

Mieterdienstbarkeit

Richterin am Kammergericht Annette Gabriel

I. Einführung

Die Mieterdienstbarkeit ist eine sinnvolle Möglichkeit der Absicherung des Mieters insbesondere im Gewerberecht und ist Gegenstand vieler interessanter Aufsätze und Schriften.¹ Dennoch spielt dieses Sicherungsinstrument in der Rechtsprechung kaum eine Rolle und dürfte daher bisher in der Praxis selten Anwendung gefunden haben.² Dabei wäre die Mieterdienstbarkeit ein guter Schutz des Gewerbemieters vor einer vorzeitigen Beendigung der Nutzung aufgrund einer Kündigung des Mietvertrages, die in der Sphäre des Vermieters ihren Ursprung hat. Eine Kündigung kann aus vielfältigen Gründen in Betracht kommen, sei es aufgrund eines Sonderkündigungsrechts als Folge einer nachteilig veränderten finanziellen Lage des Vermieters oder aufgrund erbrechtlicher Gestaltungen, aber auch aufgrund der Nichteinhaltung der Schriftform oder einer Doppelvermietung vor Übergabe des Mietobjektes. In all diesen Fällen kann eine Mietpartei allein auf der Grundlage des Mietvertrages das Objekt trotz erheblicher eigener wirtschaftlicher Investitionen verlieren und/oder auch Wettbewerbsnachteile erleiden, ohne dies rechtlich verhindern zu können.

Denn der Mietvertrag bewirkt bekanntermaßen nur eine schuldrechtliche Bindung zwischen den Parteien, die ihn geschlossen haben. Durch die Eintragung einer Mieterdienstbarkeit im Grundbuch, bei der es sich um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB handelt, wird der Mieter dagegen dinglich gegenüber jedermann abgesichert, das Grundstück entsprechend dem urkundlich vereinbarten Zweck nutzen zu können, und zwar - in Form der Sicherungsdienstbarkeit - gerade dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag beendet ist. Mit der Bezeichnung als „Flankenschutz des Gewerberaummieters“³ ist ein zumindest eingängiger Begriff gefunden.

¹ so u.a. Schneider, NJW 2022, 438 ff.; Skauradszuhn, NZI 2019, 965 ff.; Horst, NZM 2018, 889 ff., 891 f.; Krüger, NZM 2012, 377 ff.; Nouvertné, BKR 2012, 52 ff.; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873; grundlegend Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, 2007, sowie Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, 1995

² vgl. die Umfrage unter Notaren im Jahr 1991/1992 von Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 77 ff.

³ Krüger, NZM 2012, 377 ff.; OLG München, Beschluss vom 11. Januar 2013 – 34 Wx 244/12 Kost –, Rn. 13, juris; Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293; zuletzt Drasdo, NJW-Spezial, 2022, 673;

II. Grundlagen der Mieterdienstbarkeit

Drei verschiedene Verhältnisse sind zu unterscheiden: der schuldrechtliche Vertrag in Form des Miet- oder Pachtvertrages, das dingliche Rechtsgeschäft in Form der Bewilligung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sowie Beantragung von deren Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB) und das jenem zugrunde liegende vertragliche Schuldverhältnis in Form der Sicherungsabrede.

Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit ist auf die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, auf den Ausschluss der Ausübung eines Rechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, sowie - und insoweit wesentlich für eine Mieterdienstbarkeit - auf die Benutzung des belasteten Grundstücks in einzelnen Beziehungen gerichtet. Inhalt einer Dienstbarkeit kann dagegen nicht eine positive (Leistungs-) Pflicht und kein sonstiges positives Tun des Eigentümers sein. Auch darf die Dienstbarkeit keine umfassende Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit des Eigentümers des belasteten Grundstücks enthalten; vielmehr muss die dem Eigentümer auferlegte Unterlassungspflicht auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein.⁴

Die Dienstbarkeit ist ein höchstpersönliches Recht, das nur einer bestimmten (natürlichen oder juristischen) Person zukommt; durch die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit entsteht zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ein gesetzliches Schuldverhältnis.⁵ Zu beachten ist, dass die beschränkt persönliche Dienstbarkeit, abgesehen von Ausnahmen, grundsätzlich nicht übertragbar oder vererblich ist, vgl. § 1092 Abs. 1 BGB sowie §§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB.⁶

Eine Vereinbarung, bei der zwei Nutzungsrechte (ein schuldrechtliches und ein dingliches) gleichen oder ähnlichen Inhalts nebeneinander entstehen, ist zwar nicht ausgeschlossen, aber ein Ausnahmefall, der einer zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede bedarf.⁷ Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Mieterdienstbarkeit, um miet- oder pachtvertragliche Regelungen abzusichern, ist inzwischen höchstrichterlich geklärt,⁸ auch wenn viele Fragen noch offen sind.

⁴ BGH, Urteil vom 14. März 2003 - V ZR 304/02 -, Rn. 22, juris

⁵ Reymann in: Staudinger, BGB - 2017-, § 1090, Rn. 1

⁶ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 874

⁷ BGH, Urteil vom 27. Juni 2014 - V ZR 51/13 -, Rn. 10, juris; BGH, Urteil vom 20. September 1974 - V ZR 44/73 -, Rn. 15, juris

⁸ BGH, Urteil vom 27. Juni 2014 - V ZR 51/13 -, Rn. 11, juris; Beschluss vom 7. April 2011 - V ZB 11/10 -, Rn. 15, juris

Eine von der schuldrechtlichen Verpflichtung unabhängige "faktische" Bindung des Grundstückseigentümers an den Dienstbarkeitsberechtigten ist die notwendige Folge des Abstraktionsprinzips, die der Verpflichtete durch Vereinbarung einer (auflösenden) Bedingung oder Befristung bei der Dienstbarkeitsbestellung einschränken kann.⁹ So steht ihm ein vertraglicher Anspruch auf Löschung der Dienstbarkeit zu, wenn die Auslegung der Sicherungsabrede ergibt, dass sie bei mieterseitiger Beendigung der zu sichernden schuldrechtlichen Vereinbarung zurückzugewähren ist, oder wenn der Sicherungszweck der Dienstbarkeit entfallen ist.¹⁰

III. Anwendungsfälle

Die Fallgestaltungen, in denen ein Mieter, der erhebliche Mittel in das Mietobjekt investiert hat oder darauf aus Gründen des Wettbewerbs angewiesen ist, des Schutzes davor bedarf, seines Nutzungsrechts verlustig zugehen, sind vielfältig. Nachfolgend sollen die wesentlichen Anwendungsfälle, die eine Mieterdienstbarkeit nahelegen, skizziert werden:

