



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 51/19

Verkündet am:
26. Februar 2020
Küperle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 307 Bb, 535, 550

- a) Das Hinzusetzen eines (Firmen-)Stempels zu der Unterschrift eines von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, dann nicht als allein unterschriftsberechtigt für die Gesellschaft aus, wenn die Urkunde aufgrund ihres sonstigen Erscheinungsbilds nicht den Eindruck der Vollständigkeit erweckt (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NJW 2013, 1082).
- b) Ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz kann grundsätzlich auch für Mieter in einem Einkaufszentrum bestehen.
- c) Der formularmäßige Ausschluss des Konkurrenzschutzes in einem Einkaufszentrum bei gleichzeitiger Festlegung einer Betriebspflicht mit Sortimentsbindung benachteiligt den Mieter unangemessen und ist unwirksam.

BGH, Urteil vom 26. Februar 2020 - XII ZR 51/19 - Kammergericht Berlin
LG Berlin

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. April 2019 aufgehoben.

Auf die Berufungen der Beklagten wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 90 des Landgerichts Berlin vom 24. Juli 2017 abgeändert.

Die Klage wird insoweit abgewiesen, als die Klägerin die Feststellung beantragt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag vom 14. Januar 2009 nebst Nachträgen vom 7. April 2011, vom 17. Juni 2013 und vom 29. Oktober 2015 ungekündigt über den 30. Juni 2017 hinaus fortbesteht.

Im Übrigen wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin schloss mit der Beklagten zu 1 im Januar 2009 einen formularmäßigen Mietvertrag für die Dauer von zehn Jahren über ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum zum Betrieb eines hochwertigen Fast Food Restaurants im Bereich Kartoffelspeisen. Die Vertragschließenden hatten einerseits eine Betriebspflicht der Beklagten zu 1 mit Sortimentsbindung vereinbart, andererseits den Ausschluss eines Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes für sie.
- 2 In der Folgezeit kam es zu mehreren Änderungen des Mietvertrags, Ende 2014 zu einer Kündigung aus wichtigem Grund sowie schließlich zu einer Vereinbarung über die "Fortsetzung bzw. Neubegründung des Mietverhältnisses" vom 29. Oktober 2015. Dieser Nachtrag weist neben der Beklagten zu 1 auch die Beklagte zu 2 als neu hinzutretende Mitmieterin aus. Für die Beklagte zu 1, die nach dem Rubrum des Nachtrags durch zwei gesamtvertretungsberechtigte GmbH-Geschäftsführer vertreten wurde, unterzeichnete nur einer der Geschäftsführer unter Beifügung des Firmenstempels der Beklagten zu 1 auf dem für ihn vorgesehenen Unterschriftsfeld. Ein zweites Feld, das für die Unterschrift des zweiten Geschäftsführers der Beklagten zu 1 vorgesehen war, blieb leer.
- 3 Die Beklagten kündigten das Mietverhältnis mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 zum 30. Juni 2017 mit der Begründung, der Vertrag sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB unbefristet geschlossen. Am 15. Mai 2017 kündigten sie erneut aus wichtigem Grund fristlos, weil sie nach den Vertragsbestimmungen eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung zu erfüllen hätten, ohne ihrerseits Konkurrenzschutz zu genießen, und dadurch unangemessen benachteiligt seien.

4 Mit der Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag ungekündigt fortbestehe, und zwar auch über den 30. Juni 2017 hinaus. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Kammergericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richten sich deren vom Oberlandesgericht zugelassenen Revisionen.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revisionen haben Erfolg.

I.

6 Das Kammergericht hat seine in ZMR 2019, 671 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet: Zwischen den Parteien sei ein wirksames Mietverhältnis begründet worden. Zum Abschluss der Vereinbarung vom 29. Oktober 2015 sei der unterzeichnende Geschäftsführer der Beklagten zu 1 von seinem Mitgeschäftsführer intern ermächtigt worden. Auch das Schriftformerfordernis des § 550 BGB sei gewahrt. Der notwendige Hinweis darauf, dass die Unterzeichnung durch einen Geschäftsführer der Beklagten zu 1 zugleich für den anderen, als gesamtvertretungsberechtigt bezeichneten Geschäftsführer erfolge, liege in dem der Unterschrift des einen Geschäftsführers beigefügten Firmenstempel. Der Stempel weise den Unterzeichner als unterschriftsberechtigt aus und schließe die Erklärung ab. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung werfe keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Das gelte auch, wenn der Stempel nur in der oberen von zwei Unterschriftenzeilen angebracht sei, in der sich die Unterschrift des einen Geschäftsführers befinde.

