

Gewerberaummiete: Sicherung von Ansprüchen der Vertragsparteien

Rechtsanwalt Dr. Hans Reinold Horst, Hannover / Solingen¹

Gliederung

A. Vorbemerkungen

Gewerblich nutzbare Immobilien verkörpern bisweilen hohe Werte. Nicht selten sind sie grundpfandrechtlich belastet. Mit ihrer gewünschten Funktion als Renditeobjekt müssen sie bewirtschaftet werden. Dem Vermieter ist deshalb an einem Sicherungsmittel gelegen, dass dem in die Obhut des Mieters übergebenen hohen Immobilienwert Rechnung trägt und andererseits auch seine Renditeerwartungen sichert. Für den Mieter ergeben sich ebenso schützenswerte Interessen: Häufig investiert er hohe Summen, um das angemietete Objekt „passgenau“ herzurichten. Vor allem muss ihm an einer „eingelaufenen Geschäftsadresse“ gelegen sein, die in der Betrachtung des Kundenverkehrs oder von Geschäftspartnern und natürlich auch von Kreditinstituten mit einem entsprechenden Firmen-Goodwill verknüpft wird. Daraus und natürlich auch aus den eigenen Erwartungen eines Unternehmererfolgs leitet sich ab, dass er vor allem auf eine ungestörte Nutzung der gemieteten Räumlichkeiten Wert legen muss. Im Einzelnen:

B. Sicherungsinteressen der Parteien

Während in der Interessensphäre der Vermieter vor allem die Sicherung von Zahlungsansprüchen bis hin zur vertraglichen Verlängerung der kurzlaufenden gesetzlichen Verjährungsfrist² von Zahlungsansprüchen wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache bei Vertragsende (§ 548 Abs. 1 S. 1 BGB) im Vordergrund steht³, legen Gewerbemietnehmer insbesondere Wert darauf, dass sie die gemieteten Räume ungestört nutzen können, um ihren Gewerbe- oder Geschäftsbetrieb unter einer bekannten und eingelaufenen Kundenadresse ausüben zu können und vor allem, um keine Betriebsstörungen mit Umsatzeinbußen hinnehmen zu müssen. Deshalb steht hier insbesondere die Absicherung von Nutzungsrechten und von damit in Zusammenhang stehenden Ansprüchen im Fokus. Im Gegensatz zum Wohnraummieter ist der Gewerberaummieter in diesen Interessen vor allem im Falle der Insolvenz des

¹ Der Verfasser ist Geschäftsführender Vorstand und Vorsitzender des Landesverbandes Haus & Grund Niedersachsen e. V.

² Eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwölf Monate durch Formulklausel ist zumindest in der Wohnraummietsache wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters als Verwendungsgegner der Klausel unwirksam: BGH, Urteil vom 8.11.2017 - VIII ZR 13/17, NZM 2017, 841; die allgemein gehaltene Ableitung der Klauselächtung passt aber in gleicher Weise auch auf Gewerbemietverhältnisse.

³ Vgl. dazu insbesondere: Kraemer, Kautions- und Mietbürgschaft nach der Mietrechtsreform, NZM 2001, 737 ff; Derleder, Im Überblick: Die Sicherung des Vermieters durch Barkautions-, Bürgschafts-, Verpfändungs-, Sicherungsabtretungs- und Schuldübernahme, NZM 2006, 601 ff, und im Einzelnen: Moeser in: Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummietsache, 3. Aufl. 2012, Kapitel 12 Rn. 1 ff

Vermieters, der Zwangsversteigerung der Mieträume, sowie bei verletzter Schriftform des Mietvertrags nicht gesichert. Motiviert ist dieses Sicherungsinteresse des Mieters im Einzelnen vor allem durch

- den fehlenden Schutz des Mieters bei einer Vermietung vom Reißbrett, wenn Immobilieneigentümer und Vermieter nicht identisch sind⁴;
- die Veräußerung der Mieträume an einen Dritten durch den Vermieter vor ihrer Überlassung an den Mieter⁵, und/oder wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Pflichten nicht übernommen hat; denn dann gilt § 567 a BGB nicht. Das bedeutet dann, dass ein Mietvertrag zwischen dem Erwerber und dem Mieter nicht zustande kommt. Dem steht der Fall gleich, dass der Vermieter vor der Übergabe der vermieteten Räume die Immobilie derart belastet, dass durch die Ausübung des Rechts der ordnungsgemäße Gebrauch der Mietsache dem Mieter entzogen oder beschränkt wird;
- die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit wegen Schriftformmangels⁶ (§§ 550 Satz 2, 578 Abs. 2 S. 1 BGB);

⁴ § 566 BGB schützt den Mieter im Veräußerungsfall nicht, wenn die Mietsache dem Mieter noch nicht überlassen worden ist, wie es für den Fall der Vermietung vom Reißbrett typisch ist. Dann ist § 567 a BGB anzuwenden. Jetzt ist der Mieter in dem Umfang wie in § 566 BGB nur geschützt, wenn der Erwerber der Mieträumlichkeiten dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der Pflichten aus dem Mietverhältnis ausdrücklich übernommen hat. Ist dies nicht der Fall, so kommt ein Mietvertrag zwischen dem Erwerber und dem Mieter nicht zustande. Dem Mieter bleiben dann nur Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gegenüber dem Veräußerer, seinem ursprünglichen Vermieter (Oprea, in: Lindner-Figura/Oprea/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kapitel 21 Rn.11 f). Daraus folgt: Eine Grundbucheinsicht zur Feststellung der Identität von Eigentümer und Vermieter zum Ausschluss dieses Risikos ist zwingend notwendig. Ebenso müssen die notariellen Verträge zwischen Vermieter und Verkäufer sowie zwischen dem Erwerber die Eintrittspflicht des Erwerbers in den Mietvertrag regeln. Auch dies sollte der Mieter dokumentierter überprüfen!

⁵ Typischer Fall ist die Veräußerung der erstellten Immobilie durch den Investor vor Eröffnung eines gebauten Einkaufszentrums

⁶ Ein Verstoß gegen das Schriftformgebot für Mietverträge in §§ 550, 578 Abs.2 BGB führt nicht zur Nichtigkeit, löst aber das außerordentliche fristgebundene Kündigungsrecht nach §§ 550 Satz 2, 580a Abs. 2 i BGB aus.

Schriftformverletzungen können sich einmal aus der Verletzung des Grundsatzes der Urkundeneinheit (Hauptvertrag mit Anlagen und Ergänzungen) ergeben, wenn das insgesamt Konvolut nicht fest miteinander verbunden ist (BGH, Urteil vom 18.12.2002, NZM 2003, S. 281; BGH, Ur. v. 25.07.2007 – XII ZR 143/05, NZM 2007, S. 730; BGH, Urteil vom 29.9.1999 - XII ZR 313/98; NJW 2000, S. 354). Weiterhin kann ein Verstoß gegen die Schriftform auf dem Umstand beruhen, dass sich nicht alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere Mietgegenstand Miethöhe, Mietdauer und Mietparteien aus der Vertragsurkunde ergeben (BGH, Urteil vom 11.9.2002 - XII ZR 187/00, NZM 2002, 950 ff; BGH, Urteil vom 30.6.1999 – XII ZR 55/97, NZM 1999, 761; BGH, Ur. v. 25.07.2007 – XII ZR 143/05, NZM 2007, S. 730; BGH, Urteil vom 9. April 2008 XII ZR 89/06, MietPrax-AK § 550 BGB Nr. 24 = GE 2008, 805 = NZM 2008, 484 = NJW 2008, 2181 = ZMR 2008, 701 = GuT 2008, 287 Hoffmann, MietRB 2008, 231). Dem Wortlaut nach bestehende Unklarheiten oder Lücken können aber durch Auslegung geschlossen werden (BGH, Urteil vom 30.6.1999 – XII ZR 55/97, NZM 1999, 761), solange ihr Inhalt bestimmbar ist. Zur Bestimmbarkeit von Vertragsinhalten darf auch auf Umstände zurückgegriffen werden, die außerhalb der Urkunde liegen (BGH, Urteil vom 30.6.1999 – XII ZR 55/97, NZM 1999, 761; BGH, Urteile v. 02.11.2005, NJW 2006, S. 139 und 140). Das Auslegungsergebnis muss also nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Klausel selbst folgen. Die Auslegung selbst führt auch zu keiner zusätzlichen Vereinbarung und zu keiner Vertragsänderung, für die dann wiederum Schriftform notwendig wäre (BGH, Urteil vom 5.11.2004 - LwZR 2/04, NJ 2005, 173). Schließlich zur Unterschrift (§ 126 BGB): Schriftform ist nur gewahrt, wenn die Unterschrift die Vertragsurkunde räumlich abschließt (KG, Urteil vom 5.7.2007 - 8 U 182/06, NZM 2007, 731). Anlagen sind also im Zweifel immer gesondert selbst zu unterzeichnen (KG, aaO); dies erst recht, wenn es sich nicht lediglich um erläuternde Anlagen handelt und sie erst unterhalb der Unterschriften im Vertrag ausgewiesen sind.

- Veräußerung der Mieträume (§ 566 Abs. 1⁷ und 2⁸ BGB in Verbindung mit § 578 BGB);
- die (rechtliche) Möglichkeit zur Doppelvermietung⁹, und durch

Zur Sicherheit sollte deshalb auf die Anlage bereits an den jeweiligen Textstellen des Vertrags ausdrücklich Bezug genommen werden, umgekehrt auch innerhalb der Anlagen auf den Vertrag und seine wesentlichen Inhalte.

Abweichende Klauselgestaltungen helfen über das Gebot der Schriftform nicht hinweg, denn § 550 BGB ist unabdingbar (OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.5.2004 - 24 U 264/03, NZM 2005, 147) das soll allerdings bei Vereinbarung einer qualifizierten salvatorischen Klausel anders sein - dann soll nach der Auffassung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 11.5.2004 - 24 U 264/03, NZM 2005, 147; ebenso: KG, Urteil vom 13.11.2006 - 8 U 51/06, NJW-RR 2007, 805 = NZM 2007, 402; OLG Naumburg, Urteil vom 26.7.2012 - 9 U 38/12, NJW 2012, 3587 = NZM 2012, 808 ff; OLG Köln, Urteil vom 23.9.2005 - 1 U 43/04, OLGR Köln 2005, 697; OLG Hamm, Urteil vom 26.4.2013 - I-30 U 82/12, NZM 2013, 760) die erfolgreiche Berufung auf eine verletzte Schriftform ausgeschlossen werden können; der BGH hat inzwischen dieser Auffassung eine Absage erteilt und die Unabdingbarkeit von § 550 BGB auch durch eine qualifizierte Schriftformheilungsklausel hervorgehoben: BGH, Urteil vom 22.1.2014 - XII ZR 68/10, NZM 2014, 239 = NJW 2014, 1087.

⁷ Für den Mieter zeigen sich im Zusammenhang mit der Veräußerung des Grundstücks besondere Sicherungsinteressen in folgenden Fällen:

- gesetzlicher Übergang des Mietverhältnisses - der gesetzliche Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis und in die Verpflichtungen aus vereinbarten und begebenen Sicherheiten setzt voraus, dass Vermieter und Eigentümer identisch sind (BGH, Urteil vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00, NZM 2002, 950, 952 Schultz, Gewerbemiete, S. 151; siehe auch: Grooterhorst / Burbulla, Zur Anwendbarkeit von § 566 BGB bei Vermietung durch Nichteigentümer, NZM 2006, 246 ff). Tritt aber der neue Eigentümer mangels Anwendbarkeit von § 566 Abs. 1 BGB nicht ein, dann kommt es zu einem neuen Vertrag zwischen dem Erwerber und dem Mieter konkludent durch weitere Nutzung des Objekts und durch (mehrfache) Zahlung der Miete. Dies wiederum führt zu Schriftformproblemen, die zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führen und auch Wertsicherungsklauseln infizieren (dazu: BGH, Urteil vom 2.6.2010 – XII ZR 110/08, NZM 2010, 704 f; BGH, Urteil vom 23.1.2013 – XII ZR 35/11, NZM 2013, 271; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.10.2012 – 3 U 75/11, GE 2013, 54 ff)
- rechtsgeschäftliche Übertragung des Mietvertrags - wegen der Notwendigkeit einer Identität zwischen Vermieter und Eigentümer bei Anwendung von § 566 BGB sollte der Mieter einer Übertragung der Vermieterstellung ohne Veräußerung des Grundbesitzes nicht zustimmen, auch wenn der BGH eine entsprechende Klausel auch formularmäßig zulässt (BGH, Urteil vom 9.6.2010 – XII ZR 171/08, ZMR 2011, 19 ff): so Schultz, Gewerbemiete, S. 151; dazu im Einzelnen: Moeser, in: Lindner-Figura / Opree / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 216 ff; außerdem ist dann das Schicksal der Barkaution unklar, denn § 566 a BGB gilt bei rechtsgeschäftlichen Übertragungen des Mietvertrags nicht; vergleiche den Meinungsstand zur Lösung in diesem Fall bei: Moeser, in: Lindner-Figura / Opree / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 224 ff

⁸ § 566 Abs. 2 BGB: „Erfüllt der Erwerber die Pflichten nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter von dem Übergang des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis zum ersten Termin kündigt, zu dem die Kündigung zulässig ist.“ Die Haftung des Vermieters als Bürge setzt also voraus, dass der Mieter das Mietverhältnis zum ersten zulässigen Termin kündigt. Vertraglich wird diese Haftungsfreistellung durch ausdrückliche Abbedingung von § 566 Abs. 2 BGB erweitert: der Vermieter haftet also auch dann nicht als Bürge, wenn ein Erwerber seine Verpflichtungen gegenüber dem Mieter nicht erfüllt (dazu Leo: Die bürgengleiche Schadenshaftung des Vermieters im Veräußerungsfall - eine vergessene Haftungsfalle im Gewerberaummietrecht, NZM 2006, 244 f).

