

## Immobilienrecht

Nr. 4 – August 2010

### **Verwendungsrisiko in der Geschäftsraummiete**

#### **- Enttäuschte Gewinnerwartungen und Geschäftsgrundlage des Mietvertrages -**

Bisweilen kommt es vor, dass sich der vom Mieter erhoffte geschäftliche Erfolg nicht einstellt. Das kann eine Vielzahl von Gründen haben. Hat sein Geschäftsmodell nicht funktioniert? Liegt es an der allgemeinen schwachen wirtschaftlichen Lage? Oder liegt es vielleicht daran, dass die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht zu dem vorgefundenen Kundenprofil passen? Erfüllen sich die Erwartungen des Mieters nicht und macht er nicht den erwünschten Gewinn oder sogar Verluste, ist er häufig versucht, beim Vermieter zumindest eine Mitschuld zu suchen. Sei es, dass die passenden Kunden nicht erreicht werden, sei es, dass die für sein Angebot erforderliche Kaufkraft nicht vorhanden ist: immer wieder kommt es zu Auseinandersetzungen, weil der Mieter etwa meint, der Vermieter (besonders von Einkaufszentren) habe ihm einen bestimmten Branchen- und Mietermix zugesagt und damit auch das Risiko des wirtschaftlichen Erfolges des Mieters (mit-)übernehmen wollen, er habe ihm bestimmte potentielle Kunden in Aussicht gestellt oder gar zugesichert und dergleichen mehr.

Doch trägt im Verhältnis zwischen Geschäftsraummietler und Vermieter grundsätzlich allein der Mieter das Risiko des wirtschaftlichen Erfolges seiner Unternehmung, also das sogenannte Verwendungsrisiko. Das ist auch sachgerecht: Der Vermieter betreibt ein anderes Geschäft als der Mieter, nämlich die Vermietung einer Immobilie. Der Vermieter hat also – mit Einschränkungen – das Risiko, dass die Immobilie grundsätzlich für den vom Mieter vorgesehenen Zweck ge-

eignet ist. Darüber hinaus trägt er auch das Risiko, dass sich seine Investition – die Errichtung bzw. der Erwerb der Immobilie – amortisiert und das gebundene Kapital verzinst wird. Das umfasst auch die Gefahr einer Insolvenz des Mieters. Zwei jüngere Entscheidungen, die sich auf der Linie einer gefestigten Rechtsprechung bewegen, illustrieren das besonders gut:

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Februar 2009, 10 U 142/08, NZM 2010, S. 477:**

Das OLG Düsseldorf hatte folgenden Fall zu entscheiden: ein Bäcker hatte in einem im Bau befindlichen Fachmarktzentrum, das neben der Bäckereifiliale noch eine Metzgerei und einen Lebensmitteldiscounter aufnehmen sollte, ein Ladengeschäft angemietet. Der Vermieter hatte sich das Recht einräumen lassen, den Mietvertrag mit dem Bäcker außerordentlich zu kündigen, wenn der Betrieb des Lebensmitteldiscounters eingestellt werden sollte. Außerdem war vereinbart, dass der Vertrag über die Bäckereifiliale gegenstandslos wird, wenn dem Lebensmitteldiscounter – dem Hauptmieter in dem Fachmarktzentrum – das Objekt nicht übergeben und ein Discounter der vereinbarten Marke im Center nicht etabliert werden könne. Alle Geschäfte eröffneten, der Lebensmitteldiscounter stellte jedoch nach einiger Zeit seinen Geschäftsbetrieb ein (ohne dass es zu einer Kündigung kam).