7 Die Beklagten hätten das Mietverhältnis auch nicht wirksam aus wichtigem Grund gekündigt. Der Ausschluss von Konkurrenzschutz, Sortiments- und

Branchenschutz stelle trotz bestehender Betriebspflicht und Sortimentsbindung keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB dar.

II.

8 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

9 1. Die Revisionen der Beklagten sind unbeschränkt zugelassen.

10 Das Kammergericht hat die Zulassung im Urteilsausspruch nicht eingeschränkt. In den Gründen ist allerdings ausgeführt, dass die Revision zugelassen sei, weil die Wirksamkeit von kombinierten Klauseln zum Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz und zur Auferlegung einer Betriebspflicht und Sortimentsbindung in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werde und daher einer höchstrichterlichen Klärung bedürfe.

11 a) Eine Beschränkung der Revisionszulassung kann sich grundsätzlich zwar auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben, wenn aus ihnen der Wille des Berufungsgerichts, die Revision in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgeht (Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 14 mwN).

12 b) Sollte das Berufungsgericht hier eine Beschränkung beabsichtigt haben, wäre diese jedoch unzulässig und damit unbeachtlich, so dass das angegriffene Urteil auf die Revisionen der Beklagten in vollem Umfang überprüft werden muss.

- 13 Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein kann oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 16 mwN).
- 14 Danach scheidet hier eine Beschränkung der Zulassung der Revision aus. Streitgegenstand ist die von der Klägerin verfolgte Feststellung, dass ein wirksames Mietverhältnis fortbestehe. Ihrem Antrag wäre sowohl dann nicht zu entsprechen, wenn das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung vom 15. Mai 2017 beendet wäre, als auch wenn es durch ordentliche Kündigung zum 30. Juni 2017 beendet wäre. Durch beide ausgesprochenen Kündigungen haben die Beklagten zwei alternative Begründungen für ihr einheitliches, auch mit der Revision verfolgtes Klageabweisungsbegehren gegeben. Die Fragen nach der Wirksamkeit der jeweiligen Kündigungen stellen daher reine Rechtsfragen im Rahmen des einheitlichen Klageabweisungsbegehrens dar, die nicht für sich genommen Gegenstand einer Revisionszulassung sein können (vgl. Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 17). Denn das von der Klägerin beantragte Fortbestehen des Mietvertrags könnte nicht im Wege eines Teilurteils anhand der Prüfung nur einer einzigen von mehreren vorgetragenen Kündigungen festgestellt werden.
- 15 Dem steht auch nicht die Rechtsprechung des für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs entgegen. Zwar entspricht es der Auffassung des VIII. Zivilsenats, dass im Räumungsprozess, nachdem mehrere Kündigungen ausgesprochen worden sind, die Revision auf einzelne Kündigungen beschränkt zugelassen werden kann (BGH Urteil vom

19. September 2018 - VIII ZR 261/17 - ZMR 2019, 13 Rn. 17 mwN). Vorfrage ist dann die "Beendigung des Mietverhältnisses" (§ 546 Abs. 1 BGB), welche auch anhand der Prüfung einzelner von mehreren Kündigungen beantwortet werden kann. Davon unterscheidet sich jedoch der hier vorliegende Streitgegenstand einer ausdrücklichen Feststellung des Fortbestehens eines Mietverhältnisses, welches jedenfalls nur einheitlich nach Prüfung aller aufgeworfenen Fragen zu seiner wirksamen Begründung und gegebenenfalls Beendigung beantwortet werden kann.

16 2. Die Revisionen sind begründet. Sie führen zur teilweisen Klageabweisung und im Übrigen zur Zurückweisung der Sache an das Kammergericht.