⁹ Denn beide Mietverträge sind wirksam. Es stellt sich das Problem des Schadenersatzes sowie die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Überlassung der Mieträume an den jeweils Anderen durch einstweilige Verfügung begegnet werden kann. Die in der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung billigt den Vermieter bei der Doppelvermietung trotz seines Vertragsbruchs insgesamt Vertragsfreiheit zu (KG, Beschluss vom 25.1.2007 - 8 W 7/07, DWW 2007, 201 = NZM 2007, 518 = ZMR 2007, 614; OLG Hamm, Urteil vom 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521; OLG Frankfurt, MDR 1997, 137; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; OLG Brandenburg, MDR 1998, 98; OLG Brandenburg, Urteil vom 25.2.2009 - 3 U 54/08; OLG Celle, ZMR 2009, 113 ff; OLG Koblenz, ZMR 2008, 50 ff) - Konsequenz: Einstweilige Verfügung nicht möglich; die wohl herrschende Ansicht in der

- weitere Sonderkündigungsrechte
 - in der Zwangsversteigerung (§ 57 a ZVG),
 - in der Insolvenz (§ 172 ZVG, § 111 InsO),
 - nach Erlöschen eines Nießbrauchs (§ 1056 Abs. 2 BGB)
 - des Nacherben (§§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB).

Unterschieden nach den Vertragsparteien geht es im Einzelnen um die Sicherung folgender Ansprüche und Rechte:

I. Ansprüche und Rechte des Mieters

Infrage kommen

- Nutzungsüberlassung und Nutzung während der Vertragszeit
- Vertragsgemäßer Zustand
- Instandhaltung und Instandsetzung
- Mietminderung
- Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte
 - bei Mängeln
 - bei rechtswidriger Kautionsanlage
 - an Betriebskostenvorauszahlungen bei unterlassener Abrechnung
- Schadensersatzansprüche bei vorhandenen Mängeln oder wegen vertraglicher Pflichtverletzung des Vermieters
- Kautionsrückzahlungsanspruch bei Vertragsende

II. Ansprüche des Vermieters

Insbesondere geht es um

- Mietforderungen
- Betriebs- und Heizungskosten
- Durchführung von Schönheitsreparaturen
- Ausführung sonstiger Vertragspflichten
- Reinigung und Winterdienst
- Beachtung von Nutzungsvorgaben und Beschränkungen
- Beachtung behördlicher Auflagen
- Betriebspflicht des Mieters
- Beitritt zu Werbegemeinschaften
- Centermanagement
- Nachforderungen aus beendeten Mietverträgen

C. Sicherungsmittel

I. Sicherungsmittel des Mieters

Literatur stellt auf den Umstand des Vertragsbruchs ab und gelangt deshalb im Ergebnis dazu, den Vermieter als nicht schützenswert anzusehen; auf die Vertragsfreiheit könne er sich nicht berufen, weil er sich ja selbst durch den Erstvertrag gebunden habe (Fischer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl. 2014, Teil IX Rn. 281, S. 2019; Derleder/Pellegrino, NZM 1998, 550, 557 linke Spalte) - einstweilige Verfügung möglich.

1. Mieterdienstbarkeit / Grunddienstbarkeit

Will der Gewerbemieter erheblich investieren oder geht es um lange Vertragslaufzeiten, so liegt die Absicherung des Nutzungsrechts innerhalb der in Aussicht genommenen bzw. der vereinbarten Vertragslaufzeit in seinem besonderen Interesse. Dem kann durch die Vereinbarung einer sogenannten Mieterdienstbarkeit¹⁰ als Form der Grunddienstbarkeit Rechnung getragen werden. Damit soll ein Nutzungsrecht des Mieters trotz einer von ihm nicht zu vertretenden Beendigung des Mietverhältnisses erreicht werden. Dabei soll die Dienstbarkeit auch dann Bestand haben, wenn ein Erwerber in der Zwangsversteigerung von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57 a ZVG Gebrauch macht¹¹. Das kann gesetzlich zunächst nur mit einer erstrangigen Sicherung der Mieterdienstbarkeit erreicht werden. Denn dann fällt sie in das geringste Gebot und „bleibt stehen“¹² (§ 52 Abs. 1 S. 1 ZVG)¹³. Dies sehen natürlich Kreditinstitute des Vermieters mit nachrangigen Grundpfandrechten nicht gerne. Denn die Werthaltigkeit von Grundpfandrechten auf dem belasteten Grundstück kann dadurch nachhaltig beeinträchtigt werden.¹⁴ Andererseits haben aber auch Kreditinstitute durchaus ein veritables Interesse an der Eintragung solcher Mieterdienstbarkeiten, weil so mit den dann generierten Mieteinnahmen des Vermieters gewährte Darlehen getilgt werden können. Deshalb wurde vom Verband deutscher Pfandbriefbanken ein Formulierungsvorschlag entwickelt, der beiden Seiten Rechnung trägt (Liegenbelassungserklärung)¹⁵.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Mieterdienstbarkeit als ein dingliches Recht mit belastender Wirkung für das Grundstück notariell beurkundungspflichtig ist (§ 311 b BGB, § 29 GBO). Ob diese notarielle Beurkundungspflicht den gesamten Mietvertrag erfasst, richtet sich zunächst danach, ob die Sicherungsabrede Teil des Mietvertrags ist oder isoliert betrachtet werden kann¹⁶.

Im Zweifel ist der gesamte Mietvertrag notariell zu beurkunden. Denn wenn ein notariell beurkundungspflichtiger Vertrag von einem anderen nicht beurkundungsbedürftigen Vertrag wie zu Beispiel einem

¹⁰ Stapenhorst/Voß, Mieterdienstbarkeit als dingliche Absicherung gewerblicher Mietverträge, NZM 2003, 873 ff; Flege / Röterling, die Mieterdienstbarkeit und ihre Auswirkung auf die Finanzierung von Immobilien im Lichte des Schreibens des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken, KSZW 2012, 412

¹¹ BayObLG, Beschluss vom 23.11.1998 – BReg 2 Z 55/89, NJW-RR 1990, 208; Stapenhorst/Voß, Mieterdienstbarkeit als dingliche Absicherung gewerblicher Mietverträge, NZM 2003, 873 ff mwN.; ausdrücklich: Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S.151

¹² Ausdrücklich Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S.151

¹³ Vgl. das Ergebnispaper des Verbandes Deutscher Pfandbriefbanken vom 30.7.2009 als Vereinbarungsgrundlage zwischen Vermieter, Mieter und Grundpfandgläubiger, das zur Erhöhung der Akzeptanz solcher Mieterdienstbarkeiten bei Banken und Sparkassen entwickelt worden ist; dazu näher: Opre, in: Lindner-Figura / Opre / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 13 am Ende

¹⁴ Hinweisend: Opre, in: Lindner-Figura / Opre / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn.34

¹⁵ Opre, in: Lindner-Figura / Opre / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 45 und 67 ff

¹⁶ Str.: Vgl. zum Meinungsstand Wortberg, Die Mieterdienstbarkeit - Interessenausgleich zwischen Mieter, Vermieter und finanzierende Bank, ZfIR 2011, 591 ff

Mietvertrag abhängt, ist auch der nicht beurkundungsbedürftige Vertrag zu beurkunden¹⁷.

Auch auf die Einhaltung der Schriftformgebote in §§ 550, 578 Abs. 2 BGB ist unbedingt zu achten, was die Sicherungsabrede und die Grunddienstbarkeit angeht¹⁸.

Das Konstrukt insgesamt besteht aus drei Teilen: Dem Mietvertrag als schuldrechtlichem Rechtsgeschäft, der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit als dinglichem Rechtsgeschäft und der (schuldrechtlichen) Sicherungsabrede, die Mietvertrag und Dienstbarkeit verknüpft¹⁹.

Bei der Abfassung der Sicherungsabrede muss darauf geachtet werden, dass sie auch Konfliktlösungsmodelle für den Fall der Zwangsversteigerung der Immobilie beinhaltet. Hintergrund dabei ist, dass der Erwerber nach der Zwangsversteigerung das Mietverhältnis kündigen kann (§ 57a ZVG) und dadurch der Rechtsgrund für die Mietzahlung wegfällt. Die Dienstbarkeit bleibt aber bestehen und kann weiter in Anspruch genommen werden. Dafür ist ein sogenanntes „Ausübungsentgelt“ zu vereinbaren, dessen Höhe der Miete in etwa entsprechen sollte²⁰.

Gerät der Vermieter in die Insolvenz, ohne dass es zur Zwangsversteigerung des Mietobjekts kommt, gewinnt der Erwerber ebenfalls ein Sonderkündigungsrecht, wenn der Insolvenzverwalter das Objekt veräußert (§ 111 InsO). Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam (§ 119 InsO). Auch für diesen Fall wird vertreten, dass die dinglichen Absicherungen im Grundbuch vorgehen²¹.

Für den Vermieter ist dies mit intensiven – dinglichen – Bindungen an einen Vertragspartner, aber auch mit finanziellen Nachteilen verknüpft. Denn die Dienstbarkeit stellt sich als Belastung des Grundstücks dar und mindert deshalb seinen Beleihungs- und seinen Verkehrswert.²²

Wird der Mieter insolvent, kann die Dienstbarkeit ohne Verstoß gegen die insolvenzrechtliche Kündigungssperre in § 112 InsO erlöschen, zumindest dann, wenn sie unter der auflösenden Bedingung der eintretenden Insolvenz vereinbart worden ist und der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist²³.

2. Vorkaufsrecht

¹⁷ BGH, Urteil vom 13.6.2002 – VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559

¹⁸ Wortberg, Die Mieterdienstbarkeit - Interessenausgleich zwischen Mieter, Vermieter und finanzierende Bank, ZfIR 2011, 591 ff

¹⁹ Hinweisend: Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S.151

²⁰ Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S. 151

²¹ Stapenhorst/Voß, aaO); Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S. 151; vgl. zur Funktion der Mieterdienstbarkeit zum Ausschluss von §§ 111 InsO und § 57a ZVG auch: FG Saarland, Urteil vom 14.10.2015 – 2 K 1271/13, zit. nach juris, Rn. 22 – 24 der Entscheidungsgründe

²² Vgl. im Einzelnen: Flege / Röterling, Die Mieterdienstbarkeit und ihre Auswirkung auf die Finanzierung von Immobilien im Lichte des Schreibens des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken, KSZW 2012, 412

²³ Vergleiche dazu: BGH, Beschluss vom 7.4.2011 – V ZB 11/10, NZM 2012, 392

Auch das Vorkaufsrecht muss notariell beurkundet werden. Das gilt ebenso für den gesamten Gewerbemietvertrag, der ein Vorkaufsrecht zugunsten des Mieters beinhaltet²⁴. Wie schon zuvor ausgeführt gilt dies erst recht, wenn ein notariell beurkundungspflichtiger Vertrag von einem anderen nicht beurkundungsbedürftigen Vertrag wie zu Beispiel einem Mietvertrag abhängt. In diesem Fall ist auch der nicht beurkundungsbedürftige Vertrag mit zu beurkunden²⁵.

Wird die Pflicht zur notariellen Beurkundung (§ 311 b Abs. 1 BGB) nicht beachtet, so ist der Vertrag nichtig. In dieser Wirkung liegt bekanntlich der Unterschied zur Schriftform von Mietverträgen in § 550 BGB, deren Verletzung den Vertrag nicht nichtig, wohl aber außerordentlich kündbar macht (§ 550 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 578, 580a Abs. 2 BGB). Deshalb geht die Rechtsprechung von der insgesamten Nichtigkeit des Mietvertrages aus, wenn das beurkundungsbedürftige Vorkaufsrecht für den Mieter eine wesentliche Bedingung zum Vertragsabschluss darstellt²⁶. Haben aber die Vertragsparteien eine salvatorische Erhaltungsklausel vereinbart und wäre der Mietvertrag auch ohne die (nichtige) Vorkaufsrechtsabrede vereinbart worden, so sollte nach einer früheren Auffassung des BGH zwar bei nicht beachteter notarieller Beurkundung das Vorkaufsrecht, nicht aber der gesamte Mietvertrag nichtig sein (§§ 125 S. 1, 139 BGB)²⁷. Mit seiner geänderten Rechtsprechung zur – jetzt als unzulässig gewerteten – salvatorischen Erhaltungsklausel (qualifizierte Schriftformheilungsklausel) hat der VII. Senat des BGH diese Auffassung allerdings stark relativiert²⁸.