1. Schriftformmangel, § 550 BGB

Ein weites Anwendungsfeld, den Mieter vor einer vorzeitigen Räumung durch Eintragung einer Mieterdienstbarkeit im Grundbuch zu schützen, sind die Fälle, in denen ein Vermieter - ob ursprünglicher Vertragspartner oder späterer Erwerber des Grundstücks (§§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 BGB) - ein eigentlich langfristig abgeschlossenes Mietverhältnis unter Berufung auf die fehlende Schriftform gemäß § 550 BGB mit ordentlicher Frist kündigt. Im Gewerbemietrecht bedeutet dies eine gesetzliche Frist von gerade einmal sechs Monaten zum Ende eines Kalenderquartals, § 580a Abs. 2 BGB. Die Möglichkeit gemäß § 550 BGB, aus Vermietersicht wenig lukrative Mietverträge kurzfristig zu beenden, hat „enorme Bedeutung“¹¹ für die mietrechtliche Praxis; dementsprechend bieten vielfältige Problemstellungen Anlass zu zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen.¹² Auch wenn eine Tendenz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu erkennen ist, die Strenge früherer Entscheidungen zu revidieren, sind Mieter selbst unter Heranziehung professioneller Beratung bei Abfassung des Ursprungsmietvertrages nicht davor gefeit, die Schriftformvorschrift z.B. durch im Laufe des Mietvertrages erfolgte Nachträge, die Unvollständigkeiten aufweisen, zu verletzen.¹³ Liegt ein Verstoß gegen die Schriftform vor und spricht der Vermieter infolge

⁹ BGH, Urteil vom 22. Januar 1992 - VIII ZR 374/89 -, beck-online

¹⁰ BGH, Urteil vom 15. April 1998 - VIII ZR 377-96 -, beck-online, für eine Bierbezugsverpflichtung

¹¹ Günther, NZM 2019, 561 ff., 561

¹² s. insbesondere BGH, Urteil vom 26. Februar 2020 – XII ZR 51/19 –, Rn. 21, juris; BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – XII ZR 60/20 –, Rn. 2, juris, m.w.N.

¹³ Vgl. die Fallgestaltung im Urteil des BGH vom 26. Februar 2020 – XII ZR 51/19 –, Rn. 2, 22, juris

dessen erfolgreich die Kündigung aus, ist die Berufung auf den Formmangel nur in engen Ausnahmefällen rechtsmissbräuchlich.¹⁴ Zudem steht dem Mieter kein Schadensersatz gegen den Kündigenden zu.

Ist der schuldrechtliche Mietvertrag wirksam beendet, verhilft die Mieterdienstbarkeit dem Mieter dazu, sein Nutzungsrecht dennoch zu behalten; eine Räumung kann jedenfalls nicht vor Ablauf der mietvertraglich vorgesehenen Laufzeit einschließlich der dem Mieter zustehenden und gegebenenfalls ausgeübten Verlängerungsoptionen verlangt werden.¹⁵ Auch wenn die Mieterdienstbarkeit faktisch zu einer Ausschaltung von § 550 BGB führt, bestehen keine Bedenken.¹⁶ Denn der Bundesgerichtshof betont immer wieder als Schutzzweck der Norm neben der Beweisbarkeit langfristiger Abreden und dem Übereilungsschutz der Vertragsparteien den Schutz eines Erwerbers, sich zuverlässig über die auf ihn zukommenden Rechte und Pflichten informieren zu können.¹⁷ Alle diese Anforderungen werden durch die Eintragung einer Mieterdienstbarkeit im Grundbuch erfüllt, da jeder Erwerber darüber beim Kauf durch den Grundbuchauszug informiert wird und die Parteien des Mietvertrages aufgrund der Anforderungen an den Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (notarielle Beurkundung, mindestens aber notarielle Beglaubigung) stärker geschützt werden als aufgrund der bloßen Schriftform gemäß § 550 BGB.

Zu berücksichtigen bleibt allerdings, dass eine unentgeltliche Nutzung der Immobilie aufgrund der Mieterdienstbarkeit regelmäßig nicht den Vorstellungen der ursprünglichen Mietvertragsparteien entsprechen dürfte. Maßgeblich sind insoweit die Bestimmungen der Sicherungsabrede, die Regelungen zur Ausübungsvergütung vorsehen sollten.¹⁸

2. Insolvenz des Vermieters, § 111 InsO

Regelmäßig wird zwar bei Vertragsabschluss nicht nur der Vermieter die Bonität des Mietinteressenten prüfen, sondern auch umgekehrt ein Mieter die seines potenziellen Vertragspartners, um sichergehen zu können, dass das Mietobjekt instandgehalten, vor allem aber nicht in eine Insolvenzverwaltung oder Zwangsverwaltung fällt. Doch nicht immer ist die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Vertragspartners sicher und auf lange Sicht einzustufen, insbesondere, wenn es sich bei dem Vermieter um eine Objektgesellschaft handelt, die

¹⁴ vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 –, Rn. 41; andererseits BGH, Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 –, Rn. 24, juris

¹⁵ Böker, Mietersicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 99

¹⁶ Günther, NZM 2019, 561 ff., 565; Krüger, NZM 2018, 42 und ausführlich NZM 2012, 377 ff., 379; Böker, Mietersicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 99 ff.

¹⁷ statt aller BGH, Urteil vom 26. Februar 2020 – XII ZR 51/19 –, Rn. 21, juris

¹⁸ Nouvertné, BKR 2012, 52 ff., 54; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 875; s. ferner zur Ausgestaltung der Sicherungsabrede unten sub IV.

die Immobilie fremdfinanziert hat. Ebenso unwägbar ist die Situation, wenn es zu einer Veräußerung der vermieteten Immobilie kommt und der Mieter einem neuen Vermieter gegenübersteht, §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 BGB.

Gerät der Vermieter in Zahlungsschwierigkeiten, wird das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet und war zu diesem Zeitpunkt das Mietobjekt dem Mieter bereits überlassen, bestehen Mietverhältnisse über unbewegliche Gegenstände oder Räume zwar zunächst mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, § 108 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO; eine Kündigung ist nur nach den allgemeinen (gesetzlichen oder vertraglichen) Vorschriften möglich.¹⁹ Veräußert der Insolvenzverwalter jedoch das Grundstück mit der Folge des Übergangs des Mietverhältnisses auf den Erwerber, steht diesem unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gemäß § 111 Satz 1 InsO ein Sonderkündigungsrecht zu. Der Versuch, diese Rechtsfolge durch die vertragliche Gestaltung des Mietvertrages zu umgehen, bleibt wirkungslos, da das Sonderkündigungsrecht nicht im Voraus abdingbar ist, § 119 InsO.

