

V o r t r a g

bei der IHK Nürnberg für Mittelfranken

am 06.06.2013

zu dem Thema

„Gewerberaummietrecht aktuell“

Referent: Joachim König
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Kanzlei: Zimmermann König Singer, Rechtsanwälte GbR
Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg
Telefon: 0911-230 90 60
Telefax: 0911-230 90 61
E-Mail: info@rae-nuernberg.de

1. Schriftform

1.1. Gesetzliche Regelung

Zum besseren Verständnis der Schriftformproblematik im Gewerbemietrecht sind zunächst die gesetzlichen Regelungen aufzuzeigen:

Ist durch Gesetz eine schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB).

Die Unterschrift muss so unter dem Mietvertrag angeordnet sein, dass Sie den Text der Vereinbarungen räumlich abschließt, eine Unterschrift auf Seite 1 eines 12-seitigen Vertrages reicht daher nicht aus, entsprechendes gilt für eine Paraphe anstelle einer Unterschrift, OLG Hamm, Urteil vom 06.05. 2011-3 U 15/10.

Ein Vertragsabschluss per Telefax genügt der Schriftform nicht, OLG Düsseldorf, NZM 2004, 143, OLG Brandenburg, GE 2013, 54. Es fehlt die eigenhändige Unterschrift.

Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen (§ 126 Abs. 2 BGB).

Ein bloßer Briefwechsel reicht also nicht aus, um einen Vertrag formgültig abzuschließen (KG NZM 2007, 86).

Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr und nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er als für unbestimmte Zeit vereinbart (§§ 578, 550 BGB).

1.2. Bedeutung

Ein langfristiger Gewerbemietvertrag kann im Falle eines Formverstößes, ungeachtet einer vereinbarten festen Laufzeit, von jeder Partei vorzeitig beendet werden. Allerdings müssen die gesetzlichen Kündigungsfristen beachtet werden.

Nach Auffassung des BGH (NZM 2007, 837) soll die Regelung in § 550 BGB in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Daneben ist der Schutz vor Übereilung und die Beweisbarkeit von Vereinbarungen der Zweck dieser Vorschrift.

Die praktische Bedeutung dieser Formvorschrift liegt in der möglichen Beendigung des Mieters oder Vermieters von einem wirtschaftlich unrentabel gewordenen langfristigen Geschäftsraummietvertrag. Die Verletzung des Schriftformerfordernisses hat nämlich nicht, wie bei sonstigen Formverstößen, die Nichtigkeit des Mietvertrages zur Folge, vielmehr gilt der Mietvertrag in diesem Fall als für "unbestimmte Zeit geschlossen". Ein langfristiger Gewerbemietvertrag kann daher im Falle eines Formverstößes, ungeachtet einer vereinbarten festen Laufzeit, von jeder Partei vorzeitig beendet werden. Allerdings müssen die gesetzlichen Kündigungsfristen beachtet werden. Die Nichteinhaltung der gesetzlichen Schriftform bietet

einer Partei somit die Möglichkeit, einen langfristigen Vertrag namentlich aus wirtschaftlichen Gründen vorzeitig zu kündigen.

Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ist es grundsätzlich erforderlich, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere die Parteien des Mietverhältnisses, der Mietgegenstand, die Miethöhe, und die Dauer des Mietverhältnisses aus der Vertragsurkunde ergeben.

Dies gilt für den **erstmaligen Abschluss** des Mietvertrages, aber auch für einen **Nachtrag** zum bereits abgeschlossenen Mietvertrag. Für Abänderungen des Mietvertrages gelten dieselben Grundsätze wie für den Abschluss des Mietvertrages. Diese bedürfen der Schriftform, es sei denn, es handelt sich lediglich um unwesentliche Änderungen.

1.3. Wesentliche und unwesentliche Vertragsbedingungen

Ursprüngliche Vertragsvereinbarungen, aber auch Änderungen und Ergänzungen des bereits geschlossenen Vertrages bedürfen der Schriftform, wenn sie für die Parteien wesentliche Punkte betreffen.

1.3.1.

Als **wesentlich** wird dabei gesehen:

- die richtige **Bezeichnung der Vertragspartei** bei GbR, Erbengemeinschaft, Eheleute,
- der **Beitritt eines weiteren Mieters** zu einem auf mehr als ein Jahr abgeschlossenen Mietvertrages genügt der Schriftform, wenn der Vermieter mit dem neu eintretenden Mieter unter Bezugnahme auf den Mietvertrag den Beitritt schriftlich vereinbart und der ursprüngliche Mieter formlos zustimmt (OLG Celle, NZM 2008, 488),
- die **Auswechslung des Mieters** in einem auf mehr als ein Jahr abgeschlossenen Mietvertrag genügt der Schriftform, wenn der Mieter alt und der Mieter neu unter Bezugnahme auf den Mietvertrag den Mietaustritt und –eintritt schriftlich vereinbaren und der Vermieter formlos zustimmt (BGH, Urteil vom 30.01.2013, NZM 2013, 269, oder **Vermieterwechsel** ebenso OLG Hamburg, ZMR 2012, 100). Dabei muss die Mieteintrittsvereinbarung ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nehmen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2012 – I. – 10 U 66/11).
- die konkrete **Beschreibung des Mietobjektes** durch Angabe der Adresse und Bezeichnung der Lage des Mietobjektes auf dem Grundstück („im Erdgeschoß rechts...“, OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 1480),
- die nachträgliche Änderung der **Miethöhe**; hier ist umstritten, ob schon jede Änderung der Miethöhe (so OLG Karlsruhe NZM 2003, 513) oder nur wesentliche Änderungen (mehr als 20 % KG NZM 2004, 457, mehr als 10% KG NZM 2005, 457, mehr als 2-4% OLG Naumburg ZMR 2008, 371) der Schriftform bedürfen,
- die nachträgliche **Änderung der Betriebskostenumlage**, nach der der Mieter die Betriebskosten nicht mehr unmittelbar an den jeweiligen Versorger, sondern an den Vermieter als Pauschale zu zahlen hat, OLG Brandenburg, GE 2013,54,

- wird eine **Mietminderung** nur mündlich vereinbart, entsteht ein Formmangel (OLG Karlsruhe, NZM 2003, 513),
- die generelle Erlaubnis zur **Untervermietung**, (OLG Düsseldorf, NZM 2002, 824),
- die nachträgliche Einführung einer **Staffel- oder Indexmiete** (AG Köln, WuM 1984, 227),
- die **Erweiterung der vermieteten Räume** (OLG Düsseldorf, GE 2003, 251),
- die nachträgliche **Vereinbarung einer Option** (BGH, ZMR 1963, 82); ob die **Ausübung des Optionsrechtes** der (nicht vereinbarten!)Schriftform bedarf, ist umstritten (ja = OLG Köln, NZM 2006,464; nein = Bub/Treier, II., 213), die nachträgliche Vereinbarung der **Nichtausübung des Optionsrechtes** bedarf der Schriftform (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.2010 – 10 U 22/10),
- die Einräumung einer mehrjährigen Verlängerungsoption für den Mieter unter der Bedingung der Tätigkeit von "erheblichen Investitionen" des Mieters insbesondere in Gestalt eines Umbaus und Neumöblierung der Mietsache genügt den Anforderungen an die Wahrung der Schriftform (KG GuT 2007, 299),
- **Änderung der Fälligkeit der Miete** von vierteljährlich auf monatlich (BGH NZM 2008, 84),
- **Kündungsverzicht**: ein Verzicht des Vermieters auf das Recht, das Wohnraummietverhältnis wegen Eigenbedarfs zu kündigen, wenn der Verzicht für mehr als ein Jahr gelten soll (BGH NZM 2007, 399),
- hingegen verfehlen die mündliche Vereinbarung eines vom Mieter zu leistenden **verlorenen Baukostenzuschusses** bzw. umfangreiche Arbeiten zur Fertigstellung der Mietsache das Schriftformerfordernis des Mietvertrages (OLG Düsseldorf NZM 2007, 643),
- die **Bestimmung des Beginns des Mietverhältnisses**, die an eine spätere Übergabe der Mietsache anknüpft, reicht zur Wahrung der Schriftform aus (BGH NZM 2007, 443). Das Gleiche gilt, wenn der Mietbeginn an die Fertigstellung der Mietsache anknüpft (BGH NZM 2007, 445), oder die Bezugsfertigkeit maßgeblich sein soll (KG NZM 2007, 517),
- die **Änderung des Nutzungszweckes** (OLG Rostock NJOZ 2009, 4528: Gaststätte in Ferienwohnung).

1.3.2.

