

eine nur der äußeren Form genügende Mietvertragsurkunde, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des erst später konkludent abgeschlossenen Vertrags enthalten sind. Eine solche Urkunde informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrags, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist und noch besteht, eintritt. Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen, werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form erfüllt (BGHZ 218, 70 = NZM 2018, 394; NJW 2015, 2648; NJW 2010, 1518).

Die Schriftform kann nicht nur dadurch eingehalten werden, dass die Vertragsparteien dieselbe Urkunde unterzeichnen (§ 126 Abs. 2 S. 1 BGB). Vielmehr genügt es nach § 126 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden und jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (BGHZ 218, 70 = NZM 2018, 394 mwN).

Ursprünglich galt das Postulat, dass die Einheit der Vertragsurkunde gewahrt und äußerlich durch Beifügung von in Bezug genommenen Urkunden zur Haupturkunde in Erscheinung treten müsse. Die bloße gedankliche Verbindung, die in einer Bezugnahme liegt, reichte danach nicht aus. Notwendig sei in jedem Fall eine Verbindung, deren Auflösung nur durch teilweise Substanzverletzung oder Gewaltanwendung möglich ist (BGHZ 40, 255). Die sog. **Auflockerungs-Rspr. des BGH** hat diese Grundsätze im Laufe der Zeit ständig fortentwickelt.

Der BGH (BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58) hat zunächst die feste **körperliche Verbindung** einzelner Blätter eines Vertragskonvoluts **nicht** für **erforderlich** gehalten, wenn sich die Einheit der Urkunde aus anderen eindeutigen Merkmalen ergibt, zu denen insbesondere fortlaufende Paginierung, fortlaufende Nummerierung der einzelnen Textabschnitte sowie ein über das jeweilige Seitenende hinaus fortlaufender Text gehören. Die „gedankliche“ **Verbindung mehrerer Vertragsbestandteile zu einer einheitlichen Urkunde** kann auch dann gewahrt sein, wenn sich die Einheit von Urkunde und Anlagen aus einer Verweisung sowie der Unterschrift der Vertragsparteien auf jedem Blatt der Anlage ergibt (BGH NJW 1999, 1104; NJW 2000, 354).

Darüber hinaus hat der BGH die Einhaltung der Schriftform für einen Nachtragsvertrag bejaht, wenn die Nachtragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt und zum Ausdruck kommt, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt war (BGH NJW-RR 2000, 744 = NZM 2000, 381).

Im Weiteren hat der BGH (NZM 2002, 20) die Kriterien der Einheitlichkeit und der körperlichen Verbindung mehrerer Vertragsbestandteile praktisch aufgegeben und angenommen, dass die Verwendung eines aus losen Blättern bestehenden Vordrucks, bei dem die auf den Rückseiten stehenden Bestimmungen durch Bezugnahme im unterschriebenen Vertragstext einbezogen wurden, der Wahrung der Schriftform nicht entgegensteht und dass auch Zusatzvereinbarungen ohne Anheftung einbezogen sind, wenn der **gedankliche Zusammenhang** mit dem Mietvertrag durch wechselseitige Bezugnahme gewahrt ist.

Die Schriftform eines langfristigen Mietvertrags soll sogar dann gewahrt sein, wenn der Vermieter mit dem Altmietler schriftlich vereinbart, dass der **Neumietler in den Vertrag eintritt** und dieser der Vertragsübernahme formlos zustimmt (BGH NZM 2005, 584). Ähnlich liegt die Entscheidung des BGH (NJW 2013, 1083, Anm. Lammel jurisPR-MietR 7/2013 Anm. 4), wonach bei einem **Mieterwechsel** die schriftliche Vereinbarung zwischen dem früheren und dem neuen Mieter zur Wahrung der Schriftform eine hinreichend deutliche Bezugnahme auf den Mietvertrag enthalten muss, wenn die Schriftform gewahrt bleiben soll. Dagegen kann die erforderliche Zustimmung des Vermieters formlos erfolgen.