Wenn die Mietsache vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht übergeben worden war, hat zudem der Insolvenzverwalter, da § 108 Abs. 1 InsO einschränkend auszulegen ist, das Wahlrecht gemäß § 103 InsO, den Mietvertrag weiterhin zu erfüllen oder die Erfüllung abzulehnen.²⁰ Im letzteren Fall endet das Mietverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Der Mieter ist dann darauf beschränkt, als bloßer Insolvenzgläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrages gemäß § 280 Abs. 1 BGB geltend zu machen.²¹

Sowohl im Fall der Veräußerung der Immobilie durch den Insolvenzverwalter mit der Folge des Sonderkündigungsrechts des Erwerbers als auch im Fall der Erfüllungsablehnung gemäß § 103 InsO bewirkt die Mieterdienstbarkeit den Schutz des Mieters vor dem Verlust des Nutzungsrechts. Die herrschende Literaturmeinung geht davon aus, dass die §§ 111, 119 InsO durch eine Mieterdienstbarkeit nicht in unzulässiger Weise umgangen werden.²² Ausdrückliche höchstrichterliche Rechtsprechung dazu liegt, soweit ersichtlich, nicht vor. Der Bundesgerichtshof hat für den Fall der Mieterinsolvenz ausgeführt, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als ein dingliches Nutzungsrecht grundsätzlich nicht in

¹⁹ Breitenbücher in: Graf-Schlicker, InsO, § 108 Fortbestehen bestimmter Dauerschuldverhältnisse, Rn. 23

²⁰ BGH, Urteil vom 11. Dezember 2014 – IX ZR 87/14 –, Rn. 17, juris; BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 – IX ZR 185/06 –, Rn. 13, juris

²¹ Nouvertné, BKR 2012, 52 ff., 53; Breitenbücher in: Graf-Schlicker, InsO, § 103 Wahlrecht des Insolvenzverwalters, Rn. 63, 84

²² ausführlich Skauradszun, NZI 2019, 965 ff., 966 f.; s. ferner Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 877; Reymann in: Staudinger, BGB – 2021 –, § 1093, Rn. 12 m.w.N.

den Anwendungsbereich von § 119 InsO fällt, der sich nach dem Wortlaut nur auf schuldrechtliche Verträge („Vereinbarungen“) bezieht.²³ Zudem ist ein beschränkt persönliches Recht aussonderungsfähig; der Anspruch auf Aussonderung gemäß § 47 InsO, der Schutz vor Besitzentziehung gewährt,²⁴ würde konterkariert, wenn § 119 InsO entgegenstehen würde.²⁵

Entscheidend dürfte sein, ob der Mieter aufgrund der Bestimmungen in der Sicherungsabrede²⁶ verpflichtet ist, ein Ausübungsentgelt zu zahlen. Unter dieser Voraussetzung bleiben Sinn und Zweck der §§ 103 ff. InsO, die Erfüllung von für die Masse nachteiligen Verträgen zu verhindern und Gegenstände der Masse bestmöglich zu verwerten, unbeeinträchtigt. Soweit darauf abgestellt wird, dass das Entgelt marktüblich sein müsse,²⁷ ist fraglich, ob die Marktlage bei Abschluss der Sicherungsabrede oder bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens entscheidend sein soll, inwieweit also ein späteres Auseinanderdriften von Marktsituation und vertraglicher Vereinbarung die Wirksamkeit der Sicherungsabrede beeinflussen kann. Am unbedenklichsten wäre es, wenn kein konkretes Ausübungsentgelt vereinbart wird, sondern die Zahlung des ortsüblichen Entgelts analog § 546a Abs. 1 BGB. Dies hat allerdings für den Mieter das Risiko zur Folge, bei steigenden Mieten nicht mehr von den nach dem Mietvertrag günstiger vereinbarten Konditionen profitieren zu können.

Die Anfechtungstatbestände der §§ 130-132 InsO, die den Insolvenzverwalter berechtigen, unter bestimmten Voraussetzungen Vereinbarungen des Schuldners anzufechten, die die Insolvenzgläubiger benachteiligen, dürften wohl nicht entgegenstehen. Voraussetzung wäre, dass die Bestellung der Mieterdienstbarkeit innerhalb der Fristen der §§ 130 bis 132 InsO erfolgt wäre, d. h. innerhalb von bis zu drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag. Dies dürfte praktisch kaum vorkommen.²⁸ Die Möglichkeit einer Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO, bei der die Frist zehn Jahre beträgt, liegt fern, da in der Regel die Bestellung der Sicherungsdienstbarkeit im Interesse des Mieters erfolgt.²⁹

Schließlich muss ein Mieter keine nachteiligen Auswirkungen befürchten, selbst wenn er mit einem Vertragspartner kontraktiert hatte, der den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union hat, so

²³ BGH, Beschluss vom 7. April 2011 – V ZB 11/10 –, Rn. 15, juris

²⁴ Stiegele, Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 225 f.

²⁵ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 877

²⁶ s. dazu unten sub IV.

²⁷ Skauradszun, NZI 2019, 965 ff., 967

²⁸ Böker, Die Mietersicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 94

²⁹ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 878 f.

dass die dortigen Gerichte international für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen zuständig wären, Art. 3 Abs. 1 EulnsVO. Denn sowohl gemäß Art. 8 EulnsVO als auch gemäß Art. 11 EulnsVO bestimmen sich die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die in einem deutschen Grundbuch eingetragene Mieterdienstbarkeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland.³⁰

3. Zwangsversteigerung der Immobilie, § 57a ZVG

Nicht nur ein Insolvenzverfahren, sondern auch ein Zwangsversteigerungsverfahren kann sich tiefgreifend auf die Rechtsstellung des Mieters auswirken. Denn kommt es zu einer Zwangsversteigerung, tritt der Ersteher, soweit dem Mieter aufgrund eines wirksamen Mietvertrages das Mietobjekt tatsächlich überlassen worden war, mit dem Zuschlag zwar originär in alle Rechten und Pflichten des bisherigen Vermieters ein. Um jedoch einem Erwerb in der Zwangsversteigerung wirtschaftlichen Anreiz zu geben und höhere Gebote zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber ein Sonderkündigungsrecht in § 57a Satz 1 ZVG vorgesehen; die Kündigung hat unter Einhaltung der gesetzlichen Frist, allerdings nur zum ersten zulässigen Termin,³¹ d.h. ohne schuldhaftes Zögern³² zu erfolgen, § 57a Satz 2 ZVG. Auf die Versäumung der Frist sollte ein Mieter nicht vertrauen, denn in der Regel erfolgt der Zuschlag an professionelle Ersteher, denen die knappen Fristen bekannt sind.³³

Übt der Ersteher das Sonderkündigungsrecht aus, verbleiben dem Mieter Schadensersatzansprüche nur gegenüber seinem früheren Vermieter. Unabhängig von der Schwierigkeit, einen solchen Schaden nachvollziehbar darzulegen und in einem Rechtsstreit zu beweisen, dürfte der wirtschaftliche Wert eines solchen Anspruchs äußerst gering sein angesichts der Umstände, die zu einer Zwangsversteigerung führen. Im Verhältnis zum Ersteher hat der Bundesgerichtshof einen Bereicherungsanspruch bejaht, wenn er infolge seines Sonderkündigungsrechts deutlich vorzeitig in den Genuss von wertsteigernden Investitionen des Mieters kommt³⁴. Allerdings dürfte auch hier das Problem bestehen, die Höhe des Bereicherungsausgleichs zu beziffern und zu beweisen.

Der Mieter kann diesen Schwierigkeiten nicht entgehen, indem die Wirkung des § 57a ZVG in dem Mietvertrag abbedungen wird. Eine solche Regelung ist unwirksam.³⁵ Der Eigen-

³⁰ im Einzelnen Skauradszun, NZI 2019, 965 ff., 968 f.

