

RISIKOVERTEILUNG BEI DER VERMIETUNG VON GEWERBEFLÄCHEN IN EINKAUFSZENTREN

Von Prof. Dr. Joachim, Bielefeld

I. EINFÜHRUNG:

1. RISIKO – BEGRIFFSDEFINITION

Risiko wird gemeinhin definiert als Wagnis bzw. Gefahr, die mit jeder wirtschaftlichen Betätigung und Unternehmung verbunden ist, mithin die Verlustgefahr, namentlich die konkrete Gefahr eines Schadenseintritts.¹ Kurz gefasst versteht man unter Risiko die Gefahr, das Wagnis oder die Möglichkeit eines Verlusts.

2. PROBLEMAUFRIß: RISIKOKONSTELLATIONEN BEIM SHOPPINGCENTER = SC

Eine bekannte Sentenz lautet: Das Leben ist lebensgefährlich – und endet meistens tödlich.² Ganz so weit muß man nicht gehen; aber: das Risikopotential beim Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben, Umstrukturieren eines SC ist gewaltig und vielschichtig.

Wirtschaftliche und sonstige Risiken offenbaren sich beim Abschluß, beim Betrieb und bei der Beendigung von Vermietungen gewerblicher Flächen in Einkaufszentren bzw. Shoppingcentern. In einem solchen „kommerziellen Markt der Möglichkeiten“ ist seit Jahren eine Rechtsentwicklung hin zur Verrechtlichung in Shoppingcentern zu beobachten, welche zugleich die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland, Europa, bis hin zur globalisierten Welt „Stichwort Globalisierung“ widerspiegelt. Zu Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten denken die Betreiber, insbesondere die Mieter, nach über ein sogenanntes Ausstiegsszenario aus dem bestehenden Mietvertrag, zumindest über eine Nach- bzw. Neuverhandlung der Vertragspflichten, insbesondere Belastung mit Mieten und Nebenkosten sowie Art und Umfang der benötigten Mietflächen. Für ein solches „Ausstiegsszenario“ werden Mängel der Mietsache und des Shoppingcenter-Umfelds angeführt, vor allem die mangelhafte Akzeptanz des EKZ, der Leerstand benachbarter Mietflächen, der mangelhafte Branchenmix, unzureichende Verkehrsanbindung sowie Parkplatzmangel usw. Der Ladenbetreiber bzw. Mieter versucht mit seinen Rechtsberatern ein „Sanierungs-“, „Re-Organisations-“ bzw. „Ausstiegsszenario“ wirtschaftlich durch Umsatz- und Ertragseinbußen darzutun und rechtlich zu fundieren, indem Mängel der Mietsache angeführt werden, welche eventuell zu einer Mietminderung führen, vielleicht zur Kündigung aus wichtigem Grund wegen Aufklärungspflichtverletzung des Vermieters, Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage und so weiter. Die Rechtsprechung wird verstärkt mit diesen und anderen Fallgestaltungen aus der „Shoppingcenter-Szene“ befasst. Dabei stellen der BGH und die Obergerichte vermehrt Überlegungen zur Risikoverteilung und –zuweisung der SC-Parteien an; grundsätzlich wird hervorgehoben, dass das wirtschaftliche Risiko, mit der Mietsache Gewinn und/oder Verlust zu erzielen, mithin das sogenannte Verwendungsrisiko, nach der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung in der Regel stets beim Mieter anzusiedeln ist und dass nur in Ausnahmefällen die gesetzliche und vertragliche Risikozuweisung aufgrund eines – so die Rechtsprechung – „detaillierten Gesamtkonzepts“ vom Mieter auf den als für alle Mieter verantwortlichen SC-Betreiber (mit) übergehen kann.

¹ Der Brockhaus, Band III, 3. Aufl., Leipzig 2004, Seite 200; Meyers Konversationslexikon 14. Band, 5. Aufl. 1987, 776; Das große Fischer-Lexikon, 2. Aufl. 1976, 5059.

² Frei nach Erich Kästner.

Im Vordergrund steht dabei eine umfassende SC-Vertragsauslegung.³ Die verschiedenen Risiken im Shoppingcenter, insbesondere das Verwendungsrisiko bei der Anmietung und beim Betrieb von Ladenlokalen in einem Einkaufszentrum, können sich für die Mieter einerseits, für den Shoppingcenterbetreiber, Investoren und sonstige Beteiligten andererseits – gerade in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten – zu einem (wirtschaftlichen) „(Über)Lebensrisiko“ ausweiten. Nachfolgend sollen Art und Umfang der in Betracht kommenden Risiken sowie deren Verteilung bei einem Shoppingcenter aufgezeigt werden.

II. ERSCHEINUNGSFORMEN UND RECHTSWIRKLICHKEIT IM EKZ = SC

1. SHOPPINGCENTER – BEGRIFFSDEFINITION, KENNZEICHNENDE ELEMENTE

Die modernen Einkaufszentren sind als „kommerzielle Kulturerscheinungen“ in der „glokalen Welt“ überall anzutreffen. Bezeichnenderweise spricht der bekannte Gründer und Vorsitzende der „Foundation on Economic Trends“ in Washington/USA, Jeremy Rifkin von der „Kultur der Malls und Einkaufszentren“: „Ähnliche Prozesse wie in der Reise- und Tourismusbranche, die die kulturelle Landschaft fortgesetzt beschädigt (der teilnehmende Beobachter möchte hinzufügen: und auch bereichert!), in dem sie diese stückchenweise einzäunen lässt und zu eintrittspflichtigen Touristenarealen macht, finden auch im öffentlichen Raum statt. ... Die Mall of America in Minneapolis – das größte Einkaufszentrum in den Vereinigten Staaten – zieht jährlich mehr Touristen an als Disney World, Graceland und der Grand Canyon zusammen. Das Handelsministerium der USA hat ermittelt, dass 85 % der internationalen Besucher während ihres Aufenthaltes in den USA das Einkaufen auf Rang 1 ihrer touristischen Aktivitäten setzen.“⁴ Die in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA ausgebildeten Einkaufszentren trifft der Kunde mittlerweile in der gesamten Welt, insbesondere auch in Europa und vor allem in Deutschland an. Einkaufszentren werden zu Orten, an denen man Zugang zu gelebten Erfahrungen jedweder Art, kommerzielle Güter und Dienstleistungen kaufen kann. Allein in den USA gibt es über 43.000 EKZ, davon allein 1.800 abgeschlossene Mega-Malls. In Deutschland zählt man rund 300 Einkaufszentren. Zum Jahresbeginn 2004 hat das auf Forschung im Einzelhandel spezialisierte Euro-Handelsinstitut in Köln 352 solcher Zentren in Deutschland mit mehr als 10000 qm Fläche aufgelistet; in den nächsten drei bis vier Jahren sollen weitere 71 hinzukommen, welche sowohl „auf der grünen Wiese“ als auch – in deutlicher Tendenz – in Innenstadtlagen angesiedelt sind oder werden.⁵ Der Trend hin zum innerstädtischen Shoppingcenter und weg von der „grünen Wiese“ hält unvermindert an.⁶ Gemäß dem Motto: „In der Stadt findet es statt“ versuchen SC-Projektentwickler auf einer Grundstücksgröße von mindestens 5000 qm attraktive Einzelhandelsmietflächen auf in der Regel zwei (manchmal auch drei und

³ So aktuell BGH zur Präambel –Bedeutung für Mietvertragsauslegung im Zusammenhang mit der sogenannten Vollvermietung eines Einkaufszentrums, BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; zuvor BGH, NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714; eingehend OLG Rostock, NZM 2003, 282; NZM 2004, 462; Ostermann, GuT 2003, 39, 42; Heinz, GuT 2004, 79; Waas, MR 2001, 493; aktuell Joachim, GuT 2004, 207, 218; ders., NZM 2000, 785.

⁴ So ausdrücklich Jeremy Rifkin, Access – Das Verschwinden des Eigentums, Frankfurt 2000, 204 und 207; International Council of ShoppingCenters, „ShoppingsCenters Rank high in US-Tourists Attractions“, in: ICSC News, 1999, <http://www.icsc.org/srch/impactsofshoppingcentres/shopping> santerstrank.html.

⁵ Rifkin, 207; Kowinski, The Mall of America, An Inside Look of the Great Consumer Paradise, New York 1985, 349f.; Crawford, The World in a Shopping-Mall, in: M. Sorkin, Variations on a Theme Park, The American City and the End of Public Space, New York 1992, 62; Stoffel, Where America goes for entertainment, in: New York Times, 7.8.1988, Teil 3, 11F; dazu im Überblick Joachim, NZM 2000, 785, 786ff., aktuell Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45.

⁶ Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45; Joachim, NZM 2000, 785, 786-789.

mehr) Geschossen ab ca. 6000 qm zu einem Konzept eines „lebendigen Marktplatzes“ als Kommunikationsforum und „Markt der Möglichkeiten“ zu formen, um damit dem negativen Trend der Aufgabe von mittelständischen Händlern, dem Entstehen von Monostrukturen und dem Verlust der Anziehungskraft der Städte entgegen zu treten.

2. ATTRAKTIVE ARCHITEKTUR UND PROFESSIONELLES CENTER-MANAGEMENT

Seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts entstehen auch in Deutschland attraktive Einkaufsgalerien, die sich auszeichnen durch eine hohe Qualität in der Architektur des Gesamterscheinungsbildes, dem professionellen Center-Management und dem ausgefeilten sowie ständig anzupassenden Branchenmix der zahlreichen Shop-Betreiber. Die anziehende Architektur stellt einen ausschlaggebenden Erfolgsfaktor für ein SC dar, wobei der Standortfaktor nach wie vor richtungsweisend ist. Eine derart attraktive Architektur ist regelmäßig charakterisiert durch Tageslichteinfall, überglaste Passagen, zum Teil mit Höfen und sonstigen Attraktionen mit „Anziehungs- und Verweilcharakter“. Erwähnt seien Lichteffekte, wie tages- und jahreszeitabhängige Lichtquellenregelungen nach dem Slogan: „Licht lockt Leute“, abgestimmte Beschallungen und Geruchsempfindungen. Shoppingcentertypische Regel-Details finden sich bei der Gestaltung der Ladenstraße bis hin zu den Aufmachungen der einzelnen Shops, wie shoppingscentertypische Fliesen, Natursteine, Edelstahlprofile und sonstige Bauteile, die insgesamt zu einem „Gesamtensemble“ und gleichsam „Gesamtkunstwerk“ und einer markanten „Corporate Identity“ führen. Positiv gewendet können solche SC zu „Herzschrittmachern“ von Innenstadt(Teil)bereichen werden und nachhaltige Kaufkraft binden, bzw. rückholen, wenn diese – Menschenmassen anlockenden – Frequenzimmobilien „in ihrem Gesamterscheinungsbild sauber, sicher, hell und freundlich auf den Kunden positiv einwirken“. ⁷ Kann in diesem architektonischen, einheitlichen „Gesamterscheinungsbild“ eines EKZ bereits das vom BGH geforderte „unternehmerische Gesamtkonzept“ begründet liegen, welches den SC-Betreiber zur Risiko(mit)übernahme verpflichtet? Für sich allein betrachtet, wohl noch nicht; aber, der „Gesamtauftritt“ mag Indizwirkung entfalten. Weitere Umstände können hinzutreten, z.B. (Verkaufs)Prospekt, Werbeauftritte, umfangreiche Vertragsvorgaben usw. und letztendlich das „Gesamtkonzept“ formen.

3. „KNOCHEN-PRINZIP“ SOWIE „ANCHOR TENANTS“

Ein EKZ ist grundsätzlich durch das sogenannte „Knochen-Prinzip“ gekennzeichnet. Frequenzbringer, auch sogenannte „anchor tenants“, werden als Magnetmieter traditionell am Anfang und Ende eines jeden EKZ platziert. Dazwischen werden kleinteiligere Läden mit umfangreichem Warensortiment in der Breite und Tiefe des Sortiments angesiedelt, und zwar zu den Bereichen Mode, Schuhe, Parfümerien, Bücherbedarf usw. sowie Lebensmittel, Bäckereien, Fleischereien, Frischemärkte und sämtliche Geschmacks- und Moderichtungen der Gastronomie. Die modernen Center weisen eine Durchgangsbreite von 8-12 Metern auf, um einen – existentiell wichtigen – flüssigen Kundenstrom zu gewährleisten. Die Re-Vitalisierung von Passagen in Deutschland, die zu geringe Durchgangsbreiten und Sackgassen in den Lauflagen aufweisen, werden an einer klaren und flüssigen Lauflage der

⁷ Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl. 2000, 695ff.; zum Shoppingcenter allgemein und zur Projektentwicklung grundlegend Schnermann, in: Falk, Gewerbe-Immobilien, 7. Aufl. 1999, 20 Seiten; ders. Projektentwicklung für Gewerbe-Immobilien, in: Falk, Gewerbe-Immobilien, 6. Aufl. 1999, 359ff.; Schneider, in: Usinger, Immobilienrecht und –steuern, 3. Aufl. 2004, 1103ff; Martens, in: Usinger, ebenda, 1167ff; Meyer, Fachserie zum Shoppingcenter, Immobilienzeitung (IZ) 1998, Nr. 18, 7; 1999, Nr. 14, 6; Kraft, IZ 1999, Nr. 13, 7 und IZ 2000, Nr. 8, 1, 2 und 7, 8; Joachim, NZM 2000, 785, 787ff; aus juristischer Sicht Jendrek, NZM 2000, 526, 527.

Kunden-Frequenzströme ausgerichtet. Die erwähnten Magnetbetriebe sollen an den Endpunkten der Ladenstraße jeweils auch zwei- bzw. mehrgeschossig dimensioniert sein und auf jeder Ebene Ein- und Ausgänge aufweisen, allerdings für den Kunden klar und einfach nachzuvollziehen, nicht zuletzt unter Realisierung eines eindeutigen Flucht- und Rettungsplanes in einem solchen SC. Ein klassisches SC enthält ca. 70-80, regelmäßig jedoch 100-120 Läden, bis hin zu 150 Mietern; es erstreckt sich auf einer Länge von ca. 300 – 500 Metern über regelmäßig zwei, mitunter auch drei und mehr Geschossen (mit den bekannten Problematiken beim erfolgreichen Betreiben eines SC über mehrere Geschosse). Zumeist sind die verschiedenen Stockwerke „themenorientiert“, d.h. die Mieter bzw. Nutzer werden branchenspezifisch zusammengefasst, um das attraktive Branchenmix zu gewährleisten. Getreu dem Motto „Konkurrenz hebt das Geschäft“, trifft der Kunde in den SC zahlreiche Branchen mehrfach belegt an, er erwartet das gerade zu.

4. **SC-(VER)MARKEN(-TRENDS)**

Ein starker Zukunftstrend geht hin zu „Frequenz“- sowie „Multifunktions-Immobilien“. Neben den diversen Formen des Einzelhandels mit ihren neuen Vermarktungstrends begegnet der Kunde dem – traditionell bekannten – Markthallencharakter, verweilt, kommuniziert und konsumiert in sogenannten „Food Courts“. Zukünftige Entwicklungen von SC lassen die Angebotspalette anwachsen; so werden Freizeit- und Unterhaltungseinrichtungen mitberücksichtigt, beispielsweise Großkinos, Musicals, Bowling- und Eisbahnen, Tanz- und Diskoeinrichtungen, Sportstätten, Fitness-, Wellness- und Gesundheitspraxen bzw. -oasen, Dienstleistungseinrichtungen über Ärzte, Apotheker, Anwälte, Architekten usw.; diverse Betriebsformen der Gastronomie und Hotellerie kommen hinzu, bsw. Event- bzw. Erlebnisgastronomie, Business- bzw. Budgethotels bis hin zu Boarding Houses. Zahlreiche Synergie-Effekte können genutzt, wenn mitunter auch bestimmte „Überschneidungs- bzw. Blockade-Effekte“ zwischen den einzelnen Nutzern nicht ganz von der Hand zu weisen sind. Für alle Betreiber und Mieter sind die klare Verkehrsanbindung sowie großzügig dimensionierter Parkraum, welcher unmittelbar an das Shoppingcenter bzw. das Urban Entertainment-Center bzw. die Frequenz-Immobilie heranreicht, von ausschlaggebender Bedeutung für ein erfolgreiches Betreiben ihres Geschäfts.⁸ Sie lehnen sich an die SC-„Adresse“, „Marke“ sowie „Vermarktungstrends“ und profitieren davon.

5. **CHARAKTERISTIKA EINES ERFOLGREICHEN SC**

Aufgrund vorstehender Ausführungen zum SC lassen sich stichwortartig, im Kern folgende Kriterien für eine charakterisierende und erfolgreiche Betreuung eines SC benennen.⁹

- 1.) Standort, Nähe zum Kunden, bzw. Kaufkraftpotential;
- 2.) Durchführung von Markt-, Standort- und Wirtschaftlichkeitsanalysen;
- 3.) Gute Erreichbarkeit, Verkehrsanbindung;
- 4.) Marktgerechtes Nutzungskonzept;
- 5.) Standort- und marktgerechter Branchen- und Mietermix;
- 6.) Berücksichtigung marktstarker Magnetmieter;
- 7.) Durchdachter Kundenlauf;
- 8.) Professionelles Centermanagement;
- 9.) Professionelles Marketing, insbesondere gezielte, abgestimmte und gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit, Werbung, Aktionen, auch und gerade im SC;
- 10.) Image und Corporate Identity des Centers;

⁸ Kraft, Meyer, Schnermann, jeweils aaO; zusammenfassend Joachim, NZM 2000, 785, 788f.

