

### Deutsche Bank, Turner & Townsend und avocado rechtsanwälte thematisieren Strategien für den Mittelstand

avocado rechtsanwälte veranstalteten am 17.07.2012 in München zusammen mit der Deutschen Bank und Turner & Townsend ein halbtägiges Symposium zum Thema "Corporate Real Estate Management für den Mittelstand - Strategien und Projektbeispiele aus technischer, rechtlicher und finanzierender Sicht". Gerade der Mittelstand besitzt Immobilienwerte nicht vornehmlich als Neubestand, sondern sieht sich dem Alterungsprozess seiner Bestandsgebäude ausgesetzt. Unabhängig davon, ob diese zur Eigennutzung gehalten werden oder tatsächlich die Immobilienverwaltung im Vordergrund steht, gibt es wichtige Ansatzpunkte zur Optimierung dieser Immobilien. Zum Werterhalt und zur Wertsteigerung können Sanierungsprozesse eingeleitet werden, die eine Alternative zu Abriss mit Neubau darstellen und häufig den Interessen des Mittelstandes in einem viel größeren Maße gerecht werden. Dabei sind solche Optimierungsprozesse zunächst in technischer Hinsicht im Hinblick auf die bessere Funktionalität und die Erzielung von Energieeinsparungen einzuleiten. Aus rechtlicher Sicht sind verschiedene Punkte zu beachten, wie etwa die Vorbereitung von Sanierungsmaßnahmen, den Umgang mit den Mieterparteien bis hin zur vertraglichen Sicherung der anstehenden Baumaßnahmen. Aus Finanzierungssicht sind gerade für den Mittelstand die optimale Liquiditätssicherung sowie die grundsätzliche Behandlung der Immobilien-Assets in der Unternehmensbilanz von erheblicher Bedeutung.

**avocado** rechtsanwälte  
nymphenburger straße 5  
80335 münchen

t +49 [0]89 520313-0  
f +49 [0]89 520313-99  
muenchen@avocado-law.com  
[www.avocado-law.com](http://www.avocado-law.com)

## Rechtsprechung

### 1. Konkurrenzschutz

Das OLG Frankfurt hat in einem Beschluss vom 27.01.2012 aufgrund einer wirksam vereinbarten umfassenden Konkurrenzschutzklausel einem "qualifizierten" Fitnessstudio mit medizinisch-therapeutischer Begleitung und Schulung einen Unterlassungsanspruch gegen den Vermieter eingeräumt, weil ein übliches "low-budget" Fitnessstudio in demselben Gewerbepark eröffnet wurde. Das OLG Frankfurt versteht das durch den Konkurrenzschutz geschützte Segment bzw. die geschützte Branche sehr weit. Das Gericht fokussierte sich vornehmlich auf die Schutzinteressen des Betreibers des Fitnessstudios mit medizinisch-therapeutischer Behandlung. Letztlich sei ein Abwandern von Kunden zu dem billigeren Fitnessstudio nicht auszuschließen, was insbesondere Fitnessstudios mit medizinisch-therapeutischer Begleitung und damit naturgemäß einem weitaus höheren Kostenaufwand in der Unternehmung gefährdet. In der Konsequenz wurde dem Mieter Schadensersatz wegen (!) vorsätzlich sittenwidriger Schädigung durch den Vermieter nach § 826 BGB zugesprochen. Der Vermieter war insofern verpflichtet, dafür zu sorgen, dass das low-budget-Fitnessstudio den Betrieb einstellt, sprich den Mietvertrag mit diesem low-budget-Fitnessstudio zu beenden. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche bleiben bestehen.

#### Praxistipp:

Eine wirksame umfassende Konkurrenzschutzklausel ist für die Mieter häufig ein Sicherungsinstrument. Vermietern ist anzuraten, dringend im Mietmanagement alle Konkurrenzschutzverpflichtungen - seien sie ausdrücklich oder vertragsimmanent vereinbart - zu vermerken. Ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz besteht laut BGH auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung; dieser kann aber auch formularvertraglich ausgeschlossen werden.