Die weiteren vom OLG mitgeteilten Umstände zeigen die Brisanz des Falles: Der mietende Bäcker hatte seine Klage nicht gegen den Vermieter, sondern gegen den Zwangsverwalter des Vermieters gerichtet. Durch die Schließung des Lebensmitteldiscounters war der Vermieter in derartige wirtschaftliche Bedrängnis geraten, dass er seine Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern nicht mehr bedienen konnte. Einer der Gläubiger – vermutlich die finanzierende Bank – leitete daraufhin ein Zwangsvollstreckungsverfahren ein und lässt sich nun die – sicherlich nicht mehr sehr üppig sprudelnden – Erträge aus dem Objekt auszahlen.

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass zu der Zeit, als der Mietvertrag unterzeichnet wurde, nicht nur der Mieter der Bäckereifiliale, sondern selbstverständlich auch der Vermieter erwartete, dass die notwendige belebende Funktion des Einkaufszentrums würde verwirklicht werden können. Das OLG macht jedoch weiter klar, dass dies allein es nicht rechtfertigt, den Vermieter für den wirtschaftlichen

Misserfolg des Mieters in die Pflicht zu nehmen. Bei dem erst geplanten Fachmarktzentrum bestand neben der Chance für den Mieter, in einem später florierenden Objekt erhöhte Gewinne zu erzielen, eben auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtvorhabens mit entsprechenden negativen Folgen für jede der Filialen. Aber, wie der Fall zeigt, nicht nur für diese: auch der Vermieter hat mit dem Projekt Schiffbruch erlitten. Dies zeigt sich jedoch auf einer anderen Ebene, nicht im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter. Allein der Umstand, so das OLG Düsseldorf, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projektes ausging, verlagert das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht vom Mieter auf den Vermieter. Zwar können die Parteien die Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters ganz oder zum Teil übernimmt. Das war vorliegend jedoch gerade nicht der Fall. Und dann kann der Mieter sich nicht an den Vermieter halten.

**Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. März 2010, XII ZR 108/08, NZM 2010, 364:**

Der BGH hatte über folgenden (etwas vereinfachten) Sachverhalt zu entscheiden: der Vermieter vermietete im Erdgeschoss eines im Bau befindlichen sechsgeschossigen Gebäudes Flächen zum Betrieb eines Cafés. Er plante zu dieser Zeit, die ersten vier Obergeschosse als Büroraum auszubauen und diese zu gewerblichen Zwecken zu vermieten. Dies teilte er der Mieterin des Cafés mit; in einer Anlage zum Mietvertrag waren die vier Geschosse auch als Büro gekennzeichnet. In der Folgezeit stellte sich jedoch heraus, dass sich die Obergeschosse nicht als Büroraum vermieten ließen. Der Vermieter ließ daraufhin die Obergeschosse als Wohnraum ausbauen und vermietete sie entsprechend. Das Café der Mieterin lief von Anfang an nicht so gut, dass sie die vereinbarte Miete zahlen konnte. In der Folge kündigte der Vermieter, nachdem es zu einem erheblichen Zahlungsrückstand der Mieterin gekommen war. Die Mieterin wandte nun ein, die ursprüngliche Geschäftsgrundlage, nämlich die Vermietung von Büroflächen mit entsprechend höherem Kundenpotential, sei durch die Schaffung und Vermietung von Wohnraum weggefallen. Der Vermieter sei deshalb verpflichtet, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Miete im Mietvertrag nach unten anzupassen. Er habe deshalb nicht kündigen dürfen und sich treuwidrig verhalten.

Anders als in dem Fall des OLG Düsseldorf, bei dem sich bis nach der Eröffnung der gemieteten Ladengeschäfte alles „nach Plan“ entwickelt hatte, griff hier der

Vermieter noch vor Fertigstellung des Gebäudes in den laufenden Prozess ein. Er tat das, um seine Immobilie bestmöglich zu verwerten, als eine gewerbliche Vermietung nicht möglich war. Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass allein der Umstand, dass bei Unterzeichnung des Mietvertrages beide Parteien davon ausgingen, die vier Stockwerke über den Mieträumen würden als Büroräume genutzt, nicht zu einer Risikoverlagerung führt. Der Vermieter habe danach keine Haftung für den wirtschaftlichen Erfolg des Cafés der Mieterin übernommen. Dass dieser Gedanke nicht völlig fernliegend war, zeigt der Umstand, dass das Berufungsgericht, das OLG München, diese Frage noch anders beurteilt und die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung als treuwidrig bezeichnet hatte. Der Bundesgerichtshof betont jedoch, dass bei der Gewerberaummieta grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es alleine in seinen Verantwortungsbereich, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst auch das Risiko einer veränderten Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjektes.