⁹ Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 695, 698; Joachim, NZM 2000, 785, 790.

- 11.) Vermietung nach einem festgelegten und ständig optimierten Mietermix im Rahmen eines Vermietermanagements;
- 12.) Adäquate Innen- und Außenarchitektur mit positivem Objektumfeld, Tageslichteinfall, Beleuchtung, Beschallung und Geruchsentwicklung;
- 13.) Ausreichende Anzahl von Parkplätzen, Qualität der Parkierungsflächen;
- 14.) Schaffung von Einkaufsatmosphäre und Erlebniseinkauf, Freizeit und Entertainment, „einzigartige Events“;
- 15.) Service und Beratung, Infostand im Center;
- 16.) Sicherheitseinrichtungen, „Security“ = Wachservice, Kunden- und Kinderservice;
- 17.) Schaffung, Hervorhebung und Aktualisierung eines Treffpunkts;
- 18.) Berücksichtigung von einzelhandels- und SC-spezifischen Besonderheiten in den Mietverträgen;
- 19.) Schaffung bzw. Verrechtlichung des SC-Bereichs;
- 20.) Professionelle Planung, Finanzierung, (Steuer-, Rechts-, Wirtschafts-)Beratung.

Unter Berücksichtigung der aktuellen wirtschaftlichen Lage ist ein weiterer Trend hin zur Konzentration auf Top-Lagen in den Stadtzentren und Einkaufsmeilen zu verzeichnen. Die Zahl der innerstädtischen Einkaufszentren wächst kontinuierlich. Eine gewisse „Marktsättigung“ zeichnet sich ab, ist allerdings noch nicht erreicht.¹⁰ Bei zahlreichen (Einzelhandels-)Immobilien und innerstädtischen Quartieren treten zukunftsweisende Projektentwicklungen hervor, die häufig Umnutzungen und Re-Vitalisierungen vorhandener Bauten und Ensembles bis hin zu Um- und Neubauten beinhalten.

III. SC – ALS „LEBENDIGER“ BZW. „MOBILER“ IMMOBILIEN-GESAMT-KOMPLEX“

1. KOMMUNIKATIONS-, KOMMERZ-CENTER SOWIE „MARKT DER MÖGLICHKEITEN“

Aus der tatsächlichen Situation des SC als ein lebendiger und sich ständig fortentwickelnder Gesamtkomplex, der den Kundenwünschen und –erwartungen – auch zukünftig – gezielt und verstärkt Rechnung tragen muß, erwachsen zahlreiche Kommunikationspflichten der Vertragsparteien. Während der Dauer eines SC-Mietvertrags, erst recht während des Zustandekommens und der entsprechenden Vertragsverhandlungen bestehen umfangreiche Informations-, Hinweis- und Aufklärungspflichten der Vertragspartner. Der SMG-Gesetzgeber hat dies bereits durch Aufnahme in § 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB dokumentiert. Bei einem Dauerschuldverhältnis, welches in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zahlreiche Vertragselemente enthält und umfangreiche Mietzahlungspflichten nach sich zieht, sind derartige Aufklärungs- und Informationspflichten besonders ausgeprägt. Hier besteht Handlungsbedarf für die Marktteilnehmer und deren Berater.

¹⁰ Nach Erhebungen der Shoppingcenter-Projektentwickler weist Spanien mit 180 qm Mietfläche auf 1000 Einwohner und Portugal mit 139 qm eine deutlich höhere Zahl auf als beispielsweise Deutschland, wo sie 118 qm Mietfläche auf 1000 Einwohner ausmacht, vgl. Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45.

2. VERTRAGSFREIHEIT

Durch das SMG sollen die Vertragsparteien zu mehr Vertragsfreiheit angehalten werden. Dies gilt vornehmlich im Bereich des SC. Im Rahmen der „Verrechtlichung“ des EKZ sind Vertragsgestaltungen bei Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs, des Nutzungszwecks und der – dokumentierten – Erwartungshaltungen der Parteien verstärkt anzutreffen.

3. (GESTEIGERTE) MIETE – RISIKO(MIT)ÜBERNAHME

Bekanntlich entrichtet der SC-Mieter in einem attraktiven EKZ eine umfangreiche Grund-, Umsatzmiete sowie einen „Obolus“ für Centermanagement und Werbegemeinschaft. Der Mieter wird diesen umfangreichen Geldbetrag nur dann überweisen, wenn er – mit entsprechenden Erwartungen – in diesem SC mit seinem Laden vertreten sein will, wenn nicht gar „muß“. Die entsprechende Miete legt eine Risiko- bzw. Gefahren- bzw. Solidargemeinschaft der Vertragsparteien nahe. Aus diesem Gesichtspunkt kann eine Risikoübernahme, zumindest eine Risiko-Teiltragung der Parteien erfolgen. Falls im weiteren Verlauf des SC-Vertrags Störungen auftreten, sollte – ebenfalls unter Berücksichtigung von § 313 III 1 BGB - zunächst eine Anpassung des SC-Vertrags erfolgen. Erst wenn sämtliche Kommunikationsmöglichkeiten – fruchtlos – erschöpft sein sollten, kommt gegebenenfalls ein (Sonder)Kündigungsrecht in Betracht. Dies sollte bereits aus Gründen der Vorsorge im SC-Vertrag geregelt werden.

IV. TENDENZ ZUM RISIKOVERTEILUNGS- UND -TRAGUNGSRECHT

1. GESETZGEBUNG

In der modernen Gesetzgebung erkennt man bei vorsichtiger Beobachtung eine allgemeine Tendenz zur Risikoanalyse, -beherrschung und -verteilung. Dies soll an verschiedenen Bereichen des Schuldrechts exemplifiziert werden.

a) § 275, 280 BGB LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES SCHULDRECHTSMODERNISIERUNGSGESETZES (SMG)

Nach § 275 I BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Als weitere zentrale Norm aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) kommt im Leistungsstörungenrecht nach § 280 I BGB der Schadensersatz wegen Pflichtverletzung des Schuldners dann in Betracht, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt; sodann kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, jedoch nur dann, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 I 1 und 2 BGB). In Befolgung des zentralen gesetzgeberischen Anliegens, für den Ausschluß der Leistungspflicht nach § 275 I BGB einerseits und

für den Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung nach § 280 I BGB¹¹ andererseits, obliegt dem Rechtsanwender die hoch komplexe Dauer-Aufgabe, den generell typischen oder individuell vereinbarten Risikotragungs- bzw. Verantwortungsbereich des Schuldners gegenüber dem Gläubiger genau abzustecken. Dabei sind das gesetzliche und/oder vertragliche Pflichtenprogramm nach Art und Umfang genau zu erfassen. Die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Schuldners ist aus dem Vertragsinhalt abzuleiten. Gewisse Störungsursachen zählen zum typischen Vertragsrisiko und bedingen – im Grundsatz durch eine ausgeprägte Kasuistik der Rechtsprechung – eine Typisierung der vom Schuldner zu verantwortenden Umstände. Darauf gründet die Zurechnung der vom Schuldner regelmäßig oder im Einzelfall beherrschbaren Risiken; so hat er stets für ein Verschulden einzustehen, § 280 I i.V.m. § 276 I bis III BGB. In der für eine Risikoanalyse und –zuweisung typischen Erfassung der räumlich-gegenständlichen Bereiche ist der Schuldner grundsätzlich zuständig für seine (Risiko-)Sphäre, d.h. sein Haus, Fabrik, Büroräume, Ladeneinrichtungen, Personal und sonstigen Bereiche, welche er mit zumutbaren Kontrollmaßnahmen zu steuern und zu beherrschen vermag; er ist zuständig und verantwortlich für Personen und Sachen, die zu seinem „Lager“ zählen, mithin ist von „Lagertheorie“ die Rede.

b) § 309 NR. 12a BGB BEWEISLAST FÜR UMSTÄNDE IM VERANTWORTUNGSBEREICH DES VERWENDERS

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat in § 309 Nr. 12a BGB¹² die bereits bestehende Risikoregelung übernommen, wonach in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam ist, durch die der Verwender dem Kunden die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen. Hieraus erhellt der vom Gesetzgeber anerkannte Grundsatz für die Verantwortlichkeit der Einflussosphäre. Risikotragungs- und Risikozuweisungsüberlegungen werden des öfteren hergeleitet aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen und werden vom Rechtsanwender entsprechend zu begründen versucht, in etwa nach folgendem Gedankengang: „Was kann der Rechtsteilnehmer steuern und beeinflussen? Wofür ist er zuständig? Was hat er zu verantworten? Demzufolge ist es fair, dass er für diesen Verantwortungsbereich einsteht, also die Beweislast und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen trägt“.

c) § 313 I BGB STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE

Aufgrund der Schuldrechtsmodernisierung ist die in Rechtsprechung und –lehre entwickelte Störung der Geschäftsgrundlage in Gesetzesform gegossen. Nach § 313 I BGB gilt: Haben sich Umstände, die Vertragsgrundlage geworden sind, nach Vertragsschluß schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, kann Vertragsanpassung verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden

¹¹ Vgl. dazu Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, Vorb. v. § 275 Rn. 1; § 275 Rn. 3; § 280 Rn. 2; allgemein zur Tendenz zum Risikotragungsrecht: Joachim, BB 1988, 779, 782.

¹² Dazu Palandt-Heinrichs, § 309 Rn. 99 „Ausdruck von sachlogikbedingten Gerechtigkeitsgeboten“, zuvor zu § 11 Nr. 15a AGBG a.F.; grundlegend Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen 1979, 1ff; Joachim, BB 1988, 779, 782.

kann. Hier hat der Gesetzgeber sowohl die vertragliche als auch die gesetzliche Risikoverteilung ausdrücklich gesehen und als Fall der Störung der Geschäftsgrundlage anerkannt. Die Risikoverteilungslehre ist sowohl unter vertragsrechtlichen als auch gesetzesrechtlichen Gesichtspunkten nunmehr ausdrücklich anerkannt.

d) § 446 BGB GEFAHR- UND LASTENÜBERGANG

Den Gerechtigkeitsgedanken der Beeinflussung von und – folgerichtig – des Entstehens für Verantwortungssphären bringt der Gesetzgeber im Kaufrecht mit der Regelung des Gefahren- und Lastenübergangs in § 446 I BGB zum Ausdruck. Danach geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Von diesem Zeitpunkt an kann er die Sache regelmäßig untersuchen, kontrollieren und beeinflussen. Er kann das Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung besser beherrschen als der Verkäufer und trägt deshalb nach gesetzlicher Wertung dieses Risiko.¹³

e) § 644 BGB GEFAHRTRAGUNG, § 645 BGB BESTELLER-VERANTWORTLICHKEIT

Im Werkvertragsrecht findet sich eine ähnliche typische Gerechtigkeitsregelung gemäß der räumlichen Zuständigkeit. Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werks, § 644 I 1 BGB. Anknüpfend an die Abnahme ist der Auftraggeber für die Erfüllung zahlreicher Pflichten im Werkvertrag zuständig, beispielsweise für die Erbringung des Werklohns, die Obhutnahme des Werks. Auch beginnt die wichtige Verjährung der Mängelansprüche regelmäßig mit der Abnahme, § 634a II BGB. Als Ausfluß der gesetzlichen Risikoverteilung nach Sphären- und Einflussbereichen hat der Besteller eines Werks für bestimmte Risiken und Gefahren einzustehen, die von der Judikatur fallgruppenweise (fort)entwickelt werden.¹⁴ In §§ 644, 645 BGB ist der (gesetzgeberische) „Billigkeitsgedanke“ bzw. „Risikozuweisungsgedanke“ verankert.¹⁵ Ihnen kommt „Maßstabsfunktion“ zu.

f) § 425 HGB HAFTUNG DES FRACHTFÜHRERS FÜR GÜTER- UND VERSPÄTUNGSSCHÄDEN

Nach § 425 I HGB haftet der Frachtführer für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Übernahme, während der Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht. Im Zug der Reform des Transportrechts, des 1998 in Kraft getretenen Transportrechtsreformgesetzes, knüpft die Frachtführerhaftung an Bereichs-, Zuständigkeits- und Verantwortungsvorstellungen an. Der Frachtführer soll für die Schäden am Gut einstehen, die er bei seinem Transport selbst oder durch seine Erfüllungsgehilfen steuern und beeinflussen kann. Konsequenterweise regelt § 425 II HGB, dass dann, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verhalten des Absenders oder des Empfängers oder ein besonderer Mangel des Guts mitgewirkt haben, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes davon abhängen, inwieweit diese Umstände zu dem Schaden beigetragen haben. Der Gesetzgeber hat hier eine – für

¹³ Jauernig-Berger, BGB, 11. Aufl. 2004, § 446 Rn 2. „Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung“.

¹⁴ BGH, NJW 1998, 457 „Schürmann-Bau“; BGHZ 60, 19; BGH, ZfBR 1982, 24 u. 7, Jauernig-Schlechtriem, §§ 644, 645, Rn. 9f.

¹⁵ So BGHZ 83, 203; Jauernig-Schlechtriem, §§ 644, 645, Rn. 1.

die Risikoeinteilung und – zuweisung typische - Einzelfallbeurteilung bzw. genaue Erfassung des relevanten Sachverhalts zugrundegelegt.¹⁶

2. RECHTSPRECHUNG

In der Rechtsprechung begegnet man zunehmend der Tendenz, Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen zwischen den Parteien vorzunehmen und anhand einer wertenden Risikobetrachtung den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Unter rechtstheoretischem Blickwinkel konstatiert Esser in juristischen Argumentationen zunehmend Risikoverteilungen.¹⁷

a) PACTHVERTRAG – KIESAUSBEUTE

Unter Zurgrundelegung von Risiko zuweisungen äußert sich der BGH zum Pächterisiko der Wirtschaftlichkeit einer Kiesausbeute wie folgt: „Bei einem Kiesabbauvertrag, der als Pachtvertrag einzuordnen ist, trägt, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Pächter und nicht der Verpächter das Risiko dafür, dass der Abbau des vorhandenen Kieses rentabel ist.“¹⁸ Im Anschluß daran könnte der Rechtsbetrachter pointiert formulieren: Die Chance „Kies zu scheffeln“ und – spiegelbildlich gesprochen – das Risiko, Kies zu verlieren, trägt im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungs- und Betätigungsfreiheit der Nutzer bzw. Mieter bzw. Verwender.

b) HOTELBETREIBERVERTRAG

Der Hotelier ist für seine Risikosphären gemäß räumlicher Einflussmöglichkeiten zuständig und verantwortlich. Auf der Basis eines Hotelpachtvertrags, Management- und/oder Franchisevertrags ist der Hotelbetreiber regelmäßig für das wirtschaftliche „Wohl und Wehe“ des Hotelbetriebs verantwortlich. Für den Betriebsgewinn = Gross Operating Profit (oder auch „Loss“) muß er einstehen.¹⁹

c) REISEVERTRAG

Die Risikoverteilung im Pauschalreisevertrag ist ein in Judikatur und Jurisprudenz seit langem behandeltes und in Fallgruppen aufbereitetes Thema.²⁰ Beim Reisevertrag i.V.m. § 651a BGB trägt der Reisende das sog. „allgemeine Lebensrisiko“. Terroristische Einzelakte, die nicht auf bürgerkriegsähnlichen Unruhen in einem Staat beruhen, sind Teil des von jedem Menschen selbst zu tragenden allgemeinen Lebensrisikos, und zwar auch dann, wenn hinter den Anschlägen Terrororganisationen stehen, die weltweit tätig sind. Nur bei besonderen, verdichteten Gefahren- und Risikolagen besteht eine Aufklärungs- und Hinweispflicht des Reiseveranstalters, z.B. bei Organisation und Durchführung von Ausflügen, deren schuldhaftige Verletzung

¹⁶ Zur Frachtführerhaftung Koller, Transportrecht, 5. Aufl. 2004, vor § 425ff HGB Nr. 1 bis 3; § 425 HGB Rn. 4ff; demnächst Joachim, in: Heymann-Horn, HGB, 3. Aufl. 2005, § 425 Rn. 1ff.

¹⁷ Esser, Argumentations- und Stielwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen in: Etudes de Logique Juridique VI, 1976, 73; Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen 1979, 1 ff; Joachim, BB 1988, 779, 782.

¹⁸ BGH, NJW 1982, 2062, 2063 = BB 1982, 768 = MDR 1982, 925 = LM Nr. 46 zu §§ 581, 537 BGB.

¹⁹ So Joachim, GuT 2003, 166, 173 bei Risiko zuweisungen durch Hotel-AGB und bei dem jeweiligen Hotel-Betreibervertrag, ders. NZM 2001, 162-167; ders., GuT 2003, 119-130.

