

09/2020

23. JAHRGANG
SEITEN 583 - 656



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Mal wieder die Schriftform des befristeten Mietvertrages!
Unangemessene Knebelungs-AGB
- Baulärm nebenan. Minderung nicht immer möglich!
Scheinbestandteil oder wesentlicher Bestandteil?
- Trennungsprinzip: Auch beim OLG nicht immer präsent!
- Eintrittskarte genügt nicht: Anspruch auf Zutritt kann aufgrund
Hausrechts versagt werden!
- Gilt der Kündigungsschutz bei einer Schwangerschaft schon
vor Aufnahme der Arbeit? Na logo!

STRAFRECHT

- Verwendung einer EC-Karte durch Nichtberechtigten bei
kontaktloser Zahlung ohne PIN

ÖFFENTLICHES RECHT

- Corona-Pandemie: Zur Rechtmäßigkeit der bayerischen
Infektionsschutzmaßnahmen-VO
- Anspruch auf prozessuale Waffengleichheit
auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Die betrugsähnlichen Delikte §§ 263a, 265a, 266b StGB

GRUNDFÄLLE

- Mutterschutz
- Begriff des Grundrechtseingriffs / Religions- und
Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 GG)

HEMMER.LIFE

- „Back to the future - revisiting the past to enable our future“
Interview mit Leonie Walle von IsarMUN



E-BOOK LIFE&LAW SEPTEMBER 2020

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1

MAL WIEDER DIE SCHRIFTFORM DES BEFRISTETEN MIETVERTRAGES! UNANGEMESSENE KNEBELUNGS-AGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Anwendungsbereich des § 550 BGB
- II. Sinn und Zweck der Norm
- III. Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform
- IV. Rechtsfolge bei Nichteinhaltung der Schriftform

C) Lösung Frage 1: War die Kündigung zum 30.06.2017 wirksam?

- I. Wirksamer Mietvertrag zwischen V und der M-GmbH
- II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung vom 23.12.2016
 1. Formale Wirksamkeit der Kündigung
 2. Einhaltung der Kündigungsfrist
- III. Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts aufgrund Befristung?
 1. Rechtsprechung zur Wahrung der Form bei organschaftlicher Vertretung
 2. Übertragung auf den vorliegenden Fall
- IV. Einwand des Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB?
 1. Grds. verstößt Berufen auf Nichtwahrung der Form nicht gegen § 242 BGB
 2. Ausnahme nur bei „schlechthin untragbarem Ergebnis“
 3. Voraussetzungen des § 242 BGB liegen im vorliegenden Fall nicht vor
- V. Ergebnis

D) Lösung Frage 2: Wirksamkeit des Ausschlusses des Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes

- I. Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I, II BGB
 1. Betriebspflicht mit Sortimentsbindung grds. zulässig
 2. Ausschluss eines Konkurrenzschutzes ist isoliert betrachtet auch zulässig
 3. Kumulierung beider Klauseln führt aufgrund des Summierungseffekts zu einem unzulässigen Knebelungsvertrag
 - a) Nach einer Ansicht ist Kumulierung beider Klauseln zulässig
 - b) Nach anderer Ansicht ist die Kumulierung wegen Summierungseffekts unzulässig
 - c) Nach Ansicht des BGH führt Kumulierung beider Klauseln zu einem unzulässigen Knebelungsvertrag
 - aa) Konkurrenzschutz ist vertragsimmanente Pflicht des Vermieters
 - bb) Ausschluss des Konkurrenzschutzes ist Einschränkung der Hauptleistungspflicht
- II. Ergebnis

E) Lösung Frage 3: Was ist die Rechtsfolge bei Unwirksamkeit der Klausel?

F) Kommentar

G) Wiederholungsfrage

H) Zur Vertiefung

2

BAULÄRM NEBENAN. MINDERUNG NICHT IMMER MÖGLICH!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Wirksamer Mietvertrag zwischen V und der M

II. Minderung gem. § 536 I S. 2 BGB

1. Minderung kraft Gesetzes

2. Subjektiver Mangel (-)

a) Ausdrücklich (-)

b) Konkludent ebenfalls (-)

3. Objektiver Mangel

V. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3

TRENNUNGSPRINZIP: AUCH BEIM OLG NICHT IMMER PRÄSENT!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 894 BGB

1. F als Belastete

2. Unrichtigkeit des Grundbuchs

a) Kein Verstoß gegen § 181 BGB

b) Wirksamkeit der Vollmacht, § 139 BGB

II. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

III. Anspruch aus §§ 823 I, 249 I BGB

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4

EINTRITTSKARTE GENÜGT NICHT:

ANSPRUCH AUF ZUTRITT KANN AUFGRUND HAUSRECHTS VERSAGT WERDEN!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Anspruch auf Besuch der Therme, § 535 I S. 1 BGB
 1. Anspruch entstanden
 2. Anspruch entfallen
 3. Durchsetzbar? (-), wenn Hausrecht der T dem Anspruch entgegensteht
 - a) Grundsatz: Hausrecht besteht unabhängig von sachlichen Gründen
 - b) Einschränkungen aus vertraglicher Bindung?
 - c) Kein anderes Ergebnis wegen mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte
 - aa) Zugang wird grds. frei gewährt
 - bb) Teilnahme am gesellschaftlichen Leben aber nicht erheblich beeinträchtigt
- II. Anspruch aus §§ 807, 793 I S. 1 BGB
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Background

F) Wiederholungsfrage

5

GILT DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ BEI EINER SCHWANGERSCHAFT SCHON VOR AUFNAHME DER ARBEIT?