Als **unwesentlich** werden angesehen:

- **Einrichtungspläne**, Pläne für technische Anschlüsse und für Entsorgungsleitungen (KG NZM 2007, 731),

- Die **Lage des Kellers** muss nicht genau bezeichnet werden, weil der Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB hat (OLG Frankfurt a. M. ZMR 2007, 532),
- die **Lage einer einzelnen Garage oder einzelner Stellplätze**, anders nur bei einem Baumarkt, wenn die Stellplätze nicht nur eine untergeordnete Bedeutung haben (OLG Rostock, NZM 2008, 646),
- Das **Übergabeprotokoll**, wenn es keine vertraglichen Vereinbarungen, sondern nur die Dokumentation tatsächlicher Gegebenheiten enthält (KG NZM 2008, 576).
- Einen **Grundriss** und ein Inventarverzeichnis, wenn sich deren Inhalt aus Vertrag und Gesetz ergibt (bei Mietbeginn nur die ungenutzten Räume eines Gebäudes vermietet, Hotel ab dem 1.OG eines Gebäudes, im EG anderweitig vermietet, und vom Mieter auch bezogen werden und ohnehin das gesamte Inventar vermietet und anschließend auch vom Mieter genutzt wird, BGH NZM 2009, 198).

1.4. Vermietung vom Reißbrett

Bei der Vermietung vom Reißbrett ist das Schriftformerfordernis des § 550 BGB von besonderer Bedeutung, weil der Mietgegenstand bei Abschluss des Mietvertrages noch nicht existiert, sondern in den Planungsunterlagen nur grob skizziert ist.

Wenn lediglich ein **Teil des Gesamtobjektes** vermietet wird, dann muss die Mietsache besonders genau beschrieben werden. Wird zur Individualisierung der Mietsache im Vertrag auf einen Lageplan verwiesen und ist dieser nicht dem Vertrag beigefügt, ist die Schriftform nicht gewahrt (BGH NZM 2007, 127, KG NZM 2007, 248).

Dies gilt auch, wenn die vom Vermieter zur Herstellung der Mietsache durchzuführenden Arbeiten nicht hinreichend deutlich beschrieben sind (KG GE 2007, 149).

Wenn bei der Vermietung vom Reißbrett der Mieter das **gesamte Objekt** anmietet, dann soll nach BGH die fehlende Beifügung eines Lageplanes, der Baubeschreibung, der Baugenehmigung und der Ausführungszeichnungen in Bezug auf die Wahrung der Schriftform unschädlich sein (BGH NZM 2007, 445).

Die Bestimmung, dass **das Mietverhältnis mit der Übergabe beginnt**, genügt der Schriftform (BGH NZM 2007, 443). Ebenso die Bestimmungen „Mietbeginn mit Fertigstellung der Mietsache“ (BGH NZM 2007, 445) und „Mietbeginn bei im wesentlichen mangelfreier Übergabe“ (OLG Jena NZM 2008, 572).

1.5. Nachträge

Bei Nachträgen zum Mietvertrag genügt es, wenn in den Nachträgen auf den bisherigen Mietvertrag (BGH NZM 2003, 281) und alle bisher erfolgten weiteren Vereinbarungen, Nachträge etc. (OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2012 – I. – 10 U 66/11) ausdrücklich Bezug genommen wird. Eine feste körperliche Verbindung zwischen Hauptvertrag und Nachtrag ist nicht mehr erforderlich.

Ein Nachtragsvertrag wahrt die Schriftform eines Mietvertrages nur dann, wenn er eine Bezugnahme auf die Schriftstücke enthält, aus denen sich sämtliche wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen ergeben (BGH, Urteil vom 09.03.2008, NZM 2008, 484).

1.6. Einhaltung der Annahmefrist

Auch die Einhaltung der Annahmefrist bei Abschluss des Mietvertrages spielt bei der Frage der Wahrung des Schriftformerfordernisses nach § 550 BGB eine große Rolle. Diese ist nur gewahrt, **wenn Angebot und Annahme schriftlich erklärt werden**. Dabei ist wichtig, dass sich die schriftliche Annahmeerklärung und das schriftliche Angebot aufeinander beziehen. Dies ist zweifelhaft, wenn zwischen der Vorlage des schriftlichen Angebotes und der Abgabe der Annahmeerklärung viele Wochen oder gar Monate liegen. Möglicherweise war das Angebot überhaupt nicht mehr wirksam, sodass die Annahmeerklärung rechtlich ein neues Angebot darstellt. Dieses hätte dann der Vertragspartner nur mündlich angenommen, sodass das Schriftformerfordernis des § 550 BGB nicht gewahrt wäre.

Der **rechtliche Hintergrund** dieser Problematik sind die Regelungen im BGB, dass

- ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande kommt, §§ 145 ff. BGB,
- ein Angebot solange angenommen werden kann, wie der Anbietende unter regelmäßigen Umständen die Annahme erwarten darf, § 147 BGB (es gibt also keine gesetzlich geregelte feste Annahmefrist!),
- die verspätete Annahme eines Angebotes rechtlich als neues Angebot zu werten ist, § 149 BGB.

Soweit die Parteien nichts geregelt haben, ist für die Länge der Annahmefrist entscheidend, wann der Anbietende mit der Annahmeerklärung normalerweise rechnen durfte, §147 Abs. 2 BGB.

Die Annahmefrist beträgt regelmäßig zwei bis drei Wochen (KG NZM 2007, 731, NZM 2008, 576, OLG Brandenburg, Urteil vom 18.03.2009 – 3 U 71/08, a.A. OLG Düsseldorf MDR 2009, 1385: viereinhalb Wochen). Ein zeitlicher Zwischenraum zwischen Angebot und Annahme von mehr als sieben Wochen führt zu einer Verfehlung der Schriftform, da zum Zeitpunkt der Annahme das Angebot zum Abschluss des Mietvertrages bereits erloschen war (KG NZM 2007, 517).

Eine formularvertraglich vereinbarte Annahmefrist von sechs Wochen ist wirksam. Es liegt kein Verstoß gegen § 307 BGB vor (KG NZM 2007, 86).

Der BGH hat (Urteil vom 24.02.2010, NJW 2010, 1.518) entschieden, dass die **Verlängerung der Annahmefrist** nicht der Schriftform des § 550 BGB bedarf. Für die Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ist es grundsätzlich erforderlich, dass sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über die wesentlichen Vertragsbedingungen (Mietgegenstand, Mietzins, Mietdauer, Mietparteien) aus der Vertragsurkunde geben. Bei der Annahmefrist und deren Einhaltung handelt es sich jedoch nicht um die den Vertragsinhalt bestimmende Bedingungen. Sie betreffen vielmehr alleine das Zustandekommen des Vertrages und werden mit dessen Abschluss bedeutungslos.

1.7. Vertretungszusatz bei Personenmehrheiten und juristischen Personen

Für die Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB ist es erforderlich, dass dieselbe Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist.

Handelt es sich bei einer Vertragspartei um eine **Personenmehrheit**, z.B. um eine BGB-Gesellschaft, dann müssen grundsätzlich sämtliche Gesellschafter den Mietvertrag unterzeichnen. Tritt ein Vertreter auf, dann muss er dies durch einen entsprechenden Vertretungszusatz kenntlich machen. Aus der Urkunde muss auch deutlich werden, wer vertreten wird (für GbR BGH, NZM 2004, 97). Für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft (BGH NZM 2002, 950) und Eheleute (BGH, Urteil vom 07.05.2008, NZM 2008, 482) gilt Entsprechendes.

Bei einer **BGB-Gesellschaft** genügt es, wenn lediglich ein Gesellschafter den Vertrag unterschreibt und der Unterschrift der Firmenstempel beigefügt wird (BGH, Urteil vom 23.01.2013, NZM 2013, 271, OLG Koblenz, MDR 2012, 1334, a. A. OLG Hamm NZM 2011, 584: der allein unterzeichnende Gesellschafter muss bei der Abgabe der Unterschrift deutlich machen, dass er auch für die übrigen Gesellschafter unterzeichnet, erforderlich ist ein Vertreterzusatz, z. B. „i. A.“ oder „i. V.“). Das Hinzusetzen eines Firmenstempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschiftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Ob die mit Stempelzusatz geleistete Unterschrift von einer sie tragenden Vertretungsmacht gedeckt war, ist keine Frage der Einhaltung der Schriftform.

Die **Vollmacht des Vertreters** muss nicht aus dem Vertrag ersichtlich sein (für Personenmehrheiten BGH NZM 2008, 482; für GmbH BGH NZM 2005, 502; für AG KG ZMR 2007, 962). Selbst die Unterzeichnung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht reicht zur Wahrung der Schriftform aus, wenn der Vertrag später stillschweigend genehmigt wird (OLG Jena NZM 2008, 572, alleinige Unterzeichnung durch nicht alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer). Als Genehmigung gilt der Vollzug des Mietvertrages, z.B. die Zahlung des Mietzinses (BGH ZMR 2007, 953).

Ist die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise hinreichend bestimmbar, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann dessen Unterschrift auf der im Mietvertrag mit "Mieter" oder "Vermieter" gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass er mit seiner Unterschrift die Vertragsparteien vertreten will (BGH, Urteil vom 07.05.2008, NZM 2008, 482).