Der Grundsatz, wonach die **in Anlagen ausgelagerten Essentialia** jedenfalls zweifelsfrei zuzuordnen sein müssen, hat in der Rspr. des BGH (NJW 2000, 354) eine zusätzliche Auflockerung erfahren. Der BGH hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem der

schriftliche Pachtvertrag auf eine Anlage (Inventarverzeichnis) verwies, deren nachträgliche Erstellung beabsichtigt war, letztlich aber unterblieb. Der Wahrung der Schriftform hat der BGH dies nicht entgegenstehen lassen. Der Umstand, dass die im Pachtvertrag erwähnte Anlage nicht existierte, lasse nicht den Schluss zu, dass der Pachtvertrag mangels Erstellung des Inventarverzeichnisses nicht zustande gekommen sei. Die Vertragsparteien hätten den Vertrag als abgeschlossen angesehen und ihn in Vollzug gesetzt. Mit dieser Argumentation setzt sich der BGH dem Verdacht aus, nicht hinreichend zwischen dem (mündlichen oder konkludenten) Vertragsschluss als solchem (der zumeist unschwer zu bejahen ist) und der Wahrung der Schriftform unterschieden zu haben. Ein mündlich abgeschlossener Mietvertrag ist nicht per se unwirksam. Mit ihm kann nur keine längere Mietzeit als ein Jahr verbindlich festgelegt werden. Der häufig ausgetragene Streit um die Kündbarkeit eines langfristigen Mietverhältnisses hat zumeist einen bereits seit langem wirksam in Vollzug gesetzten Vertrag zum Gegenstand, denn ansonsten käme (bei nicht zustande gekommenen Mietverhältnis) es auf die Frage nach einer Kündigungsbefugnis überhaupt nicht an.

Gleich gelagerten Bedenken begegnet eine weitere Entscheidung des BGH (NZM 2005, 704), soweit sie für den Fall einer nicht existierenden Bau- und Ausstattungsbeschreibung, auf die der Mietvertrag Bezug nimmt, von der Wahrung der Schriftform ausgegangen ist. Zwar sei es denkbar, dass die Parteien mit der Bezeichnung einer Anlage als „wesentlicher Bestandteil“ deren Beifügung zum Vertrag als gewillkürte Form iSd § 127 BGB aF vereinbaren und die Wirksamkeit des Vertrages von deren Einhaltung abhängig machen wollten. Das Gegenteil eines Dissenses folge aber daraus, dass die Parteien den Vertrag tatsächlich durchgeführt hätten und dass nach der salvatorischen Klausel im Mietvertrag die vertragliche Bindung durch die Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen nicht beeinträchtigt werden sollte. Auch diese Argumentation dürfte die Frage nach dem vertraglichen Bindungswillen mit der Frage nach der Wahrung der Schriftform bei der Einbeziehung wesentlicher Vertragsbestandteile vermengt haben.

Schriftformprobleme können sich auch ergeben, wenn der Mietvertrag wesentliche Punkte noch nicht abschließend festlegt. Es genügt grundsätzlich, wenn solche Regelungen bereits hinreichend bestimmt niedergelegt sind. So ist der **Mietbeginn hinreichend bestimmt**, wenn er nach dem Mietvertrag mit Übergabe der Mietsache einsetzen soll (BGH NZM 2006, 54). Das OLG Dresden (NZM 2004, 826) hat die Wahrung der Schriftform bejaht, wenn der Mietbeginn in einem formwirksamen Nachtrag (Übergabeprotokoll) niedergelegt werden soll.

Sog. **Schriftformheilungsklauseln** sind mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und daher **unwirksam**. Sie können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen (BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38, in Fortführung des BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087; NJW 2014, 2102).

Ein gewisses Korrektiv hat die Rspr. dadurch geschaffen, dass Kündigungen, die aufgrund fehlender Schriftform eröffnet waren, wiederholt als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) angesehen worden sind. So verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen (BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38; NJW 2016, 311 und NJW 2008, 365; OLG Frankfurt a. M. IMR 2018, 247).

**Nachträgliche mündliche Änderungen und Ergänzungen zum Mietvertrag** können zur (ggf. konkludenten) Abbedingung der Schriftform (KG ZMR 2010, 359) und zum Wegfall der Schriftform führen, wenn es sich um einen **wesentlichen Regelungspunkt** handelt (BGH ZMR 2014, 439; zu dieser Problematik eingehender: Lindner-Figura NJW 2009, 1861; Horst MDR 2008, 365; zur Änderung des Vertragszwecks vgl. OLG Rostock OLGR 2009, 890). § 550 BGB erfordert, dass sich die notwendige Einigung über alle wesentlichen

Vertragsbedingungen – insbesondere den **Mietgegenstand**, die **Miethöhe** sowie die **Dauer** und die **Parteien des Mietverhältnisses** – aus einer formwahrenden Urkunde ergibt (BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38).