²⁰ Dazu eingehend Eckert, Die Risikoverteilung im Pauschalreiserecht, 2. Aufl. 1995, 66ff „Die Risiken einer Pauschalreise“, 72ff „Das Leistungsstörungsrisiko“, 198ff „Das Buchungsrisiko“, 241ff „Das Insolvenzrisiko“.

gem. § 280 I BGB zum Schadensersatz führen kann, und zwar als Nebenpflichtverletzung zu der reiserechtlichen Gewährleistungshaftung der §§ 651c ff BGB. Diese Sichtweise hat aktuell das LG Hannover im sog. TUI-Djerba-Fall (Terroranschlag auf jüdische Synagoge) bekräftigt.²¹

Die Risikozuweisung folgt wertend zwischen dem allgemeinen Lebensrisiko und der besonderen Gefahrenlage, welche aufgrund konkreter Vorfälle verdichtet ist und zur Risikoverlagerung auf den Reiseveranstalter aufgrund seines Informationsvorsprungs und seiner Organisationsmöglichkeiten führt.

d) MIET- BZW. PACHTVERTRAG UND BETRIEBSÜBERGANG

Beim Abschluß von Miet- und Pachtverträgen ist mitunter bei einem bestehenden Betrieb darauf zu achten, dass nach § 613a BGB die in dem bereits vorhandenen Betrieb tätigen Mitarbeiter durch den neuen Betreiber gegebenenfalls „mit übernommen“ werden, d.h. dass deren Arbeitsverhältnisse mit übergehen. In der aktuellen „Carlito Abler-Entscheidung“ des EuGH geht es um ein Krankenhaus in Wien, dass die Versorgung seiner Patienten und seines Personals mit Essen und Getränken zunächst an die Firma Sanrest vergeben hatte und nun im Rahmen einer Neuausrichtung einen neuen Bewirtschaftungsvertrag mit der Firma Sodexho abgeschlossen hat; Sodexho führte die Tätigkeiten mit dem selben Krankenhaus eigenen Betriebsmitteln (Kantine, Betriebsküche, Inventar) fort, übernahm jedoch weder das Personal noch die Betriebsmittel wie Warenlager, Rezepte, Kalkulationen usw.; den bisher in der Krankenhauskantine tätigen Arbeitnehmern wurde durch Sanrest wegen des Auftragsverlusts betriebsbedingt gekündigt.²² Der EuGH stellt unter Zugrundelegung seiner bisherigen Rechtsprechung auf die Frage ab, ob eine „wirtschaftliche Einheit“, d.h. „eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“ übertragen wurde. Ausschlaggebend ist, dass die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität aufgrund vertraglicher Beziehungen übergegangen ist, wenn auch die vertragliche Übertragung des Betriebs unter Einschaltung eines Dritten erfolgt und die vertraglichen Beziehungen so über ein Dreieck verliefen. Im Rahmen einer Risikoanalyse sollten der ausscheidende Altmietler, der Neumietler und der Vermieter auch die Frage des Betriebsübergangs nach § 613a BGB erfassen: Wird das Objekt einer ähnlichen Nutzung wie zuvor zugeführt und werden dabei durch den Neumietler Personal, Inventar oder Warenbestände übernommen, droht diesem der Eintritt in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse des Altmietlers. Namentlich in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit wird oft diskutiert und versucht durchzusetzen, dass sich Mitarbeiter des Altmietlers so beim Neumietler „einklagen“. Soweit die spätere Tätigkeit ohne zeitliche Unterbrechung (Richtschnur: mindestens ein halbes bis ein Jahr als „Betriebsab- bzw. Unterbrechung“) und ohne wesentliche inhaltliche Änderungen fortgeführt wird, ist regelmäßig ein Betriebsübergang zu diskutieren und im begründeten Einzelfall zu bejahen. Neben der „Krankenhauskantinen“-Entscheidung im Fall „Carlito Abler“ ist dies zu erörtern bei

²¹ LG Hannover, RRA 2004, 261, 262f; vgl. dazu Anm. Schmid, RRA 2004, 242, 243ff; zuvor zu Klima-Katastrophen, z.B. „Hurrikan“, BGH, NJW 2002, 3700 = RRA 2002, 258, 260; zu Überfällen u. Kriminalität BGH, NJW 1982, 1521 („Jamaika“-Kriminalitätsrate).

²² EuGH, NJW 2004, 45; dazu Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 2ff.

einer Gastwirtschaft, Diskothek, einem Hotel,²³ Kino, Bowling-Center, Fitness- und/oder Sonnenstudio, landwirtschaftlichem Betrieb, Tankstelle, KFZ-Reparaturwerkstatt, Malerfachbetrieb²⁴, Arzt- insbesondere Röntgen- oder Zahnarztpraxis.

Die Risikoanalyse hat sich auch auf den Tatbestand des Betriebsübergangs bei Fortführung eines bestehenden Betriebs zu erstrecken, vornehmlich bei der sogenannten Sanierung, Re-Organisation oder „Re-Vitalisierung“.

Für den Einzelhandel hat das BAG die Übernahme der Ladeneinrichtung eines Konditoreicafés²⁵ und eines Elektro-Einzelhandelsgeschäfts²⁶ als „kaum wesentlich“ bei der Beurteilung des Betriebsübergangs eingeordnet. Der Einzelhandel ist kein betriebsmittelintensives Dienstleistungsgewerbe, weil der Verkauf als solcher regelmäßig – mit Ausnahme der Kasse und sonstiger Einrichtungen – keine unverzichtbaren Betriebsmittel erfordert. Selbst der Warenbestandsübernahme wird kaum die für § 613a BGB erforderliche Bedeutung zugemessen, weil die langfristige Betriebsfortführung in der Zukunft davon eben gerade nicht abhängt.²⁷ Im Einzelhandel und namentlich im Shoppingcenter stehen der Erhalt der Lage der Geschäftsräume, der Attraktivität und Vitalität des Ladens und des EKZ, die Beibehaltung des typischen und attraktiven Warensortiments sowie die durch die Betriebsform geprägten Kundenbeziehungen im Vordergrund.²⁸ Sollten diese SC- bzw. einzelhandelscharakterisierenden Kriterien erfüllt sein, kann unabhängig von der Übertragung des Inventars ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vorliegen. Die Risikoverteilung und – zuweisung bezieht sich auch auf den Schnittbereich Arbeitsrecht sowie Miet- und Pachtrecht.

e) **SC-VERTRAG**

Das Betreiben der Shopping-Center erfolgt regelmäßig auf der Grundlage umfangreicher Vertragswerke; fast sind amerikanische Verhältnisse mit zahlreichen Dokumenten, allgemeinen und besonderen Vertragsbestimmungen, Zusatzvereinbarungen usw. anzutreffen, welche bisweilen (mehrere) hundert Seiten ausmachen. In dem SC-Gesamtvertrag werden wertende Betrachtungen angestellt bei Zuweisung von möglichst exakt definierten Risiken und Verantwortlichkeiten im Zuge der Betreuung eines SC. Wegen der möglichen und zumutbaren Beeinflussung sowie Beherrschung von Räumlichkeiten und Risikosphären, z.B. der Mietsache „Laden“, Außenanlagen, öffentlichen Flächen, benannte Verkehrsflächen in der Shoppingmall, Multifunktionsflächen, Anliefer- und Entsorgungsbereiche, sogenannte „Back of the House-Area“, werden Risikobereichsregelungen in den SC-Vertrag aufgenommen. Demzufolge kann der EKZ-Mieter für die von ihm tatsächlich beherrschbare Mietsache des Ladens eher eintreten als für die „Außenhaut“ der Mietsache, d.h.

²³ So das BAG, AZ 8 AZR 694/99, unveröffentlicht; zitiert nach Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 3 Rn 25.

²⁴ BAG, NJW 2003, 2405 = NZA 2003, 318, 321.

²⁵ BAG, NZA 1987, 589; in Anbetracht der erwähnten Carlito Abler-Entscheidung müsste bei der ebenfalls übertragenen Küche- bzw. Backstubeneinrichtung ggfls. anders entschieden werden; so auch Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 4.

²⁶ BAG, NJW 2000, 3226.

²⁷ Vgl. BAG NJW 2000, 3226.

²⁸ BGA, NJW 2000, 3226; zuvor BAG, 8 AZR 732/97 unveröffentlicht, zitiert nach Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 4.

insbesondere für „Dach und Fach“, die allgemeinen Funktions- und Verkehrsflächen, An- und Ablieferbereiche, Parkplätze usw., wenn es sich um ein derart komplexes Gebäude handelt.²⁹

V. MIETRECHTLICHE RISIKOZUWEISUNGEN

1. VERTRAGSGEMÄßER GEBRAUCH

Der Begriff des „vertragsgemäßen Gebrauchs“ der Mietsache im Sinne von § 535 I 2 BGB ist der Zentralbegriff, welcher für die Festlegung von Art und Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten von Vermieter und Mieter richtungsweisend ist. Der Mieter darf die Mietsache nur in dem Rahmen nutzen, der im Vertrag festgelegt ist und meist beim Zweck zum Ausdruck gelangt. Die Zweckbestimmung regelt die Ausgestaltung der Nutzungsmöglichkeiten des Mieters, zugleich den vom Vermieter zu erbringenden Leistungsumfang, z.B. hinsichtlich der baulichen und sonstigen Anforderungen beim EKZ, um zu gewährleisten, dass die vermietete Sache für den vertraglich vorgesehenen Gebrauch geeignet ist und – in die Zukunft gewendet – bleibt.³⁰ Die Vertragsparteien sind ausdrücklich aufgerufen, mehr Vertrags- und Gestaltungsfreiheit bei der Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs sowie des – zumeist der damit in Zusammenhang stehenden – Zweckbestimmung zu verwenden. Sie sollten die Beschreibung der Mietsache sowie das Pflichtenprogramm der Mietsache als integralen SC-Bestandteil detailliert regeln und aufnehmen. So können die Hauptpflichten im Hinblick auf Vertragserfüllung und gegebenenfalls daran anknüpfende Gewährleistungspflichten im jeweiligen Einzelfall besser erfasst werden. In der Praxis, auch im EKZ-Bereich, sind hier öfters Defizite zu beobachten. Die Mietsache und der vertragsgemäße Gebrauch werden oft einsilbig, standardmäßig beschrieben, z.B. „als Laden im Center ...“, ohne Art und Umfang, Nutzungskonzept, insbesondere Ortsgebundenheit, d.h. Gesamtzusammenhang im Shopping-Center, Voll-Vermietung usw. genau vorher festzulegen. Hier offenbart sich für die SC-Rechtsberater dringender Handlungsbedarf im Hinblick auf eine das jeweilige Pflichtenprogramm aufstellende Konkretisierung.

2. REICHWEITE DES MIETRECHTLICHEN MANGELBEGRIFFS

a) SUBJEKTIVER MANGELBEGRIFF

Bekanntlich fasst man nach dem heute herrschenden subjektiven Mangelbegriff im Sinne von § 536 I 1 BGB unter Mangel jede negative Abweichung der Ist- von der durch den Vertrag festgelegten Soll-Beschaffenheit der Mietsache. Im Interesse eines weitgespannten Mieterschutzes wird dieser Mangelbegriff von der Rechtspraxis außerordentlich weit ausgelegt. Der damit verbundenen Gefahr, wonach der Man-

²⁹ BGHZ 149, 89 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; Schmitz-Reichschauer, NZM 2002, 1019, 1020; Schlemminger/Tachezy, NZM 2000, 416; Ostermann, GuT 2003, 39; Heinz, GuT 2004, 79; Joachim, GuT 2003, 166; ders., ZGS 2003, 177; ders., NZM 2000, 785.

³⁰ Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 71; Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III A Rn. 980; Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, vor § 535 Rn. 78; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rn. 179; Börstinghaus, NZM 2004, 801; Ostermann, GuT 2003, 39; Joachim, GuT 2004, 207, 209.

gelbegriff ins Uferlose ausgeweitet zu werden droht, tritt die Rechtsprechung in neuer Zeit entgegen. Der Gesetzgeber hat dies bereits durch § 536 I 3 BGB nahe gelegt, wonach eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit außer Betracht bleibt. In Verfolgung dieser einerseits ausdehnenden Handhabung, andererseits praktikablen Einschränkung des Mangelbegriffs können u.a.

- räumliche Bereichs- und Risikozustände um die Mietsache,
- tatsächliche Zustände,
- rechtliche Verhältnisse und
- öffentlich-rechtliche Beschränkungen

als Mangel der Mietsache angesehen werden, wenn sie mit der Mietsache zusammenhängen und nicht lediglich in dem weiteren Umfeld und/oder den persönlichen Verhältnissen des Mieters begründet liegen.³¹ Die spezialgesetzlichen Mängelregeln der §§ 536ff BGB gehen den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln regelmäßig dann vor, nachdem die Mietsache an den Mieter überlassen worden ist. Bezeichnenderweise gliedert Fritz die verschiedenen Sachmängel-Ausprägungen in Risikobereichen z.B. Mangelursache innerhalb oder außerhalb der Mietsache, wirtschaftliches Risiko; dabei konstatiert er zutreffend: Je genauer die Regelung des vertragsgemäßen Gebrauchs und die (Nutzungs)Zweckbestimmung im SC-Mietvertrag niedergelegt sind, um so mehr trägt der Vermieter das Risiko der Verwendbarkeit der Mietsache für den detaillierten bzw. konkretisierten Gebrauchszweck.³²

b) UNMITTELBARKEITS-FORMEL

Bei der Beurteilung von Art und Umfang des mietrechtlichen Mangels verwendet die höchstrichterliche Rechtsprechung regelmäßig die sogenannte „Unmittelbarkeits-Formel“. So befasst sich der BGH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mieter eines Ladenlokals die Herabsetzung der Miete begehren kann, wenn der Bereich, in dem das Geschäft liegt, nicht in dem Maße von kaufinteressiertem Publikum aufgesucht wird, wie beide Vertragspartner dies bei Vertragsschluss erwartet haben – ohne allerdings genaue Plan- bzw. Erwartungszahlen zu dokumentieren und zum vertragsgemäßen Gebrauch aufzunehmen. Nach dem BGH kann ein rechtlich relevanter Mangel nur dann vorliegen, wenn die tatsächlichen Umstände und die rechtlichen Verhältnisse die Tauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen.³³ Unter Hervorhebung des zum Vertragsinhalt erhobenen Verwendungszwecks als maßgebliches Kriterium für die Bejahung einer derartigen unmittelbaren Beeinträchtigung der

³¹ Zu Inhalt und Reichweite des Mangelbegriffs in der früheren Rechtsprechung bereits BGH, NJW 1981, 2405, 2406 = LM Nr. 27 zu § 537 BGB Bl. 2; BGH, WM 1985, 419, 420; in der obergerichtlichen Rechtsprechung OLG Frankfurt, WM 1984, 78; OLG Hamm, ZMR 1982, 206, 207; OLG Düsseldorf, BB 1991, 159, 160; aus der neueren Rechtsprechung: BGH, NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714 = WM 2000, 593; OLG Rostock, NZM 2003, 282, 283; OLG Naumburg, NZM 1997, 373; aus dem Schrifttum Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, Rn. II 142ff; Staudinger/Emmerich, 13. Aufl. 2003, § 536 Rn. 4ff; Fritz, Rn. 268ff.; aus der neueren Literatur die Besprechung zu BGH, NJW 2000, 1714 = WM 2000, 593 Emmerich, LM Nr. 10 aus 2000 zu § 537 Nr. 51; Eckert, EWiR § 537 I aus 2000, 469; Leo, MDR 2000, 821; Kraemer, in: Bub/Treier, III. B Rn. 1328; ders., NZM 2000, 1121; Fritz, Rn. 266ff; Derleder, NZM 2002, 676; Eisenschmidt, in: Schmidt-Futterer § 536 Rn. 16; König, Mietrechtmängelllexikon, 2004, Rn. 3ff, 178; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 9. Aufl. 2004, Rn. 218ff, 224ff; Joachim, NZM 2000, 785, 793ff.

³² So ausdrücklich Fritz, Rn. 268.

³³ BGH, NJW 1981, 2405, 2406; dazu bereits Joachim, BB 1988, 779, 780.

Mietsache erachtet der BGH als unmittelbar bestimmend für die Gebrauchstauglichkeit

- die Eignung der Räume in ihrer baulichen Ausgestaltung zum Betrieb des vorgesehenen Geschäfts;
- den ungehinderten Zutritt des Publikums zu diesem Geschäft;
- die nachhaltige Beeinträchtigung der beschwerde- und gefahrlosen sowie bequemen Zugangsmöglichkeit zum Geschäft durch bauplanerische bzw. bauausführende Maßnahmen in der näheren Umgebung des Ladenlokals – wenn vorgenannte Umstände die „Wesentlichkeits-Schwelle“ überschritten haben.

In Abgrenzung dazu vereint er eine unmittelbare Beeinträchtigung, „wenn das kaufinteressierte Publikum ganz allgemein nicht im erwarteten Maße den Bereich, in dem sich das vermietete Ladenlokal befindet, „besucht“, gleichsam diesen Bereich nicht „als Einkaufszentrum annimmt“.³⁴ Die vom BGH verwendete „Unmittelbarkeitsformel“ scheint zunächst eine – auch allgemein räumlich nachvollziehbare – Griffigkeit für sich in Anspruch nehmen zu können. Allerdings beinhaltet diese Formel bei näherer Betrachtung keinerlei materiellen Gerechtigkeitsgehalt; vielmehr appelliert sie an das durch eine – vermeintliche – Räumlichkeit nachvollziehbare „Risikobereichs-Rechtsgefühl“.³⁵ Als Argumentationstopos ist das Kriterium grundsätzlich anwendbar, allerdings enthält es im Einzelfall kaum nachvollziehbare Aussagekraft.³⁶ Es handelt sich hierbei um eine – vermeintliche - Lehr-, wohl eher „Leer“-Formel, welche das billige Einzelfallergebnis (scheinbar?) rechtfertigt.

c) MANGELHAFTE VERKEHRSANBINDUNG

In der mietrechtlichen Praxis, insbesondere beim Betreiben von Supermärkten und Einkaufszentren, werden tatsächliche Begebenheiten untersucht und als Mangel diskutiert. So streicht das OLG Bamberg bei den mangelhaften Zu-, Abfahrts- und Parkmöglichkeiten die Risikoeinstandspflicht des Vermieters heraus. Hinsichtlich der mangelhaften Verkehrsanbindung des Supermarkts stellt der Senat Risikoerwägungen an und lässt den gewerblichen Vermieter grundsätzlich für die verkehrsmäßige Beschaffenheit der Mietsache einstehen: „Beiden geschäftserfahrenen Parteien war klar, dass Verbrauchermärkte, sollen sie wirtschaftlich erfolgreich und rentabel arbeiten, auf möglichst hohen Umsatz angewiesen sind und deshalb den Autokunden geeignete Park-, sowie Zu- und Abfahrtsmöglichkeiten bieten müssen“. Damit zieht das Gericht materielle Risikozurechnungskriterien der Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit eines Risikos sowie der Professionalität der Parteien heran, aus welcher die Belastung mit dem Risiko infolge der unzureichenden verkehrsmäßigen Erschließung herrührt.³⁷

³⁴ BGH, aaO; dazu Braxmaier, WM 1982, 114, 117; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 74ff.