17 a) Zutreffend ist das Kammergericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen ist. Die Frage, ob die von nur einem der beiden zur gemeinsamen Vertretung berechtigten Geschäftsführer der Beklagten zu 2 abgegebene Erklärung den Schriftformerfordernissen des § 550 BGB genügt, berührt die Wirksamkeit des Vertragsschlusses als solche nicht. Denn die intern an den Geschäftsführer erteilte Ermächtigung, den Vertrag allein zu unterzeichnen, steht als solche nicht im Streit.

18 b) Unzutreffend ist indessen die Auffassung des Kammergerichts, die ordentliche Kündigung vom 23. Dezember 2016 sei nicht zum 30. Juni 2017 wirksam geworden, weil der Vertrag befristet für die Dauer von zehn Jahren geschlossen worden sei. Denn mangels Einhaltung der nach § 550 BGB vorgesehenen Schriftform war die Befristung nicht wirksam.

19 aa) Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit (§ 550 Satz 1 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Senats erfordert § 550 BGB, dass sich die für

den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere den Mietgegenstand, die Miethöhe sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamtinhalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser "verstreuten" Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise 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. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB also hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll (Senatsurteil BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 17 mwN).

20 bb) Der 3. Nachtrag zum Mietvertrag vom 29. Oktober 2015 genügt diesen Vorgaben nicht.

21 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats dient die von § 550 BGB geforderte Beurkundung in erster Linie dem Informationsbedürfnis und damit dem Schutz eines in den Vertrag gemäß § 566 Abs. 1 BGB eintretenden Erwerbers.

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 BGB, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und als Übereilungsschutz die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen (Senatsurteil BGHZ 220, 235 = NJW 2019, 990 Rn. 26 mwN).

22 (1) Mit dem 3. Nachtrag zum Mietvertrag wird das Mietverhältnis nach vorangegangener Kündigung durch die Klägerin aus wichtigem Grund einvernehmlich fortgesetzt und die Beklagte zu 2 als neue Mitmieterin in das Vertragsverhältnis aufgenommen. Dies stellt eine wesentliche und dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Diesem Formerfordernis wird der 3. Nachtrag zum Mietvertrag wegen fehlender Unterschrift des zweiten Geschäftsführers der Beklagten zu 2 nicht gerecht.

23 (2) Der Senat hat bereits entschieden, dass, wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeichnet, die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt ist, 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 (Senatsurteile BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rn. 13 f.; vom 16. Juli 2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053, 3054 und vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3391). 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 (Senatsurteil vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NJW 2013, 1082 Rn. 13 f.). Ist die Vertretungsregelung der Kapitalgesellschaft 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 (Senatsurteile BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rn. 17 ff.; BGHZ 205, 99 = NJW 2015, 2034 Rn. 21).

24 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 unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst 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 (Senatsurteile vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NJW 2013, 1082 Rn. 14 und BGHZ 205, 99 = NJW 2015, 2034 Rn. 22).

25 (3) Für die Beklagte zu 1, die nach dem Rubrum des Nachtrags durch die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer H. Z. und C. Z. vertreten wird, unterzeichnete unter dem 20. Oktober 2015 allein H. Z. unter Hinzufügung des Firmenstempels der Beklagten zu 1. Der Stempelzusatz kann hier indessen

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 C. Z. vertreten wollte. Durch den Stempelzusatz wird die Urkunde nach ihrem äußeren Anschein nämlich nicht abgeschlossen. Unter dem vollzogenen Unterschriftsfeld findet sich ein zweites Unterschriftsfeld mit der maschinenschriftlichen Namensangabe des zweiten Geschäftsführers, welches zur Unterzeichnung durch diesen vorgesehen ist. Dieses Unterschriftsfeld ist leer. Es findet 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. Daher ist im vorliegenden Fall das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.

26 cc) Den Beklagten ist die Berufung auf diesen Schriftformverstoß auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt.

27 Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kommt insbesondere dann in Betracht, 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 Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre (Senatsurteile BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 16; BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 24). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Zwar hat die Beklagte zu 1 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 die Klägerin erkennbar, sodass es ihr zumutbar war, selbst auf den Abschluss der schriftlichen Vertragsurkunde hinzuwirken. Weil mit dem 3. Nachtrag ein vollständig neuer Vertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde, liegt dieser auch nicht im alleinigen Interesse der Beklagten.