Um Unwägbarkeiten vorzubeugen, sollte der gesamte Mietvertrag beurkundet werden²⁹. Mieter, denen an einem Vorkaufsrecht als Sicherungsmittel gelegen ist, müssen deshalb auf eine notarielle Beurkundung des gesamten Gewerbemietvertrags hinwirken und das Vorkaufsrecht dann so schnell wie möglich im Grundbuch eintragen lassen, um eine möglichst günstige Rangstelle für dieses Recht im Grundbuch zu erhalten. Lässt sich dies so umsetzen, kann das Vorkaufsrecht Sicherungsfunktion entfalten. Aus Sicht des Mieters sollte deshalb von der Vereinbarung eines nur schuldrechtlichen Vorkaufsrechts abgesehen werden, was allerdings ebenso wie eine dinglich wirkende Vorkaufsabrede möglich wäre.

3. Kaufoption oder „Ankaufabrede“

Während der Gewerbemieter das Vorkaufsrecht nur im Falle eines beabsichtigten Verkaufs an einen fremden Dritten ausüben und sozusagen in den Veräußerungsvertrag „hinein flanken“ kann, gibt ihm

²⁴ BGH, Urteil vom 10.10.1986 - V ZR 247/85, NJW 1987, 1069

²⁵ BGH, Urteil vom 13.6.2002 – VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559

²⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.7.1999 – 24 U 191/98, NZM 2001, 622

²⁷ BGH, Urteil vom 21.11.2007 - XII ZR 149/05, MietRB 2008, 102 = InfoM 2008, 170 und 171

²⁸ BGH, Urteil vom 31.8.2017 – VII ZR 308/16, NJW 2017, 3145 Rn. 24 der Entscheidungsgründe nach juris;

BGH, Urteil vom 3.12.2015 – VII ZR 100/15 NJW 2016, 401 - Rn. 26 der Entscheidungsgründe nach juris,

²⁹ vgl.: Beschluss vom 26.8.1986 - BReg 3 Z 229/85, BayObLGZ 1986, 342 ff, - die gesamte Beurkundung von Pachtvertrag und Vorkaufsrecht stellt danach zumindest keine unrichtige Sachbehandlung dar; vertiefend dazu: Schäfer/Steinkampf, NZM 2005, 48 ff

eine Kaufoption eine von ihm selbstständig ausführbare Entscheidungsgrundlage. Er ist also nicht auf Veräußerungsinitiativen Dritter angewiesen, sondern hat „das Heft selbst in der Hand“.

Die Kaufoption soll zugunsten des Mieters größere Investitionen absichern, die er in die gemieteten Räumlichkeiten einbringt. Deshalb kann sie mit der Abrede verbunden sein, bisher gezahlte Mieten auf den Kaufpreis anzurechnen. Auch hier bedarf der gesamte Gewerbemietvertrag, der häufig mit dem Entwurf eines (später abzuschließenden) Kaufvertrags verbunden wird, der notariellen Beurkundung³⁰. Zur Absicherung der Kaufoption dient eine Vormerkung im Grundbuch.

4. Vormietrecht

Wie das Vorkaufsrecht im Veräußerungsfall ermöglicht es das Vormietrecht³¹ im Fall der Neuvermietung dem Mieter, in das gewünschte Mietverhältnis „hinein zu flanken“ und statt des neu in Aussicht genommenen Vertragspartners mit dem Vermieter den Vertrag (erneut) abzuschließen. Von der Option, die einen bestehenden Vertrag auf einseitige Initiative des Berechtigten hin verlängert, unterscheidet sich das Vormietrecht also dadurch, dass es durch seine Ausübung zum Abschluss eines neuen Vertrags kommt. Es wirkt also nur schuldrechtlich, nicht dinglich und unterscheidet sich auch dadurch von der dinglichen Form Vorkaufsrechts.

An eine besondere Form ist es deshalb im Gegensatz zum Vorkaufsrecht ebenfalls nicht gebunden. Selbstverständlich gilt aber das Schriftformgebot in § 550 BGB, wenn das Vormietrecht Bestandteil des Mietvertrags wird.³²

Das Vormietrecht, im Gesetz nicht geregelt³³, geht in aller Regel von einer nur einmaligen Ausübungsbefugnis des Vormietberechtigten aus. Denn anderenfalls wäre der Vermieter im Falle eines weitergehenden oder sogar zeitlich unbeschränkten Vormietrechts stets an den bisherigen vormietberechtigten Mieter gebunden. An einer so intensiven Bindung wird der Vermieter regelmäßig aber kein Interesse haben, weil seine Vertragsfreiheit damit grundsätzlich über die Maßen eingeschränkt und er (zeitlich unbeschränkt) an denselben Vertragspartner „gekettet“ wäre. Deshalb ist die formularmäßige Vereinbarung eines unlimitierten Vormietrechts für den Vermieter

³⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 28.7.2014 - 5 U 40/14, NZM 2015, 740

³¹ Davon zu unterscheiden ist das Anmietrecht, das üblicherweise bezweckt, weitere (angrenzende) Räumlichkeiten / Flächen zu bereits gemieteten Räumen / Flächen hinzu zu mieten („Ausbaureserve“). Für die Sicherung einer Nutzung der ursprünglichen Mietsache durch den Mieter ist es also ohne Bedeutung.

³² Stellmann, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kapitel 3, Rn. 57 am Ende, S. 119

³³ Für das Vormietrecht gelten die gesetzlichen Regelungen über das Vorkaufsrecht (§ § 463 ff BGB) entsprechend (Göbl, in: Hannemann / Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 45 Rn. 16, S. 1302; Stellmann, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kapitel 3 Rn. 44, S. 116 nW)

unangemessen benachteiligend und deshalb unwirksam³⁴. Aspekte des Überraschungseffekts für den Vermieter als Vertragspartner eines marktmächtigen Mieters und Verwenders der Klausel (§ 305c Abs. 1 BGB) und die in der Praxis häufig anzutreffende beachtliche Länge des Textes von Vormietbedingungen³⁵ kommen hinzu, was unter Transparenzgesichtspunkten im Rahmen einer aufgegebenen AGB-Inhaltskontrolle von Bedeutung sein kann.

Sollen üblicherweise auf eine einmalige Ausübungsbefugnis des Mieters zugeschnittene Klauseln vereinbart werden und wird dabei den Interessen des Vermieters hinreichend Rechnung getragen, so ist dies auch formularmäßig ohne weiteres möglich³⁶. Dagegen können weitergehende Vormietrechte nur durch Individualabrede zulässig und bestandsfest in den Gewerbemietvertrag inkorporiert werden. Die Beweislast für die dann zwingend einzelvertragliche Aushandlung obliegt dem Verwender der Klausel, in der Regel also dem (marktmächtigen Groß)mieter.

5. Dauernutzungsrecht statt Gewerberaummietvertrag als Alternative?

Alternativ zum Gewerberaummietvertrag kann sich aus Sicht des Mieters die Einräumung eines Dauernutzungsrechts anbieten, um seinem Sicherungsinteresse an einer möglichst ungestörten Nutzung während des in Aussicht genommenen Zeitraums zu genügen. Rechtsgrundlage hierfür ist § 31 Abs. 2 WEG. Hier gibt es keine mietrechtlichen Abhängigkeiten oder Voreingriffe. Vielmehr ist das Dauernutzungsrecht im Verhältnis zum Mietrecht ein *aliud*³⁷, für das Regeln und Beschränkungen des Mietrechts nicht einschlägig sind. Deshalb kann das Dauernutzungsrecht auch über einen längeren Zeitraum als 30 Jahre, unbefristet, befristet und sogar bis auf Lebenszeit vereinbart werden, ist veräußerlich und vererblich und beinhaltet die Befugnis des Berechtigten, weiter zu vermieten oder zu verpachten. Möglich sind einmalige und laufende Zahlungen als Gegenleistung für die Einräumung des Rechts. Auch die Übernahme von Betriebskosten sind üblich. Üblicherweise wird die Grundsteuer über die Betriebskostenabrechnung auf den Berechtigten abgewälzt³⁸. Das Recht ist nicht kündbar, doch kann eine freie Rücknahme oder ein „Heimfall“ vereinbart werden, wenn der Eigentümer daran ein vorrangiges berechtigtes Interesse hat.

Ob der Eigentümer des mit einem Dauernutzungsrecht zu belastenden Grundstücks geneigt sein wird, dieses Recht einzuräumen, bleibt allerdings dahingestellt und dem Einzelfall vorbehalten. Denn der Dauernutzungsberechtigte darf unter Ausschluss des Eigentümers nicht

³⁴ LG Karlsruhe, Urteil vom 7.5.2013 - 11 O 53/11, NZM 2013, 861 = NJW-RR 2013, 1479 = IMR 2014, 113; im Einzelnen dazu auch: Leo / Kappus, Vormietrecht Kraft Gewerberaummieta-AGB?, NZM 2013, 665 ff

³⁵ Hinweisend: Leo / Kappus, aaO, S. 668; vgl. z. B. von Seldeneck/Wichert/Fallak, Gewerbemiete - 199 Bausteine, die man kennen muss, 2013, Baustein Nummer 52, S. 226 - 17-zeilige Klausel

³⁶ LG Karlsruhe, aaO; Leo / Kappus, aaO, S. 668

³⁷ Oprea, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 19

³⁸ Hinweisend: Schultz, S. 2

zu Wohnzwecken dienende bestimmte Räume in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude nutzen (§ 31 Abs. 2 WEG). De facto wird der Grundstückseigentümer damit also verdrängt, insbesondere von jeder eigenen Nutzung ausgeschlossen. Deshalb bietet sich ein solches Recht dann an, wenn der Standort für den Nutzer von so elementarer Bedeutung ist, dass er ihn auch nicht im Falle der Insolvenz des Grundstückseigentümers oder im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks verlieren will. Dieser Zwangsversteigerungsschutz muss aber extra vereinbart werden (§ 39 Abs. 1 WEG i. V. m. § 31 Abs. 3 WEG, § 44 ZVG). Andernfalls erlischt das Recht, wenn der Gläubiger eines vorrangigen Grundpfandrechts die Zwangsversteigerung in das Grundstück betreibt. Eine anderweitige Vereinbarung setzt die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger voraus (§ 39 Abs. 2 i. V. m. § 31 Abs. 3 WEG). Dies wird in der Praxis nicht oder nur schwer zu erreichen sein. Deshalb kann ein solches Dauernutzungsrecht unabhängig von der notwendigen Zustimmung etwaiger Grundpfandrechtsgläubiger nur bei unbelastetem Grundstück zwangsversteigerungsfest vereinbart werden³⁹. Das Dauernutzungsrecht bietet nur auf der Grundlage einer wirksamen Gestaltungsvereinbarung Zwangsversteigerungsschutz (§ 39 WEG) und unterliegt nicht der Grunderwerbsteuer.

Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung⁴⁰ im Sinne des WEG muss bei Begründung des Dauernutzungsrechts vorliegen, eine Aufteilung ist aber nicht erforderlich (§ 32 Abs. 1 WEG). Ausreichend ist, wenn das Objekt insgesamt in mindestens zwei Teile geteilt wird. Hat der Dauernutzungsberechtigte die Räumlichkeiten seinerseits vermietet oder verpachtet, so erlöschen die Miet- und Pachtverhältnisse, wenn das Dauernutzungsrecht erlischt (§ 37 Absatz 1 i. V. m. § 31 Abs. 3 WEG)⁴¹.

Bis es zur Einräumung eines Dauernutzungsrechts kommt, kann ein auflösend bedingter Mietvertrag vorgeschaltet werden⁴². Die Motivation der auflösenden Bedingung sollte im Vertrag ebenfalls fixiert sein.

Die Vorteile des Dauernutzungsrechts auf einen Blick:

- Ein Schriftformproblem kann es nicht geben, damit auch kein Kündigungsszenario aus diesem Grund.
- Alle anderen hier genannten Kündigungsgründe binden an ein bestehendes Mietverhältnis an und greifen ebenfalls nicht⁴³.
- Das Recht kann insolvenzfest ausgestaltet sein.
- Die vereinbarte Nutzungsentschädigung kann analog des gewerbemietrechtlichen Instrumentariums wertgesichert werden⁴⁴.

³⁹ Hinweisend: Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S. 2, 151

⁴⁰ Oprea, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 18

⁴¹ Hinweisend: Schultz, S. 3

⁴² Oprea, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 19

⁴³ Oprea, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 28

⁴⁴ Oprea, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 24

- Das Ende des Dauernutzungsrechts und damit der „Heimfall“ können im Einzelnen ausgestaltet vereinbart werden⁴⁵.
- Sonstige Vereinbarungen zur Instandhaltung und Instandsetzung, baulichen Veränderungen, die Pflicht zur Tragung von öffentlichen oder privat-rechtlichen Lasten (Betriebs- und Nebenkosten), die Versicherung des Gebäudes oder das Recht des Eigentümers zum Verlangen einer Sicherheitsleistung können wie bei einem gewerblichen Mietvertrag getroffen werden.⁴⁶

II. Sicherungsmittel des Vermieters

1. Abkopplungsklausel

Abkopplungsklauseln beschreiben Vertragsgestaltungen, mit denen Gegenrechte und Gegenansprüche des Mieters vom Zahlungsanspruch des Vermieters im Hinblick auf Mietforderungen abgekoppelt werden. Sie erfassen insbesondere Minderungsrechte, Sachmängelgewährleistungsansprüche, Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechte, Aufrechnungsmöglichkeiten sowie Schadensersatzansprüche des Mieters. All diese Gegenrechte und -Ansprüche werden dem Mieter zunächst genommen; er muss also voll zahlen und wird mit Rückforderungsansprüchen auf einen eigenen Prozess verwiesen⁴⁷. Er wird in die Klägerrolle gedrängt. Selbstverständlich unterliegen derartige Klauseln AGB-rechtlichen Beschränkungen, die hier nicht im Einzelnen vertieft werden sollen und deshalb nur kurz wie folgt zu skizzieren sind:

Die Rechtsprechung ächtet Klauseln als unwirksam, die die Möglichkeit der Rückforderung des zu viel Geleisteten ausschließen und ebenso Klauseln, die unstreitige, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Gegenforderungen nicht vom Geltungsbereich der Klausel ausnehmen. Sie müssen also weiter geltend gemacht und dem Zahlungsanspruch des Vermieters entgegengestellt werden dürfen. Ebenso müssen sachmangelbedingte Schadensersatzansprüche des Mieters im Lichte von § 309 Nr. 7 BGB vom Anwendungsbereich der Klausel zur Beschränkung der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts (Abkopplungsklausel) ausgeklammert werden⁴⁸. Eine geltungserhaltende Reduktion zu weit gefasster Klauseln kommt nicht in Frage.