NA LOGO!

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Allgemeiner Kündigungsschutz
- II. Besonderer Kündigungsschutz
- III. Kündigungsschutz wegen Verstoßes gegen Diskriminierungsverbot des AGG nach §§ 7 I AGG, 134 BGB
 1. Anwendbarkeit des KSchG oder von Sonderkündigungsschutz
 2. Unanwendbarkeit des KSchG bzw. fehlender Sonderkündigungsschutz
- IV. Kündigungsschutz über § 242 BGB i.V.m. Art. 12 GG bzw. § 138 I BGB
- V. Problem im vorliegenden Fall

C) Lösung

- I. Keine Präklusion gem. §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG
- II. Einhaltung der Frist für die ordentliche Kündigung, § 622 III BGB
- III. Unwirksamkeit der Kündigung gem. §§ 17 I S. 1 Nr. 1 MuSchG, 134 BGB
 1. § 17 I S. 1 Nr. 1 MuSchG als gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB
 2. Anwendbarkeit des § 17 I S. 1 Nr. 1 MuSchG vor Arbeitsantritt?
 - a) Wortlaut nicht eindeutig

b) Gesetzessystematik

c) Nach Normzweck des Kündigungsverbots gilt § 17 MuSchG ab Vertragsschluss

aa) Schutz werdender Mütter vor Verlust des Arbeitsplatzes

d) Normzweck des MuSchG im Ganzen

3. Ergebnis

IV. Unwirksamkeit der Kündigung gem. §§ 7 I AGG, 134 BGB

V. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

STRAFRECHT

6 VERWENDUNG EINER EC-KARTE DURCH NICHTBERECHTIGTEN BEI KONTAKTLOSER ZAHLUNG OHNE PIN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 I StGB

II. Strafbarkeit wegen Computerbetruges gem. § 263a I StGB

III. Strafbarkeit wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. §§ 269 I, 270 StGB

IV. Strafbarkeit wegen Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b I StGB

V. Strafbarkeit wegen Ausspähens von Daten gem. § 202a I StGB

VI. Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Beweiserhebliche Daten

b) Kein Verfügungsrecht

c) Löschen bzw. Verändern der Daten

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

VII. Strafbarkeit wegen Datenveränderung gem. § 303a StGB

VIII. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

7 CORONA-PANDEMIE:

ZUR RECHTMÄSSIGKEIT DER BAYERISCHEN INFEKTIONSSCHUTZMASSNAHMEN-VO

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Prüfungsmaßstab**
- II. Die Regelung des § 14 II S. 1 der 6. BayIfSMV**
 - 1. Verstoß gegen das Publizitätsprinzip**
 - 2. Verhältnismäßigkeit des § 14 II S. 1 der 6. BayIfSMV**
- III. Regelung des § 5 der 6. BayIfSMV**
- IV. § 14 I S. 1 Nr. 1 und 2 der 6. BayIfSMV**

IV. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

8 ANSPRUCH AUF PROZESSUALE WAFFENGLEICHHEIT AUCH IM VERFAHREN DER EINSTWEILIGEN VERFÜGUNG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Zulässigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung**
 - 1. Statthaftigkeit**
 - 2. Antrag**
 - 3. Antragsberechtigung**
 - 4. Keine evidente Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens**
 - 5. Keine Vorwegnahme der Hauptsache**
 - 6. Rechtsschutzinteresse**
 - 7. Form und Frist**
- II. Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung**
 - 1. Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit**
 - 2. Übertragung des Maßstabs auf das Presse- bzw. Äußerungsrecht**
 - 3. Keine generelle Pflicht der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung**
 - 4. Anforderungen an eine wirksame Erwidermöglichkeit auf Abmahnung**
 - 5. Bewertung im vorliegenden Fall**
- III. Ergebnis**

D) Kommentar

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

DIE BETRUGSÄHNLICHEN DELIKTE §§ 263A, 265A, 266B StGB

A) Einführung

B) Computerbetrug, § 263a StGB

I. Deliktsnatur und geschütztes Rechtsgut

II. Aufbau

1. Tathandlungen

- a) Unrichtige Gestaltung des Programms, § 263a I Var. 1 StGB
- b) Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, § 263a I Var. 2 StGB
- c) Unbefugte Verwendung von Daten, § 263a I Var. 3 StGB
- d) Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf, § 263a I Var. 4 StGB