28 Eine Treuwidrigkeit folgt auch nicht aus der in Teil B Ziffer 18.1 des ursprünglichen Mietvertrags enthaltenen Schriftformheilungsklausel. Wie der Senat bereits entschieden hat (Senatsurteil BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff. mwN), sind Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam. 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.

29 c) Soweit das Kammergericht darüber hinaus angenommen hat, dass der Mietvertrag nicht durch die Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund vom 15. Mai 2017 beendet worden sei, hält auch dies den Angriffen der Revision nicht stand.

30 aa) Unzutreffend ist das Kammergericht davon ausgegangen, dass bei einem langfristig intendierten Mietverhältnis in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentschutz wirksam verbunden werden kann.

31 (1) Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Absatz 2 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 oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

32 Nach dieser Vorschrift ist zwar die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 29. April 1992 - XII ZR 221/90 - NJW-RR 1992, 1032, 1033 f.). Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet (Senatsurteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 - ZMR 2010, 596 Rn. 14 mwN und vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1717) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt (Senatsurteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 - ZMR 2010, 596 Rn. 14 mwN).

33 Umstritten ist indessen die vom Senat bisher offen gelassene Frage (vgl. Senatsurteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 - ZMR 2010, 596 Rn. 15 mwN) einer Angemessenheit der genannten Formularbedingungen dort, wo sie - unter Einschluss einer Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden.

34 (2) Von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur wird die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Einkaufszentrum bzw. eine Sortimentsbindung neben dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes für wirksam gehalten (OLG Naumburg NZM 2008, 772; OLG Hamburg ZMR 2003, 254; OLG Rostock NZM 2004, 460; KG NZM 2005, 620 f.; vgl. auch OLG Hamm NZM 2018, 87 jedenfalls bei nicht hinreichend konkreter Sortimentsbindung; 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; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 23 Rn. 18; Fritz NJW 2002, 3372, 3374; Hamann ZMR 2001, 581 f.; Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht 7. Aufl. § 535 BGB Rn. 71; Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 12. Aufl. Teil II [32] Rn. 35). 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 Einkaufscenter 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 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.

35 (3) Nach anderer Auffassung bedeutet die Kumulierung der genannten Bedingungen eine unangemessene und nach § 307 BGB unwirksame Benachteiligung des Mieters (OLG Schleswig NZM 2000, 1008; Stornel Mietrecht 3. Aufl. 1988 II Rn. 274; vgl. auch OLG Brandenburg MDR 2015, 18; Guhling/Günter/Menn Gewerberaummieta 2. Aufl. § 535 BGB Rn. 394).

36 (4) Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung. Entgegen der auch vom Oberlandesgericht vertretenen ersten Ansicht steht bei der Betrachtung der hier kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Denn bei ihm handelt es sich um einen Eingriff in die Hauptleistungspflicht des Vermieters.

- 37 (a) Zu den Hauptleistungspflichten des Vermieters gehört die ungestörte Gebrauchsüberlassung der Mietsache (§ 535 BGB). Diese Pflicht umfasst bei einem Gewerberaumietverhältnis grundsätzlich auch einen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz (vgl. BGHZ 70, 79, 80 f. = NJW 1978, 585, 586 sowie Senatsurteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rn. 33). Jener 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 (vgl. BGHZ 70, 79, 80 f. = NJW 1978, 585, 586 sowie Senatsurteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10 - NJW 2012, 844 Rn. 33).
- 38 (b) Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (OLG Dresden MDR 1998, 211; Blank in Blank/Börstinghaus Miete § 535 Rn. 312; PWW/Elzer BGB 14. Aufl. § 535 Rn. 202; Jendrek NZM 2000, 526, 529; aA KG Grundeigentum 2005, 1426; MAH MietR/Lehr § 55 Rn. 66; Bittner MDR 2008, 1201, 1202; vgl. auch OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 396) besteht vertragsimmanenter 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 (vgl. BGH Urteil vom 24. Januar 1979 - VIII ZR 56/78 - NJW 1979, 1404, 1405 f.). Allerdings besteht ebenso wenig Anlass, einen geringeren Konkur-

renzschutz 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 Einzelfalls, in welcher Nähe zu seinem eigenen Geschäft der Mieter eine direkte Konkurrenzsituation hinnehmen muss oder abwehren kann.