³¹ BGH, Urteil vom 15. September 2021 – VIII ZR 76/20 –, Rn. 23, juris

³² Gojowczyk in: Stöber, Zwangsversteigerungsrecht, 22. Aufl., § 57a, Rn. 15; OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. September 2002 – 10 U 66/02 –, Rn. 3, juris

³³ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 876

³⁴ BGH, Urteil vom 29. April 2009 – XII ZR 66/07 –, Rn. 8, 11, juris

³⁵ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 51; Schneider, NJW 2022, 438 ff., 439 (Rn. 8)

tumserwerb im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt durch Zuschlagsbeschluss als einem staatlichen Hoheitsakt; das Sonderkündigungsrecht stellt eine gesetzliche Versteigerungsbedingung dar und ist grundsätzlich Bestandteil des Eigentumserwerbs; die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes überlagern insoweit das Zivilrecht.³⁶

Es besteht zwar für den Mieter - soweit er überhaupt Kenntnis von der Zwangsversteigerung hat - die Möglichkeit, in dem Verfahren gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 ZVG einen Antrag zu stellen, das Sonderkündigungsrecht entfallen zu lassen. Allerdings müssten die die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger als Beteiligte im Sinne von § 59 Abs. 1 Satz 2 ZVG zustimmen, dürften eine Zustimmung jedoch aufgrund der negativen Auswirkung des Entfalls eines Sonderkündigungsrechts regelmäßig verweigern. Insofern handelt es sich bei dem Antrag gemäß § 59 Abs. 1 ZVG um ein stumpfes Schwert; eine Absicherung des Mieters lässt sich dadurch kaum realisieren.

In Betracht kommen kann zwar, dass die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gemäß §§ 242, 226 BGB rechtsmissbräuchlich ist. Der Bundesgerichtshof hat solches im Jahr 1978 grundsätzlich bejaht.³⁷ Es ging um den Versuch eines „findigen“ Vermieters im Zusammenwirken mit einem Kaufinteressenten, die Zwangsversteigerung ausschließlich zu dem Zweck zu betreiben, um einen langfristigen Mietvertrag kündigen zu können und dadurch den Mieter zu schädigen. Ein solcher Fall dürfte allerdings die Ausnahme bleiben.

Um dem Mieter zu ermöglichen, sein Nutzungsrecht weiterhin ausüben zu können und nicht nur auf die Durchsetzung zweifelhafter Schadensersatzansprüche verwiesen zu werden, erweist sich die Eintragung einer Mieterdienstbarkeit als probates Mittel. Es entspricht herrschender Ansicht in der Literatur,³⁸ eine solche beschränkt persönliche Dienstbarkeit als wirksam zu erachten, auch wenn damit faktisch das Sonderkündigungsrecht gemäß § 57a ZVG seine Wirkung verliert und die Rechte der beteiligten Gläubiger beeinträchtigt sein können. Das Bayerische Oberste Landesgericht verwies lediglich darauf, dass dies „in der Natur der Sache“ liege und „bei anderen vergleichbaren Belastungen nicht anders“ sei.³⁹ Der Bundesgerichtshof hat sich zu dieser Frage bisher nicht ausdrücklich geäußert; in einer neueren Entscheidung betont er, dass sich der Ersteher (nur) von der schuldrechtlichen

³⁶ BGH, Urteil vom 15. September 2021 – VIII ZR 76/20 –, Rn. 27 ff., juris; Schneider, NJW 2022, 438 ff. (Rn. 3)

³⁷ BGH, Urteil vom 17. Mai 1978 – VIII ZR 48/77 –, Rn. 13, juris

³⁸ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 81 ff., 87; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 876; Oprée in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete, Kapitel 21, Rn. 64; Horst, NZM 2018, 889 ff., 891; a. A. wohl nur Wolfsteiner, ZNotP 1997, 88 ff. nun

³⁹ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 23. November 1989 – BReg 2 Z 55/89 –, Rn. 19, juris

Last eines Mietvertrags befreien kann, ohne allerdings - da der Fallgestaltung nicht zugrunde liegend - zu der Absicherung durch eine Mieterdienstbarkeit Stellung zu nehmen.⁴⁰

Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen, denn dem nachrangigen Gläubiger ist die Belastung des Grundstücks bekannt, während der vertragstreue Mieter Schutz verdient, da er die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Vermögen seines Vermieters in der Regel nicht zu vertreten hat.⁴¹

Die vorstehenden Ausführungen gelten nicht für die Teilungsversteigerung gemäß § 180 ZVG; hier erwirbt der Ersteher kein Sonderkündigungsrecht, § 183 ZVG.⁴²

4. Erbrechtliche Sonderkündigungsregeln

In Folge der wirtschaftlichen Entwicklung der letzten Jahrzehnte wurde in Deutschland deutlich größeres Vermögen aufgebaut und oftmals in Immobilien investiert, die möglichst steuervermeidend auf die nächste Generation übertragen werden sollen. Ein beliebtes Gestaltungsinstrument stellt die Schenkung unter Einräumung eines Nießbrauchsrechts des Schenkenden dar, vgl. §§ 1030 ff., 1048 ff. BGB. Vielfach ist nicht bekannt, dass dem neuen Eigentümer nach dem Ende des Nießbrauchs ein Kündigungsrecht gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zusteht unabhängig von der vereinbarten festen Laufzeit des Mietvertrages. Anders als zum Beispiel gemäß § 57a Abs. 1 Satz 2 ZVG muss der Eigentümer die Kündigung nicht zum ersten möglichen Termin aussprechen, sondern kann davon auch erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen.⁴³ Es empfiehlt sich auch hier die Absicherung des Mieters, der erhebliche Investitionen vorgenommen hat, durch Bestellung einer Mieterdienstbarkeit, da bisher in der Rechtsprechung ungeklärt ist, ob eine einschränkende Auslegung von § 1056 Abs. 2 BGB geboten ist mit der Folge des Entfalls des Sonderkündigungsrechts, wenn das Grundstück schon bei Einräumung des Nießbrauchs zur Vermietung an Dritte vorgesehen war.⁴⁴

Weitere Anwendungsfälle für die Absicherung des Mieters durch Bestellung einer Mieterdienstbarkeit sind das aufgrund der Verweisung in § 2135 BGB bei Vor- und Nacherbschaft geltende Kündigungsrecht des Nacherben, wenn die Nacherbfolge eintritt, und das – allerdings zeitlich begrenzte - Recht zur ordentlichen Kündigung des Grundstückseigentümers

⁴⁰ BGH, Urteil vom 15. September 2021 – VIII ZR 76/20 –, Rn. 34, juris

⁴¹ Oprée in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta, Kapitel 21, Rn. 63

⁴² Böttcher in: Böttcher, 7. Aufl. 2022, ZVG § 183 Rn. 1; Schneider, NJW 2022, 438 ff., 441

⁴³ Pohlmann in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1056 Rn. 15; BGH, Urteil vom 27. November 2009 – LwZR 12/08 –, Rn. 26 m.w.N., juris

⁴⁴ so Streyll in: Schmidt-Futterer, 15. Aufl. 2021, BGB § 567 Rn. 21

gemäß § 30 Abs. 2 Satz 1 und 2 ErbbauRG, wenn ein Erbbauberechtigter sein Grundstück vermietet oder verpachtet hatte und das Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen ist.