2. Die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

3. Vermögensschaden

4. Unmittelbarer Kausalzusammenhang

5. Subjektiver Tatbestand

III. Vorbereitungshandlungen

IV. Versuch und Vollendung

V. Täterschaft und Teilnahme

VI. Konkurrenzen

C) Erschleichen von Leistungen, § 265a StGB

I. Deliktsnatur und geschütztes Rechtsgut

II. Aufbau

1. Tatobjekte

- a) Leistungen eines Automaten, § 265 I Var. 1 StGB
- b) Leistungen eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, § 265a I Var. 2 StGB
- c) Beförderung durch ein Verkehrsmittel
- d) Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung

2. Entgeltlichkeit der Leistung

3. Erschleichen

4. Subjektiver Tatbestand

III. Versuch und Vollendung

IV. Konkurrenzen

D) Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b StGB

I. Deliktsnatur und geschütztes Rechtsgut

II. Aufbau

- 1. Täter**
- 2. Scheck- und Kreditkarte**
- 3. Tathandlung**
- 4. Kausaler Schaden**
- 5. Subjektiver Tatbestand**

III. Versuch und Vollendung

IV. Konkurrenzen

E) Fazit

GRUNDFÄLLE

MUTTERSCHUTZ

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Frage 1

- 1. Zulässigkeit**
- 2. Begründetheit**
 - a) Schriftform**
 - b) Präklusion**
 - aa) Fristbeginn**
 - bb) Fristende**
 - cc) Präklusion**
 - dd) Zulassung verspäteter Klage**
 - c) Sonderkündigungsschutz**
 - aa) Schwangerschaft der S**
 - bb) Kenntnis des AG**
 - cc) Nachholung der Unterrichtung**

3. Ergebnis

Frage 2

- 1. Schriftform**
- 2. Bedingungsfeindlichkeit**
- 3. Präklusion des Arbeitgebers**
- 4. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung**
 - a) An sich wichtiger Grund**
 - b) Unzumutbarkeit**
- 5. Sonderkündigungsschutz, § 17 I S. 1 MuSchG**
- 6. Ergebnis**

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Verletzung von Grundrechten der Gruppierung „Glaubensgemeinschaft der wissenschaftlichen Kirche“ (G):

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

b) Persönlicher Schutzbereich

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

a) Schranken vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte

b) Gesetzliche Grundlage

4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 26.02.2020, XII ZR 51/19, NJW 2020, 1507 FF. = JURISBYHEMMER

1 MAL WIEDER DIE SCHRIFTFORM DES BEFRISTETEN MIETVERTRAGES! UNANGEMESSENE KNEBELUNGS-AGB

+++ Befristeter Geschäftsraummietvertrag +++ Schriftform +++ Firmenstempel +++ Betriebspflicht mit Sortimentsbindung +++ Ausgeschlossener Konkurrenzschutz +++ Unangemessene Benachteiligung +++ §§ 242, 307, 535, 546, 550, 578 II S. 1, I, 580a BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): V vermietete mit einem formularmäßigen Geschäftsraummietvertrag vom 01.01.2009 an die M-GmbH für die Dauer von zehn Jahren ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum zum Betrieb eines hochwertigen Fast Food Restaurants im Bereich Kartoffelspeisen.

Für die M-GmbH, die nach dem Rubrum des Mietvertrages durch ihre zwei gesamtvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer A und B vertreten wurde, unterzeichnete nur Geschäftsführer A unter Beifügung des Firmenstempels der M-GmbH auf dem für ihn vorgesehenen Unterschriftsfeld. Ein zweites Feld, das für die Unterschrift des zweiten Geschäftsführers B vorgesehen war, blieb leer. B hatte den A intern aber zur alleinigen Unterzeichnung ermächtigt.

Im Mietvertrag ist eine Betriebspflicht der M-GmbH mit Sortimentsbindung vereinbart. Allerdings wurde der Konkurrenzschutz für die M-GmbH seitens des V ausgeschlossen, sodass V berechtigt war, auch an andere Mieter Geschäftsräume zum Betrieb gleicher Fast Food Restaurants zu vermieten.

Die M-GmbH kündigte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 23.12.2016 zum 30.06.2017 mit der Begründung, der Vertrag sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB unbefristet geschlossen.

Frage 1: War die Kündigung zum 30.06.2017 wirksam?

Frage 2: Hält der formularvertragliche Ausschluss des Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Betriebspflicht einer AGB-Kontrolle stand?

Frage 3: Unterstellt, die Klausel ist unwirksam. Was wäre dann die Rechtsfolge?

A) Sounds

1. Das Hinzusetzen eines (Firmen-)Stempels zu der Unterschrift eines von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, dann nicht als allein unterschreibsberechtigt für die Gesellschaft aus, wenn die Urkunde aufgrund ihres sonstigen Erscheinungsbilds nicht den Eindruck der Vollständigkeit erweckt.

2. Ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz kann grundsätzlich auch für Mieter in einem Einkaufszentrum bestehen.

3. Der formularmäßige Ausschluss des Konkurrenzschutzes in einem Einkaufszentrum bei gleichzeitiger Festlegung einer Betriebspflicht mit Sortimentsbindung benachteiligt den Mieter unangemessen und ist unwirksam.