Eine Änderung von vertragswesentlichen Vereinbarungen ist aber nur dann gemäß § 550 S. 1 BGB schriftformbedürftig, wenn sie für mehr als ein Jahr gelten soll (BGH NZM 2021, 929 Rn. 3). Die vertragliche **Änderung der Miete** stellt stets eine wesentliche und dem Formzwang des § 550 S. 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar, wenn sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann (BGH NZM 2018, 515; NJW 2016, 311; BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772).

Nachträgliche Vereinbarungen können aber auch zur **Heilung eines Schriftformmangels** führen. Für die Einhaltung der Schriftform ist also nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt. Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen durch eine nachfolgende Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden (BGH NZM 2021, 472; NZM 2009, 515). Betrifft der Schriftformmangel den Mietgegenstand, muss dieser in der späteren Nachtragsvereinbarung jedenfalls bestimmbar bezeichnet werden (BGH NZM 2021, 144 Rn. 21).

Einer sog. Vollständigkeitsklausel (zB: „Mündliche Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht.“) kann keine unwiderlegbare Vermutung für das Nichtbestehen mündlicher Abreden und auch sonst nicht entnommen werden, dass die Absprachen der Parteien aus dem Stadium der vertragsanbahnenden Verhandlungen keine Geltung mehr beanspruchen dürfen (BGH NZM 2021, 507 Rn. 13). Auch für die Annahme, dass die Vertragsparteien mit Abschluss des schriftlichen Vertrags von bestimmten mündlichen Absprachen aus dem Stadium der Vertragsverhandlungen abrücken wollten, ist grds. kein Raum (BGH NZM 2021, 507 Rn. 14).

**3.** Die Regelung legt den **Vertragsgegenstand**, die „Mietsache“ im Sinne von § 535 Abs. 1 BGB, fest. Eine genaue Spezifizierung der Mieträume und ggf. eine Festlegung aller zugehörigen Flächenanteile nach Quadratmetern empfiehlt sich insbesondere dann, wenn unterschiedliche Miet- und Nutzungsflächen räumlich nicht klar voneinander abgegrenzt sind und wenn unterschiedliche Mietpreise (pro qm) für verschiedene Mietflächen gelten. Die Form des § 550 BGB ist nicht gewahrt, wenn der Mietgegenstand im Vertrag nicht hinreichend bestimmbar bezeichnet ist (BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38; NZM 2014, 471; → Anm. 2).

**4.** Die **Ermittlung der Mietfläche nach Quadratmetern** ist erforderlich, wenn sich der Mietzins nach einem Quadratmeterpreis bestimmt (→ Form. A.V.5 § 5) oder wenn die Umlage der Betriebskosten – ggf. teilweise – flächenanteilig erfolgen soll. Dies wird namentlich bei einer Mehrzahl von Mietern im selben Objekt unumgänglich sein.

Zur Mietfläche gehört jedenfalls die sog. **Netto-Grundfläche** (zu deren Einschlägigkeit im Rahmen der DIN 277 vgl. BGH NZM 2005, 63), worunter die nutzbare, zwischen den aufgehenden Bauteilen (zB Wände, Stützen, Pfeiler) befindliche Grundfläche aller Grundrissebenen eines Bauwerkes verstanden wird (OLG Hamm NZM 2014, 585, zugleich zu abweichenden Vereinbarungen über die Flächenermittlung). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt bei der Miete von Räumen die **Unterschreitung der vertraglich vereinbarten** durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassene **Fläche** einen Mangel der Mietsache dar. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zunächst zur Wohnraummiete entschieden (BGH NJW 2004, 1947; NJW 2010, 1745; NJW 2011, 22). Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es hierfür nicht (BGH NJW 2004, 1947). Der XII. Zivilsenat des BGH hat sich dieser Rechtsprechung für die Miete von Geschäftsräumen angeschlossen (NZM 2012, 726; NJW 2005, 2152). Die Unterschreitung der vertraglich verein-

barten durch die tatsächlich überlassene Fläche stellt auch dann einen Sachmangel der Mietsache dar, wenn die Flächendifferenz die Folge von nach Abschluss des Mietvertrags erfolgten Umbauarbeiten ist, durch die diese Fläche dem angrenzenden Mietobjekt zugeschlagen worden ist (BGH NZM 2021, 276 Rn. 19).