5. Doppelvermietung vor Überlassung des Mietgegenstandes an den Mieter

Es kommt in der Praxis durchaus vor, dass ein Vermieter das Objekt vor Besitzübergabe anderweitig nochmals vermietet, sei es aus Profitgründen, sei es, weil er von einer vermeintlichen Unwirksamkeit des ersten Mietvertrages ausgeht. In einem solchen Fall erleidet der Erstmietler, der z.B. aus Wettbewerbsgründen auf den Standort angewiesen ist oder bereits vor Übergabe Planungskosten aufgewendet hat oder sogar bereits Bauverträge für das gemietete Objekt eingegangen ist, erhebliche Nachteile. Denn der zweite Mietvertrag ist aus Gründen der Privatautonomie ebenso wirksam. Der nicht berücksichtigte Erstmietler kann im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach h. M. einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Vermieter nicht erfolgreich durchsetzen,⁴⁵ da der Vermieter bis zur Zwangsvollstreckung entscheiden darf, an wen er leistet; dem Erstmietler verbleiben nur Schadensersatzansprüche, wenn er das Nachsehen hat, da die Doppelvermietung einen nachträglichen Rechtsmangel begründet.⁴⁶ Diese Schäden zu beziffern, dürfte, insbesondere wenn Wettbewerbsnachteile im Raum stehen, schwierig werden; durch die Bestellung einer Mieterdienstbarkeit werden solche Probleme vermieden.

IV. Gestaltung der Sicherungsabrede

Die Verbindung zwischen dem durch den schuldrechtlichen Mietvertrag entstandenen und zu sichernden Nutzungsrecht und dem Sicherungsrecht selbst, der Dienstbarkeit, wird durch den Sicherungsvertrag hergestellt. Dieser Sicherungsvertrag ist die „causa“ für die Dienstbarkeit.⁴⁷ Fehlt es an einer wirksamen Sicherungsabrede, so kann die beschränkte persönliche Dienstbarkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 BGB zurückgefordert werden.⁴⁸

Besonderes Augenmerk verdient nicht nur die Form, sondern ebenso auch der Inhalt der Sicherungsabrede, die gesetzlich nicht geregelt ist; es sollten Regelungen über die Verpflichtung zur Bestellung der Mieterdienstbarkeit, die Definition des Sicherungsfalls, die Regelung des Rangs, Regelungen zur Ausübung der Dienstbarkeit, insbesondere des dafür

⁴⁵ KG Berlin, Beschluss vom 7. September 2017 – 8 W 47/17 –, Rn. 5; KG, Beschluss vom 25. Januar 2007 – 8 W 7/07 –, Rn. 3 ff. m.w.N., juris

⁴⁶ BGH, Urteil vom 10. Mai 2006 – XII ZR 124/02 –, Rn. 10, juris

⁴⁷ Nouvertné, BKR 2012, 52 ff., 54

⁴⁸ Oprée in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 37; vgl. ferner BGH, Urteil vom 29. September 1989 – V ZR 326/87 –, Rn. 10, juris

zu zahlenden Entgelts, sowie ihrer Rückgewähr sein.⁴⁹ Die Probleme im Zusammenhang mit dem Sicherungsmittel „Mieterdienstbarkeit“ sind vielschichtig und erfordern in jedem Fall eine individuell zugeschnittene Gestaltung der Sicherungsabrede. Nachfolgend sollen die wesentlichsten Elemente dargestellt werden.

1. Verpflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit

Ein wichtiger Bestandteil der Sicherungsabrede ist die Pflicht des Vermieters, die Mietsicherungsdienstbarkeit zu bestellen, denn hierdurch erhält der Mieter erst den gegen den Vermieter gerichteten schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung der Mietsicherungsdienstbarkeit. Um als Mieter nicht gleich zu Beginn eines Mietverhältnisses den Klageweg beschreiten zu müssen, wenn der Vermieter seiner Verpflichtung zur Bestellung nicht nachkommt, wird empfohlen, zugleich eine Stundung hinsichtlich der Miete für diesen Fall zu vereinbaren.⁵⁰ Ob sich eine solche Einschränkung der Vermieterrechte in der Praxis durchsetzen lässt, erscheint fraglich. Sinnvoller dürfte es sein, Mietvertrag mit Sicherungsabrede und Bestellungsvertrag gleichzeitig unterschreiben zu lassen. Jedenfalls sollte der Umfang der Nutzung in dem Sicherungsvertrag, der häufig in Form einer gesonderten Klausel Teil des Mietvertrages ist, knappgehalten werden und der Inhalt der Mietsicherungsdienstbarkeit einer Regelung in dem dinglichen Rechtsgeschäft vorbehalten bleiben. Es wird so vermieden, dem Grundbuchamt mit dem Eintragungsantrag und der Bestellung auch den vollständigen Mietvertrag einreichen zu müssen.⁵¹

2. Sicherungszweck

Zugleich sollte in der Sicherungsabrede der Sicherungszweck festgehalten werden, d. h. welche Rechte dem Mieter eingeräumt werden sollen – nämlich das Nutzungsrecht einschließlich dessen Dauer – und vor welchen Risiken der Mieter geschützt werden soll. Letztere umfassen insbesondere die Anwendungsfälle, wie oben unter III. dargestellt, nämlich den (zukünftigen) Schutz vor der Insolvenz des Vermieters, der Zwangsversteigerung der Immobilie, der Nichteinhaltung der Schriftform oder erbrechtlichen Sonderkündigungsregelungen. Vorsorglich sollte jedoch auch an Fallgestaltungen gedacht werden, die nicht auf einer Kündigung beruhen, das Recht zur Nutzung aber dennoch vereiteln, insbesondere die Fälle des Gläubigerzugriffs vor Überlassung des Mietobjekts an den Mieter oder der Vertragsverletzung des Vermieters vor Überlassung des Objekts durch Doppelvermietung unter Umgehung des Erstmieters.

⁴⁹ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 879 mit Formulierungsvorschlag

⁵⁰ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 108 f.

⁵¹ Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 879

3. Ausübungsverbot und Übertragbarkeit

Weiterhin sollte geregelt sein, dass die Mietsicherungsdienstbarkeit erst ausgeübt werden darf, wenn der Sicherungsfall eintritt; insoweit bietet sich an, dies als aufschiebende Bedingung zu formulieren.⁵²

Zu erwägen ist ferner, den persönlichen Umfang der Nutzung zu regeln. Gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zwar nicht übertragbar und auch nicht vererblich. Gemäß Satz 2 der Vorschrift ist es jedoch zumindest zulässig, die Ausübung der Nutzung einem Dritten zu überlassen, sofern dies ausdrücklich gestattet wird. Der Dritte erwirkt allerdings lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen seinen Vertragspartner, nicht aber ein dingliches Recht.⁵³

4. Nutzungsentschädigung und Bestellungsvergütung

Von besonderer Bedeutung sind finanzielle Fragen, vor allem die Vereinbarung einer Nutzungsentschädigung, auch Nutzungsvergütung genannt, die zu zahlen ist, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist. Es ist höchstrichterlich anerkannt, dass in der Sicherungsabrede eine Gegenleistung des Berechtigten in Form eines laufenden, nach bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtenden Entgelts vereinbart werden kann.⁵⁴ Auch die Ausübung der Grunddienstbarkeit kann unter die Bedingung der von dem Berechtigten zu zahlenden Vergütung gestellt werden mit der Folge, dass bei Nichteintritt der Bedingung das dingliche Recht nicht durchsetzbar ist. Die Entgeltspflicht selbst wird durch die Vereinbarung einer solchen Bedingung nicht verdinglicht, sondern bleibt bloße Obliegenheit zur Ausübung des Rechts. Einer Eintragung der Bedingung in das Grundbuch bedarf es nicht, da der Bestand des Rechts nicht betroffen ist.⁵⁵