B) Problemaufriss

Im Fall einer wirksamen Befristung eines Mietvertrags ist das Recht zur ordentlichen Kündigung grds. ausgeschlossen. Dies folgt im Umkehrschluss aus § 542 II BGB. Danach endet ein befristetes Mietverhältnis mit Zeitablauf, wenn es nicht verlängert (§ 542 II Nr. 2 BGB) bzw. **außerordentlich** gekündigt (§ 542 II Nr. 1 BGB) wird. Eine ordentliche Kündigung ist daher gerade nicht möglich. Die Vereinbarung einer festen Laufzeit soll daher sicherstellen, dass der Vertrag vor

Ende der Laufzeit nicht beendet werden kann, außer es liegt ein wichtiger Grund vor.

Im Mittelpunkt der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung steht die Vorschrift des § 550 S. 1 BGB, die für den Abschluss eines befristeten Mietvertrags über Wohnräume für eine längere Zeit als ein Jahr die Schriftform vorsieht.

I. Anwendungsbereich des § 550 BGB

Bei § 550 BGB handelt es sich um eine Vorschrift für Wohnraummietverhältnisse, die aber über die Verweisungsnorm des § 578 II S. 1 BGB i.V.m. § 578 I BGB auch für die Grundstücksrente und die Geschäftsraummiete zur Anwendung kommt.

hemmer-Methode: Die in § 575 BGB geregelten strengen Voraussetzungen für die Befristung von Wohnraummietverträgen sollen verhindern, dass der Kündigungsschutz des Mieters nach § 573 BGB unterlaufen wird. Von größerer Bedeutung ist § 550 BGB bei Mietverhältnissen in Studentenwohnheimen. Gem. § 549 III BGB gilt hier § 575 BGB nicht, sodass hier Befristungen ohne Einschränkung möglich sind.

Treffen die Mietvertragsparteien **nachträglich** eine **Vereinbarung**, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des § 550 S. 1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags verbleiben soll.¹ Nachtragsvereinbarungen können daher schriftformschädlich wirken und einen ursprünglich wirksam befristeten schriftlichen Mietvertrag ordentlich kündbar machen.

Anmerkung: Nach Ansicht des BGH bedarf auch die nachträgliche Vereinbarung einer geringfügig höheren Monatsrente (im Fall ging es um 20,- €, was einer Erhöhung um 1,5% entsprach) der Schriftform. Eine lediglich mündliche Vereinbarung führt dazu, dass die ursprüngliche Schriftform des Mietvertrags nicht mehr gewahrt ist und dieser nach Ablauf des Sperrjahres (vgl. § 550 S. 2 BGB) ordentlich kündbar ist.²

Das Schriftformerfordernis gilt auch dann, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung in zulässiger Weise für eine längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen wurde.³

§ 550 BGB soll nach h.M. auch dann gelten, wenn der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und dabei eine Kündigungsfrist von einem Jahr vereinbart wird.⁴

II. Sinn und Zweck der Norm

Das Schriftformerfordernis dient in erster Linie dem Informationsbedürfnis und damit dem Schutz eines späteren Erwerbers, der gem. § 566 BGB (ggf. i.V.m. § 578 I, II S. 1 BGB) mit dem Eigentumserwerb kraft Gesetzes in das bestehende Mietverhältnis eintritt.

Diesem soll durch die Schriftform ermöglicht werden, sich von Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten.

Zusätzlich bezweckt die Schriftform des § 550 S. 1 BGB, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und als Übereilungsschutz die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen.⁵

III. Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform

Die Anforderungen, die der BGH an die Einhaltung der Schriftform (§ 126 BGB) im Rahmen des § 550 BGB stellt, sind streng.

In den letzten Jahren gab es aber einige Entscheidungen, in denen der BGH von seiner harten Linie abgerückt ist und die Anforderungen an die Wahrung der Schriftform zurückgeschraubt hat (sog. „Auflockerungsrechtsprechung“).

Ein Mietvertrag genügt dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der „äußeren Form“ des

1 BGH, NJW 2017, 3772 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2004, 2962 (2963) = [jurisbyhemmer](#).

2 **BGH, Life&Law 03/2016, 152 ff.** = NJW 2016, 311 ff. = [jurisbyhemmer](#).

3 Palandt, § 550 BGB, Rn. 7 und Rn. 3.

4 BGH, NJW 1998, 62 ff. = [jurisbyhemmer](#).

5 BGH, NJW 2019, 990 ff. = [jurisbyhemmer](#).

§ 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen abgeschlossen worden ist. In Erleichterung zu § 126 BGB kommt es dabei nicht darauf an, ob die im Original unterzeichneten Erklärungen dem anderen Vertragspartner auch in dieser Form zugehen.⁶

Für die Wahrung der Schriftform des § 550 BGB kommt es daher nicht darauf an, ob der Vertrag in der Schriftform des § 126 BGB zustande gekommen ist, sondern nur, ob ein solcher Vertrag mit dieser Form existiert.⁷

hemmer-Methode: Es schadet daher nicht, dass das Original beim jeweiligen Unterzeichner verbleibt und dem anderen Teil lediglich eine Kopie geschickt bzw. das Original gefaxt wird. In beiden Fällen hat der Empfänger nur eine kopierte Unterschrift auf dem Vertragstext erhalten. Dies schadet bei der Existenz zweier gleichlautender unterschriebener Vertragsurkunden nicht.

Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser „verstreuten“ Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke zweifelsfrei kenntlich machen.

Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss.

Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind.

IV. Rechtsfolge bei Nichteinhaltung der Schriftform

Bei Nichteinhaltung der Schriftform ist die Befristung gem. § 125 S. 1 BGB unwirksam. Obwohl es sich bei der Befristung um einen ganz wesentlichen Vertragsinhalt handelt, führt ein Verstoß gegen die in § 550 BGB geregelte Schriftform in Ausnahme zu § 139 BGB nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, sondern nur zur Unwirksamkeit der Befristung.

Der Mietvertrag gilt dann gem. § 550 S. 1 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der Vertrag ist daher ordentlich kündbar. Gem. § 550 S. 2 BGB ist die Kündigung allerdings frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung der Mietsache zulässig.⁸

C) Lösung Frage 1: War die Kündigung zum 30.06.2017 wirksam?

Fraglich ist, ob das Mietverhältnis zwischen der M-GmbH und V wirksam durch das Schreiben vom 23.12.2016 zum 30.06.2017 beendet wurde.

I. Wirksamer Mietvertrag zwischen V und der M-GmbH

Zwischen der gem. § 13 I GmbHG rechtsfähigen M-GmbH und V wurde am 01.01.2009 ein formularmäßiger Mietvertrag über Geschäftsräume geschlossen.

Dieser Mietvertrag ist unabhängig von der Frage, ob hier die Anforderungen des § 550 BGB gewahrt wurden, wirksam, da die Einhaltung der Schriftform keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Mietvertrag, sondern nur für die vereinbarte Befristung von zehn Jahren ist (vgl. dazu bereits den Problemaufriss).

Fraglich ist aber, ob die M-GmbH wirksam von A gem. § 164 I S. 1 BGB vertreten werden konnte, da die beiden Geschäftsführer A und B gesamtvertretungsberechtigt waren, vgl. auch § 35 II S. 1 GmbHG. Da der B den A aber zur alleinigen Unterzeichnung des Mietvertrages ermächtigt hatte, wurde die M-GmbH wirksam bei Abschluss des Vertrages vertreten.

6 BGH, Life&Law 08/2018, 510 ff. = NJW 2018, 1540 ff. = jurisbyhemmer.

7 BGH, Life&Law 11/2015, 809 ff. = NJW 2015, 2648 ff. = jurisbyhemmer.

8 Hinweis: Im Arbeitsrecht ist die Rechtslage sehr ähnlich. Gem. § 14 IV TzBfG bedarf die Befristung des Arbeitsvertrags der Schriftform. Wurde die Schriftform nicht beachtet, so ist die Befristung gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig und der Arbeitsvertrag gilt entgegen § 139 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 S. 1 TzBfG. Der Arbeitsvertrag kann – wenn die Befristung nur wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam ist – auch vor dem vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, § 16 S. 2 TzBfG.

hemmer-Methode: Selbst wenn B den A nicht zur Alleinvertretung ermächtigt hätte, wäre der Mietvertrag nicht unwirksam gewesen.

Die Rechtsfolge beim Abschluss eines Vertrages durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (sog. „falsus procurator“) ist gem. § 177 I BGB die schwebende Unwirksamkeit.

Da von der M-GmbH ca. 7 Jahre die Miete bezahlt wurde, hat diese den Vertragsschluss dadurch jedenfalls konkludent genehmigt, sodass dieser gem. §§ 177 I, 184 I BGB von Anfang an wirksam war.

II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung vom 23.12.2016

Das Kündigungsschreiben des M vom 23.12.2016 könnte das Mietverhältnis aber zum 30.06.2017 beendet haben.

1. Formale Wirksamkeit der Kündigung

Da § 578 II S. 1, I BGB für die Geschäftsraummiete nicht auf das Schriftformerfordernis des § 568 I BGB verweist, bestehen in formaler Hinsicht keine Bedenken gegen die Kündigung.

Anmerkung: Im Mietrecht müssen Sie die Systematik des Gesetzes kennen.

1. Im Untertitel 1 (§§ 535 bis 548 BGB) ist der *Allgemeine Teil* des Mietrechts geregelt. Diese Vorschriften kommen für alle Mietverhältnisse zur Anwendung.

2. Im Untertitel 2 (§§ 549 bis 577a BGB) sind die *Besonderheiten des Wohnraummietvertrags* geregelt.

3. Im Untertitel 3 (§§ 578 ff. BGB) sind *Besonderheiten bei Mietverträgen über andere Gegenstände als Wohnraum* geregelt. Bei der Grundstücks- und Geschäftsraummiete verweist § 578 I, II BGB auf die Vorschriften zur Wohnraummiete, aber eben nur *teilweise*.