### 2. Wirkung der Kündigung und Widerruf

Das OLG Koblenz hatte in einem Urteil vom 15.02.2012 darüber zu entscheiden, ob eine einmal ausgesprochene fristlose Kündigung einfach durch Widerruf zurückgenommen werden kann und damit das alte Mietverhältnis wieder auflebt. Trotz einer recht klaren Erklärung des Vermieters, dass er mit Widerruf der Kündigung das alte Mietverhältnis fortsetzen wolle, hat das OLG Koblenz entschieden, beidseitige Willenserklärungen zur Begründung eines neuen Mietverhältnisses zu den Bedingungen des alten lägen nicht vor. Auf den ersten Blick mag dies überraschen. Sobald der Vermieter erklärt, das alte Mietverhältnis fortsetzen zu wollen, ist nach einer laien günstigen Auslegung sicherlich davon auszugehen, dass er im Zweifel ein neues Mietverhältnis begründen wollte. Vom Mieter fehlt aber zugegebenermaßen eine Willenserklärung. Außerdem sind damit einige Folgeprobleme verbunden, z.B. die Frage nach der Laufzeit des neuen Mietverhältnisses, welche wiederum Auswirkungen haben auf das Schriftformerfordernis und die Berechtigung zur Vereinbarung einer Indexierungsklausel (mindestens 10 Jahre Laufzeit). Es ist nicht klar, ob das Mietverhältnis mit Datum des Widerrufs neu begründet wird oder die alte Laufzeit fortgesetzt werden soll (was rechtlich nicht möglich wäre). Insofern ist es vom OLG Koblenz durchaus konsequent, eine klare Erklärung des Willens zur Neubegründung eines Mietverhältnisses unter den Bedingungen des alten Mietverhältnisses - und zwar bei einer Laufzeit von länger als einem Jahr auch schriftformgerecht - zu fordern. Denn letztlich ist unbestritten, dass eine einmal erklärte fristlose Kündigung das Mietverhältnis unumkehrbar beendet. Anders ist dies bei einem ordentlichen Mietverhältnis mit einer ordentlichen Kündigung mit Kündigungsfrist. Hier kann innerhalb des Laufes der Kündigungsfrist die einmal erklärte Kündigung zurückgenommen werden.

#### Praxistipp:

Ist die Kündigung einmal ausgesprochen, müssen Mieter und Vermieter im beiderseitigen Interesse bei Fortsetzung der Geschäftsbeziehung für klare, schriftformgerechte Verhältnisse sorgen. Dem BGH und seiner Theorie der äußeren Form folgend kann man aber entgegen der Auffassung des OLG Koblenz von einem stillschweigenden Zustandekommen des neuen Mietvertrages zu den Bedingungen des alten Vertrages ausgehen.

### 3. Einwendungen gegen die Betriebskostenab- rechnung

Das Landgericht Karlsruhe hat in einem Urteil vom 30.03.2012 nochmals bestätigt, dass lediglich pauschale Einwendungen und der Vorwurf der mangelnden Nachvollziehbarkeit einer Betriebskostenabrechnung nicht ausreichen, um fristgerecht Einwendungen zu erheben. In diesem Fall hatte der Mieter im gerichtlichen Verfahren auf Anwaltsschreiben, die an den Vermieter gerichtet waren, verwiesen, die er nunmehr aber nicht mehr substantiieren und vorlegen konnte. Ein nachträgliches Substantiieren im Verfahren ohne Vorlage der Schreiben hätte die Ausschlussfrist (hier die gesetzliche für Wohnmietraum; gilt aber ebenso bei einer vertraglichen Ausschlussfrist für Gewerberaummietverträge) zum Hervorbringen von Einwendungen überschritten und war daher im Prozess auch nicht mehr möglich.

#### Praxistipp:

Bei Nebenkostenabrechnungen ist im Hinblick auf materielle Mängel - also solche, die die Nebenkostenabrechnung in der Sache betreffen und nicht bloß deren Verständlichkeit und Aufbereitung - einige Detailarbeit unumgänglich, um begründete Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung erheben zu können.

#### 4. Kündigung des Hauptmietvertrags als Mangel des Untermiet- vertrags

Das OLG Düsseldorf hat in einem Beschluss vom 14.11.2011 klargestellt, dass allein die Kündigung des Hauptmietvertrags durch den Hauptvermieter an den Hauptmieter keinen Mangel im Untermietverhältnis zwischen Hauptmieter / Untervermieter und Untermieter darstellt. Ein Mangel im Untermietverhältnis entsteht erst dann, wenn der Hauptvermieter tatsächlich Räumung verlangt und damit sein Recht auf Nutzung der Flächen geltend macht. Das OLG Düsseldorf stellt bewusst den Bezug zu einer fehlenden Nutzungsgenehmigung her. Erst wenn die Behörden gegen die Nutzung einschreiten, entsteht der Mangel im Mietverhältnis.