Hinsichtlich der Höhe werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird darauf verwiesen, dass sich die Höhe des Ausübungsgeldes nicht zwingend an der vertraglich vereinbarten Miete orientieren müsse. Es sei durchaus denkbar, mittels eines geringeren Ausübungsentgeltes auf den Vermieter hinzuwirken, alsbald wieder einen mietvertragsgemäßen Zustand herzustellen.⁵⁶ Dies erscheint wenig überzeugend, denn insbesondere in den Fällen finanzieller Schwierigkeiten des Vermieters und der daraus folgenden Insolvenz

⁵² Formulierungsvorschläge bei Oprée in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 44; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 ff., 879 f.; Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 146 f.

⁵³ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, S. 109

⁵⁴ BGH, Urteil vom 19. März 2021 – V ZR 44/19 –, Rn. 7, juris; BGH, Urteil vom 27. Juni 2014 – V ZR 51/13 –, Rn. 13, juris

⁵⁵ BGH, Urteil vom 19. März 2021 – V ZR 44/19 –, Rn. 11 f., juris

⁵⁶ Oprée in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 50; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, S. 873 ff., 880

oder Zwangsversteigerung betrifft ihn die Zahlung der Nutzungsentschädigung im Sicherungsfall nicht mehr direkt; zudem hat er bei Abschluss der Sicherungsabrede keine Veranlassung, die Werthaltigkeit der Immobilie ohne auskömmliche Gegenleistung zu schmälern.⁵⁷ Lediglich dann, wenn der Vermieter eine Kündigung wegen Formverstoßes gemäß § 550 BGB erwägt oder das Objekt doppelt vermieten will, könnte ihn die Sanktion einer verringerten Nutzungsentschädigung davon abhalten. Dieser Erfolg dürfte allerdings schon allein durch die Mieterdienstbarkeit eintreten, da der Vermieter sein Ziel, das Objekt lukrativer zu vermieten, nicht erreichen kann. Zudem besteht die Gefahr, dass eine Sicherungsabrede bei Fehlen einer angemessenen Gegenleistung zumindest teilweise unwirksam sein könnte.⁵⁸ Letztlich würde im Verwertungsverfahren ein Interessent, der das Objekt selbst nutzen möchte, als Erwerber regelmäßig ausscheiden, sodass sich der Erwerberkreis auf sogenannte Kapitalanleger beschränkt. Deren Erwerbsinteresse orientiert sich aber daran, welcher zukünftige Ertrag erzielt werden kann. Je höher die Nutzungsentschädigung ist, desto größer wird das Interesse eines Kapitalanlegers sein.⁵⁹

Bei der Gestaltung der Entgeltregelung empfiehlt es sich aus Mietersicht zwar, durch eine entsprechende Regelung sicherzustellen, dass sich seine Rechtsposition bei Ausübung der Dienstbarkeit im Vergleich zu seinen mietvertraglichen Rechten nicht verschlechtert. Dementsprechend wird angeregt, die Möglichkeit der Mietminderung bzw. der Ausübung sonstiger Mängelrecht auch für das Nutzungsentgelt vorzubehalten.⁶⁰ Allerdings wird zu Recht davor gewarnt, das dingliche Nutzungsrecht differenzierten schuldrechtlichen Modifizierungen zu unterwerfen, da dadurch die dingliche Sicherungskonstruktion gefährdet werden könnte.⁶¹

Fehlt eine Regelung über die Nutzungsvergütung, ist auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung unter Heranziehung von § 546a BGB, wonach ein ortsübliches Nutzungsentgelt für die Dauer der Vorenthaltung der Räume zu zahlen ist, zurückzugreifen.⁶² Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt; es müssen zumindest Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen vorliegen. Zudem besteht der Nachteil, dass bei Abschluss der Vereinbarung nicht kalkulierbar ist, wie sich die ortsüblichen Mieten entwickeln werden.

⁵⁷ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, S. 106

⁵⁸ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 107

⁵⁹ Nouvertné, BKR 2012, 52 ff., 55

⁶⁰ Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293 ff., 295

⁶¹ Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 154

⁶² Krüger, NZM 2012, 377 ff., 378, Fn 14; Oprée in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraum-miete, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 49

Üblicherweise dürfte für die Bestellung der Sicherungsdienstbarkeit keine gesonderte Vergütung vereinbart werden. Sollte dies ausnahmsweise anders sein, wird die Sicherungsabrede zum rechtskaufähnlichen Vertrag.⁶³

5. Rangvereinbarung

Konflikte können sich ergeben, wenn neben das Vermieter/Eigentümer-Mieter-Verhältnis noch die finanzierende Bank tritt, da jeder der Beteiligten eigene legitime Interessen verfolgt.

Ist das Grundstück bereits mit Grundpfandrechten belastet, ist der Mieter benachteiligt. Denn dann droht die Mieterdienstbarkeit in der Zwangsversteigerung zu erlöschen, §§ 44, 52 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 1 ZVG.⁶⁴ In diesem Zusammenhang bleibt anzumerken, dass die Mieterdienstbarkeit in jedem Fall erlischt, wenn wegen öffentlicher Lasten die Zwangsversteigerung betrieben wird, § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG.⁶⁵

Allerdings wird der Mieter, der in die versteigerte Immobilie zuvor erheblich investiert hatte, nicht vollkommen rechtlos gestellt. Aus dem Erlösanteil nach Befriedigung der vorrangigen Grundschuld(en) ist ihm der Wert seines Rechts in Form einer Geldrente zu ersetzen, allerdings beschränkt auf den maximal 25-fachen Jahreswert, §§ 92 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 121 Abs. 1 ZVG.⁶⁶ Es besteht die Möglichkeit, gemäß § 882 Satz 1 und 2 BGB den Höchstbetrag dieses Wertersatzes vorab zu bestimmen; dies bedarf der Eintragung im Grundbuch. Dadurch können nachrangig Berechtigte ihre Befriedigungsaussichten besser einschätzen.⁶⁷ In der Praxis wird üblicherweise ein Betrag zwischen 5.000,00 € und 50.000,00 € vereinbart, wobei den Interessen des Mieters umso eher gerecht wird, je höher der Betrag ist, während potentielle Bieter natürlich eher einen niedrigeren Höchstbetrag bevorzugen.⁶⁸ Sofern der Mieter damit einverstanden ist, dass der Dienstbarkeit nur der Nachrang eingeräumt wird, sollte er sich durch eine Abtretung der Ansprüche des Vermieters auf Rückgewähr der Grundpfandrechte und dinglich durch eine entsprechende Löschungsvormerkung absichern.⁶⁹

⁶³ Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 149

⁶⁴ Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293 ff., 294; Krüger, NZM 2012, S. 377 ff., 378