Vereinbarungen über die Mietfläche, deren genaue Ermittlung oft nicht unerheblichen Aufwand erfordert, sind bei der Gewerbemiete aber nicht zwingend, wenn der Vertragsgegenstand anderweitig hinreichend bestimmt ist (→ Anm. 3). Es muss feststehen, worauf sich die Gebrauchsberechtigung des Mieters flächenmäßig erstreckt und für welche Flächen der Vermieter die Zahlung von Mietzins verlangt. Im Zweifel sollten die Parteien daher die Fläche, die den mietvertraglichen Gebrauchsbefugnissen unterfällt, möglichst genau beschreiben oder anhand von Planskizzen konkretisieren. Es ist dann grds. möglich, von der vertraglichen Festlegung einer bestimmten Flächenangabe ganz abzusehen und sich auf die bloße Konkretisierung bestimmter Räume zu beschränken, die zumeist auch anhand von Skizzen oder Plänen spezifiziert werden können. Ein Quadratmeterpreis, dessen Angabe ohnehin entbehrlich ist, kann dann aber nicht ausgewiesen werden. Der Mietgegenstand ist schon hinreichend bestimmt bezeichnet, wenn die Anschrift der vermieteten Gewerbeeinheit genannt und die vermieteten Flächen mit ergänzenden Angaben (zB „im Erdgeschoss“ . . . . . „links“ . . . . . gelegenes „Ladenlokal vorne, 2 Räume hinten und Souterrain“) beschrieben sind (OLG Düsseldorf ZMR 2011, 119). Allerdings kann es ohne Festlegung der Mietfläche schwierig bis unmöglich sein, bei mehreren Mieteinheiten über die anteiligen Betriebskosten abzurechnen (vgl. Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 19/2012 Anm. 4). Wenn es auf die Quadratmeterzahl – etwa als Bezugspunkt für die Mietpreisbestimmung oder die Betriebskostenumlage – ankommt, dürften vertragliche Flächenangaben nicht zu umgehen sein.

**5. Fehler bei der Mietflächenberechnung** können sich in mehrfacher Hinsicht auswirken. An die bloße Angabe der Mietfläche im Mietvertrag sind bei fehlerhafter Flächenermittlung früher keine Mieteransprüche geknüpft worden, weil ohne Vorliegen konkreter Hinweise auf einen vertraglichen Bindungswillen überwiegend nur von einer unverbindlichen Objektbeschreibung ausgegangen wurde. Im Zweifel wurde daher kein Zusicherungswille angenommen. Die Rechtsprechung des BGH hat jedoch inzwischen einen deutlich restriktiveren Weg eingeschlagen, indem sie bei einer vertraglichen Flächenangabe grundsätzlich von einer Flächenvereinbarung ausgeht und eine **Flächenabweichung von mehr als 10 %** auch im gewerblichen Mietrecht als Mangel iSd § 536 Abs. 1 S. 1 BGB behandelt (→ Anm. 4).

Der XII. Zivilsenat des BGH (NZM 2021, 276) hat inzwischen seine Rechtsprechung zur Mietminderung bei Flächenunterschreitungen einer differenzierenden Betrachtung zugeführt. Bei einer Flächenunterschreitung von weniger als 10 % ist danach eine Mietminderung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Rechtsprechung zur 10 %-Schwelle habe nur zur Folge, dass bei Flächenabweichungen, die diese Schwelle überschreiten, der Mieter nicht gesondert darlegen muss, die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch sei infolge der Flächenabweichung gemindert. Wenn die Flächenabweichung hinter dieser Grenze zurückbleibe, könne sich der Mieter dagegen nicht auf die Vermutung einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache berufen. Er müsse dann im jeweiligen Einzelfall konkret darlegen und ggf. beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt ist (vgl. dazu auch OLG Dresden NJW-RR 2019, 1294 (1296); NJW-RR 2015, 141 (143); KG NJW-RR 2005, 1681). Das Formular legt mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung des BGH ebenfalls klarstellend eine Schwelle von 10 % zugrunde, unterhalb derer der Mieter eine Gebrauchsbeeinträchtigung konkret darlegen muss.

Wenn die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche bei der Geschäftsraum-miete eindeutig nur **Nebenträume** (zB Kellerräume) betrifft, so darf die Minderung nicht

pauschal nach dem prozentualen Anteil der fehlenden Fläche an der vertraglich vereinbarten Gesamtfläche berechnet werden. Vielmehr muss eine angemessene Herabsetzung des Mietzinses den geringeren Gebrauchswert dieser Räume in Rechnung stellen (BGH NZM 2012, 726, in Abgrenzung zu BGH NJW 2004, 1947, und zu BGH NJW 2010, 1745, Anm. Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 19/2012 Anm. 4). Es findet also eine funktional ausgerichtete Gewichtung statt.