³⁵ Zum Rechtsgefühl Joachim, Brauchen Juristen Rechtsgefühl, ZvgIRW 93, 1994, 343-351.

³⁶ Kritisch bereits Koller, NJW 1982, 201; dagegen und dem BGH ausdrücklich zustimmend Braxmaier, DM 1982, 114, 117; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 81; kritisch zur „Unmittelbarkeits-Formel“ auch Ostermann, GuT 2003, 39, 41; zuvor Joachim, BB 1988, 779, 780; ders., ZIP 1991, 966, 970; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht 2003, VI 2, Anm. 2f.

³⁷ OLG Bamberg, Urteil vom 20.02.1985, 3 U 246/82, nicht veröffentlicht, 20, 21; zu Risikoerwägungen u. – zuweisungen bei Mängeln verkehrsmäßiger Erschließung der Mietsache, insbesondere in einem Einkaufs-

d) BAUBEDINGTE VERKEHRSUNTERBRECHUNG BZW. BEEINTRÄCHTIGUNG

Eine jahrelange Großbaustelle einer Tiefgarage, die es mit sich bringt, dass die Kunden nur über Bretterstege in das Ladenlokal gelangen, führt zu einem wesentlichen Mangel der Mietsache und gewährt das Recht des Mieters auf fristlose Kündigung. Bei der Erfassung von Risikobereichszuweisungen und –einteilungen zieht die Rechtsprechung Überlegungen zum Umfang des Mangels im Hinblick auf die tatsächliche Beeinträchtigung, aber auch hinsichtlich der Dauer der Beeinträchtigung heran. Straßenbauarbeiten, die den Zugang zum Laden behindern, sind erst nach längerer Dauer als wesentlicher Mangel der Mietsache anzusehen. Hier wird eine Frist von mehreren Monaten, regelmäßig von mehr als rund einem halben Jahr als Richtgröße anzunehmen sein.³⁸

Im Rahmen der Risikoüberlegungen bietet die Judikatur kein einheitliches Bild. Eine U-Bahn-Baustelle führt nach dem OLG Köln auch dann zur Mangelhaftigkeit eines angemieteten Geschäftslokals, wenn der Vermieter diese Baustelle dulden muß. Demgegenüber gewährt das OLG Düsseldorf keine Ansprüche gegen den Vermieter, sondern nur Ansprüche gegen die Stadt auf Entschädigung für enteignungsgleichen Eingriff. In sämtlichen Fällen ist allerdings - darauf sei bereits an dieser Stelle aufmerksam gemacht – an eine Aufklärungspflicht des Vermieters bei Vertragsabschluß zu denken, wenn Baustellen sich abzeichnen, bereits vorhanden sind oder noch länger anzudauern drohen.³⁹ Zudem ist zu erwägen, dass der Mieter eines SC-Ladenlokals bei einem innerstädtischen Objekt regelmäßig mit Straßenbau rechnen muß;⁴⁰ er mag gezielt nachfragen.

Das OLG Naumburg hat eine mindestens fünfmonatige Beeinträchtigung des Ladens durch Sperrungen und Umleitungen auf der Straße, die den Zugang zum Laden nicht vollständig verhindert haben, nicht als Mangel der Mietsache angesehen und erst nach längerer Dauer der Beeinträchtigung einen Mangel angenommen, ohne im einzelnen exakt festzulegen, wie lange die Störung dafür dauern muß. Im innerstädtischen Bereich muß stets mit Straßenbauarbeiten gerechnet werden.⁴¹ Das Umstandsmoment („Schwere bzw. Wesentlichkeit der Beeinträchtigung“) und das Zeitmoment (Grenze ca. 5-6 Monate) müssen im Fall erfüllt sein, um eine Risikozuweisung vom Mieter auf den Vermieter vornehmen und begründen zu können.

Im gewerblichen Mietrecht wird abgestellt auf die konkrete Situationsgebundenheit der Mietsache, namentlich auf die unmittelbare Nachbarschaft, in der das Ladenlokal belegen ist. Wenn bereits bei Vertragschluß erkennbar ist, dass in der näheren und weiteren Umgebung der Mietsache mit Bautätigkeiten zu rechnen ist, tritt keine Mietminderung ein. Häufig wird ein bestimmtes Risiko, hier das Baulärmrisiko, bei

zentrum, Koller, NJW 1982, 201, 204; Joachim, BB 1988, 779, 780; zur Entscheidung des OLG Bamberg Joachim, ZIP 1991, 966, 970.

³⁸ OLG Dresden, NZM 1999, 317 = NJW-RR 1999, 448 = WM 1999, 158; OLG Naumburg, GuT 2002, 14; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 221ff; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272 Stichwort „Großbaustelle Zugangshindernis“.

³⁹ OLG Köln, NJW 1972, 1814; OLG Düsseldorf, NZM 1998, 481 = NJW-RR 1990, 1236 = MDR 1998, 768; NJW 1994, 3173; Fritz, Rn. 272 Stichworte „U-Bahn-Baustelle“ und „Aufklärungspflicht“.

⁴⁰ OLG Hamburg, WM 2003, 146; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272, Stichwort „Straßenbau“.

⁴¹ OLG Naumburg, GuT 2002, 14; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272.

der Mietpreisberechnung berücksichtigt. Selbst die Erfassung dieses Risikos spielt nach dem KG in einer aktuellen Entscheidung keine Rolle; entscheidend ist vielmehr, dass der Ladenmieter mit der Bautätigkeit in dem konkreten Umfeld rechnen musste, was insbesondere bei einer älteren Bausubstanz der Mietsache und bei Inaugenscheinnahme ihrer tatsächlichen Belegenheit und Umgebung nahe liegt. Abgesehen vom Mängelrechtsausschluss wegen Kenntnis des Mieters vom Mangel bei Vertragsschluss oder bei der Annahme der Mietsache, § 536b BGB, verneint das Gericht das Überschreiten der Wesentlichkeitsgrenze im Sinne von § 536 I 3 BGB durch die Störungen, weil diese vom Mieter im Fall nur subjektiv ohne Faktenfundierung wieder gegeben waren.⁴²

Am anderen Ende der „Wesentlichkeits-Skala der Risikobetrachtung“ gilt: Wird der innerstädtische Platz der Mietsache faktisch in eine „Baugrube“ verwandelt, können wesentlicher Mangel, Gewährleistungs- und Kündigungsrechte des Ladenmieters gegeben sein.⁴³ Bei der Risikobetrachtung sind vertragliche Mietminderungsausschlussklauseln bei SC-Mieträumen grundsätzlich wirksam. Die Grenze dürfte dann überschritten sein, wenn die Kardinalpflichten des Vermieters, hier im Hinblick auf die Gebrauchsgewährung und Erhaltung gem. § 535 I und II BGB, tiefgreifend angetastet oder aufgehoben sind. Demgemäß wird der Mietminderungsausschluss bei Störungen der Versorgung mit Wärme, Strom, Gas oder Wasser oder Störungen der Entwässerung, die nicht vom Vermieter zu vertreten sind, für grundsätzlich zulässig erachtet. So verneint das OLG Hamburg einen Verstoß gegen § 307 I BGB, der unangemessenen Benachteiligung bei einer vorformulierten Mietvertragsklausel, wonach eine Mietminderung ausgeschlossen ist, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, die gewerbliche Nutzung der Mietsache beeinträchtigt wird und zum Beispiel zu Umsatz- und Geschäftsrückgang führt; das Gericht diskutiert ausdrücklich tatsächliche Beeinträchtigungen der Verkehrsleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw. und nimmt dementsprechende Risikobereichszuweisungen vor. Damit werden Überlegungen der Beherrschbarkeit von Mängeln, namentlich im Zusammenhang von Bauarbeiten, Ver- und Entsorgungseingriffen im Energiebereich angeführt.⁴⁴

3. ZUGESICHERTE EIGENSCHAFT

Gemäß § 536 II BGB greift das Mietminderungsrecht des Mieters auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sollten versierte SC-Betreiber und Mieter darauf abheben, bestimmte, für sie wichtige Umstände sich als Eigenschaft vertraglich zusichern zu lassen, soweit die Verhandlungs- und Durchsetzungsmacht der Parteien dazu reicht. Dies kann sich beispielsweise auf sogenannte Altlasten bzw. bereits einen Altlastenverdacht erstre-

⁴² KG, NZM 2003, 718; dazu Joachim, GuT 2004, 207, 217.

⁴³ So BGH, MDR 1982, 135; OLG Dresden, ZMR 1999, 241 = WM 1999, 158; OLG Düsseldorf, OLGR 1998, 109; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1342; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, VI 2 Anm. 6f; Fritz, Rn. 272 Stichworte „Baulärm, Verkehrsführung, Straßenbau“ usw.; Joachim, GuT, 2004, 207, 217.

⁴⁴ OLG Hamburg, GuT 2004, 168, 169; dazu Bub, in: Bub/Treier, II Rn. 518; Eisenschmidt, in: Schmidt-Futterer, § 536, Rn. 306; Borutzki-Pasing, aaO; Joachim, GuT 2004, 207, 217.

cken, wenn die Mietsache in einem SC-Objekt betrieben wird, welches auf einem Altlasten-Grundstück errichtet worden ist.⁴⁵

Angaben des SC-Vermieters vor Vermietung eines Ladenlokals über erzielbare Umsätze stellen grundsätzlich keine zugesicherte Eigenschaft der Mietsache dar, insbesondere dann nicht, wenn der SC-Vermieter darlegt, für die Umsatzangaben nicht einstehen zu können. Allerdings kann im Einzelfall eine arglistige Täuschung i.S.v. § 123 BGB des Mieters durch den SC-Vermieter oder seine Beauftragten anzunehmen sein, wenn sie bewusst falsche Angaben tätigen. Ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Makler regelmäßig Erfüllungsgehilfe des Vermieters ist, wenn diesem die Vertragsverhandlung und –gestaltung bei der SC-Vollvermietung vom Vermieter an die Hand gegeben worden ist.⁴⁶ Hier finden Risikozuweisungen durch eine „Lagertheorie“ Ausdruck, d.h. durch Zurechnung von Verhalten bestimmter Personen, für welche der Vermieter einzustehen hat.

4. SCHUTZ-, FÜRSORGEPLICHTEN IM SC

a) BESTANDTEILE DER MIETE

Der SC-Betreiber handelt grundsätzlich eine optimierte, an den Marktgegebenheiten orientierte Miete aus. Diese gliedert sich regelmäßig in eine Festmiete, Basismiete und in eine umsatzorientierte, flexible Miete. Zusätzlich entrichtet der SC-Mieter häufig ein Entgelt für das Centermanagement, falls dies nicht bereits durch die zuvor erwähnten Mietkomponenten abgegolten ist. Überdies zahlt der SC-Nutzer ein Entgelt für die SC-Werbegemeinschaft, um durch Werbeaktionen und gemeinsame Auftritte zu einer Corporate Identity und einer verstärkten Attraktivität des SC beizutragen. Durch die zahlreichen Mietkomponenten erwartet der Mieter „mehr“ als die – bloße – Raumüberlassung. Er erwartet Aufnahme und Schutz im „SC-Verbund“.

b) SCHUTZ- UND FÜRSORGEPLICHTEN DES SC-BETREIBERS

Bei der SC-Vertragsgestaltung und der damit im Zusammenhang stehenden umfangreichen Vermieter- und Mieterpflichten ist angemessen zu berücksichtigen, dass dem SC-Betreiber Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber seinen Mietern zukommen. Durch die „gesteigerte“ Miete sind Art und Umfang der SC-Betreiberpflichten ebenfalls „gesteigert“. In einem Mietverhältnis kommen den Vertragsparteien bekanntlich gesteigerte Sorgfalts-, Obhuts- und Treuepflichten zu.⁴⁷ Es handelt sich um weitergehende Schutz- und Fürsorgepflichten als diejenigen, die der Gesetzgeber des SMG bereits bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen konkretisiert und fixiert hat, vgl. § 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB, wonach das jeweilige Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten kann. Dies gilt verstärkt im gewerblichen Mietrecht und dazu noch weiter ausgeprägt und manifestiert in dem „verdichteten Rechtsverhältnis“ eines SC-Mietvertrags. Hier können die – im Einzelfall darzulegenden – Sorgfalts-, Obhuts- und Treuepflichten des SC-Vermieters dazu führen, ein bestimmtes Risiko teilweise, überwiegend oder gemeinschaftlich zu tra-

⁴⁵ OLG Hamm, WM 1987, 248; OLG München, NJW 1995, 2566; LG Mannheim, WM 1996, 338; Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 8; Fritz, Rn. 272 Stichwort „Altlasten bzw. Altlastenverdacht“.

⁴⁶ OLG Hamburg, NZM 1998, 307 = NJW-RR 1998, 1091; OLG Düsseldorf, WM 2003, 138; KG, NJW-RR 2003, 1137; Fritz, Rn. 271a.

⁴⁷ Vgl. dazu im Hinblick auf das Shoppingcenter Ostermann, GuT 2003, 39, 42.

gen. Im SC treten Vermieter und Mieter als „Gefahren- bzw. Solidargemeinschaft“ – zumindest im gewissen Umfang – gemeinsam in Erscheinung. Hierauf gründen sich Überlegungen bei der Risikobereichseinteilung und – zuweisung im Hinblick auf ein „Risk & Burden Sharing“.

5. BETRIEBS-, VERWENDUNGS-, ERTRAGSRISIKO = WIRTSCHAFTLICHES BZW. UNTERNEHMERISCHES RISIKO GRUNDSÄTZLICH BEIM SC-MIETER

a) GESETZLICHE RISIKOREGELUNG

Der Gesetzgeber weist im Mietrecht das wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiko grundsätzlich stets dem Mieter bzw. Pächter zu. Dies gilt auch im EKZ-Bereich.

aa) ENTRICHTUNG DER MIETE BEI PERSÖNLICHER VERHINDERUNG DES MIETERS, § 537 BGB

Bekanntlich wird der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird, § 537 I 1 BGB. Die persönliche Verhinderung des Mieters wird als gesetzlich anerkannter Ausdruck der Risikobereichszuweisung angesehen. Diese Risikobereichszuteilung erstreckt sich auf den gesamten vom Mieter zu beeinflussenden und zu verantwortenden Raum. Wenn der SC-Mieter seine Mietsache nicht nutzt, entbindet ihn das regelmäßig nicht von der Entrichtung der Miete. Da allerdings die Attraktivität eines SC im wesentlichen von der nachhaltigen Gesamtbelegung des SC und vom Betreiben sämtlicher Ladeneinheiten lebt, werden regelmäßig in den SC-Verträgen mit Vertragsstrafen bewehrte Betriebspflichten der Mieter statuiert.⁴⁸

Eine vertraglich vereinbarte Betriebspflicht betreffend ein SC-Ladengeschäft kann durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.⁴⁹ So vermag der SC-Vermieter zeitnah die für alle SC-Mieter wichtige Betriebspflicht sämtlicher SC-Läden zügig unter Einschaltung von einstweiligem Rechtsschutz durchzusetzen.

bb) ABNUTZUNG DER MIETSACHE DURCH VERTRAGSGEMÄßEN GEBRAUCH, § 538 BGB

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten, § 538 BGB. Dieser Gesetzesgrundsatz beinhaltet eine weitere räumliche Risikotragungsregelung. Solange sich der Mieter an die im Mietvertrag festgelegte Nutzung der Mietsache im vertragsgemäßen Rahmen hält, hat er entsprechende Abnutzungen nicht zu tragen. Vertragliche Ergänzungen und teilweise Modifizierungen finden sich durch die auch im SC-Vertragswesen

⁴⁸ OLG Rostock, NZM 2004, 460, wonach eine solche vertragsstrafenbewehrte Betriebspflicht auch dann nicht unangemessen ist, wenn der Vermieter zugleich den Konkurrenzschutz ausschließt.