Mit diesen Vorgaben ist abweichend zum Wohnraummietverhältnis bei Gewerbemietverhältnissen der Ausschluss von Minderung, Aufrechnung und der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, soweit es sich nicht um rechtskräftig festgestellte oder unstreitige Geldforderungen handelt, sowie der Ausschluss der

⁴⁵ Opreë, in: Lindner-Figura / Opreë / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 25

⁴⁶ Opreë, in: Lindner-Figura / Opreë / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 21 Rn. 27

⁴⁷ Eingehend dazu: Horst, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht - Die Vorauszahlung des Gewerbemieteters unabhängig von Gegenrechten, (Diss.) Bremen 2005

⁴⁸ Vgl. dazu eingehend: Horst, Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht, 2006, S. 104

verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliche Sachmängel zulässig⁴⁹.

2. Patronatserklärung

Unter einer Patronatserklärung⁵⁰ versteht man eine Regelung, die Konzernhierarchien auf Seiten des Gewerbemieters betrifft und gegenüber dem Vermieter als Erklärung abgegeben werden: Hier verpflichtet sich die Muttergesellschaft, die Firmentochter als unmittelbare Gewerbemieterin während der Laufzeit des Mietverhältnisses finanziell so auszustatten, dass sie jederzeit in der Lage ist, allen ihren Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis nachzukommen (harte Patronatserklärung)⁵¹.

Solche Erklärungen sind insbesondere bei Vertragsbeziehungen mit angelsächsischen Partnern üblich, weil sie aus diesem Rechtskreis stammen⁵². Deshalb werden sie häufig in Mietverträgen mit der Tochter eines ausländischen Konzerns in Deutschland anzutreffen sein, die ihre Geschäftstätigkeit hier eröffnet und noch nicht am Markt eingeführt worden ist⁵³.

Die - ausländische - Muttergesellschaft verpflichtet sich also, die Firmentochter finanziell so auszustatten, dass sie ihre Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis erfüllen kann. Die Vereinbarung kann dann lauten:

„Der Patron verpflichtet sich uneingeschränkt und unwiderruflich, dafür Sorge zu tragen, dass das Tochterunternehmen... in der Weise geleitet und finanziell derart ausgestattet wird, dass es jederzeit in der Lage ist,

⁴⁹ BGH, Urteil vom 6.4.2016 - XII ZR 29/15, NZM 2016, 585 = MDR 2016, 876 IMR 2016, 282 = ZMR 2016, 609 = MietRB 2016, 159; BGH, Urteil vom 12.3.2008 - XII ZR 147/05, NJW 2008, 2254 = NZM 2008, 522 = MDR 2008, 909 = Info M 2008, 226 und 228 = MiitRB 2008,232 und 233; BGH, Urteil vom 27.6.2007 - XII ZR 54/05, NZM 2007, 684 = NJW 2007, 3421; BGH, 27.1.1993 - XII ZR 141/91, DWW 1993, S. 170 = NJW-RR 1993, S. 519 = ZMR 1993, S. 320; ebenso: KG, Beschluss vom 13.7.2015 - 8 W 45/15, MDR 2016, 264 = MietRB 2016, 71 = IMR 2016, 15; KG, Urteil vom 11.9.2014 - 8 U 77/13, ZMR 2015, 221; KG, Urteil vom 17.9.2012 - 8 U 87/11, zitiert nach juris Datenbank; OLG Hamm, Urteil vom 9.12.2016 - 30 U 14/16, NZM 2017, 124 = ZMR 2017, 309; OLG Nürnberg, Urteil vom 20.8.2014 - 12 U 2119/13;; OLG Köln, Urteil vom 25.10.2013 - 1 U 19/13, IMR 2014, 65; OLG Köln, Beschluss vom 13.8.2012 - I-1 U 49/12, zitiert nach juris Datenbank; OLG Köln, Beschluss vom 9.7.2012 - I-1 U 49/12, ZMR 2012, 946; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.7.2015 - 10 U 114/12, IMR 2015, 408; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2014- I-10 U 159/13, MietRB 2015, 137; BGH, Urteil vom 23.4.2008 – XII ZR 62/06, NJW 2008, 2497 = NZM 2008, 609 = ZMR 2008, 776 = MDR 2008, 1089 = Info M2 1008, 275; anderer Ansicht: LG Berlin, 22.3.1996 - 64 O 20/85, Grundeigentum Berlin 1996, S. 679

⁵⁰ Dazu im Einzelnen: Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 21 und 28 ff, 164 ff

⁵¹ Freytag, Die Patronatserklärung im Mietrecht - eine Alternative zur Bürgschaft?, IMR 2016, 94; Bomhard/Haase, Gestaltungen von Patronatserklärungen als Sicherungsmittel in Gewerberaummietverhältnissen, BB 2010, 2651 ff

⁵² Freytag, IMR 2016, 94, 94

⁵³ Hinweisend: Schultz, Seite 150

*alle seine Verbindlichkeiten aus und im Zusammenhang mit den eingegangenen Verträgen fristgemäß zu erfüllen.*⁵⁴

Bei einer solchen „harten“ Patronatserklärung gewinnt der Vermieter gegen den Patron entsprechend einklagbare Ansprüche, nachdem er die Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen hat. Dieser Nachweis dürfte analog der insolvenzrechtlichen Anforderungen zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO)⁵⁵ zu führen sein. Dogmatisch handelt es sich um einen formfreien Vertrag zugunsten Dritter mit einseitig verpflichtendem Charakter. Zur „harten“ Patronatserklärung im Einzelnen:

Kommt es bei einer vereinbarten harten Patronatserklärung zu Zahlungsausfällen beim Mieter, so ist der Patron nicht verpflichtet, statt des Mieters die Mietforderung gegenüber dem Vermieter zu erfüllen. Entsprechend dem Erklärungswortlaut ist er eben nur verpflichtet, das Tochterunternehmen so auszustatten, dass es seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen kann. Geschieht dies nicht, haftet der Patron gegenüber dem Vermieter auf Schadensersatz⁵⁶. Daneben haftet das Tochterunternehmen als Mieterin gesamtschuldnerisch. Da der Vermieter gegenüber dem Patron die Mietforderung selbst nicht durchsetzen kann, geht seine Mietforderung auch nicht auf den Patron über, wenn er seine Verpflichtung aus der Patronatserklärung erfüllt. Dies unterscheidet die Patronatserklärung von der Bürgschaft (vgl. § 774 BGB)⁵⁷.

Auch wenn bislang von einer konzernhierarchischen Verbundenheit ausgegangen wurde, so ist sie doch nicht Voraussetzung für die Abgabe einer Patronatserklärung. Das bedeutet: Eine solche Erklärung kann nicht nur vom Mutterunternehmen für das Tochterunternehmen abgegeben werden, sondern ist auch zwischen beliebigen anderen Rechtssubjekten möglich und zulässig⁵⁸.

Im Vergleich zu den hier betrachteten weiteren Sicherungsmitteln zeigen sich Vor- und Nachteile der Patronatserklärung wie folgt⁵⁹:

Vorteile	Nachteile
Der Mieter schont seine Liquidität im Gegensatz zur Barkaution.	Wegen der unbegrenzten Höhe der Patronatserklärung zeigt sich für den Patron ein hohes Haftungsrisiko.
Der Patron spart im Gegensatz zum Bürgen Avalprovisionen und schont	Stattet der Patron im Konfliktfall die zahlungsunfähige Mieterin mit

⁵⁴ Vgl. die Formulierung bei Freytag, IMR 2016, 94, 94; vgl. auch die Formulierung bei Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S.214 - 215

⁵⁵ Zur Zahlungsunfähigkeit vergleiche: BGH, Urteil vom 19.12.2017 - II ZR 88/16, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 12.10.2017 - IX ZR 50/15, NJW 2018, 396 - Annahme von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schon bei Zahlungsunwilligkeit

⁵⁶ Freytag, IMR 2016, Seite 94, 95

⁵⁷ Freytag, IMR 2016, Seite 94, 95; allerdings sind die Bilanzierungsverpflichtungen bei Bürgschaft Patronatserklärung identisch. Sie richten sich nach §§ 249, 251, 268 HGB: bei unwahrscheinlicher Inanspruchnahme ist die Eventualforderung lediglich in der Bilanz zu vermerken, bei wahrscheinlicher Inanspruchnahme ist sie zu passivieren.

⁵⁸ Freytag, IMR 2016, Seite 94, 95

⁵⁹ Dazu im Einzelnen: Freytag, IMR 2016, Seite 94, 95

seine Kreditlinie bei seiner Hausbank.	weiteren Vermögensreserven aus, verwendet sie aber diesen „Zuschuss“ für andere Zwecke oder wird die Vermögensmasse von Dritten gepfändet, muss der Patron so lange Kapital erneut zuführen, bis die Mieterin der Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Vermieter nachkommt.
Die Patronatserklärung ist in aller Regel unbegrenzt in der Höhe, während die Barkaution und die Bürgschaft in aller Regel in der Höhe begrenzt sind.	Handelt es sich bei dem Patron um eine ausländische Muttergesellschaft, kann für den Vermieter die Titulierung von Ansprüchen, zumindest aber ihre Vollstreckung erschwert sein.

Aus Sicht des Vermieters ist es als Inhalt der Patronatserklärung geboten zu vereinbaren, dass deutsches Recht Anwendung findet und als Gerichtsstand der Ort der belegenen Sache vereinbart wird. Insbesondere dann, wenn die Patronatserklärung einziges oder wesentliches Sicherungsmittel ist, sollte der Vermieter den Mietvertrag unter die aufschiebende Bedingung stellen, dass die Patronatserklärung, schriftlich und korrekt formuliert, ausreichende Zeit vor Vertragsbeginn vorgelegt wird.

Der Patron kann schließlich seine Risiken dadurch abmildern, dass er direkt an den Vermieter als Gläubiger zahlt (§ 267 BGB)⁶⁰.

Den Gegensatz zur „harten“ Patronatserklärung bildet die sogenannte „weiche“ Patronatserklärung, die nur darauf abstellt, es entspreche der Geschäftspolitik der Firmemutter, die Bonität der Tochtergesellschaft zu gewährleisten. Aus ihr kann der Vermieter keine Ansprüche gegen den Patron ableiten. Da sie folglich die Funktion eines Sicherungsmittels für den Vermieter nicht erfüllt, ist sie in dem hier betrachteten Kontext zu vernachlässigen.

3. Gewinnabführungs- und Verlustübernahmevertrag

Wie bei der harten Patronatserklärung erweitert die Muttergesellschaft des Geschäftsraummieters mit einem Verlustübernahmevertrag dessen Bonität um die eigene Wirtschaftskraft⁶¹. Gesetzlich ist dies für Aktiengesellschaften vorgesehen (§ 302 AktG), wird aber vom Rechtsgedanken her analog auch für Verträge zwischen Unternehmen mit anderer Rechtsform befürwortet.⁶²

4. Garantievertrag

⁶⁰ Vgl. zu alledem: Freytag, IMR 2016, Seite 94, 95 - 96

⁶¹ Moeser, in: Lindner-Figura / Opree / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 21

⁶² Moeser, in: Lindner-Figura / Opree / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 199 ff

Mit einem Garantievertrag verpflichtet sich eine dritte – vertragsfremde – Person als Garant gegenüber dem Vermieter, die dort näher bezeichneten Schulden des Mieters zu erfüllen. Im Unterschied zur Bürgschaft wirkt eine Garantie uneingeschränkt; sie ist im Verhältnis zur Hauptforderung nicht akzessorisch⁶³.

5. Schuldbeitritt

Aus Sicht des Vermieters wünschenswert ist die Absicherung seiner Zahlungsforderungen, insbesondere seiner Miet- und Betriebskostenforderungen, durch den Schuldbeitritt eines Dritten möglichst neben vertraglichen Mietsicherheiten, zu denen sich der Mieter selbst verpflichtet hat. Er begründet also eine eigene Mietvertragsverbindlichkeit des Beitretenden⁶⁴. Das ist auch möglich. Denn der Schuldbeitritt wird nicht als zusätzliche Mietsicherheit betrachtet⁶⁵, so dass seine kumulative Vereinbarung neben den Mietvertrag keinem Zweifel unterliegen kann. Es handelt sich nämlich nicht um eine vertragliche Verpflichtung des Mieters, sondern um eine unmittelbare Abrede im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Dritten⁶⁶.