**6.** Aus dem vertraglichen **Nutzungszweck** können sich im Rahmen von §§ 535 Abs. 1 S. 2, 536 Abs. 1 BGB wesentliche Vorgaben für den Vermieter ergeben, in welchem **Zustand** er die Mieträume zu überlassen und zu erhalten hat. Für den Mieter ergibt sich hieraus der **Umfang seiner Gebrauchsberechtigung** (§§ 538, 541, 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB; OLG Dresden ZMR 2023, 626 Rn. 60). Die sich aus § 536 BGB ergebende Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, ist eine vertragliche Hauptpflicht (BGH NZM 2002, 116; OLG Frankfurt ZMR 2022, 468 Rn. 105).

Eine möglichst **klare Festlegung des Mietzwecks** ist für den Vermieter wichtig, wenn er ein Interesse daran hat, dem Mietgebrauch bestimmte Grenzen zu setzen. Die vertragliche Festlegung führt grds. dazu, dass ein davon abweichender Mietgebrauch eine vertragswidrige Nutzung umschreibt (KG GE 2011, 1083; zur vertragswidrigen Nutzung, wenn sich eine Arztpraxis auf Drogensatztherapien verlegt, vgl. LG Bonn ZMR 2010, 689). Die Zustimmung zu einem anderen Gebrauchszweck kann sich der Vermieter vorbehalten.

Zur restriktiven Handhabung einer vom Vertrag abweichenden Nutzung kann Veranlassung bestehen, wenn der Vermieter Wert auf eine bestimmte Nutzung legt (zB Vermietung durch einen Apotheker an einen Arzt), wenn er Ansprüche und schutzwürdige Interessen Dritter zu beachten hat, etwa aufgrund der Zusage von Konkurrenzschutz zugunsten anderer Mieter (→ Form. A.V.3 § 3) oder wenn Störungen (für Nachbarn, andere Mieter oder für den Vermieter) zu besorgen sind. Für den Mieter empfiehlt sich eine zusätzliche Konkretisierung des zulässigen Mietgebrauchs, wenn er von der Mietsache in spezieller oder nicht verkehrüblicher Weise Gebrauch machen will (zur Auslegung eines Vertrags auf zulässige Gebrauchsbefugnisse vgl. KG BeckRS 2010, 18952). Bei besonderem Regelungsbedarf sollten wechselseitige Duldungs- und Unterlassungspflichten ausdrücklich geregelt werden.

**7.** Die Fertigung eines **Übergabeprotokolls** wird sich häufig empfehlen (→ Form. A.VI.8). Das gilt namentlich dann, wenn über den Zustand der Mieträume Unklarheit oder Streit besteht, wenn umfangreiches Inventar übergeben und erfasst werden soll, wenn die Mieträume noch nicht fertiggestellt sind oder noch in bestimmter Weise ausgestattet werden sollen. Auf das Übergabeprotokoll sollte der Vertrag dann unter entsprechender Abänderung von § 1 verweisen.

**8.** **Bestätigungsklauseln**, mit denen der Zustand der Mieträume („wie besichtigt“) vom Mieter als vertragsgemäß anerkannt werden soll, werden auch im kaufmännischen/unternehmerischen Verkehr als **unwirksam** behandelt (§§ 307, 309 Nr. 12 BGB), weil sie auf eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil des Mieters abzielen (BGH ZIP 1986, 982; zum Anwendungsbereich im unternehmerischen Bereich vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack BGB § 309 Nr. 12 Rn. 27). Das ist teilweise mit beachtlichen Gründen anders gesehen worden, soweit ein zulässiger Minderungsausschluss angenommen wurde (OLG Düsseldorf DWW 1992, 241; OLG Köln NJW-RR 1993, 466). Zur Kenntnis des Mieters von Mängeln bei Vertragsschluss oder bei Annahme der Mietsache und zum Rechtsverlust gemäß §§ 536, 536a, 536b BGB → Form. A.V.2 § 7 (1).