Bei einer **GmbH** muss der alleinige Geschäftsführer keinen Vertretungszusatz angeben. Es genügt, wenn der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet, weil klar ist, dass er nicht für sich, sondern für die GmbH handelt (BGH NZM 2005, 502).

Anders bei einer **AG**. Dort ist der Vorstand gesetzlich nur zur gemeinschaftlichen Vertretung berechtigt (§ 78 Abs.2 AktG). Wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht und nur ein Mitglied unterschreibt, dann ist die Schriftform nur gewahrt, wenn ein Vertreterzusatz beigefügt wird (BGH NJW 2010, 1453). Ein Vertretungszusatz ist allerdings entbehrlich, wenn im Handelsregister eine besondere Vertretungsberechtigung ersichtlich ist, z.B. ein

Vorstandsmitglied zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist (OLG Düsseldorf, MDR 2012, 902).

1.8. Salvatorische Klausel

Eine **salvatorische Klausel** im Mietvertrag,

Beispiel:

„Sollten einzelne oder mehrere Bestimmungen dieses Vertrages ungültig oder unwirksam sein oder werden, so berührt dies nicht die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen. Die Vertragsparteien verpflichten sich, anstelle der unwirksamen Regelung eine Vereinbarung zu treffen, die dem Willen der Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages am nächsten kommt.“,

verpflichtet die Vertragsparteien nicht zur Nachholung der verfehlten Schriftform eines vermeintlich langfristigen Mietvertrages (BGH NZM 2007, 730). Eine salvatorische Klausel verpflichtet die Parteien des Mietvertrages nur deshalb zur Vereinbarung einer Ersatzklausel, damit der Mietvertrag nicht insgesamt unwirksam wird. Ein Schriftformmangel führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages insgesamt, sondern nur zur Kündigung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2012 – I. – 10 U 66 / 11).

1.9. Schriftformheilungsklausel

Ob eine so genannte **Schriftformheilungsklausel**,

Beispiel:

"Die Vertragsparteien verpflichten sich gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis genüge zu tun, und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Schriftform vorzeitig zu kündigen.",

nach der sich die Vertragsparteien verpflichten, bei einem Schriftformverstoß den Mietvertrag nicht vorzeitig zu kündigen, wirksam ist, ist umstritten.

Für eine Wirksamkeit das OLG Naumburg, NZM 2012, 808 mit Hinweis auf die Vertragsfreiheit, früher auch KG in NJW-RR 2007, 805, das OLG Düsseldorf in NZM 2005,147, auch das OLG Köln in GuT 2006, 14.

Dagegen OLG Rostock in NZM 2008, 646 mit der Begründung, § 550 BGB sei zwingendes Recht und einer abweichenden Parteivereinbarung deshalb nicht zugänglich. Die gegen das Urteil des OLG Rostock zugelassene Revision ist nicht eingelegt worden. Deshalb ist die Frage, ob die Kündigung eines Mietvertrags treuwidrig ist, wenn sich die Parteien in einer qualifizierten Schriftformklausel verpflichtet haben, an der Bildung von Verstößen gegen das in § 550 BGB geregelt Schriftformerfordernis mitzuwirken, noch immer offen.

Der Autor Streyll ("Alles vergeblich? Zur Rettung von Formverstöße durch qualifizierte Schriftformklauseln", NZM 2.009, 261) hält einen direkten Ausschluss der Kündigung in qualifizierten Schriftformklauseln nicht für möglich. Da es gem. § 550 BGB Folge des Formverstoßes ist, dass aus einem Zeitmietvertrag ein Vertrag auf unbestimmte Dauer mit

jederzeitigen Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung wird, kann diese Rechtsfolge angesichts des zwingenden Charakters von § 550 BGB nicht durch einen Parteivereinbarung aufgehoben werden.

Allerdings hält er eine Kündigung wegen Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB dann für ausgeschlossen, wenn ein Vertragspartner ein konkretes Angebot auf Abschluss eines formwirksamen Vertrages macht, und der andere Vertragspartner das Angebot ausschlägt unter statt dessen kündigt. Streyll begründet diese Auffassung damit, dass sich der andere Vertragspartner, der das konkrete Angebot ausschlägt und statt dessen kündigt, extrem widersprüchlich verhält. Der Widerspruch besteht darin, dass sich der kündigende Vertragspartner einerseits in der vereinbarten Schriftformklausel verpflichtet hat, alles zu unternehmen, um Schriftformverstöße zu heilen, andererseits aber unter Berufung auf ein gesetzliches Recht die Kündigung erklärt, obwohl der Vertragspartner ein konkretes Angebot zum Abschluss eines formwirksamen Vertrages macht.

Bis zum Vorliegen einer Entscheidungen des BGH zu dieser Frage bleibt der Beratungspraxis gar nichts anderes übrig, als solchen Hinweisen zu folgen und immer dann, wenn ein Formverstoß entdeckt wird, in der von Streyll aufgezeigten Weise zu reagieren und dem anderen Vertragspartner sofort ein konkretes Angebot auf Abschluss eines formwirksam Vertrages vorzulegen und das Verlangen notfalls auch einzuklagen. Ob diese Vorgehensweise aber das Kündigungsrecht wirksam ausschließt, lässt sich derzeit mit Sicherheit nicht sagen.

Unabhängig von der Frage, ob eine Schriftformheilungsklausel zwischen den ursprünglichen Mietvertragsparteien wirksam ist, ist eine Schriftformheilungsklausel nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.11.2012 – I. – 10 U 3 4/12 auf jeden Fall gegenüber dem Erwerber des Grundstücks unwirksam, weil diese den Erwerber unangemessen benachteiligt nach § 307 Absatz 2 Satz 1 BGB. Die unangemessene Benachteiligung besteht darin, dass der Erwerber entgegen dem Schutzzweck des §§ 550 BGB das Mietverhältnis bei Vorliegen eines Formmangels nicht mit der gesetzlichen Kündigungsfrist beenden kann, sondern an der Nachholung der Form mitwirken muss. Darüber hinaus verschafft ihm die Schriftformheilungsklausel nicht Kenntnis der Umstände, die zu dem Formmangel führen.

Ein zunächst formgerecht erstellter Vertrag kann durch einen nicht die Schriftform wahrenenden Nachtrag die Form einbüßen (BGH NZM 2007, 443). Umgekehrt heilt ein formgerechter Nachtrag, der den ursprünglichen Mangel behebt, den Mangel der Form von Anfang an (BGH NZM 2007, 443).

1.10. Verstoß gegen Treu und Glauben

Die **Berufung einer Partei auf die Formunwirksamkeit eines langfristigen Mietvertrages verstößt grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben**. Vielmehr kann sich jede Vertragspartei auch noch Jahre nach Abschluss des Mietvertrages darauf berufen, dass die Formvorschriften nicht eingehalten worden sind. Die Motive für eine vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses spielen dabei nach der Rechtsprechung prinzipiell keine Rolle. Daher wird es nicht als treuwidrig oder arglistig angesehen, wenn sich die betreffende Vertragspartei von einem langfristigen Mietvertrag alleine aus wirtschaftlichen Gründen löst (BGH NZM 2004, 97).

Ein treuwidriges Verhalten liegt nur ausnahmsweise vor,

- wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat (BGH NZM 2008, 484),
- wenn die mündliche Vereinbarung einen Punkt betrifft, der im Vertrag ausdrücklich offen gelassen wurde (OLG Celle NZM 2005,219),
- wenn die zum Schriftformmangel führende Änderung des schriftlichen Vertrages für den Kündigenden lediglich rechtlich vorteilhaft ist (OLG Naumburg, NZM 2012, 808, OLG Bamberg, Urteil vom 02.03.2011 – 3 U 182/2.010),
- wenn die Parteien im Vertrag für den Fall eines vom Mangels eine Nachholung vereinbart haben oder der Verzicht auf die Berufung auf § 55 BGB vereinbart ist (OLG Naumburg, NZM 2012, 808).

2. Betriebskosten

2.1. Begriff

Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen (§ 1 Absatz 1 BetrKV).

Betriebskosten werden auch Nebenkosten genannt.

2.2. Umlage der Betriebskosten

Bei der Umlage der Betriebskosten auf den Mieter müssen folgende mietrechtliche Grundsätze beachtet werden:

2.2.1. Grundsatz

Grundsätzlich hat der Vermieter die Betriebskosten des Mietobjekts zu tragen, § 535 Abs. 1 BGB.

Die gesetzliche Regelung lautet:

§ 535 BGB Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags

(1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. **Er hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen.**

(2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.