Um diese strikte Trennung in jedem Fall zu betonen, ist zu empfehlen, zwei getrennte Vertragsurkunden zu fertigen. Auf Vereinbarungen im Mietvertrag, die als Verpflichtung des Mieters ausgelegt werden können, auf den Schuldbeitritt eines Dritten hinzuwirken, sollte ebenfalls verzichtet werden. Denn sobald es sich um Verpflichtungen des Mieters handelt, oder um Klauseln, die entsprechend auslegbar sein könnten, befindet man sich dann wieder denkbare im Bereich der Mietsicherheiten, was für die im Streitfall zu prüfende Höhe der Sicherheit und auch für den Insolvenzfall beim Mieter nachteilig wäre⁶⁷. Der Mietvertrag sollte deshalb aufschiebend bedingt durch den Schuldbeitritt geschlossen werden.

In welcher Form der beitretende Dritte haftet, bedarf dabei der einzelnen Abrede. Aus Sicht des Vermieters wünschenswert ist natürlich nicht nur die Abrede ansich, für Schulden aus dem Mietverhältnis eintreten zu wollen, sondern auch die Sicherung dieser Abrede zum Beispiel durch eine übernommene Bürgschaft. Das bedeutet in diesem Fall also, dass der Dritte eine Erfüllungsbürgschaft für die Verbindlichkeiten des Mieters gegenüber dem Vermieter im Rahmen eines Schuldbeitritts übernimmt⁶⁸. Dann haftet der Dritte aus der Bürgschaft neben den Mieter. Diese Konstruktion ist üblich.

⁶³ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 18, 28 ff und 179

⁶⁴ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 19, 28 ff und 193 ff

⁶⁵ BGH, Urteil vom 10.4.2013 - VIII ZR 379/12, NJW 2013, 1876

⁶⁶ Im Einzelnen: Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht 12. Aufl. 2015, § 551 Rn. 19, 36; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.12.2012 - I-10 U 63/12, ZMR 2013, 794

⁶⁷ Dazu sogleich in Fußnote 77

⁶⁸ Vgl. Blank, aaO

Bereits im Wohnraummietrecht ist die Erfüllungsbürgschaft eines Dritten in unbegrenzter Höhe gerechtfertigt worden⁶⁹. Dies muss dann erst recht für die Gewerberaummieta aufgrund der hier weiterhin vorherrschenden Ansicht gelten, dass der Mieter in seiner Eigenschaft als Unternehmer⁷⁰ weitaus weniger schutzwürdig ist⁷¹.

Es kann deshalb zunächst keinen Bedenken begegnen, die Erfüllungsbürgschaft zwischen dem Vermieter und dem Dritten als Individualvereinbarung zuzulassen. Aber auch als Formulklausel ist sie wirksam, auch wenn sie einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthält und „auf erstes Anfordern“ hin geleistet werden muss⁷². Denn ein solcher Verzicht wird bereits nach dem gesetzlichen Leitbild in § 773 BGB eröffnet. Auch die Einrede der Anfechtbarkeit in § 770 Abs. 1 BGB wird allgemein als unbedenklich betrachtet⁷³.

Allerdings darf sich die Formulklausel nach Auffassung des VII. Senats des BGH nicht auch auf einen Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit in § 770 Abs. 2 BGB erstrecken - dies wäre unwirksam⁷⁴. Denn mit einer solchen Klauselgestaltung wäre die „rote Linie“ überschritten, weil sie mit dem wesentlichen gesetzlichen Leitbild einer subsidiären Bürgenhaftung nicht zu vereinbaren sei und den Bürgen deshalb entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Einschränkend dazu wollen der IX. Senat des BGH⁷⁵ sowie das Teile des Schrifttums⁷⁶ den formularmäßigen Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 Abs. 2 BGB zulassen, wenn er unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen ausnimmt.

Selbst wenn der formularmäßige Aufrechnungsverzicht als unwirksam zu betrachten wäre, so erstreckt sich dieser Schluss nicht auf die gesamte Bürgschaftsabrede. Denn gerade für die Vertragserfüllungsbürgschaft wird eine Teilbarkeit der Klausel angenommen, so dass nur der unwirksame Klauselteil wegfällt und dann

⁶⁹ BGH, Urteil vom 10.4.2013 - VIII ZR 179/12, NJW 2013, 1876

⁷⁰ Schon in der „start up Phase“ wird bei erstmaligem Vertragsabschluss zur Existenzgründung der abgeschlossene Mietvertrag als Gewerbemietvertrag eingestuft (BGH, Beschluss vom 24.02.2005 – III ZB 36/04, NZM 2005, S. 342 (342) = NJW 2005, S. 1273

⁷¹ So auch OLG Rostock, Urteil vom 25.2.2016 - 3 U 73/12, DWW 2016, 296 = MietRB 2016, 252 und 253

⁷² Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 120 ff und 161; anderer Ansicht: Leo / Ghassemi-Tabar, NZM 2012, 97 ff

⁷³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.6.2014 - 22 U 150/13, NJW-RR 2015, 307; LG Krefeld, Urteil vom 3.7.2013 - 2 O 363/12, zitiert nach juris

⁷⁴ BGH, Urteil vom 12.2.2009 - VII ZR 39/08, NJW 2009, 1664 = BauR 2009, 308; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.6.2014 - 22 U 150/13, NJW-RR 2015, 307; LG Krefeld, Urteil vom 3.7.2013 - 2 O 363/12, zitiert nach juris; a. A. für den Fall, dass die Klausel im Mietvertrag zwar den Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit vorsieht, nicht aber die Ausnahme für rechtskräftig festgestellte oder anerkannte Forderungen, und das dem Mietvertrag als Anlage beigefügte und im Text des Vertrags in Bezug genommene Bürgschaftsmuster rechtsfehlerfrei formuliert ist: OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 26.10.2016 - 16 U 68/16, MietRB 2017, 220

⁷⁵ BGH, Urteil vom 16. Januar 2003 - , IX ZR 171/00, NJW 2003, 1521 f

⁷⁶ Bub, in: Bub / Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl. 2014, Teil II Rn. 1281, S. 262 mit weiteren Nachweisen

eine selbstschuldnerische, unwiderrufliche Bürgschaft ohne den Verzicht auf die Aufrechenbarkeit geschuldet ist⁷⁷.

Im Unterschied zur Mietsicherheit ist nicht der Mieter verpflichtet, diese Bürgschaft beizubringen, sondern allein der Dritte. Denn wie erwähnt handelt es sich bei dem Mietvertrag und dem Schuldbeitritt um zwei isoliert voneinander zu betrachtende Vereinbarungen.

Dies hat im Fall der Insolvenz des Mieters den Vorteil, dass sich der Vermieter im Ergebnis ohne Insolvenzverstrickung schadlos halten kann, wenn er nach einer erfolgreichen Anfechtung des Insolvenzverwalters im Hinblick auf erhaltene Mietzahlungen vom Mieter nach §§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO, 133 Abs. 1 Satz 1 und 2, 129 Absatz 1 InsO die erhaltenen Zahlungen wieder an die Insolvenzmasse herausgeben muss⁷⁸.

Allerdings erstreckt sich das Gebot der Schriftform in § 550 BGB auch auf den Schuldbeitritt. Denn das Schriftformerfordernis hat nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsprechung auch Warnfunktion, die durch den Schuldbeitritt beeinträchtigt ist⁷⁹. Nur vereinzelt wird dies anders gesehen mit der Argumentation, das Schriftformerfordernis schütze in erster Linie den Erwerber. Er sei aber nicht beeinträchtigt, wenn dem schriftlich geschlossenen Mietvertrag weitere Personen bloß beitreten⁸⁰.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 12.2.2009 - VII ZR 39/08, BauR 2009, 308; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.6.2014 - 22 U 150/13, NJW-RR 2015, 307; LG Krefeld, Urteil vom 3.7.2013 - 2 O 363/12, zitiert nach juris

⁷⁸ Die insolvenzrechtliche Regelanfechtung der Mietzahlungen rückwirkend bis zu drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag (§ 130 Abs. 1 InsO) ist ausgeschlossen, weil es sich um ein Bargeschäft mit kongruenter Deckung handelt, bei dem unmittelbar die Nutzung des Mietobjekts als Gegenleistung erlangt wird, und bei dem der Vermieter aus dem Mietvertrag auch in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang Anspruch auf Begleichung der Mietsforderung hat (§ 142 InsO): zum Mietvertrag als Bargeschäft: OLG Stuttgart, Urteil vom 23.1.2006 - 5 U 144/05, MietRB 2006, 268; bestätigend: BGH, Beschluss vom 11.1.2007 - IX ZR 23/06, zit. nach juris

Die Anfechtung mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist jetzt nach der Insolvenzrechtsreform 2017 (Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.3.2017, in Kraft seit dem 30.3.2017, BGBl Teil I Nr. 16/2017, S. 654 ff) bis zu vier Jahren rückwirkend auch bei Bargeschäften mit kongruenter Deckung, also auch im Hinblick auf erhaltene Mieten, möglich (§ 133 Abs. 2 InsO). Das Anfechtungsrecht ist leicht entschärft worden. Im Falle des Bargeschäfts mit kongruenter Deckung reicht drohende Zahlungsunfähigkeit nicht mehr aus, sondern es muss Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein. Davon, oder vom Eröffnungsantrag muss der Gläubiger gewusst haben. Zumindest müssen ihm Umstände bekannt geworden sein, die den Schluss darauf zulassen, dass der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist oder dass ein Eröffnungsantrag gestellt worden ist. Der von der Rechtsprechung recht schnell vorgenommene Schluss auf die beiderseitige Gläubigerbenachteiligungsabsicht wurde dagegen gesetzlich nicht entschärft (BGH, Urteil vom 12.10.2017 - IX ZR 50/15, NJW 2018, 396 ff, 397 – 398; LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2017 - 318 S 48/16, ZMR 2017, 762, insbesondere Rn. 27 ff der Entscheidungsgründe; OLG Dresden, Urteil vom 30.7.2014 - 13 U 461/14, zit. nach juris - speziell für vereinnahmte Mietzahlungen in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Mieters; BGH, Urteil vom 6.12.2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190; BGH, Urteil vom 10.1.2013 - IX ZR 28/12, NZG 2013, 629 - Kenntnis des Zahlungsempfängers von der drohenden Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Zurechnung des Wissens von mandatierten Rechtsanwälten), so dass die Gefahr einer insolvenzrechtlichen Anfechtung erhaltener Mietzahlungen nicht unterschätzt werden sollte.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 2.7.1975 - VIII ZR 223/73, WM 1975, 824; OLG Düsseldorf, aaO; auch: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, § 550 BGB Rn. 81

⁸⁰ Vgl. den Meinungsstand bei von Seldeneck / Wichert / Fallak, Gewerbemiete, 2013 Baustein 97 Rn. 6

Ist die Schriftform beim Schuldbeitritt nicht eingehalten, so ist nur er außerordentlich nach §§ 550 Satz 2, 580a Abs. 2 BGB kündbar, nicht der ursprünglichen Mietvertrag, wenn er die Schriftform wahrt⁸¹.

6. Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel

§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ermöglicht die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde, ohne dass der Notar die Voraussetzungen einer zu erteilenden Vollstreckungsklausel im Einzelnen prüfen muss. Ein Schuldner kann sich in dieser Form also der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Dies gilt auch für Mietzahlungsansprüche und für Ansprüche auf Zahlung einer Kautions. § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verbietet nur die notariell beurkundete Unterwerfung im Hinblick auf eine Räumungsvollstreckung bei Wohnungsmietverhältnissen. Für die Gewerberaummieta greift die Vorschrift nicht. Deshalb kann sich der Gewerberaummieter durch eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel auch der sofortigen Räumungsvollstreckung unterwerfen. Natürlich gilt dies - erst recht - für Zahlungsansprüche auf Miete und Kautions. Hier bleibt es dem Vermieter also bei Zahlungsverzug und nach Kündigung unbenommen, sich sofort eine vollstreckbare Ausfertigung des Mietvertrags erteilen zu lassen und sowohl die Zwangsvollstreckung und die Zwangsäumung zu betreiben.