Laut OLG Düsseldorf soll schon die Androhung der Räumung genügen. Ein Titel zur Räumung ist für die Frage der Mangelhaftigkeit des Untermietverhältnisses nicht erforderlich. Auch hier wird die klauselhafte Formulierung aus der Thematik der fehlenden Nutzungsgenehmigung herangezogen, namentlich dass ein die Nutzung der Mietflächen beeinträchtigendes Einschreiten ernstlich zu erwarten ist, damit ein Mangel angenommen werden kann.

#### Praxistipp:

Ob der Hauptvermieter die Mangelhaftigkeit und damit Minderungsrechte des Untermieters tatsächlich durch Ankündigung der Räumung herbeiführen will, wird von seinen Durchgriffsrechten auf den Untermietzins abhängen. Dem Untermieter ist zu raten, den Hauptvermieter für den Fall der Kündigung des Hauptmietvertrages zu verpflichten, in den Untermietvertrag einzutreten. Dies erfordert regelmäßig im Hinblick auf diese Eintrittsverpflichtung einen Beitritt des Hauptvermieters zum Untermietvertrag.



**5. Zu niedrige Neben-  
kostenvorauszahlungen  
als Pflichtverletzung des  
Vermieters**

Häufig versuchen Makler und Eigentümer, die monatlichen Belastungen einer Mietfläche bei der Vermarktung zunächst dadurch gering darzustellen, dass sie die monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen zu niedrig ansetzen. Der Mieter wird selten in der Lage sein, über die tatsächliche Angemessenheit dieser Nebenkostenvorauszahlungen Klarheit zu erlangen. Bei zu niedrig angesetzten Nebenkostenvorauszahlungen und einer erheblichen Nachzahlungspflicht nach Jahresabrechnung sieht er sich dann häufig einer ganz anderen Mietbelastung ausgesetzt, als er kalkuliert und dann auch vermeintlich unterzeichnet hat. Mit dieser Konstellation hat sich das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 08.03.2012 beschäftigt und nochmals eine Aufklärungspflicht des Vermieters über die tatsächliche Angemessenheit der Nebenkostenvorauszahlung verneint. Lediglich für den wohl recht seltenen Fall, dass der Vermieter bzw. der Makler die Angemessenheit der Nebenkostenvorauszahlungen zusichert oder im Sinne einer arglistigen Täuschung deren Unangemessenheit bewusst und zielgerichtet verschweigt bzw. auf entsprechende Frage des Mietinteressenten falsche Angaben macht, soll es Schadensersatzansprüche aus Nebenpflichtverletzung des Mieters gegen den Vermieter geben.

**Praxistipp:**

Der Mieter bleibt hier doch weitestgehend schutzlos. Ihm wird eine Prüfung der Angemessenheit der angegebenen Nebenkostenvorauszahlungen kaum möglich sein. Ob er ein arglistiges Täuschen - das allerdings auch ein "Behaupten ins Blaue hinein" sein kann - nachweisen kann, ist ebenso anzuzweifeln. Eine Klausel im Mietvertrag mit einer Erklärung des Vermieters zur Angemessenheit der Nebenkostenvorauszahlungen kann dem Mieter vor diesem Hintergrund eine weitaus bessere Position verschaffen.

### 6. Schlüsselherausgabe bei Räumung

Laut Kammergericht Berlin vom 30.01.2012 ist für eine vollständige Räumung nicht immer zwingend erforderlich, dass der Mieter alle Schlüssel an den Vermieter übergibt. Vielmehr ist entscheidend, ob der Mieter den Willen zur endgültigen Besitzaufgabe bei Überreichung der Schlüssel hatte und dem Vermieter der ungestörte Gebrauch der Mietflächen eingeräumt werden sollte. Die Herausgabe nicht aller Schlüssel sei zwar ein Indiz für eine möglicherweise nicht vollständige Besitzaufgabe, allerdings müsse dies im Einzelfall geprüft werden. Soweit sich nachweisen lässt, dass der Mieter die Nutzung der Mietfläche einstellt und die Herrschaftsgewalt über die Flächen aufgibt, genügt dies für eine vollständige Räumung; die Tatsache von noch einbehaltenen Schlüsseln steht dem nicht entgegen.

