutig erkennbar, wendet die Rechtsprechung die vermehrt auch hier die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB an, mit der Folge, dass die Auslegung der Klausel zu Lasten des Verwenders geht.⁵⁷

Beraterhinweis Es empfiehlt sich daher bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, den Ausschluss über die anfängliche Garantiehaftung im Vertrag an gesonderter Stelle zu platzieren und so genau wie möglich zu formulieren. So kann von vornherein etwaigen Missverständnissen oder auch Unklarheiten begegnet werden.

VI. Konkurrenzschutzklauseln

Der Konkurrenzschutz kann zum Einen vertraglich vereinbart werden, insbesondere auch formularvertraglich.⁵⁸ Zum Anderen und dies ist viel wichtiger, besteht auch **ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz** bei fehlender vertraglicher Regelung,⁵⁹ der den Vermieter verpflichtet auf demselben Grundstück oder auf dem ihm gehörigen Nachbargrundstück keine Konkurrenz zuzulassen. Der vertragsimmanente, also nicht ausdrücklich vereinbarte, Konkurrenzschutz bezieht sich nur auf **Hauptartikel**, nicht auf Nebenartikel.⁶⁰

Verstößt der Vermieter gegen den vertraglichen oder den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz, hat der Mieter das Recht, die Miete zu mindern, ohne etwaige Umsatzeinbußen nachzuweisen.⁶¹ Die Verletzung des Konkurrenzschutzes stellt daher einen **Mangel** der Mietsache dar.

Beraterhinweis Im Rahmen der Vertragsgestaltung sollte daher gleich im Vorfeld der Konkurrenzschutz ausgeschlossen werden oder so detailliert wie möglich formuliert werden. Nur so lässt sich vermeiden in die Situation einer Konkurrenzschutzproblematik zu geraten.

¹ BGH v. 18.12.2002 – XII ZR 253/01, NZM 2003, 281.

² BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 55/97, MDR 1999, 1431 = NJW 1999, 2591.

³ BGH v. 15.6.1981 – VIII ZR 166/80, BGHZ 81, 46 ff. = MDR 1981, 1009.

⁴ Vgl. Bieber in MünchKomm, § 550 Rz. 5; Heile/Landwehr in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap II Rz. 2456.

⁵ Heile/Landwehr in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap II Rz. 2461.

⁶

Vgl. Heile/Landwehr in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap II Rz. 2474; BGH, Urt. v. 30.6.1999 – XII ZR 55/97, BGHZ 142, 158 = MDR 1999, 1431; vgl. auch Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl.

7

Heile/Kraemer/Landwehr in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap. II Rz. 2497; OLG Düsseldorf v. 3.5.2011 – I 24 U 150/10, MietRB 2012, 40 = MDR 2012, 20.

8

BGH v. 2.5.2007 – XII ZR 178/04, MietRB 2007, 223 = MDR 2007, 1063 = NZM 2007, 443 f.

9

Heile/Landwehr in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap. II Rz. 2486.

10

BGH v. 13.11.1963 – V ZR 8/62, BGHZ 40, 255.

11

BGH v. 24.9.1997 – XII ZR 234/95, MDR 1998, 31 m. Anm. Sternel = NZM 1998, 25, 28.

12

BGH v. 24.1.1990 – VIII ZR 296/88, MDR 1990, 711 = NJW-RR 1990, 518.

13

BGH v. 29.10.1986 – VIII ZR 253/85, MDR 1987, 228; KG v. 25.1.2007 – 8 U 129/06, ZMR 2007, 535.

14

BGH v. 29.3.2000 – XII ZR 316/97, MDR 2000, 821 = NZM 2000, 545, 546.

15

Emmerich in Staudinger/BGB, § 550 Rz. 37.

16

Weidenkaff in Palandt/BGB, § 550 Rz. 13.

17

Eine Aufstellung mit Beispielen findet sich bei Dittert/Schultz, „Können Schriftformheilungsklauseln wirklich retten?“, GE 04/2014, 228 f.

18

Dittert/Schultz, „Können Schriftformheilungsklauseln wirklich retten?“, GE 04/2014, S. 228.

19

BGH v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, MietRB 2014, 133 f. = MDR 2014, 334 f.

20

BGH v. 30.4.2014 – XII ZR 146/12, MietRB 2014, 231 f. = MDR 2014, 951 f.