2. Einhaltung der Kündigungsfrist

Die Frist für die ordentliche Kündigung eines Geschäftsraummietverhältnisses ist in § 580a II BGB geregelt.

Anmerkung: Ein schwerer systematischer Fehler wäre die Anwendung des § 573c BGB, der bei der Wohnraummiete die ordentliche Kündigungsfrist regelt.

Damit wäre die ordentliche Kündigung mithin spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahrs zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahrs zulässig.

Da das Kündigungsschreiben auf den 23.12.2016 datiert, zählt das vierte Quartal 2016 für die Berechnung nicht mehr mit.

Abzustellen ist daher auf eine Kündigung im ersten Quartal 2017, sodass die ordentliche Kündigung zum Ablauf des 30.06.2017 zulässig wäre.

III. Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts aufgrund Befristung?

Da zeitbefristete Dauerschuldverhältnisse grds. nur außerordentlich gekündigt werden können (vgl. § 542 II BGB im Umkehrschluss), stellt sich im vorliegenden Fall die entscheidende Frage, ob die Befristung wirksam vereinbart wurde.

Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Befristung bis zum 01.01.2019 mangels Einhaltung der Schriftform gem. §§ 578 II S. 1, I, 550 BGB unwirksam ist.

Die von §§ 578 II S. 1, I, 550 BGB geforderte Schriftform ist nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt.

1. Rechtsprechung zur Wahrung der Form bei organschaftlicher Vertretung

Wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeich-

net, ist die Schriftform des § 550 S. 1 BGB nach Ansicht des BGH nur gewährt, wenn auch die übrigen Organmitglieder unterzeichnen oder die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben.⁹

Dies gilt aber nur, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen.¹⁰

Ist die Vertretungsregelung der Kapitalgesellschaft wie hier im Rubrum des Mietvertrages angegeben, lässt sich der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift grundsätzlich nicht entnehmen, ob die übrigen gesetzlichen Vertreter noch unterzeichnen müssen. Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst.¹¹

Anders liegt der Fall, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich macht.

Ein solcher Zusatz kann in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels liegen. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschreibungsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Der Geschäftsverkehr misst nämlich dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei.

Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert mangels abweichenden Anscheins im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen.

Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfüllt sie die Schriftform.¹²

2. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Für die M-GmbH, die nach dem Rubrum des Mietvertrages durch die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer A und B vertreten wird, unterzeichnete allein der A unter Hinzufügung des Firmenstempels der M-GmbH.

Der Stempelzusatz kann hier aber weder so verstanden werden, dass der Unterzeichner mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt sei, noch dass er mit seiner Unterschrift zugleich den im Rubrum genannten weiteren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer B vertreten wollte.

Durch den Stempelzusatz wurde die Urkunde nach ihrem äußeren Anschein nämlich nicht abgeschlossen. Unter dem vollzogenen Unterschriftsfeld befand sich ein zweites Unterschriftsfeld mit der maschinenschriftlichen Namensangabe des zweiten Geschäftsführers, welches zur Unterzeichnung durch diesen vorgesehen war. Dieses Unterschriftsfeld blieb aber leer.

Es fand sich auch kein Hinweis - etwa in Form eines Vertretungszusatzes für den zweiten Geschäftsführer, in Form einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die bereits geleistete Unterschrift oder in Form einer Durchstreichung dieses Unterschriftsfelds - darauf, dass der Vertragsschluss mit der einen geleisteten Unterschrift für die Mieterseite bereits vollständig vollzogen sei.

Ohne einen solchen Hinweis erweckt die Urkunde einen unvollständigen Eindruck, so dass ein möglicher Erwerber des Grundstücks nicht erkennen kann, ob alle erforderlichen Unterschriften geleistet worden sind oder nicht.

Ergebnis: Daher ist im vorliegenden Fall das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.

IV. Einwand des Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB?

Fraglich ist, ob die M-GmbH nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB daran gehindert ist, sich auf den Schriftformmangel zu berufen.

1. Grds. verstößt Berufen auf Nichtwahrung der Form nicht gegen § 242 BGB

Grundsätzlich darf sich jede Vertragspartei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten.

9 BGH, NJW 2003, 3053 (3054) = jurisbyhemmer; BGH, NJS 2002, 3389 (3391) = jurisbyhemmer.

10 BGH, NJW 2013, 1082 ff. = jurisbyhemmer.

11 BGH, NJW 2010, 1453 ff. = jurisbyhemmer.

12 BGH, NJW 2015, 2034 ff. = jurisbyhemmer.

Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zuvor jahrelang anstandslos durchgeführt worden ist. Daher verstößt die Berufung auf die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung, die wegen der Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB gegeben ist, grds. nicht gegen Treu und Glauben.¹³

2. Ausnahme nur bei „schlechthin untragbarem Ergebnis“

Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Partei sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar.

Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre.¹⁴

3. Voraussetzungen des § 242 BGB liegen im vorliegenden Fall nicht vor

Diese strengen Voraussetzungen des § 242 BGB liegen im vorliegenden Fall nicht vor.