#### Praxistipp:

Dies dürfte ein Ausnahmefall sein. Bei Räumung sollte man darauf bestehen, alle Schlüssel für die Mietfläche zu erhalten. Oder der Wille zur vollständigen, uneingeschränkten und unumkehrbaren Besitzaufgabe des Mieters muss im Übergabeprotokoll vermerkt werden.

### 7. Mietzinsklage im vereinfachten Urkundenprozess

Für die Praxis nicht unbedeutend ist die Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 05.04.2012 im Hinblick auf die Geltendmachung von Mietzinszahlungen im vereinfachten Urkundenprozess, obwohl der Mieter Minderungen geltend macht. Der Urkundenprozess ist ein Instrument im deutschen Verfahrensrecht, mit dem auf schnellem Wege nur unter Vorlage von Dokumenten ohne mündliche Verhandlung und ohne Zeugeneinvernahme ein Urteil erlangt werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Mieter die Behauptung von Mängeln und damit die Behauptung von Mietminderungen in diesem Urkundenprozess nicht geltend machen, vielmehr ist er auf einen Folgeprozess verwiesen. Laut Kammergericht Berlin verhält es sich aber dann anders, wenn zwischen den Parteien wesentliche Mängel der Mietflächen unstreitig sind. In diesem Fall kann der klagende Vermieter seine (geminderte) Mietzinsforderung nicht aus dem eingereichten Dokument (Mietvertrag) nachweisen, vielmehr sind hier Zeugenaussagen oder Gutachteraussagen zur Höhe des geminderten Mietzinses erforderlich. Damit scheitert in diesem Fall das Eintreiben des Mietzinses durch den vereinfachten Urkundenprozess ohne mündliche Verhandlung und ohne Zeugenvernehmung.

**Praxistipp:**

Sofern nicht unstreitig Mängel vorliegen, sollten alle Minderungsbegehren streitig gestellt werden. Dann kann der vollständige Mietzins, wie in der Urkunde des Mietvertrages verzeichnet, eingeklagt werden. Der zeitliche Vorteil eines Urkundenprozesses gegenüber einem klassischen Klageverfahren kann immerhin zwischen 6 und 18 Monaten liegen.

### 8. Vermieterwechsel und Umsatzsteuer

Das OLG München hat mit Beschluss vom 13.03.2012 festgestellt, dass bei einem Vermieterwechsel und dem Eintritt des Vermieters in den Mietvertrag gem. § 566 BGB nicht zwingend folgt, dass der neue Vermieter ebenso zur Umsatzsteuer optieren muss, wie dies der Vorgänger und alte Vermieter getan hat. Dementsprechend muss er auch nicht eine den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechende Rechnung stellen. Das OLG München hat seine Entscheidung hier vornehmlich auf Formulierungen im Mietvertrag gestützt, wonach es dem Vermieter freigestellt blieb, ob er zur Umsatzsteuer optieren möchte. Das OLG München stellt allerdings klar, dass ein Bereicherungsanspruch über den mit dem Mietzins gezahlten Umsatzsteuerbetrag gegen den neuen Vermieter besteht.

**Praxistipp:**

Bei einem Vermieterwechsel hat der neue Vermieter den Mieter über eine etwaig unterlassene Option zu informieren. Andernfalls drohen Schadensersatzansprüche des Mieters. Der Mieter wiederum sollte bei entsprechendem Bedarf versuchen, eine Verpflichtung des Vermieters zur Option im Mietvertrag festzuschreiben.

### 9. Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Einhaltung des Rauchverbots

Das OLG München hat im Beschluss vom 27.03.2012 zur Durchsetzung des Rauchverbots einen direkten Anspruch des Vermieters gegen den Mieter begründet. Der Mieter betrieb eine Gaststätte mit Außenterrasse innerhalb einer Ladenpassage, wo er eine Raucherzone einrichtete. Der Bereich war eine baulich umschlossene Passage, insofern galten die Schutzbestimmungen des gesetzlichen Rauchverbotes. Das OLG München räumte dem Vermieter einen Unterlassungsanspruch im Zusammenhang mit dem Raucherschutzgesetz ein.