⁴⁹ LG Bamberg, ZMR 2004, 581.

b) VERTRAGLICHE RISIKOREGELUNG

Im SC-Vertrag werden – je nach Markt- und Durchsetzungsmacht der Parteien – anderweitige Abmachungen zu den vorerwähnten §§ 537, 538 BGB getroffen.

aa) BEHÖRDLICHE GENEHMIGUNG

Das Risiko der Erteilung bzw. Nichterteilung einer behördlichen Genehmigung beim SC, z.B. einer Bau- oder Betreibergenehmigung, kann grundsätzlich nicht durch vorformulierte SC-Vertragsbestimmungen vom SC-Betreiber auf den SC-Mieter verlagert werden. Insoweit steht nämlich eine Kardinal- bzw. Hauptpflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung bzw. –erhaltung der Mietsache im Sinne von § 535 I 1 u. 2 BGB in Rede.⁵¹ In diesem Zusammenhang ist für den SC-Mieter von Bedeutung, dass die Vereinbarung, wonach der Mieter die erforderlichen behördlichen Genehmigungen für das Betreiben seines SC-Shops auf seine Kosten einzuholen hat, grundsätzlich keinen Gewährleistungsausschluß darstellt. Bei einer solchen Vertragsgestaltung hat er sich nachhaltig um die Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigungen für seinen SC-Laden zu bemühen und die dadurch verursachten Kosten zu tragen.⁵²

bb) (VERTRAGSSTRAFENBEWEHRTE) BETRIEBSPFLICHT

Eine vertragsstrafenbewehrte Betriebspflicht kann regelmäßig auch dann SC-Vertragsbestandteil werden, wenn der SC-Vermieter zugleich den Konkurrenzschutz für den Mieter im SC ausschließt.⁵³ Die Attraktivität eines EKZ hängt maßgeblich davon ab, dass alle Geschäfte des Centers geöffnet sind. Jeder SC-Mieter achtet darauf, dass ebenso die anderen Geschäfte betrieben werden. Allenfalls im Einzelfall kann das Bestehen auf Einhaltung der Betriebspflicht rechtsmissbräuchlich sein. Die Kombination von SC-Mietvertragsklauseln hinsichtlich Betriebspflicht und Konkurrenzschutzausschluß benachteiligt den SC-Mieter nicht unangemessen im Sinne von § 307 I BGB.⁵⁴ Eine Betriebspflicht kann zwar auch konkludent⁵⁵ aus der Beschreibung des Zwecks angenommen werden, zu dem die Mieträume vermietet werden, regelmäßig „zum Betrieb eines/einer ...“. Dies sollte im SC-Vertrag jedoch aus Klarstellungs- und Rechtssicherheitsgründen ausdrücklich festgehalten werden.

⁵⁰ Vgl. zur Instandhaltung als Oberbegriff sowie zu den Unterbegriffen: Wartung, Inspektion und Instandsetzung nach DIN 3151 Fritz, Rn. 229; zu Art und Umfang der Schönheitsreparaturen im Wohn- und Gewerberaummietrecht zusammenfassend Joachim, GuT 2004, 207, 211ff.

⁵¹ OLG Celle, NZM 2000, 621; KG, NZM 2000, 461; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1348; Jendrek, NZM 2000, 526, 527; Joachim, NZM 2000, 785, 795.

⁵² OLG München, ZMR 1995, 401; OLG Düsseldorf, ZMR 1992, 446; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1348; Joachim, NZM 2000, 785, 795.

⁵³ OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254; Fritz, Rn. 234; Kraemer, in: Bub/Treier, III Rn. 1937.

⁵⁴ OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254; OLG Schleswig, NZM 2000, 1007; OLG Düsseldorf, NZM 1999, 124; OLG Düsseldorf, ZMR 1992, 454; zuvor bereits grundsätzlich der BGH, NJW-RR 1992, 1032.

⁵⁵ OLG Köln, NZM 2002, 345 mit abl. Anm. Wiek, NZM 2002, 327; unter Betonung des Ausnahmecharakters einer solchen konkludenten Vereinbarung Michalski, ZMR 1996, 527; Hamann, ZMR 2001, 581, 583; Fritz, Rn. 243 Stichwort: konkludente Vereinbarung.

cc) SONSTIGE SC-VERTRAGSREGELUNGEN

Bei den anderweitigen Vertragsregelungen sind dann, wenn bestimmte Risiken sich während des Betriebens des SC einstellen sollten, Rechte des Mieters im Hinblick auf Mietminderung, Kündigung denkbar, sogenannte Sonderkündigungsrechte. Andererseits kann der Vermieter bestimmte Risiken adressieren und die entsprechenden Mieterrechte ausdrücklich ausschließen. Dabei sind im Rahmen der vorformulierten Vertragsbedingungen die allgemeinen Grenzen zu beachten, insbesondere im Hinblick auf den nicht möglichen Ausschluß für Kardinalpflichtverletzungen sowie bei Verschuldensformen des Vermieters im Hinblick auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Bei Integritätsverletzungen und bei Kardinalpflichtverletzungen kommen durch vorformulierte Vertragsbedingungen keine Haftungsausschlüsse für – normale – Fahrlässigkeit in Betracht.⁵⁶ Im übrigen gilt: Durch Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs, des Nutzungszwecks sowie der Regelung von Art und Umfang der mietrechtlichen Leistungsstörungenrechte können die SC-Vertragsbeteiligten „mehr Vertragsfreiheit“ wagen.

6. STÖRUNG BZW. WEGFALL DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE

Enttäuschte Ertragserwartungen im EKZ haben häufig dazu geführt, dass die Vertragsbeteiligten ein „Re-Organisations-“ bzw. sogar ein „Ausstiegsszenario“ aus dem jeweiligen SC-Vertrag gesucht haben. Angesichts der schwierigen Wirtschaftslage werden solche Szenarien von den Vertragsparteien häufig diskutiert und immer wieder die Gerichte mit derartigen Fragestellungen konfrontiert. Zielgerichtet werden die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 536 ff. BGB sowie das Rechtsinstitut der Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage bemüht, welches nunmehr durch das SMG in § 313 BGB seinen gesetzlichen Ausdruck erfahren hat.

Dabei ist maßgebend auf den SC-Vertrag, den Vertragszweck sowie den Nutzungsumfang abzustellen. Der Vermieter eines SC-Ladenlokals ist regelmäßig nicht verpflichtet, einer Sortimentsänderung durch den SC-Mieter zuzustimmen, auch wenn die Zusammensetzung der Kundschaft eines EKZ sich nachhaltig verändert hat.⁵⁷ Der SC-Mieter muß sich an dem SC-Mietvertrag festhalten lassen und kann die vertragliche Rechte- und Pflichten- sowie Risikoverteilung grundsätzlich nicht über Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 I BGB korrigieren.

Bei Anwendung des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage ist vorrangig auf die mietvertragliche Regelung abzustellen. Die §§ 536 ff. BGB des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts greifen grundsätzlich ab Überlassung der Mietsache vorrangig ein. Allerdings können die vom SMG-Gesetzgeber in § 313 BGB niedergelegten Umstände auch bei einer vertraglichen Risikoanalyse und –verteilung Berücksichtigung finden. Losgelöst von der exakten, einzelfallorientierten Einordnung als Mietmangel und/oder Störung der Geschäftsgrundlage stellen sich die nachfolgenden, verallgemeinerungsfähigen Überlegungen.

⁵⁶ Zur Haftungsbegrenzung im Mietrecht Fritz, Rn. 162ff; Joachim, WM 2003, 520; ders., NZM 2003, 387; ders., AIM 2003, 162; ders., GuT 2004, 201, 225; ders., AIM 2004, 142.

⁵⁷ OLG Hamburg, ZMR 2003, 180 = WM 2003, 268.

a) VERWENDUNGSRISSIKO DES SC-MIETERS

Der SC-Mieter trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko hinsichtlich seiner angemieteten Sache. Auf den Punkt gebracht: Er steht ein für seinen SC-Shop, sei er „top“ oder ein „Flop“. Das wirtschaftliche Risiko der Gewinnerzielung in dem angemieteten SC-Laden liegt regelmäßig allein beim Mieter.⁵⁸ Hierzu zählt auch das Risiko der Verlagerung von Kundenströmen, sogenannten Kundenfrequenzen. Das Hinzukommen eines Konkurrenzunternehmens in unmittelbarer Nachbarschaft, auch im selben SC, zählt ebenfalls dazu, es sei denn, es handelt sich um eine mietvertragliche und/oder gesetzliche Konkurrenzschutzverletzung des Vermieters.

aa) BGH-GRUNDSATZURTEIL: „IHME-ZENTRUM“ – MANGELNDE AKZEPTANZ, VERÄNDERTE KÄUFERSCHICHT

Grundsätzlich gehört die Erwartung, durch den Gebrauch der Mietsache als Unternehmer Gewinne und keine Verluste erwirtschaften zu können, zum Risikobereich des SC-Mieters; stellt sich diese Erwartung nicht ein, begründet dies regelmäßig keine Gewährleistungsansprüche gem. §§ 536ff BGB. Diese sind dann im Ansatz anwendbar, wenn die Mietsache dem Mieter bereits übergeben worden ist; für die Zeit vor Übergabe verbleibt es bei den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts, insbesondere hinsichtlich culpa in contrahendo bei Aufklärungspflichtverletzung, nunmehr geregelt in den §§ 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB sowie der Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 I BGB. Auch berechtigt die frustrierte Vertragserwartung den SC-Mieter nicht zur fristlosen oder fristgemäßen Kündigung des Mietvertrags; es sei denn, er hat sich bei bestimmten Umsatz- und Ertragsersparungen und bei dem nachhaltigen Nichteintritt ein (Sonder-)Kündigungsrecht mietvertraglich ausbedungen. Festzuhalten ist: Nach ständiger und gefestigter Rechtsprechung und herrschender Lehre fallen enttäuschte Umsatz- und Gewinnerwartungen des Mieters, auch des SC-Mieters, in dessen Risikosphäre. Diesen Grundsatz hat der BGH im Falle eines Einkaufszentrums hervorgehoben, welches in ein sogenanntes „Billig-Zentrum“ umgewandelt wurde, wodurch eine andere Besucher- und Käuferschicht angezogen wurde.⁵⁹

bb) OLG KOBLENZ - AUSNAHMEENTSCHEIDUNG: VOLLVERMIETUNG IM SC

Ausnahmsweise hat das OLG Koblenz eine fristlose Kündigung des Ladenmieters für wirksam erachtet, weil eine Vollvermietung des neu errichteten

⁵⁸ Ständige Rechtsprechung, so BGH, NJW 1981, 2405, NZM 2000, 492; NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; OLG Düsseldorf, GuT 2003, 59; GuT 2004, 165; OLG Frankfurt, OLG Report 1995, 1; OLG Rostock, MDR 1999, 477; NZM 2003, 282; OLG Celle, MDR 1999, 799; OLG Naumburg, NZM 1998, 373; Fritz, Rn. 271 wirtschaftliches Risiko; Joachim, NZM 2000, 785, 793; ders., GuT 2004, 207, 217.

⁵⁹ BGH, NJW 1981, 2405; NZM 2000, 492; dazu auch Jendrek, NZM 2000, 526, 527.

Einkaufszentrums und ein damit angezogener breiter Kundenstrom nicht erreicht wurden.⁶⁰

cc) OLG MÜNCHEN: APOTHEKE UND MARKTHALLE

In einem Fall des OLG München hat der Mieter eine Ladenfläche in einem Shopping-Center zum Betrieb einer Apotheke angemietet. Auf derselben Ebene ist die Einrichtung einer Markthalle vorgesehen. Mietvertraglich vereinbart ist, dass der Mieter aus Änderungen des Branchen- und Mietermixes keinerlei Ansprüche herleiten kann. Der SC-Mietvertrag enthält den Hinweis darauf, dass ein Projektentwickler mit der Konzeptionierung der Markthalle beauftragt sei, der SC-Vermieter sich jedoch Änderungen vorbehält. Wegen der in der Folgezeit nicht eröffneten Markthalle auf der Ebene der vom Mieter angemieteten Apothekenräume mindert der Apotheken-Mieter die Miete zu Unrecht um 70 %.⁶¹

dd) OLG NAUMBURG: FACHMARKT-KONZEPT

In einem anderen SC-Fall hat das OLG Naumburg ein Fachmarkt-Konzept zu beurteilen. Auch hier werden dem enttäuschten SC-Mieter keine Mieterrechte zugesprochen.⁶² Wer trägt das Risiko, wenn sich ein dem SC zugrundeliegendes Konzept nicht, nur teilweise oder nicht dauerhaft realisieren lässt? Hier manifestiert sich ein unternehmerisches Risiko. Dieses ist dergestalt zuzurechnen, dass der Vermieter das Risiko insoweit trägt, als es um die grundsätzliche Vermietbarkeit seiner Ladengeschäfte geht und der Mieter für das Risiko seiner Umsatz- und Gewinnerzielung in diesem gemieteten Geschäftslokal einzustehen hat. Wenn der Vermieter die Funktionsfähigkeit der Gesamtanlage zu seinem eigenen und ausschließlichen Risiko ausgestalten will, bedarf es einer entsprechenden mietvertraglichen Absprache.

ee) BGH-GRUNDSATZURTEIL: „DESSOUS-FALL“ VERWENDUNGSRISIKO DES SC-MIETERS FÜR SEINE MIETSACHE

Vorstehende Grundsätze hat der BGH in dem sogenannten „Dessous-Fall“ in einem Einkaufszentrum bestätigt. In diesem Fall ist das Zentrum weniger gut gelaufen, als es sich der klagende Mieter vorgestellt hatte. Er führt folgende Umstände an: einen nicht überdachten Zugang, das Vorhandensein von nur 200 Parkplätzen, den halbleeren Gesamtzustand des SC. Der BGH betont in diesem Fall, dass die Mietsache selbst in Ordnung gewesen ist. Die hier im Raum stehenden Zusagen hätten sich nur auf die Gewinnchancen des Ladens bezogen, nicht hingegen auf die Eigenschaften der gemieteten Geschäftsräume.⁶³ Die erwähnten tatsächlichen Umstände sowie die fehlende Akzeptanz des EKZ beim Kunden und die nicht während der gesamten Laufzeit des Mietvertrags vorhandene Vollvermietung stellen weder einen Mangel nach § 536 I BGB noch eine zusicherungsfähige Eigenschaft im Sinne von § 536 II BGB dar. Die Grundsätze über den Wegfall bzw. die Störung der Ge-

⁶⁰ OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 400; OLG Naumburg, NZM 1998, 373; OLG Celle, NJW-RR 1996, 1099 mit Anm. Eckart, EWiR 1996, 975; allg. Reissenberger „Flaute im Center ist Risiko des Mieters“, in: Handelsblatt vom 10.05.2000, 47; Joachim, NZM 2000, 785, 794; ders., GuT 2004, 207, 217.

⁶¹ OLG München, NJW E-MietR 1996, 154 = ZMR 1996, 256; dazu Joachim, NZM 2000, 785, 794.

⁶² OLG Naumburg, NZM 1998, 373.

⁶³ BGH, NZM 2000, 492; aktuell bestätigt vom BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164.

schäftsgrundlage gemäß § 313 I BGB greifen ebenfalls nicht ein, weil der Mieter regelmäßig das Verwendungsrisiko zu tragen hat.

b) PRÄAMBEL EINES SC-VERTRAGS – ZUSTANDSBESCHREIBUNG

Einer aktuellen BGH-Entscheidung zufolge kann nicht von der Zusicherung der Vollvermietung eines SC ausgegangen werden, wenn die Parteien den gegenwärtigen Vermietungszustand in der Präambel des Mietvertrags aufgenommen haben. Weder in der Präambel noch sonst im Mietvertrag ist eine Vollvermietung über die gesamte Vertragslaufzeit zugesichert. Der XII. Senat des BGH billigt die Auslegung des OLG Jena, wonach die Parteien nur den Vermietungszustand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschrieben – und eben nicht: zugesichert – haben. Eine Haftung des Vermieters wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, nunmehr kodifiziert in § 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB, scheidet im vorliegenden Fall ebenfalls aus. Unter Umständen könnte eine Aufklärungspflichtverletzung Grund für eine Kündigung nach § 543 BGB darstellen, wofür allerdings im konkreten Fall keine Anhaltspunkte bestehen. Die bloße Beschreibung der Mietsituation des Vertragsschlusses ohne jedwede Garantie, dass die Situation auf Dauer bestehen bleibt, ist dem BGH nach rechtlich möglich. Der SC-Mieter konnte unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB nicht von einer Änderung der gesetzlichen Risikoverteilung ausgehen.⁶⁴ Gewerbliche Anpreisungen bei der Mietvertragsgestaltung vermögen in der Regel keinen Mangel der Mietsache darzustellen oder sonstige Rechtsbehelfe dem Mieter zu gewähren. Vollmundige Prospektangaben sind häufig anzutreffen und stellen regelmäßig keine zugesicherten Eigenschaften der Mietsache im Sinne von § 536 II BGB dar.⁶⁵

c) STÖRUNG DER GG, RISIKOZUWEISUNGEN UND RECHTSFOLGEN

Falls im Ausnahmefall die Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 I BGB angenommen werden sollte, sieht das gesetzliche Regelungsprogramm nach § 313 III 1 BGB vorrangig eine Vertragsanpassung vor. Sollte diese nicht möglich bzw. nicht zumutbar sein, kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten, § 313 III 1 BGB. Beim SC-Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung, § 313 III 2 BGB. Ein derartiges (Sonder-)Kündigungsrecht wird in manchen SC-Verträgen bei Nicht-Erreichen von bestimmten Parametern vereinbart, beispielsweise bei Vollvermietung, beim Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein bestimmter Mieter, beim Eintritt bzw. Nichteintritt bestimmter Umsatzzahlen im Quartal, Halbjahr und/oder im Geschäftsjahr. Wie in § 313 III BGB vorgesehen, sind zunächst Verhandlungen im Hinblick auf eine Vertragsanpassung und nur als „Ultima-Ratio“ das Kündigungsrecht vorgesehen. In Verfolgung dieses Gesetzgebungsprogramms sehen manche detaillierte SC-Verträge ein umfangreiches „Risk & Burden Sharing/Splitting-Programme“ vor.