Der BGH hat jüngst die Funktion einer solchen notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel insoweit präzisiert, als diese Klausel nicht die Funktion einer (zusätzlichen) Mietsicherheit beigemessen werden kann. Vielmehr tritt sie nach seiner Auffassung selbstständig neben etwa im Vertrag zusätzlich vereinbarte Mietsicherheiten und lässt sich deshalb damit zulässig kombinieren. Dies hat der BGH mit Urteil vom 17.6.2017⁸² für Wohnraummietverhältnisse entschieden, woraus wegen der Schutzfunktion des sozial geprägten Wohnraummietrechts geschlossen werden kann, dass diese Argumentation erst recht für Gewerberaummietverhältnisse gelten dürfte. Das bedeutet also, dass eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel nicht in den im Einzelfall zu prüfenden zulässigen Sicherungsumfang einer eventuell zusätzlich vereinbarten Mietsicherheit mit eingerechnet werden muss, sondern einer völlig losgelösten selbstständigen Betrachtung unterfallen kann. Auf sie sollte deshalb aus Sicht des Vermieters in Gewerberaummietverhältnissen niemals verzichtet werden. Soll die Zwangsvollstreckung aus seiner Sicht als Sicherungsmittel Grundlage des Vertrags sein, muss die grundsätzliche Verpflichtung des Mieters, sich wegen der Zahlung- oder der Räumungsansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, im Mietvertrag selbst

⁸¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.12.2012 - I-10 U 63/12, ZMR 2013, 794

⁸² BGH, Urteil vom 17.6.2017 - VIII ZR 76/16, DWW 2017, 296 = ZMR 2017, 966 = NZM 2018, 32

geregelt werden. Folgender vom BGH akzeptierte Wortlaut⁸³ bietet sich dafür an:

„...Auf Wunsch der Mieter verpflichten sich diese, vor einem deutschen Notar eine vollstreckbare Urkunde zu unterzeichnen, die den Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete durch den Mieter sichert. Diese Urkunde muss bis zum (Datum) dem Vermieter vorgelegt werden. Die Kosten dafür trägt der Mieter.“

Die notariell beurkundete oder der notarielle Entwurf der Unterwerfungsklausel

II. Mietzahlungen

Die Mieter (Namen) unterwerfen sich als Gesamtschuldner wegen der Zahlungsforderungen des Vermieters aus dem Mietvertrag in Höhe von (Betrag) Euro monatlich, einschließlich Betriebs- und Nebenkostenpauschalen aus dem Mietverhältnis für die Folgemieten fällig jeweils zum dritten Werktag eines Monats (Mietbeginn: Datum) der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen...

IV.

Eine Umkehr der Beweislast soll durch sämtliche vorstehenden Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht eintreten...“⁸⁴

sollte dem Vertrag als Anlage beigefügt werden, um die in § 550 BGB enthaltene Schriftform nicht zu gefährden und insbesondere im Veräußerungsfall dem Erwerber, der in den Mietvertrag eintritt, keine Möglichkeit zu eröffnen, daraus ein Kündigungsszenario zu entwickeln. IM Zweifel sollte aus den bereits aufgezeigten Gründen der gesamte Vertrag notariell beurkundet werden.

7. Selbständiges Schuldversprechen und Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Mieters

Gemeint ist ein Schuldversprechen nach § 780 BGB, das als causa neben den mietvertraglichen Anspruch des Vermieters tritt und mit einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung gesichert werden kann (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Auch Moeser⁸⁵ sieht diese Vorgehensweise für den Vermieter vorteilhaft, „weil es eine für ihn günstige

⁸³ Vgl. den Wortlaut der Vereinbarung, die dem Urteil des BGH vom 17.6.2017 - VIII ZR 76/16, DWW 2017, 296 = ZMR 2017, 966 = NZM 2018, 32 zugrunde lag

⁸⁴ Vgl. den Wortlaut der Vereinbarung, die dem Urteil des BGH vom 17.6.2017 - VIII ZR 76/16, DWW 2017, 296 = ZMR 2017, 966 = NZM 2018, 32 zugrunde lag

⁸⁵ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 24, 28 ff, 203

Beweislastumkehr bewirkt und somit die Durchsetzung seiner Ansprüche wesentlich erleichtert.“

8. Kautio

Üblicherweise unterscheidet man auch in der Gewerberaummieta die Barkautio in Form einer Geldleistung von der Kautionsleistung durch ein Sparkonto auf den Namen des Vermieters mit Treuhandvermerk oder ein Sparbuch auf den Namen des Mieters, das dann verpfändet wird. Sie kann ebenso durch Bürgschaft geleistet werden.

Ohne vertragliche Vereinbarung entsteht der Kautionsanspruch nicht. Das gilt sowohl im Gewerberaum- als auch im Wohnungsmietrecht. Denn schon § 551 BGB bildet in der Wohnraummieta für die Kautio nicht die Causa, sondern formt Art und Höhe der Sicherheitsleistung bei bestehendem Rechtsgrund aus dem Vertrag lediglich aus und unterwirft vertragliche Vereinbarungen innerhalb von Wohnungsmietverträgen einer gesetzlichen Beschränkung (§ 551 Abs. 4 BGB - halb zwingende Norm). Die Vorschrift gilt im Gewerberaummietrecht nicht.

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorgaben im Gewerberaummietrecht unterfällt die Kautionsabrede aber wie auch im Wohnungsmietrecht immer zugunsten des Vermieters dem Sicherungsgedanken und zugunsten des Mieters dem Treuhandcharakter⁸⁶.

a) Geldleistung

Wird die Kautio in Geld geleistet, so muss sie der Vermieter auf einem Treuhandkonto anlegen, auf das seine Gläubiger nicht zugreifen können. Er muss für eine insolvenzfeste Anlage der Kautio sorgen, denn sie bleibt Vermögensbestandteil des Mieters und muss deshalb getrennt vom Vermögen des Vermieters aufbewahrt und angelegt werden. Dem Treuhandcharakter kann zum Beispiel durch die Anlage bei einem Geldinstitut Rechnung getragen werden, dass über eine Einlagensicherung verfügt und „mündelsicher“ ist (§ 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB).

Die insolvenzfeste Anlage der Kautio muss der Vermieter dem Mieter durch die Benennung eines entsprechenden Kontos nachweisen. Geschieht das nicht, hat der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Zahlung weiterer Kautionsraten⁸⁷ und auch an der laufenden Mieta bis zur Höhe der (noch) geschuldeten Kautionsleistung⁸⁸.

⁸⁶ Der Geschäftsraumvermieter ist ebenso wie der Wohnungsvermieter verpflichtet, die vom Mieter geleistete Barkautio von seinem Vermögen getrennt und insolvenzsicher anzulegen: KG, Urteil vom 9.9.2013 - 8 U 254/12, IMR 2014, 21; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Januar 2000 - 10 U 182/98, NZM 2001, 380 - Zessionsverbot aufgrund treuhänderischer Zweckbindung (§ 399 BGB); LG Aurich, Urteil vom 21.12.2012 - 2 = 493/12, MDR 2013, 511

⁸⁷ BGH, Urteil vom 13.10.2010 - VIII ZR 98/10, DWW 2010, 372 = NJW 2011, 59 ff = NZM 2011, 28

⁸⁸ BGH, Urteil vom 23.9.2009 - VIII ZR 336/08, NJW 2009, 3505 = NZM 2009, 815 = Info M 2009, 426 = MDR 2009, 1382 f

Regelungen zur Kautio zeigen sich also bei der Wohnraum- und der Gewerberaummieta identisch im Hinblick auf die Treuhandabrede und nur unterschiedlich im Hinblick auf den vereinbarungsfähigen Umfang. Im Wohnraummietrecht sind die Begrenzung und die Anlage von Mietsicherheiten durch § 551 BGB im Einzelnen geregelt. Im Gewerberaummietrecht fehlt eine gesetzliche Regelung zum zulässigen Umfang von Mietsicherheiten. Deshalb herrscht grundsätzlich Vertragsfreiheit⁸⁹. Deshalb kann auch durch Formulklausel eine Mietsicherheit vereinbart werden, die die Höhe von drei Monatsmieten übersteigt⁹⁰.

Nach einer Auffassung ist sie nur durch das Verbot sittenwidriger Vereinbarungen begrenzt⁹¹. Nach der Gegenansicht kommt es schon aus dogmatischen Gründen auf die Prüfung eines Wuchertatbestandes oder eines wucherähnlichen Rechtsgeschäftes nicht an. Denn bei der Kautionsabsprache handle es sich um eine Sicherung, wohingegen nur Vertragsvereinbarungen überhaupt wucherisch sein könnten, die auf einen Leistungsaustausch gerichtet seien⁹². Allerdings kann nach dieser Auffassung die Kautionsvereinbarung in einem Gewerberaummietvertrag unwirksam sein, wenn sie schikanös außerhalb eines nachvollziehbaren Sicherungsinteresses des Vermieters festgesetzt worden ist.

Damit ist nach beiden Ansichten der Umfang des Sicherungsinteresses des Vermieters, gemessen am Wert der vermieteten Räumlichkeiten, Anlagen und Maschinen, unmittelbar vorgreiflich für die zu akzeptierende Höhe der Kautionsabrede⁹³. Das OLG Brandenburg hat mit diesem Ansatz auch eine Kautionsvereinbarung in Höhe der siebenfachen Monatsmieta gerechtfertigt⁹⁴.

Schon an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Barkautio als Sicherungsmittel für den Vermieter ein recht stumpfes Schwert ist. Denn während des laufenden Mietverhältnisses darf er eine Mietsicherheit wegen streitiger Forderungen gegen den Mieter nicht verwerten⁹⁵. Dies widerspreche dem Treuhandcharakter der Mietsicherheit, die weiterhin dem Vermögen des Mieters zuzuordnen sei, auch wenn sie als Vermögensmasse zur Erfüllung der mietvertraglichen Kautionsabrede dem Vermieter übergeben worden sei. Zwar erging die Entscheidung zur Wohnungsmieta, doch trifft Ihre Argumentation auf die Gewerberaummieta in gleicher Weise zu. Denn auch hier ändert sich am Treuhandcharakter übergebener Mietkautionen nichts.

⁸⁹ Von der Osten, in: Bub/Treier, 4. Auflage 2014, Teil III A Rn. 2000, S. 877; Palandt/Weidenkaff, § 535 BGB Rn. 122 (2013); Fritz, Gewerberaummietrecht, 3. Aufl. 2000, Rn. 140; Schultz, Gewerberaummieta, S. 147 f

⁹⁰ OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.9.2006 - 3 U 78/06, NJW 2007, 402

⁹¹ Moeser in: Lindner-Figura/Opre/Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12 Rn. 30

⁹² OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.9.2006 - 3 U 78/06, NJW 2007, 402

⁹³ OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.9.2006 - 3 U 78/06, NJW 2007, 402

⁹⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.9.2006 - 3 U 78/06, NJW 2007, 402

⁹⁵ BGH, Urteil vom 7.5.2014 - VIII ZR 234/13, WuM 2014, 418 = NZM 2014, 551 = ZMR 2014, 619 = NJW 2014, 2496

Zunehmend wird dem Vermieter aber auch der streitige Kautionsrückgriff bei beendetem Mietverhältnis verwehrt. Das wird mit dem Hinweis auf den ausschließlichen Sicherungszweck der Kautionsleistung gerechtfertigt. Zur erleichterten Befriedigung von (streitigen) Vermieterforderungen diene sie nicht. Deshalb soll der Vermieter nach dieser Ansicht genau wie beim laufenden Mietverhältnis⁹⁶ auch bei Vertragsende nur wegen rechtskräftig festgestellter, unstreitiger oder offensichtlich begründeter Forderungen auf die Kautionsleistung zugreifen dürfen.⁹⁷ Deshalb könne der Mieter schon bei der drohenden streitigen Inanspruchnahme der Kautionsleistung auch nach beendetem Mietverhältnis dagegen mit einer einstweiligen Verfügung gegen den Vermieter vorgehen. Daraus folgt im Ergebnis, dass sich der Vermieter entweder mit dem Mieter einigen muss oder zunächst einen Rechtsstreit zur Feststellung seiner behaupteten Ansprüche führen muss, bevor er (zulässig) auf die Kautionsleistung zugreifen kann.

Die Gegenauffassung verweist auf den Sicherungs- und Verwertungszweck der Kautionsleistung. Der Vermieter dürfe die Kautionsleistung nach Vertragsende ohne weiteres verwerten. Es widerspräche dem Sicherungszweck, den Vermieter in die Klägerrolle zu drängen. Der Mieter könne seine Rechte durch Rückzahlungsklage durchsetzen.⁹⁸ Ob der Vermieter nach Vertragsende wegen einer nicht rechtskräftig festgestellten Forderung die Kautionsleistung verwerten darf, hat der BGH bislang offengelassen.⁹⁹

b) Bürgschaft

Grundlage einer Leistung der Kautionsleistung durch Bürgschaft ist eine Vertragsabrede, in der sich der Mieter verpflichtet, eine Bank oder auch die Muttergesellschaft zu veranlassen, als Sicherheitsleistung eine Bürgschaft auszureichen. Sie ist im Verhältnis zur Hauptforderung akzessorisch. Deshalb müssen die gesicherten Forderungen im Mietvertrag und im Text der Bürgschaft genau und aufeinander abgestimmt beschrieben werden¹⁰⁰.