**Praxistipp:**

Vermehrt finden sich Entscheidungen, die das Rauchverbot auf die Mieter abwälzen. Konsequenter unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes, wirtschaftlich für die gastronomischen Mieter aber durchaus eine Belastung.



### 10. Mietfläche 10 % kleiner, Mietflächenberechnungsmethode

Auch bei einer ausdrücklichen circa-Angabe der Mietfläche im Mietvertrag bei der Beschreibung des Mietgegenstandes ist eine Unterschreitung dieser Fläche um mindestens 10 % ein Mangel. Der Zusatz "ca." lässt zwar erkennen, dass die Parteien hier von gewissen Toleranzen von vornherein ausgegangen sind. Diese Toleranzen dürfen aber jedenfalls nicht eine so große Auswirkung haben, da bei einer Unterschreitung um (mindestens) 10 % der Mietgegenstand ungeachtet der Verwendung von "ca." schlichtweg nicht mehr den vertragsgegenständlichen Parteiabsichten entspricht.

Soweit - davon unabhängig - der Mieter bei Abschluss des Vertrags die detaillierte Flächenberechnungsmethode des Vermieters nicht hinterfragt, ist der Vermieter bei der Wahl dieser Methode frei.

Praxistipp:

Die Mietflächenberechnung stellt immer wieder einen Zankapfel zwischen Vermieter und Mieter dar. Die Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung (gif) hat kürzlich neue Mietflächenberechnungsverordnungen herausgegeben. Erstmals gibt es nunmehr auch eine Berechnungsmethode für Verkaufsflächen. Diejenige für Gewerbeflächen wurde insoweit angepasst. Im Übrigen ist insbesondere bei großen Flächen die 10%-Schwelle für Gewerberaummieter inakzeptabel hoch.

### 11. Temperaturen in Büroräumen

Der Mieter ist bei einer Überschreitung der Innentemperaturen von 26° in Büroräumen nicht ohne Weiteres zur Mietminderung berechtigt. Das Kammergericht Berlin hat im Urteil vom 05.03.2012 die Ansicht vertreten, dass die Anforderungen an den Nachweis einer mangelträchtigen Überschreitung der Innentemperatur erheblich seien. So soll der Mieter über einen längeren Zeitraum Temperaturmessungen durchgeführt haben und diese prozessgerecht nachweisen können. Dabei sollen Temperaturmessungen von zehn bis zwölf Tagen für einen Minderungszeitraum von drei Monaten nicht ausreichen. Zudem sind die Regelungen zur Überschreitung der Innentemperatur immer in Abhängigkeit zur Außentemperatur zu verstehen und damit auch im Verhältnis zur Außentemperatur Messungen vorzunehmen und prozessgerecht nachzuweisen. Allein die Innentemperatur soll nicht genügen.

### 12. Einseitige Mietzinsanpassung durch den Vermieter

#### Praxistipp:

Die Rechtsprechung zur Frage der Mietminderung bleibt uneinheitlich. Von der Rechtsprechung werden unterschiedliche Anforderungen an die Darlegung einer Mietminderung gestellt. Insbesondere auch der BGH lässt grundsätzlich eine Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt, genügen, ohne dass das Maß der Beeinträchtigung vorgetragen werden muss.

Der BGH hatte mit Urteil vom 09.05.2012 über eine Klausel zu entscheiden, bei der der Vermieter zur einseitigen Anpassung des Mietzinses nach billigem Ermessen berechtigt war, soweit das Nutzungsentgelt nicht mehr ortsüblich oder angemessen ist. Laut Entscheidung des BGH ist eine solche Berechtigung im Mietvertrag zur einseitigen Festsetzung des angepassten Mietzinses durch den Vermieter nach billigem Ermessen nicht AGB-rechtswidrig. Der BGH stützt sich darauf, dass erstens durch den Bezug auf die Ortsüblichkeit dem Mieter erkennbar ist, wann eine Mietzinsanpassung erfolgt, namentlich dann, wenn der ortsübliche Mietzins unterschritten ist. Zweitens schützt der weitere Bezug zum "sonst angemessen" den Mieter wiederum dagegen, dass der durch den Vermieter einseitig festgesetzte Mietzins nicht mehr dem Nutzungswert der Mietflächen entspricht. Zudem ist durch gesetzliche Bestimmung das billige Ermessen des Vermieters nach § 315 BGB eingrenzbar.