Zwar hat die M-GmbH die Nichteinhaltung der Schriftform dadurch verursacht, dass nur einer ihrer beiden im Vertragsrubrum genannten gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer ohne ausreichenden Vertretungszusatz unterschrieben hat.

Dies war allerdings unschwer auch für V erkennbar, sodass es diesem zumutbar war, selbst auf den Abschluss der schriftlichen Vertragsurkunde hinzuwirken.

Weil ein neuer Mietvertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde, liegt dieser auch nicht im alleinigen Interesse der M-GmbH.

Anmerkung: Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus einer im Mietvertrag enthaltenen Schriftformheilungsklausel. Nach Ansicht des BGH sind Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam.¹⁵ Die Vorschrift des § 550 BGB soll nicht nur sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Vielmehr dient sie ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Mit diesem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde.

V. Ergebnis

Da die Schriftform des § 550 S. 1 BGB nicht gewahrt wurde, war die Befristung unwirksam und damit das Mietverhältnis nach Ablauf von einem Jahr (vgl. § 550 S. 2 BGB) ordentlich kündbar. Die ordentliche Kündigung vom 23.12.2016 hat das Mietverhältnis wirksam zum 30.06.2017 beendet.

D) Lösung Frage 2: Wirksamkeit des Ausschlusses des Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes

Fraglich ist, ob der formularvertragliche Ausschluss des Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Betriebspflicht einer AGB-Kontrolle stand?

Bei dem formularmäßigen Mietvertrag handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I S. 1 BGB.

Da die M-GmbH Kaufmann kraft Rechtsform ist (§§ 13 III GmbHG, 6 I, II HGB), richtete sich die Einbeziehung nicht nach § 305 II BGB, sondern nach den §§ 145 ff. BGB, vgl. § 310 I S. 1 BGB.

Fraglich ist, ob der Mietvertrag einer an § 307 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle standhält.

¹³ BGH, NJW 2004, 1103 f. = jurisbyhemmer.

¹⁴ BGH, NJW 2014, 2102 = jurisbyhemmer.

¹⁵ BGH, Life&Law 02/2018, 75 ff. = NJW 2017, 3772 ff. = jurisbyhemmer.

Da kein Verstoß gegen §§ 308, 309 BGB vorliegt, der bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer die unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB indizieren würde, vgl. § 310 I S.2 BGB, kommt hier nur eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB in Betracht.

I. Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I, II BGB

Gemäß § 307 I BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Nach § 307 II BGB der Vorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr. 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2).

1. Betriebspflicht mit Sortimentsbindung grds. zulässig

Nach Ansicht des BGH ist die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 I S. 1 BGB unwirksam.¹⁶

Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet.¹⁷

2. Ausschluss eines Konkurrenzschutzes ist isoliert betrachtet auch zulässig

Ferner stellt nach der Ansicht des BGH auch eine Freistellung des Vermieters von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.¹⁸

3. Kumulierung beider Klauseln führt aufgrund des Summierungseffekts zu einem unzulässigen Knebelungsvertrag

Umstritten ist indessen die vom BGH bisher offen gelassene Frage einer Angemessenheit der genannten Formularbedingungen dort, wo sie - unter Einschluss einer Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden.

a) Nach einer Ansicht ist Kumulierung beider Klauseln zulässig

Nach Ansicht der Vorinstanz¹⁹ und nach Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung²⁰ und Literatur²¹ wird die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Einkaufszentrum bzw. eine Sortimentsbindung neben dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes für wirksam gehalten.

Zur Begründung wird angeführt, dass alle genannten Klauseln für sich genommen jeweils unbedenklich seien.

Auch ein Summierungseffekt führe nicht zur Unwirksamkeit, da nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln ein die Betriebspflicht übermäßig verstärkendes Zusammentreffen dieser Klauseln nicht dem – für § 307 BGB maßgeblichen – Regelfall entspreche, sondern eine atypische Ausnahmesituation bedeuten würde. Komme die unangemessene Beeinträchtigung durch eine Klausel jedoch nur in untypischen Konstellationen in Betracht, so hindere dies ihre Wirksamkeit nicht.

In dem untypischen Fall, dass ein Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum eine unmittelbare Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters dieses Centers aktiv fördere und gleichzeitig auf der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung des unter dieser Konkurrenz leidenden weiteren Mieters bestehe, sei nicht die Betriebspflicht aufgrund eines Summierungseffekts als unwirksam vereinbart anzusehen, sondern stünde ihrer konkreten Ausübung

16 BGH, NJW-RR 1922, 1032 (1033 f.) = jurisbyhemmer.

17 BGH, NJW-RR 2010, 1017 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2000, 1714 (1717) = jurisbyhemmer.

18 BGH, NJW 2000, 1017 ff. = jurisbyhemmer.

19 KG Berlin, NZG 2020, 186 ff. = jurisbyhemmer.

20 OLG Naumburg, NZM 2008, 772 ff. = jurisbyhemmer; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254 = jurisbyhemmer; OLG Rostock, NZM 2004, 460 ff. = jurisbyhemmer; KG Berlin, NZM 2005, 620 ff. = jurisbyhemmer; OLG Hamm, NZM 2018, 87 ff. = jurisbyhemmer.