Wegen der fehlenden Möglichkeit bei der Bürgschaft, verjährte Forderungen zu verrechnen und auch wegen der Verjährungseinrede ansich wird diese Form der Mietsicherheit im

⁹⁶ BGH, Urteil vom 07.05.2014 – VIII ZR 234/13, NZM 2014, 551 = ZMR 2014, 619 = NJW 2014, 2496; AG Neuss, Urteil vom 7.12.2001 – 34 C 4727/01, NZM 2002, 1027

⁹⁷ LG Berlin, Urteil vom 20.7.2017 - 67 S 111/17, DWW 2017, 377; LG Halle, Urteil vom 25.9.2007 – 2 S 121/07, NZM 2008, 685; LG Mannheim, Urteil vom 20.3.1996 – 4 S 123/95, WuM 1996, 269; LG Wuppertal, Urteil vom 27.11.2003 – 9 S 194/03, NZM 2004, 1309; AG Bremen, Urteil vom 15.5.2007 – 4 C 166/07, WuM 2007, 399

⁹⁸ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.8.2008 – 8 W 34/08, MDR 2009, 320 = NJW-RR 2009, 514 = ZMR 2009, 120; LG Berlin, Urteil vom 15.1.2007 – 62 T 5/07, GE 2007, 449; LG Potsdam, Urteil vom 21.6.2007 – 11 S 192/06, GE 2007, 1253; LG Hamburg, Urteil vom 29.11.2016 – 316 O 247/16, ZMR 2017, 164, Palandt-Weidenkaff, Kurzkommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, Einführung vor § 535 BGB Rn. 123

⁹⁹ BGH, Urteil vom 07.05.2014 – VIII ZR 234/13, NZM 2014, 551 = ZMR 2014, 619 = NJW 2014, 2496

¹⁰⁰ Vgl. Im Einzelnen: Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 17,28 ff und 103 ff

Vergleich zur Barkautio n häufig nachrangig gesehen¹⁰¹. Gleichwohl ist diese Kautio nsform innerhalb des Gewerberaummietrechts etabliert. Das liegt daran, dass dem Gewerberaummieter vor allem daran gelegen sein muss, möglichst liquide zu bleiben, um sein Unternehmerrisiko etwas zu dämpfen. Gleichzeitig wird auch den Interessen des Vermieters Rechnung getragen. Denn er gewinnt mit dem Bürgen einen zusätzlichen und insbesondere validen Schuldner, auf den er im Konfliktfall zurückgreifen kann. Damit dieser Rückgriff möglichst schnell, effektiv und einredefrei erfolgen kann, wird eine zumindest selbstschuldnerische Bürgschaft unter Ausschluss der Einrede der Vorausklage und unter Verzicht auf das Hinterlegungsrecht vereinbart. Dazu wird die Bürgschaft so ausgestaltet, dass auf „erstes Anfordern“ gezahlt werden muss¹⁰². Der Bürge soll also dann von einer Prüfung der Voraussetzungen seiner Inanspruchnahme abgeschnitten sein. Mit dieser Gestaltung erlangt die Bürgschaft den wirtschaftlichen Wert fast wie eine Barkautio n¹⁰³.

Mit diesem Inhalt ist eine Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ auch durch Formulklausel zu vereinbaren¹⁰⁴; dies jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Bürgen um ein Kreditinstitut handelt¹⁰⁵.

In der Vertragsgestaltung umgeht man diese Streitfrage, wenn eine Barkautio n vereinbart und dem Mieter nachgelassen wird, die Sicherheitsleistung auch durch eine Bankbürgschaft erbringen zu können¹⁰⁶.

Schultz¹⁰⁷ schlägt folgende Formulierung vor:

„Zur Sicherung aller Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter aus diesem Mietverhältnis übergibt der Mieter bis zum..., spätestens bis zur Übergabe der Mieträume, eine Kautio n in Höhe von... Euro, die unverzinslich¹⁰⁸ ist. Wird die Kautio n bis zur Übergabe nicht geleistet, besteht kein Anspruch des Mieters auf Übergabe der Räume bei

¹⁰¹ Leo/Schmitz, NZM 2007, 387, 389, 390

¹⁰² Zulässig: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004 – 1 U 12/04, NZM 2004, S. 742 = MDR 2005, S. 85

¹⁰³ Schultz, Gewerberaummieta, 4. Aufl. 2015, S. 148

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 2.7.2004 – 1 U 12/04, NZM 2004, 742; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.1.2005 – 15 U 35/04, ZMR 2005, 784; Bub, in: Bub/Treier 4. Aufl. Teil II Rn. 1281, S. 262; zweifelnd allerdings: Leo/Schmitz, Die Bürgschaft - Ein bedingt taugliches Sicherungsmittel in der Gewerberaummieta, NZM 2007, 387, 388; verneinend: Fischer, NZM 2003, 497, 500

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 2.4.1998 – IX ZR 79/97, NJW 1998, 2280 ff

¹⁰⁶ Schultz, Gewerberaummieta, S. 148 Moeser, in: Lindner Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 107

¹⁰⁷ Schultz, S. 146

¹⁰⁸ Anders als bei Wohnraummietverhältnissen kann bei Gewerberaummietverhältnissen auch durch Formulklausel die Verzinsung der Kautio n ausgeschlossen werden. Darin wird keine unangemessene Benachteiligung des Mieters gesehen (BGH, Urteil vom 21.9.1994 – XII ZR 77/93, MDR 1994, 1211 = NJW 1994, 3287; OLG Koblenz, Urteil vom 28.1.1993 – 5 U 80/92, DWW 1993, 332; von der Osten, in Bub / Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl., Teil III A Rn. 2110, S. 900 mwN.; Gather, Vereinbarungen von Mieta, Nebenkosten und Mietsicherheit bei Gewerberaum, DWW 1997, S. 256, 267 m.w.N.).

gleichwohl bestehender Mietzinsverpflichtung. Werden die Räume der Mieter gleichwohl übergeben, so ist der Vermieter, wenn die Kautionsleistung weiterhin nicht geleistet wird, zur fristlosen Kündigung berechtigt¹⁰⁹. Der Vermieter ist verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses über die Kautionsleistung abzurechnen.

Dem Mieter wird gestattet, die Sicherheit auch durch Beibringung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank in Höhe von... Euro zu erbringen, in der sich diese unter Ausschluss der Einrede der Vorausklage und unter Verzicht auf das Hinterlegungsrecht verpflichtet, auf erstes Anfordern¹¹⁰ zu zahlen. Die Bürgschaft darf nicht befristet sein.

Die Bürgschaft sichert den Vermieter bis zum vereinbarten Vertragsende, und zwar auch dann, wenn im Verlaufe des Vertrags ein zweiter Mieter hinzukommt, für den sich der Bürge nicht extra verbürgt hat¹¹¹.

Zur Verwertung folgendes: Im Gegensatz zur Barkautionsleistung wird der Kautionsleistung in Form einer geleisteten Bürgschaft jedenfalls nach Beendigung des Mietverhältnisses neben ihrer Sicherungsfunktion auch eine Verwertungsfunktion zugebilligt¹¹². Während des laufenden Vertrags aber scheidet ein Zugriff auf die Bürgschaft wegen streitiger Forderungen genauso wie im Wohnungsmietrecht aus¹¹³.

- c) Konfliktfall: Verlängerungsoptionen / Verlängerungsklauseln / sonstige Umgestaltungen oder Neuabschlüsse des Vertrags vs. Haftung des Bürgen

Vorsicht ist allerdings im Falle von Optionsrechten und Verlängerungsklauseln, sonstigen Umgestaltungen, stillschweigenden Verlängerungen oder Neuabschlüssen des Vertrags geboten. Denn die Mietbürgschaft umfaßt nur die Miete für

¹⁰⁹ Vereinbarungen im Mietvertrag, dass sich das Mietverhältnis automatisch auflöst, wenn die Kautionsleistung nicht gezahlt wird, sind unwirksam (KG, Urteil vom 26.01.2006 – 8 U 128/05, NZM 2007, S. 41 = GuT 2006, S. 245). Fritz (NJW 2007, S. 887, 889) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dem Vermieter im Falle einer nicht gezahlten Kautionsleistung ein Zurückbehaltungsrecht am Mietobjekt einzuräumen. Auch eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses allein wegen rückständiger Kautionsbeträge sei nur in Ausnahmefällen möglich, zumeist nur im Zusammenhang mit offenen Mietrückständen

¹¹⁰ Zulässig: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004 – 1 U 12/04, NZM 2004, S. 742 = MDR 2005, S. 85

¹¹¹ Das gilt auch dann, wenn über das Vermögen des ersten Mieters - hier einer GmbH - das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und abgeschlossen ist und die GmbH im Handelsregister bereits gelöscht wurde: OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2009 - 5 U 86/9, ZfIR 2010, 152

¹¹² KG, Urteil vom 9.9.2013 - 8 U 254/12, IMR 2014, 21

¹¹³ OLG Hamm, Urteil vom 11.2.2016 - 18 O 42/15, ZMR 2016,619, 620 speziell für den Fall der Gewerberaummieta unter Bezug auf BGH, Urteil vom 7.5.2014 - VIII ZR 234/13, WuM 2014, 418 = NZM 2014, 551 = ZMR 2014, 619 = NJW 2014, 2496, dort entschieden für die Wohnungsmieta

die Dauer der vereinbarten Mietzeit einschließlich einer bereits bei Bürgschaftsübernahme vorgesehenen Verlängerung und einschließlich einer evtl. Nutzungsentschädigung nach Ablauf der Mietzeit.¹¹⁴ Daneben soll die Haftung des Bürgen auch solche Forderungen des Vermieters umfassen, die erst entstehen, nachdem neben dem anfänglichen Mieter, für den die Bürgschaft übernommen wurde, ein weiterer Mieter in den Mietvertrag eingetreten ist und der ursprüngliche Mieter nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens im Handelsregister gelöscht wurde.¹¹⁵ Dies ist aber umstritten.¹¹⁶ Denn durch ein Rechtsgeschäft, das der Mieter als Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt,¹¹⁷ wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert (§ 767 Abs. 1 S. 3 BGB). Nicht gesichert sind deshalb

- die Miete für die Zeit einer stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses (§ 545 BGB) oder einer zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsfortsetzung,¹¹⁸
- die Miete für die Zeit nach der Ausübung einer vertraglich eingeräumten Mietoption,¹¹⁹
- alle sonstigen Verbindlichkeiten des Mieters, die nach Abschluß des Mietvertrags – vertraglich – begründet worden sind, wie zum Beispiel vom Mieter übernommene Renovierungskosten als Gegenleistung für die vorzeitige Entlassung aus dem Mietvertrag,¹²⁰
- Ansprüche aus nachträglichen Vereinbarungen, die die Rechtsstellung des Mieters und damit auch des Bürgen verschlechtern,¹²¹
- der Anspruch auf Prozesskostenerstattung wegen unberechtigter Inanspruchnahme durch den Mieter,¹²²
- Ansprüche gegen einen eventuellen Rechtsnachfolger des Mieters wie z.B. seinen Erben.¹²³

d) Kombinationen - Verstärkung der Bürgschaft durch ein selbständiges Schuldversprechen und durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Bürgen

Alle drei Elemente können zulässig kombiniert werden. Formulärmäßig unbedenklich ist zunächst die Abgabe eines selbständigen Schuldversprechens mit

¹¹⁴ LG Duisburg, Urteil vom 18.05.2010 – 13 S 58/10, BeckRS 2010, Nr. 13985

¹¹⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2009 – 5 U 86/09, MietRB 2010, S. 108

¹¹⁶ a.A.: LG Münster, Urteil vom 23.04.2008 – 14 S 7/07, WuM 2008, S. 481

¹¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.4.2016 - I-24 W 12/16, ZMR 2016, 615 mit Anmerkung von Geldmacher; OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 12.04.2006 – 2 U 34/05, Info M 2006, S. 237

¹¹⁸ LG Gießen, WuM 1994, 673

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.4.2016 - I-24 W 12/16, ZMR 2016, 615; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.1.2005 – 15 U 34/04, ZMR 2005, 784

¹²⁰ OLG Frankfurt, Urteil vom 12.4.2006 – 2 U 34/05, MDR 2006, 1164

¹²¹ OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 12.04.2006 – 2 U 34/05, Info M 2006, S. 237

¹²² LG Duisburg, Urteil vom 18.05.2010 – 13 S 58/10, BeckRS 2010, 13985

¹²³ LG Münster, Urteil vom 23.04.2008 – 14 S 7/07, WuM 2008, S. 481

Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung des Mieters. Ob dazu dann allerdings noch eine Verstärkung durch eine Bürgschaft formularmäßig vereinbart werden kann, wird in Zweifel gezogen. Bedenken werden in Form des Einwandes einer überraschenden Klausel aufgrund fehlender Marktüblichkeit erhoben und deshalb vorgeschlagen, den Weg einer Individualabrede zu wählen¹²⁴. Es erscheint bei den hohen Anforderungen an die Annahme einer Individualvereinbarung aber äußerst fragwürdig, ob diese Anregung in der Praxis so umsetzbar ist.

e) Verpfändung von Rechten, Sicherungsübereignung und Übertragung von Sachen

Häufig werden als Mietsicherheit Sachen (insbesondere Warenlager und Fertigerzeugnisse) sicherungsübereignet und / oder Forderungen / Wertpapiere des Mieters zur Sicherheit an den Vermieter abgetreten¹²⁵. Beide Sicherungsformen bereiten aber im Verwertungsfall Probleme:

Der Wert von Warenlagern, Fertigerzeugnissen oder anderen zur Sicherheit übereigneten Sachen kann nur einigermaßen zutreffend im Rahmen von Inventuren bewertet werden¹²⁶. Außerdem sind bei Pfandrechten an Gegenständen Abschreibungen und damit buchhalterische und bilanzpolitische Fragen mit in die Bewertung einzubeziehen¹²⁷.

Auch Forderungsabtretungen führen zu Bewertungsproblemen, insbesondere bei der Verpfändung von Kundenforderungen und Auftragshonoraren.

Daneben können Sicherungsabtretungen zu Liquiditätsengpässen beim Mieter führen. Denn die abgetretenen Forderungen kann er anderweitig nicht mehr verwerten, ohne sich strafrechtlichen Sanktionen¹²⁸ auszusetzen¹²⁹.