⁶⁵ Nouvertné, BKR 2012, 52 ff., 54, Fn. 14

⁶⁶ Schneider, NJW 2022, 438 ff., 439 (Rn. 13)

⁶⁷ Vieweg/Egger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 882 BGB Rn. 3

⁶⁸ Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293 ff., 295

⁶⁹ Oprée in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 45; kritisch dazu Stapenhorst/Voß, NJW 2003, S. 873 ff., 880

Ist die Mieterdienstbarkeit dagegen bereits an erster Rangstelle im Grundbuch eingetragen, wird es für den Eigentümer schwierig, eine Finanzierung zu erlangen, da der Vorrang die Verwertungsfähigkeit der Immobilie deutlich einschränken kann. Denn das erstrangige Recht ist gemäß § 44 Abs. 1 ZVG in das sogenannte geringste Gebot aufzunehmen und bleibt im Versteigerungsfall bestehen.⁷⁰ Eine Lösung bietet die sogenannte „Liegenbelasungserklärung“, die auch der Verband Deutscher Pfandbriefbanken (VDP) empfiehlt. Es handelt sich um eine dreiseitige Vereinbarung, in der sich das Kreditinstitut gegen Einräumung des Nachranges der Sicherungsdienstbarkeit verpflichtet, diese als Versteigerungsbedingung gemäß § 59 Abs. 1 ZVG feststellen zu lassen, sofern Vermieter und Mieter den Mietvertrag und die Dienstbarkeit nicht ändern. Auf diesem Wege bleibt die Dienstbarkeit in der Zwangsversteigerung bestehen, § 91 Abs. 2 ZVG, und kündigungswillige Bieter werden ferngehalten.⁷¹

Alternativ kann eine Mieterdienstbarkeit nach dem sogenannten „VDP-Standard“ vereinbart werden, der bei Einhaltung der dort genannten Kernkriterien zu keinen Abschlägen bei der Beleihbarkeit der Immobilie selbst im Falle des Vorrangs der Dienstbarkeit führen sollte.⁷²

6. Auflösende Bedingung der Dienstbarkeit

In der Sicherungsabrede sollte ferner geregelt werden, dass die Dienstbarkeit beim Wegfall des Sicherungsgrunds zeitnah gelöscht wird. Solche auflösenden Bedingungen sollten im Einzelnen definiert werden. Zu denken ist insbesondere an die Fälle, in denen der Mietvertrag aufgrund Zeitablaufs, aufgrund einer von dem Mieter zu vertretenden außerordentlichen Kündigung des Vermieters oder aufgrund einer von dem Mieter selbst erklärten Kündigung endet.⁷³

Wesentliche Bedeutung kommt ferner einer weiteren auflösenden Bedingung zu: Über das Vermögen des Mieters wird ein Insolvenzverfahren eröffnet oder dessen Eröffnung wird mangels Masse abgelehnt.⁷⁴ Der Mieter ist dadurch nicht benachteiligt. Denn das Recht zur Nutzung der Mietsache wird durch das Erlöschen der Dienstbarkeit nicht tangiert, wenn die auflösende Bedingung vor dem Sicherungsfall eintritt. Das Gebrauchsrecht besteht dann auf der Grundlage des Mietvertrags fort. In der Insolvenz ist der Mieter durch die Kündigungssperre nach § 112 InsO geschützt, da der Vermieter daran gehindert ist, nach dem

⁷⁰ Schneider, NJW 2022, S. 438 ff., 439

⁷¹ Skauradszun, NZI 2019, 965 ff., 966; Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293 ff., 298 f.

⁷² ausführlich Nemzov/Aspar, ZfIR 2016, 293 ff., 294

⁷³ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, S. 112

⁷⁴ Oprée in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kapitel 21. Dingliche Sicherung des Mieters Rn. 56

Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Mietvertrag wegen Zahlungsverzuges aus der Zeit vor dem Eröffnungsantrag oder wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse seines Vertragspartners zu kündigen.⁷⁵

In jedem Fall sollte darauf geachtet werden, dass die auflösende Bedingung in das Grundbuch eingetragen wird. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes betreffen Bedingungen und Befristungen den rechtlichen Bestand des eingetragenen Rechts und nicht nur dessen nähere Ausgestaltung; daher müssen sie sich wegen der Publizitätsfunktion des Grundbuchs aus diesem selbst ergeben. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wäre bei bedingten oder befristeten Rechten nur zulässig zur näheren Kennzeichnung des Inhalts der Bedingung oder Zeitbestimmung wie z.B. Beginn und Ende der Frist.⁷⁶

7. Form der Sicherungsabrede

Die Sicherungsabrede unterliegt grundsätzlich keinen Formvorschriften⁷⁷. Ist sie in Gestalt einer gesonderten Klausel Teil des Mietvertrages, sollte allerdings die Schriftform gemäß § 550 BGB beachtet werden. Darüber hinaus ist sie zu beurkunden, wenn sie mit einem nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäft stehen und fallen soll, zum Beispiel als Gegenleistung für oder im Zusammenhang mit einer Grundstücksübertragung.⁷⁸

V. Bestellungsvertrag

Der Bestellungsvertrag besteht regelmäßig aus der dinglichen Einigung gemäß § 873 BGB, der Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO und dem Eintragungsantrag gemäß § 13 GBO; die Form des Nachweises dieser Erklärungen richtet sich nach § 29 GBO. Soweit die Sicherungsabrede Teil des Mietvertrages ist, sollte im Bestellungsvertrag, wie unter IV.1 ausgeführt, vor allem der Umfang der Nutzung genauer beschrieben werden, um die Vorlage des Mietvertrages zu vermeiden.

Findet sich die Sicherungsabrede ausschließlich in dem Bestellungsvertrag, liegt es nahe, dass nicht nur ein ganz bestimmter Mietvertrag gesichert werden soll mit der Folge einer rechtlichen Selbstständigkeit des Sicherungsvertrages.⁷⁹ Dies hätte jedoch möglicherweise

⁷⁵ BGH, Beschluss vom 7. April 2011 – V ZB 11/10 –, Rn. 11 ff., 14, juris; Krüger, NZM 2012, 377 ff., 379

⁷⁶ BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20 –, Rn. 20, juris

⁷⁷ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, Seite 110; Grziwotz in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 311b BGB, Rn. 12; Reymann in: Staudinger, 2021, BGB § 1090, Rn. 38; a.A. Horst, NZM 2018, 889 ff., 891

⁷⁸ Grziwotz in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 311b BGB, Rn. 12

⁷⁹ Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 160

zur Folge, dass die Sicherungsabrede in der Zwangsversteigerung nicht auf den Ersteher übergeht; eine solche Problematik wird vermieden, wenn der Sicherungsvertrag zugleich Bestandteil des Mietvertrages ist.⁸⁰