21 Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. Rn. 695; Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 5. Aufl. Kap. III Rn. 2325; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 7. Aufl., Kap. 12 Rn. 29; Fritz NJW 2002, 3372, 3374; Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 12. Aufl. Teil II [32] Rn. 35.

der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen.

Auch Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln - Betriebspflicht, Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss - sprächen gegen eine unangemessene Benachteiligung des Mieters aufgrund eines Summierungseffektes. Denn damit wolle sich der Vermieter eines Einkaufszentrums nicht etwa Tür und Tor für die aktive Förderung unmittelbarer Konkurrenz im Hauptartikelsegment des Mieters offenhalten, sondern es gehe darum, sich gegen den Mietereinwand abzusichern, das Geschäft leide in Sortimentsteilbereichen unter vertragswidrigem Wettbewerb.

Der Ausschluss von Konkurrenzschutz vermeide die Diskussion darüber, was zum Haupt- und was zum Nebensortiment gehört. Die Sortimentsbindung diene - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums und sei deshalb notwendig. Gleiches gelte für die Betriebspflicht.

b) Nach anderer Ansicht ist die Kumulierung wegen Summierungseffekts unzulässig

Nach anderer Auffassung bedeutet die Kumulierung der genannten Bedingungen eine unangemessene und nach § 307 BGB unwirksame Benachteiligung des Mieters.²²

c) Nach Ansicht des BGH führt Kumulierung beider Klauseln zu einem unzulässigen Knebelungsvertrag

Nach Ansicht des BGH ist die zuletzt genannte Auffassung zutreffend.

Bei der Betrachtung der hier kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen steht nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Bei diesem handelt es sich um einen Eingriff in die Hauptleistungspflicht des Vermieters.

aa) Konkurrenzschutz ist vertragsimmanente Pflicht des Vermieters

Zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters gehört die ungestörte Gebrauchsüberlassung der Mietsache (§ 535 BGB).

Diese Pflicht umfasst bei einem Gewerberaummietverhältnis grundsätzlich auch einen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz.²³

Dieser hat zum Inhalt, dass der Vermieter grundsätzlich gehalten ist, keine in der näheren Nachbarschaft des Mieters gelegenen Räume an Konkurrenten zu vermieten oder selbst in Konkurrenz zum Mieter zu treten.

Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass es bei der Vermietung von Räumen zum Betriebe eines bestimmten Geschäfts zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs gehört, in anderen Räumen des Hauses oder auf in unmittelbarer Nähe angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen.

Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist.²⁴

Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung²⁵ besteht der vertragsimmanente Konkurrenzschutz grundsätzlich auch in einem Einkaufszentrum. Zwar besteht kein Anlass, die dort niedergelassenen Gewerbetreibenden stärker gegen erlaubten Wettbewerb zu schützen, als dies in herkömmlichen Geschäftsstraßen der Fall ist.²⁶

Allerdings besteht ebenso wenig Anlass, einen geringeren Konkurrenzschutz zu gewähren als bei der Vermietung mehrerer benachbarter Ladenlokale durch denselben Vermieter in einer Geschäftsstraße.

Dabei richtet sich der Umfang des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes nach der jeweils berechtigten Verkehrserwartung. So darf in einem kleinen Einkaufszentrum mit nur wenigen Ladenlokalen davon ausgegangen werden, dass der Vermieter für ein möglichst breit gefächertes Angebot sorgt und Sortimentsüberschneidungen vermeidet.

Umgekehrt muss der Mieter einer Ladenfläche in einem großen Einkaufszentrum hinnehmen, dass es zu typischen Sortimentsüberschneidungen mit anderen Gewerbetreibenden kommt, zumal die Attraktivität eines großen Einkaufszentrums gerade auch mit der Repräsentanz konkurrierender Angebote steigt.

Es ist dann nach dem zur Grundlage des Mietvertrags gemachten Betriebskonzept des Einkaufszentrums eine Frage des Einzelfalles, in welcher Nähe zu seinem eigenen Geschäft der Mieter eine direkte Konkurrenzsituation hinnehmen muss oder abwehren kann.

22 OLG Schleswig, NZM 2000, 1008 ff. = jurisbyhemmer; OLG Brandenburg, MDR 2015, 18 ff. = jurisbyhemmer; Stornel Mietrecht 3. Aufl. 1988 II Rn. 274.

23 BGH, NJW 1978, 585 (586) = jurisbyhemmer.

24 BGH, NJW 2012, 844 ff. = jurisbyhemmer.

25 OLG Dresden, MDR 1998, 211 ff. = jurisbyhemmer; Blank in Blank/Börstinghaus Miete § 535 Rn. 312; Jendrek, NZM 2000, 526 (529).

26 BGH, NJW 1979, 1404 (1405 f.) = jurisbyhemmer.