2.2.2. Umlagevereinbarung

Der Vermieter kann die Betriebskosten auf den Mieter umlegen. Dies kann durch eine Individualvereinbarung geschehen. Dann ist die Umlage in der Regel unproblematisch. Gewöhnlich erfolgt die Umlage durch eine Formularvereinbarung. Dann kann der Vermieter die Betriebskosten nur dann auf den Mieter wirksam umlegen, wenn er dies klar und eindeutig mit dem Mieter vereinbart. Klar und eindeutig heißt, der Mieter muss bei Abschluss des Mietvertrages wissen, welche Betriebskostenarten mit welchem Anteil der Gesamtbetriebskosten des Grundstückes (Umlageschlüssel) er bezahlen muss.

Zunächst müssen die Vertragsparteien klar und eindeutig vereinbaren, welche Betriebskostenarten der Vermieter auf den Mieter umlegen kann. Dazu beziehen sich die Vertragsparteien meistens auf den Katalog der Betriebskostenverordnung.

Die gesetzliche Regelung lautet:

§ 1 BetrKV Betriebskosten

(1) **Betriebskosten** sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers oder Erbbauberechtigten dürfen mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte; die Umsatzsteuer des Dritten darf nicht angesetzt werden.

§ 2 BetrKV Aufstellung der Betriebskosten

1. Betriebskosten im Sinne von § 1 sind:

- 1. die laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks, hierzu gehört namentlich die Grundsteuer;
-
- 17. sonstige Betriebskosten, hierzu gehören Betriebskosten im Sinne des § 1, die von den Nummern 1 bis 16 nicht erfasst sind.

Die Vertragsparteien vereinbaren dann die Umlage der Betriebskosten durch die Bezugnahme auf eine Aufstellung von Betriebskostenarten und fügen die Aufstellung der Anlage des Vertrages bei.

Beispiel:

§ 5 Betriebskosten

1.

Der Vermieter legt auf den Mieter die Betriebskosten um. Die umzulegenden Betriebskostenarten ergeben sich aus der beigefügten Aufstellung der Betriebskosten (Anlage 4 zum Mietvertrag).

2.

Die Parteien vereinbaren für folgende Betriebskostenarten folgende Verteilerschlüssel:

Die Gesamtnutzfläche des Gebäudes beträgt 1000 Qm, die anteilige Mietfläche beträgt 100 Qm.

Grundsteuer, Straßenreinigung, Müll, Versicherungen nach anteiliger Mietfläche

Wasser, Kanal, Niederschlagswasser: nach Verbrauch

Heizung und Warmwasser nach Heizkostenverordnung (30% der anteiligen Kosten nach Nutzfläche, 70% nach Verbrauch)

Die Vertragsparteien können auch nur die Umlage einzelner Betriebskostenarten vereinbaren. Die übrigen Betriebskostenarten, die nicht Gegenstand der Vereinbarung sind, trägt dann der Vermieter.

Die formularmäßige Vereinbarung der Umlage von Betriebskosten kann auch durch die **Bezugnahme auf den Katalog des § 2 Betriebskostenverordnung** erfolgen, allerdings nur für die dort unter den Nummern 1 bis 16 genannten Positionen, OLG Schleswig, Beck RS 2012, 12775.

Bei der formularvertraglichen Abwälzung von **sonstigen Betriebskosten (§ 2 Nr. 17 Betriebskostenverordnung)** können nur solche Betriebskostenarten umgelegt werden, die im Mietvertrag ausdrücklich enumerativ aufgezählt und konkret benannt werden, OLG Düsseldorf, BeckRS 2011, 29550.

Die Vertragsparteien können zur Umlage der Betriebskosten eine Betriebskostenvorauszahlung oder eine Betriebskostenpauschale vereinbaren.

2.3. Betriebskostenabrechnung

2.3.1. Pauschale und Vorauszahlung

Bei der Betriebskostenpauschale zahlt der Mieter neben der Miete die vereinbarte Pauschale. Der Vermieter rechnet den tatsächlichen Betriebskostenverbrauch des Mieters nicht ab.

Bei der Betriebskostenvorauszahlung leistet der Mieter monatlich einen vorher bestimmten Vorauszahlungsbetrag, über den der Vermieter einmal jährlich abrechnet.

2.3.2. Abrechnungsfrist

Anders als im Wohnraummietrecht gibt es im Gewerberaummietrecht keine gesetzliche Abrechnungsfrist für den Vermieter. Die Parteien können aber eine Abrechnungsfrist vereinbaren.

a. Abrechnungsfrist nach der Rechtsprechung

Der Vermieter ist in der Regel binnen eines Jahres verpflichtet, die Betriebskostenabrechnung zu erstellen (**Abrechnungsfrist**), auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Die Abrechnungsfrist ist keine Ausschlussfrist. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiete den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als 12 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraum verlangt, ist auf die Geschäftsraummiete nicht, auch nicht analog anwendbar (BGH NJW 2010, 1.065). Der Mieter kann auch nach Ablauf eines Jahres seit Übersendung der Abrechnung Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung ergeben (BGH, NZM 2011, 121).

b. Vereinbarte Abrechnungsfrist

Die formularvertragliche Vereinbarung einer Abrechnungsfrist mit folgender Klausel:

„Die Abrechnung der Betriebskosten erfolgt jährlich. Abrechnungszeitraum ist das Kalenderjahr.

Der Vermieter ist verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes über die Betriebskosten abzurechnen. Die Parteien sind sich diesbezüglich einig, dass es sich hierbei darüber hinaus um eine Ausschlussfrist handelt. Rechnet der Vermieter nicht fristgerecht ab, ist der Mieter zum Einbehalt der vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen berechtigt.“

Diese Klausel ist nach Auffassung des Thüringer Oberlandesgerichtes in Jena, Urteil vom 04.07.2012, NZM 2012, 642 unwirksam. Die Klausel stellt in zumindest dreifacher Hinsicht eine unangemessene Benachteiligung der Vermieterin dar.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt zum einen darin, dass die Klausel bei Fristablauf ein Erlöschen des Anspruchs auf Betriebskostennachzahlung vorsieht, ohne auf die Möglichkeit fehlenden Verschuldens der Vermieterin Rücksicht zu nehmen. Eine Verzugsregelung, die eine Rechtsfolge im Falle von Verzögerungen auch bei fehlendem Verschulden begründet, stellt eine Haftungsverschärfung dar, die mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht begründet werden kann.

Die Ausschlussfrist greift auch in das gesetzliche Leitbild der Verjährung ein und verschärft diese unangemessen. Die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre. Durch die Ausschlussfrist wird die Verjährungsfrist, die mit Erteilung der Jahresabrechnung beginnt, im Extremfall auf Null reduziert.

Diese Benachteiligungen werden nicht durch Vorteile für die Vermieterin ausgeglichen, vielmehr kommt als weiterer Nachteil das Recht der Mieterin hinzu, Betriebskostenvorauszahlungen einzubehalten.

c. Abrechnungsreife

Nach Ablauf der Abrechnungsfrist tritt die sogenannte **Abrechnungsreife** für die im Abrechnungszeitraum geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen ein. Das hat zur Folge, dass der Vermieter für den Abrechnungszeitraum keine Betriebskostenvorauszahlungen mehr beanspruchen kann. Der Mieter schuldet nur noch die im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Betriebskosten. Eine auf die Betriebskostenvorauszahlungen gerichtete Klage des Vermieters gegen den Mieter muss dann umgestellt werden. Der Vermieter muss die tatsächlich verbrauchten Betriebskosten errechnen und kann vom Mieter nur die Differenz zu den tatsächlich geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen verlangen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.07.2011, BeckRS 2012,05968, OLG Dresden, NZM 2012,84, KG BeckRS 2012,11271).

d. Belegeinsicht

Nach Erhalt der Betriebskostenabrechnung hat der Mieter das **Recht zur Einsicht in die der Betriebskostenabrechnung zugrundeliegenden Belege**. Dabei hat der Vermieter die Verpflichtung, dem Mieter die der Abrechnung zugrundeliegenden Belege in geordneter Form zu präsentieren und bei umfangreichen Abrechnungen die Belege zu den einzelnen Kostenarten bzw. Kostenblöcken zusammenzufassen und jeweils mit einem Deckblatt zu versehen, damit dem Mieter eine zügige Kontrolle möglich ist. Verletzt der Vermieter diese Pflicht, kann er den Nebenkostensaldo nicht verlangen (KG, BeckRS 2012, 11271).

Der Mieter hat ohne ausdrückliche Vereinbarung in der Regel keinen **Anspruch auf Übersendung der Belege für die Betriebskosten** (OLG Köln GuT 2006, 132; KG GuT 2006, 232).

e. Einzelheiten

Erhöhen sich im Vergleich zum Vorjahr einzelne Positionen um mehr als 10 %, so ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Gründe hierfür in der Abrechnung zu erläutern und darzulegen, warum es unmöglich ist, der Kostensteigerung durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken (KG, BeckRS 2012, 15204) Das KG hat seine frühere Rechtsprechung dazu aufgegeben (KG, NZM 2006, 294).