**9.** Die **Mitvermietung von Sachen** neben den Mieträumen im engeren Sinne kann zu der Frage führen, ob es sich dabei um **Inventarteile** handelt und ob nicht anstelle eines

Mietvertrags ein Pachtvertrag im Sinne von §§ 581 ff. BGB zur Regelung ansteht (zur Abgrenzung beider Vertragstypen → Form. A.V.6 Anm. 1). Mit den hier vorgestellten Formularen soll möglichst vermieden werden, sich bei jeder Gebrauchsüberlassung, bei der dem Mieter neben den bloßen Räumlichkeiten auch zusätzliche Einrichtungen oder Anlagen zur Nutzung übergeben werden, in rechtlich und praktisch wenig ergiebige Abgrenzungsfragen zu ergeben. Die Formulare gehen grundsätzlich dann von einem Mietvertrag aus, wenn lediglich solche Sachen mit überlassen werden, die nicht speziell dem konkret beabsichtigten und vertraglich verabredeten Nutzungszwecks bzw. nicht der betriebsspezifischen Fruchtziehung durch den Mieter dienen. Die Überlassung von zweckneutralen, dh praktisch jedem beliebigen Mietgebrauch dienenden Sachen – etwa im Zusammenhang mit der Energie- und Heizwärmeversorgung oder mit der Anbindung an bestimmte Kommunikationsmittel – zwingt nach der hier vertretenen Auffassung nicht dazu, von einem Pachtvertrag auszugehen, selbst wenn im Vertrag von „Inventar“ die Rede ist. Anders liegt es dagegen, wenn solche Sachen unmittelbar der **Fruchtziehung** im Sinne von § 581 Abs. 1 BGB dienen (→ Form. A.V.6 Anm. 1).

**10.** Das Formular regelt die Vereinbarung einer festen Mietzeit mit **Verlängerungsklausel** (vgl. hierzu Horst, Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen im Wohn- und Gewerbemietrecht, DWW 2007, 326). In der Praxis ist dies neben der Vereinbarung von Optionen zur Verlängerung der vertraglich festgelegten Mietzeit (→ Form. A.VI.5) der häufigste Regelungsfall. Verlängerungsoption und Verlängerungsklausel können auch miteinander kombiniert werden (OLG Hamm Info M 2011, 170).

**Mietverträge auf bestimmte Zeit mit Verlängerungsklausel** verlängern sich automatisch auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, wenn sie nicht zum vereinbarten Vertragsende gekündigt werden. Oft ist auch ein fristgebundener „Widerspruch“ gegen die Vertragsverlängerung vertraglich vorgesehen, was in der Sache auf dasselbe hinausläuft (BGH NZM 2002, 604; zur Erklärung einer „Kündigung“ anstelle des vorgesehenen Widerspruchs vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2022, 17.351 Rn. 6; Anm. Hofele IMR 2022, 3276). Unterbleibt die Kündigung, so wird das Mietverhältnis mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt. Das Mietverhältnis wird also mit demselben Vertragsinhalt, aber auf längere Dauer fortgesetzt, falls nicht für den Fall der Vertragsfortsetzung bestimmte Vertragsänderungen verabredet sind (BGH NZM 2002, 604). Bestimmt eine Klausel in gewerblichen Mietverträgen, dass eine Kündigung des Mieters nicht nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt spätestens erklärt werden muss, sondern auch frühestens ab einem weiteren bestimmten Zeitpunkt überhaupt wirksam erklärt werden kann, dh in einem sog. Kündigungskorridor, so soll diese Klausel objektiv ungewöhnlich und überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB sein und darüber hinaus auch eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 Abs. 1 S. 1 BGB bewirken, weil kein schützenswertes Interesse des Vermieters an einem Ausschluss früherer Kündigungserklärungen erkennbar sei (LG Heilbronn NZM 2021, 474 Rn. 17 ff.).

Demgegenüber setzt ein (Verlängerungs-) **Optionsrecht** ein aktives Handeln des Mieters, die Ausübung der Option, voraus (vgl. Fritz jurisPR-MietR 6/2010 Anm. 5). Verlängerungsklauseln und Optionsregelungen können im Vertrag auch kumulativ verwendet werden (KG NZM 2021, 403 Rn. 61). In der Praxis wird zwischen Verlängerungsklauseln und Optionen nicht immer begrifflich sauber unterschieden.

Die **Vereinbarung eines Mietvertrags auf unbestimmte Dauer** wird bei der Gewerberaummieta wegen des für den Mieter kaum überschaubaren Risikos von (Änderungs-) Kündigungen nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Der Mieter von Geschäftsraum genießt keinen Kündigungsschutz, dh der Vermieter kann jederzeit im Rahmen der gesetzlichen Kündigungsfristen kündigen (§ 580a Abs. 2 BGB). Auch ein auf bestimmte Mietzeit geschlossener Zeitmietvertrag wird sich nur dann anbieten, wenn eine Fortsetzung des Vertrags über die vertraglich festgelegte Mietzeit hinaus von vorneherein nicht

beabsichtigt ist. Beim Zeitmietvertrag steht nach Ablauf der Mietzeit das gesamte vertragliche Regelungswerk wieder zur Disposition. Ein Anspruch auf Abschluss eines neuen Vertrags besteht dann grds. nicht.