#### Praxistipp:

Diese Entscheidung überrascht, letztlich wird vom BGH die Diskussion über die Ausgewogenheit dieser einseitigen Festsetzungsrechte des Vermieters aber aus dem AGB-Recht herausgenommen und auf die dann tatsächlich erfolgte Festsetzung des neuen Mietzinses verlagert. Der Mieter ist durch die Einschränkung des billigen Ermessens nach § 315 BGB zudem nicht schutzlos, wengleich die gerichtliche Überprüfung nur eingeschränkt stattfinden kann. Jedenfalls muss der neu angepasste Mietzins das Äquivalenzverhältnis zum Nutzungswert der Mietflächen wahren.



**Infoportal:  
Leerstand als  
Mangel**

Auch bei Büroimmobilien, vornehmlich aber bei Einzelhandelskaufhäusern und Einzelhandelspassagen, sehen sich Mieter immer wieder dem Umstand ausgesetzt, dass die umliegenden Etagen oder umliegenden Geschäftsflächen leer stehen, teilweise sind sie nicht ausgebaut und auch abgedunkelt. Bei Büroimmobilien macht dies gerade im Eingangsbereich keinen guten Eindruck auf den Publikumsverkehr, noch viel deutlicher wird allerdings die Problematik bei Einzelhandelskaufhäusern oder Einzelhandelspassagen. Hier ist der Leerstand der umliegenden Mietflächen nicht nur ein (doch recht subjektiver) Nachteil für den Publikumsverkehr der eigenen Kunden, vielmehr sind in einer solchen Einzelhandelspassage oder in einem solchen Einzelhandelskaufhaus Besucherströme des einen Einzelhandelsgeschäfts häufig auch Kunden der benachbarten Einzelhandelsgeschäfte. Insofern vermittelt der Leerstand hier nicht nur einen schlechten Eindruck auf den Besucherverkehr der eigenen Kunden, sondern vielmehr bewirkt der Leerstand ein tatsächliches Absinken des Besucherstroms nicht nur der eigenen Kunden und damit letztlich ein Absinken der Umsätze.

**1. Leerstand grundsätzlich kein Mangel, da nur mittelbare Auswirkung auf Mietfläche**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Thematik des Leerstandes weitestgehend abschließend geklärt und klargestellt, dass das Ausbleiben von Besucherströmen nur mittelbare Auswirkungen auf die Mietfläche hat und damit keinen Mangel begründet. Auch wenn die Umfeldeinflüsse erhebliche Wirkungen auf das Geschäft des Mieters haben können, betont der BGH, dass das wirtschaftliche Risiko der Gewinnerzielung allein beim Mieter liegt. Ohne ausdrückliche Regelung im Mietvertrag ist das Fernbleiben von Besucherströmen und der Leerstand ein Umstand außerhalb des Mietverhältnisses und damit im Risikobereich des Mieters. Der BGH stützt sich bei der Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einflüssen auf eine jahrelange Rechtsprechung zu Umfeldmängeln, die außerhalb der Mietfläche ihren Ursprung haben. Wann ein mittelbarer Einfluss dabei aber doch unmittelbar wirkt, ist freilich nicht immer klar vorauszusehen und bleibt letztlich einer Einzelfalluntersuchung vorbehalten. Der Leerstand ist aber in den meisten Fällen nur von mittelbarer Wirkung und somit kein Mangel.



**2. Umfeldmängel bei  
unmittelbarer Wirkung**

Ausnahmsweise können die Auswirkungen des Leerstands unmittelbar der Mietfläche anhaften. Der BGH hat in seinem Urteil vom 16.02.2000 dabei grundsätzlich auf die für alle Umfeldmängel geltenden Grundsätze abgestellt. Er führt dazu aus: *"Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mangel zu qualifizieren sind."*

Damit begründet der BGH, dass das Ausbleiben von Besucherströmen eines Ladenlokals auf die Mietflächen nur mittelbaren Einfluss hat und damit kein Mangel ist. Nur in Ausnahmefällen ergibt sich im Zusammenhang mit dem Leerstand ein unmittelbarer Einfluss auf die Mietfläche und damit ein Mangel.