Auch wenn die **Forderung aus der Betriebskostenabrechnung den Jahresbetrag der vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen um ein mehrfaches übersteigt**, ist die formularmäßige Vereinbarung zur Umlage der Betriebskosten nicht unwirksam. Ein Mieter darf nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass sich die Kosten im Rahmen der Vorauszahlungen halten (BGH, NZM 2012,85). Nach der Rechtsprechung des Gerichts begründet allein der Umstand, dass die vom gewerblichen Vermieter verlangten Betriebskostenvorauszahlungen die später entstandenen Kosten deutlich unterschreiten, noch keinen Vertrauenstatbestand, der wegen unzureichender Aufklärung eine Schadensersatzpflicht des Vermieters auslösen oder den Mieter auf Grund § BGB § 242 BGB zu einer Leistungsverweigerung berechtigen könnte. Ein solcher Vertrauenstatbestand erfordert vielmehr das Vorliegen besonderer Umstände.

BGH: Keine Verzugszinsen des Mieters bei verspäteter Auszahlung des Betriebskostenguthabens durch den Vermieter

Der Sachverhalt:

Der Vermieter hat sich im Mietvertrag verpflichtet, über die vom Mieter geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen binnen von zwölf Monaten nach Beendigung des Abrechnungszeitraumes abzurechnen. Der Mieter hat im Abrechnungszeitraum 2008 Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von 12.000,00 Euro geleistet. Auf die Aufforderung des Mieters vom 25.08.2011 legt der Vermieter am 30.10.2011 beim Mieter die Betriebskostenabrechnung 2008 vor, die ein Guthaben in Höhe von 5.000,00 Euro für den Mieter ausweist. Am 31.12.2011 zahlt der Vermieter das Guthaben in Höhe von 5.000,00 Euro an den Mieter aus. Der Mieter fordert vom Vermieter den gesetzlichen Verzugszins aus dem Guthabensbetrag von 5.000,00 Euro für den Zeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2011. Erfolgt die Forderung zu Recht?

Die Entscheidung:

Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 05.12.2012 - XII Z R 44/11 die Klage des Mieters abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht angegeben, dass vor Erhalt der Betriebskostenabrechnung noch keine Geldschuld vorliegt, die verzinst werden könnte.

Die Begründung:

Zunächst ist festzuhalten, dass nur eine Geldschuld, mit deren Erfüllung der Schuldner in Verzug geraten ist, gesetzlich zu verzinsen ist, § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Verpflichtung zur Verzinsung knüpft also ausdrücklich an das Vorliegen einer Geldschuld an. Im vorliegenden Fall bestand aber bis zur Vorlage der Betriebskostenabrechnung am 30.10.2011 keine Geldschuld, weil der Anspruch des Mieters auf Rückerstattung zu viel bezahlter Betriebskosten, erst mit der Vorlage der Betriebskostenabrechnung durch den Vermieter zur Geldschuld wird. Bis zur Vorlage schuldet der Vermieter dem Mieter lediglich die Abrechnung der Betriebskostenvorauszahlung.

Vor diesem Hintergrund hat das Gericht festgestellt, dass der Vermieter im Zeitraum seit dem 01.01.2009 zunächst lediglich verpflichtet war, über die vom Mieter geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen abzurechnen. Seit dem 01.01.2010 war der Mieter sogar berechtigt, die Abrechnung beim Vermieter einzufordern. Seit diesem Zeitpunkt bestand die sogenannte Abrechnungsreife. Erst mit Vorlage der Abrechnung durch den Vermieter am 30.10.2011 ist eine Geldschuld des Vermieters entstanden. Diese muss der Vermieter aber erst verzinsen, wenn er in Verzug geraten ist. Verzug setzt eine Mahnung voraus. Eine Mahnung, mit der der Mieter die Auszahlung des Guthabensbetrages in Höhe von 5.000,00 Euro angemahnt hätte, gab es nicht.

Der Mieter kann deshalb eine Verzinsung des Guthabensbetrages von 5.000,00 Euro nicht verlangen.

2.4. Einzelne Betriebskostenarten

Die Kosten der **Terrorversicherung** können im Rahmen einer zulässigen Umlagevereinbarung zu den Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung nur dann umgelegt werden, wenn das Gebäude einem konkreten Terroranschlagsrisiko ausgesetzt ist. Ein solches Risiko wird nur ausnahmsweise angenommen, wenn es sich bei dem versicherten Gebäude um ein

exponiertes Gebäude handelt, dass im Fokus eines Terroranschlages stehen kann, z.B. an exponierten Hauptbahnhöfen oder Flughäfen in Berlin, München oder Frankfurt, BGH, Urteil vom 13.10.2010, NJW 2010, 3.647. Das OLG Stuttgart (NZM 2007, 247) hielt die Umlage der Prämien für die Terrorversicherung noch für gerechtfertigt, auch wenn das Mietobjekt nicht besonders gefährdet ist.

Die Klausel in einem Gewerbemietvertrag, nach der der Mieter die Kosten einer vom Vermieter abzuschließenden **Sonderrisikoversicherung** zu tragen hat, ist unwirksam, weil unklar ist, welches Risiko dort versichert ist, KG, Beschlüsse vom 07.02.2011, NZM 2011, 487.

Die Übertragung der **Kosten für „Versicherungen“** durch eine formularvertragliche Vereinbarung ist unwirksam (BGH, NZM 2013, 85). Die Klausel ist inhaltlich unklar, weil sie dem Mieter keine Anhaltspunkte dafür bietet, im Rahmen seiner wirtschaftlichen Kalkulation Art und Höhe der möglicherweise auf ihn zukommenden Versicherungskosten abschätzen zu können. Der BGH hat aus diesem Grund schon vergleichbare Klauseln, welche bei der Geschäftsraummiete eine Übertragung der **Kosten für „übliche Versicherungen“** zum Gegenstand hatten, im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot für unwirksam erachtet (BGH, NZM 2005, 863).

Die **Kosten für die Wartung von Rauchmeldern** sind umlagefähige Betriebskosten als "sonstige Betriebskosten" gemäß § 2 Nr. 17 Betriebskostenverordnung (AG Lübeck, NZM 2.008, 929), wenn deren Umlage dort ausdrücklich vereinbart wurde.

Wiederkehrende **Kosten der Reinigung des Öltanks** einer Heizungsanlage sind umlagefähige Betriebskosten, auch wenn sie nicht jährlich anfallen. Diese sind dann in dem Abrechnungszeitraum umzulegen, in dem sie entstehen (BGH NJW 2010, 226).

Die **Kosten der Beseitigung von Müll** von den Gemeinschaftsflächen des Mietobjektes sind auch dann auf den Mieter umlegbar, wenn diese Kosten zwar nicht jährlich, aber doch laufend dadurch entstehen, dass Mieter unberechtigt Müll auf den Gemeinschaftsflächen abstellen. Diese Kosten sind selbst dann umlegbar, wenn sie durch rechtswidrige Handlungen Dritter ausgelöst worden sind (BGH NZM 2010, 274).

3. Verwaltungskosten

3.1. Begriff

Legaldefinition der Verwaltungskosten. Die gesetzliche Regelung lautet:

§ 1 BetrKV Betriebskosten

(1) **Betriebskosten** sind die Kosten,

(2) **Zu den Betriebskosten gehören nicht:**

- 1. Die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung (Verwaltungskosten),

- 2. Die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (**Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten**).

Zu den Betriebskosten gehören grundsätzlich nicht die Kosten der Verwaltung und der Instandsetzung und Instandhaltung, § 1 Abs. 2 Betriebskostenverordnung.

3.2. Umlage der Verwaltungskosten

Es ist sehr umstritten, ob und in welchem Umfang der Vermieter die Verwaltungskosten auf den Mieter umlegen kann. Dies kann durch eine Individualvereinbarung geschehen. Dann ist die Umlage in der Regel unproblematisch.

Gewöhnlich erfolgt die Umlage durch eine Formularvereinbarung. Dann kann der Vermieter die Verwaltungskosten nur dann auf den Mieter wirksam umlegen, wenn er dies klar und eindeutig mit dem Mieter vereinbart.

Viele Gewerbemietverträge enthalten Klauseln, nach denen der Vermieter die Kosten der Verwaltung des Gebäudes oder der Hausverwaltung umlegen darf. Meistens enthalten diese Klauseln aber keine nähere Definition darüber, welche Kosten darin enthalten sind. Es ist deshalb sehr umstritten, ob solche Klauseln überhaupt wirksam sind.

Der BGH hat im Urteil vom 09.12.2009 (NZM 2.010, 124) entschieden, dass die Umlage von **"Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung"** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mietvertrages über Geschäftsräume wirksam ist

Nach Auffassung des BGH ist die Umlage der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" nicht überraschend im Sinne von § 305 c BGB.

Die Umlage dieser Kosten ist gesetzlich zulässig. Das Verbot der Umlage von Verwaltungskosten gilt nur im Wohnraummietrecht.

Die Umlage von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter ist auch nicht ungewöhnlich.