⁶⁴ BGH, NZM 2004, 618, 619 = GuT 2004, 164; OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; NZM 2003, 282; Fritz, Rn. 271; ders., NJW 1996, 2068; Keckemeti, NZM 1999, 115; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 10ff; Leo, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 2. Aufl. 2003, A Rn. 504ff; Joachim, GuT 2004, 207, 217.

⁶⁵ OLG München, ZMR 1995, 295; KG, GE 2002, 462; Fritz, Rn. 271, Stichwort Prospektangaben.

7. VERTRAGLICHE RISIKÜBERNAHME, -VERLAGERUNG

Im Anschluß an die einschlägige Rechtsprechung gehen die umfangreichen SC-Mietvertragsregelungen dahin, die Risiko- und Verantwortungssphären der Vertragsparteien inhaltlich auszugestalten. Folgende EKZ-spezifische Bestimmungen stellen regelmäßig keine ungewöhnlichen Abmachungen dar, welche eine vertragliche Risikoverlagerung nach sich ziehen, d.h. es verbleibt regelmäßig dabei, dass der SC-Mieter das Geschäfts- bzw. Verwendungsrisiko für seine Mietsache trägt und beibehält:

- 1.) Sortimentsbeschränkung
- 2.) Betriebspflicht während der – üblichen – Ladenöffnungszeiten, gegebenenfalls auch vertragsstrafenbewehrt
- 3.) Pflichtmitgliedschaft in der SC-Werbegemeinschaft
- 4.) Nebenkostentragungspflicht auch für die SC-Gesamtanlage
- 5.) Verpflichtung zur Umsatzmitteilung
- 6.) Festlegung des SC-Mietzwecks
- 7.) Einrichtung eines Centermanagements.

Für den BGH kommt es entscheidend darauf an, ob der SC-Vermieter durch die Begründung eines Gesamtkonzepts, in das die einzelnen SC-Mieter finanziell und mit Betriebspflichten vertraglich eingebunden werden, eine Gesamtverkaufsstrategie entwickelt, mit der er über die übliche Verwaltung und Koordinierung eines EKZ hinaus ein als

- SC-Betreiber eigenes und unternehmerisches Risiko für alle Einzelgeschäfte übernimmt.

Diese – zusätzliche – unternehmerische Risikoübernahme kann äußerlich durch eine

- einheitliche Gestaltung der Geschäfte und

unternehmerisch durch ein

- Gesamtmanagement der Anlage geschehen.⁶⁶

Mit den vorstehenden Vertragselementen geben der BGH und die Obergerichte dem SC-Kautelarjuristen verschiedene, wenn auch nicht in jedem Falle griffige Parameter zur anderweitigen vertraglichen Risikoverteilung im SC an die Hand. Darauf haben sich die SC-Praktiker und –Rechtsberater einzurichten. Namhafte Shoppingcentergesellschaften legen Wert darauf, unter einer einheitlichen „Corporate Identity“ ein mehr oder weniger straffes Gesamtmanagement ihres Centers werbewirksam zu implementieren. Hieraus kann eine entsprechende Risiko(mit)übernahme durch den Vermieter folgen, selbst wenn diese im Hinblick auf das wirtschaftliche Risiko auch

⁶⁶ BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; NJW 2000, 1714 = WM 2000, 593; NJW 1981, 2405; OLG Düsseldorf, GuT 2004, 165; OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; NZM 2003, 282, 283; Ostermann, GuT 2003, 39, 41f; Fritz, Rn. 271ff; Eisenschmidt, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rn. 179ff und § 536 Rn. 11f; Joachim, NZM 2000, 785, 793ff; ders., GuT 2004, 207, 218.

regelmäßig nur im Ausnahmefall anzunehmen sein dürfte. Letztendlich wird es auf die – berühmten und berüchtigten – relevanten Einzelfallumstände ankommen.

8. AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN GEGENÜBER SC-MIETINTERESSENTEN

Losgelöst von den Fragen, wer das wirtschaftliche Risiko der Mietsache trägt oder ob der Vermieter für Werbeaussagen und Prospektangaben im Rahmen der SC-Vermietung haftet, ist zu prüfen, ob der Vermieter seine Aufklärungspflicht verletzt hat, wenn der Mietinteressent eines SC ausdrücklich nach der Vermietungssituation in der projektierten oder bereits bestehenden EKZ-Immobilie fragt oder sonst zu erkennen gegeben hat, dass Art und Umfang der Belegung, insbesondere der typische Branchenmix, für ihn von ausschlaggebender Bedeutung für seine Disposition hinsichtlich der Anmietentscheidung sind. Zusätzlich kann eine Aufklärungspflicht daraus resultieren, wenn durch geplante Bauarbeiten sich die Kundenströme innerhalb des SC ändern, mit der Folge nachteiliger Auswirkung auf das in Rede stehende Geschäftslokal des SC-Mieters bzw. Mietinteressenten.⁶⁷ Der SC-Rechtsberater für Mieter und Vermieter wird bei Vertragsverhandlungen auf eine entsprechende Aufklärungspflichtensituation abheben und eine korrespondierende „Aktenlage“ schaffen, gegebenenfalls durch Art und Umfang eines entsprechenden – nachweisbaren – schriftlich detaillierten „Fragenkatalogs“. Aufklärungspflichten und deren Verletzung können im Einzelfall ein Druckmittel oder gar Ausstiegsszenario aus einem SC-Mietvertrag eröffnen.

VI. RISIKOTRAGUNGS-, RISIKOZUWEISUNGSLEHRE, MATERIELLE RISIKOREGELUNGSELEMENTE, -TOPOI; NICHT ABSCHLIEßENDER TOPOIKATALOG

Die vorstehend aufgelisteten Überlegungen zur Risikoverteilung bei der Vermietung von Gewerbeflächen in Einkaufszentren lassen sich in einem – nicht als abschließend zu begreifenden – Topoi-Katalog materieller Risikozurechnungskriterien auflisten. Dabei sollen u.a. Begründungselemente und Argumentationshilfen in dem hoch komplexen Bereich des SC zusammengestellt werden. Dazu soll ein Beitrag geleistet werden, um mietrechtliche Probleme, Leistungsstörungen und Mietmängel in Abgrenzung und Zuweisung von Risikosphären zwischen SC-Mieter und –Vermieter sachgerecht erfassen und gegebenenfalls zuweisen zu können.

Die theoretische Fundierung der katalogmäßig zu erfassenden Zurechnungselemente orientiert sich an der „Technik des Problemdenkens“, welche beispielsweise Viehweg in seiner grundlegenden Schrift „Topik und Jurisprudenz als juristische Problemlösungstechnik näher dargelegt hat.“⁶⁸

⁶⁷ OLG Dresden, NZM 2001, 336 = NJW-RR 2001, 727; Fritz, Rn. 271d „Aufklärungspflicht“.

⁶⁸ Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, 17ff; dazu z.B. Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, Einleitung Rn. 170; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, 138; Joachim, BB 1988, 779, 783.

1. SACHVERHALTSGESTALTUNG

Ausgangspunkt einer Risikoabgrenzungs- sowie Risikozeuweisungsanalyse stellt der jeweilige konkrete SC-Mietvertrag dar. Dabei können Art und Umfang der SC-Vertragsverhandlungen dokumentiert und ebenfalls hinzugezogen werden, und zwar ggf. in Form eines „memorandum of understanding“ bzw. „letter of intent“.⁶⁹ Die Vertragsauslegung im Sinne von §§ 133, 157, 242 BGB kann bestimmte Risiken im SC-Bereich erfassen und zwischen den Parteien zuweisen. Wie dargelegt, bildet der genau herauszuarbeitende und festzulegende vertragsgemäße Gebrauch den Zentralbegriff, der für die wechselseitigen Rechte und Pflichten der SC-Vertragsparteien maßgebend ist. Die Zweckbestimmung legt Art und Umfang der Nutzungsmöglichkeiten des SC-Mieters und zugleich das Leistungsprogramm des SC-Vermieters im Hinblick auf die Vertragserfüllung und einer eventuellen Gewährleistung fest.

2. AUSLEGUNG DES KONKRETEN SC-VERTRAGS NEBST ANLAGEN, DEFINITIONEN, „STANDARDS“

In den regelmäßig sehr detaillierten SC-Vertragskonvoluten finden sich umfangreiche Definitionen, Hinweise auf Anlagen sowie „Standards“. Hier können Risikobereichszuweisungen getätigt werden. In der SC-Praxis gebräuchliche Definitionen, Standards und sonstige Bezugnahmen auf DIN, z.B. bei der Mietflächenberechnung usw., können für Rechtsklarheit sorgen. Durch entsprechende, gegebenenfalls durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vorformulierbare Standards können Begriffe wie „Center-Management“ eingeführt werden.⁷⁰ Die Mieter von Einkaufszentren sind regelmäßig fachkundig, auch dahin, zu wissen, was der Centermanagement-Begriff beinhaltet.

3. (RÄUMLICHE) BEREICHSVORSTELLUNGEN, -EINORDNUNGEN

Der Einfluß- und Verantwortungsbereich einer Partei umfasst ihre Räumlichkeit, z.B. Art und Umfang der jeweiligen Mietsache, Personal, z.B. Personen in ihrem „Lager“ wie Erfüllungsgehilfen sowie ihre (eingebrachten) Sachen. Dabei geht die Frage dahin, wer „näher“ zum beeinflussbaren Risiko steht. Die Risikozeuweisungsfrage erscheint als Raum(einfluß)frage. Dem Richter eröffnet sich ein auf Bereichsvorstellungen und Evidenzüberlegungen gestützter wertender Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum.⁷¹

In einem aktuellen Fall stellt der BGH Beweislastgrundsätze bei Wasserschäden im Mietshaus auf. Ist die Schadensursache zwischen den Vertragsparteien streitig, trägt der Vermieter die Beweislast dafür, dass sie dem Einfluß- bzw. Obhutsbereich des Mieters entstammt. Sind sämtliche Ursachen, die in dem Obhuts- und Verantwortungsbereich des Vermieters fallen, ausgeräumt, trägt der Mieter die Beweislast dafür, dass er den Schadenseintritt nicht zu vertreten hat.⁷² Dadurch werden die

⁶⁹ Fritz, Rn 26c; Lindner-Figura, NZM 2000, 1193.

⁷⁰ KG, NZM 2002, 954 mit Bedenken bei einer Gastwirtschaft, die am äußeren Rande eines EKZ lag; dazu Fritz, Rn. 127a Stichwort „Centermanagement“.

⁷¹ Ostermann, GuT 2003, 39, 42; zuvor Joachim, BB 1988, 779; ders., ZIP 1991, 966; ders., GuT 2003, 166, 173.

⁷² So BGH, NZM 2005, 17.

Einteilungen nach räumlichen Bereichsvorstellungen von der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung praktiziert.

4. UNMITTELBARKEITS- „LEHR- ODER LEER-FORMEL“?

Risikoverteilungen werden nach einer „Unmittelbarkeits“-Formel dahin getätigt, ob und inwieweit ein Umstand unmittelbar oder nur mittelbar auf die Mietsache einwirkt oder Einfluß nimmt. Dies gilt nach der BGH-Rechtsprechung und der herrschenden Meinung bei der Beurteilung eines rechtlich relevanten Mangels der Mietsache im Sinne von § 536 I BGB, wenn die tatsächlichen Umstände und die rechtlichen Verhältnisse die Tauglichkeit der Mietsache unmittelbar beeinträchtigen. Ähnliche Erwägungen stellte der BGH früher bei der Beurteilung eines Mangels sowie eines Mangelfolgeschadens im Kauf- und Werkvertragsrecht an. Neuerdings legt der BGH in Anlehnung an diese Begriffsformel wertend fest, dass der Risikoausschluß für Schäden am Gemeinschafts-, Sonder- und Teileigentum nur den unmittelbaren Sachschaden, nicht hingegen Folgeschäden von der Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers ausnimmt.⁷³

5. RISIKOBEEINFLUSSUNG, -BEHERRSCHUNG, -ERHÖHUNG

Informations- und Beeinflussungsmöglichkeiten werden auch bei der SC-Mietvertragsbeurteilung herausgearbeitet. Überlegungen zur Risikonähe und –erhöhung sowie ähnliche Erwägungen werden in diesem Zusammenhang angestellt. Welche der am SC-Vertrag beteiligten Personen hat (un-mittelbaren bzw. indirekten) Einfluß auf Art und Umstände des Risikos? Trägt sie vielleicht selbst oder tragen die ihnen zurechenbaren Personen (sogenannte Erfüllungsgehilfen) bei zur Erhöhung bzw. zur Realisierung des Risikos?⁷⁴

Bei der Risikobeeinflussung bzw. –beherrschung kommt es auch auf die Kenntnis des Mieters an, bsw. vom Mangel, vgl. § 536b BGB. Gegebenenfalls kann dann, wenn der Mieter aufgrund der „Situationsgebundenheit“ der Mietsache über die tatsächlichen Gegebenheiten Bescheid weiß oder hätte wissen können, der Ausschluß der Mietminderung gegeben sein, ggfls. auch analog § 536b BGB.⁷⁵

6. VERANTWORTUNGSBEREICHE, -SPHÄREN

Überlegungen zur räumlichen Bereichseinteilung und –abgrenzung kommen bei der – wertenden – Festlegung von Zuständigkeits- und Verantwortungsbereichen der SC-Vertragsbeteiligten in Betracht. So können „handgreiflich und für die Rechtsgemeinschaft nachvollziehbar“ Risikotragungs- und Zuweisungsregelungen dargestellt werden. In einem aktuellen Fall hat der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat die Risikozuweisung nach räumlichen Bereichsvorstellungen und Verantwortungsbereichen bekräftigt. Der Senat hat jüngst einer Klage des gewerblichen Vermieters auf Weiterzahlung der Miete stattgegeben. Der beklagte Mieter (einer

⁷³ BGH, NZM 2003, 197 = WM 2003, 226 = GuT 2003, 100; dazu Joachim, GuT 2003, 166, 173f., 18.

⁷⁴ Vgl. dazu Ostermann, GuT 2003, 39, 42; Joachim, GuT 2003, 166, 174.

⁷⁵ Dazu die Kontroverse in der Rechtsprechung, BGH, NJW 2003, 2601 = NZM 2003, 679; Gerber, NZM 2003, 825; Hinz, WM 2004, 380, 381; Timme, NJW 2003, 3099; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393f.

Arztpraxis) hatte das Mietverhältnis fristlos gekündigt, weil in den Praxisräumen Wasserschäden und Schimmelbildung auftraten. Grundsätzlich hat der Vermieter die Schadensverursachung durch den Mieter nachzuweisen. Eine in seinen eigenen Verantwortungsbereich fallende Schadensursache muß der Vermieter ausräumen.⁷⁶ Kann er beweisen, dass der Schaden nicht durch ihn verursacht wurde, muß der Mieter seinerseits beweisen, dass er den Schaden nicht verursacht hat. Die Ursache des vorliegenden Schadens entstammt dem räumlichen Beeinflussungs- bzw. Verantwortungsbereich des Mieters. Dieser muß für seine Mieträume und dort auftretende Wasserschäden einstehen. Ein entsprechender Entlastungsnachweis ist dem Mieter im vorliegenden Fall nicht gelungen.

7. VORHERSEHBARKEIT, VERMEIDBARKEIT DES RISIKOS

Die Risikoanalyse konzentriert sich auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Risikos und der Auswirkungen von Gefahren-, Schadenssituationen und Mangellagen. Konnte die Partei die eingetretene Mangelsituation kennen und demgemäß rechtzeitig zuvor Vorsorge treffen? Hatte sie - aufgrund Berufserfahrung, vorangegangener Fallgestaltung usw. - genügend Anlaß, die tatsächlichen Gegebenheiten (rechtzeitig?) zu erkennen, namentlich Störungen der Geschäftsgrundlage zu antezipieren? Bei nachlassenden Besucher-Frequenzen im Einkaufszentrum und einer entsprechenden vertraglichen Regelung lässt sich die Frage aufwerfen: Konnte die SC-Partei das wirtschaftliche Gefährdungspotential vorhersehen, geeignete Vorsorge treffen, bsw. durch rechtzeitige Umstrukturierungen beim Branchenmix, Um- und Ausbauten der SC-Immobilie, und so zur Vermeidbarkeit eines Schadens Eintritts bzw. eines wirtschaftlichen Verlusts beitragen?

8. VERSCHULDENSFORMEN

Die verschiedenen Formen des Verschuldens im Sinne von § 276 BGB und deren Abstufungen (leichte bzw. leichteste, normale, grobe Fahrlässigkeit) lassen Wertungen zu. Die Frage nach der Risikotragung impliziert neben der Verursachung und anknüpfender Adäquanzüberlegungen detaillierte Erwägungen zu Art und Umfang des Verschuldens der jeweiligen Vertragspartei und Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen gemäß §§ 276, 278 sowie 823, 831 BGB. Auch so kann – zusätzlich zu Überlegungen hinsichtlich eines auftretenden Mangels, einer Veränderung im tatsächlichen Einfluß- und Einzugsbereich des SC - ein sachgerechtes Ergebnis im Einzelfall gefunden und begründet werden.⁷⁷

9. „VERSTÄNDIGER“, „VERNÜNFTIGER“ SC-MIETER BZW. –BETREIBER ALS OBJEKTIVIERTER IDEALTYPUS

Dem Rechtsanwender eröffnet sich ein breiter Beurteilungs- und Bewertungsspielraum bei der Festlegung eines personalisierten und gleichsam objektivierten Idealtypus, wie dem „verständigen Rechtsgenossen“. Ein ähnlich objektivierter Idealtypus

⁷⁶ BGH, Urteil vom 10.11.2004, AZ XII ZR 71/01; NZM 2005, 17, 18; zuvor zum Verantwortungsbereich des Vermieters BGHZ 126, 124, 127f = NJW 1994, 2019.