Zu Recht weist Glenk¹³⁰ überdies darauf hin, dass bei Forderungsabtretungen entscheidend ist, ob es sich um eine offene oder um eine stille Zession handelt. Sollen abgetretene Forderungen verwertet werden, muss dies gegenüber dem Forderungsschuldner, zum Beispiel einem Kunden oder einem Lieferanten des Mieters, geltend gemacht und damit offen gelegt werden. Im Falle der stillen Zession ergibt sich bei einer unbefugten oder vorzeitigen Offenlegung dann das Risiko, dass Geschäftspartner des Mieters ihre Vertragsbeziehungen beenden; dies mit unerwünschten Durchschlagsfolgen auf das Mietverhältnis, das eben durch die Abtretung gesichert werden soll¹³¹.

¹²⁴ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 157

¹²⁵ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 20

¹²⁶ Zutreffend: Glenk, Mietsicherheit - Streitfragen: Art, Umfang, rechtswidrige Verwendung, MietRB 2017, 329, 331

¹²⁷ So zu Recht: Glenk, aaO

¹²⁸ Betrug durch Doppelverwertung - § 263 StGB, Kreditbetrug - § 265 b StGB, Untreue - § 266 StGB

¹²⁹ Ebenfalls zu Recht hinweisend: - Glenk, aaO

¹³⁰ aaO

¹³¹ Vgl. Glenk, aaO

Zusätzlich kann dann auch Schadensersatz im Verhältnis Mieter - Vermieter zu diskutieren sein, wenn Geschäftsbeziehungen zum Gewerbemieter von Dritten (z. B. Lieferanten, Kunden) eingestellt oder vermindert werden, und den Vermieter daran wegen der Art und Weise seines Vorgehens ein Mitverschulden angelastet werden kann¹³².

Denn wenn es etwa im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit aufgrund eines auffälligen und nicht mehr vertragskonformen Zahlungsverhaltens durch den Gewerbemieter zur Forderungsverwertung durch den Vermieter im Verhältnis zu Dritten kommt, dann wird der Dritte seine eigene Geschäftsbeziehung zum Gewerbemieter ebenfalls auf den Prüfstand stellen müssen; einmal, um sein eigenes Forderungsbeitragsrisiko zu überprüfen, und vor allem zum anderen, um der Gefahr einer Insolvenz bei seinem Vertragspartner, dem Gewerbemieter, einschließlich der Gefahr einer erfolgreichen Insolvenzanfechtung durch einen eingesetzten Insolvenzverwalter vorzubeugen, wenn der Schuldner der zur Sicherheit an den Vermieter abgetretenen Forderung des Gewerbemieters auf eigene Forderungen gegen den Gewerbemieter doch noch Zahlungen erhält.

Umstände, aus denen sich ein Mitverschulden des Vermieters ableiten kann, können insbesondere in einer zu extensiven Verwertung des Sicherungsmittels liegen. So darf der Vermieter nicht bereits dann eine ihm abgetretene Forderung verwerten, wenn die gesicherte Forderung aus dem Mietverhältnis fällig ist¹³³, sondern erst dann, wenn sich der Mieter mit der Erfüllung eigener Zahlungsverbindlichkeiten in Verzug befindet¹³⁴, und auch nur soweit, wie er die abgetretene Forderung verwerten muss, um tatsächlich bestehende Forderungen aus dem Mietverhältnis abzudecken¹³⁵.

9. Gesetzliches Vermieterpfandrecht

Der Vermieter von Gewerberaum hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis -

- Ansprüche auf Miete und Nebenforderungen,
- Schadensersatzansprüche wegen Verletzung mietvertraglicher Pflichten einschließlich vom Mieter zu vertreten der Vertragsauflösung,
- Kosten der Rechtsverfolgung und Vertragsstrafe,

nicht aber wegen Ansprüchen

¹³² So auch Glenk, aaO

¹³³ von der Osten, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 4. Aufl. 2014, Teil III A Rn.r 2036, S. 883 mwN

¹³⁴ von der Osten, aaO. mwN.; OLG Hamm, Urteil vom 11.2.2016 - 18 O 42/15, ZMR 2016,619, 620 speziell für den Fall der Gewerbemieta

¹³⁵ Von der Osten, aaO

- auf Rückzahlung von Vermieterdarlehen,
- aus Verletzung von Bezugsverpflichtungen des Mieters,
- wegen vom Mieter übernommene Mietschulden des Vermieters,
- auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a BGB einschließlich weiterer Schadensersatzansprüche oder eventueller Ansprüche aus Fortsetzung des Mietverhältnisses, oder wegen
- gesetzlicher Rückabwicklungsansprüche¹³⁶,

- ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters, soweit sie pfändbar sind (§§ 562 bis 562 d, § 578 BGB)¹³⁷. Nicht gepfändet werden können Gegenstände, die Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit benötigen (§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)¹³⁸.

Der Pfändungsschutz bezieht sich nur auf persönlich zu erbringende Arbeitsleistungen, nicht dagegen auf den Gewinn, den eine Kapitalgesellschaft unter Einsatz von Erwerbsgehilfen erzielen will¹³⁹.

„Eingebracht“ sind alle Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden, also auch Kraftfahrzeuge, nicht aber Sachen, die nur vorübergehend in der Absicht eingestellt werden, alsbald wieder entfernt zu werden¹⁴⁰. Die Sachen müssen sich also nicht nur in den Räumlichkeiten selbst, sondern können sich auch auf Grundstücksaußenflächen befinden, wenn dieses Grundstück mit gemietet ist.¹⁴¹

Hinweis: Immerhin kann der Vermieter im Wege der einstweiligen Verfügung Auskunft über weggeschaffte Sachen verlangen, um dadurch das Erlöschen des Vermieterpfandrechts gemäß § 562 b BGB zu verhindern.¹⁴² Auf diese Weise kann der Anspruch auf Rückschaffung der Sachen in die Räume des Mieters aus § 562 b Abs. 2 S. 1 BGB wenigstens vorbereitet werden.

Für Gewerbemietraumverhältnisse ist zu betonen:

Einerseits hat das Vermieterpfandrecht bei gewerblichen Mietverhältnissen erhebliche Bedeutung, da es für den Vermieter häufig die einzige Möglichkeit darstellt, für seine bereits entstandenen bzw. entstehenden Verluste Ausgleich zu erlangen; andererseits bleibt das Vermieterpfandrecht in vielen Fällen in der Praxis bedeutungslos. Zwar

¹³⁶ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 46

¹³⁷ Moeser, in: Lindner-Figura / Oprea / Stellmann, Geschäftsraummieta, Kapitel 12, Rn. 22, 28 ff, 233 ff

¹³⁸ BGH, Urteil vom 6.12.2017 - XII ZR 95/16, www.bundesgerichtshof.de, Rn. 9 der Entscheidungsgründe

¹³⁹ BGH, Urteil vom 6.12.2017 - XII ZR 95/16, www.bundesgerichtshof.de, Rn. 9 der Entscheidungsgründe; Zöller/Herget, Kommentar zur ZPO, 32 der Auflage, § 811 ZPO Rn. 25; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Teil III Rn. 226

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 6.12.2017 - XII ZR 95/16, www.bundesgerichtshof.de, Rn. 11. Entscheidungsgründe

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 6.12.2017 - XII ZR 95/16, www.bundesgerichtshof.de

¹⁴² OLG Rostock, Urf. V. 13.4.2004 – 3 U 68/04, MietRB 2004, S. 231

ist in Gewerbemietverhältnissen wegen des eingebrachten betrieblichen Anlagevermögens (Maschinen u.a.) und des Umlaufvermögens (Warenlager u.a.) offenbarer, welche Wertsachen der Mieter in die Mieträume eingebracht hat, doch nutzt dem Vermieter dieses Wissen nichts. Denn wie bereits angesprochen besteht das Vermieterpfandrecht nicht im Hinblick auf unpfändbare Sachen (§ 562 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 811 Nrn. 4 –7, 9 ZPO). Arbeitsmittel, die auch zur Fortführung eines Gewerbes benötigt werden, sind unpfändbar. Pfändbar wäre allenfalls das Warenlager des Mieters, soweit es in seinem Eigentum steht. Dies ist aber in der Praxis nur die Ausnahme. Denn typischerweise werden Waren unter Eigentumsvorbehalt angeliefert oder es wird bei der Anlieferung von Rohprodukten oder Halbfertigprodukten vom Lieferanten vorgegeben, dass diese gelieferten Sachen auch nach einer Verarbeitung durch den Mieter bis zur endgültigen Zahlung im Eigentumsvorbehalt des Lieferanten bleiben. Hier hilft nur die gesetzliche Vermutung in § 1006 Abs. 1 BGB weiter. Zugunsten des Mieters als Besitzer der Sachen wird vermutet, dass er auch Eigentümer ist. Der BGH billigt dieser Vermutung einen weiten Anwendungsbereich zu¹⁴³:

Zunächst könne sich auf die Eigentumsvermutung in § 1006 BGB nicht nur der dadurch begünstigte Besitzer selbst, sondern im Verhältnis zu Dritten jeder berufen, der sein Recht von dem Besitzer ableite¹⁴⁴. Dieser Ansatz gelte auch für das Vermieterpfandrecht. Auf den eigenen Besitz des Vermieters könne es dabei nicht ankommen. Ihm sei vielmehr die Möglichkeit zuzubilligen, sich auf die zu Gunsten seines Mieters streitende Eigentumsvermutung zu berufen, weil er sein Vermieterpfandrecht von diesem ableite. Das Pfandrecht entstehe nur an Sachen, die dem Mieter gehören. Ob diese Sachen tatsächlich dem Mieter gehören, könne der Vermieter nicht beurteilen. Es zeige sich eine parallele Bewertung zwischen dem Vermieter und einem Inventarpfandgläubiger. Denn beide Pfandrechte seien besitzlos. Folglich befinde sich auch der Vermieter in einer ähnlichen Lage wie der Hypothekengläubiger hinsichtlich des mithaftenden Grundstückszubehörs¹⁴⁵. Die Anwendung der Eigentumsvermutung in § 1006 BGB setze auch nicht den Nachweis von Eigenbesitz voraus¹⁴⁶. Schließlich könne die gesetzliche Vermutung in § 1006 BGB nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt, aber nicht bereits nach § 292 Satz 1 ZPO entkräftet werden¹⁴⁷. Dazu sei der Nachweis erforderlich, dass der Besitzer - hier der Mieter - trotz des Besitzererwerbs nie Eigentümer geworden sei (Beweis des Gegenteils zur Widerlegung der Eigentumsvermutung)¹⁴⁸. Der Nachweis des eigenen Eigentums zu einem früheren Zeitpunkt vor dem Besitzübergang reiche dagegen nicht aus, um die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB zu widerlegen.

¹⁴³ BGH, Versäumnisurteil vom 3. März 2017 - 268/15, DWW 2017, 227 = NZM 2017, 479

¹⁴⁴ Rn. 11 mit weiteren Nachweisen

¹⁴⁵ Im Einzelnen Rn. 16

¹⁴⁶ Rn. 18

¹⁴⁷ Rn. 20 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH

¹⁴⁸ Rn. 24 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH

Entkräftet der Mieter diese Vermutung mit dem Hinweis auf den Eigentumsvorbehalt zugunsten seiner Lieferanten, so muss der Vermieter sofort die Adresse des Verkäufers beim Mieter in Erfahrung bringen. Es entsteht ein entsprechender Auskunftsanspruch.

Der Vermieter hat danach die Möglichkeit, die offenstehenden Zahlungsraten für den Mieter an dessen Verkäufer/Lieferanten zu zahlen, den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers damit zugunsten des entstehenden Eigentums des Mieters zu erledigen und danach die Sachen zu pfänden. Dies ist natürlich ein Rechenbeispiel. Unter dem Strich wird sich diese Methode nur rechnen, wenn der Vermieter durch die Verwertung der gepfändeten Sachen sowohl alle seine bisherigen Haupt- und Nebenforderungen als auch die für den Mieter an dessen Verkäufer gezahlten Raten zurückerhält.

10. Grundschuld

Ist der Mieter selbst Grundeigentümer, so bietet sich die Absicherung des Vermieters durch Eintragung einer Grundschuld auf dem Grundstück des Mieters an. Allerdings werden in der Fachliteratur Zweifel geäußert, ob dies auch bei Gewerberaummietverhältnissen in Form einer Formularvereinbarung zulässig ist¹⁴⁹.

D. Fazit

Die vorausgegangenen Betrachtungen haben gezeigt, dass den Sicherungsinteressen der Vertragsparteien angemessen Rechnung getragen werden kann, dies auch in der Insolvenz des Vertragspartners. Mit Blick darauf ist aus Sicht des Mieters vor allem eine dingliche und insolvenzfeste Sicherung seiner Nutzungsrechte anzustreben. Dem Vermieter muss insbesondere an einer Vertragsgestaltung gelegen sein, die seine Zahlungsansprüche insolvenzfest absichert, die ihm ein schnelles Vorgehen bei der Beitreibung seiner Forderungen garantiert sowie einen Zugriff auf weitere Schuldner insbesondere im Insolvenzfall des Mieters eröffnet. In allen Fällen sind Kombinationen einzelner Sicherungsmittel denkbar.

Dr. Horst
22.2.2018

¹⁴⁹ Schultz, , S. 150