Die Klausel ist auch nicht deshalb überraschend, weil eine betragsmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten fehlt. Der gewerbliche Mieter ist dadurch geschützt, dass der Vermieter nur notwendige und erforderliche Kosten umlegen darf. Weiter dadurch, dass der Vermieter nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot nur die ortsüblichen Kosten abrechnen kann.

Die Klausel verstößt auch nicht gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der Begriff der Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung ist hinreichend bestimmt, weil der Begriff gesetzlich definiert ist, § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebskostenverordnung, § 26 Abs. 1 Zweite Berechnungsverordnung. Werden weitere Kosten als die gesetzlich definierten angesetzt, so sind diese nicht umlegbar.

In einer weiteren Entscheidung zur Verwaltungskostenumlage (NZM 2010, 279) hat der BGH festgestellt, dass auch **die allgemeine Umlage von Verwaltungskosten** auf den Mieter im Gewerbemietrecht durch Miet- AGB zulässig ist. Zur Begründung hat der BGH auf die frühere

Entscheidung zur Umlage der Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung (NZM 2010, 123) verwiesen. Da nach Auffassung des BGH zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die gesetzlichen Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebskostenverordnung und § 26 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden kann, ist die Transparenz des Begriffes der Verwaltungskosten gegeben.

Dies gilt auch für abgerechnete **Verwaltungskosten von 5,5%** der Bruttomiete. Damit muss der Gewerbenieter rechnen, wenn diese Verwaltungskosten ortsüblich und notwendig sind, BGH, NZM 2012, 83.

Die **Kosten des Centermanagements** in Einkaufszentren können durch eine formularvertragliche Umlagevereinbarung ohne eine weitere Erläuterung dieser Kosten nicht umgelegt werden, da allein aus dem Begriff heraus nicht erkennbar wird, was unter dieser Position abgerechnet wird (BGH NZM 2012,24, BGH NZM 2013, 85).

Die **Kosten des Hausmeisters** können formularvertraglich nur wirksam auf den Mieter übertragen werden, wenn klar geregelt ist, dass die durch Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen entstehende Hausmeisterkosten nicht umgelegt werden (BGH, NZM 2013, 85).

4. Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung

4.1. Grundsätze

Bei Mietverhältnissen über Gewerberaum ist die formularmäßige Übertragung von Instandsetzungspflichten auf den Mieter nur zulässig, wenn die nachfolgenden Schranken beachtet werden (BGH, NZM 2013, 85; Stornel, Mietrecht aktuell, 3. Auflage 2009, Randnummer II. 184 ff., VIII. 103 ff.):

- Es darf sich im Allgemeinen nur um Instandsetzungsmaßnahmen handeln, wenn die Schäden aus dem Mietgebrauch oder aus dem Risikobereich des Mieters herrühren.
- Es handelt sich um Instandsetzungsmaßnahmen, die erst nach Vertragsabschluss erforderlich werden. Der ordnungsgemäße Zustand der Mietsache bei Beginn des Mietverhältnisses wird also vorausgesetzt.
- Die Instandsetzungsmaßnahme darf nicht die Neubeschaffung einer nicht mehr reparaturfähigen Einrichtung beinhalten.
- Die Übertragung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter erfasst nicht weitergehende Instandsetzungsarbeiten (OLG Hamm NJW-RR 1993, 1.229 für das Auswechseln eines Heizkessels; OLG Düsseldorf NZM 2.000, 464 für die komplette Dachsanierung).
- Das Risiko muss kostenmäßig für den Mieter begrenzt sein (Kostenobergrenze), wenn sich die Übertragung der Instandhaltungspflicht auch auf Gemeinschaftsanlagen bezieht.

4.2. Dach-und-Fach-Klausel

Beispiel:

„Der Mieter führt alle Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen einschließlich derer an Dach und Fach auf seine Kosten aus.“

Bei der Dach-und-Fach-Klausel übernimmt der Mieter die Instandsetzung und Instandhaltung des Daches und von tragenden Gebäudeteilen. Diese wird allgemein für unwirksam gehalten, weil sie keine risikobegrenzenden Höchstbeträge enthält (OLG Naumburg WuM 2.000, 241).

Das OLG Brandenburg (ZMR 2009, 682) hingegen hält diese Klausel für wirksam, legt diese Klausel jedoch eng aus. Geschuldet ist nur der Ausgleich für die während der Mietzeit eingetretenen Abnutzungen oder Beschädigungen am Dach und den tragenden Gebäudeteilen.

Durch Individualvereinbarung kann dem Mieter auch die Instandhaltung an Dach und Fach übertragen werden (OLG Rostock NZM 2010, 42).

4.3. Kleinstreparaturenklauseln

In vielen Mietverträgen werden sogenannte Kleinstreparaturenklauseln verwendet. Diese sind wirksam, wenn sich die Kostenübernahme auf konkret bezeichnete Mietgegenstände bezieht, mit denen der Mieter üblicherweise konkret in Berührung kommt, und für die Einzelreparaturkosten und Gesamtreparaturkosten im Jahr jeweils Höchstbeträge angegeben werden. Die Höhe der Höchstbeträge hängt von der vereinbarten Grundmiete ab. Allgemein gilt, dass die Gesamtreparaturkosten im Jahr 8-10 % der Jahresgrundmiete nicht übersteigen dürfen.

Beispiel:

§ 11 Instandhaltung des Mietobjektes

Reparaturkosten an Wasserzapfstellen, Druckspülern, Spülkästen, Durchlauferhitzern und Boilern, Gas- und/oder Elektrogeräten, Heizkörpern (Öfen, Herde, Radiatoren usw.), Rollläden und Jalousien, Fensterscheiben, Lichtschaltern und Steckdosen hat der Mieter dem Vermieter zu erstatten, soweit diese im Einzelfall die Kosten in Höhe von 250,00 Euro zzgl. MwSt., insgesamt jährlich von 1.500,00 Euro zzgl. MwSt. nicht überschreiten.

Auch bei Geltung einer sogenannten Kleinstreparaturenklauseln muss der Vermieter die Reparatur durchführen. Der Mieter muss die Kosten der Reparatur dem Vermieter nur dann erstatten, wenn die Reparaturkosten die vereinbarten Höchstbeträge nicht übersteigen. Sind die Reparaturkosten im Einzelfall höher, dann muss der Vermieter diese Kosten tragen.

5. Mangel an der Mietsache

5.1. Begriff des Mangels

Ein Mangel an der Mietsache liegt vor, wenn die tatsächlichen Beschaffenheit der Mietsache (Ist-Beschaffenheit) von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit (Soll-Beschaffenheit) erheblich abweicht. Enthält der Vertrag zur Soll – Beschaffenheit keine konkreten Vereinbarungen, richtet sich diese nach den für den Vertragszweck erforderlichen Umständen (welche Soll – Beschaffenheit ist für die Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich?). Der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, die Mietsache in einem zum vertraglichen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten. Dazu gehört insbesondere die Geeignetheit des Mietobjekts zum vertraglich vorgesehenen Vertragszweck (BGH, NZM 2006, 582).

Wenn eine konkrete vertragliche Vereinbarung fehlt, so ist jedenfalls **die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen** geschuldet, die bei Errichtung des Gebäudes einzuhalten waren (OLG Brandenburg, NZM 2013, 151 für den Wärmeschutz nach DIN 4108-2, Ausgabe 1981 bei einer gesundheitsgefährdenden Aufheizung der Mieträume).

Ohne vertragliche Vereinbarung schuldet der Vermieter die Herstellung eines Zustandes der Mietsache, der den **öffentlich – rechtlichen Vorschriften** entspricht (OLG Brandenburg, Urteil vom 20.06.2012, BeckRS 2012,14955 für die Errichtung einer rollstuhlgerechten Rampe bei Mietzweck Praxis für Physiotherapie).

5.2. Garantiefhaftung

Der Vermieter haftet für Mängel der Mietsache auch ohne Verschulden. Er kann diese Garantiefhaftung ohne Verschulden für anfängliche Mängel aber wirksam ausschließen (BGH, NZM 2002, 784).

5.3. Zugesicherte Eigenschaft

Eine Zusicherung liegt vor, wenn der Vermieter durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Vertragsinhalt geworden ist, dem Mieter zu erkennen gibt, dass er für den Bestand der betreffenden Eigenschaft und die Folgen ihres Fehlens einstehen will (BGH NJW 2005,2152).

Die „ca.“ – Angabe zur vermieteten Fläche im Rahmen der Beschreibung der Mietsache stellt in der Regel keine Zusicherung einer Eigenschaft der Mietsache dar. Die Zusicherung einer Eigenschaft setzt voraus, dass eine Partei die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft derart übernommen hat, dass sie für diese unbedingt einstehen will. Dies ist einer „ca. – Angaben zu Mietfläche“ nicht entnehmen, weil aus dieser deutlich wird, dass sich der Vermieter insoweit nicht binden will (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.11.2011, BeckRS 2012,05818).