Die Entscheidungen sind völlig sachgerecht: der Vermieter trägt das Risiko der Vermietbarkeit und der beabsichtigten Vermarktung der von ihm errichteten Mieteinheiten. Denkt man den vom BGH entschiedenen Sachverhalt konsequent weiter, so wäre der Mieter des Cafés im Ergebnis auch nicht besser weggekommen, wenn der Vermieter aus einer vermeintlichen Verpflichtung dem Mieter gegenüber die Obergeschosse, weil sich kein Gewerberaummieter findet, hätte leer stehen lassen, anstatt sie zu Wohnungen umzugestalten und sie sodann zu vermieten.

Natürlich können die Beteiligten etwas anderes vereinbaren. Der BGH hat jedoch klargestellt, dass sich auch aus einer unterstellten Zusage des Vermieters, Büroflächen herzustellen, nicht herleiten lässt, dass er ein eigenes unternehmerisches Risiko für die Gewinnerwartung des Betreibers des Cafés übernehmen wollte, und zwar auch nicht, wenn diese auch auf die Vermietung der ersten vier Stockwerke als Büro gestützt war. Etwas anderes kann etwa gelten, wenn einem Mieterinteressenten vor Abschluss eines Mietvertrages unzutreffende Angaben über bereits erreichte Vermietungsstände oder bereits gewonnene bestimmte „Ankermieter“ gemacht wurden.

### **Gestaltungshinweis:**

Ohne entsprechende Vereinbarungen liegt das Verwendungsrisiko beim Mieter. Daher gibt es hier im Regelfall für den Vermieter keinen Handlungsbedarf. Möchte sich ein Mieter für den Fall absichern, dass sich sein geschäftlicher Erfolg nicht wie erwartet entwickelt, so empfiehlt es sich, die von ihm für diesen Fall gewünschten Rechtsfolgen ausdrücklich und detailliert im Mietvertrag zu regeln. Der Mieter kann sich etwa Sonderkündigungsrechte einräumen lassen, die an einen bestimmten Belegungsstand der Mietflächen eines Einkaufszentrums anknüpfen. Auch ist denkbar, sein Sonderkündigungsrecht an den eigenen Umsatz oder an den Umsatz im Einkaufszentrum insgesamt zu koppeln. Der Vermieter kann dem zustimmen, wenn ihm viel an dem Abschluss gerade mit diesem Mieter liegt. Er muss aber jedenfalls darauf achten, die Rahmenbedingungen der Belegung seines Objektes und den Mietermix weitestgehend selbst in der Hand zu behalten.

Weitere über die genannten Sonderkündigungen hinausgehende Rechte, wie etwa einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn nicht bestimmte Umsätze erreicht werden, wird sicherlich ein seriöser Mieter nicht fordern und ein vernünftiger Vermieter nicht einräumen.

Für weitere Auskünfte stehen Ihnen Dr. Birgit Topp-Blatt ([topp-blatt@schiedermair.com](mailto:topp-blatt@schiedermair.com)) und Christoph M. Tegel ([tegel@schiedermair.com](mailto:tegel@schiedermair.com)) gern zur Verfügung. Bitte beachten Sie, dass die vorstehenden allgemeinen Informationen eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen. Sie können alle Newsletter auf unserer Homepage [www.schiedermair.com](http://www.schiedermair.com) einsehen.