**3. Leerstand als Mangel  
wegen unmittelbarer  
Beeinträchtigung der  
Mietfläche**

Eine solche unmittelbare Beeinträchtigung der Mietfläche ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Leerstand der umliegenden Mietflächen den Vermieter dazu veranlasst, den gesamten Trakt eines Einzelhandelskaufhauses oder einer Einzelhandelspassage nicht mehr zu beleuchten oder zu beheizen, so dass schon der Zuweg zu der dort noch verbleibenden, betriebenen Mietfläche des Mieters nicht mehr vertragsgemäß möglich ist. Wenn der Vermieter den Zugang zur Mietfläche wegen Abstellen der Beheizung oder Ausschalten der Beleuchtung erschwert, beeinträchtigt er unmittelbar die Mietfläche. Ähnliches dürfte gelten, wenn der Vermieter eine Seiteneingangstür in eine Ladenpassage zu einem Trakt mit Leerstand schließt, der betreffende Mieter aber in Nähe dieser Seiteneingangstür sein Geschäft betreibt. Hier könnte durch Schließen der Seiteneingangstür in die Passage schlichtweg die Lage der Mietfläche als Außenmietfläche verändert worden sein. Auch damit könnte wegen unmittelbarem Einfluss ein Mangel zu bejahen sein.

In ähnlicher Weise kann ein Leerstand rund um eine Außenflächenterrasse eines gastronomischen Betriebes in einer Ladenpassage eine unmittelbare Beeinträchtigung dieses Teils der Mietfläche des gastronomischen Betriebs sein, da die Gäste für gewöhnlich nicht zwischen leeren, dunklen und an den Scheiben ggf. abgehängenen Geschäften sitzen wollen. Hier ist der Einfluss auf die Mietfläche der Außenterrasse ebenso unmittelbar.



### 4. Leerstand als Wegfall der Geschäftsgrundlage

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist nicht mit einem Mangel gleichzusetzen. Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind zunächst die Anpassung des Mietvertrags, d.h. vornehmlich des Mietzinses, ggf. auch eine Auflösung des Mietvertrages. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2000 allerdings betont, dass das wirtschaftliche Risiko der Profitabilität des Ladengeschäfts auf den Mietflächen allein der Mieter trägt. Die Profitabilität sei kein Umstand im Interesse beider Vertragsparteien und somit keine Geschäftsgrundlage des Gewerbemietvertrages. Darüber mag man anderer Ansicht sein, selbstverständlich hat ein Vermieter ein Interesse an der Profitabilität des Mieters und der daraus zu erzielenden Mieteinnahmen. Der BGH ist in seiner Grundsatzentscheidung hier aber klar und damit letztverbindlich.

Allerdings lässt auch der BGH in Einzelfällen zu, dass die Mietvertragsparteien eine weitestgehende Vollvermietung eines Einzelhandelskaufhauses oder einer Einzelhandelspassage zur Geschäftsgrundlage des Gewerbemietvertrages machen können. Dies kann zum ersten dadurch erfolgen, dass dies explizit und ausdrücklich in den Mietvertrag aufgenommen wird, spricht der Vermieter mehr oder weniger eine Vollvermietung der umliegenden Ladenflächen garantiert. Dies wird in der Praxis eher selten zu finden sein, kann aber gerade bei Neubauten und Erstbezug durchaus in Betracht kommen. Zudem soll eine solche Geschäftsgrundlage der umliegenden Vermietung häufig bei Nebenmietverträgen angenommen werden, wenn eine enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Hauptmieter und dem Nebenmieter gegeben ist, etwa im Falle einer Bäckerei neben einem Lebensmittelgroßmarkt.

Aber auch bei weniger deutlichen Klauseln könnte eine Geschäftsgrundlage der Vollvermietung herausgelesen werden, z.B. wenn sich der Mieter einen gewissen Branchenmix in dem Einkaufszentrum / in der Einkaufspassage zusichern lässt. Problematisch sind auch die recht häufig vorzufindenden Klauseln, wonach dem Mieter eine Betriebspflicht seines Ladenlokals während der Öffnungszeiten auferlegt wird. In diesem Fall wird der Mieter mehr oder weniger verpflichtet, einen eigenen Leerstand zu vermeiden und sein Ladengeschäft zu den Öffnungszeiten der Passage oder des Kaufhauses auch geöffnet zu halten. Damit soll letztlich der Besucherstrom im Kaufhaus bzw. in der Passage sichergestellt werden, wobei die Pflichten hier dem Wortlaut nach zunächst dem Mieter auferlegt werden. Aus einer solchen Betriebspflichtklausel ließe sich aber argumentieren, dass damit umgekehrt auch den Vermieter

gleichgeartete Betriebspflichten treffen. Durchaus könnte so ein umfassendes Betreiben aller Geschäftslokale zur Geschäftsgrundlage des Gewerbemietvertrages gemacht worden sein. Der BGH ist allerdings in einer Grundsatzentscheidung vom 16.02.2000 dieser Interpretation entgegen getreten; er hat mangels ausdrücklicher Vereinbarung und bei Fehlen besonderer Umstände eine Vollvermietung als gemeinsame Geschäftsgrundlage der Parteien verneint.