5.4. Rechte des Mieters

Wenn die Mietsache mangelhaft ist, dann kann der Mieter die Miete mindern und Mängelbeseitigung vom Vermieter verlangen. Wenn der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug gerät, dann kann der Mieter sogar Schadensersatz fordern.

Neben dem Minderungsrecht hat der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete, wenn der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist. Das Zurückbehaltungsrecht bemisst sich an der Höhe des Geldbetrages, der zur Mängelbeseitigung erforderlich ist. Der Bundesgerichtshof hält ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des 3- bis 5-fachen des erforderlichen Betrages für angemessen (BGH NZM 2003, 437).

Im Gegensatz zum Mietminderungsbetrag muss der zurückgehaltene Mietzins nach Beseitigung des Mangels nachgezahlt werden.

5.5. Kenntnis des Mieters

Der Mieter hat kein Recht auf Schadensersatz oder Mietminderung, wenn er den Mangel der Mietsache bei Vertragsabschluss gekannt hat oder er ihn aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, § 536 BGB. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung ist aber bei Vorliegen einer Kenntnis vom Mangel nicht ausgeschlossen (BGH NZM 2007, 485).

5.6. Höhe der Mietminderung

Grundsätzlich haben sich Gerichte bislang bei der Bemessung der Höhe der Minderung an der Grundmiete orientiert. Der BGH hat entschieden (NZM 2005, 455), dass im Mietrecht (Wohn- und Gewerberaummietrecht) die Minderungsberechnung nach der Bruttomiete erfolgt.

Zur Begründung führt der BGH an, dass die Leistung des Vermieters eine Gesamtleistung ist und aus einer Hauptleistung und verschiedenen Nebenleistungen besteht. Die Hauptleistung ist die Gewährung des Gebrauchs der Mieträume. Die Nebenleistungen sind Versorgung mit Wasser, Strom usw. Die Gegenleistung des Mieters ist die Miete. Diese ist eine Gesamtmiete, bestehend aus Grundmiete und Nebenkostenentgelt. Für eine reduzierte Vermietergesamtleistung soll der Mieter auch nur eine reduzierte Gesamtmiete leisten müssen. Aus rechtspraktischen Gründen darf der Mieter nicht nur die Nettomiete, sondern die Bruttomiete kürzen. Die Höhe der Kürzung hängt von der Art und dem Umfang des Mangels ab.

5.7. Einzelne Mängel

Das OLG Frankfurt am Main hat im Urteil vom 19.01.2007 – 2 U 106/06 (NZM 2007, 330) festgestellt, dass sich die Beurteilung, ob wegen **Aufheizung eines Gebäudes aufgrund Sonneneinstrahlung** ein Mangel der Mietsache vorliegt, nach den vertraglichen Vereinbarungen und dem baulichen Zustand des Gebäudes richtet, nicht jedoch nach der Arbeitsstättenverordnung.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hat der Mieter den Vermieter auf die Durchführung bestimmter Sonnenschutzmaßnahmen gerichtlich in Anspruch genommen. Er begründete dies damit, dass sich das Bürogebäude wegen der Ausstattung mit Stahl und Glas im Sommer besonders aufheizt. Im Mietvertrag hatten die Parteien vereinbart, dass der Vermieter bestimmte Sonnenschutzmaßnahmen an der Außenhaut des Gebäudes vornimmt, es im Übrigen dem Mieter zu überprüfen obliegt, ob die Ausstattung des Gebäudes für die von ihm vorgesehene Nutzung ausreichend ist.

Sollte der Mieter weitere Ausstattung der Mietsache für erforderlich halten, ist er berechtigt, diese Ausstattung auf eigene Kosten anzubringen.

Das OLG Frankfurt hat die Klage des Mieters abgewiesen mit der Begründung, dass ein Mangel der Mietsache nicht vorliegt. Es hatte festgestellt, dass der Vermieter alle Anforderungen des Mietvertrages erfüllt hatte. Wenn sich die angemieteten Räume im Sommer aufgrund von baulichen Besonderheiten (Stahl und Glas) trotzdem aufheizen, so realisiert sich dabei ein allgemeines Lebensrisiko, das der Mieter zu vertreten hat. Keinesfalls ist auf einen solchen Fall die Arbeitsstättenverordnung anwendbar. Der Adressat der Arbeitsstättenverordnung ist ein Arbeitgeber, nicht der Vermieter.

Diese Entscheidung ist interessant, weil die Rechtsprechung in den letzten Jahren, in den so genannten Hitzefällen, vermehrt auf die Anwendung der Arbeitsstättenverordnung, der Energieeinsparverordnungen und auf technische Normen abgestellt hatte. Das OLG Frankfurt am Main hingegen stellt konsequent auf die mietvertraglichen Vereinbarungen ab. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung für die sich verfestigende Rechtsprechung zum Thema Hitze als Mangel der Mietsache, hat der Senat auch die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Das OLG Frankfurt am Main sieht anders als die Oberlandesgerichte Köln (NJW-RR 1993, 466), Hamm (NJW-RR 1995, 143), Rostock (NZM 2001, 425), in einer starken Aufheizung der Mieträume bei Sonneneinstrahlung keinen Mangel der Mietsache, sondern eine Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos, wenn sich das Gebäude in einem baurechtlich zulässigen Zustand befindet. Das OLG Hamm hält demgegenüber an seiner Auffassung zur Mangelhaftigkeit von Mieträumen fest (OLG Hamm, OLG Report 2007, 540). Hierbei sollten die beim Abschluss des Mietvertrags geltenden Arbeitsstättenvorschriften als antizipiertes Sachverständigengutachten gelten. In diesem Zusammenhang stellt eine Temperatur von 26 °C bzw. die Differenz zur Außentemperatur von 6 °C keine starre Grenze für das Vorliegen eines Mangels dar. Vielmehr sind ggf. extreme Außentemperaturen als Ausnahmesituation in Rechnung zu stellen. Hohe Heizkosten aufgrund schlechter Isolierung der Mietsache oder leer stehender Nachbarräume begründen noch keinen Mangel der Mietsache solange mit dem erhöhten Heizaufwand ausreichende Raumtemperaturen erreicht werden können (KG NZM 2007, 402).

Das KG Berlin (Urteil vom 05.03.2012, BeckRS 2012,15204) folgt dem OLG Frankfurt am Main. Wenn der Vermieter bei der Errichtung des Gebäudes allen technischen Normen und öffentlich-rechtliche Anforderungen eingehalten hat und nur die Arbeitsstättenverordnung höhere Anforderungen an den Sonneneintrag in das Gebäude stellt, also eine Diskrepanz zwischen Baurecht und Arbeitsrecht besteht, hat nicht der Vermieter dieses Risiko zu tragen, sondern der Mieter. Das Argument, dass sonst für das Wohlbefinden von Arbeitnehmern des Mieters höhere mietrechtliche Standards gelten würden als für den Wohnraummieter, scheint beachtlich. Ein „Wohlfühlstandard“ unabhängig von baurechtlichen Normen kann grundsätzlich nicht anerkannt werden, und von daher sind die ArbeitsstättenVO bzw. Arbeitsstättenrichtlinie sowie DIN 1946 nicht zur Bestimmung eines mangelhaften Zustands heranzuziehen.

Die Flächenangaben über die Nutzfläche im Mietvertrag sind im Allgemeinen keine Zusicherung einer Eigenschaft, sondern bloße Objektbeschreibung. Die Mietsache ist nicht ohne weiteres mangelhaft, wenn die **Nutzfläche kleiner ist als angegeben**. Der BGH hat eine Mietsache grundsätzlich als mangelhaft angesehen, wenn die Nutzfläche mehr als 10 % von der im Mietvertrag angegebenen Fläche abweicht, wobei vom Mieter dann nicht dargelegt werden muss, dass zusätzlich eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vorgelegen

hat, denn für diese spricht eine tatsächliche Vermutung (BGH, NZM 2005, 500). Dies gilt auch für Verträge, in denen die Nutzfläche mit „ca.“ umschrieben ist.