⁷⁷ Ostermann, GuT 2003, 39, 42; zuvor bereits Joachim, BB 1988, 779; ders., GuT 2003, 166, 174.

erscheint bei den Wendungen „durchschnittlicher Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung“,⁷⁸ oder bei dem „vernünftigen (Ver)Mieter“. Aktuell stellt der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Senat des BGH ab auf die „Sicht eines verständigen Mieters“ bei der Beurteilung von Schönheitsreparaturklauseln im vorformulierten Mietvertrag.⁷⁹ Nach dem VIII. Senat sind Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.⁸⁰ Mit diesem personifizierten Sorgfalts- bzw. Beobachtungsmaßstab kann der Rechtsanwender eine Risikoverteilung vornehmen. Hier erfolgt ein in zahlreichen Fällen verwendbarer Test nach dem Verhalten eines vernünftigen bzw. verständigen (Ver)Mieters, nach einem – auch im anglo-amerikanischen Recht gebräuchlichen – „Reasonable-Man-Test“, welcher eine gerechte Einzelfallentscheidung mit – scheinbar – nachvollziehbarer Begründung eröffnet.⁸¹

10. VERKEHRSANSCHAUUNG, ZEITGEIST

Ähnlich weist die – wie auch immer – festzustellende Verkehrsanschauung der in der Shopping-Center-Praxis beteiligten Verkehrskreise dem jeweiligen Rechtsanwender einen Bewertungsspielraum zu. In „rechtsphilosophisch überhöhter“ Deutung ist mitunter vom „Zeitgeist“ die Rede, der die Gesetzesauslegung und Vorgehensweise der Gerichte (mit)ausfüllt sowie durch gesellschaftlich geprägte bzw. (vor)herrschende Auffassungen bestimmt wird. Die Summe der Faktoren, die pauschal „Zeitgeist“ genannt wird, beeinflusst nachweislich die Rechtsanwendung erheblich und wirkt sich auch auf die Strenge oder Lockerung der Gesetzesbindung aus.⁸²

11. VERSICHERBARKEIT DES RISIKOS

Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen orientieren sich nach der Versicherbarkeit eines bestimmten (Schadens)Risikos. Die Frage geht dahin, wer welches Risiko zu tragbaren Konditionen versichern kann, sog. „cheapest cost avoider“ nach der wirtschaftlichen Analyse des Rechts. Beispielsweise sei die Grundstückshaftpflichtversicherung des Vermieters oder eine Betriebshaftpflichtversicherung des SC-Mieters und/oder des SC-Betreibers genannt. Die Begrenzung der Haftung auf die Versicherungssumme ist im SC-Mietvertrag bei typischen Risiken an der Mietsache grundsätzlich möglich.⁸³ Derjenige, der ein (Haftpflcht)Risiko im voraus übersehen und Versicherungsschutz erlangen kann, soll für ein derartiges Risiko eintreten, insbesondere dann, wenn er keinen Versicherungsschutz erwirkt hat. Vorzuhal-

⁷⁸ BGH, NZM 2003, 197, 198 = WM 2003, 226.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 22.09.2004 – Az.: VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775, 3776, Eckert, BGH EWiR § 535 BGB 1/05, 15.

⁸⁰ BGH, in St. Rspr., BGHZ 102, 384, 389 f.; BGH, WM 2003, 1967, WM 2004, 748 = NJW-RR 2004, 262; BGH, NZM 2004, 653 = WM 2004, 463 sowie aktuell BGH, NJW 2004, 3775, 3776.

⁸¹ Dazu näher Joachim, „The Reasonable Man“ in German and Commercial Law, Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 14 (1992), 351ff.

⁸² Ausführlich Rütters, Richter – Diener oder Herren des Gesetzes?, in: FAZ v. 02.02.2005, 7.

⁸³ BGH, NJW 1993, 335; NJW 2002, 3232; Bub, in: Bub/Treier, II Rn. 518; Fritz, Rn. 162, 162a.

ten ist dem Vertragsbeteiligten: Er hätte sich adäquaten Versicherungsschutz rechtzeitig verschaffen können.

12. SCHUTZBEDÜRFTIGKEIT, -WÜRDIGKEIT, VERTRAUENSCHUTZ

Unbestimmte Rechtsbegriffe, wie die Schutzbedürftigkeit und –würdigkeit des Mieters oder der von ihm beanspruchte bzw. erworbene Vertrauensschutz, eröffnen Wertungsspielräume und stellen Wertungsakte im Einzelfall dar. Die Position eines der Vertragsbeteiligten beim EKZ wird analysiert und bewertet. Anders als bei einem grundsätzlichen Verbraucherschutzrecht, wie z.B. dem Reisevertragsrecht der §§ 651a-m BGB, ist im gewerblichen Mietrecht eine differenzierte Betrachtung angezeigt. Dies gilt erst recht im Bereich des Shopping-Centers. Oftmals finden sich folgende Überlegungen: Der renommierte und professionalisierte SC-Betreiber ist seit Jahrzehnten am Markt tätig, hat zahlreiche EKZ realisiert und betreibt sie. Demgegenüber tritt der örtliche Mieter als „Newcomer“ in dem in Rede stehenden Shopping-Center als Mieter auf. Hier kann eine grundsätzliche Schutzwürdigkeit und –bedürftigkeit des SC-Mietinteressenten angenommen werden, und zwar sowohl bei den Vertragsverhandlungen als auch beim Betreiben und eventuell sich ändernder tatsächlicher Umstände während der Laufzeit des SC-Mietvertrags und gegebenenfalls bei tatsächlich geänderten Umständen gegenüber den bei Vertragsbeginn bestehenden Umständen.⁸⁴

13. MOTIVATION, (UNBEACHTLICHE) INNERE SPHÄRE

Ausprägungen und Störungen bei der Motivbildung einer Partei werden grundsätzlich der inneren Sphäre – und damit der eigenen Zuständigkeits- und Verantwortungssphäre der jeweiligen Partei - zugeordnet, müssen von ihr getragen werden und bleiben mithin gegenüber der anderen Partei außer Ansatz. Insoweit kann von einem grundsätzlich „unbeachtlichen Motiv(Irrtum)“ gesprochen werden. Hierzu zählen die sogenannten „No-Show“-Fälle aus der Hotellerie, bei denen der Hotelkunde bei Nichtinanspruchnahme von Hotelzimmern eine unbeachtliche Motivbildung vergeblich vorbringt.⁸⁵

14. ZUMUTBARKEIT

Risikobetreibungen und Zuteilungen orientieren sich häufig an Zumutbarkeitsüberlegungen. Die Störung der Geschäftsgrundlage ist u.a. dann beachtlich, wenn einem Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, § 313 I BGB. Zumutbarkeitsüberlegungen sind auch im Fall einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund anzustellen.

⁸⁴ Joachim, ZIP 1991, 966, 972.

⁸⁵ Joachim, DB 1990, 1601, 1602f; ders., ZIP 1991, 966, 972.

15. INTERESSENABWÄGUNG

Wertende Überlegungen zur Risikozuweisung gründen des öfteren auf einer Analyse der beteiligten Interessen der Parteien, deren Bewertung und auf deren Abwägung. Im Mietrecht eröffnet z.B. § 543 BGB bei der Kündigung aus wichtigem Grund eine Interessenabwägung, ebenso § 626 BGB bei der außerordentlichen Kündigung im Dienst- und zudem im Arbeitsrecht. Durch eine solche Interessenabwägung kann das – bisher – gefundene Ergebnis der Risiko-Rechtsanwendung im SC-Bereich gestützt oder auch bisweilen eine andere Beurteilung Platz greifen lassen.⁸⁶

16. REGEL-, AUSNAHMEFALL („KRASSER AUSNAHMEFALL“)

Im Zusammenhang mit wertenden Stellungnahmen zu den im Fall berührten Interessen und deren Abwägung finden sich wiederholt Überlegungen zu den „regelmäßig“ vorkommenden Fallkonstellationen. In einem – einzelfallbezogenen – Wertungsakt mag der Ausnahmecharakter des in Rede stehenden Falls hervorzuheben und mit besonderem Begründungsaufwand darzustellen sein. Das Regel-Ausnahmeverhältnis ist ein im Mietrecht und auch im SC-Recht verbreitetes Argumentationsmuster. Dies gilt erst recht für den a-typischen bzw. „krassen“ Ausnahmefall. Gerade der unerfahrene SC-Mietinteressent kann ausnahmsweise eine besondere Schutzbedürftigkeit erfahren.⁸⁷

17. WIRTSCHAFTLICHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT

Als weiteres Wertungskriterium erfassen Risikoüberlegungen den konkreten Vermögenseinsatz der Partei, zuweilen auch den wirtschaftlichen Hintergrund, insbesondere das – gegebenenfalls zusätzlich zu wertende – Element der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Mit ähnlichen Überlegungen und Argumentationstopoi wurde einem gewerblichen Mieter das „Festhalten an einem Mietvertrag über ein unrentables Objekt zugemutet“.⁸⁸ Investor, SC-Projektentwickler und –betreiber tätigen im SC-Bereich umfangreiche Investitionen, häufig im dreistelligen Mio.-Eurobereich. Ein Mieter, welcher sich in diesem – und gegebenenfalls auch in anderen EKZ – wirtschaftlich engagiert, muß sich als wirtschaftlich leistungsfähig behandeln lassen. Gegebenenfalls werden die verschiedenen Ausprägungen der wirtschaftlichen Potenz während der Laufzeit des SC-Vertrags und der aufkommenden Sachverhaltsentwicklungen wertend erfasst und die daran knüpfenden Risiken in einem weiteren Wertungsakt zugewiesen.

18. „NÄHER-DRAN-TEST“

Bei Risikozuweisungen fließen „räumlich-gegenständliche Bereichsvorstellungen“ ein. Der Verantwortungsbereich einer SC-Partei erstreckt sich auf die von ihr beherrschbaren Räumlichkeiten, Personal (mithin ihre Erfüllungsgehilfen) sowie auf ihre Sachen. Die Risikoordnung orientiert sich an den Umständen, an der Person oder in den Verhältnissen der betroffenen Partei. In Durchführung eines „(Wer ist)

⁸⁶ Ostermann, GuT 2003, 39, 42; zuvor Joachim, BB 1988, 779, 784; ders., ZIP 1991, 966, 971f.

⁸⁷ Joachim, GuT 2003, 166, 174.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, BB 1991, 159; Joachim, ZIP 1991, 976, 972.

näher-dran-Test“ ergibt sich eine – oftmals zugespitzte – Fragestellung, wer näher zum Risiko steht. Damit wird die Risikozuweisungsfrage zur Raumfrage umgestaltet. Diese Argumentationsform trägt eine Evidenz, Nachvollziehbarkeit, geradezu „Greifbarkeit“ bei den betroffenen Vertragsbeteiligten in sich und führt somit häufig zu einer überzeugenden Risikozuweisung. Derartige Überlegungen werden bei zukünftigen Umstrukturierungen aufgrund geänderten Konsumverhaltens des Publikums in einem EKZ berücksichtigt.

19. RELEVANTE EINZELFALLUMSTÄNDE, BESONDERE FALLKONSTELLATIONEN

Unter Hervorhebung der jeweiligen Einzelfallumstände kommt dem Streitentscheider auch in einem SC-Mietvertragsfall ein umfangreicher Beurteilungs- und Wertungsspielraum zu. Abzustellen ist stets auf – nicht: alle, sondern - die relevanten, d.h. wertend zu erfassenden Umstände. Darüberhinaus mag sich der vorliegend zu entscheidende Fall wegen einer – ebenfalls: wertend hervorzuhebenden – besonderen Fallkonstellation von den üblichen Fallgestaltungen abheben und so eine andere Beurteilung bzw. Behandlung und Rechtsfolge nach sich zu ziehen. Unter Betonung der „besonderen“ Fallumstände in diesem „besonders gelagerten“ (Ausnahme)Fall können Sachverhaltselemente erfasst und berücksichtigt werden, bsw. das persönliche Umfeld der SC-Parteien, die tatsächliche Situation des Einzugsbereichs des EKZ sowie zukünftige Entwicklungen, Sondersituationen in dem und im Zusammenhang mit dem Shopping-Center.⁸⁹

20. „FOLGENKONTROLLE“, AUSWIRKUNGEN AUF DIE MIETPARTEIEN; „BILLIGES“, „(GROB)UNBILLIGES“ ERGEBNIS

Die Risikoverteilungsanalyse orientiert sich an Überlegungen der sogenannten Folgenkontrolle, d.h. der absehbaren Auswirkungen der im Fall getätigten Risikozuweisung. Die Frage geht dahin, welche Partei welche Auswirkungen der getroffenen Entscheidungen zu tragen hat. Wer trägt das Risiko der abnehmenden Kundenströme und Konsumenten im SC? Damit im Zusammenhang blickt der Rechtsanwender auf das im Fall gefundene billige bzw. unbillige Ergebnis. Gegebenenfalls ist eine Korrektur dann angezeigt, wenn das Festhalten am bisherigen SC-Mietvertrag, eventuell unter Hinweis auf die noch relativ lange Restlaufzeit des Vertrags, zu einem grob unbilligen Ergebnis führt. In diesem Zusammenhang kann das Entstehenmüssen für ein bestimmtes Risiko, bsw. das Risiko, mit der Mietsache eine Rendite zu erzielen, zu einer Existenzgefährdung bis hin zur –vernichtung des Mieters führen. Hier tauchen Überlegungen zur „Opfergrenze“ einer Partei auf, die sodann die Rechtsbehelfe der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, § 314 BGB sowie §§ 543, 569 BGB nach sich ziehen und auszufüllen vermögen. Bei dieser Risikoanalyse und –zuweisung stellt der Rechtsanwender „Folgen – bzw. Billigkeitskontrollen“ an. Damit erweisen sich Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen als auf das gerechte Ergebnis des Einzelfalls zielende Billigkeitsentscheidungen.⁹⁰

⁸⁹ Zu den relevanten bzw. besonderen Einzelfallumständen, die „besondere Lage in einem EKZ wird besonders hervorgehoben“, z.B. BGH, NJW 1978, 2390; NJW 1981, 2405, OLG Koblenz, NJW-RR 1998, 400; OLG Düsseldorf, BB 1991, 159; Joachim, ZIP 1991, 966, 972; ders., GuT 2003, 166, 174.

⁹⁰ Dazu bereits Joachim, Anwendungsbereiche, Argumentationsstrukturen und Inhalte der Billigkeit im deutschen Privatrecht, 1984, 492ff; „um ein sachgerechtes Ergebnis im Rahmen der Risikoverteilung und gege-

Derartige Überlegungen finden sich aktuell im Mietrecht zu dem umstrittenen Bereich der Schönheitsreparaturen. Die vorformulierte Abwälzung der Schönheitsreparaturen belastet den Wohnraummieter unangemessen, falls er unabhängig vom tatsächlichen Zustand der Räume nach einem starren Fristenplan zu renovieren hat.⁹¹ Da die Behandlung der Schönheitsreparaturen im Gewerberaummietrecht vertraglich im weiteren Umfang auf den Mieter abwälzbar ist, sollte im SC-Bereich berücksichtigt werden, dass der BGH - ergebnisorientiert – von einer unangemessenen bzw. unbilligen Belastung des Mieters spricht. Er stellt Überlegungen an zum Tragen von Folgen bei einer mietvertraglichen Regelung, hier der Verpflichtung zur Tragung von Schönheitsreparaturen und gelangt zu einer anderweitigen Risikotragungsregelung, indem er vorformulierte Vertragsregelungen als unangemessene Belastung des (Wohnraum)Mieters darstellt. Im Gewerberaum- und EKZ-Mietrecht erscheint es billig i.S. von angemessen, dass der SC-Mieter die Schönheitsreparaturen in seinem Shop (finanziell) übernimmt.

VII. RISIKOVERTEILUNG BEI DER ZUNEHMENDEN „VERRECHTLICHUNG“ IM SC-BEREICH

1. SC – MAGNET/PLATTFORM/GARANT DES WIRTSCHAFTLICHEN (AUF)SCHWUNGS

Bei dem nach wie vor auf sich warten lassenden, zunehmend absehbarer werdenden wirtschaftlichen Aufschwung stellen Frequenzimmobilien mit „Event-Charakter“ wie moderne Shopping-Center „Herzschrittmacher“ für die Revitalisierung der (Innen)Städte und zugleich für den wirtschaftlichen Aufschwung dar. Die Vertragsbeteiligten bedürfen dazu eines umfangreichen rechtlichen Regelungsrahmens, der durch eine möglichst weitgehende Vertragsfreiheit im Sinne von § 311 BGB Raum für Risikobereichseinteilungen und –zuweisungen eröffnet. Risikoverteilungen im gewerblichen Mietrecht nehmen zu, vor allem auch bei der Projektentwicklung und dem Management vom SC. Die Beteiligten sollten selbst die „Risiko-Weichen“ stellen und dies nicht nur den Gerichten zuweisen bzw. überlassen.