### **5. Leerstand und Verletzung der Aufklärungspflicht**

Anders zu beurteilen ist die Frage, ob den Vermieter gegenüber dem Mieter eine Aufklärungspflicht trifft, wenn er selbst mit anstehendem, massivem Leerstand rund um die vermietete Fläche rechnen muss; verletzt er dann eine Nebenpflicht und ist der Mieter dann berechtigt, Schadensersatz bzw. Anpassung des Mietzinses zu verlangen?

Grundsätzlich wird eine solche Aufklärungspflicht des Vermieters abgelehnt. Dies gilt dann, wenn der Vermieter etwa Umbaumaßnahmen plant und damit für längere Zeit ein Leerstand auf umliegenden Flächen anzunehmen ist. Selbst wenn er weiß, dass Mietverträge der umliegenden Mietflächen auslaufen werden, trifft ihn keine Aufklärungspflicht. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn der Mieter explizit und ausdrücklich die Vermietung der umliegenden Ladenflächen als wesentlich hervorhebt und beim Vermieter um Aufklärung zur zukünftigen Vermietung der umliegenden Flächen nachfragt. In diesem Fall trifft den Vermieter eine Nebenpflicht, wahrheitsgemäß über möglicherweise anstehenden Leerstand Auskunft zu erteilen. Eine grundsätzliche Aufklärungspflicht des Vermieters gibt es aber nicht.



**6. Leerstand durch  
gezielte Entmietung**

Selbst wenn der Vermieter gezielt manche Areale eines Einzelhandelskaufhauses oder einer Einzelhandelspassage entmietet, etwa weil Baumaßnahmen anstehen, ändert dies nichts an den oben dargestellten Grundsätzen. Zwar ist vereinzelt denkbar, dass Fälle einer umliegenden Entmietung gegen Treu und Glauben oder gegen Nebenpflichten des Gewerbemietvertrages verstoßen können. Allerdings ist eine Handhabung hier berechtigterweise nur sehr restriktiv vorzunehmen. Der Eigentümer einer Immobilie ist grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, wie er diese nutzen und vermieten möchte. Der Mieter hat keinerlei Rechte diesbezüglich, weil die Ausgestaltung des Eigentumsrechts allein Sache des Vermieters ist. Nur in besonderen Konstellationen kann sich etwas anderes ergeben, etwa wenn der Vermieter einen zielgerichteten und betriebsbezogenen Eingriff in das Unternehmen des Mieters vornimmt. Hierzu ist erforderlich, dass die Entmietung der umliegenden Flächen zielgerichtet und unmittelbar den verbleibenden Mieter schädigen soll. Dem Vermieter muss also ein gewisses zielgerichtetes Verhalten nachgewiesen werden. Zudem findet sich hier ebenso die Abgrenzung zwischen einem unmittelbaren Wirken der Handlungen des Vermieters und nur einem mittelbaren, so dass entsprechend der oben genannten Grundsätze ohne besondere Umstände auch bei einer gezielten Entmietung der Leerstand nur mittelbar auf den Gewerbebetrieb des Mieters einwirkt.

## Impressum

avocado rechtsanwälte  
nymphenburger straÙe 5  
80335 münchen  
t +49 [0]89 520313-0  
f +49 [0]89 520313-99  
muenchen@avocado-law.com  
[www.avocado-law.com](http://www.avocado-law.com)

[www.brak.de](http://www.brak.de)

ust-id-nr. de 814 17 29 76  
steuer nr. 13/225/62722  
fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, bornemann, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt dieses Newsletters sind:

<b>Ottmar Fuchs</b>	<b>Dr. Torsten Grothmann</b>
<b>Dr. Bernd Klemm-Costa</b>	<b>Dr. Philipp Tschäpe</b>