39 (c) Die Verletzung eines bestehenden Konkurrenzschutzes kann einen Mangel der Mietsache bewirken (Senatsurteil BGHZ 195, 50 = NJW 2013, 44 Rn. 35). Daraus können sowohl Ansprüche des Mieters auf Verhinderung oder Beseitigung der Konkurrenzsituation erwachsen als auch eine Mietminderung oder gegebenenfalls eine Schadenersatzpflicht des Vermieters. Schließlich kann der Mangel, wenn er nicht behoben wird, einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

40 (d) Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes schränkt der Vermieter seine Hauptleistungspflicht ein. Werden durch eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. So liegt der Fall, wenn in einem typischen Ein-

kaufszentrum durch formularmäßigen Mietvertrag jeglicher Konkurrenzschutz ausgeschlossen, gleichzeitig jedoch dem Mieter eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt wird.

41 Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichen Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren.

42 Es mag zwar zutreffen, dass die Sortimentsbindung - im Interesse der Gesamtheit der Mieter - grundsätzlich dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums dient. Ermöglichen die Vertragsklauseln jedoch einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann. Das Interesse des Vermieters, innerhalb eines als "Food Court" gewidmeten Bereichs des Einkaufszentrums das Hauptsortiment auf Restaurationsbetriebe zu konzentrieren, wiegt nicht schwerer als das Mieterinteresse, mit seinem Untersortiment ein gewisses Alleinstellungsmerkmal einzunehmen.

43 bb) Rechtsfolge der unangemessenen Benachteiligung der Beklagten durch die formularmäßigen Geschäftsbedingungen ist allerdings unmittelbar nur die Unwirksamkeit der betreffenden Klauseln (§ 307 Abs. 1 BGB). Dies begründet für sich genommen keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung, son-

dern führt zur Fortsetzung des Vertrags unter Außerachtlassung der unwirksamen Klauseln.

44 cc) Auf Grundlage dieser gesetzlichen Regelungen könnte die Klägerin ihre Pflicht zur ungestörten Gebrauchsüberlassung in Form des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes verletzt haben (§ 535 BGB). Abzustellen ist insoweit auf die für Flächen in einem Einkaufszentrum berechnete Erwartungshaltung des Mieters. Der Konkurrenzschutz könnte verletzt sein, wenn in unmittelbarer Nachbarschaft zum Betrieb der Beklagten noch andere Mieter mit exakt oder ganz überwiegend gleichem Sortiment aufgenommen worden sind und in unmittelbarer Konkurrenz zu der Beklagten stehen. Ob dies im Hinblick auf die von der Beklagten aufgestellte Behauptung der Fall ist, dass Konkurrenzbetriebe in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft ebenso wie sie selbst hauptsächlich Kartoffelspeisen feilbieten, unterliegt der tatrichterlichen Beurteilung und erscheint im vorliegenden Fall jedenfalls nicht ausgeschlossen. Ausreichende Feststellungen hierzu sind bislang nicht getroffen.

45 3. Die angefochtene Entscheidung kann daher auch im Hinblick auf eine schon vor dem 30. Juni 2017 wirksam gewordene außerordentliche Kündigung keinen Bestand haben. Insoweit kann der Senat indessen nicht abschließend in der Sache entscheiden, da noch Feststellungen zu der konkreten Konkurrenzsituation zu treffen sind.

46 Im Hinblick auf diese wird das Kammergericht auch zu prüfen haben, ob den Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden konnte (§ 543 Abs. 1 BGB). Außerdem wird das Kammergericht die Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 BGB im Hinblick auf eine gegebenenfalls erforderliche Abmahnung oder Abhilfeaufforderung zu prüfen haben, zu

der zwar von den Beklagten vorgetragen, bisher jedoch keine Feststellung getroffen ist.

Dose

Schilling

Günter

Nedden-Boeger

Guhling

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 24.07.2017 - 90 O 7/17 -

KG Berlin, Entscheidung vom 11.04.2019 - 8 U 147/17 -