VI. Kosten der Dienstbarkeit

Sofern die Absicherung des Mietverhältnisses durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erwogen wird, ist es sinnvoll, sich vorab über die zusätzlich anfallenden Kosten Gedanken zu machen. Der Geschäftswert für die Dienstbarkeitsbestellung bestimmt sich für den Notar gemäß § 52 Abs. 1 bis 3 GNotKG nach dem (objektiven) Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat, in der Regel nach dem in dem Mietvertrag bzw. der Sicherungsabrede vereinbarten Nutzungsentgelt. Bei Verträgen mit unbestimmter Dauer entspricht dies dem zehnfachen Jahresentgelt, § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG, anderenfalls ist gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG das auf die Dauer entfallende Jahresentgelt maßgeblich, begrenzt durch den zwanzigfachen Wert.⁸¹ Dies führt dazu, dass gerade bei größeren Mietobjekten, die für einen Ankermieter interessant sind und für die ein dementsprechend hohes Nutzungsausübungsentgelt vereinbart wird, leicht ein siebenstelliger Geschäftswert erreicht werden kann.⁸²

Soweit in der Praxis eine Tendenz zu niedrigeren Geschäftswerten festzustellen sein soll, dürfte sich dies daraus erklären, dass der notariellen Kostenrechnung in der Regel die Wertangabe der Beteiligten zugrunde liegt. Ist dem Notar und auch dem Grundbuchamt nur die Eintragungsbewilligung, nicht aber der Mietvertrag bekannt und wird eine nähere Erläuterung nicht verlangt, reduzieren sich die Kosten erheblich.⁸³

VII. Ergänzende und alternative Sicherungsmöglichkeiten

Es ist empfehlenswert, für den Mieter auch eine Absicherung vorzusehen in Bezug auf die Mitbenutzung von nicht ausdrücklich oder konkludent mitvermieteten Flächen, sofern jener auf diese Flächen z.B. für die Anlieferung angewiesen ist. Insofern bietet sich ergänzend die Eintragung einer Grunddienstbarkeit in Form eines Wegerechts an. Denn derartige vom Mieter lediglich mitgenutzte Flächen (auf einem weiteren Grundstück) werden im Falle einer späteren Veräußerung nach §§ 578 Abs. 2, 566 Abs. 1 BGB gerade nicht auf den Erwerber

⁸⁰ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, S. 86

⁸¹ ausführlich dazu Storch in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, NK-BGB, 5. Aufl., Sachenrecht, Anhang 1: Notarkosten bei Grundstücksveräußerungsgeschäften, Rn. 335a

⁸² vgl. OLG München, Beschluss vom 11. Januar 2013 – 34 Wx 244/12, beck-online

⁸³ Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 89

des vermieteten Grundstücks übertragen mit der Folge, dass ein Erwerber (nur) dieser Flächen nicht in den Mietvertrag eintritt.⁸⁴ Das gilt auch dann, wenn der Mieter diese Flächen z.B. für die Anlieferung von Ware dringend benötigt. Denn § 566 BGB soll den Mieter nicht schlechthin vor jedem erdenklichen Nachteil schützen, der sich für ihn durch die Veräußerung des Mietobjekts ergibt.⁸⁵ Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift als Ausnahme und zum Schutz der Freiheit des Eigentümers, sein Eigentum nach seiner freien Entscheidung zu nutzen, eng auszulegen ist.⁸⁶

Für nicht gewerblich genutzte Räume kommen ferner als Alternativen zu einer Mieterdienstbarkeit das Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB in Betracht und bei Wohnungseigentum das Dauerwohnrecht für Wohnräume gemäß § 31 Abs. 1 WEG bzw. im Gewerbemietrecht das Dauernutzungsrecht für nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen gemäß § 31 Abs. 2 WEG.⁸⁷

Hat der Mieter in der Absicht, das Objekt langfristig zu nutzen, im Voraus Geldleistungen erbracht, die der Vermieter nicht oder nur teilweise zurückerstatten soll, kann es sich um einen sogenannten verlorenen Baukostenzuschuss handeln. Endet der Mietvertrag vorher, kommen möglicherweise Ansprüche aus Bereicherungsrecht in Betracht, wenn sich der Zuschuss innerhalb der tatsächlichen Vertragslaufzeit nicht amortisiert hat.⁸⁸ Nach alter Rechtslage war das Kündigungsrecht des Erstehers gemäß § 57a ZVG in den Fällen eines verlorenen Baukostenzuschusses gemäß § 57c Abs. 1 ZVG (außer Kraft ab 1. Februar 2007) eingeschränkt, solange dieser Zuschuss nicht durch Zeitablauf getilgt war; dieser Schutz ist nunmehr entfallen. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt zwar auch gegen den Ersterer ein Bereicherungsanspruch in Betracht, dessen Bewertung jedoch schwierig ist.⁸⁹ Es empfiehlt sich, wenn nicht die Weiternutzung des Objektes, sondern die Sicherung von Investitionen im Vordergrund steht, die Geldleistung eher als Darlehen zu gestalten mit einer grundbuchlichen Absicherung.⁹⁰ Solche Gestaltung kommt allerdings nur in Betracht, wenn die Investitionen auch für den Grundstückseigentümer von finanziellem Interesse sind; benötigt sie ausschließlich oder überwiegend allein der Mieter, um seinen Gewerbebetrieb einzurichten, dürfte dem Vermieter an einem Darlehen nicht gelegen sein.

⁸⁴ Streyll in: Schmidt-Futterer, 15. Aufl. 2021, BGB § 566 Rn. 56; Haas/Ebel, ZfIR 2020, 165 ff., 175

⁸⁵ BGH, Urteil vom 4. September 2019 – XII ZR 52/18 –, Rn. 34, juris

⁸⁶ BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 – XII ZR 9/15 –, Rn. 23, juris

⁸⁷ Dazu Schneider, NJW 2022, 438 ff., 440

⁸⁸ BGH, Urteil vom 16. September 2009 – XII ZR 71/07 –, Rn. 11, juris; BGH, Urteil vom 25. Oktober 2000 – XII ZR 136/98 –, Rn. 21, juris; Streyll in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 547 Rn. 15

⁸⁹ im Einzelnen Wedekind, ZfIR 2009, 841 ff.

⁹⁰ Böker, Die Mietsicherungs- oder Mieterdienstbarkeit, S. 26

VIII. Fazit

Das Bedürfnis des Mieters, sein Nutzungsrecht insbesondere bei erheblichen Investitionen oder zur Wahrung von Wettbewerbsvorteilen dinglich zu sichern, ist nachvollziehbar und anzuerkennen. Es hängt von einigen Faktoren ab, um dieses durch die Literatur bereits umfassend diskutierte Sicherungsinstrument stärker in der Praxis zu verankern. In erster Linie kommt es auf die Bedeutung des Mieters für die Attraktivität der Immobilie an, aber auch auf das Verhandlungsgeschick, auf die rechtliche Unterstützung auf Mieterseite und nicht zuletzt auf die Situation auf dem Immobilienmarkt. Besteht ein Überangebot an Gewerbeimmobilien, wird es für die Mieterseite einfacher sein, die dingliche Absicherung durchzusetzen, als in Zeiten florierender Wirtschaft mit knappem Angebot an Gewerberäumen. Gelingt es, den Vermieter zu überzeugen, zu Gunsten seines Vertragspartners das Grundbuch seiner Immobilie mit einer Mieterdienstbarkeit zu belasten, wird allein deren Existenz erheblich dazu beitragen, den Fortbestand des Mietvertrages nicht in Frage zu stellen.