21

BGH, Urt. v. 2.5.2007 – XII ZR 178/04, MietRB 2007, 223 = MDR 2007, 1063 = NZM 2007, 445.

22

Vgl. Schultz in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap III A. Rz. 788.

23

Schultz in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap III A. Rz. 789; Wolf/Eckert/Ball, Rz. 459.

24

Schultz, Gewerberaummieta; der BGH hat dies ausdrücklich noch offen gelassen (BGH v. 13.11.2013 – XII ZR 142/12, MietRB 2014, 6 = MDR 2014, 142 f. = NZM 2014, 34 ff.).

25

BGH v. 9.5.2012 – VII ZR 79/10, NZM 2012, 457 f.

26

Schultz in Bub/Treier, 4. Aufl., Kap. III A Rz. 847.

27

Bartholomäi in Lindner-Figura, Kap. 10 Rz. 178.

28

Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiere, 3. Aufl., Kap. 11, Rz. 40.

29

Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiere, 3. Aufl., Kap. 11, Rz. 46.

30

OLG Düsseldorf v. 14.5.2002 – 24 U 142/01, ZMR 2003, 22.

31

OLG Düsseldorf v. 14.5.2002 – 24 U 142/01, ZMR 2003, 22.

32

OLG Düsseldorf v. 26.9.2002 – 10 U 170/01, NZM 2003, 802.

33

BGH v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06, MietRB 2007, 281 f. = MDR 2007, 1416 = NJW 2007, 3060.

34

Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiere, 3. Aufl., Kap. 11, Rz. 60.

35

Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rz. 68.

36

BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 167/03, MietRB 2004, 202 = MDR 2004, 932 LS.

37

BGH v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, MietRB 2014, 356 = MDR 2014, 1308.

38

BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 158/01, MietRB 2005, 285 = MDR 2006, 17 = NJW-RR 2006, 84.

39

BGH v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, MietRB 2014, 356 = MDR 2014, 1308.

40

BGH v. 24.2.2010 – XII ZR 69/08, MietRB 2010, 133 = MDR 2010, 687.

41

BGH v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, MietRB 2014, 356 = MDR 2014, 1308.

42

BGH v. 7.4.2004 – VIII ZR 146/03, MietRB 2004, 254 f. = NZM 2004, 418.

43

Schmid, NZM 2003, 55 m.w.N.

44

Weidenkaff in Palandt/BGB, 74. Aufl., § 555e Rz. 1.

45

Leo/Ramm, NZM 2014, 63 (65).

46

Fritz, NJW 2014, 1067 (1068).

47

Weidenkaff in Palandt/BGB, 73. Aufl., § 536a Rz. 9.

48

OLG Hamburg v. 9.8.1989 – 4 U 86/89, NJW-RR 1990, 1484.

49

Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiere, 3. Aufl., Kap. 14, Rz. 323.

- 50 BayObLG v. 4.8.1999 – RE-Miet 6/98, NJW-RR 1999, 1533.
- 51 BGH v. 21.7.2010 – XII ZR 189/08, MietRB 2010, 319 f. = MDR 2010, 1103 = NJW 2010, 3152.
- 52 Ehlert in Bamberger/Roth, BeckOK, § 536a Rz. 9.
- 53 Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 14, Rz. 325.
- 54 Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 536a Rz. 14.
- 55 BGH v. 21.7.2010 – XII ZR 189/08, MietRB 2010, 319 f. = MDR 2010, 1103 = NJW 2010, 3152.
- 56 BGH v. 3.7.2002 – XII ZR 327/00, MDR 2002, 1361 = NJW 2002, 3232; v. 4.10.1990 – XII ZR 46/90, NJW-RR 1991, 74.
- 57 OLG Karlsruhe v. 31.5.2006 – 1 U 214/05, ZMR 2009, 33.
- 58 OLG Düsseldorf v. 11.6.1992 – 10 U 165/91, NJW-RR 1992, 1290.
- 59 OLG Hamm v. 8.11.1996 – 7 U 11/96, NJW-1997, 459; v. 24.1.1979 – VIII ZR 56/78, MDR 1997, 665.
- 60 OLG Hamm v. 16.12.1997 – 7 U 64/97, NZM 1998, 511.
- 61 BGH v. 10.10.2012 – XII ZR 117/10, MietRB 2012, 350 = MDR 2012, 1396.