2. „VERRECHTLICHUNG“ DES SC-UMFELDS

a) ENTTÄUSCHTE ERTRAGSERWARTUNGEN IM EKZ, AUSLEGUNG DES SC-VERTRAGS (PRÄAMBEL) – ENTSCHEIDUNGEN DES BGH, OLG JENA, OLG ROSTOCK – RISIKO-ÜBERNAHME?

Bekanntlich steigen die Erwartungen an das Recht allenthalben; immer neue Lebensbereiche werden ihm unterworfen.⁹² Seit dem Auftreten der gehäuften Fälle über enttäuschte Ertragserwartungen in einem EKZ kommen Shopping-Center-Mietverträge verstärkt auf den gerichtlichen Prüfstand, etwa seit Mitte bzw. Ende des letzten Jahrhunderts. Im Grundsatz hat sich – wie dargestellt - eine gefestigte Rechtsprechung dahin gebildet, dass das wirtschaftliche Risiko der Gewinnerzielung in den angemieteten SC-Räumen regelmäßig allein beim SC-Mieter liegt und ver-

benenfalls Verlagerung im Einzelfall zu erzielen“, bemüht sich auch Ostermann, GuT 2003, 39, 42; Joachim GuT 2003, 166, 175.

⁹¹ BGH, NJW 2004, 3775; NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 = ZMR 2004, 736; vgl. dazu die Anm. von Eckert, EWIR § 535 BGB 1/05, 15.

⁹² So ausführlich Stolleis, Erwartungen an das Recht, FAZ vom 30.12.2003, Nr. 302, 7.

bleibt. Das Ertragsrisiko von SC- Geschäftsräumen trägt regelmäßig der SC-Mieter, der – wie auch andere gewerbliche Mieter – das finanzielle Fehlschlagen seiner Unternehmung in seine Überlegungen einzustellen hat; das gilt regelmäßig selbst dann, wenn dies zum wirtschaftlichen Ruin des Mieters führt.⁹³ Eine Ausnahme ist nur dann angezeigt, wenn der Vermieter sich am unternehmerischen Risiko des SC-Mieters ausdrücklich beteiligt, indem er beispielsweise die Funktionsfähigkeit eines EKZ in seinem Risikobereich im Rahmen einer Gesamtkonzeption (mit) aufnimmt.⁹⁴ Die Auslegung des SC-Vertrags führt regelmäßig nicht zu einer entsprechenden Risikoübernahme durch den Vermieter. Dies gibt die Präambel regelmäßig nicht her, wie aktuell durch den XII. Senat des BGH festgehalten; zuvor hatten die Obergerichte des OLG Jena und Rostock ähnlich entschieden. Allerdings besteht hier durch eine entsprechende Vertragsgestaltung durchaus die Möglichkeit, dass im Rahmen eines einheitlichen Gesamtauftritts am Markt und einer unternehmerischen Gesamtkonzeption der SC-Betreiber das wirtschaftliche Risiko des SC-Mieters zumindest teilweise mit übernehmen kann.

b) „SCHILDERPRÄGER“-ENTSCHEIDUNG DES BGH

Zu der Verrechtlichung im SC-Umfeld trägt auch eine aktuelle Entscheidung des Kartellsenats des BGH bei. Sie kreiert Ausschreibungspflichten marktbeherrschender SC-Vermieter.⁹⁵

In dem Fall wehrt sich ein EKZ-ansässiger (Verkehrs)Schilderpräger aufgrund seines ihm vom privaten SC-Vermieter mietvertraglich ausdrücklich gewährten Konkurrenzschutzes gegen die Ansiedlung eines Konkurrenten in dem selben SC. Zwischen KFZ-Schilderprägern kommt es an lukrativen Standorten, insbesondere in einem SC mit „Verkehrs-Anbindung“ bzw. „Straßenverkehrsamt“-Zugang, bisweilen zu erbitterten Auseinandersetzungen und Konkurrenzkämpfen. Das OLG Düsseldorf billigt den Ausspruch einer fristlosen Kündigung gegenüber dem Mieter, der sich gewaltsam Zutritt in die an einem Schilderpräger-Wettbewerber überlassenen Mieträume verschaffte, um dort Gegenstände auszuräumen.⁹⁶ In dem Schilderpräger-Fall bekräftigt der BGH die Verpflichtung des SC-Vermieters, der Klägerin als einzigem Unternehmen die Herstellung und den Verkauf von amtlichen KFZ-Schildern in den Räumen des SC zu erlauben. Durch Auslegung des SC-Mietvertrags gelangt der Kartellsenat zur Bejahung des Konkurrenzschutzes und zur grundsätzlichen Zuebilligung des begehrten Unterlassungsanspruchs. Daran anknüpfend fordert der BGH, dass marktbeherrschende gewerbliche Vermieter die von ihnen zu vermietenden Räumlichkeiten, auch und gerade in einem begehrten SC, regelmäßig in einem zeitlichen Abstand von ca. 5 Jahren erneut ausschreiben müssen, damit alle Interessenten eine faire Chance erhalten, einmal als Mieter dieser konkreten Mietsache zum Zuge zu kommen. Auch andere Vermieter, mit einem „Pole-Position-Standort“, vornehmlich SC-Betreiber in zentraler Lage, haben sich bei einer entsprechenden

⁹³ Ständige BGH-Rechtsprechung, so BGH, NJW 1981, 2405; zuvor NJW 1978, 2390; NJW 1977, 2262; aktuell NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; NZM 2000, 492; Fritz, Rn. 271 und 317.

⁹⁴ So ausdrücklich BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; zuvor OLG Celle, NJW 1978, 2510; OLGZ 1990, 88; OLG Koblenz, NJW-RR 1998, 400; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 264; OLG München, NJW-RR 1999, 1532; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 233ff; Fritz, Rn. 317.

⁹⁵ BGH, KZR 39/99, NZM 2003, 597 = GuT 2003, 193 = WM 2003, 602; dazu Emmerich, LMK 2003, 169; FL Wagner, EWIR § 20 GWB 4/2003, 867; Joachim, NZM 2004, 57; ders., GuT 2004, 207, 220f.

⁹⁶ OLG Düsseldorf, GuT 2004, 174.

Marktmachtstellung auf diese Judikatur einzurichten. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn die eigengewerbliche Leistung des Mieters unmittelbar mit der Inanspruchnahme staatlicher (Monopol)Leistungen verbunden ist, wie hier bei den erwähnten KFZ-Schilderträgern.⁹⁷ Zu dieser Entscheidung ist u.a. fraglich, wieso der Kartellsenat die Grenze bei fünf Jahren zieht und nicht bei sieben, zehn o.ä. Weitere Fragen stellen sich hinsichtlich der tatsächlichen Handhabung und Umsetzung der BGH-Anforderungen. Die erfassten Center-Betreiber bzw. –vermieter können demzufolge verpflichtet sein, turnusgemäß eine Bedarfsfeststellung durch Ausschreibung bei der Erstvermietung eines neu errichteten bzw. revitalisierten EKZ vorzunehmen und – zusätzlich stets zu beachten – die Wiederholung dieses Vorgehens in Zeitabständen von fünf Jahren zu veranlassen. Wie soll dies Prozedere tatsächlich geschehen? Wie soll die Ausschreibung technisch und – zudem – juristisch durchgeführt werden? Ist sie (über)regional, gar (inter)national vorzunehmen? Soll der Vermieter einen professionellen Makler einschalten? Wer trägt die mit diesem aufwendigen und sich wiederholenden Verfahren verbundenen Kosten? Unter Anstellung von „Rechts-Folgediskussionen“ scheinen die Auswirkungen dieser BGH-Entscheidung nach Art und Umfang – noch – nicht bis ins Detail durchdacht, geschweige denn umgesetzt worden zu sein.

c) **BESONDERHEITEN BEIM KONKURRENZSCHUTZ IM SC**

Bei der Gewährung von vertragsimmanentem Konkurrenzschutz als Ausfluß des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache im Sinne von § 535 I BGB übt die Mietrechtspraxis grundsätzlich Zurückhaltung. Dies gilt um so mehr für einen – wie auch im Einzelfall immer gearteten – Konkurrenzschutz der Mieter im SC. Bei derartigen Frequenz- und Event-Immobilien mit zahlreichen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben, die darauf angelegt sind, „Menschenmassen“ zu mobilisieren und anzuziehen, kann der Mieter grundsätzlich nicht vom Konkurrenzschutz ausgehen. Begriffsgemäß findet im SC ein „concurrere“, ein Zusammenkommen von Anbietern und Abnehmern geradezu sinnstiftend statt. Der Mieter begibt sich aufgrund seiner Standort-, Markt- und Wirtschaftsanalyse bewusst in ein solches Center, welches zielgerichtet von Angebot und Vielfalt der Waren und Dienstleistungen sowie vom Wettbewerb zahlreicher Anbieter „wächst, blüht und gedeiht“. ⁹⁸ Professionelle SC-Betreiber schließen jedweden Konkurrenzschutz im SC-Mietvertrag aus. Der stets attraktiv zu gestaltende und beizubehaltende Branchenmix und notwendige Umstrukturierungen im Lauf der SC-„Lebenszeit“ ziehen notwendigerweise die Aufnahme bzw. Erweiterung von Einzelhändlern und –unternehmungen nach sich, welche gegebenenfalls bewusst und gewollt im Wettbewerb miteinander stehen. ⁹⁹ Tendenziell ist die Einschränkung, wenn nicht gar der Ausschluß des Konkurrenzschutzes im EKZ angezeigt. ¹⁰⁰

⁹⁷ BGH, NZM 2003, 597 = GuT 2003, 193; zu den Schlussfolgerungen für die Praxis, wenn auch provokant, Joachim, NZM 2004, 57, 60; ders., FAZ vom 08.04.2004, 49 „Die freie Vermietung von Gewerbeflächen wird eingeschränkt“; ders., GuT 2004, 207, 221.

⁹⁸ Jendrek, NZM 2000, 526, 529; Fritz, Rn. 165; Joachim, Frequenzimmobilien – Alles unter einem Dach, Immobilienmanager 1999, 10-22; ders., NZM 2004, 57, 59; ders., NZM 2000, 785, 797.

⁹⁹ Hacker, in: Usinger, Immobilienrecht und Steuern, 931; Jendrek, NZM 2000, 526, 529; Leo, A Rn. 34; Bourtzki-Pasing, VI 3 Anm. 3ff; Kraemer, in: Bub/Treier, III Rn. 1244; Joachim, Beilage 6 zu BB 1986, 9; ders., ZIP 1991, 966, 968f; ders., NZM 2000, 785, 797; ders., NZM 2004, 57, 59; ders., GuT 2004, 207, 220.

¹⁰⁰ So die aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung, OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Dresden, NZM 2004, 461, 462; dazu die Entscheidungsrezension von Joachim, NZM 2004, 892.

d) **UNTER-VERMIETUNGEN IM SC – ENTSCHEIDUNG DES OLG DRESDEN**

In einer aktuellen Entscheidung hat das OLG Dresden zur Konkretisierung der vom Mieter beizubringenden Informationen über den in Aussicht genommenen Untervermieter in einem SC beigetragen. Bei wirtschaftlich schwierigem Verlauf drängen SC-Mieter des öfteren dahin, bei Bestehen einer Betriebspflicht im angemieteten SC-Shop einen in Aussicht genommenen Untermieter beizubringen, was im Rahmen von § 540 BGB grundsätzlich möglich ist. Der SC-Vermieter und Betreiber eines EKZ hat einen – auch vom OLG Dresden – anerkannten Informationsanspruch und kann demgemäß Auskunft verlangen über die

- Person des potentiellen Untermieters,
- Daten zur Beurteilung von dessen Zuverlässigkeit und Bonität sowie
- Angaben zu den relevanten Unter-Mietbedingungen, z.B. zur Miethöhe, und
- sonstigen relevanten Umstände, wenn es sich der SC-Vermieter im Hauptmietvertrag ausbedungen hat, die Zustimmung zur Untervermietung aus wichtigem Grund verweigern zu dürfen.

Ein solcher Grund kann unter anderem dann gegeben sein, wenn durch die angeordnete Untervermietung eine Konkurrenzsituation zu anderen Centermietern entsteht und die Untervermietung gegen das Branchenmixkonzept des SC-Betreibers verstößt.¹⁰¹

3. **MEHR „RISIKOREGELUNGS-VERTRAGSFREIHEIT WAGEN“**

Eingedenk der den Parteien im gewerblichen Mietrecht eingeräumten größeren Flexibilität gegenüber dem Wohnraummietrecht sollten sie mehr Vertragsfreiheit wagen. Dieser Aufruf gilt insbesondere im SC-Bereich, welches zunehmende „Verrechtlichung“ erfährt. Bekanntlich gelangen Formulklauseln auch im Gewerberaummietrecht verstärkt auf den AGB- bzw. BGB-Prüfstand der §§ 305ff BGB. Daher sollten klare Abmachungen verhandelt und getroffen werden, welche zum Beispiel dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB genügen. Wenn die Parteien etwas Neues regeln, sollten sie dies klar vertraglich fixieren. Dies gilt auch für zahlreiche Passagen im SC-Bereich, bsw. im Hinblick auf die international gebräuchliche Terminologie wie „triple-net-Mietverträge“, „escape-clauses“, „Re-Vitalisierungs-Klauseln“, Bezugnahme auf DIN-Vorschriften und sonstige Standards, insbesondere im Hinblick auf die Mietflächenberechnung im SC-Bereich.¹⁰²

4. **INDIVIDUALVEREINBARUNG**

Angesichts der zahlreichen gesetzlichen, insbesondere AGB-rechtlichen Hürden sollten die SC-Mietvertragsparteien wichtige und gefahrenträchtige Regelungskomplexe durch ausdifferenzierte Risikoregelungen und –zuweisungen erfassen. Dabei sollten im Zweifel individuelle Abreden getroffen werden, welche Vorrang vor AGB haben, § 305b BGB. Solche Abreden liegen bekanntlich vor, wenn die Vertragsbe-

¹⁰¹ OLG Dresden, NZM 2004, 461; dazu Joachim, NZM 2004, 892.

¹⁰² Dazu Moeser, NZM 2003, 425; Schmidt, NZM 2003, 505.

dingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt worden sind, § 305 I 3 BGB. Die SC-Vertragsjuristen müssen eine wirksame Individualvereinbarung gestalten und sodann – im Streitfall beweisbar – dokumentieren. Hierzu bietet die Kautelarpraxis Strategien und Vorgehensweisen an, den Individualvertrag auch im SC-Bereich durch Risikoregelungen zugleich transparent und rechtswirksam darzustellen.¹⁰³

VIII. „AUFRÜTTELNDER AUFRUF“

Für den mit der Beratung von SC-Frequenz-Immobilien(projekten/-objekten) befassten Kautelarjuristen, aber auch für die (zunehmend) spezialisierten Gewerbe-(und Wohnraum)-Richter besteht verstärkter Beratungs- und Handlungsbedarf. Unter Aufgreifung der Risikoverteilung bei der Vermietung von Gewerbeflächen im EKZ können die SC-Vertragsparteien den vertragsgemäßen Gebrauch, die Zweckbestimmung bzw. Nutzungsmöglichkeit im EKZ näher festlegen; sie vermögen die Mietflächen exakt festzulegen, bsw. unter Verwendung der DIN 277 Teil 1 ebenso wie der Richtlinien zur Berechnung der Mietfläche für Büroraum (MF-B) und für Handelsraum (MF-H), der gif., Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung, Wiesbaden. Sodann können sie Regelungsmöglichkeiten bei Flächenabweichungen vereinbaren, insbesondere dann, wenn der SC-Shop vom „Reißbrett“ im Rahmen der Projektentwicklung angemietet wird¹⁰⁴. Darüberhinaus dürfen die Parteien im rechtlich zulässigen Rahmen den Haftungsausschluß und die –begrenzung durch Individualabreden innerhalb der Grenzen der §§ 242, 138 I BGB treffen. Der SC-Vermieter kann sich durch individuelle Regelung der Instandsetzungsarbeiten im SC entledigen, wenn klar und unmissverständlich Zuständigkeit, Verantwortlichkeit und Risikotragung durch den Mieter bei den Vertragsverhandlungen erwähnt und zudem bei der Mietkalkulation eingeflossen sind.¹⁰⁵ Zukünftig werden verstärkt bei der sich abzeichnenden Verrechtlichung des SC-Bereichs Risikoverteilungen beim Abschluß, der inhaltlichen Ausgestaltung und der Vertragsanpassung im SC-Mietvertrag vorgenommen. Tendenziell erfasst die Risikoverteilung sämtliche Bereiche bei – im Ausgangspunkt – „mündigen“ und „eigenverantwortlichen“ Vertragspartnern, die „mehr und weitergehende Vertragsregelungsfreiheit wagen“ (sollen).

¹⁰³ Ausführlich Lützenkirchen, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht A, Rn. 41ff „Wege zum Individualvertrag“; Fritz, Rn. 146, 146a-c.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Joachim, GuT 2004, 207, 209.

¹⁰⁵ So bereits BGH, NJW 1984, 2404; Langenberg, in: Schmidt-Futterer § 538, Rn. 11; Fritz, NZM 2002, 713, 717; Joachim NZM 2003, 387, 392; ders. AIM 2004, 142, 146; ders. GuT 2004, 207, 223.