**11.** In den Grenzen der Sittenwidrigkeit kann die **Miethöhe** bei der Geschäftsraummieta frei vereinbart werden. Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. Ist das Missverhältnis zwischen den Leistungen besonders grob, lässt dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu (BGH NZM 2015, 453; WM 2014, 1440).

Bei der Ermittlung des Leistungsmissverhältnisses ist grundsätzlich der objektive Wert (Verkehrswert) der verglichenen Leistungen maßgeblich (BGH NJW-RR 1990, 950. Bei Mietverhältnissen ist als **Verkehrswert** die **ortsübliche Marktmiete** festzustellen. Wird der marktübliche Miet- oder Pachtzins um 100 % überschritten und ist dies dem Vermieter erkennbar, liegt der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung nahe (BGH NZM 2002, 69). Nur wenn ausnahmsweise vergleichbare Objekte nicht zur Verfügung stehen sollten, sind gegebenenfalls andere Erfahrungswerte heranzuziehen (zur Anwendbarkeit anderer Bemessungsmethoden bei der Gaststättenpacht → Form. A.V.6 Anm. 14).

**Subjektive Sittenwidrigkeitsmerkmale** liegen grundsätzlich nur dann vor, wenn sich der Begünstigte nach der allgemeinen Lebenserfahrung zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, es liege ein auffälliges Missverhältnis vor (BGHZ 146, 298 = NJW 2001, 1127). Kann die ortsübliche Miete/Pacht bereits durch mehrere Sachverständige nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten ermittelt werden, so ist nicht feststellbar, wie der Verpächter ein solches Missverhältnis – falls es überhaupt vorlag – hätte erkennen können (BGH BeckRS 2003, 04293). Wenn ein Mieter in einer Marktsituation, in der der Mietzins starken Schwankungen unterworfen ist und die Marktüblichkeit des Mietzins nur schwierig zu beurteilen ist, einen Mietvertrag zu einem objektiv überhöhten Mietzins abschließt, kann man allein daraus nicht herleiten, dass eine verwerfliche Gesinnung vorgelegen hat (BGH NZM 2001, 1077). Generell greift die Vermutung, ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung indiziere zugleich das Vorliegen subjektiver Wuchertatbestandsmerkmale (vgl. BGH NJW 1994, 1275), nicht auch bei Vollkaufleuten und solchen selbständigen Freiberuflern gelten, die eine Tätigkeit ausüben, die ihrer Art nach gegen ihre wirtschaftliche Schwäche oder Geschäftsunerfahrenheit spricht (OLG Brandenburg BeckRS 2022, 1774 Rn. 67, juris).

In den Fällen des Wuchers oder der sittenwidrigen wucherähnlichen Mietpreisüberhöhung nach § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB findet in der Geschäftsraummieta eine Aufrechthaltung des Vertrages mit einer (noch) zulässigen Miete regelmäßig nicht statt (BGH NZM 2005, 944). Vielmehr gilt für alle unwirksamen Entgeltvereinbarungen der Grundsatz, dass sich diese nicht in einen sittenwidrig überhöhten und einen noch hinnehmbaren Teil aufspalten lassen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit erfasst die gesamte Entgeltvereinbarung (BGH NZM 2005, 944 mwN). Zu beachten ist aber im Rahmen der sog. **Mietpreisbremse** (§§ 556b ff BGB), dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 556g Abs 1 S 2 BGB eingeführt hat, wonach die Unwirksamkeit des vereinbarten Mietzins nur insoweit geregelt ist, als dieser das zulässige Maß übersteigt. Aus dieser spezialgesetzlichen Bestimmung lässt sich aber nicht das Postulat einer allgemein zulässigen geltungserhaltenden Reduktion herleiten (so auch Staudinger/Fischinger BGB § 138 Rn. 189).