Lässt sich im Fall einer Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche bei der Geschäftsraummiete die **Minderfläche eindeutig Nebenräumen (hier: Kellerräume)** zuordnen, so darf die Minderung nicht pauschal nach dem prozentualen Anteil der fehlenden Fläche an der vertraglich vereinbarten Gesamtfläche berechnet werden. Vielmehr muss eine angemessene Herabsetzung des Mietzinses den geringeren Gebrauchswert dieser Räume in Rechnung stellen (BGH, Urteil. v. 18. 7. 2012 – XII ZR 97/09, NZM 2012, 726)

Für die **Ermittlung von Gewerberaumflächen** gibt es keine allgemein anerkannten Berechnungsgrundlagen. Die Regelungen für die Wohnraummiete (§§ 43,44 der Zweiten Wohnflächenberechnungsverordnung) sind auf das Gewerberaummietrecht nicht entsprechend anwendbar. Wenn die Parteien des Gewerberaummietvertrages nichts ausdrücklich dazu vereinbaren, kann der Gewerberaumvermieter die Mietfläche durch eine zulässige und mögliche Berechnung, wie z.B. eine solche auf Grundlage der DIN 277 nachweisen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.11.2011, BeckRS 05818)

Die Vereinbarung einer über den örtlichen Spitzenpreisen liegenden Miete neben einem Exposé für die Mietsache, dass ein "einmaliges Ambiente" anbietet, führt nicht zur Verpflichtung des Vermieters, ein bestimmtes **Milieuniveau** (Konkret: ist die Aufnahme einer Hartz IV-Behörde im Mietobjekt ein Mietmangel?) zu bewahren oder einen ausgewählten Mietermix herzustellen. Nur wenn es durch die Vermietung an Dritte zu konkreten Beeinträchtigungen oder Gefahren für die anderen Mieter oder deren Besucher kommt, kann ein Mangel vorliegen (BGH NZM 2009, 124).

Der Mieter hat ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung regelmäßig keinen Anspruch gegen den Vermieter, einen bestimmten „**Mietermix**“ zu bewahren. Da den Vermieter von Gewerberaum die jedoch auch ohne besondere Vereinbarung die vertragliche Verpflichtung trifft, die Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu schützen, muss er bei der Vermietung von weiteren Räumlichkeiten in derselben Gewerbeeinheit dafür Sorge tragen, dass der Mieter durch die Geschäftstätigkeit der Mitmieter nicht mehr als nur unerheblich in der Nutzung der von ihm angemieteten Gewerberäume beeinträchtigt wird. Erst wenn bei einem Mieter eine konkrete und mehr als nur unerhebliche Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache eintritt, liegt ein Mangel vor, eine bloß abstrakte Gefahr genügt nicht (BGH, Urteil vom 26.09.2012, NZM 2013,27 für Bordelbetrieb im Ärztehaus).

6. Konkurrenzschutz

6.1. Konkurrenzschutz ohne und mit vertraglicher Vereinbarung

Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter Konkurrenzschutz zu gewähren, wenn dies vertraglich vereinbart ist. Dementsprechend darf der Vermieter weder auf dem gleichen Grundstück, auf dem die Mietsache gelegen ist, noch auf einen unmittelbar angrenzenden Nachbargrundstück, das im Eigentum des Vermieters stehen, an einen Wettbewerber des Mieters vermieten oder in sonstiger Weise Räume überlassen oder dort selbst ein entsprechendes Unternehmen betreiben (KG MDR 1999, 1375).

Die Vereinbarung kann in einer **ausdrücklichen Regelung** zum Konkurrenzschutz enthalten sein (Beispiel: Der Vermieter verpflichtet sich, in dem Ärztehaus sowie in anderen in seinem Eigentum stehenden Grundstücken und Gebäuden in einem Umkreis von 1 km keine Vermietung an eine Praxis derselben Fachrichtung vorzunehmen.).

Im Gewerbemietrecht kann der Vermieter dem Mieter auch **ohne eine ausdrückliche** Vereinbarung im Gewerbemietvertrag einen so genannten immanenten Konkurrenzschutz schulden. Ob die Parteien eines Mietvertrages einen Konkurrenzschutz vereinbart haben, möglicherweise auch nur vertragsimmanent und stillschweigend, ergibt sich aus der Auslegung des Vertrags (§§ 133, 157 BGB).

Beim vermieteten **Teileigentum** ist ein immanenter Konkurrenzschutz regelmäßig nicht anzunehmen. In der Regel hat der vermietende Sondereigentümer keinen Einfluss auf die Auswahl des Mieters durch den anderen vermietenden Sondereigentümer in demselben Haus (OLG Brandenburg, NZM 2010, 43, Konkurrenzschutz für Allgemeinmediziner im Ärztehaus).

Mangels abweichender Vereinbarung ist dieser auch in einem **Einkaufszentrum** zu gewähren (KG NZM 2008, 248).

In einem **Güterverkehrszentrum** kann der immanente Konkurrenzschutz stillschweigend eingeschränkt sein (OLG Nürnberg NZM 2008, 843). Der Mieter hat eine Gewerbefläche zum Betrieb eines Schrotthandels im Güterverkehrszentrum Hafen Nürnberg angemietet. Er fordert von der Vermieterin, die Vermietung einer weiteren Gewerbefläche an ein Konkurrenzunternehmen zu unterlassen, die eine Fahrtstrecke von 4.200 m (Luftlinie 600 m) von seiner Gewerbefläche entfernt liegt. Ausdrücklich wurde kein Konkurrenzschutz gewährt. Das OLG Nürnberg hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass der Mieter einen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz nicht geltend machen kann. Ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz liegt nicht vor, wenn der Mieter von Anfang an damit rechnen musste, dass sich irgendwann einmal ein Wettbewerber in der Nachbarschaft wieder lassen wird. Damit musste der Mieter rechnen, weil bereits bei Abschluss des Mietvertrages im Bereich des Güterverkehrszentrums jeweils mehrere Vertreter jeder Branche vorhanden waren. Er musste deshalb damit rechnen, dass weitere Schrotthändler anmieten werden.

Für ein nicht unmittelbar angrenzendes, jedoch **nahe gelegenes Grundstück** (30 Meter Entfernung bei Innenstadtlage) soll der vertragsimmanente Konkurrenzschutz nicht greifen (OLG Rostock NZM 2006, 295).

Der vertragsimmanente Konkurrenzschutz bietet nicht Schutz vor jedweder Konkurrenz. Vielmehr ist lediglich das so genannte Hauptsortiment geschützt. Nebenartikel werden von dem Hauptsortiment dadurch abgegrenzt, dass diese einen Umsatz erbringen, der kleiner als 5% ist.

Vereinbaren die Parteien den Wegfall eines im Mietvertrag vorgesehenen Konkurrenzschutzes, so lebt der von der Rechtsprechung entwickelte vertragsimmanente Konkurrenzschutz wieder auf. Der vollständige Entfall des Schutzes ist daher gegebenenfalls ausdrücklich zu regeln (KG GuT 2005, 54).

6.2. Bedeutung des Konkurrenzschutzes

Eine Verletzung des Konkurrenzschutzes führt zu einem Mangel der Mietsache. Dies gilt sowohl für den sogenannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutz als auch für den ausdrücklich vereinbarten (BGH, Urteil vom 10.10.2012, NZM 2013,52).

6.3. Formularvertraglicher Ausschluss

Es ist formularvertraglich möglich, den Konkurrenzschutz abzubedingen (OLG Hamburg, ZMR 1987,94, OLG Brandenburg NZM 2010, 43) oder einzuschränken (KG MDR 2008,19).

6.4. Einzelheiten

Durch eine **Teilbetriebseinstellung** kann eine Konkurrenzschutzsituation entstehen. In einem Geschäftshaus betreibt ein Frisör im Hauptgewerbe ein Friseurgeschäft und im Nebengewerbe einen Nageltisch in demselben Ladenlokal. Zu einem späteren Zeitpunkt mietet der Betreiber eines Nagelstudios ebenfalls ein Ladenlokal in dem Geschäftshaus an und lässt sich vom Vermieter Konkurrenzschutz für sein Nagelstudio versprechen. Danach stellt der Frisör sein Friseurgeschäft ein und betreibt nur noch als Hauptgewerbe den Nageltisch. Das Kammergericht (NZM 2009, 621) gewährt dem Betreiber des Nagelstudios Konkurrenzschutz gegenüber dem Betreiber des Nageltisches, weil durch die Teilbetriebseinstellung eine echte Konkurrenzsituation herbeigeführt wurde.

Durch eine **Betriebserweiterung** kann ebenfalls eine Konkurrenzschutzsituation entstehen. Der Mieter betreibt in einem Ärztehaus ein „Optik- und Hörgerätegeschäft“. Der Mietvertrag enthält eine Konkurrenzschutzklausel: kein weiteres Optik- und Hörgerätegeschäft. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses betreibt ein Arzt im Gebäude eine Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde. Dieser Arzt gibt zunächst keine Hörgeräte unmittelbar an seine Patienten ab. Aufgrund einer einige Jahre später erfolgten Gesetzesänderung begann dieser Arzt Hörgeräte an Patienten unmittelbar abzugeben. Der Bundesgerichtshof sah darin keinen Verstoß gegen die vereinbarte Konkurrenzschutzklausel. Nach dem Wortlaut der Klausel schützt diese den Mieter nur vor dem Betrieb eines weiteren Optik- und Hörgerätegeschäftes im Gebäude. Der Mieter musste auch damit rechnen, dass der im Gebäude praktizierende Facharzt sämtliche Leistungen erbringen wird, zu denen er berechtigt ist, auch aufgrund einer nach Mietvertragsabschluss eintretenden Gesetzesänderung (BGH, Urteil vom 11.01.2012, NZM 2012, 196).