**Wenn die ortsübliche Miete nach Vertragsschluss erheblich sinkt, tangiert dies nicht die Geschäftsgrundlage des Mietvertrags.** Gemäß § 537 Abs. 1 BGB trägt bei der Gewerbe-

raummiete grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können (stRspr vgl. BGH NZM 2010, 364). Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, wenn nach Vertragsschluss auf der Grundlage struktureller Marktveränderungen eine Mietpreisentwicklung einsetzt, die sich negativ auf seine Konkurrenzfähigkeit auswirkt. Nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen kann eine Anpassung der Miete verlangt werden (zur Staffelmietvereinbarung bei Gewerberaummietverhältnissen vgl. BGH NZM 2005, 63, im Anschluss an BGH NJW 2002, 2384; vgl. auch OLG Düsseldorf Grundeigentum 2011, 1369).

**12.** Die **Grundmiete** umschreibt das Nutzungsentgelt für die Gebrauchsüberlassung ohne die (zumeist auf Betriebskosten bezogenen) Umlagen und Zuschläge (BGH NJW-RR 2009, 593). Wenn die Betriebskosten nicht gesondert ausgewiesen und abgerechnet werden, sondern vom Vermieter getragen werden oder mit der Zahlung des Mietzinses abgegolten sein sollen, umschreibt die vertragliche Miete eine sog. Brutto- oder Inklusivmiete. Die Grundmiete ist also nicht zwingend so zu verstehen, als beinhalte sie das von den Betriebskosten gleichsam bereinigte Entgelt.

**13.** Die Vertragsformulare im Kapitel A.VI gehen grundsätzlich von der **Umsatzsteuerpflichtigkeit** der vom Mieter zu leistenden Zahlungen aus. Dies versteht sich aber zunächst nur als Hinweis darauf, die vertraglichen Regelungen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit in Bezug auf die Umsatzsteuerfrage zu überprüfen. **Bei der Gewerberaummieta ist die Umsatzsteuerpflicht aber keineswegs indiziert.** Ihre vertragliche Berücksichtigung kann aber beiden Vertragsparteien wirtschaftliche Vorteile bringen (im Einzelnen die Anm. zur Vereinbarung über eine USt-Option → Form. A.VI.4).

**14.** Die in § 2 BetrKV oder in Anlage 3 zu § 27 II. BV aufgeführten Betriebskosten umschreiben den praktisch bedeutsamsten Teil der Nebenkosten. Seit dem 1.4.2004 gilt anstelle der Berechnungsverordnung nunmehr die Betriebskostenverordnung (BetrKV). In vielen Altverträgen findet sich aber noch die Bezugnahme auf den Kostenkatalog der II. BV, weshalb die Bestimmung auch weiterhin Relevanz behalten wird.

Mangels Verweisung in § 578 BGB gilt § 556 Abs. 1 BGB, der den Umfang der umlegbaren Betriebskosten auf den Kostenkatalog des § 2 BetrKV begrenzt, bei Gewerberaummietverhältnissen nicht. Die Umlage weiterer Betriebskosten und sonstiger Nebenkosten ist daher möglich, wenn sich das vom Mieter zu leistende Gesamtentgelt innerhalb der Grenzen aus § 138 BGB bewegt.

Betriebskosten können im Bereich der Gewerberaummieta (vgl. dazu in größerem Zusammenhang Horst ZAP 2022, 69–82) nur dann umgelegt werden, wenn und soweit dies vertraglich wirksam und mit hinreichender Bestimmtheit vereinbart ist. Das gesetzliche Leitbild geht im Rahmen von § 535 BGB von einer Inklusivmiete aus. Daher muss der Mietvertrag regelmäßig konkrete Aussagen darüber enthalten, welche Nebenkosten umlagefähig sind. Es genügt nicht, nur allgemein eine Betriebskostenumlage zu verabreden (BGH NZM 2020, 507; NZM 2012, 24 mwN; Schmidt MDR 1999, 1293 mit Beispielen für unzureichende Betriebskostenklauseln). Der zur Wohnraummieta entwickelte Grundsatz, wonach es zur Übertragung der Betriebskosten auf den Mieter genügt, dass dieser „die Betriebskosten“ zu tragen habe (BGH NZM 2016, 235), lässt sich allerdings nach der Rspr. des XII. Zivilsenats des BGH nunmehr auch auf die Gewerberaummieta übertragen. Der Begriff „Betriebskosten“ erfasst dann, wenn kein abweichendes Begriffsverständnis der Vertragsparteien feststeht, auch ohne weitere Erläuterungen alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition nach § 556 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB iVm § 2 BetrKV einbezogenen Kostenarten (BGH NZM 2020, 507 Rn. 22 in Fortführung von BGH NJW 2016, 1308 Rn. 22). Einer